



Roj: STS 902/2010 - ECLI: ES:TS:2010:902

Id Cendoj: 28079120012010100116

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal

Sede: Madrid

Sección: 1

Fecha: 30/01/2010

Nº de Recurso: 1571/2009

Nº de Resolución: 69/2010

Procedimiento: RECURSO CASACIÓN

Ponente: ALBERTO GUMERSINDO JORGE BARREIRO

Tipo de Resolución: Sentencia

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta de Enero de dos mil diez.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección Primera, de fecha trece de marzo de dos mil nueve. Han intervenido el Ministerio Fiscal, como recurrente, el acusado Nemesio, representado por la procuradora Sra. Juliá Corujo y como parte recurrida Jose Daniel, representado por la procuradora Sra. Nieto Bolaño. Ha sido ponente el magistrado Alberto Jorge Barreiro.

### I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción número 1 de Castellón, instruyó sumario 1-04, por delitos intentados de homicidio contra Nemesio, y lo remitió a la Audiencia Provincial de Castellón, cuya Sección Primera dictó sentencia en fecha trece de marzo de dos mil nueve, con los siguientes hechos probados: "**PRIMERO.**- *El acusado Nemesio, mayor de edad por tener 19 años por aquel entonces y sin antecedentes penales, conocido entre los amigos como " Gallina ", en la madrugada del día 24 de marzo de 2.002, se encontraba en el interior de la discoteca denominada "Pirámide" sita en la calle La Font nº 105 de la localidad de Cabanes (Castellón), a la que había acudido desde El Vendrell (Tarragona) en compañía de varios amigos para divertirse. De la citada discoteca era titular la mercantil Complejo Hostelero Cabanes S.L., sobre la que tenía concertada una póliza de responsabilidad civil con la compañía FIATC Mutua de Seguros y Reaseguros a Prima Fija.*

*Como fuere que sobre las 530 horas del citado día se organizara una pelea en el interior de la discoteca entre jóvenes de Tarragona y jóvenes de Castellón, los miembros de seguridad del establecimiento sacaron de la discoteca a los contendientes, continuando la reyerta entre éstos en la zona de aparcamiento, a la que se unieron otros varios jóvenes que salieron del establecimiento, entre ellos el acusado Nemesio el cual llegó corriendo hasta la zona de aparcamiento próxima a la puerta de entrada a la discoteca donde se encontraba Jose Daniel que estaba peleando contra persona, y esgrimiendo una navaja de al menos ocho centímetros de hoja y con absoluto desprecio por la vida humana, le asestó un navajazo en la parte izquierda del abdomen, que penetró dos centímetros en la fosa ilíaca izquierda que afectó a una arteria y que causó hemiperitoneo, lo que hubiera abocado al fallecimiento de la víctima si no se le hubiera prestado asistencia médica urgente por los servicios de enfermería de la discoteca y su traslado inmediato en ambulancia al hospital, donde fue intervenido quirúrgicamente para salvarle la vida, lo que finalmente se consiguió.*

*Consecuencia del navajazo sufrido, Jose Daniel, que tenía 20 años por aquel entonces, sufrió lesiones que tardaron en curar 270 días, 9 de ellos hospitalarios, estando incapacitado para sus ocupaciones habituales durante 180 días, quedando como secuelas una resección intestinal, eventración abdominal y tres cicatrices en el abdomen: una de 4 cm. vaciado izquierdo, otra de 2 cm. FIC, y otra de 30 cm. EPI- Mesogástrico.*

**Segundo.**- *Después del apuñalamiento, el acusado Nemesio fue señalado y perseguido por los que habían presenciado la agresión, amigos y conocidos de Jose Daniel, el cual salió corriendo hacia la entrada de la discoteca, donde junto a la cristalera existente en la misma se encaró con sus perseguidores blandiendo la*



*misma navaja que portaba, lo que motivó que uno de los miembros de seguridad del establecimiento, Eulogio , se acercara hacia el mismo con intención de reducirlo, momento en el cual el acusado Nemesio se percató de su presencia, y movido de la intención de menoscabar su integridad física, le asestó un navajazo en el flanco izquierdo causándole una herida contusa de 6-7 centímetros que perforó la piel, el tejido subcutáneo y seccionó la musculatura abdominal, sin llegar a penetrar en la cavidad abdominal.*

*A consecuencia del navajazo, Eulogio que tenía 26 años de edad y trabajaba como portero-miembro de seguridad de la discoteca, sufrió lesiones que tardaron en curar 36 días, de los cuales fueron 29 impeditivos para sus ocupaciones habituales, de ellos 7 hospitalarios, quedándole como secuelas una cicatriz de 10 cm horizontal en flanco abdominal y un trastorno por estrés postraumático leve."*

**2.-** La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: " **FALLO:** *Que debemos condenar y condenamos al acusado Nemesio , como autor responsable de un delito de homicidio en grado de tentativa, ya definido, con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal analógica de dilaciones indebidas, a la pena de cinco años de prisión y accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, pago de la 1/2 de las costas procesales, incluidas las de las Acusaciones Particulares, y a que en concepto de responsabilidad civil derivada del delito, indemnice a Jose Daniel en la cantidad de cuarenta y cuatro mil ciento cuarenta y cinco euros con sesenta y siete céntimos (44.14567 euros) por sus lesiones y secuelas, con sus intereses legales correspondientes.*

*Asimismo, debemos condenar y condenamos al acusado Nemesio , como autor responsable de un delito de lesiones agravadas, ya definido, con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal analógica de dilaciones indebidas, a la pena de dos años de prisión y accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, pago de la 1/2 de las costas procesales, incluidas las de las Acusaciones Particulares, y a que en concepto de responsabilidad civil derivada del delito, indemnice a Eulogio en la cantidad de tres mil seiscientos treinta y tres euros con noventa y siete céntimos (3.63397 euros) por sus lesiones y secuelas, con sus intereses legales correspondientes.*

*Para el cumplimiento de las penas se le abonarán al condenado todo el tiempo de privación de libertad que hubiera podido sufrir por esta causa"*

**3.-** En fecha 27 de marzo de 2009, se dictó auto de aclaración de sentencia, con la siguiente parte dispositiva: "*Que debía aclarar y aclaraba el fallo de la sentencia nº 128 de fecha 13 de marzo de 2009 , dictada por este Tribunal, en el sentido tan solo de que en su fallo debe decir "y a que en concepto de responsabilidad civil derivada del delito, indemnice a Eulogio en la cantidad de tres mil setecientos noventa y cinco euros con cuarenta y seis céntimos (3.795,46 euros) por sus lesiones y secuelas, con sus intereses legales correspondientes", permaneciendo invariables el resto de pronunciamientos contenidos en la misma."*

**4.-** Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por Nemesio que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

**5.-** La representación del recurrente basa su recurso de casación en los siguientes motivos: PRIMERO.- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ y del art. 852 de la LECrim, por cuanto se ha vulnerado en el presente procedimiento el derecho fundamental a la presunción de inocencia, a que se refiere el art. 24.2 de la CE. SEGUNDO.- En virtud del art. 850.1 de la LECrim, por denegación de diligencias de prueba que, propuestas en tiempo y forma por esta parte, se consideran pertinentes. TERCERO.- A tenor del art. 851.6º de la LECrim, la haber sido enjuiciado mi mandante por un Magistrado en el que concurría la causa de recusación establecida en el art. 219 de la LOPJ. CUARTO.- Al amparo del art. 849.2º de la LECrim, por error de hecho en la apreciación de la prueba. QUINTO.- En virtud del art. 849.2º de la LECrim, por error de hecho en la apreciación de la prueba. SEXTO.- Al amparo del art. 849.1º de la LECrim, en relación con las lesiones de D. Jose Daniel , por aplicación indebida del art. 138 del CP, en relación con el art. 62 de dicho cuerpo legal. Y falta de aplicación del art. 147 del CP. SÉPTIMO.- En virtud del art. 849.1º de la LECrim, por aplicación indebida del art. 148 en relación con el art. 147 del Código Penal, en relación con las lesiones sufridas por el Sr. Eulogio . OCTAVO.- A tenor del art. 849.1º de la LECrim, por falta de aplicación del art. 20.4 del CP, en relación con el art. 21.1º y el art. 68 del Código Penal. NOVENO.- Al amparo del art. 849.1º de la LECrim, por falta de aplicación del art. 20.2 en relación con el art. 21.1 del CP y subsidiariamente del art. 21.6 del Código Penal en relación con los anteriores. DÉCIMO.- Se formula con carácter subsidiario, en virtud del art. 849.1 de la LECrim, por falta de aplicación del art. 66.1.2º del CP.

**6.-** Instruido el Ministerio Fiscal y la parte recurrida, impugnaron todos y cada uno de los motivos; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**7.-** Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebraron deliberación y votación el día 18 de enero de 2010.



## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Castellón dictó sentencia, el 13 de marzo de 2009, en la que condenó a Nemesio, como autor responsable de un delito de homicidio en grado de tentativa, con la concurrencia de la circunstancia atenuante analógica de dilaciones indebidas, a la pena de cinco años de prisión, y a que indemnizara a Jose Daniel en la suma de 44.145,67 euros por sus lesiones y secuelas. Y también le condenó como autor de un delito de lesiones agravadas, con la misma atenuante, a la pena de dos años de prisión y a que indemnizara a Eulogio en la cantidad de 3.795,46 euros por sus lesiones y secuelas.

Los hechos por los que ha sido condenado el acusado, en una descripción muy sintética, consistieron en que, de madrugada, en el aparcamiento de una discoteca, con motivo de una reyerta, propinó un navajazo a Jose Daniel en la parte izquierda del abdomen, con desprecio de la vida humana. La navaja, de 8 centímetros de hoja, penetró dos centímetros en la fosa iliaca izquierda, ocasionándole hemoperitoneo por alcanzar a una arteria (cólica media). Ello hizo precisa una intervención quirúrgica urgente para salvarle la vida. El agredido tardó en curar de las heridas 270 días, nueve de los cuales estuvo hospitalizado, con una incapacidad para sus ocupaciones habituales de 180 días. Le quedaron como secuelas una resección intestinal, eventración abdominal y tres cicatrices en el abdomen.

Nada más propinar el navajazo, fue perseguido por unos amigos de Jose Daniel que habían presenciado la agresión, y al llegar junto a una cristalera de la discoteca se encaró con sus perseguidores y asestó otro navajazo a un miembro de seguridad del establecimiento, Eulogio, con ánimo de menoscabar su integridad física, alcanzándole en el flanco izquierdo. Le ocasionó una herida contusa de 6-7 centímetros que perforó la piel, el tejido subcutáneo y seccionó la musculatura abdominal, sin llegar a penetrar en la cavidad abdominal.

El acusado formuló recurso de casación y alegó diez motivos cuestionando la sentencia de instancia.

**SEGUNDO.** Razones claras de metodología procesal y de orden racional en la resolución del recurso nos obligan a comenzar su examen por el motivo tercero, en el que, al amparo de lo dispuesto en el art. 851.6º de la LECr., en relación con el art. 219.11ª de la LOPJ, se invoca la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías por haber sido juzgado el acusado por un magistrado, el ponente de la sentencia, en el que concurría -se afirma- una evidente contaminación efectiva.

El recurrente subraya que ya formalizó en su día un incidente de recusación ante la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Castellón, que lo inadmitió a trámite por extemporáneo en auto dictado el 2 de marzo de 2009 (folio 413 bis.2 del rollo de la Audiencia) al constar en la causa la designación del ponente desde el año 2004. Ello es cierto -alega el impugnante-, pero la designación no fue notificada a las partes. Y en cuanto a los argumentos para que prosperara la recusación, aduce que fue uno de los magistrados que resolvió el recurso de apelación interpuesto contra el auto de 24 de junio de 2002 (folio 304 del sumario), en el que se acordaba el sobreesimiento de las actuaciones con respecto al imputado Dimas. El auto que resolvió el recurso lleva fecha de 1 de septiembre de 2003, y contra él se presentó recurso de nulidad, que fue desestimada por auto de 7 de octubre de 2003, en cuya decisión intervino también el magistrado ahora ponente de la causa.

Pues bien, las alegaciones del recurrente no desvirtúan los fundamentos de la decisión adoptada en su día por la Audiencia, ya que, aun siendo cierto que no consta la notificación de la providencia en que se nombra ponente al Magistrado Esteban Solaz el 5 de mayo de 2004 (folio 2 del rollo de la Audiencia Provincial), sí obran en el proceso otras notificaciones de resoluciones del Tribunal de fechas posteriores en las que figura de forma clara el nombre del magistrado ponente. Y así, por ejemplo, en el auto en que se acuerda revocar el sumario, dictado el 16 de mayo de 2007 (folios 39 y 40 del rollo de la Audiencia), que fue notificado a la parte que ahora recurre el 22 de mayo de 2007 (folio 43 del mismo rollo), consta de forma muy explícita el nombre del magistrado ponente. Y en el mismo sentido deben citarse la providencia de 28 de marzo de 2008, notificada a la parte recurrente el 1 de abril siguiente (folio 89 del rollo de la Audiencia), la providencia de 9 de abril de 2008, notificada a la parte impugnante el 14 de abril (folio 98 del rollo de la Audiencia), y la providencia de 23 de abril del mismo año, en la que se le da traslado a la defensa para que cumplimente el trámite de calificación (folio 82, sic), providencia que se le notifica a la parte el mismo día (folio 85, sic, del rollo de la Audiencia). En todas esas resoluciones constaba que el referido Magistrado formaba parte de la Sala que iba a enjuiciar al acusado.

Por consiguiente, tuvo la parte interesada sin duda conocimiento casi un año antes a formular la recusación de que el Magistrado Esteban Solaz formaba parte de la Sala competente para juzgarlo, sin que cuestionara la imparcialidad del magistrado, pues la recusación la formalizó el 13 de febrero de 2009, esto es, transcurrido de forma claramente ostensible el plazo de los diez días que señala el art. 223 de la LOPJ. Ello quiere decir que el auto inadmitiendo a trámite la recusación por extemporaneidad en su presentación se ajusta a derecho.

El motivo de casación no puede, en consecuencia, prosperar.



**TERCERO. 1.** El impugnante alega como segundo motivo de impugnación, invocando para ello los arts. 5.4 de la LOPJ, 852 de la LECr. y 24.2 de la Constitución, la vulneración del **derecho fundamental a la presunción de inocencia**. En este motivo, que se constituye en el argumento capital del recurso, la defensa cuestiona los presupuestos fácticos de los distintos elementos de los delitos por los que ha sido condenado el recurrente, concluyendo que si se hubiera efectuado un análisis racional y lógico de la prueba se habría dictado un fallo absolutorio tanto para el delito de homicidio como para el de lesiones.

**2.** Según doctrina consolidada del Tribunal Constitucional, el derecho a la presunción de inocencia se configura, en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito, y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en los mismos (SSTC 137/2005, 300/2005, 328/2006, 117/2007 y 111/2008). Y es también doctrina reiterada del mismo Tribunal que, en la medida en que toda condena penal ha de asentarse en pruebas de cargo válidas, suficientes y concluyentes, tal suficiencia incriminatoria ("más allá de toda duda razonable") ha de ser racionalmente apreciada por el Juez y explicada en la sentencia, de forma que el déficit de motivación o los errores en la motivación o su incoherencia interna, puestos en relación con la valoración de la prueba y, por tanto, con la existencia de prueba de cargo, supondrían, de ser estimados, la quiebra del derecho a la presunción de inocencia (SSTC 124/2001, 186/2005, 300/2005 y 111/2008).

Por lo demás, tratándose de prueba indiciaria el Tribunal Constitucional considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia cuando la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada (STC 229/2003).

Por su parte, esta Sala de Casación tiene afirmado en reiteradas resoluciones que el ámbito del control casacional, cuando se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, se concreta en verificar si la prueba de cargo que el Tribunal utilizó para dictar la sentencia condenatoria fue obtenida con respeto a las garantías inherentes al proceso debido, y por tanto, y en primer lugar, si dicha prueba de cargo fue adquirida sin vulneraciones de derechos fundamentales; en segundo lugar, si fue introducida en el proceso y sometida a los principios que rigen el plenario, de contradicción, intermediación y publicidad; en tercer lugar, si se trata de una prueba suficiente desde las exigencias derivadas del derecho a la presunción de inocencia; y por último, si consta debidamente razonada en la motivación de la resolución, de modo que pueda verificarse el *iter* discursivo y comprobarse si la conclusión obtenida resulta razonable y por tanto ajena a cualquier viso de arbitrariedad (SSTS 59/2009, de 29-1; y 89/2009, de 5-2).

Asimismo se ha hecho especial hincapié en que, desde la perspectiva del control casacional del derecho a la presunción de inocencia, a este Tribunal le corresponde revisar la estructura del razonamiento probatorio de la sentencia recurrida, centrándose en comprobar la observancia de las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos por parte del Tribunal sentenciador (SSTS 753/2007 de 2-10; 672/2007, de 19-7; y 131/2009, de 12-2).

Finalmente, se ha incidido en numerosas resoluciones de la Sala en que los cuatro puntos cardinales del control casacional en relación al derecho a la presunción de inocencia se concretan en verificar si existió prueba constitucionalmente obtenida, legalmente practicada, suficiente y racionalmente valorada (SSTS 987/2003, de 7-7; 845/2008, de 2-12; y 89/2009, de 5-2).

**3.** La proyección de estos criterios jurisprudenciales sobre el supuesto ahora enjuiciado permite concluir que se ha apreciado la **autoría del acusado con respecto al delito de lesiones** sin una base probatoria que excluya las dudas razonables que concurren en el caso concreto.

En efecto, en la sentencia recurrida la Sala de instancia va desgranando puntualmente los distintos elementos de prueba que fundamentan la convicción incriminatoria. Comienza refiriéndose a las manifestaciones en el plenario de la víctima del delito de lesiones: Eulogio, quien en la vista oral del juicio afirmó que el acusado era la persona que lo agredió, afirmación que completó con el matiz de que "esa mirada y ese pelo no se le olvidarán nunca". Sin embargo, lo cierto es que, en contra de tan rotunda aseveración, en la declaración judicial del sumario manifestó "que no cree que pudiera reconocerlo o identificarlo por su cara" (folio 43). No deja de resultar contradictorio que dos días después de los hechos dijera que no podía reconocerlo, y de hecho nunca llegó a identificarlo en la fase de instrucción, y, en cambio, casi siete años después, sí lo reconozca sin dudas en la vista oral del juicio.

El Tribunal de instancia no explica esa contradicción que contraviene las máximas elementales de la experiencia, sino que cita ese testimonio como el primer elemento probatorio de cargo, asunción convictiva que no cabe compartir por irrazonable, pues un análisis crítico del contenido de ese medio de prueba muestra



una incoherencia interna y una precariedad probatoria que impiden considerarlo como un testimonio realmente de cargo.

A continuación se reseñan en la sentencia como declaraciones testificales acreditativas de la autoría del acusado las de Arcadio y Fausto. El primero de ellos realizó una diligencia de identificación en rueda en el Juzgado de Instrucción el día 3 de mayo de 2002 que resultó fallida, pues manifestó que no reconoce a la persona que se giró con la navaja (folios 197 y 198 del sumario). Y otro tanto debe afirmarse con respecto al testigo Fausto, pues también éste practicó una rueda de reconocimiento judicial en la misma fecha sin resultado positivo (folios 193 y 194 del sumario). La propia Sala sentenciadora admite que se trata de testimonios que se han visto "empañados" por unas identificaciones fallidas, pero pretende paliar un déficit probatorio de semejante entidad con la matización de que los testigos manifestaron que les confundieron al informales sobre el nombre. Frente a lo cual, debe replicarse que no se está ante un problema de errores nominales, sino que lo realmente sucedido fue que no se identificó con el sentido de la vista a una persona que los testigos tenían a su presencia y que no la reconocieron como la que propinó el navajazo a Eulogio.

El testigo Rodolfo sí manifestó en el plenario que el acusado fue el autor de los dos navajazos. No consta, sin embargo, que este testigo haya practicado algún reconocimiento judicial en rueda en la fase sumarial. Y además confundió el orden de las agresiones, a pesar de tratarse de un dato fácilmente perceptible y objetivable. No incurriendo, pues, en contradicciones sustanciales, sí debe ponderarse, no obstante, su testimonio con no poca cautela por su error sobre un dato relevante.

Los otros cuatro testigos que se destacan en la sentencia como medios probatorios que avalan la convicción incriminatoria: Juan Alberto, Dimas, Borja, Felicidad y Gumersindo, son testigos de referencia, pues ninguno de ellos presenció la escena del navajazo ni tampoco, por tanto, identificó al acusado como el autor de la agresión a Eulogio. Aportan datos extraídos de manifestaciones de terceros y describen circunstancias periféricas al hecho nuclear de la agresión que sólo podrían operar como medios idóneos para reforzar o reafirmar una prueba relevante o principal de cargo que realmente no concurre.

Siendo así, no resulta razonable acoger como probado que el acusado es el autor del navajazo propinado a Eulogio, pues éste y los dos testigos directos de la escena, Arcadio y Fausto, no consiguieron identificar en las fechas próximas al acto delictivo al acusado como el sujeto activo de la acción lesiva. Sin que pueda quedar paliada esa importante quiebra probatoria por un testimonio de la vista oral del juicio prestado casi siete años más tarde. Y en cuanto al testigo Rodolfo, que sería el único testigo directo que no incurrió en graves contradicciones, la realidad procesal nos muestra que no practicó rueda de reconocimiento en la fase sumarial, y en el plenario incurrió en un error que invita a dudar de la solidez probatoria de su testimonio.

Al permanecer, pues, un notable margen de duda razonable sobre la identificación del autor de la agresión con la navaja a Eulogio, debe estimarse este submotivo del recurso y anular la condena del acusado como autor del delito de lesiones.

4. Dentro del mismo motivo primero, se aduce también, en este caso ya con respecto al delito de tentativa de homicidio en la persona de Jose Daniel, que no concurre **prueba de cargo acreditativa del dolo homicida** que sirvió de base para aplicar el art. 138 del C. Penal. Arguye al respecto la defensa que el acusado se hallaba rodeado de gente cuando perpetró los hechos, lo que le llevó a realizar un gesto defensivo, con el que alcanzó a Jose Daniel en una zona no vital, penetrando la navaja sólo dos centímetros en el cuerpo de la víctima, si bien -se afirma- le afectó casualmente a una arteria, circunstancia que no puede ser abarcada por el **dolo** del acusado y sí obedecer al mero azar, generando un resultado no previsible por el autor de la agresión. Y para reforzar su argumentación, compara esta herida con la que le fue irrogada a la otra víctima, Eulogio, en cuyo cuerpo penetró la navaja siete centímetros.

Sobre el **dolo** homicida y sus distintas modalidades, la doctrina de esta Sala, según se recoge en las sentencias **210/2007, de 15-3, 172/2008, de 30-4, y 716/2009, de 2-7**, se sintetiza en los siguientes términos:

*"El elemento subjetivo del delito de homicidio no solo es el "animus necandi" o intención específica de causar la muerte de una persona, sino el "dolo homicida", el cual tiene dos modalidades: el dolo directo o de primer grado constituido por el deseo y la voluntad del agente de matar, a cuyo concreto objetivo se proyecta la acción agresiva, y el dolo eventual que surge cuando el sujeto activo se representa como probable la eventualidad de que la acción produzca la muerte del sujeto pasivo, aunque este resultado no sea el deseado, a pesar de lo cual persiste en dicha acción que obra como causa del resultado producido (STS. 8.3.2004)".*

*"Como se argumenta en la STS. de 16.6.2004 el dolo, según la definición más clásica, significa **conocer y querer los elementos objetivos del tipo penal**. En realidad, la voluntad de conseguir el resultado no es mas que una manifestación de la modalidad mas frecuente del dolo en el que el autor persigue la realización de un resultado, pero no impide que puedan ser tenidas por igualmente dolosas aquellas conductas en las que el autor quiere*



**realizar la acción típica que lleva a la producción del resultado o que realiza la acción típica, representándose la posibilidad de la producción del resultado".**

"Pero ello no excluye un **concepto normativo del dolo** basado en el conocimiento de que la conducta que se realiza pone en concreto peligro el bien jurídico protegido, de manera que en esta segunda modalidad el **dolo radica en el conocimiento del peligro concreto que la conducta desarrollada supone para el bien jurídico, en este caso, la vida**, pues, en efecto, "para poder imputar un tipo de homicidio a título doloso basta con que una persona tenga información de que va a realizar lo suficiente para poder explicar un resultado de muerte y, por ende, que prevea el resultado como una consecuencia de ese riesgo. Es decir, que abarque intelectualmente el riesgo que permite identificar normativamente el posterior resultado. **En el conocimiento del riesgo se encuentra implícito el conocimiento del resultado y desde luego la decisión del autor está vinculada a dicho resultado**" (STS de 1 de diciembre de 2004, entre otras muchas). Así pues, y como concluye la sentencia de esta Sala de 3.7.2006, bajo la expresión "ánimo de matar" se comprenden generalmente en la jurisprudencia tanto el **dolo** directo como el eventual".

"Así como en el primero la acción viene guiada por la intención de causar la muerte, en el segundo caso tal intención no puede ser afirmada, si bien el autor conoce los elementos del tipo objetivo, de manera que **sabe el peligro concreto que crea con su conducta para el bien jurídico protegido, a pesar de lo cual continúa su ejecución, bien porque acepta el resultado probable o bien porque su producción le resulta indiferente**. En cualquiera de los casos, el conocimiento de ese riesgo no impide la acción. En otras palabras, se estima que obra con **dolo** quien, conociendo que genera un peligro concreto jurídicamente desaprobado, no obstante actúa y continúa realizando la conducta que somete a la víctima a riesgos que el agente no tiene la seguridad de poder controlar y aunque no persiga directamente la causación del resultado, del que no obstante ha de comprender que hay un elevado índice de probabilidad de que se produzca".

Por consiguiente, tal como se aprecia en los precedentes jurisprudenciales reseñados, esta Sala, especialmente a partir de la sentencia de 23-4-1992 (relativa al caso conocido como del "aceite de colza" o "del síndrome tóxico") ha venido aplicando en numerosas resoluciones un criterio más bien normativo del **dolo** eventual, en el que prima el elemento intelectual o cognoscitivo sobre el volitivo, al estimar que el autor obra con **dolo** cuando haya tenido conocimiento del peligro concreto jurídicamente desaprobado para los bienes tutelados por la norma penal.

Sin embargo, ello no quiere decir que se excluya de forma concluyente en el **dolo** el elemento volitivo ni la teoría del consentimiento. Más bien puede entenderse que la primacía que se otorga en los precedentes jurisprudenciales al elemento intelectual obedece a un enfoque procesal del problema. De modo que, habiéndose acreditado que un sujeto ha ejecutado una acción que genera un peligro concreto elevado para el bien jurídico con conocimiento de que es probable que se produzca un resultado lesivo, se acude a máximas elementales de la experiencia para colegir que está asumiendo, aceptando o conformándose con ese resultado, o que cuando menos le resulta indiferente el resultado que probablemente va a generar con su conducta.

Así pues, más que excluir o descartar el elemento volitivo, la jurisprudencia lo orilla o lo posterga en la fundamentación probatoria por obtenerse de una mera inferencia extraíble del dato de haber ejecutado el hecho con conocimiento del peligro concreto generado por la acción. Y es que resulta muy difícil que en la práctica procesal, una vez que se acredita el notable riesgo concreto que genera la acción y su conocimiento por el autor, no se acoja como probado el elemento de la voluntad o del consentimiento aunque sea con una entidad liviana o claramente debilitada. A este elemento volitivo se le asignan los nombres de asentimiento, asunción, conformidad y aceptación, en lo que la doctrina ha considerado como una auténtica disección alquimista de la voluntad, y que en realidad expresa lingüísticamente el grado de debilidad o precariedad con que emerge en estos casos el elemento voluntativo.

Por lo demás, también parece claro que el conocimiento siempre precede a la voluntad de realizar la conducta que se ha previsto o proyectado. Si a ello se le suma que probatoriamente la acreditación del elemento intelectual, una vez que el riesgo es notablemente elevado para que se produzca el resultado, deriva en la acreditación inferencial de la voluntad, es comprensible la postergación de ésta en la práctica del proceso. Y es que tras constatarse que el autor actuó con el conocimiento del peligro concreto que entrañaba su acción, no parece fácil admitir probatoriamente que el acusado no asume el resultado lesivo. Las máximas de la experiencia revelan que quien realiza conscientemente un acto que comporta un grave riesgo está asumiendo el probable resultado. Sólo en circunstancias extraordinarias podrían aportarse datos individualizados que permitieran escindir probatoriamente ambos elementos. Las alegaciones que en la práctica se hacen en el sentido de que se confiaba en que no se llegara a producir un resultado lesivo precisan de la acreditación de circunstancias excepcionales que justifiquen esa confianza, pues ésta no puede convertirse en una causa de exculpación dependiente del subjetivismo esgrimido por el imputado. En principio, el sujeto que *ex ante*



conoce que su conducta puede generar un grave riesgo para el bien jurídico está obligado a no ejecutarla y a no someter por tanto los bienes jurídicos ajenos a niveles de riesgo que, en el caso concreto, se muestran como no controlables.

La obliteración procesal del elemento de la voluntad ha acabado afectando, sin duda, a la construcción del **dolo** en su dimensión teórico-dogmática. El hecho de haber quedado ese elemento diluido o desdibujado debido a su posición subordinada y a su carencia de autonomía en el marco del proceso, ha determinado en gran medida su absorción por el conocimiento del peligro concreto de la acción.

De otra parte, la jurisprudencia de esta Sala viene considerando como criterios de inferencia para colegir el ánimo de matar los datos existentes acerca de las relaciones previas entre agresor y agredido; el comportamiento del autor antes, durante y después de la agresión, lo que comprende las frases amenazantes, las expresiones proferidas, la prestación de ayuda a la víctima y cualquier otro dato relevante; el arma o los instrumentos empleados; la zona del cuerpo a la que se dirige el ataque; la intensidad del golpe o golpes en que consiste la agresión, así como de las demás características de ésta; la repetición o reiteración de los golpes; la forma en que finaliza la secuencia agresiva; y en general cualquier otro dato que pueda resultar de interés en función de las peculiaridades del caso concreto (SSTS. 57/2004 de 22-1; 10/2005, de 10-1; 140/2005, de 3-2; 106/2005, de 4-2; y 755/2008, de 26-11).

La proyección de los parámetros precedentes al supuesto ahora enjuiciado determina la confirmación del criterio de la Sala de instancia cuando considera que consta acreditado el **dolo** eventual del acusado. En efecto, éste agredió con una navaja a Jose Daniel en la zona izquierda del abdomen; el instrumento penetró dos centímetros en la fosa iliaca izquierda y afectó a la arteria cólica media (folio 104 del rollo de la Audiencia), lo que ocasionó hemoperitoneo -no "hemiperitoneo", como erróneamente se dice en la sentencia recurrida-. Las heridas, según explicaron los médicos forenses en la vista oral del juicio, eran mortales, tanto de forma directa por haber afectado a una arteria situada en el interior de la cavidad abdominal, como, indirectamente, debido a las complicaciones que surgieron con posterioridad; complicaciones que hicieron precisa una nueva intervención quirúrgica y que no se debieron, según los peritos, a una defectuosa técnica médica ni a un inadecuado tratamiento, sino a la propia evolución de unas heridas de esa naturaleza en algunos casos similares.

La defensa expone como argumentos para excluir el **dolo** eventual que la navaja sólo penetró dos centímetros en el cuerpo de la víctima y en un lugar en el que no existe ningún órgano vital. Y matiza que, dada la escasa profundidad de la herida, lo único que complicó las cosas fue la casualidad de que hubiera afectado a una arteria, dato imprevisible para el acusado. Y también compara las heridas con las de la otra víctima ( Eulogio ), que fueron calificadas como un delito de lesiones, para acabar concluyendo que el mismo criterio debió aplicarse en el supuesto de Jose Daniel .

Tales argumentos no pueden, sin embargo, acogerse por no ajustarse a la prueba pericial practicada ni a los datos objetivos que figuran en la causa. Y ello porque, en primer lugar, no es cierto el hecho de que la navaja sólo haya penetrado dos centímetros en el cuerpo de Jose Daniel , pues los dos centímetros se refieren a la penetración en la cavidad abdominal, que no es lo mismo que la pared externa del abdomen. Lo cierto es que la navaja perforó primero la pared anterior del abdomen, a continuación el peritoneo y, por último, penetró en la cavidad abdominal. Ello significa que han de adicionarse a los dos centímetros de penetración en la cavidad abdominal los correspondientes al espesor de la pared abdominal y del peritoneo, sin olvidar la ropa que llevara puesta la víctima. Y si a ello se le añade que la penetración hizo "efecto acordeón", tal como explicaron los médicos forenses, ha de admitirse que tuvo que ser un navajazo, como apuntaron los peritos, propinado con una "energía considerable", y desde luego de una profundidad en el cuerpo de la víctima superior sin duda a los dos centímetros, que están especificados en la sentencia sólo con respecto a la cavidad abdominal.

En segundo lugar, es claro que dentro de esa cavidad se ubican vasos sanguíneos importantes y también órganos vitales. El acusado dirigió, por tanto, la navaja contra una zona del cuerpo cuya penetración genera un riesgo elevado para la vida de la persona agredida, circunstancia que tenía que saber necesariamente el recurrente, pues es de conocimiento común que en el interior de la pared abdominal se hallan los intestinos y que también se ubican vasos sanguíneos importantes que pueden resultar seccionados y determinar así un cuadro de hemoperitoneo, como sucedió en el caso que nos ocupa.

Es cierto que el acusado no dirigió su navaja contra la arteria cólica media y que ésta pudo perfectamente no resultar seccionada, pero también lo es que, una vez que se propina un navajazo en la zona abdominal, puede resultar afectado ese vaso u otros del sistema sanguíneo que se hallan en la zona, y también que es muy factible que pueda alcanzar a una de las partes del intestino que están en el interior de la cavidad que recubre el peritoneo.



Por lo demás, en contra de lo que arguye la parte recurrente, las heridas que sufrió Jose Daniel fueron más graves y más profundas que las padecidas por Eulogio, toda vez que aquéllas penetraron en la cavidad abdominal y éstas no, de ahí que las primeras fueran mortales y no las segundas.

Por lo tanto, el Tribunal sentenciador no incurrió en un criterio versarista como se dice en el escrito de recurso compulsando las características de ambas heridas. Es más, si hay que hablar de versarismo o de concepción con matices de causalismo resultadista en la calificación delictiva, habría que referirlo más bien a la modificación de la calificación provisional que hizo en el plenario la acusación pública con respecto a la agresión contra Eulogio, toda vez que modificó su calificación de dos tentativas de homicidio por la de una sola tentativa de homicidio y un delito de lesiones consumadas, para lo cual se atendió al dato, alumbrado en la vista oral del juicio, de que las heridas de Eulogio no eran mortales. Aquí sí podría hablarse tal vez de un criterio con ribetes versaristas por atenderse más al desvalor del resultado que al de la acción, ya que el componente subjetivo del desvalor de la acción de propinar el navajazo en el abdomen mantiene su mismo grado de ilicitud aunque el resultado no sea una herida mortal y sí una herida de seis o siete centímetros que perforó el tejido subcutáneo y seccionó la musculatura abdominal, si bien sin llegar a penetrar en la cavidad abdominal.

En consecuencia, al haber propinado el acusado un navajazo en el abdomen de Jose Daniel de una energía e intensidad que llegó hasta la penetración del instrumento en la cavidad abdominal, seccionándole un vaso sanguíneo importante con un cuadro de hemoperitoneo, es claro que realizó una acción agresiva que generó un peligro concreto para la vida de la víctima, peligro que conocía, pese a lo cual ejecutó la acción, asumiendo de esa forma la probabilidad de privar del bien jurídico de la vida a la persona agredida.

Concurren, pues, todos los elementos del **dolo** eventual, lo que hace inviable este submotivo del recurso.

5. También dentro del motivo primero, denuncia el recurrente un erróneo análisis del material probatorio en relación con la concurrencia de **los presupuestos fácticos de la circunstancia eximente de legítima defensa**. Sostiene la parte impugnante que el acusado se hallaba rodeado por un grupo de personas que se enfrentaban a él, situación que justificaría la acción defensiva con la navaja, actuando así con el ánimo de defensa propio de la circunstancia eximente esgrimida. Y en el caso de que se considerara que la respuesta fue desproporcionada, habría que aplicar cuando menos -dice la parte recurrente- una eximente incompleta de legítima defensa.

En la sentencia recurrida se afirma que no consta probado que un grupo de personas rodearan al acusado y lo golpearan. Sí se ha acreditado, en cambio, que el acusado corrió desde la discoteca hasta el aparcamiento, donde le asestó un navajazo a Jose Daniel, involucrándose de esa forma -dice la resolución- en una riña cuando ésta ya se había iniciado.

Pues bien, en el escrito de recurso no se citan medios probatorios concretos que desvirtúen los hechos que se describen en la sentencia ni que constaten que el acusado fuera agredido o golpeado por un grupo que lo rodeó. Del conjunto de la prueba testifical se desprende, tal como se argumenta en la sentencia, que hubo una pelea entre dos grupos en el aparcamiento de la discoteca, y de las manifestaciones que prestaron los testigos que se hallaban próximos a la escena del navajazo se colige de forma palmaria, y así lo reseña la sentencia, que el acusado agredió con la navaja a Jose Daniel cuando éste se hallaba peleándose con otro sujeto, contingencia que resulta sustancialmente incompatible con una acción defensiva frente a un grupo, ya que lo que hizo realmente fue agredir a una persona que pugnaba con otra y que no estaba insertada en un grupo que golpeará o amenazará al acusado, versión exculpatoria que en modo alguno queda constatada.

La jurisprudencia de esta Sala ha argumentado de forma reiterada que no es posible apreciar la existencia de una agresión ilegítima en supuestos de riña mutuamente aceptada "porque en ese escenario de pelea recíprocamente consentida, los contendientes se sitúan al margen de la protección penal al ser actores provocadores cada uno de ellos del enfrentamiento, de suerte que cuando el resultado lesivo se produce como efecto de una pelea originada por un reto lanzado o aceptado que da lugar a las vías de hecho, no cabe apelar a la legítima defensa, plena o semiplena, ya que -como se dice- la base de la misma es la existencia de una agresión ilegítima, y ésta no es posible de admitir con tal carácter en una riña voluntariamente aceptada". Si bien se ha matizado que esta doctrina no exime al Tribunal de examinar con detalle las circunstancias del caso, pues es posible que la riña se iniciara precisamente por una agresión ilegítima, o que incluso en un momento determinado de su desarrollo, el empleo de medios agresivos desproporcionados, valorables como un inesperado cambio cualitativo, pudieran dar lugar a otras consideraciones sobre el particular (STS núm. 149/2003, de 4-2; 363/2004, de 17-3; 64/2005, de 26-1; y 1180/2009, de 18-11, entre otras).

A tenor de lo que antecede, es claro que, tras acreditarse una pelea o riña entre dos grupos en el aparcamiento de la discoteca, queda excluida una situación de agresión ilegítima, máxime cuando el acusado agredió a un sujeto que en ese momento ni siquiera se enfrentaba a él.



Este submotivo debe por tanto desestimarse.

6. Por último, impugna la defensa dentro del motivo primero la no inclusión en el relato fáctico de la **merma de las facultades intelectivas y volitivas** del acusado debido a la ingesta de alcohol y del consumo de hachís.

La sentencia recurrida argumenta al respecto que no consta probado que el acusado tuviera sus facultades mermadas hasta el punto de que se justificara la aplicación de las circunstancias modificativas de la responsabilidad que postulaba la defensa. Y en concreto, examina el Tribunal sentenciador las declaraciones testificales de Borja, Dimas y de los agentes de la Guardia Civil, sin que de tales testimonios se desprendiera una perturbación importante de las facultades psicofísicas del acusado. De modo que el hecho de que hubiera consumido bebidas alcohólicas no quiere decir que la ingesta afectara de forma relevante a la capacidad de comprender la ilicitud de su acción ni de controlar su conducta con arreglo a esa comprensión.

En el plenario el testigo Juan Alberto manifestó que no encontró al acusado borracho; el guardia civil 61381 dijo que ninguno parecía estar borracho; y tampoco apreció esa situación el testigo Dimas. Y si bien es verdad que alguno de los testigos manifestó que el acusado había bebido mucho, se está ante pruebas personales que han de ser apreciadas y calibradas por el Tribunal de instancia.

Sobre este particular, tiene declarado la Sala de Casación que cuando se trate de revisar la apreciación de las pruebas personales el control de este Tribunal ha de limitarse al análisis de la estructura racional del discurso valorativo efectuado por la Audiencia, censurando aquellas argumentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva, arbitrarias (SSTS 227/2007, de 15-3; 893/2007 de 3-10; 778/2007, de 9-10; 56/2009, de 3-2; 264/2009, de 12-3; 901/2009, de 24-9; y 960/2009, de 16-10, entre otras). Y en este caso no se aprecia que el discurso racional probatorio de la Sala de instancia se oponga a las reglas de la lógica, los principios de la experiencia o los conocimientos científicos, por lo que es claro que no cabe alterar la convicción probatoria del Tribunal sentenciador.

El submotivo tampoco resulta, pues, viable.

**CUARTO. 1.** En el **segundo motivo** se invoca, con cita del art. 850.1º de la LECr., el quebrantamiento de forma consistente en la **denegación de diligencias de prueba** que han sido propuestas en tiempo y forma y que la defensa considera pertinentes. En concreto, se refiere la parte recurrente a la prueba testifical consistente en la declaración de los vigilantes de seguridad de PROFESA, S.A., y de las camareras que prestaron sus servicios en el local el día de los hechos. La parte considera esa prueba relevante para constatar que el acusado no participó en la agresión a Eulogio y también para verificar el estado psicofísico que presentaba la noche en que tuvo lugar el incidente.

2. Con respecto al derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa tiene establecida el Tribunal Constitucional una consolidada y reiterada doctrina (SSTC 165/2004, de 4-10; 77/2007, de 16-4; y 208/2007, de 24-9), que se sintetiza en los siguientes términos:

a) Se trata de un derecho fundamental de configuración legal, en la delimitación de cuyo contenido constitucionalmente protegido coadyuva de manera activa el legislador, en particular al establecer las normas reguladoras de cada concreto orden jurisdiccional.

b) Este derecho no tiene carácter absoluto o, expresado en otros términos, no faculta para exigir la admisión de todas las pruebas que puedan proponer las partes en el proceso, sino que atribuye únicamente el derecho a la recepción y práctica de aquellas que sean pertinentes, correspondiendo a los órganos judiciales el examen sobre la legalidad y pertinencia de las pruebas solicitadas.

c) No obstante, el órgano judicial ha de motivar razonablemente la denegación de las pruebas propuestas, de modo que puede resultar vulnerado este derecho cuando se inadmiten pruebas relevantes para la resolución final del asunto litigioso sin motivación alguna o mediante una interpretación de la legalidad arbitraria o manifiestamente irrazonable.

d) No toda irregularidad u omisión procesal en materia de prueba (referida a su admisión, práctica, valoración, etc.) causa por sí misma indefensión constitucionalmente relevante, pues la garantía constitucional contenida en el art. 24.2 CE únicamente cubre aquellos supuestos en que la prueba es decisiva en términos de defensa, de modo que, de haberse practicado la prueba omitida o si se hubiese practicado correctamente la admitida, la resolución final del proceso hubiera podido ser distinta.

e) Finalmente, el recurrente debe justificar la indefensión sufrida. Esta última exigencia de acreditación de la relevancia de la prueba denegada se proyecta en un doble plano: por un lado, el recurrente ha de demostrar la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas o no practicadas; y, por otro lado, ha de argumentar el modo en que la admisión y la práctica de la prueba objeto de la controversia habrían podido tener una incidencia favorable a la estimación de sus pretensiones; sólo en



tal caso (comprobado que el fallo del proceso *a quo* pudo, tal vez, haber sido otro si la prueba se hubiera practicado) podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo pide amparo.

En cuanto a esta Sala de Casación, ha señalado también una serie de requisitos, formales y materiales, para que este motivo pueda prosperar (SSTS 784/2008, de 14-11; y 5/2009, de 8-1). Entre los primeros, exige, en primer lugar, que las pruebas sean propuestas en tiempo y forma, de conformidad con las reglas específicas para cada clase de proceso. En segundo lugar, ante la resolución del Tribunal rechazando las que no considere pertinentes o denegando la suspensión del juicio ante la imposibilidad de practicar en ese momento las previamente admitidas, quien ha propuesto la prueba debe hacer constar la oportuna protesta, tras la reproducción de su petición en las condiciones exigidas por la LECr. En tercer lugar, si se trata de prueba testifical, han de hacerse constar las preguntas que quien la propone pretendía dirigir al testigo, con la finalidad de que, primero el Tribunal de enjuiciamiento y después esta Sala, en su caso, puedan valorar la trascendencia de la prueba propuesta. En cualquier caso, la parte que la propone, debe preocuparse de que conste la eventual trascendencia de la prueba respecto del fallo de la sentencia. La omisión de este requisito no impedirá, sin embargo, la estimación del motivo cuando la pertinencia y necesidad de la prueba se desprenda fácilmente de su propia naturaleza y características.

Como requisitos materiales, la prueba ha de ser pertinente, esto es, relacionada con el objeto del juicio y con las cuestiones sometidas a debate en el mismo; ha de ser relevante, de forma que tenga potencialidad para modificar de alguna forma importante el sentido del fallo, a cuyo efecto el Tribunal puede tener en cuenta el resto de las pruebas de que dispone (SSTS núm. 1591/2001, de 10-12 y 976/2002, de 24-5); ha de ser necesaria, es decir, que tenga utilidad para los intereses de defensa de quien la propone, de modo que su omisión le cause indefensión (STS 1289/1999, de 5-3); y ha de ser posible, en atención a las circunstancias que rodean su práctica.

3. Centrados ya en el supuesto del caso concreto enjuiciado, se aprecia que las circunstancias que concurren en la solicitud probatoria y los argumentos que aporta la defensa no permiten acceder a la pretensión del recurrente. Frente a lo que se alega en el recurso, consta en la causa que el juzgado realizó gestiones encauzadas a que declararan las camareras del local, siendo identificadas y localizadas cuatro de ellas que acabaron prestando declaración en el proceso y también alguna otra con posterioridad.

También se realizaron gestiones para localizar a los vigilantes jurados que prestaban sus servicios en la discoteca en que se originó el incidente, si bien en este caso los nombres y domicilios no llegaron a ser aportados por la empresa de los vigilantes, no solicitando la defensa que se revocara el sumario a tales efectos.

Por lo tanto, con respecto a las camareras declaró un número importante de ellas, y en relación con los vigilantes de seguridad no se llevó a práctica la prueba testifical debido a que no se obtuvieron las señas personales imprescindibles para su citación.

La cuestión se centra, pues, en dilucidar si la declaración de los vigilantes de seguridad era necesaria o relevante para el resultado del proceso. Pues bien, en lo que concierne a la necesidad de su testimonio para clarificar los hechos relativos a las lesiones causadas a Eulogio, que es el punto crucial de que se queja la defensa, es evidente que carece de toda relevancia al haberse excluido en esta instancia la acreditación de la autoría del acusado.

En cuanto al ánimo homicida en la acción perpetrada contra Jose Daniel, carece de trascendencia el testimonio de los vigilantes de seguridad, ya que el **dolo** eventual, tal como se razonó en su momento, queda verificado por la propia acción del acusado en relación con el instrumento utilizado y la ubicación y entidad de las heridas.

Por último, en lo que atañe a las condiciones psicofísicas en que se hallaba el acusado la noche de los hechos, la Audiencia contó con una prueba testifical muy copiosa sobre el particular. Por lo cual, no constando que los vigilantes que no asistieron al juicio hubieran percibido y comprobado el estado del acusado, y puesto que la Sala sentenciadora tuvo a su disposición numerosos testigos de cargo y de descargo que sí estuvieron con el autor de la agresión en la madrugada del 24 de marzo de 2002, se considera que no se trata de una prueba necesaria para que el Tribunal formara una convicción fundada sobre tal extremo.

No puede, por consiguiente, acogerse este motivo.

**QUINTO.** En el **motivo cuarto**, y por el cauce del art. 849.2º de la LECr., se invoca la existencia de error en la apreciación de la prueba por no haberse plasmado en el relato fáctico **las heridas que padeció el acusado**, heridas que no son cuestionables por constar fehacientemente evidenciadas en el informe médico que figura en el folio 112 de las actuaciones, que no aparece desvirtuado por otras pruebas y que tendría relevancia -se afirma- para acreditar la eximente de legítima defensa.



Ciertamente, figura en la causa que el acusado padeció un hematoma en el ojo derecho. Sin embargo, se trata de un dato irrelevante en el caso concreto, pues en modo alguno se ha acreditado que esas lesiones le fueran ocasionadas en el instante inmediato anterior a haber propinado el navajazo a Jose Daniel, sino todo lo contrario, puesto que se ha probado que en ese momento fue el acusado quien se dirigió al aparcamiento con el fin de intervenir en la reyerta, agrediendo allí, tal como ya se ha reiterado, a Jose Daniel en el momento que éste estaba pugnando con otra persona.

Por consiguiente, al no ser cierto que el hematoma le fuera irrogado al acusado en el instante previo a su acción agresora y al darse una situación de riña aceptada y también buscada por el acusado, es claro que se está ante un dato irrelevante para la resolución de la causa, pues en ningún caso cabría apreciar una eximente de legítima defensa, ni en su modalidad completa ni en la incompleta.

El motivo no puede, pues, prosperar.

**SEXTO.** Bajo el **ordinal quinto**, y con apoyo en el art. 849.2º de la LECr., se alega error en la apreciación de la prueba por no haberse acogido como probado que la sección de la arteria cólica fue **una casualidad** que convierte el resultado en imprevisible para el acusado y que excluye el **dolo** homicida en su comportamiento.

La alegación de la parte recurrente ha sido examinada y resuelta específicamente en el fundamento tercero, apartado 4, con motivo de dilucidar la concurrencia del **dolo** homicida. Nos remitimos por tanto a lo allí argumentado, con el fin de evitar reiteraciones sobre un punto que ya ha sido decidido y rechazado.

El motivo, en consecuencia, se desestima.

**SÉPTIMO.** Los **motivos sexto, séptimo, octavo, noveno y décimo**, al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1º de la LECr., se refieren todos ellos a la infracción de ley por no haberse subsumido los hechos en el delito de lesiones en lugar de en el tipo del homicidio por la agresión a Jose Daniel; por haberse apreciado el delito de lesiones con respecto a las sufridas por Eulogio, pese a no constar la autoría del acusado; por no haberse apreciado la eximente de legítima defensa; por haberse rechazado la aplicación de la eximente o la atenuante de disminución de la imputabilidad con base en la ingesta de bebidas alcohólicas y de hachís; y por no haberse aplicado el art. 66.1.2º del C. Penal.

Pues bien, al no haberse acogido en esta instancia la versión de los hechos probados propuesta por la parte recurrente, excepto en lo que respecta a la autoría de las lesiones en la persona de Eulogio, resulta incuestionable que no cabe asumir la calificación jurídica que se interesa en los motivos sexto, octavo, noveno y décimo del recurso, y sí acoger, en cambio, la tesis que formula la defensa en el motivo séptimo, no aplicándose por tanto las normas relativas a la condena por el delito de lesiones.

Así las cosas, se estima el motivo séptimo y se desestiman los motivos sexto, octavo, noveno y décimo. Ello entraña la estimación parcial del recurso de casación, con declaración de oficio de las costas de esta instancia (art. 901 de la LECr.).

### III. FALLO

**ESTIMAMOS PARCIALMENTE EL RECURSO DE CASACIÓN** por infracción de ley interpuesto por la representación de Nemesio contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección Primera, de fecha 13 de marzo de 2009, que condenó al recurrente como autor de un delito de tentativa de homicidio y de otro de lesiones, con la concurrencia de la circunstancia analógica de dilaciones indebidas, y, en consecuencia, anulamos parcialmente esta resolución, con declaración de oficio de las costas causadas en el presente recurso.

Comuníquese esta sentencia con la que a continuación se dictará a la Audiencia Provincial de instancia con devolución de la causa, interesando el acuse de recibo de todo ello para su archivo en el rollo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Joaquin Gimenez Garcia D. Julian Sanchez Melgar D. Jose Manuel Maza Martin **D. Alberto Jorge Barreiro D. Diego Ramos Gancedo**

### SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta de Enero de dos mil diez.

El Juzgado de Instrucción número 1 de Castellon, instruyó sumario 1-04, por delitos intentados de homicidio contra Nemesio, con DNI NUM000, nacido en Barcelona el día 1.03.1983, hijo de Jordi y Susana y lo remitió a la Audiencia Provincial de Castellon, cuya Sección Primera dictó sentencia en fecha trece de marzo de dos



mil nueve, que ha sido casada y anulada por la dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa. Ha sido ponente el magistrado Alberto Jorge Barreiro.

### I. ANTECEDENTES

Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia dictada en la instancia, excepto en el apartado segundo, que se mantiene en el aspecto de ratificar las lesiones sufridas por arma blanca por Eulogio así como la dinámica de la agresión, pero se modifica en el sentido de que no consta acreditado que el autor del navajazo y de las consiguientes heridas fuera el acusado, Nemesio .

### II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Al no constar probado, tal como se argumenta en la sentencia de casación, que fuera el acusado la persona que ocasionó las heridas a Eulogio , procede absolverle del delito de lesiones agravadas por el que fue condenado por la Audiencia, declarándose de oficio la mitad de las costas ocasionadas en la instancia. Se mantienen, por tanto, los pronunciamientos relativos a la condena por la tentativa de homicidio en la persona de Jose Daniel .

### III. FALLO

**Absolvemos** al acusado, Nemesio , del **delito de lesiones agravadas** por el que fue condenado en la sentencia recurrida, declarándose de oficio la mitad de las costas generadas en la instancia. Se mantiene el resto de los pronunciamientos del fallo condenatorio en sus términos siempre que no se oponga a lo decidido en la presente resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Joaquin Gimenez Garcia D. Julian Sanchez Melgar D. Jose Manuel Maza Martin D. Alberto Jorge Barreiro D. Diego Ramos Gancedo

**PUBLICACIÓN.-** Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del *Tribunal Supremo*, de lo que como Secretario certifico.