

## Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla

Avda. Menéndez Pelayo, 2

Tlf.: 955540452 / 955540456 / Fax: 955005024

NIG: 4109143220180034624

Nº Procedimiento: Procedimiento Sumario Ordinario 5973/2019

### **Ejecutoria:**

Negociado: M

Proc. Origen: Procedimiento Sumario Ordinario 2/2018

Juzgado Origen: JUZGADO DE INSTRUCCION Nº 2 DE SEVILLA

Contra: M. M. D.

Procurador:

Abogado:

Ac. Part.: F. J. C. A.

Procurador:

Abogado:

## **- SENTENCIA Nº 335 / 2019 -**

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

D. PEDRO IZQUIERDO MARTÍN, ponente

MAGISTRADAS:

DÑA. MARÍA DEL PILAR LLORENTE VARA

DÑA. MERCEDES FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ

En la Ciudad de Sevilla, a diecisiete de julio de dos mil diecinueve.

La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla, compuesta por los citados Magistrados, ha visto en Juicio Oral y público la vista seguida por delitos de homicidio en grado de tentativa contra M. M. D., mayor de edad, nacido el día 2 de junio de 1987, hijo de XXX y de XXX, natural y vecino de Sevilla, con domicilio en la calle XXX, D.N.I. XXX, con antecedentes penales, de solvencia no acreditada, en prisión provisional por esta causa desde el día 18 de julio de 2018, representado por la Procuradora XXX y asistido del Letrado XXX. Acusación particular de F. J. C. A., representado por el Procurador XXX, y asistido por el Letrado XXX, siendo además parte el

Ministerio Fiscal, y ponente el Ilmo. Sr. D. Pedro Izquierdo Martín que expresa el parecer de la Sala.

### **- ANTECEDENTES DE HECHO -**

**PRIMERO.-** Las actuaciones se iniciaron por atestado instruido por la Comisaria del Cuerpo Nacional de Policía de Sevilla de 15 de julio de 2018, registrado con el número 4470/2018.

**SEGUNDO.-** El Ministerio Fiscal en el acto del Juicio Oral calificó los hechos como constitutivos de un delito de homicidio en grado de tentativa, tipificado y penado en los artículos 138 en relación con el 16 y 62 del Código Penal, en concurso de normas del artículo 8.4º del Código Penal con un delito de lesiones, tipificado y penado en el artículo 149 1 del mismo texto legal, con la concurrencia en el delito de lesiones de la circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal agravante de reincidencia del número 8 del artículo 22 del Código Penal, considerando autor a M. M. D., solicitando la pena de nueve años y seis meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y abono de las costas. Asimismo deberá imponerse al acusado la prohibición de aproximarse a F. J. C. A., a su domicilio o a cualquier lugar al que se encuentre a una distancia inferior a 200 metros durante el plazo de doce años, así como la prohibición de comunicar con el mismo en cualquier forma por igual plazo en aplicación de los artículos 48 y 57 del Código Penal.

En aplicación del artículo 36.2 del Código Penal, en el caso de que la duración de la pena impuesta sea superior a cinco años, se interesa que la clasificación del penado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no se efectuó hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta.

También, de conformidad a lo establecido en el artículo 140 bis del Código Penal en relación con el 105.2. a) del mismo texto legal, se interesa la imposición de una medida de libertad vigilada por tiempo de seis años.

A efectos de responsabilidad civil indemnizará a F. J. C. A. en la cantidad de 190.000 euros por las lesiones y secuelas sufridas, cantidad que se incrementará con los intereses de demora establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La acusación particular en el acto del Juicio Oral elevó a definitivas sus conclusiones

provisionales calificando los hechos como constitutivos de un delito de homicidio en grado de tentativa, tipificado y penado en los artículos 138 en relación con el 16 y 62 del Código Penal, en concurso de normas del artículo 8.4º del Código Penal con un delito de lesiones, tipificado y penado en el artículo 149.1 del mismo texto legal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, considerando autor a M. M. D., solicitando para el mismo la pena de nueve años y seis meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y abono de las costas. Asimismo deberá imponerse al acusado la prohibición de aproximarse a F. J. C. A., a su domicilio o a cualquier lugar al que se encuentre a una distancia inferior a 200 metros durante el plazo de doce años, así como la prohibición de comunicar con el mismo en cualquier forma por igual plazo en aplicación de los artículos 48 y 57 del Código Penal. A efectos de responsabilidad civil indemnizará a F. J. C. A. en la cantidad de 190.000 euros por las lesiones y secuelas sufridas, cantidad que se incrementará con los intereses de demora establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

**TERCERO.-** La defensa en el acto del plenario modificó sus conclusiones provisionales en el sentido de calificar los hechos como constitutivos de un delito de lesiones tipificado y penado en los artículo 147 en relación con el 148 1. ambos del Código Penal, concurriendo en el acusado las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal agravante de reincidencia del número 8 del artículo 22 del Código Penal y la eximente incompleta del artículo 21 1. del mismo texto legal.

**CUARTO.-** En el acto del Juicio Oral se procedió al interrogatorio del acusado y a la práctica de la prueba testifical, pericial y documental, con el resultado que consta en autos.

### **- HECHOS PROBADOS -**

**ÚNICO.-** Apreciando en conciencia la prueba practicada expresa y terminantemente declaramos probado que el día 15 de julio de 2018, siendo aproximadamente las ocho horas, en las

proximidades de la calle XXX de esta Ciudad tuvo lugar una discusión entre M. M. D., mayor de edad, ejecutoriamente condenado por sentencia firme de 17 de mayo de 2017 por un delito de lesiones a la pena de tres meses de prisión, al que acompañaba otra persona, con D. L. G., al que acompañaba F. J. C. A. nacido el 23 de septiembre de 1983.

En el transcurso de la disputa M. M. D. abrió una navaja que portaba y, pudiendo prever que podía acabar con la vida de F. J. C. A., le propinó una fuerte cuchillada en el cuello, causándole una herida inciso contusa en la región cervical lateral izquierda, con afectación de planos epidérmicos subcutáneos y musculares así como de vasos circulatorios de pequeño y mediano calibre, llegando impactar sobre la vértebra cervical C-3 con tal intensidad que provocó su fractura con desprendimiento de un fragmento óseo que alcanzo a la médula espinal, lo que determinó la existencia de riesgo vital para el lesionado.

De la lesión sufrida como consecuencia de la puñalada F. J. C. A. tardó en curar 87 días con perjuicio personal básico, de los cuales 40 días lo fueron con pérdida temporal de la calidad de vida moderada y 14 con pérdida temporal de la calidad de vida grave, precisando, además de la primera asistencia facultativa, tratamiento médico quirúrgico con ingreso hospitalario, sutura con grapas del tejido epidérmico subcutáneo y muscular, sueroterapia, antibióticos, antineuríticos, collarín cervical rígido, antiinflamatorios, analgésicos, ansiolíticos y rehabilitación.

Como secuela le ha quedado una tetraparesia moderada con compromiso funcional motor del hombro y brazo izquierdo, al no poder realizar de forma completa la abducción o elevación del brazo, y sensitivo, al haberle ocasionado también una ausencia completa de sensibilidad por analgesia de la parte derecha del cuerpo desde la base del cuello hasta el pie, así como ausencia completa de sensibilidad en la cara lateral cervical izquierda y en el hombro de ese mismo lado, con cervicobraquiagía izquierda por lesión medular a nivel C-3, y lesión del plexo braquial izquierdo del cuello, lo que han supuesto una incapacidad permanente total para la actividad que estaba desarrollando en un taller montando piezas metálicas, y también una cicatriz de seis centímetros en la cara lateral cervical izquierda y leve deformidad de esa parte.

M. M. D., que no padece alteraciones psicopatológicas significativas en relación a sus facultades mentales básicas, si presenta unos rasgos de personalidad con impulsividad y escasa

tolerancia a la frustración, lo que unido a la ingesta esa noche de bebidas alcohólicas, aun sin tener alterada su capacidad de comprensión si le provocó una merma en su capacidad de actuar conforme a esa comprensión.

### **- FUNDAMENTOS DE DERECHO -**

**PRIMERO.-** Los hechos declarados probados son legalmente constitutivos de un delito de homicidio en grado de tentativa tipificado en los artículos 138, 16 y 62 en concurso del artículo 77.1 y .2 con otro delito de lesiones del artículo 149.1 todos ellos del Código Penal, a sancionar con la pena prevista por este último al ser de mayor gravedad.

Como ya se refería en la STS 736/2.000, de 17 de abril, "... desde el punto de vista externo y puramente objetivo un delito de lesiones y un asesinato u homicidio frustrado son totalmente semejantes. La única y sola diferencia radica en el ánimo del sujeto que en uno tiene tan sólo una intención de lesionar y en el otro una voluntad de matar. Es el elemento subjetivo, personal e interno lo que diferencia que unos hechos aparentemente idénticos puedan juzgarse como lesiones, por concurrir en ellos el "animus laedendi" o como homicidio por existir "animus necandi" o voluntad de matar. Pero tal elemento interno, salvo que el propio acusado lo reconozca, debe inferirse por el juzgador de una pluralidad de datos, suficientemente acreditados con la prueba, que hagan aflorar y salir a la superficie ese elemento subjetivo escondido en el interior del sujeto...". Como criterios de inferencia se enumeran en la sentencia antes indicada: a) La dirección, el número y la violencia de los golpes; b) Las condiciones de espacio y tiempo; c) Las circunstancias conexas con la acción; d) Las manifestaciones del propio culpable, palabras precedentes y acompañantes a la agresión y actividad anterior y posterior al delito; e) Las relaciones entre el autor y la víctima y f) La misma causa del delito, si bien precisando que tales criterios, que se describen a título de ejemplo, "... no son únicos y por ende no constituyen un mundo cerrado o numerus clausus, ya que cada uno de tales criterios de inferencia no presenta carácter excluyente, sino meramente complementario y acumulativo en la carga indiciaria y en la dirección convergente, desenmascaradora de la oculta intención ...".

Así en el ATS 492/2019, de 25 de abril, se destacan como dos hechos básicos de los que

puede deducirse que existe dolo de matar "...de un lado, la clase de arma utilizada y, de otro, el lugar de cuerpo elegido para el mencionado golpe, que ha de ser una zona vital, como la cabeza o el tronco, donde se albergan órganos cuya lesión puede determinar la pérdida de la vida humana (SSTS 261/2012, de 2-2; 554/2014, de 27-3; 565/2014, de 27-3)...".

En este mismo sentido, en la STS 295/2019, de 4 de junio, después de enumerar también una serie de datos que, en función de las peculiaridades del caso concreto, pueden ser tenidos en cuenta para afirmar la existencia del ánimo propio del delito de homicidio, se insiste en que si bien todos deben ser considerados, "... tienen especial interés, por su importante significado, el arma empleada, la forma de la agresión, especialmente su intensidad, y el lugar del cuerpo al que ha sido dirigida...", pronunciándose en la misma línea el ATS 3853/2017, de 23 de marzo al referirse en el mismo que, "... no todos los indicios tienen la misma importancia, ni ha de concurrir un número determinado de ellos (SSTS 218/03, 18-2; 1469/03, 11-11)... Son indicios realmente importantes, la naturaleza del arma empleada, la zona anatómica atacada y la intensidad del golpe...".

De la prueba practicada resulta acreditado que el arma empleada fue una navaja, instrumento peligroso con el que se pueden causar lesiones que comprometan la vida de una persona, dirigiéndose la cuchillada hacía el cuello, y con tal intensidad que al impactar sobre la vértebra cervical C-3 la llegó a fracturar, provocando un desprendimiento de un fragmento óseo que lesionó la médula espinal.

En este sentido el acusado admite en el acto del plenario que "... el conductor nos echó del coche... saque la navaja... le quise dar un golpe en la cara... llevaba la navaja en la mano... tuve que abrir la navaja...quise darle un golpe con la mala suerte que pasaron los hechos que pasaron...creía que iba seguir golpeándome... me giró y lo golpeo con la mala suerte que le di una puñalada en el cuello.... no le atendí... su colega también salió corriendo...", que por lo que se refiere a la cuchillada coincide con lo manifestado por el lesionado, "... paré mi vehículo y les pedí que se bajaran ... me metí por medio para mediar ... el XXX también .. sacó una navaja o cuchillo... le dije dejar de tonterías... cuando yo fui a abrir el coche fue cuando XXX me apuñaló en el cuello por el lado...", y se corresponde con las lesiones consignadas en los correspondientes partes de asistencia y sanidad en los términos antes indicados (Folios 73 y 243).

También hemos podido valorar lo referido por las dos personas que estaban presentes, “...llegaron a las manos... no fue mucho... ellos dos nos separaron ... se giró y directamente le metió en el cuello... él se vino para mí para pincharme... no le auxilie porque me daba miedo... le apuñaló directamente... se va a apuñalarme a mí...”, “... F. estaba separando... se iba a meter en el coche J. (F.) se dio la vuelta y (M.) le metió una cuchillada a la altura del cuello... fue a apuñalarlo... del tirón...se dirigió a él...”, y también por otra que desde un edificio próximo presenció lo ocurrido, “... la persona agredida era el que menos estaba haciendo... el de la puñalada se echó para atrás y al que recibió la puñalada que no estaba haciendo nada en un descuido le pegó en el cuello fuerte, sin venir cuento y sin nada... no le recriminó... ni le dio un puñetazo ni nada...”, a las que también otorgamos verosimilitud y credibilidad respecto a las circunstancias en las que tuvo lugar la cuchillada.

De los datos antes indicados, que consideramos muy significativos, como de las circunstancias que precedieron y siguieron a la inesperada y contundente agresión con la navaja en el cuello, y las consecuencias de la misma, pues se ha informado que existió riesgo vital al afectar “... a estructuras vasculares de menor tamaño, al plexo branquial musculoso nervioso de la zona, y al tejido medular .. por la importancia del área donde se ubico, así como por la fuerza empleada...” (Folio 244), hemos llegado a la conclusión que concurre en la conducta del acusado, aunque sea a título de dolo eventual, el ánimo de matar.

Hay que tener en cuenta que aunque la discusión se inició entre el acusado y D., amigo de F. J. en el vehículo en el que todos se desplazaban y que conducía este último, es F. J. el que toma la iniciativa respecto al acusado deteniendo el vehículo y pidiéndoles que se bajara, y una vez en el exterior, donde continúan manoteando el acusado y D. que también se bajó, si bien la intervención de F. J. se limitó a tratar de separarlos, al igual que la otra persona que estaba con el acusado, desde la perspectiva de este último se pone de manifiesto la intervención conjunta de D. y F. frente a él, que resuelve, al alejarse D. cuando esgrime la navaja, acuchillando a F. J. cuando se había girado para dirigirse al interior del vehículo de forma inesperada, dándose seguidamente a la fuga abandonando a su suerte a F. J. al salir corriendo también todos los demás.

En la STS 398/2019, de 12 de septiembre se refiere que “... el elemento subjetivo del delito de homicidio no 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 directa e inmediata del resultado producido (STS de 8 de marzo de 2.004). Como se argumenta en la STS de 16 de junio de 2.004 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 más que una manifestación de la modalidad más 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. Lo relevante para afirmar la existencia del dolo penal es, en esta construcción clásica del dolo, la constancia de una voluntad dirigida a la realización de la acción típica, empleando medios capaces para su realización. Esa voluntad se concreta en la acreditación de la existencia de una decisión dirigida al conocimiento de la potencialidad de los medios para la producción del resultado y en la decisión de utilizarlos. Si, además, resulta acreditado la intención de conseguir el resultado, nos encontraremos ante la modalidad dolosa intencional en la que el autor persigue el resultado previsto en el tipo, en los delitos de 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, vida (véanse también, entre otras muchas SS.T.S. de 1 de diciembre de 2.004 y 14 de febrero de 2.005).

En el ATS 560/2019, de 23 de mayo, con cita de la STS 265/2018, de 31 de mayo, "... 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...”, precisando también que la gravedad de las heridas no es relevante para excluir el dolo del homicidio, especialmente cuando el ataque se dirige hacia zonas que alojan órganos vitales y se lleva a efecto con total indiferencia respecto del resultado que hubiera podido producir, “... habiendo establecido esta Sala en numerosos precedentes (STS 1165/2010, por citar de las más recientes) que el artículo 138 del Código Penal debe ser aplicado en los casos en los que no se ha producido la muerte, cuando de los hechos probados se infiere que el autor dirigió el golpe a zonas del cuerpo en las que el mismo podía ser letal; ya que, en tales casos se considera que el autor obró con el propósito de causar la muerte o, al menos, con representación de la probabilidad de la misma o con indiferencia respecto de tal resultado..”, concluyendo que el hecho que no haya estado efectivamente comprometida la vida no excluye la posibilidad de un homicidio en grado de tentativa, pues “... en todas las tentativas lo decisivo es lo que el autor se proponía hacer y comenzó a hacer, no lo que logró, pues es propio de la tentativa que el dolo del autor no se haya concretado en el resultado. Dicho de otra manera: la no producción del resultado no es un elemento que permita negar el dolo del comienzo de ejecución del delito y, consecuentemente, la existencia de tentativa...”.

En conclusión, el comportamiento del acusado evidencia un dolo de matar, siquiera, en la mejor de las hipótesis para el mismo, a título de dolo eventual obviando el carácter sorpresivo del ataque y la limitada capacidad de respuesta de la víctima, sin que resulte admisible la alegación exculpatoria del acusado que pretende reducir lo acontecido a un golpe desafortunado al girarse, pues resulta acreditado que sacó la navaja y la abrió de forma consciente para seguidamente acuchillar de forma muy violenta a la víctima en una zona tan sensible como lo es el cuello hasta el extremo, como antes se ha indicado, de fracturar la vertebra y afectar a la médula espinal.

La circunstancia de que durante la discusión pudiera haber resultado lesionado en la base del metacarpió del dedo índice de la mano derecha (Folio 35 y 55), sin que conste si esta lesión se produjo por los acometimientos efectuado por el mismo o efectuados por el otro contendiente, o que este último al ver la navaja se dirigiera al vehículo a coger un utensilio con el que intimidarlo, no justifica la agresión desmedida contra quien se había limitado a requerirle para que abandonara el vehículo y había tratado de poner fin a la discusión.

**SEGUNDO.-** Los hechos son asimismo constitutivos de un delito de lesiones tipificado en el artículo 149.1 del Código Penal al haber causado con su conducta una tetraparesia moderada, tanto por la inutilidad del hombro y brazo izquierdo, al no poder realizar de forma completa la abducción o elevación del brazo, como por ausencia completa de sensibilidad en la parte derecha desde la base del cuello hasta el pie, y también ausencia completa de sensibilidad en cara lateral cervical izquierda y en hombro de ese mismo lado, con cervicobraquialgia izquierda por lesión medular a nivel C-3 y lesión del plexo branquial izquierdo del cuello.

En la STS 753/2017, de 23 de noviembre se dispone que "...la doctrina de esta Sala Segunda, en principio entiende como órgano o miembro 'principal' aquel que desarrolla una actividad funcional independiente y relevante para la vida, la salud o el normal desenvolvimiento del individuo (STS 1696/2002, de 14 de octubre ó 1856/2000, de 29 de noviembre). Definición que proviene de la STS 2030/1992, de 15 de junio, que a su vez precisa como miembro 'no principal' el que gozando en principio de las mismas condiciones le falta la función autónoma por hallarse al servicio de otros miembros u órganos principales y no resulte plenamente indispensable para la vida o para la salud completa del individuo, pero que, a consecuencia de su falta, no pueda éste realizar las funciones todas de su plena actividad por suponer su pérdida una minusvalía anatómico-fisiológica. Por tanto, la diferencia derivará generalmente de las connotaciones sociales con que integramos los bienes jurídicos de salud e integridad personal, que determinan no sólo la duración de la vida, sino también en cada momento histórico a un determinado estilo y calidad de vida...", pronunciándose también en cuanto al elemento normativo de 'inutilidad' del órgano o miembro principal en el sentido de que "... cuenta con una amplia y pacífica concreción jurisprudencial, como "pérdida de eficacia funcional", que no debe entenderse en términos absolutos, bastando un menoscabo sustancial STS 1728/2001, de 3 de octubre, que cita a su vez, las de 13 de abril y 18 de diciembre de 1976, 13 de febrero y 21 de junio de 1991, 20 de enero de 1993). Igualmente la STS 1856/2000, de 21 de noviembre señala que el artículo 149 (y el 150), concreta el resultado a la inutilidad, esto es, en la ineficacia del órgano o miembro para la realización de la función que tienen atribuidas, o a la pérdida que supone, además de la ineficacia funcional, el menoscabo anatómico. Lo relevante es la pérdida de

funcionalidad del órgano o miembro lo que no debe ser entendido en su acepción literal, pues bastará un menoscabo sustancial de carácter definitivo...”. En el mismo sentido la STS 557/2013, de 1 de julio, “... lo relevante es la pérdida de funcionalidad del órgano o miembro lo que no debe ser entendido en su acepción literal, pues bastará un menoscabo sustancial de carácter definitivo (STS 3 de marzo de 2005, 29 de noviembre de 2000 y 7 de febrero de 2013, entre otras)...”.

En el acto del plenario la Médico Forense ratificó su informe en el que llega a la conclusión que las secuelas que sufre el lesionado condicionan su actividad futura desde el punto de vista laboral habiéndole provocado una incapacidad permanente total al consistir su trabajo en fabricar piezas metálicas, con desarrollo de fuerza manual y siendo relevante la percepción sensitiva de sus extremidades (Folio 244).

Teniendo en cuenta lo expuesto consideramos que las lesiones causadas integran los requisitos del tipo de lesiones agravadas del artículo 149 1. del Código Penal.

**TERCERO.-** Como antes se ha anticipado el delito de homicidio en grado de tentativa y el de lesiones agravadas se encuentran en una relación de concurso ideal del artículo 77.1 y .2 del Código Penal.

Como se refiere en la STS 44/2019, de 1 de febrero al delimitar el alcance del Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de 20 de enero de 2015, “... no es objeto del Acuerdo de unificación los supuestos sobre los que no existe divergencia jurisprudencial. Así, los supuestos de una unidad natural de acción que permite aglutinar la pluralidad de resultados sobre un bien jurídico de titularidad única; la concurrencia de una pluralidad de resultados heterogéneos causados por una acción.... Cuando la acción dolosa se subsume en varios tipos penales (concurso ideal heterogéneo), la subsunción en el art. 77 CP, es clara y uniforme en su interpretación...”.

Se ha llevado a efecto por el acusado la ejecución sobre el perjudicado de una única acción delictiva que, aunque con un diferente grado de ejecución, ha tenido como consecuencia dos resultados penalmente reprochables, la puesta en peligro de su vida y un efectivo menoscabo muy grave de la integridad física, que entendemos integran los requisitos del concurso antes mencionado que contempla una penalidad proporcional a la entidad de ambos resultados al ser de

aplicación la agravación establecida en el número 2 del artículo 77 antes mencionado, esto es, la imposición en su mitad superior de la pena prevista para la infracción más grave que es el delito de lesiones del artículo 149 1. del Código Penal.

**CUARTO.-** Lo anteriormente expuesto, resultado de la valoración conjunta de las pruebas practicadas, nos permitir llegar al convencimiento de que concurren en M. M. D. los requisitos exigidos para ser declarado responsable en concepto de autor del delito de homicidio en grado de tentativa y el de lesiones ya definidos, de conformidad a lo establecido en el artículo 28 del Código Penal.

**QUINTO.-** En la realización de los referidos delitos de homicidio en grado de tentativa y de lesiones concurren en ambos la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal atenuante analógica de alteración mental del número 7. en relación con el 1. del artículo 21 del Código Penal, y tan sólo respecto al delito de lesiones la agravante de reincidencia del número 8 del artículo 22 del mismo texto legal al constar una precedente condena por otro delito de lesiones.

En la STS 1176/2017, de 28 de marzo, con mención de la sentencia número 696/2004, de 27 de mayo, citada entre otras por la 342/2013, de 17 de abril se hace constar que "... la jurisprudencia de esta Sala ha entendido en general que los trastornos de la personalidad o psicopatías, valorables conforme al artículo 20.1ª en cuanto que constituyen auténticas anomalías psíquicas, "son patrones característicos del pensamiento, de los sentimientos y de las relaciones interpersonales que pueden producir alteraciones funcionales o sufrimientos subjetivos en las personas y son susceptibles de tratamiento (psicoterapia o fármacos) e incluso pueden constituir el primer signo de otras alteraciones más graves (enfermedad neurológica), pero ello no quiere decir que la capacidad de entender y querer del sujeto esté disminuida o alterada desde el punto de vista de la responsabilidad penal, pues junto a la posible base funcional o patológica, hay que insistir, debe considerarse normativamente la influencia que ello tiene en la imputabilidad del sujeto. En general, la jurisprudencia ha entendido que los trastornos de la personalidad que deban influir en la responsabilidad criminal, son acreedores de la estimación de la atenuante analógica, resultando la eximente incompleta cuando el trastorno es de una especial y profunda gravedad o

está asociado a otras patologías relevantes como el alcoholismo crónico o agudo, la oligofrenia en sus grados iniciales, la toxicomanía... (SSTS. 544/2016, de 21 de junio ; 607/2015, de 9 de octubre ; y 879/2005 de 4 de julio , entre otras)...”.

Teniendo en cuenta lo referido en el acto del plenario por alguna de las personas que presenciaron la agresión sobre el estado del acusado que, admitiendo que todos habían bebido, refiriendo uno de los testigos que “... iban todos cargados...”, no advirtieron una especial afectación de sus facultades, y lo referido por el Médico Forense que ha examinado al mismo, “... tiene un dificultad en su autocontrol... (lo que podía haber ingerido) no le estaba afectando en su capacidad de conocer... no era especialmente relevante...”, entendemos que lo que resulta de aplicación es la atenuante solicitada pero como analógica, sin que se haya practicado prueba suficiente para su apreciación como eximente incompleta, pues no obstante la patología que presenta y que esa noche pudo haber ingerido sustancias tóxicas, tenía preservadas sus facultades intelectivas con una merma moderada de sus facultades volitivas.

**SEXTO.-** En cuanto a la individualización de la pena, de conformidad a lo establecido en el artículo 77 2. antes mencionado, corresponde imponer la prevista para el delito más grave que es el lesiones del artículo 149.1, de seis a doce años, frente a los cinco a diez años del delito de homicidio en grado de tentativa de los artículos 138 en relación con el 16 y 62 todos ellos del Código Penal.

Siendo obligada la imposición de la pena en su mitad superior, al concurrir circunstancias de atenuación y agravación de la responsabilidad criminal que se compensan estimamos proporcional al grave perjuicio causado por la brutal agresión la de nueve años de prisión, al no resultar favorable sancionar ambos delitos por separado y sin perjuicio que en la hipótesis de haberse sancionado sólo el de lesiones no debería serlo en la mínima extensión de la pena prevista por la gravedad de la conducta enjuiciada, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Asimismo, de conformidad a lo establecido en el artículo 57 del Código Penal, procede imponer la prohibición simultánea al cumplimiento de las pena de prisión antes indicada de aproximarse a F. J. C., a su domicilio o a cualquier lugar en que se encuentre a una distancia inferior

a 200 metros durante el plazo de doce años y de comunicarse con el mismo por igual plazo por cualquier medio.

Dada la trayectoria delictiva del acusado, del que de las siete anotaciones de condena tres lo son por delitos de lesiones y que de las diecisiete reseñas policiales ocho de ellas son por presuntos delitos violentos contra las personas, entre ellas una tentativa de homicidio (Folio 25), estimamos procedente que aplicación del artículo 36.2 del Código Penal la clasificación del penado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no se efectuó hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta.

Condenado también por el delito de homicidio procede imponer, de conformidad a lo establecido en el artículo 140 bis en relación con el 106.1. e) y f), y 2., durante el plazo de cinco años la medida de libertad vigilada consistente en la prohibición de aproximarse a menos de 200 metros de F. J. C. A. y comunicarse con el mismo por cualquier medio.

**SÉPTIMO.**- De conformidad a lo establecido en los artículos 116 y 123 del Código Penal, todo responsable criminalmente de un delito lo es también civilmente, debiendo ser condenado al pago de las costas procesales, entre las que deben incluirse las de la acusación particular al haber sido relevante su intervención para el enjuiciamiento de los hechos.

Asimismo deberá indemnizar a F. J. C. A. en la cantidad interesada de 190.000 euros, cantidad que se fija tomando como referencia las previstas para determinar las indemnizaciones por conductas imprudentes que, teniendo en cuenta los días de curación y las secuelas que le han quedado, sería próxima a los 130.000 euros, a la que habría que sumar la correspondiente a satisfacer el plus de aflicción que conlleva el origen intencional de aquellas que nos sitúa en un importe cercano al interesado que por otro lado no ha sido objeto de controversia.

Debe de tenerse en cuenta que tuvo que ser ingresado en un Centro Hospitalario y que ha precisado para la curación de sus lesiones ochenta y siete días, de los cuales cuarenta y siete lo fueron con pérdida temporal de la calidad de vida grave y cuarenta con pérdida temporal de la calidad de vida moderada.

Como secuelas le han quedado le ha quedado una tetraparesia moderada que ha sido valorada en 52 puntos con compromiso funcional motor del hombro y brazo izquierdo, al no poder

realizar de forma completa la abducción o elevación del brazo, y sensitivo, al haberle ocasionado también una ausencia completa de sensibilidad por analgesia de la parte derecha del cuerpo desde la base del cuello hasta el pie, así como ausencia completa de sensibilidad en la cara lateral cervical izquierda y en el hombro de ese mismo lado, con cervicobraquiagía izquierda por lesión medular a nivel C-3, y lesión del plexo braquial izquierdo del cuello, lo que han supuesto una incapacidad permanente total para la actividad que estaba desarrollando, y también una cicatriz de seis centímetros en la cara lateral cervical izquierda y leve deformidad de esa parte valorad en 3 puntos. (Folio 243).

Por cuanto antecede y demás preceptos de general y pertinente aplicación.

**- FALLAMOS -**

Condenamos a M. M. D. como autor penalmente responsable de un delito de homicidio en grado de tentativa en concurso con un delito de lesiones agravadas ya definidos, con la concurrencia de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal atenuante analógica de alteración mental y agravante de reincidencia, esta última tan sólo en el delito de lesiones, a la pena de NUEVE AÑOS DE PRISION, con la accesoria de privación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Asimismo procede imponer la prohibición simultánea al cumplimiento de las pena de prisión antes indicada de aproximarse a F. J. C. A., a su domicilio o a cualquier lugar en que se encuentre a una distancia inferior a 200 metros durante el plazo de doce años y de comunicarse con el mismo por igual plazo por cualquier medio, y acordar que la clasificación del penado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no se efectuó hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta.

Se impone también durante el plazo de cinco años la medida de libertad vigilada consistente en la prohibición de aproximarse a menos de 200 metros de F. J. C. A. y comunicarse

con el mismo por cualquier medio.

Deberá también ser condenado al pago de las costas procesales causadas incluidas la de la acusación particular.

En concepto de responsabilidad deberá de indemnizar a F. J. C. A. en la cantidad de 190.000 euros, cantidad que se incrementará con los intereses de demora establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Para el cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta le será de abono el tiempo que ha estado privado de libertad por esta causa.

Al no quedar acreditada la relación de los efectos de cocina intervenidos procédase a la entrega de los mismos a XXX (Folio 34, 38 y 285), y la destrucción de los demás.

Se ratifica el auto de insolvencia dictado en la pieza de responsabilidad civil. Notifíquese la presente resolución a las partes en la forma prevenida en la Ley, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de apelación, para ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, dentro de los diez días siguientes a aquel en que se les hubiere notificado la sentencia, conforme a los trámites previstos en los artículos 846 ter y 790 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Así por esta nuestra sentencia, juzgando definitivamente en única instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Doy fe.



**PUBLICACIÓN:** La precedente sentencia ha sido publicada por el Magistrado Ponente.