

## Resumen

*Se estima el recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia dictada en causa seguida al mismo y otro por delito de homicidio intentado. El TS dicta segunda sentencia por la que viene a reducir la pena de prisión impuesta al recurrente, pues no puede volverse a valorar ni el desarrollo alcanzado por el delito, ya que tal operación es precedente de modo que sirve para reducir en uno o dos grados la penalidad en función de que la tentativa se encuentre acabada o inacabada, ni el carácter de las circunstancias atenuantes, pues éstas habrán determinado la rebaja en uno o en dos grados, con arreglo a la penalidad que resulte precedente.*

## NORMATIVA ESTUDIADA

LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal  
art.62 , art.66.2

CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española  
art.1 , art.25.2

## ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO .....	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO .....	3
FALLO .....	4
SEGUNDA SENTENCIA .....	4

## CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

### HOMICIDIO

#### FORMAS Y GRADOS DE EJECUCIÓN

- Grados de ejecución
- Tentativa

### PENALIDAD

- En general

### PENALIDAD

#### FACULTADES JUDICIALES

- Principio de proporcionalidad

### PRINCIPIO DE LEGALIDAD

#### DE LAS SANCIONES

## FICHA TÉCNICA

Favorable a: Acusado; Desfavorable a: Acusado

Procedimiento:Recurso de casación

### Legislación

Aplica art.62, art.66.2 de LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal

Aplica art.1, art.25.2 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Cita art.625 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita art.66 de LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal

Cita art.849.1, art.910 de RDLeg. de 14 septiembre 1882. Año 1882. Ley de Enjuiciamiento Criminal

### Jurisprudencia

Resuelve el recurso interpuesto contra SAP Madrid de 11 junio 2007 (J2007/208222)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 28 febrero 2006 (J2006/11467)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 30 octubre 2001 (J2001/37191)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 26 octubre 2001 (J2001/36744)

JOAQUIN GIMENEZ GARCIA

JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR

PERFECTO AGUSTIN ANDRES IBAÑEZ

JOSÉ MANUEL MAZA MARTIN

LUIS ROMAN PUERTA LUIS

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciséis de febrero de dos mil ocho.

En el recurso de casación por infracción de Ley que ante Nos pende, interpuesto por la representación legal del procesado Carlos Manuel contra Sentencia núm. 64/2007, de 11 de junio de 2007 de la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Madrid EDJ 2007/208222, dictada en el Rollo de Sala núm. 57/2006, dimanante del Sumario núm. 9/2006 del Juzgado de Instrucción núm. 5 de Madrid, seguido por delito de homicidio intentado contra dicho recurrente; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación, votación y fallo, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. JULIÁN SÁNCHEZ MELGAR; siendo partes: el Ministerio Fiscal, estando el recurrente representado por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Elisa Alcantarilla Martín y defendido por el Letrado D. Luis Carlos Parrago Sánchez, y como recurrido José Pedro representado por el Procurador de los Tribunales D. Ignacio Cuadrado Ruescas y defendido por el Letrado D. Luis Jiménez Escudero.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 5 de Madrid instruyó Sumario núm. 9/2006 por delito de homicidio intentado contra Carlos Manuel y una vez concluso lo remitió a la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Madrid que con fecha 11 de junio de 2007 dictó Sentencia núm. 64/2007 EDJ 2007/208222, que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"El día 20 de marzo de 2006 el procesado Carlos Manuel mayor de edad en cuanto que nacido el 14 de enero de 1976 en China, en situación regular en España y sin antecedentes penales, regentaba un establecimiento de alimentación en la plaza Juan Benet de Madrid. En el desarrollo de esta actividad se había visto anteriormente inquietado por unos jóvenes. El día anterior, el 19 de marzo, resultaron fracturados por la acción de algunos jóvenes los cristales del citado establecimiento.

Sobre las 20.30 horas del día 20 de marzo, cuando se encontraba en el establecimiento el citado procesado Carlos Manuel acompañado de su esposa Beatriz, que había acudido al lugar a llevarle la cena, entró en la tienda el joven José Pedro, nacido el 25 de junio de 1991 y con el que el procesado había tenido algunos desencuentros en días anteriores. La presencia de este joven despertó sospechas en Carlos Manuel de que pudiera tratar de sustraerle algo, por lo que se colocó en situación expectante. En ese momento hicieron entrada en el establecimiento dos jóvenes de alrededor de unos 20 años. Uno de ellos armado con un palo. Estos se dirigieron en primer lugar hacia Carlos Manuel a quien propinaron un golpe con el palo, impacto que aquél paró colocando el antebrazo izquierdo. Acto seguido se dirigieron hacia la mujer del procesado, a la que también golpearon en el costado. Este incidente acabó por desbordar a Carlos Manuel venía siendo objeto de acoso por jóvenes de la zona que cogían objetos sin abonar su importe y que incluso llegaron a fracturar, como ya se ha dicho, los cristales de la tienda. Y siguiendo un impulso que en ese momento no pudo refrenar cogió un cuchillo y se dispuso a perseguir a los agresores. Casi de manera simultánea a que esos dos jóvenes abandonaran el establecimiento, José Pedro, que se vio sobresaltado por el mismo incidente, salió también huyendo de la tienda, lo que hizo surgir en Carlos Manuel la idea de que los tres jóvenes actuaban concertados.

Los dos jóvenes que entraron en segundo lugar en el establecimiento y José Pedro salieron juntos del mismo dejando aquéllos allí abandonado el palo que llevaban. Tras ellos salió Carlos Manuel armado con un cuchillo de aproximadamente 31 cm. de longitud, 19 de ellos de hoja. Los jóvenes se dispersaron en la huida y Carlos Manuel persiguió al que había quedado en posición más cercana a él que resultó ser José Pedro, comenzando a correr detrás de él. En el curso de la carrera que ambos mantenían, el procesado alcanzó a José Pedro y con ánimo de causarle la muerte le clavó el cuchillo que llevaba en la zona lumbar izquierda a la altura de los riñones. Al notar el pinchazo José Pedro gritó "me ha pinchado" y en ese momento Carlos Manuel se dio la vuelta y regresó hacia su establecimiento. Por su parte, José Pedro siguió la huida asustado hasta que se refugió en un contenedor de donde fue rescatado por otros jóvenes que habían presenciado los incidentes ocurridos en la calle.

El pinchazo que penetró entre 8 ó 9 cm., seccionó el soas ilíaco, sin llegar a alcanzar a los riñones, provocando una fuerte hemorragia que de no haber sido médicamente atendida hubiera determinado la muerte del joven. Tales lesiones hubieron de ser reparadas quirúrgicamente, siendo necesarias hasta dos intervenciones para controlar dicha hemorragia. A consecuencia de ello José Pedro tardó en estabilizarse de sus lesiones 38 días, 14 de los cuales estuvo hospitalizado y otros 24 de baja impeditiva. Como secuelas le han quedado una cicatriz de laparotomía transversa izquierda que va hacia el ombligo hasta fosa renal izquierda de 27 cm. de longitud y de aspecto que loide e hipercrómica; una cicatriz en la espalda a nivel de la L 4 de 5 cm. de longitud que loide hipercrómica y alopecia con un diámetro de 5 cm. en la zona periotocipital.

Cuando Carlos Manuel llegó a su establecimiento, avisó a la policía diciendo que había sufrido un robo. Posteriormente cuando los agentes hicieron acto de presencia en el lugar, admitió que había pinchado con un cuchillo a uno de los que él consideraba sus agresores, pero una vez que ya en el lugar la policía recibió el aviso de la agresión con arma blanca.

Cuando la Policía llegó al establecimiento ocupó el arma que había sido utilizada y también el palo con el que el procesado y su esposa resultaron agredidos."

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"Que debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS** a Carlos Manuel como autor responsable concurriendo la atenuante de reparación del daño y la de arrebató, de un delito de homicidio intentado, a la pena de 4 años y 10 meses de prisión con las accesorias de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo que dure la condena y costas, que incluirán las de la acusación particular.

En concepto de responsabilidad civil, deberá indemnizar a José Pedro en la cantidad de 7640 euros, por las lesiones y secuelas, suma que incluye los daños morales y que se incrementará conforme determine el art. 625 de la LEC EDL 2000/77463 . Al pago de esa suma se aplicará la cantidad que ha sido consignada por el condenado."

TERCERO.- Notificada en forma la anterior resolución EDJ 2007/208222 a las partes personadas se preparó recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional, por la representación legal del procesado Carlos Manuel, que se tuvo anunciado; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente Rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- El recurso de casación formulado por la representación legal del procesado Carlos Manuel se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN**:

1º y único.- Por infracción de Ley al amparo del art. 849.1 de la LECrim EDL 1882/1 ., por vulneración de lo dispuesto en el art. 66.2 del C. penal EDL 1995/16398 en relación con el art. 25.2 de la CE EDL 1978/3879 .

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto estimó que no era necesaria la celebración de vista para su resolución y lo impugnó, por las razones expuestas en su informe; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- En el turno correspondiente el recurrido se opuso al recurso por escrito de 6 de noviembre de 2007.

SÉPTIMO. - Hecho el señalamiento para el Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 12 de febrero de 2008 sin vista.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Audiencia Provincial de Madrid, Sección Séptima, condenó a Carlos Manuel como autor criminalmente responsable de un delito de homicidio en grado de tentativa, concurriendo las circunstancias atenuantes de estado pasional y reparación del daño, a las penas que dejamos expuestas en nuestros antecedentes, frente a cuya resolución judicial EDJ 2007/208222 ha interpuesto este recurso de casación el citado acusado en la instancia, recurso que pasamos seguidamente a analizar y resolver.

SEGUNDO.- En un único motivo de contenido casacional, formalizado por infracción legal del número primero del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 , y también con incidencia constitucional, el recurrente reprocha, en primer lugar, la vulneración de la regla jurídica que se contiene en el art. 66-2ª del Código penal EDL 1995/16398 , y correlativa vulneración del art. 25.2 de nuestra Carta Magna EDL 1978/3879 , en cuanto inspira el principio de proporcionalidad de las penas, y también, en cierta manera, la insuficiente motivación de la pena impuesta al mismo por la Sala sentenciadora de instancia.

El recurrente, pues, centra su motivo casacional en la concreta dosimetría penal con que ha de individualizarse su conducta criminal, que, por cierto, admite, como autor de un delito de homicidio intentado. En efecto, está conforme con la rebaja de un solo grado, por aplicación del art. 62 del Código penal EDL 1995/16398 , en atención al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado. De este modo, la pena se sitúa entre 5 y 10 años de prisión. De igual modo, por aplicación de la regla segunda del art. 66 de dicho texto legal ("... cuando concurren dos o más circunstancias atenuantes, o una o varias muy cualificadas, y no concorra agravante alguna, aplicarán la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por la ley, atendidos el número y la entidad de dichas circunstancias atenuantes"), el Tribunal "a quo" rebajó un solo grado, lo que igualmente es aceptado por el recurrente. Ello nos sitúa la penalidad aplicable en una franja comprendida entre los dos años y medio y cinco años de prisión. Es a partir de aquí, donde muestra su discrepancia.

En efecto, la Sala sentenciadora de instancia, en su fundamento jurídico cuarto EDJ 2007/208222 , tras realizar estas mismas operaciones jurídicas, únicamente expresa lo siguiente:"dentro de ésta (la franja punitiva ya expuesta), valorando además el resto de las circunstancias concurrentes, entre otras, la menor edad de la víctima, se estima adecuado concretar la pena en 4 años y 10 meses de prisión, con la correspondiente accesoria de inhabilitación especial (que aquí no especificó, pero que se refería al derecho de sufragio pasivo) durante el tiempo que dure la condena".

El Tribunal "a quo", pues, sin mayor argumentación, sitúa la penalidad aplicable en prácticamente la máxima pena imponible (solamente rebajada en dos meses de prisión). Tampoco nos dice la concreta edad de la víctima, pero podemos deducirla de su contexto, en 15 años de edad, siendo el agresor de aproximadamente 30 años de edad.

En trance de individualizar la pena, una vez que es procedente la vía de disminución por la ejecución imperfecta del resultado alcanzado por el delito, o por la concurrencia de circunstancias modificativas de atenuación de la responsabilidad penal, es cierto que tales elementos no puede servir de nuevo para llevar a cabo una nueva rebaja de la pena, que se sustente en el mismo fundamento atenuatorio, pues sería valorar dos veces tal fundamento, que ya tiene una traducción legal. Es decir, no puede volverse a valorar ni el desarrollo alcanzado por el delito, pues tal operación es procedente, de modo que sirve para reducir en uno o dos grados la penalidad, en función de que la tentativa se encuentre acabada o inacabada, ni el carácter de las circunstancias atenuantes, pues éstas habrán determinado la rebaja en uno o en dos grados, con arreglo a la penalidad que resulte procedente, atendidas el número de las existentes, y su propia "entidad", como dice la ley penal a este respecto.

Ahora bien, a partir de ahí, cobran plena vigencia los criterios que se establecen en la regla sexta del art. 66 del Código penal EDL 1995/16398 , de modo que la pena se fijará en la extensión que los tribunales estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho.

Y entre estas circunstancias, ha de valorarse, en este caso, la carencia de antecedentes penales, el arrepentimiento mostrado por su acción, el hecho de haber sido objeto de distintas agresiones físicas, tanto el recurrente como su esposa, presente también el día de autos, facilitar a los agentes actuantes el cuchillo con el que se perpetró la comisión delictiva, la confesión de la misma, o al menos, su inmediata admisión ante la fuerza actuante, pero también, es cierto, la edad de la víctima, como razonó el Tribunal de instancia. Ello nos debe situar en la mitad inferior de la pena imponible, que individualizaremos en tres años de prisión, en función de que, como ya hemos declarado en STS 197/2006, de 28 de febrero EDJ 2006/11467 , la pena tiene un doble componente, dadas sus especiales características, que son: la finalidad resocializadora que toda pena comporta y la finalidad aflictiva (prevención especial) que está inserta en las razones de política criminal que el legislador ha considerado para la inclusión del injusto en las leyes penales y que justifica su misma existencia legal (STS 1807/2001, de 30 de octubre EDJ 2001/37191 ). También hemos dicho que "la reinserción social no es una finalidad absoluta de las penas privativas de la libertad establecida constitucionalmente... se trata de una orientación armonizable con otras finalidades de la pena y con la exigencia de justicia prevista en el art. 1 CE EDL 1978/3879 . De aquí se deriva que no cabe renunciar sin más a la prevención general, dentro de límites compatibles con el principio de proporcionalidad, ni tampoco a la prevención especial frente al propio sujeto que exterioriza una comprobada tendencia al delito" (STS 1919/2001, de 26 de octubre EDJ 2001/36744 ). No es éste el caso del recurrente, por lo que la concreta dosimetría impuesta cumple sobradamente estos parámetros interpretativos, y se juzga proporcionada al caso de autos imponerla en prácticamente su mínima extensión.

En este sentido, el motivo debe ser estimado.

TERCERO.- Las costas procesales de esta instancia casacional, se declaran de oficio (art. 910 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 ).

## FALLO

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por la representación legal del procesado Carlos Manuel contra Sentencia núm. 64/2007, de 11 de junio de 2007 de la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Madrid EDJ 2007/208222 . Se declaran de oficio las costas procesales ocasionadas en la presente instancia.

En consecuencia casamos y anulamos en la parte que le afecta la referida Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid EDJ 2007/208222 , que será sustituida por otra más conforme a Derecho.

Comuníquese la presente resolución y la que seguidamente se dicta a la Audiencia de procedencia, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Joaquín Giménez García Julián Sánchez Melgar Perfecto Andrés Ibáñez José Manuel Maza Martín Luis Román Puerta Luis

## SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciséis de febrero de dos mil ocho.

El Juzgado de Instrucción núm. 5 de Madrid instruyó Sumario núm. 9/2006 por delito de homicidio intentado contra Carlos Manuel, nacido en China el 14 de enero de 1976, hijo de Carlos Ramón y de María Antonieta, con NIE núm. núm.000, sin antecedentes penales, y una vez concluso lo remitió a la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Madrid que con fecha 11 de junio de 2007 dictó Sentencia núm. 64/2007 EDJ 2007/208222 , la cual ha sido recurrida en casación por la representación legal de dicho procesado, y ha sido casada y anulada, por la Sentencia dictada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo; por lo que los mismos Magistrados que formaron Sala y bajo la misma Presidencia y Ponencia, proceden a dictar esta Segunda Sentencia, con arreglo a los siguientes:

### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- ANTECEDENTES DE HECHO.- Se dan por reproducidos los antecedentes de hecho de la Sentencia de instancia EDJ 2007/208222 , que se han de completar con los de esta resolución judicial.

SEGUNDO.- HECHOS PROBADOS.- Damos por reproducidos los hechos probados de la Sentencia recurrida EDJ 2007/208222 , en su integridad.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- De conformidad con lo razonado en nuestra anterior Sentencia Casacional, hemos de imponer la pena de tres años de prisión.

### FALLO

Que debemos condenar y condenamos a Carlos Manuel, en el propio concepto del fallo de instancia EDJ 2007/208222 , y con sus mismas circunstancias, pero imponiéndole la pena de tres años de prisión. Ratificamos el resto de pronunciamientos y efectos civiles y penales de la sentencia recurrida.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Joaquín Giménez García Julián Sánchez Melgar Perfecto Andrés Ibáñez José Manuel Maza Martín Luis Román Puerta Luis

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

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079120012008100089