



Roj: **STS 2082/2023 - ECLI:ES:TS:2023:2082**

Id Cendoj: **28079120012023100353**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/05/2023**

Nº de Recurso: **2093/2021**

Nº de Resolución: **350/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **EDUARDO DE PORRES ORTIZ DE URBINA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 350/2023

Fecha de sentencia: 11/05/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2093/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 10/05/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

Procedencia: TSJ Andalucía

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: ARB

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 2093/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 350/2023

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D.ª Ana María Ferrer García

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 11 de mayo de 2023.



Esta sala ha visto el recurso de casación 2093/2021 interpuesto por Victorio , representado por la procuradora doña Pilar REJÓN SÁNCHEZ bajo la dirección letrada de don Jesús HUERTA MORALES, contra la sentencia dictada el 10/02/2021 por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, en el Rollo de Apelación 242/2020, en la que se estima parcialmente el Recurso de Apelación interpuesto por el recurrente contra la sentencia dictada el 29/04/2020 por la Audiencia Provincial de Granada, Sección Primera, en el Rollo Sumario Ordinario 8/2019, en el que se absolvió al recurrente como autor penalmente responsable de un delito de homicidio en grado de tentativa y como autor responsable de un delito de lesiones con uso de arma. Ha sido parte recurrida el MINISTERIO FISCAL.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción número 1 de Motril incoó Sumario 1/2019 por delito de Homicidio en grado de tentativa, contra Victorio , que una vez concluido remitió para su enjuiciamiento a la Audiencia Provincial de Granada, Sección Primera. Incoado el Sumario 1/2019, con fecha 29/04/2020 dictó sentencia en la que se contienen los siguientes HECHOS PROBADOS:

" El día 15 de enero de 2019 sobre las 9 horas, cuando Carlos Manuel salía de su domicilio sito en el piso NUM000 , CALLE000 de la localidad de Salobreña, se encontró con su vecino del piso NUM001 , Victorio , mayor de edad, con antecedentes penales no computables, que le recriminó por ruidos que, según Victorio , se habían producido la noche antes en el domicilio de Carlos Manuel .

Al oír las voces, salió del domicilio la esposa de Carlos Manuel , momento en el cual Victorio entró en su domicilio volviendo a salir segundos después. En ese momento llevaba en la mano una navaja abierta y dirigiéndose a Carlos Manuel le propinó, al menos, dos puñaladas.

La primera le causó una herida inciso contusa de unos 3 cms. en flanco izquierdo (zona periumbilical) y otra herida inciso contusa de unos 3 cms. en muslo derecho; para la curación de ambas precisó tratamiento quirúrgico invirtiendo en la sanidad 190 días de los cuales 108 fueron de pérdida de calidad de vida moderada y 3 de pérdida grave. Como secuelas le quedan una cicatriz de unos 9 cms. de longitud que atraviesa la línea media a nivel periumbilical izquierdo, otra de 6 cms. de longitud en zona periumbilical adyacente y otra de 6 cms en zona anterior de muslo derecho.

Cuando Carlos Manuel se marchaba del lugar Victorio le dijo "te tengo que matar gilipollas".

2. La Audiencia de instancia emitió el siguiente pronunciamiento:

"Debemos absolver y absolvemos a Victorio del delito de homicidio en grado de tentativa por el cual venía acusado; y debemos condenarle y le condenamos como autor responsable de un delito de lesiones con uso de arma a la pena de tres años de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, abono de las costas causadas incluidas las de la acusación particular y debiendo indemnizar a Carlos Manuel en la cantidad de 13.140 euros aplicando los intereses previstos en la LEC.

Se le impone, asimismo, la prohibición de aproximarse acercarse a Carlos Manuel y a Reyes , e cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse a su domicilio, sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos, así como la prohibición de comunicarse con ambos, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual".

3. - Notificada la sentencia, la representación procesal de Victorio interpuso recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, formándose el rollo de apelación 242/2020. En fecha 10/02/2021 el citado tribunal dictó sentencia número 30/2021, cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

"Que, estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de Victorio contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Granada en fecha 29 de abril de 2020, debemos revocar y revocamos en parte dicha resolución y, así:

1. Se especifica que la prohibición de aproximarse a Carlos Manuel y a Reyes y de acercarse a su domicilio, lugar de trabajo u otro frecuentado por ellos exige un distanciamiento mínimo de cien metros.
2. Confirmamos el resto de la sentencia apelada.
3. Declaramos de oficio las costas de esta segunda instancia".

5. Notificada la sentencia a las partes, la representación procesal de Victorio y Carlos Manuel , anunció su propósito de interponer recurso de casación por vulneración de precepto constitucional e infracción



de ley, recurso que se tuvo por preparado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso. Por decreto de fecha 11/05/2021 se declaró desierto el recurso de Carlos Manuel .

6. El recurso formalizado por Victorio , se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN,

1. Por Infracción de Ley, al amparo de lo preceptuado en los artículos 847.1 a) 1º y 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida inaplicación del artículo 21.4, en relación con el artículo 21.7 del Código Penal - concurrencia de la circunstancia atenuante analógica de colaboración con la Administración de Justicia-

2. Por Infracción de Ley y Precepto Constitucional, al amparo de lo preceptuado en los artículos 849.1 y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación de los artículos 66.1 y 72 del Código Penal, así como los artículos 24.2 y 120.3 de la Constitución Española -ausencia de motivación en la individualización de la pena-

7. Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, en escrito de 16/06/2021, solicitó la inadmisión e impugnó de fondo los motivos del recurso e interesó su desestimación. Tras admitirse por la Sala, quedaron conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera. Y hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 10/05/2023 que, dados los temas a tratar, se prolongó hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Atenuante de **confesión**

Se recurre en casación la sentencia número 30/2021, de 10/02/2021, de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, que confirmó parcialmente la sentencia 125/2020, de 29/04/2020, de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Granada. En esta sentencia se condenó a quien hoy recurre como autor de un delito de lesiones.

1.1 Frente a dicho pronunciamiento se alza el recurso en el que se formulan dos motivos de impugnación. En el primero de ellos, por infracción de ley y al amparo del artículo 849.1 de la LECrim, se censura la sentencia impugnada por la inaplicación de la atenuante de **confesión**, prevista en el artículo 21.4 del Código Penal.

Se alega que el recurrente nada más ocurrir los hechos acudió al cuartel de la Guardia Civil comunicando que se había peleado con un vecino del edificio; poco después, ya en su domicilio y a requerimiento de la Guardia Civil, reconoció los hechos y entregó el arma; durante la instrucción presentó un escrito reconociendo los hechos, mostrando su arrepentimiento y pidiendo disculpas a la víctima y, por último, esa misma postura fue la adoptada en el juicio donde, manteniendo su culpabilidad, autoría y reconocimiento de los hechos, facilitó la labor del tribunal porque en base a esa declaración no tuvo que discernir sobre el desarrollo o carácter ilícito de la agresión.

1.2 Esta Sala tiene un cuerpo de doctrina sólido y reiterado acerca de la aplicación de la atenuante de **confesión** prevista en el artículo 21.4 CP, que prevé como causa de atenuación de la pena "*el haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades*".

Tal y como señaló la STS 1177/2003, de 12 de septiembre, la atenuante de **confesión** se justifica por la utilidad que efectivamente reporte a la Justicia, ahorrando esfuerzos de investigación y facilitando la instrucción y enjuiciamiento y no en razones subjetivas de premio a una conducta moral de arrepentimiento del sujeto, perspectiva que estaba presente en el Código Penal de 1973 y que fue criticada por la doctrina y abandonada por la jurisprudencia de esta Sala.

La descripción normativa coincide en lo sustancial con la atenuante contenida en el artículo 9.9ª del derogado Código Penal de 1973 y la antigüedad de la previsión legal explica que haya pronunciamientos muy antiguos de este tribunal en los que se ha interpretado el precepto.

La jurisprudencia exige que se trate de una verdadera **confesión** y que sea veraz en lo sustancial, lo que ha dado lugar a su no apreciación cuando recae sobre aspectos intrascendentes, y cuando se trate de **confesiones** parciales o inexactas y que hayan sido realizadas de modo interesado por el acusado buscando un mejor tratamiento penal (STS 251/2004, de 26 de febrero). También ha insistido en el requisito cronológico de que se produzca antes del inicio del procedimiento judicial.

Atendiendo a la finalidad utilitarista de la atenuante, esta Sala ha declarado su improcedencia ante "ante la evidencia ya descubierta o que está a punto de descubrirse". En la STS 251/2004, de 26 de febrero



argumentamos que "solamente se ha reconocido valor atenuatorio a la **confesión** o al reconocimiento de los hechos cuando viene acompañado de una aportación relevante que contribuye de modo decisivo a la restauración del orden jurídico alterado por el delito, entendiendo por tal aquella que permita un esclarecimiento de lo sucedido mediante la comunicación a la autoridad de aspectos de importancia aún no conocidos y que no resultaran de descubrimiento inevitable y que, además, se ajuste a la realidad de los hechos según resulte de la valoración de la prueba realizada por el Tribunal".

En relación con el elemento cronológico en la lejana sentencia 91/1994, de 31 de enero, con cita de otras sentencias anteriores (SSTS de 15 de marzo de 1.989; 10 de abril de 1.991, entre otras), se venía declarando que el atestado debe incluirse en el concepto de "procedimiento judicial", doctrina que se precisó aún más en la STS 366/1997, de 21 de marzo, en la que se dijo que "el procedimiento judicial supone no sólo las diligencias propiamente dichas del Juzgado, sea sumario, sea diligencia previa o indeterminada, sino también las que a la Policía correspondan, concretamente el atestado, cuya iniciación supone ya la apertura de dicho procedimiento judicial".

Este criterio se ha mantenido en el tiempo y, así, en más reciente STS 505/2016 de 9 de junio, hemos precisado que "en el concepto de procedimiento judicial se incluye la actuación policial (SSTS 21.3.97 y 22.6.2001), que no basta con que se haya abierto, como se decía en la regulación anterior, para impedir el efecto atenuatorio a la **confesión**, sino que la misma tendrá la virtualidad si aún no se había dirigido el procedimiento contra el culpable, lo que ha de entenderse en el sentido de que su identidad aún no se conociera. La razón de ser del requisito es que la **confesión** prestada, cuando ya la Autoridad conoce el delito y la intervención en el mismo del inculpado, carece de valor auxiliar a la investigación".

No obstante lo anterior, esta Sala viene reconociendo eficacia atenuatoria con ciertos límites a la **confesión** tardía, a la prestada una vez iniciado el procedimiento, en aplicación de lo establecido en el artículo 21.7 CP que reconoce la posibilidad de apreciar circunstancias atenuantes por analogía cuando el hecho a tomar en consideración guarde semejanza con la estructura y características con cualquiera de las cinco circunstancias atenuantes reconocidas en el artículo 21 del Código Penal, si bien también hemos precisado que la atenuante de análoga significación no puede ser aplicada cuando falten los requisitos básicos de la atenuante-tipo, porque en tal caso se establecería un criterio contrario al mandato legal, y que no puede exigirse una similitud o una correspondencia absoluta entre la atenuante analógica y la que sirve de tipo, pues ello equivaldría a hacer inoperante el humanitario y plausible propósito de que hablaba la sentencia 28.1.80, (SSTS. 27.3.83, 11.5.92, 159/95 de 3.2, lo mismo en SSTS. 5.1.99, 7.1.99, 27.1.2003, 2.4.2004)".

En ese contexto se ha reconocido como atenuante analógica la **confesión** tardía. Así, la STS 695/2016, de 28 de junio ha afirmado que la atenuante analógica "es aplicable en todos aquellos supuestos en los que no concurra el elemento cronológico exigido en la expresa previsión atenuatoria, pero aparezca una actuación colaboradora del investigado que sea reflejo de la asunción de su responsabilidad y que facilite la depuración del reproche que legalmente merecen los hechos en los que participó; exigiéndose por ello, así como por razones pragmáticas de política criminal, que el comportamiento del encausado en el seno de la investigación -si bien de manera tardía- favorezca de forma eficaz el esclarecimiento de los hechos y de los responsables, denegándose cuando los datos aportados sean conocidos o evidentes para la investigación (SSTS 332/2002, de 1 de marzo, 25/2003, de 16 de enero, y 767/2008, de 18 de noviembre)". Esta Sala ha precisado también que cuando la **confesión** se produce una vez que la investigación ya ha principiado, será necesario que suponga un acto de colaboración de gran relevancia (STS 1044/2002, de 7 de junio).

1.3 En el presente caso la sentencia de instancia ha justificado extensamente y con precisión las razones por las que no ha reconocido efectos atenuantes a los distintos gestos de reconocimiento de los hechos realizados por el acusado y su criterio no merece objeción alguna.

Es cierto que el acusado acudió al puesto de la Guardia Civil diciendo que había tenido una discusión verbal con un vecino pero en ese primer momento no se reconoció autor de agresión alguna. Las circunstancias del hecho quedaron patentes desde el principio por manifestaciones de la víctima que, inmediatamente después de ocurrido y, cuando acudió al lugar la fuerza policial, identificó al autor, indicando que era un vecino de su mismo bloque de etnia gitana llamado Victorio . En ese mismo momento la esposa del acusado les indicó también cómo habían sucedido los hechos porque fue testigo presencial y les manifestó que había grabado el incidente con su teléfono móvil, habiéndose valorado singularmente esa grabación para acreditar la agresión y para descartar su calificación como tentativa de homicidio.

Cuando el acusado volvió a su domicilio vecinos del lugar le identificaron y sólo cuando ya la Guardia Civil tenía conocimiento completo de la identidad del autor y de la forma en que había ocurrido el suceso, el recurrente reconoció ante los agentes su autoría y entregó el arma. Aun así, en las dependencias policiales hizo uso de su derecho a no declarar y en su declaración judicial manifestó que lo que hizo fue tratar de defenderse y



sólo cinco meses después, cuando ya había culminado la instrucción y a falta del informe médico de sanidad, reconoció llanamente la agresión y expresó su arrepentimiento.

Por lo tanto, la secuencia de los hechos anteriores permite concluir que el acusado reconoció en su integridad los hechos cuando casi había concluido la fase de investigación y, dadas las evidencias que ya se habían acumulado, ese reconocimiento tuvo una eficacia muy limitada en el esclarecimiento del delito o de circunstancias de relevancia, ya que se produjo cuando los hechos eran ya conocidos o evidentes para la investigación. Así las cosas, el que la **confesión** del acusado haya simplificado el desarrollo del juicio no es causa suficiente para apreciar la atenuante.

El motivo, en consecuencia, se desestima.

2. Motivación de la pena

2.1 En el segundo motivo, con cita de los artículos 849.1 y 852 de la LECrim, se denuncia la falta de motivación de la sentencia. Se argumenta que se le ha impuesto una pena cercana al máximo legal y la sentencia ha omitido toda justificación de las razones por las que se ha impuesto esa pena, considerando que procede la imposición de la pena mínima en tanto que no concurren circunstancias que justifiquen la extensión de la pena impuesta.

2.2 Según recordamos en la STS 162/2019, de 26 marzo, el derecho a la tutela judicial efectiva incluye como contenido básico el derecho a obtener de los órganos jurisdiccionales una respuesta a las pretensiones planteadas que sea motivada y razonada en derecho y no manifiestamente arbitraria o irrazonable, conforme a los artículos 120.3 y 24 de la Constitución. Y ese deber se extiende a la fijación de la pena (SSTS 93/2012 de 16 febrero , 17/2017 de 20 enero , 826/2017 del 14 diciembre , 49/2018 de 30 enero).

El fundamento de esta exigencia estriba en que el margen de discrecionalidad del que legalmente goza el Juez no constituye por sí mismo justificación suficiente de la decisión finalmente adoptada, sino que, por el contrario, el ejercicio de dicha facultad viene condicionado estrechamente por la exigencia de que la resolución esté motivada, pues sólo así puede procederse a su control posterior en evitación de toda arbitrariedad. De este modo, también en el ejercicio de las facultades discrecionales que tiene reconocidas legalmente el Juez penal en la individualización de la pena, es exigible constitucionalmente, como garantía contenida en el derecho a la tutela judicial efectiva.

Como recuerda la STS 172/2018, de 11 de abril, para la individualización judicial de las penas, una vez aplicadas las reglas generales sobre participación, ejecución, concursos y circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, deben ponderarse las circunstancias personales del delincuente y la mayor o menor gravedad del hecho conforme a lo que preceptúa el artículo 66 del Código Penal.

En cuanto a las primeras son las que se refieren a los motivos o razones que han llevado a delinquir el acusado, así como aquellos rasgos de su personalidad delictiva que configuran igualmente esos elementos diferenciales para efectuar tal individualización penológica y que deben corregirse para evitar su reiteración delictiva.

En lo relativo a la gravedad del hecho no es la gravedad del delito, que ya ha sido contemplada por el Legislador para la determinación de la pena básica, sino la valoración de aquellas circunstancias fácticas que el Juzgador ha de valorar para determinar la pena y que sean concomitantes del supuesto concreto que está juzgando.

Considerando que el legislador, al establecer el marco penal abstracto, ya ha valorado la naturaleza del bien jurídico afectado y la forma básica del ataque al mismo, la mayor o menor gravedad del hecho dependerá: a) De la intensidad del dolo (directo o eventual); b) De las circunstancias concurrentes, que, sin ser atenuantes o agravantes, puedan modificar el desvalor de la acción o el desvalor del resultado; c) De la mayor o menor culpabilidad -o responsabilidad- del sujeto, deducida del grado de comprensión de la ilicitud de su comportamiento y de la mayor o menor exigibilidad de otra conducta distinta y d) Habrá de tenerse en cuenta la mayor o menor gravedad del mal causado y la conducta del reo posterior a la realización del delito, en orden a su colaboración procesal y su actitud hacia la víctima y hacia la reparación del daño, que no afectan a la culpabilidad, por ser posteriores al hecho, sino a la punibilidad.

Debe añadirse, por último, que la ausencia de motivación o la motivación arbitraria de la pena no conlleva necesariamente la nulidad de la sentencia puesto que si ésta precisa los datos necesarios para la determinación de la pena el tribunal de casación puede fijar la sanción en la extensión que estime procedente, por exigencias del principio de economía procesal y para dar cumplimiento a la obligación de dar una respuesta judicial en tiempo razonable.

2.3 En el supuesto sometido a nuestro examen y ante la inexistencia de circunstancias atenuantes y agravantes se ha impuesto una pena de prisión dentro de la mitad inferior del tipo por encima de su límite mínimo (tres años) y en la sentencia de instancia se justificó la individualización de la pena por considerar que la



reparación del daño realizada por el acusado fue parcial y en atención a la entidad de las lesiones, que conviene recordar precisaron atención quirúrgica y un periodo de 190 días de curación, 108 de ellos, con impedimento para el normal desarrollo de las actividades. En la sentencia del Tribunal Superior de Justicia se refuerza esta justificación indicando que la gravedad de la agresión se evidencia, además, por la reiteración de ataques mediante dos puñaladas en el muslo y en la zona preumbilical que precisaron tratamiento quirúrgico y produjeron perjuicio estético con cicatrices en varias zonas del cuerpo.

Como señaló esta segunda sentencia, dando respuesta a esta misma queja, el tribunal de instancia motivó su decisión, aunque lo hiciera de forma sucinta, y los criterios y las bases para la determinación de la pena fueron razonables, sin que concurren circunstancias que justifiquen la reducción de la pena impuesta a la mínima legal.

El motivo se desestima.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1. Desestimar el recurso de casación interpuesto por Victorio contra la sentencia número 30/2021, de 10 de febrero de 2021, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.
2. Condenar al recurrente al pago de las costas procesales causadas en su respectivo recurso.

Comuníquese dicha resolución al tribunal de procedencia, con devolución de la causa en su día remitida.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no existe recurso alguno e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Ana María Ferrer García

Eduardo de Porres Ortiz de Urbina Angel Luis Hurtado Adrián