



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 57/2014, de 22 de enero de 2014

Sala de lo Penal

Rec. n.º 10743/2013

SUMARIO:

Delito de resistencia. Son sus elementos los siguientes: a) reiterada y manifiesta oposición al cumplimiento de la orden legítima, emanada de la autoridad y los agentes; b) grave actitud de rebeldía; c) persistencia en la negativa, esto es, en el cumplimiento voluntario del mandato; y d) contumaz y recalcitrante negativa a cumplir con la orden. *Elementos subjetivos del tipo penal:* El elemento subjetivo de un tipo penal, es un dato de inequívoca naturaleza fáctica, y por ello susceptible de verdad o falsedad, y que, como tal su control, en el caso de sentencias condenatorias, solamente cabe por el específico cauce de la vulneración de la presunción de inocencia, o, más limitadamente, por la de error de hecho del nº 2 del artículo 849 y no como manera cuestión de subsunción de los hechos en la norma a que se refiere el artículo 849.1 de la LEcrim. **Agravante de alevosía.** Es compatible la agravante de alevosía con la eximente incompleta de enajenación mental, siempre que la disminución psíquico determinante de la semieximente, no impida el dolo específico de la alevosía, conocimiento y voluntad de asegurar el resultado homicida y de excluir el riesgo derivado de la defensa de la víctima. **Atenuante de reparación de daño.** Para apreciar la atenuante, no es necesario que la reparación responda a un impulso espontáneo, debiendo prevalecer el carácter objetivo de la atenuante. La reparación debe ser suficientemente significativa y relevante, y para considerarlas cualificada se requiere que el esfuerzo realizado por el culpable sea particularmente notable, en atención a sus circunstancias personales (posición económica, obligaciones familiares y sociales, especiales circunstancias coyunturales, etc.), si bien se ha matizado que no es determinante la capacidad económica del sujeto reparador, porque las personas insolventes gozarían de un injustificado privilegio atenuatorio. **Medidas de seguridad:** La adopción por el tribunal de medidas de seguridad con el internamiento en psiquiátrico del acusado, debe ser siempre motivado y sin estar sujeta su adopción a petición del Ministerio Fiscal, pues el principio acusatorio no puede regir en relación con las medidas de seguridad, consecuencia de la peligrosidad del sujeto. Ni siquiera en caso de conformidad entre acusación y defensa de acusado quedará el Tribunal vinculado en lo que concierne a la adopción de medidas protectoras en los casos de limitación de la responsabilidad penal; sin embargo esa discrecionalidad del Tribunal ha de sujetarse a los inequívocos límites legales. Una vez externado el paciente penado, el tiempo durante el cual permaneció ingresado, con correlativa pérdida de libertad, se compute a efectos de extinción de la pena privativa de libertad impuesta por el mismo delito del que se consideró semieximido al acusado.



www.civil-mercantil.com

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 20.1 y 2, 21.1 y 5, 62, 66, 68, 95, 96.3, 97, 99, 102, 138, 139, 404, 556 y 634.

Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, arts. 787.5 y 849.1 y 2.

PONENTE:

Don Luciano Varela Castro.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintidós de Enero de dos mil catorce.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el recurso de casación por infracción de ley, precepto constitucional y quebrantamiento de forma, interpuesto por el procesado Constancio representado por el Procurador D. Javier González Fernández, contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de La Coruña, con fecha 13 de mayo de 2013, que le condenó por delitos de asesinato intentado y resistencia. Ha intervenido el Ministerio Fiscal; y, como parte recurrida Valle representada por la Procuradora D^a María Jesús Ruíz Esteban. Ha sido Magistrado Ponente, el Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro.

I. ANTECEDENTES

Primero.

El Juzgado de Instrucción nº 1 de Arzúa, instruyó Sumario nº 366/12, contra Constancio, por delitos de agresión sexual, homicidio y resistencia, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de La Coruña, que con fecha 13 de mayo de 2013, en el rollo 33/12, dictó sentencia que contiene los siguientes hechos probados:

"Apreciando en conciencia la prueba practicada, expresa y terminantemente se declara probado que:

I.- El ahora procesado, Constancio, ya circunstanciado, el día 2 de marzo de 2011, sobre las 16:30 horas, se dirigió al Hostal Platas, sito en la localidad de Arca, en el término municipal de O Pino, A Coruña, donde se dirigió a la recepción del establecimiento, que en ese momento estaba siendo atendida por la empleada Valle, a la que solicitó una habitación, asignándole la habitación número NUM000, situada en el segundo piso del establecimiento.- Tras subir a la habitación el procesado, en la que permaneció por un espacio superior a una hora, bajó a la recepción, donde le dijo a la recepcionista Valle que había perdido la llave, aunque instantes



www.civil-mercantil.com

después manifestó que estaba en su bolsillo, dirigiéndose el procesado nuevamente hacia la habitación. Volvió a bajar nuevamente, manifestando a la recepcionista que no podía abrir la llave, pidiéndole ayuda para que le abriera la habitación, a lo que accedió la recepcionista. Todo ello era una mentira ideada por el procesado para atraer a Valle a la habitación, y allí, estando desprevenida la víctima darle, muerte. Para ello pensaba utilizar una navaja que llevaba consigo, con una hoja de 7 cm., de longitud. Una vez Valle hubo comprobado que la puerta de la habitación se encontraba abierta, el procesado, que estaba detrás suya, le requirió que entrase en la habitación, a lo que Valle se negó, haciendo entonces el procesado uso de aquella navaja con la que la conminó a que entrara en la habitación. Valle intentó escabullirse, yendo hacia el rellano de la escalera, donde fue alcanzada por el procesado, cayendo aquélla al suelo, y colocándose el procesado sobre ella, a la que decía que la iba a follar, pero sin que hiciera sobre ella acto alguno de tocamiento u otro de naturaleza lúbrica, ni fuera ésta su intención. Su propósito era acabar con la vida de Valle , a la que clavó la navaja en la parte trasera del cuello, causándole una herida inciso-punzante de 8-9 cms en la región cervical, que llegó hasta las vértebras cervicales, seccionando músculo y una arteria, que produjo una hemorragia, que de no haber sido atendida como tuvo lugar con posterioridad, tendría un carácter vital. Como consecuencia del forcejeo que ejercita Valle , ambos llegaron hasta el límite de las escaleras, por donde rodaron, lo que permitió a Valle escaparse, dirigiéndose hacia la cafetería CHE, anexa al hotel, donde las personas presentes le prestaron ayuda, e impidieron que el procesado entrara en la cafetería, hasta la que había perseguido a Valle , esgrimiendo la navaja en la mano, en su intención de continuar con la agresión a Valle para acabar con su vida.- II.- Requerida la presencia de la Guardia Civil, se presentaron en el hotel Platas tres patrullas de guardias civiles, llevando sus uniforme e insignias distintivas, que intentaron reducir al procesado, que esgrimía la navaja frente a los agentes, llegando a cambiarla de mano en actitud desafiante, y diciendo que no se acercaran, al tiempo que, refiriéndose a Valle , gritaba que la quería ver muerta, Fue necesario el empleo por los agentes de sprays reglamentarios para conseguir reducir y detener al procesado.- III.- Como consecuencia de la agresión sufrida por Valle , a la sazón de 32 años de edad, ésta resultó con heridas inciso punzante en la región cervical, múltiples heridas incisas por todo el cuerpo, así como shock postraumático, heridas para cuya curación precisó de tratamiento médico y quirúrgico, tardando en curar de estas lesiones 21 días improductivos para sus ocupaciones, de los que 6 días estuvo ingresada hospitalariamente, quedándole las siguientes secuelas: cervicalgia; cicatriz de 6 cm en la parte posterior de la región cervical; pequeñas cicatrices de 1 cm en la mano derecha (2º y 4º dedos), labio inferior, pecho y cuello. Asimismo, y como secuelas psíquicas, un trastorno de estrés postraumático viéndose obligada a cambiar de puesto de trabajo, sufriendo un trastorno de la personalidad, que ha afectado, tanto a su trabajo, a su vida de relación personal y social. Durante 6 meses estuvo a tratamiento psiquiátrico, en la Unidad de Salud Mental de Conxo, y en la actualidad continua con terapia



www.civil-mercantil.com

psicológica.- Como consecuencia de la asistencia prestada a Valle , se ocasionaron unos gastos al SERGAS por importe de 3.541,20 euros, y de 1003,73 euros en la Mutua Gallega.- IV El procesado viene siendo tratado de un síndrome depresivo de varios años de evolución. Concretamente desde el año 1996, aproximadamente, viene recibiendo asistencia por diversos especialistas psiquiátricos, presentando un trastorno psicótico persistente con ideaciones delirantes, que altera gravemente las facultades cognitivas y la capacidad de juicio para aquellas conductas relacionadas con su delirio, no constando que, al tiempo de cometer los hechos que se han dejado expuestos en los apartados anteriores, el procesado se encontraba en un brote psicótico.- V.- Con fecha de 2 de junio de 2011, se consignó, a favor de la perjudicada, la suma de 13.116,44 euros, así como una segunda consignación de 2.900 euros, que se abonó a la perjudicada el 8 de marzo de 2013.- VIU.- El procesado se encuentra en prisión por esta causa desde el día 4 de marzo de 2011."

Segundo.

La Audiencia de instancia, dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLAMOS.- QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS A Constancio , como autor penalmente responsable de un delito intentado de asesinato, concurriendo en el mismo la eximente incompleta de anomalía psíquica y la atenuante de reparación del daño, a las penas de 5 años de prisión, y la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, acordándose la medida de seguridad de internamiento en un centro psiquiátrico penitenciario, por el tiempo máximo de 8 años.- Asimismo, DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS A Constancio , como autor penalmente responsable de un delito de resistencia, concurriendo en el mismo la eximente incompleta de anomalía psíquica, a las penas de 4 meses de prisión, y accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de aquella condena, acordándose la medida de internamiento para tratamiento médico, que habrá de cumplirse en centro psiquiátrico penitenciario, por el tiempo máximo de 8 meses.- Se imponen al procesado la mitad de las costas procesales causadas.- Asimismo deberán indemnizar a Valle en la suma de 33.181,16 euros, por las lesiones y secuelas sufridos, de la que se descontará las cantidades ya consignadas previamente a favor de esta perjudicada. también indemnizará al SERGAS en la suma de 3.541,20 euros, y la Mutua Gallega en 1.003,73 euros, con aplicación a estas sumas de los intereses legales prevenidos en el artículo 576 de la LEC , a partir de la fecha de esta sentencia.- Por último, DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS A Constancio de los delitos de agresión sexual y amenazas que se le venían imputando, declarando de oficio la otra mitad de las costas procesales causadas."

Tercero.



www.civil-mercantil.com

Notificada la sentencia a las partes, se solicitó aclaración de la misma, por el procesado en el sentido de reducir el internamiento en centro psiquiátrico penitenciario, habiéndose dictado auto con fecha 16 de mayo de 2013, con la siguiente parte dispositiva.

"LA SALA ACUERDA : No ha lugar a admitir a trámite el incidente de aclaración de sentencia interesado por la representación procesal de Constancio ."

Cuarto.

Notificado dicho auto, se prepararon recursos de casación, por El Ministerio Fiscal y por el condenado, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso interpuesto por el procesado, habiendo sido declarado desierto por decreto de fecha 2 de septiembre de 2013, el interpuesto por el Ministerio Fiscal.

Quinto.

La representación del recurrente, basa su recurso en los siguientes motivos:

1º.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim ., alega aplicación indebida de los arts. 138 y 139 del CP .

2º.- Al amparo del art. 852 de la LECrim ., alega vulneración del art. 24.1 de la CE , en relación con el principio acusatorio.

3º.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim . alega infracción de ley del art. 139.1 del CP en relación con el art. 22.1 del mismo Cuerpo legal .

4º.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim . alega aplicación indebida del art. 559 del CP .

5º.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim ., alega infracción de ley por inaplicación de la atenuante 5ª del art. 21 del CP como muy cualificada.

6º.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim . alega infracción de ley del art. 62 del CP .

7º.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim ., se alega infracción del ley del art. 68 del CP .

8º.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim . se alega infracción de ley del art. 66 del CP .

www.civil-mercantil.com

9º.- Al amparo del art. 852 de la LECrim , se alega vulneración del art. 24.1 de la CE en relación con el 104 del CP , entendiendo que se ha producido vulneración de la tutela judicial efectiva y del derecho a no sufrir indefensión, así como del principio acusatorio.

10º.- Al amparo del art. 852 de la LECrim., alega infracción del 24.1 , 9.3 y 120 de la CE, en relación con el 104 del CP , por falta de motivación en la imposición de la medida de seguridad basada en el art. 104 del CP .

11º.- Al amparo del art. de la LECrim,, alega vulneración del art. 24.1 , 9.3 y 120 de la CE , por falta de motivación de la extensión de la medida de internamiento impuesta al amparo del art. 104 del CP con una extensión de ocho años y cuatro meses.

Sexto.

Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

Séptimo.

Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 15 de enero de 2014.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

En el primero de los motivos denuncia, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , la vulneración de los artículos 138 y 139 del Código Penal por estimar que, contra lo que la sentencia declara, no concurrió en el autor el ánimo de causar la muerte de la víctima.

Tacha de incorrecto el juicio de inferencia que lleva a cabo la sentencia de instancia.

2.- Como recordábamos recientemente en nuestra Sentencia nº 1022/13 de 11 de diciembre, resolviendo el recurso nº 10363/13 : El cauce casacional elegido en este motivo obliga, conforme a jurisprudencia, que por reiterada es de excusada cita, al pleno respeto al enunciado de lo dado por probado, limitando el debate casacional exclusivamente a la cuestión de su calificación mediante la subsunción de dicha premisa fáctica en la norma jurídica y al establecimientos de las consecuencias que de ello derivan.

Para inadmitir el motivo bastaría señalar que el recurrente lo que hace en el motivo es rechazar las conclusiones de la sentencia recurrida, en particular, sobre el elemento subjetivo



www.civil-mercantil.com

del tipo imputado para, posteriormente, defender una diversa calificación jurídica, que ya no partiría de lo que la sentencia tiene por probado.

En efecto el recurrente lo que combate es que se declare probado un determinado dato fáctico: el dolo en el recurrente.

Pues bien, tal estrategia no cabe ampararla en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal . Una superable doctrina jurisprudencial había dicho que el elemento subjetivo, en cuanto deducible por inferencia a partir de un hecho base, podría controlarse casacionalmente, por vía diferente de la que cabe utilizar respecto de la afirmación del hecho base. Tal específica vía no era otra que la "infracción de ley" a que se refiere el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

Pero entonces se tergiversaría el lenguaje. Porque las leyes de la lógica, la ciencia o la experiencia, que justifican la inferencia, no constituyen las "normas jurídicas" a cuya vulneración se refiere el precepto citado. Y porque, si se dice que la inadecuación de la inferencia a ese canon lleva a la vulneración del precepto aplicado, a consecuencia de la errónea inferencia, se está pretendiendo ocultar que dicha vulneración no tiene su causa directa en la subsunción del hecho en la norma, sino en la construcción misma del hecho probado. Y esto, como dijimos no es tolerable sino se quiere amparar la paladina burla de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su artículo 849.1 .

Confundir la afirmación del hecho base y la que se refiere a la razonabilidad de la inferencia que desde el mismo lleva a la conclusión relativa al elemento subjetivo llevaría a conclusiones incompatibles con garantías constitucionales como las ínsitas en la acotación de lo que puede decidir el órgano que conoce del recurso cuando la resolución recurrida es absoluta.

Y es que, en fin, no cabe olvidar que el elemento subjetivo es un dato de inequívoca naturaleza fáctica, y por ello susceptible de verdad o falsedad, y que, como tal su control, en el caso de sentencias condenatorias, solamente cabe por el específico cauce de la vulneración de la presunción de inocencia, o, más limitadamente, por la de error de hecho del nº 2 del artículo 849 citado.

Como recordábamos en nuestra Sentencia nº 987/2012 3 de Diciembre: El Tribunal constitucional ha recordado que la concurrencia de los denominados elementos subjetivos del delito debe recibir el mismo tratamiento garantista dispensado en relación a los demás componentes de naturaleza fáctica, y, por ello, su afirmación como concurrentes debe satisfacer las exigencias de la garantía constitucional de presunción de inocencia.



www.civil-mercantil.com

Y, también, por ello, el control casacional debe efectuarse a través del cauce por el que esa garantía puede discutirse en la casación . No como manera cuestión de subsunción de los hechos en la norma a que se refiere el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

Y es que, antes de discutir qué calificación cabe hacer de unos hechos, debemos dejar establecido cuales sean los hechos a calificar.

La STC nº 126/2012 de 18 de junio de 2012 , reitera que también el enjuiciamiento sobre la concurrencia de los elementos subjetivos del delito forma parte, a estos efectos, de la vertiente fáctica del juicio que corresponde efectuar a los órganos judiciales, debiendo distinguirse del mismo el relativo a la estricta calificación jurídica que deba asignarse a los hechos una vez acreditada su existencia.

Cabe distinguir los supuestos en que la decisión sobre concurrencia de ese elemento subjetivo acarrea una sentencia absolutoria , de aquellos en que su afirmación es fundamento de una decisión de condena del acusado.

Precisamente cuando la sentencia es absolutoria la revisión de la razonabilidad de las inferencias a partir de la cual el órgano a quo llega a su conclusión sobre la inexistencia de dolo –u otro elemento subjetivo del tipo– exige en todo caso la previa audiencia por el órgano revisor del acusado absuelto. Y ello porque esa conclusión no es una cuestión meramente jurídica .

Como recuerda esa Sentencia del Tribunal Constitucional tal doctrina es acorde a la de TEDH declarada en la sentencia de 13 de diciembre de 2011, caso Valbuena Redondo c. España , en la que los discutido era la ausencia de voluntad fraudulenta del acusado como fundamento de su inicial absolución, pues la revisión de ésta sobre aquella voluntad implicó el pronunciarse sobre una cuestión de hecho , en concreto, la existencia de una voluntad de defraudar a la Hacienda Pública ... modificando así los hechos declarados probados por el Juez de la primera instancia.

Doctrina reiterada por el TEDH en la Sentencia de 22 de noviembre de 2011, caso Lacadena Calero c. España. En el que la revocación de la inicial absolución se refería a un delito de estafa fundándose la condena del Tribunal del recurso (el Tribunal Supremo) en la proclamación de un dolo eventual de defraudar .

También este Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto en la Sentencia nº 274/2012 de 4 de abril , en la que dijimos que: el elemento típico del engaño que caracteriza la estafa, tiene un alcance factual cuya proclamación debe acomodarse a las exigencias de aquella garantía constitucional.



www.civil-mercantil.com

Sin perjuicio, cabe matizar, de que la acusación pueda cuestionar una posible vulneración del derecho a la tutela judicial, si la decisión estuviera huérfana de toda motivación o que la expuesta careciera de modo patente de razonabilidad.

Ciertamente no ha faltado hasta épocas recientes, quizás en algún caso aún mantenida, una abundante jurisprudencia que venía residenciando el control casacional de la proclamación de tales elementos subjetivos dentro de la casación por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Entre las recientes cabría citar la STS de 15 de Noviembre del 2011, resolviendo el recurso 11029/2011, que, sin embargo, califica el elemento subjetivo de la intención como un hecho de conciencia, y que se encuentra precisado de prueba, cuya existencia no puede acreditarse normalmente a través de prueba directa, siendo necesario acudir a un juicio de inferencia para afirmar su presencia sobre la base de un razonamiento inductivo construido sobre datos fácticos debidamente acreditados. Salvo, es obvio, en los supuestos en que se disponga de una confesión del autor que por sus circunstancias resulte creíble. Esa inferencia debe aparecer de modo expreso en la sentencia y debe ser razonable, de tal manera que la conclusión obtenida acerca del elemento subjetivo surja naturalmente de los datos disponibles. Esa razonabilidad es precisamente el objeto del control casacional cuando la cuestión se plantea como aquí lo hace el recurrente.

En otras Sentencias de esta Sala, como la de 5 de mayo de 2011, resolviendo el recurso 10.467/2010, se ha recordado que la prueba de cargo ha de venir referida al sustrato fáctico de todos los elementos tanto objetivos como subjetivos del tipo delictivo, pues la presunción de inocencia no consiente en ningún caso que alguno de los elementos constitutivos del delito se presuma en contra del acusado (SSTC 127/1990 de 5 de julio, FJ 4; 87/2001 de 2 de abril: FJ 9; 233/2005 de 26 de septiembre, FJ 11; 267/2005 de 24 de octubre, FJ 4; 8/2006, de 16 de enero, FJ 2 y 92/2006 de 27 de marzo, FJ 2).

En la Sentencia de este Tribunal de 12 de Marzo del 2012, resolviendo el recurso 1925/2011 se reitera que sobre la naturaleza de premisa fáctica que cabe predicar del elemento subjetivo del delito poco cabe dudar. Y la Sentencia también de este Tribunal Supremo nº 32/2012 de 25 de enero, recuerda con el TEDH que la apreciación de un elemento subjetivo del injusto alberga un componente fáctico. Y también en la STS nº Sentencia: 624/2013 27 de Junio del 2013 Recurso: 2304/2012 donde se dice que: En relación a la concurrencia de este elemento interno, de naturaleza inequívocamente fáctica relativo a la concurrencia en los imputados del conocimiento y consentimiento en su actuación al firmar el Convenio-Contrato, el requisito "a sabiendas" que exige el tipo penal del art. 404, (aunque en el caso) el Tribunal de instancia lo dejó extramuros de su consideración y valoración, como consecuencia de no estimar el Convenio-Contrato una resolución de fondo a los efectos de dicho artículo 404 Cpenal.



www.civil-mercantil.com

Cuando de sentencias condenatorias se trata, antes de acudir al debate que autoriza el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, debe quedar zanjada cualquier impugnación del relato fáctico, incluida la afirmación del elemento subjetivo. Lo que solamente cabe por los cauces del error a que se refiere el artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (difícilmente utilizable dados sus requisitos en relación a la inferencia del elemento subjetivo) o al de alegación de vulneración de garantías constitucionales de presunción de inocencia previsto en el artículo 852 de aquella ley.

Así pues, una primera conclusión, es que, acudiendo el recurrente al cauce del art 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para combatir este aspecto del tipo penal como concurrente, debemos rechazar el recurso en la medida que lo que hace es cuestionar un hecho fuera del cauce que correspondía, que en la sentencia de condena no era otro que el de la vulneración de la garantía de presunción de inocencia.

3.- No obstante, atendiendo al derecho a la tutela judicial efectiva y teniendo en cuenta que el objeto de la impugnación no es otro que discutir la existencia de prueba que avale la conclusión de que el acusado actuó con el propósito de causar la muerte, entraremos en el examen de esa pretensión, que debió ser formulada por el cauce del artículo 852, alegando vulneración de la garantía constitucional de presunción de inocencia

Pero en todo caso para su rechazo.

Al efecto hemos de recordar como la sentencia de instancia advierte que el acusado persigue a la víctima, incluso cuando ésta se zafa de su apresamiento, y como la acción vulnerante se ubica en zona de trascendencia vital. Recoge ahí la indicación pericial forense, que señala que el cuello presenta alta concentración vascular de venas y arterias, y que la agresión, aún incidiendo en su parte posterior, interesó, no solamente masa muscular, sino también seccionó una arteria, con riesgo vital, de no prestarse asistencia.

En efecto, la afirmación de la sentencia se muestra razonable en la medida que externamente se justifica con el resultado de prueba directa el hecho base de que se parte. Es decir la realidad de la agresión y la forma en que ésta se produjo, tal como se describe en el hecho probado. En realidad ese dato de partida ni siquiera se discute.

Pero, además, la inferencia obtenida desde ese punto de partida se muestra con éste totalmente coherente atendiendo a pautas suministradas por la lógica, la ciencia y la experiencia. El lugar en que clava el arma, la persistencia en el intento, pese a la lograda huida de la víctima y el evidente riesgo para la vida que aquella herida supuso, evidencia, conforme enseña una reiterada jurisprudencia, que lo que el autor perseguía era acabar con la vida de la víctima.

Y, finalmente, nada avala la tesis alternativa, excluyente de ese ánimo homicida, que el recurrente postula, por lo que no se desvanece en su fuerza disuasoria de la argumentación de la sentencia al formular la concluyente inferencia.

Y en eso consiste en definitiva la garantía citada si las pruebas se han obtenido válidamente y producido conforme a principios de contradicción y publicidad en juicio oral. Porque aquellas notas son los presupuestos del carácter objetivo que cabe atribuir a la certeza sobre la conclusión probatoria, allende de las convicciones subjetivas del Tribunal.

En definitiva, el motivo se rechaza.

Segundo.

1.- El segundo de los motivos, amparado ya en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia lo que estima vulneración de precepto constitucional, alegando que la sentencia de instancia vulnera el derecho a un proceso que debería acomodarse, entre otras, a la garantía ínsita en el denominado principio acusatorio.

Según la tesis del recurrente la sentencia introduce una base fáctica exigida para estimar la apreciación de la alevosía, construida con elementos ausentes en los escritos de las acusaciones. El dato introducido oficiosamente sería que el procesado mintió conforme a su idea de "atraer a Valle a la habitación y allí, estando desprevenida la víctima, darle muerte". Lo que le llevaría a decir en el fundamento jurídico primero que el acusado envolvió "en una trampa a la víctima". Sin que nada parecido a tales expresiones se manifestara por las acusaciones.

2.- El escrito de la acusación pública decía: "Sobre las 18.30 hora, Constancio, única persona que, junto a Valle, se encontraba en ese momento en el establecimiento, bajó a la recepción dirigiéndose a la joven para decirle que había perdido su llave, respondiéndole ésta que, de todas formas, la puerta tenía que estar abierta, momento en el que Constancio se echó las manos al bolsillo y afirmó, sin más, haberla encontrado. No obstante, instantes después, sobre las 19:00 horas, de nuevo, volvió el procesado a la recepción habló con Valle insistiéndole en que había perdido la llave y pidiéndole que le acompañara a la habitación lo que la mujer hizo convencida de que la puerta abriría igualmente desde fuera pese a lo cual cogió las llaves maestras del establecimiento. Así, una vez llegaron a la altura del número NUM000 dicha puerta abrió con un empujón y en ese preciso instante Constancio sacó una navaja del bolsillo, la abrió con rapidez y la colocó a la altura del pecho de Valle a la que insistía para que pasara a la habitación, negándose ella e intentando escabullirse, corriendo hacia el rellano de la segundo planta donde fue alcanzada por el procesado que la tiró al suelo, cayendo ella boca



www.civil-mercantil.com

arria y colocándose totalmente encima mientras trataba de acercarle la navaja al cuello, lo que obligó a Valle a apartar el arma con las manos cortándose en las mismas.

El procesado, con ánimo de satisfacer sus libidinosos deseos, decía a Valle "te voy a follar", sin que llegara a realizarse tocamiento alguno porque la joven forcejeó cuanto pudo, llegando a darse la vuelta boca abajo, siguiendo Constancio colocado encima de ella, logrando clavarle entonces la navaja en la parte trasera del cuello, inmovilizándole la cabeza contra el suelo, llegando a retorcerle la navaja en el cuello, siendo plenamente consciente y aceptando el grave riesgo que para la vida misma de la chica tal agresión suponía."

Y el de la acusación particular decía: "Sobre las 18.30 horas, tras haber comprobado durante dos horas la soledad reinante en el Hotel y haber meditado y preparado su estrategia criminal, el Sr. Constancio bajó a la recepción, manifestando a la joven que había perdido su llave de la habitación que no podía volver a entrar, a lo que la recepcionista contestó que, si había perdido la llave, la puerta tendría que continuar abierta pues solo se cierra con la propia llave, momento en que el Sr. Constancio se echó la mano al bolsillo diciendo haber encontrado la llave, con lo que volvió a subir.

Sobre las 19:00 horas el Sr. Sr, Constancio , tras media hora invertida en perfeccionar los argumentos de su estratagema, realizó un segundo intento de puesta en práctica de su plan criminal, bajando de nuevo a recepción y manifestando una vez más que había perdido la llave de la habitación . A lo que la recepcionista aclaró nuevamente que la puerta, entonces, debía poder abrirse desde fuera, oponiendo el Sr. Constancio que no era así y demandando específicamente a la joven que lo acompañase a la puerta para comprobarlo, consiguiendo de ese modo su primer objetivo de hacer subir a su víctima, que así lo hizo si bien ya con miedo, subiendo el Sr. Constancio detrás.

Llegados a la habitación, la NUM000 , Dña. Valle empujó la puerta, que se abrió, inmediatamente el procesado ordenó a la chica: "entra" Dña. Valle se negó y el Sr. Constancio esgrimió una navaja, y amenazando con ella a la joven a la altura del pecho la comnizó repetidamente a entrar en la habitación. Dña. Valle se puso a gritar e intentó escapar superando en un primer momento al agresor que se interponía en la dirección al rellano, pero él la alcanzó y la tiró al suelo, cayendo la joven boca arriba. El agresor se echó encima de ella intentando alcanzarle con la punta de la navaja en el cuello, lo que evitó Dña. Valle en un primer momento apartando la hoja con las manos en las que recibió diversos cortes.

El acusado puso de manifiesto entonces su propósito de forzar a su víctima a practicar el coito diciendo a la joven de modo inequívoco y repetido "te voy a follar". Dña. Valle forcejeó cuanto pudo, consiguiendo darse la vuelta boca abajo, aún con el agresor sobre ella que consiguió

entonces clavarle la navaja en la parte trasera del cuello e inmovilizándole la cabeza lateralmente contra el suelo. Con lo que, con la mano hacia atrás logró coger la navaja por el filo y contener el apuñalamiento. el agresor dijo entonces a la chica que si soltaba la navaja la soltaría, y como quiera que Dña. Valle aflojó su defensa el Sr. Constancio aprovechó para clavar la navaja más y retorcerla en la herida aumentando innecesariamente el sufrimiento de la víctima, que notaba el propósito de violación y asesinato, con plena representación del daño causado, acusada intencionalidad, y serenidad y raciocinio idóneos para lograr su propósito mediante las sucesivas estratagemas y engaños encaminados a vencer la resistencia activa de la víctima."

3.- Es evidente que tanto un escrito como el otro coinciden de manera esencial con la descripción del procedimiento seguido por el acusado para la agresión.

La referencia del Ministerio Fiscal a que el acusado, al llegar a la puerta de la habitación sacó la navaja del bolsillo, la abrió con toda rapidez y la puso a la altura del pecho de la víctima, deja bien claro que el recurrente albergaba ese proyecto desde que inicia los requerimientos a aquella para que acceda a acercarse a dicha habitación, así como al carácter sorpresivo con que se esgrime el arma, acción que resultaba inesperada, desde luego para la víctima.

La acusación particular utiliza expresamente la palabra "estratagema" que el recurrente considera novedosa en la sentencia, cuando relata todos los pasos previos del acusado examinando el escenario y las circunstancias en que había de desenvolver su proyecto de agresión, desde luego de suerte que, no solamente le resultara fácil, sino con garantía de indemnidad ante eventuales reacciones de la víctima.

No hay pues una diversidad de discurso histórico entre el relato imputado por las partes y el asumido en la sentencia.

El motivo se rechaza.

Tercero.

1.- En el tercero de los motivos reitera el recurrente su protesta de impertinencia de estimación de la agravante de alevosía, siquiera ahora por afirmar que en los hechos probados no se incluyen los elementos que constituyen su presupuesto típico.

Así denuncia que la sentencia no declare que concurría una relación de confianza entre agresor y víctima.

2.- La agravante de alevosía ha de apreciarse cuando el autor del delito contra las personas –cual es el caso– emplea en u ejecución medios, modos o formas que procuran de manera



www.civil-mercantil.com

directa dos objetivos: a)asegurarla –como ocurre en el presente caso en que se acude al procedimiento de atraer con estudiado ardid a la víctima a una situación en la que era abordable sin que le cupiera auxilio; b)sin riesgo para el autor que provenga de la defensa de la víctima –lo que también ocurre ya que el autor se encuentra armado y la víctima no y, la sorpresa con que para ella se le acomete no hace posible siquiera intentar una defensa– por lo que no existía riesgo alguno para el autor.

A lo que solamente cabe añadir el inferido presupuesto de que el autor actuó no solamente desde la conciencia de tal contexto sino desde la previa procura del mismo. La cohorte de cautelas y pasos previos dados por el autor aleja la más mínima duda de que el mismo no solo era consciente sino que procuraba ese escenario a los fines que la agravación sanciona.

Esta elemental comparación del hecho probado y la descripción típica de la agravante releva de cualquier excurso erudito sobre naturaleza jurídica o construcción doctrinal de la agravante. Nada permite, vista la identidad de lo probado y el presupuesto típico, albergar dudas sobre la aplicabilidad de dicha agravante. Y menos la alusión a una relación de confianza de origen y contenido no especificado en el recurso que no es expresamente exigido en el precepto penal que se dice infringido.

Por otra parte en la STS 558/2010 de 2 de junio se reitera: la compatibilidad de la agravante con la perturbación anímica - Sentencia 1222/1995, de 24 noviembre -, con la exigente incompleta de enajenación mental - Sentencias de 11 junio 1991 , 1428/1994, de 1 julio y 1061/1996, de 17 diciembre - y con la semieximente de trastorno mental transitorio - Sentencias de 24 enero 1992 y 1689/1994 , de 3 octubre.

Y en esa misma línea se pronuncia la sentencia 1537/2000, de 9 de octubre , en la que se dice que si tal compatibilidad se predica incluso hoy, después del Pleno no jurisdiccional de esta Sala Segunda, de fecha 26 de mayo de 2000, con respecto a la exigente completa de enajenación mental, con mayor razón en los supuestos de semieximente, que ya habían sido objeto de multitud de pronunciamientos jurisprudenciales, con mayor sentido entonces en este caso en que se ha apreciado una simple atenuante. La jurisprudencia (SSTS 15 febrero , 21 marzo y 17 noviembre 1988 , 24 febrero 1989 , 1 julio 1994 y 8 marzo 199) ha estimado compatible la agravante de alevosía con la exigente incompleta de enajenación mental, siempre que la disminución psíquico determinante de la semieximente, no impida el dolo específico de la alevosía, conocimiento y voluntad de asegurar el resultado homicida y de excluir el riesgo derivado de la defensa de la víctima.



www.civil-mercantil.com

Esta jurisprudencia ha sido atendida en la Sentencia de instancia y acorde con esa doctrina aprecia correctamente la concurrencia de la eximente incompleta de trastorno mental con la agravante de alevosía, por lo que el motivo debe ser desestimado.

El motivo se rechaza.

Cuarto.

1.- En el cuarto motivo, también como infracción de ley –del artículo 556 del Código Penal – también por el cauce del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se niega que los hechos probados incluyan cosa diversa de lo que califica como " autoencubrimiento impune" por lo que no cabe calificarlos de resistencia delictiva.

Para respaldar tal tesis afirma que el acusado "ni agredió, ni amenazó, ni insultó a los agentes.....ni empleó fuerza física".

2.- Lo que la sentencia declara probado es que, cuando acudieron los agentes en auxilio de la víctima, cuando intentan "reducirlo", el procesado "esgrimía la navaja frente a los agentes . Y aún añade que cambia de mano la navaja en actitud desafiante al tiempo que les dice que no se acerquen. A consecuencia de tal actitud fue necesario, señala la sentencia, "el empleo por los agentes de sprays reglamentarios" para conseguir la reducción y detención.

3.- Basta recordar la doctrina jurisprudencial sobre la delimitación de este delito, discriminando frente a la simple falta, para entender como, cuando menos, la actitud del acusado satisface holgadamente las exigencias típicas del delito de resistencia grave.

Al efecto decíamos en la STS nº 260/2013 de 22 de marzo que: a la hora de trazar la línea divisoria entre la resistencia pasiva grave o activa simple (art. 556 del C. Penal) de la resistencia y desobediencia leve (art. 634 del C. Penal), establece la referida sentencia como criterios determinantes de la calificación de delito del art. 556, entre otros, los siguientes:

- a) La reiterada y manifiesta oposición al cumplimiento de la orden legítima, emanada de la autoridad y los agentes.
- b) La grave actitud de rebeldía.
- c) La persistencia en la negativa, esto es, en el cumplimiento voluntario del mandato.
- d) La contumaz y recalcitrante negativa a cumplir con la orden.

www.civil-mercantil.com

Pues bien, al aplicar al caso concreto los anteriores parámetros jurisprudenciales resulta patente que nos hallamos ante un delito de resistencia y no ante una falta de desobediencia o de falta de respecto o consideración a los agentes de la autoridad.

Es evidente que el relato de lo probado permite concluir la manifiesta oposición del recurrente a su detención, con grave actitud de lo que va incluso más allá de la mera rebeldía, y persistencia en la negativa que obligó al uso de la fuerza para hacer efectiva dicha detención.

El motivo se desestima.

Quinto.

1.- Insiste el recurrente en el quinto motivo en la conculcación de preceptos penales por la sentencia recurrida. Así denuncia, por el cauce del 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que se habría vulnerado el artículo 21.5 del Código Penal al no valorar que la reparación de daño, que la recurrida estima determinante de la atenuante a que se refiere dicho precepto, no haya sido calificada como muy cualificada.

Subraya a tales efectos que pagó 13.116,44 euros además de otros 2.900 meses después. Y ello pese a carecer de trabajo, y de activos financieros, siendo, además, minusválido, por lo que solamente cuenta con una pensión no contributiva mínima.

2.- Como decíamos en la STS. 78/2009 de 11 de febrero, debe insistirse que en su formulación actual ha desaparecido de la atenuante toda referencia al ánimo del autor por lo que no es necesario que la reparación responda a un impulso espontáneo, debiendo prevalecer el carácter objetivo de la atenuante- en atención a determinadas circunstancias que reseña la STS 809/2007 de 11 de octubre :

a) La ley no exige el requisito adicional del reconocimiento de la culpabilidad y donde la ley no distingue tampoco nosotros debemos distinguir.

b) Todas las atenuantes ex post facto (reparación, confesión, colaboración, etc.) se alejan de la exigencia de una menor culpabilidad por el hecho y simplemente están basadas en razones de política criminal.

c) Exigir la presencia del elemento subjetivo de reconocimiento de la culpabilidad o responsabilidad penal comportaría de algún modo resucitar el móvil de arrepentimiento ya superado para integrar improcedentemente en la atenuante un componente anímico que el legislador no contempló.



www.civil-mercantil.com

d) Una interpretación que exigiera el reconocimiento de la responsabilidad penal como elemento necesario para la estimación de la atenuante desalentaría o no serviría de estímulo a las conductas de reparación del daño del delito, al tener que renunciar el acusado a determinadas estrategias procesales de defensa.

Ciertamente ello no puede hacer olvidar que nuestra jurisprudencia viene exigiendo, por otra parte, –como recuerda la STS. 78/2009 de 11 de febrero –, que la reparación debe ser suficientemente significativa y relevante , pues no procede conceder efecto atenuatorio a acciones ficticias, que únicamente pretenden buscar la aminoración de la respuesta punitiva sin contribuir de modo eficiente y significativo a la efectiva reparación del daño ocasionado (Sentencias núms. 1990/2001 de 24 octubre , 1474/1999 de 18 de octubre , 100/2000 de 4 de febrero y 1311/2000 de 21 de julio). De forma muy restrictiva y esporádica se ha admitido por esta Sala el efecto atenuatorio de la reparación simbólica (Sentencias núm. 216/2001 de 19 febrero y núm. 794/2002 de 30 de abril).

En la STS nº 668/2013 04/07 se advertía que: Existiendo una diferencia muy relevante entre lo reparado y lo debido, no puede aceptarse nunca una atenuación cualificada . Pero la reparación parcial que hay que contemplar con cierto recelo y prevención para no hacer de mejor condición al que roba X e indemniza X-Y, que al que roba solo X-Y, puede integrar la atenuación cuando se detecta un esfuerzo reparador digno de valoración penal y que responda a algo más que a una mera y calculada estrategia procesal.

Y en la STS nº 403/2013 de 16 de mayo se recordaba como en la STS nº 1120/2010 que: "El artículo 21.5 contempla la reparación total como uno de los casos de atenuante simple, por lo que ese mero hecho no determina su aplicación con los efectos propios de una atenuante muy cualificada" .

En este sentido se decía en la STS nº 865/2011 : "... que si de modo sistemático la reparación total se considerara como atenuante muy cualificada ello supondría llegar a una objetivación inadmisibile y contraria al fin preventivo general de la pena; finalidad preventivo general que quedaría, al entender de este Tribunal, burlada con la rebaja sustancial que se pretende (STS 1156/2010, de 28-12). Y también se ha argumentado que para la especial cualificación de esta circunstancia se requiere que el esfuerzo realizado por el culpable sea particularmente notable, en atención a sus circunstancias personales (posición económica, obligaciones familiares y sociales, especiales circunstancias coyunturales, etc.), y del contexto global en que la acción se lleve a cabo (STS 868/2009, de 20-7). Si bien se ha matizado que no es determinante la capacidad económica del sujeto reparador, aunque sea un dato a tener en cuenta, porque las personas insolventes gozarían de un injustificado privilegio atenuatorio, a pesar de la nula o escasa repercusión de su voluntad reparadora en los intereses lesionados de



www.civil-mercantil.com

la víctima (STS 20-10-2006). En todo caso, siempre que se opere con la atenuante muy calificada ha de concurrir un plus que revele una especial intensidad en los elementos que integran la atenuante (SSTS 50/2008, de 29-1 ; y 868/2009, de 20-7) "

El motivo se rechaza.

Sexto.

1.- También alega como vulneración de precepto legal – artículo 62 del Código Penal – no haber procedido a una rebaja de dos grados , y no solamente de uno, por razón del carácter intentado del homicidio.

Se queja de la falta de motivación expresada de esa opción del Tribunal de instancia.

2.- La sentencia, sin apurar el celo argumentador, aborda conjuntamente la referencia a la imperfección de la consumación y la influencia de la semieximente para determinar la medida de la pena a imponer. Y ofrece así una misma razón para concretar la pena: la entidad de los hechos junto con el estado de excitación y descontrol en que se encontraba el recurrente.

Ciertamente el Código Penal emplaza en el artículo 62 a considerar otros aspectos que solamente de una manera genérica pueden entenderse incluida en la expresión "entidad del daño". En efecto la tentativa debe ser penalizada atendiendo al grado de desarrollo del iter ejecutivo y, por otro lado también, al grado de riesgo para el bien jurídico. No obstante aquella generalización de la sentencia de instancia, convenimos en que el riesgo para la vida de la víctima era grande de no interceder el necesario y rápido auxilio. Y por otra parte el sujeto activo no solamente realizó actos que, sin mayor aportación, habría de ser suficiente para causar la muerte, sino que persistió en su intento de culminar rápidamente el final letal, solo conjurado por la huida de la víctima. Por ello aparece adecuado limitar a un grado la disminución de la pena.

El motivo se rechaza.

Séptimo.

1.- Igual queja que en el motivo anterior se formula en éste, ahora en referencia a la rebaja de un solo grado por razón de la exención incompleta que se aprecia, sin que se motive tampoco por la sentencia la razón por la que no hace uso de la facultad de rebajar en dos grados la pena prevista en el tipo penal según su grado de ejecución.

Destaca a este respecto que la misma sentencia había subrayado la gran limitación de las facultades que sufría el acusado. Así como que la misma afirma que la patología alteraba



www.civil-mercantil.com

gravemente las facultades cognitivas. Lo que vincula al hecho en la medida que la sentencia también pone énfasis en que el acusado actuó en ausencia de móvil que explicase su comportamiento.

2.- Tampoco en este aspecto la sentencia demuestra un esfuerzo loable en la justificación de su decisión. Conviene recordar que los criterios vienen determinados por el legislador. Así el artículo 68 del Código Penal ordena que se atienda al número y entidad de los requisitos de la exención que falten o concurran, así como a las circunstancias personales del autor. Ninguna de cuyas referencias es específicamente objeto de análisis por la sentencia de instancia.

Desde luego la rebaja de un grado es preceptiva. Así lo expusimos entre otras muchas en la STS nº 519/2012 de 15 de junio . Lo que unido al grado de rebaja por razón de la imperfecta ejecución, obliga a una rebaja de dos grados (STS 124/2010 de 18 de febrero).

En cuanto a los efectos de la semioximente advertíamos en la STS 515/2009 de 6 de mayo , en que se alegaba que: "las condiciones volitivas del condenado estaban gravemente mermadas", que la relevancia para la imputabilidad del sujeto depende principalmente su enfermedad mental, pero también del efecto que produzcan en la psique del sujeto en el momento de la acción y con relación a ella; en particular en la capacidad de comprender la ilicitud del hecho y de actuar conforme a esa comprensión (art. 20-1º del CPenal). Con ello se adopta un sistema mixto biológico-psicológico, en el que no basta el diagnóstico de la patología psíquica para derivar directamente de ella la merma o eliminación de la imputabilidad, sino que es preciso que por ella se produzca la grave alteración de las facultades de comprensión de la ilicitud y de autodeterminar la conducta con arreglo a ese conocimiento. Es en este aspecto del resultado psicológico de la base biopatológica donde reside la relevancia de ésta.

Pues bien el hecho probado, en la sentencia recurrida que ahora valoramos, tras afirmar que la patología del acusado altera gravemente sus facultades "para aquellas conductas relacionadas con su delirio", sin añadir que los hechos aquí imputados lo estuvieran, se cuida de precisar que no consta probado que "al tiempo de cometer los hechos....el procesado se encontrara en un brote sicótico".

La STS nº 190/2008 de 21 de abril , el artículo 68 del Código Penal , tras la redacción dada al mismo por la Ley Orgánica 15/03, en vigor desde el 01/10/04, vuelve a la redacción anterior al Código Penal de 1995, en el sentido de imponer al Tribunal en los casos previstos en la circunstancia 1ª del artículo 21 , la obligación de aplicar la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley, criterio que seguía manteniendo la Jurisprudencia, de forma que en estos casos habrá de rebajarse la pena al menos en un grado necesariamente, aplicándose las reglas del artículo 66 según la concurrencia o no de atenuantes o agravantes, y

potestativamente en dos grados , siendo de aplicación en este caso la regla octava del artículo 66 en el sentido de que podrá imponerse la pena en toda su extensión. A este respecto existe un Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de esta Sala, de fecha 01/03/05, precisando que: "el artículo 68, cuando remite al 66 del Código Penal , no excluye ninguna de sus reglas, entre ellas la regla 8ª".

Pues bien, en el caso juzgado, contra lo que manifiesta el recurso, la sentencia de instancia indica que la alteración grave de facultades se circunscribe a las hipótesis que conciernen directamente a "las conductas relacionadas con su delirio", aspecto no determinado con a suficiente concreción en el supuesto examinado. En la fundamentación jurídica se reitera esa conexión, especificando que delirio consiste en "la idea de sufrir daño".

Y a ello se une la misma advertencia de que no consta acreditado que en este caso el acusado "se encontrara en un brote sicótico".

Son relevantes las circunstancias del caso concreto. Así es de reseñar la diferencia en los antecedentes proclamados para el acusado en el caso de la STS nº 914/2009 de 24 de septiembre , en relación con los aquí especificados en la sentencia recurrida.

Por lo que en el caso concreto, tal como se argumenta por la recurrida en su fundamentación jurídica, no derivan de la premisa fáctica las razones de doble rebaja de grado en la responsabilidad penal.

Octavo.

1.- En el octavo motivo, también como infracción de ley, se estima que, de conformidad con el art 66 del Código Penal , la concurrencia de una atenuante debió llevar a poner en su mínima dimensión la pena, dentro de la "amplia horquilla" disponible partiendo del grado fijado por razón de la imperfección ejecutiva y más por la exención incompleta.

2.- La circunstancia atenuante ha sido considerada por la recurrida que impone la pena en la mitad inferior del total posible. Lo que se justifica por lo que dejamos expuesto en relación con la fuerza atenuante de la reparación considerada. Pero más, si cabe, atendiendo a que, como dejaremos establecido, la pena privativa de libertad tendrá su onerosidad vinculada al tiempo del internamiento, hasta el punto de que puede llegar a no ejecutarse.

La pena inferior en grado a la del tipo de asesinato parte de 7 años y seis meses de prisión. Rebajada en un grado, la imponible parte de 3 años y nueve meses de prisión. Por lo que la mitad inferior abarca desde esa pena hasta 5 años, 7 meses y quince días. La impuesta no llega pues al límite de dicha mitad inferior.

El motivo se desestima.

Noveno.

1.- En el noveno de los motivos reprocha a la sentencia de instancia el penado que se imponga una medida de seguridad por más tiempo del que fue solicitado por la acusación y, además, que de oficio se anticipe que "no se asimilará el periodo de privación en concepto de pena o de prisión provisional con el que derive de la aplicación de la medida de seguridad".

2.- La Jurisprudencia ha venido admitiendo que el Tribunal en la determinación de la medida de seguridad, que procede imponer al exento de responsabilidad completa o incompletamente, actúa sin estar vinculado por la petición de las acusaciones.

Así se recuerda en la STS nº 730/2008 de 22 de octubre : Concurriendo los requisitos o circunstancias establecidas en el art. 95 CP , la medida de seguridad debe aplicarse por el Juez o Tribunal, previos los informes que estime convenientes, a las personas que se encuentren en los supuestos previstos en el Capítulo Segundo, Título Cuarto, del Libro Primero, del Código Penal, y precisamente el art. 102 determina que a los exentos de responsabilidad penal conforme al art. 20.2 del mismo Texto se les aplicará, si fuera necesaria, la medida de internamiento en centro de deshabitación público, o privado debidamente acreditado u homologado, o cualquiera otra de las medidas previstas en el art. 96.3, también CP , siendo este el caso enjuiciado. Se desprende de lo anterior que concurriendo la situación de peligrosidad -circunstancias personales del sujeto de las que pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos-, de la que nos ocuparemos a continuación, la adopción de la medida se revela como necesaria y consecuencia de aquélla, sin estar sujeta su adopción a petición del Ministerio Fiscal, pues el principio acusatorio no puede regir en relación con las medidas de seguridad, consecuencia de la peligrosidad del sujeto, como si se tratase de la imposición de una pena, sistema dual que opera en planos distintos

Criterio ratificado en la STS nº 603/2009 de 11 de junio .Por otra parte ese criterio no es ajeno al que se desprende de la legislación procesal penal. Así el art 787.5 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que, ni siquiera en caso de conformidad entre acusación y defensa de acusado quedará el Tribunal vinculado en lo que concierne a la "adopción de medidas protectoras en los casos de limitación de la responsabilidad penal". Entre las cuales se encuentra la de internamiento psiquiátrico.

3.- Sin embargo esa discrecionalidad del Tribunal ha de sujetarse a los inequívocos límites legales.



www.civil-mercantil.com

De entre ellos adquiere especial relevancia el que caracteriza a las medidas de seguridad en relación a su modificabilidad y las consecuencias que pueden derivar de su ejecución.

No puede el Tribunal ignorar que el artículo 97 del Código Penal en clara correlación con la naturaleza de la función preventiva especial de la medida, obliga a un periódico contraste de su necesidad precisamente en relación con dicha función. Por ello ordena una revisión periódica del sometido a la medida que se producirá dentro de un procedimiento contradictorio, cuya instauración no se deja al arbitrio del Tribunal. Dentro de ese procedimiento habrá de recaer informe del Juez de Vigilancia Penitenciaria. Y, solo tras esa contradicción por las partes y precediendo dicho informe judicial, el Tribunal, no solamente podrá, sino que deberá decidir alguna de las posibilidades que el citado precepto establece. Que incluye el cese incluso de la medida. Y la cadencia de esos informes y revisiones no podrá exceder de un año entre uno y otro.

Y, por otra parte, también es mandato legal ineludible, que, una vez externado el paciente penado, el tiempo durante el cual permaneció ingresado, con correlativa pérdida de libertad, se compute a efectos de extinción de la pena privativa de libertad impuesta por el mismo delito del que se consideró semieximido al acusado. Computación a cuenta de dicha pena que es correlato de la subordinación impuesta legalmente entre la previsión de la medida de seguridad y la exigencia de que el hecho esté sancionado con pena privativa de libertad.

Lo que es compatible con la no computación de la prisión provisional en cuanto a la duración de la medida de internamiento. Sentido en el que se ha pronunciado alguna STS como la citada en la aquí recurrida (nº 81/2011 de 17 de febrero).

En este aspecto se estima parcialmente el recurso.

Décimo.

En el décimo de los motivos se denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en su aspecto de exigencia de motivación, por no exponer las razones del internamiento ordenado.

Y es comprensible la queja dado el laconismo y escasa riqueza expositiva de las razones que justifican dicha medida.

La misma requiere como fundamento, según se recordaba en la STS nº 515/2009 de 6 de mayo : El pronóstico de comportamiento futuro que revela la probabilidad de comisión de nuevos delitos opera como presupuesto sin el cual la medida de seguridad no puede acordarse (art.



www.civil-mercantil.com

95-1 , 2º del Código Penal), pero es la necesidad del tratamiento médico lo que, a partir de ese presupuesto , justifica la medida del internamiento en un establecimiento psiquiátrico.

No obstante cabe recordar como el Tribunal subraya la absoluta falta de motivación conocida en el actuar del penado, lo que no solamente evidencia su peligrosidad, tanto mayor cuanto más arbitraria e inmotivadamente reacciona a sus eventuales delirios, sino que, además, dado el sentido de los diagnósticos forenses en definitiva sumidos, es claro que no cabe confiar en el autocontrol del paciente para someterse a la mediación que tal patología conocidamente exige.

Y la Sala ya explica en su Sentencia que el trastorno que presenta el condenado no es curable sino solo susceptible de un tratamiento farmacológico que, de acuerdo con los informes forenses, puede recibir en el marco penitenciario, que es lo que estos informes consideran más adecuado.

El Tribunal examinando el acta del juicio oral ha comprobado el testimonio de la madre del acusado que da cuenta de varios ingresos y la contumaz rebeldía a las indicaciones terapéuticas, así como de los fallidos intentos familiares por lograr que se ordenase el internamiento del paciente para su tratamiento.

Por otra parte dada la revisión que la ley y esta sentencia de casación impone en tiempo muy inferior al de la pena privativa de libertad, la decisión será sometida a control en el procedimiento contradictorio previsto en el artículo 97 del Código Penal .

Undécimo.

En el undécimo motivo se denuncia la misma quiebra de la garantía de tutela judicial efectiva en el aspecto de falta de motivación, ahora referida a la extensión en el tiempo de la medida de internamiento impuesta.

No obstante, además de lo dicho en cuanto al anterior motivo, cabe hacer dos consideraciones: a) que el tiempo que se fija no es el que deberá inexorablemente durar la medida, por las razones antes expuestas de la exigencia de revisión, sino su máximo de duración, y b) que la revisión periódica, al menos anual, exigirá una permanente motivación del mantenimiento de la medida, siendo así que la ejecución del mismo hasta esa revisión, dada la entidad de la peligrosidad revelada y la naturaleza de la patología, así como la falta de autocontrol por el penado, se presenta como harto razonable.

Duodécimo.



www.civil-mercantil.com

La estimación parcial del recurso determina la declaración de oficio de las costas, conforme al artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR PARCIALMENTE al recurso de casación interpuesto por Constancio , contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de La Coruña, con fecha 13 de mayo de 2013 , casando dicha sentencia únicamente en cuanto a la advertencia de que no se compute el internamiento a efectos de dar por extinguidas las penas privativas de libertad, conforme a todas las previsiones del artículo 99 del Código Penal , y a la exigencia de las revisiones a que se refiere el artículo 97 del mismo Texto Legal , advertencia ausente en la parte dispositiva de la recurrida, y por cuya razón decidimos esta modificación sin necesidad de dictar segunda sentencia. Todo ello con declaración de oficio de las costas de este recurso.

Comuníquese dicha resolución a la mencionada Audiencia, con devolución de la causa en su día remitida.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

PUBLICACION .- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Luciano Varela Castro , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.