BASE DE DATOS DE Norma CEF.-
Referencia: NCJ062936

TRIBUNAL SUPREMO
Sentencia 844/2017, de 21 de diciembre de 2017
Sala de lo Penal
Rec. n.º 10527/2017

SUMARIO:

Las partes del proceso. Capacidad procesal. Capacidad procesal para ser parte pasiva del proceso penal. dispone el art. 383 de la LECrim que «si la demencia sobreviniera después de cometido el delito, concluso que sea el sumario se mandará archivar la causa por el Tribunal competente hasta que el procesado recobre la salud, disponiéndose además respecto de éste lo que el Código Penal prescribe para los ejecutan el hecho en estado de demencia». Este precepto, ya en su redacción originaria, entronca con una exigencia elemental, a saber, la necesidad de que el marco procesal que delimita el ejercicio del «ius puniendi» por el Estado, defina un escenario que haga posible la vigencia del derecho de defensa. El acusado que carece de las facultades mentales precisas para tomar conciencia, por ejemplo, del alcance jurídico de sus respuestas al interrogatorio de la acusación o, con carácter general, del valor constitucional de los derechos a no confesarse culpable y a la presunción de inocencia, es un acusado inerme frente al poder sancionador del Estado. De ahí el mandato histórico de proceder al archivo de la causa y adoptar las medidas de seguridad previstas para aquellos que ejecutan el hecho con una afectación de su imputabilidad. Sin embargo, esta afirmación inicial no está exenta de matices directamente derivados de la exigencia del CP de 1995 de que las medidas de seguridad sean impuestas en sentencia. En algún otro precedente hemos recordado el sinsentido que representa el hecho de excluir del enjuiciamiento a una persona con evidentes síntomas de enajenación, pues se opta así por una rígida fórmula de archivo que, en último término, está descartado la posibilidad de absolución del enfermo mental. El problema suscitado sugiere, pues, dos opciones interpretativas. La primera, el dictado por el Juez instructor de una resolución de archivo de la causa penal, con la consiguiente remisión de los antecedentes psiquiátricos del acusado al Ministerio Fiscal para el ejercicio de la acción civil de incapacitación, con la eventual adopción de una medida jurisdiccional tuitiva de ingreso en un centro psiquiátrico. La segunda, la conclusión del sumario conforme a la regla general y la celebración de un juicio oral que tendría como desenlace una sentencia en la que se impusiera, después de un debate contradictorio, la medida de seguridad de internamiento prevista por el CP.

PRECEPTOS:

Ley de Enjuiciamiento criminal, arts. 383 y 899.
Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 16, 23, 62 y 139.1.
Constitución española, arts. 17 y 24.
Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos de 1966, art. 6.

PONENTE:

Don Manuel Marchena Gomez.

Magistrados:

Don MANUEL MARCHENA GOMEZ
Don FRANCISCO MONTERDE FERRER
Don LUCIANO VARELA CASTRO
Don ANTONIO DEL MORAL GARCIA
Don PABLO LLARENA CONDE

RECURSO CASACION (P) núm.: 10527/2017 P
Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gomez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 844/2017

Excmos. Sres.

D. Manuel Marchena Gomez

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Luciano Varela Castro

D. Antonio del Moral Garcia

D. Pablo Llarena Conde

En Madrid, a 21 de diciembre de 2017.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuesto por la representación del acusado D. Desiderio , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Ourense, Sección Segunda, de fecha 6 de julio de 2017 rollo de Sala núm. 11/2016 que, le condenó por un delito de asesinato intentado, y un delito de asesinato consumado, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados, siendo parte el Ministerio Fiscal, el recurrente representado por la procuradora D.ª María Herminia Moreira Álvarez, bajo la dirección letrada de D. Jorge Temes Montes y como parte recurrida D.ª Miriam representada por el procurador D. Antonio Álvarez Blanco, bajo la dirección letrada de D.ª María Beatriz Seijo Méndez y la Xunta de Galicia representada por el procurador D. Argimiro Vázquez Guillén y bajo asistencia letrada de D.ª Isabel Caramés.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gomez.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El Juzgado de instrucción nº 1 de Verín instruyó sumario (procedimiento ordinario) nº 271/2015 contra Desiderio y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Ourense, Sección Segunda, que con fecha 6 de julio de 2017 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

<<El acusado Desiderio , nacido el NUM000 .1939, con DNI NUM001 , sin antecedentes penales, y Dña. Ascension , nacida el NUM002 .1949 tras convivir como pareja sentimental durante veinte años, contrajeron matrimonio en el año 2013, sin haber tenido descendencia en común, teniendo una relación normalizada.

El matrimonio residía en la CALLE000 , nº NUM003 de Pazos-Verín, junto con la madre de Dña. Ascension . Tras fallecer la madre de Dña. Ascension en el mes de febrero de 2015, los únicos moradores de la vivienda eran el acusado y su esposa.

La vivienda donde residían era una casa de planta baja ubicada dentro de una finca cercada por un portón metálico de corredera y un seto alto, siendo visible únicamente el tejado de la casa desde la calle. La parte frontal de la casa tenía la puerta de entrada inutilizada al tener adosada en el interior un armario empotrado. El acceso a la casa era por la parte trasera, donde había una galería formada por cinco ventanas correderas de aluminio y una puerta batiente de entrada de dos cristales. Tras franquear esta puerta de entrada había un recinto con tiestos y

muebles, y otra puerta de aluminio blanco de cristales translúcidos atravesada en vertical por tres pares de listones de aluminio. Por esta última puerta se accedía a la cocina de la casa y desde la cocina al resto de las dependencias.

El día 1.4.2015 el acusado y su esposa Ascension estuvieron desde las 18:00 horas hasta las 21:00 horas en la casa de enfrente de sus vecinos Dña. Celia , prima además de Dña. Ascension , y de su marido D. Cecilio apodado " Limpiabotas ", como solían hacer todos los días. En hora no concretada de esa misma noche y en todo caso un rato antes de las 00.30 horas del día 2.4.2015 el acusado, en pleno uso de su facultades intelectivas y volitivas, aprovechando que Ascension estaba durmiendo acostada lateralmente en el sofá existente en la cocina desde el cual tenía por costumbre ver la televisión, con la cabeza apoyada sobre el brazo izquierdo del sofá, se acercó a ella portando un instrumento contundente tipo martillo y prevaliéndose de esta situación de indefensión en la que Ascension estaba totalmente desprevenida y relajada, la golpeo (sic) varias veces con ese instrumento en la zona lateral derecha de su cabeza con intención de acabar con su vida. Causándole así tres heridas: una en la zona parieto-temporal posterior derecha curvilínea de unos 45 cms; otra contusa en forma de "S" situada justo por encima de detrás del pabellón auricular derecho de unos 12-15 cms., presentando una muesca justo sobre el pabellón auricular derecho; y la última una extensa herida contusa situada sobre la zona fronto-lateral derecha desde el borde orbitario hacia atrás hasta la zona de la sutura coronal (unión fronto-parietal) que tiene en el exterior restos de fragmentos de hueso mezclados con sangre y encéfalo. Herida ésta última susceptible de causar por sí misma la muerte y que causó gran pérdida de masa encefálica, correspondiente a la zona del cerebro donde se ubica la memoria.

Creyendo el acusado que había acabado con la vida de su esposa, habiendo un gran charco de sangre en el suelo, salpicaduras de sangre en la pared y techo así como vómitos en el suelo, se dispuso a preparar la casa con la finalidad de aparentar que habían sido víctimas de un robo por personas desconocidas. Así abrió una de las cinco ventanas correderas de aluminio de la galería, dejando un pequeño hueco por el que no coge una persona, rompió la puerta de cristal translúcido y de aluminio blanco por la cual se accedía desde el interior de la galería a la cocina, quedando el hueco de tal modo que resultaba imposible meter la mano para coger las llaves que estaban en el bombillo interior de la puerta, tiro (sic) al suelo los tiestos que estaban junto a la ventana que había abierto, tiro (sic) cojines al suelo, abrió armarios de la cocina, tiro (sic) bolsos de Dña. Ascension al suelo y una cartera de mano con varias tarjetas bancarias. Asimismo arrojó en el jardín un manojo de siete llaves.

Después se dirigió al cuarto de baño a lavarse las manos y se puso una bata de flores de Dña. Ascension , manchada de sangre y sobre las 00:30 horas fue a casa de sus vecinos Dña. Celia y D. Cecilio pidiendo auxilio y gritando "Me mataron a Ascension ". Cecilio entró un momento en la casa de sus vecinos y en el breve trayecto se cruzó con su esposa y con el acusado. Dña. Celia y el acusado entraron en la cocina y Dña. Celia se acercó a su prima cogiéndole la mano, presionándosela Dña. Ascension , pidiéndole entonces Dña. Celia al acusado un teléfono para llamar a la ambulancia, dándoselo el acusado. El acusado fue a casa de sus vecinos creyendo que Ascension estaba muerta y tratando de dar credibilidad al plan que había urdido para simular un robo.

Dña. Ascension fue trasladada de urgencia al Hospital de Verín y desde allí al CHUOU donde fue operadora de urgencia e ingresada posteriormente en la unidad de reanimación con pronóstico de posibilidad de fallecimiento en los próximos días. No obstante Dña. Ascension fue evolucionando progresivamente. El 30 de abril pasó a la planta de neurocirugía pendiente de iniciar rehabilitación. En planta presenta hemiparesia izquierda, está sondada y con traqueotomía. Los días 5 y 7 de mayo la sientan en el sillón.

En la planta de neurocirugía, cuarta del complejo hospitalario, estuvo ingresada en la habitación NUM004 , turnándose para acompañarla el acusado, su hija y su yerno. Dña. Ascension no podía comunicarse más que con eventuales y ligeros movimientos de cabeza y apretones de mano.

Entre las 4:30 horas y las 6:30 horas del día 8.5.2015 aprovechando el acusado que en la habitación estaban solamente su esposa y su compañera de habitación, estando ambas dormidas, y que Dña. Ascension continuaba en ese estado físico -hemiparesia izquierda, sondada, con traqueotomía- con la finalidad de acabar con la vida de Dña. Ascension el acusado le levantó el camisón y con un cuchillo que llevaba con él, le asestó dos puñaladas, una que no llegó a penetrar en el tórax y otra que si penetró en el tórax con varios trayectos, y que tras seccionar cartílagos costales ocasionó desgarró cardíaco y, a causa de ello, la muerte de Dña. Ascension .

Una vez ocasionada la muerte a Dña. Ascension , el acusado con un cuchillo de unos 17 cms. de hoja, sin estimar acreditado que este cuchillo fuese el mismo con el que apuñaló a su esposa, se causó a si mismo diversas puñaladas en el abdomen, brazo izquierdo y cuello, a consecuencia de las cuales se produjo una hemiplejía derecha secundaria al daño en carótida izquierda, con disminución del flujo cerebral e ictus secundario con importante infarto cerebral. Este cuchillo fue recogido por los agentes de la Policía Nacional depositado en una bolsa de plástico negra que estaba a los pies de la cama de Dña. Ascension . Los restos de sangre que en él había se corresponden con el

ADN del acusado, sin hallar restos de ADN de Dña. Ascension . No se estima probado que este cuchillo fuese utilizado por el acusado para apuñalar a su esposa.

Inicialmente y a consecuencia de la autolisis el acusado estuvo afectado en las funciones implicadas en la capacidad procesal para después ir evolucionando favorablemtne recuperándola, constatándose de manera inequívoca en el mes de febrero de 2016 que el daño cognitivo que presenta no afecta y si lo hace es sólo de manera leve a las funciones cognitivas implicadas en la capacidad procesal. Desde el mes de febrero de 2016 no se ha producido cambios en las referidas funciones cognitivas implicadas en la capacidad procesal.

El acusado dejó una nota manuscrita en gallego, la cual se encontró en el bolsillo de una chaqueta suya a los pies de la cama, en la que literalmente decía: " Ascension cariño deroche un golpe muy grande e situtunonforas dabame amin tamen e tu estas muy grabe cariño eu non tepodo ver asi espero que nos encineren os dos sustiños para siempre y a culpa de todo esto tuva o Limpiabotas por decir todo o reves que amin disomo un guardia civil que de clarara todo o revés e outro mas asi que eu fago todo esto por non armar mais líos". Firmado " Desiderio ".

Traducido al castellano y corregido ortográficamente: " Ascension cariño te dieron un golpe muy grande y si tú no fiueras me daba a mí también y tú estás muy grave cariño y yo no te puedo ver así espero que nos incineren a los dos juntitos para siempre y la culpa de todo esto la tuvo el Limpiabotas por decir todo al revés que a mí me lo dijo un guardia civil que declarara todo al revés y otro más así que yo hago todo esto por no armar más líos". Firmado " Desiderio ".

El acusado al tiempo de cometer estos hechos tenía sus capacidades intelectivas y volitivas plenamente conservadas.

Dña. Ascension no tenía ascendientes, descendientes ni hermanos, únicamente varios primos, entre ellos Dña. Celia y Dña. Miriam . No se ha acreditado que Dña. Miriam tuviese una significada relación de afectividad con Dña. Ascension .

Los gastos derivados de la asistencia sanitaria prestada por el SERGAS a Dña. Ascension ascienden a la cantidad de 40.997,51 euros>>.

Segundo.

La Audiencia Provincial de Ourense, Sección Segunda, dictó sentencia núm. 235/2017 con el tenor literal siguiente:

<< FALLAMOS : CONDENAR a Desiderio como autor de:

1. Un delito de asesinato intentado del art. 139.1 del C.p . en relación con los arts. 16.1 y 62 del C.p . con la circunstancia mixta como agravante de parentesco del art. 23 del C.p ., ya definido, a la pena de doce años de prisión con la accesoria de inhabilitación absoluta.

2. Un delito de asesinato consumado del art. 139.1 del C.p con la circunstancia mixta como agravante de parentesco del art. 23 del C.p ., ya definido, a la pena de diecinueve años de prisión con la accesoria de inhabilitación absoluta.

Se le condena igualmente al pago de las costas procesales por ambos delitos, incluidas las de la acusación particular .

En concepto de responsabilidad civil Desiderio indemnizará al SERGAS en la cantidad de 40.997,51 euros, con el interés del art. 576 de la LEC

Notifíquese esta Sentencia al acusado y a las partes, haciéndoles saber que contra la misma se puede interponer RECURSO DE CASACIÓN ante la Sala 2ª del Tribunal Supremo, anunciándolo ante esta Audiencia Provincial dentro del plazo de cinco días contados a partir del siguiente a la última notificación>>.

Tercero.

Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, por la representación del acusado D. Desiderio , 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.

Cuarto.

El recurso interpuesto por la representación del acusado D. Desiderio lo basó en los siguientes motivos de casación :

Motivo primero .- Al amparo del art. 852 de la LECrim , por vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa.

Motivo segundo .- Al amparo del art. 852 de la LECrim , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

Motivo tercero .- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim , por falta de aplicación del art. 16.2 del CP .

Quinto.

Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, por escrito de fecha 10 de octubre de 2017 solicitó la inadmisión de los motivos, dándose igualmente por instruida la representación de la parte recurrida, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.

Por providencia de esta Sala de fecha 28 de noviembre de 2017 se señaló el presente recurso para deliberación y fallo para el día 13 de diciembre de 2017.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

La sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Orense, con fecha 6 de julio de 2017 , condenó al acusado Desiderio como autor de un delito de asesinato intentado del art. 139.1 del CP , en relación con los arts.16.1 y 62 del CP , con la circunstancia mixta de parentesco del art. 23 del CP , a la pena de 12 de años de prisión con la accesoria de inhabilitación absoluta. Asimismo le declaró culpable de un delito consumado de asesinato del art. 139.1 del CP , con la misma circunstancia agravante de parentesco, a la pena de 19 años de prisión, con la accesoria de inhabilitación absoluta.

Contra esta sentencia se interpone recurso de casación por la representación legal del acusado. Se formalizan tres motivos. Dos de ellos, al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim , por vulneración de derecho constitucional. El tercero, con cita del art. 849.1 de la LECrim , denuncia infracción de ley, error de derecho en el juicio de subsunción.

1 .1.- A juicio del recurrente, la sentencia impugnada habría vulnerado el derecho constitucional a valerse de los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24.2 CE), incurriendo en un manifiesto quebrantamiento de forma previsto en el art. 850.1 de la LECrim .

El acuerdo por parte del Tribunal de no suspender el juicio oral por la incomparecencia de Dña. Mariola , médico-forense que había examinado al acusado y emitido informe con fecha 17 de agosto de 2015, produjo indefensión al recurrente. La prueba había sido solicitada y admitida respecto de las dos forenses que suscribían ese dictamen -Dña. Mariola y Dña. María Antonieta -. Sin embargo, la baja médica de la primera de ellas, determinó su incomparecencia en el plenario. Su presencia -razona la defensa- era indispensable para que el órgano decisorio pudiera concluir con fundamento el alcance de la merma de las facultades intelectivas y volitivas, a raíz del ictus cerebral sufrido por Desiderio como consecuencia de su frustrado intento de autolisis. Además, habría permitido un pronunciamiento mucho más preciso acerca de la capacidad procesal del acusado, a los efectos previstos en el art. 383 de la LECrim .

El motivo es inviable.

1 . 2 .- Nuestro análisis ha de iniciarse por la última de las cuestiones suscitadas, esto es, la referida a la capacidad del procesado para hacer frente a un proceso con todas las garantías. Dispone el art. 383 de la LECrim que « si la demencia sobreviniera después de cometido el delito, concluso que sea el sumario se mandará archivar la causa por el Tribunal competente hasta que el procesado recobre la salud, disponiéndose además respecto de éste lo que el Código Penal prescribe para los ejecutan el hecho en estado de demencia».

Este precepto, ya en su redacción originaria, entronca con una exigencia elemental, a saber, la necesidad de que el marco procesal que delimita el ejercicio del ius puniendi por el Estado, defina un escenario que haga posible la vigencia del derecho de defensa. El acusado que carece de las facultades mentales precisas para tomar conciencia, por ejemplo, del alcance jurídico de sus respuestas al interrogatorio de la acusación o, con carácter general, del valor constitucional de los derechos a no confesarse culpable y a la presunción de inocencia, es un acusado inerme frente al poder sancionador del Estado. De ahí el mandato histórico de proceder al archivo de la

causa y adoptar las medidas de seguridad previstas para aquellos que ejecutan el hecho con una afectación de su imputabilidad.

Así lo hemos proclamado en distintos precedentes. Apuntábamos en la STS 1033/2010, 24 de noviembre , que «... acordar la celebración del juicio contra quien no es capaz de entender lo que en el ocurre, también resulta inconstitucional por lesionar el adecuado ejercicio del derecho de defensa (art. 24 de la CE) y el derecho a un proceso justo. La celebración de un juicio contra quien no entiende ni puede defenderse supone el quebranto de los derechos más elementales que conforman un juicio justo, sin obviar que la imposición de la medida de seguridad necesitará un previo pronunciamiento sobre el hecho y su antijuricidad. (...) El respeto de las garantías constitucionales aconseja la imposibilidad de celebrar un juicio sin garantizar el derecho de defensa y audiencia, que se enmarcan en los derechos más elementales de un proceso justo, tal y como se consagra en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 6) y en el Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos y la medida de seguridad que acarrea el sobreseimiento del proceso no puede ser impuestas sino es en una sentencia tras la celebración del juicio oral.

Se impone, por lo tanto, una interpretación del art. 383 de la Ley procesal que posibilite la armonización de los derechos fundamentales a que nos hemos referido. La STS 971/2004 de 23 de abril , declaró que la previsión del art. 383 de la Ley procesal "no resulta aplicable en la actualidad en ningún supuesto, ya que entraña una respuesta no acorde con las previsiones del Código Penal vigente, al suponer, en la práctica, una imposición de medida de seguridad ajena al pronunciamiento contenido en la correspondiente sentencia y por ende contraria a lo dispuesto en el articulado de su cuerpo legal, cuando en su artículo 3.1 , consagrando el alcance del principio de legalidad en esta materia, establece que no podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de Sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales". Y añade, "si bien ya desde la Constitución el tema era discutible, con la entrada en vigor del Código no puede caber duda alguna acerca de una rotunda afirmación: la imposibilidad de aplicación de medida de seguridad sin previo pronunciamiento judicial en Sentencia, de la comisión de un hecho previsto legalmente como delito, la acreditación de su autoría por el acusado y concurrencia en éste de una de las circunstancias modificativas que conducen al correspondiente sometimiento a tratamiento, así como la necesidad de la medida desde el punto de vista del pronóstico de peligrosidad del sujeto". Por otra parte, el principio de contradicción como fundamento del derecho de defensa y consustancial a la idea de proceso, como recuerdan las SSTC 92/96 , 143/2001 y 198/2003 , entre otras, "implica para el órgano jurisdiccional la obligación de evitar desequilibrios en cuanto a la respectiva posición de las partes o en cuanto a las posibles limitaciones del derecho de defensa, alegaciones y prueba. Y esa actividad protectora de jueces y tribunales ha de ser real y efectivamente constatable". En la mencionada sentencia, se recordaba el alcance constitucional del derecho a la última palabra, SSTS 65/2003 y 207/2002 , por lo que concluye con una interpretación del art. 383 de la ley procesal en los siguientes términos "procede acordar la suspensión provisional y archivo de la causa, bien entendido que el Tribunal deberá supervisar con la periodicidad necesaria el estado de salud del procesado y en caso de que pudiera restablecerse en condiciones para afrontar el juicio oral, esto es si desaparecen las causas que han motivado la anulación y suspensión del juicio oral, deberá éste ser celebrado....Caso contrario, si se acredita que la demencia o incapacidad mental del procesado es de carácter permanente e irreversible en sus efectos, sin posibilidad de episodios lúcidos, deberá cesar toda intervención penal sobre el mismo, dándose traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal para que inste en el orden jurisdiccional civil las medidas pertinentes en materia de incapacitación o internamiento del afectado... para evitar un nuevo comportamiento criminal y remediar esa inexistente capacidad de autodeterminación ».

Sin embargo, esta afirmación inicial no está exenta de matices directamente derivados de la exigencia del CP de 1995 de que las medidas de seguridad sean impuestas en sentencia. Así, por ejemplo, la STS 669/2006, 14 de junio , llamaba la atención acerca del sinsentido que representa el hecho de excluir del enjuiciamiento a una persona con evidentes síntomas de enajenación, pues se opta así por una rígida fórmula de archivo que, en último término, está descartando la posibilidad de absolución del enfermo mental. Decíamos entonces: «... no existe ninguna razón para privar de estas garantías a una persona simplemente porque no se puede defender por sí misma. Por el contrario: resulta totalmente infundado que la imposibilidad del acusado de autodefenderse determine sin más que las consecuencias jurídicas del delito previstas para tales casos se puedan aplicar sin juicio previo y sin las garantías que éste implica. De esta manera, en lugar de proteger al acusado que no se puede defender, se le priva de toda posibilidad de ser juzgado ante un Tribunal imparcial y, consecuentemente, no se lo trata como una persona sino como un objeto carente de los derechos procesales fundamentales para la protección de una libertad que también está garantizada por el art. 17 de la Constitución Española a los enfermos mentales. (...) La necesidad del juicio, por otra parte, proviene del hecho que el art. 383 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su expresión literal permite la aplicación de lo que dispone el Código Penal para los que ejecutan el hecho en estado de demencia. Es

claro que lo dispuesto por el Código Penal es una medida de seguridad y que éstas no se pueden aplicar sin constatar previamente la comisión de un hecho típico y antijurídico. En el orden jurídico de España la existencia de este hecho típico y antijurídico depende de que se lo haya establecido en una sentencia judicial que, como es obvio, sólo es válida como consecuencia de un juicio con todas las garantías, dado que no existe razón alguna que permita excluir que el enfermo mental sea absuelto. Privarle de esta posibilidad vulnera claramente su derecho a un juicio justo en el sentido del art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos ,, que establece claramente que todos tienen derecho a que su causa sea oída por un Tribunal independiente e imparcial. (...) En consecuencia, el art. 383 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , que autoriza a que el Juez de Instrucción aplique sin juicio previo las medidas de seguridad que el Código Penal prevé para los inimputables o incapaces de culpabilidad, debe ser entendido conforme a la Constitución. En este sentido el Juez de Instrucción sólo deberá adoptar una medida provisoria de seguridad, pero deberá remitir la causa a la Audiencia para que ésta juzgue de acuerdo a la ley al procesado que ha caído en estado de inimputabilidad ».

La necesidad de celebración del juicio, como presupuesto para la legitimidad de la medida de seguridad impuesta al procesado, fue también subrayada por la STS 971/2004, 23 de julio . Allí señalábamos que «... siempre habrá de considerarse como más respetuoso con los derechos del inimputable, la aplicación de la medida, que se hace imprescindible por razones obvias, tras la celebración de un juicio en el que el Tribunal pueda apreciar, con la intervención del Letrado defensor, las pruebas existentes sobre la comisión de los hechos, autoría, etc. y el dictado de una resolución que motive las conclusiones alcanzadas por el Juzgador, que omitir ese trámite esencial y pasar, directamente, a imponer una consecuencia tan aflictiva como el internamiento con pérdida de libertad, sin más constatación que la del que el sospechoso de haber cometido los hechos sufre una grave alteración psíquica. (...) Por consiguiente, hemos de concluir que, dentro de las carencias legislativas para ofrecer una solución normativa ajustada y expresa al grave problema que aquí se nos plantea y al carácter realmente paradójico de la cuestión, dado que el enjuiciamiento de una persona que, en realidad, carece de la necesaria capacidad procesal para ejercitar plenamente su derecho de defensa se enfrenta a la necesidad ineludible del juicio para permitir, en justicia, la aplicación de la medida de seguridad que se muestra ineludible, tanto desde el interés terapéutico del enfermo como desde el de protección de los miembros de la sociedad ante quien con su conducta delictiva ha demostrado ya el potencial de peligrosidad que representa, la decisión adoptada por el Tribunal "a quo" y que aquí es objeto de cuestionamiento por el recurrente, ha de considerarse acertada ».

1 . 3 .- El problema suscitado sugiere, pues, dos opciones interpretativas. La primera, el dictado por el Juez instructor de una resolución de archivo de la causa penal, con la consiguiente remisión de los antecedentes psiquiátricos del acusado al Ministerio Fiscal para el ejercicio de la acción civil de incapacitación, con la eventual adopción de una medida jurisdiccional tuitiva de ingreso en un centro psiquiátrico. La segunda, la conclusión del sumario conforme a la regla general y la celebración de un juicio oral que tendría como desenlace una sentencia en la que se impusiera, después de un debate contradictorio, la medida de seguridad de internamiento prevista por el CP.

Como hemos expuesto supra, ambas opciones cuentan con el aval de una jurisprudencia adaptada a las circunstancias que definían cada uno de los casos concretos que eran objeto de examen y enjuiciamiento.

En el supuesto que ahora centra nuestra atención, la decisión adoptada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Orense es perfectamente ajustada a derecho. La pretensión del recurrente de que, sin más, se procediera a la práctica de una diligencia de prueba que, de realizarse, obligaría al archivo de la causa, no está apoyada en datos objetivos que respalden esa petición.

1 .4.- La jurisprudencia constitucional ha reiterado que la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa exige, en primer lugar, que el recurrente haya instado a los órganos judiciales la práctica de una actividad probatoria, respetando las previsiones legales al respecto. En segundo lugar, que los órganos judiciales hayan rechazado su práctica sin motivación, con una motivación incongruente, arbitraria o irrazonable, de una manera tardía o que habiendo admitido la prueba, finalmente no hubiera podido practicarse por causas imputables al propio órgano judicial. En tercer lugar, que la actividad probatoria que no fue admitida o practicada hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito, generando indefensión al actor. Y, por último, que el recurrente en la demanda de amparo alegue y fundamente los anteriores extremos (cfr. por todas, SSTC 142/2012, 2 de julio FJ 6 y 14/2001, de 28 de febrero , FJ 2).

Desde esta perspectiva, si bien es cierto que la propuesta probatoria se formalizó en momento procesal hábil, ajustándose a las exigencias legales en esta materia, el rechazo sobrevenido de su inicial pertinencia estaba plenamente justificado. Y es que, como apunta el Fiscal en su escrito de impugnación, en el juicio oral la ausencia de la Dra. Mariola quedó suplida, por un lado, por los Dres. Juan María y Nicolasa y, por otro, por las Dras. María Antonieta , María Esther y Claudia , quienes, en definitiva, tras los distintos exámenes que, como se detallan en la

sentencia, realizaron al acusado, concluyeron que tenía capacidad procesal y que la afectación de su capacidad de comprensión y de memoria era leve. Por tanto, se dispuso en el juicio de suficiente prueba pericial para que el Tribunal pudiera dirimir con conocimiento sobre la capacidad procesal del acusado, sin que la ausencia de la Dra. Mariola hubiera ocasionado ningún perjuicio al recurrente.

La Sala ha examinado, al amparo del art. 899 de la LECrim , el informe suscrito por los peritos D. Juan María , médico forense del Instituto de Medicina Legal de Galicia y especialista en medicina legal y forense y Dña. Nicolasa , médico forense del Instituto de Medicina Legal de Galicia y especialista en psiquiatría. Ambos comparecieron en el plenario y ratificaron su dictamen de fecha 16 de febrero de 2016. En él puede leerse, bajo el epígrafe «Consideraciones Médico Forenses», que el cuadro clínico que presentaba Desiderio era compatible con el daño neurológico y físico secundario a un accidente cerebrovascular. Pero que ese daño no afectaba, o si lo hacía era de manera leve, a las funciones cognitivas implicadas en la capacidad procesal. Así pues, tras la entrevista pericial y revisión de los documentos unidos a la causa, los peritos concluyeron que las funciones cognitivas, tales como la comprensión verbal, atención, lenguaje y memoria se hallan conservadas o afectadas con una intensidad clínica leve. De ahí que, desde el punto de vista médico, el deterioro evidenciado no afecta a la capacidad procesal del acusado.

Más allá de la aptitud del acusado para conocer las vicisitudes del proceso en el que se ventilaba la acusación promovida contra él por el Ministerio Público, la reivindicada presencia de la perito Dña. Mariola tampoco resultaba indispensable para la evaluación de las facultades mentales del acusado a la fecha de los hechos. La imputabilidad de Desiderio , su capacidad para ser motivado por el mensaje imperativo de la norma penal, quedó suficientemente acreditada a la vista del segundo informe realizado por los doctores Juan María y Nicolasa , esta última especialista en psiquiatría, quienes explicaron en el juicio sus conclusiones acerca del grado de imputabilidad del acusado, tal y como consta en el fundamento noveno de la sentencia cuestionada, con remisión al dictamen fechado el 3 de junio de 2016 (cfr. Tomo IV, folios 1238 a 1243). En él se concluye -explican los Jueces de instancia- «... que en el momento de la comisión de los hechos investigados no se evidencian fenómenos psicopatológicos de entidad clínica suficiente para afectar a las capacidades cognitivas y/o volitivas de los hechos investigados. No existiendo suficientes elementos objetivos que permitan, entre otros, el diagnóstico retrospectivo de un trastorno afectivo mayor y/o psicótico que pudiera afectar a sus capacidades cognitivas y/o volitivas para el delito investigado ». Añadieron los facultativos, a preguntas de la defensa, «... que no hay antecedentes de los que se pueda concluir un trastorno mental transitorio, ni sus parientes ni el investigado informaron de sintomatología afectiva o depresiva de interés y el intento autolítico puede obedecer tanto a lo que se conoce como suicidio lúcido como el que se produce a una reacción a una situación de estrés, angustia o enfermedad mental grave».

Por cuanto antecede, el motivo ha de ser desestimado (art. 885.1 LECrim).

Segundo.

La cita de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim , da pie al recurrente para estimar vulnerado su derecho constitucional a la presunción de inocencia.

2 . 1 .- En relación con el primero de los hechos imputados -el intento de asesinato de Ascension el día 1 de abril de 2015-, sostiene la defensa que «... la investigación policial no siguió, ya desde un primer momento, ninguna línea de investigación relativa al robo con violencia. Sospecharon desde un primer momento de Desiderio y desecharon cualquier otra posibilidad, y es lo cierto que de la prueba indiciaria a la que se refiere la Sentencia y de la que se infiere la culpabilidad no resulta la certeza absoluta por la falta de elementos claramente incriminatorios, como sería el hallazgo del instrumento empleado en el ataque y de la ropa de Aniceto huellas de sangre de la víctima, de que este sea el autor de los hechos».

En la misma línea, el Letrado recurrente relativiza el valor probatorio del escrito que fue hallado en poder del acusado y cuya autoría se le atribuye: «el manuscrito intervenido por la Guardia Civil el día 8 de mayo de 2015 en una sudadera de Desiderio , en la habitación NUM004 del CHOU de Ourense, resulta un potente contraindicio de su autoría en los hechos del día 2 de abril. En el folio (sic) puede leerse: "te dieron un golpe muy grande", "y si tu no fueras me daban a mí también", de resultar cierto que ese manuscrito fue realizado por Desiderio tal como la Sentencia señala, en él el acusado no se reconoce autor de los hechos, y no parece muy razonable que una persona que tiene intención de acabar con la vida de su esposa, pretenda eludir su responsabilidad, imputando a terceras personas la agresión, resultando más razonable que todo lo que expone en esa carta es verdadero, tanto lo que le beneficia como lo que le perjudica, derivándose de su lectura que él no fue el autor del ataque ».

Respecto de la valoración probatoria proclamada por el Tribunal de instancia en relación con el segundo de los delitos, añade el recurrente que «... no puede declararse probado que Desiderio hubiese adquirido un cuchillo cuya descripción no consta y que no fue hallado en la habitación NUM004 del CHOU de Ourense. No realiza la sentencia ningún esfuerzo para establecer, aunque sea hipotéticamente, qué fue lo que sucedió con ese instrumento, porque si es cierto y así se declara probado que el personal sanitario encontró a Desiderio en la habitación desmayado a los pies de la cama de Ascension , habrá que preguntarse dónde está el cuchillo utilizado para darle muerte a la víctima. Todas las intervinientes, ATS, dijeron que solo había un cuchillo en la habitación, y si bien no se pudo determinar en Juicio quien lo había introducido en la bolsa de plástico negra, donde la Policía Científica lo encontró, lo que resulta indudable es que esa no es el arma homicida. La imprecisión de la sentencia de instancia sobre un hecho básico para que resulte eficaz la prueba indiciaria, determina que ese acervo probatorio no sea suficiente ni eficaz para enervar la presunción de inocencia constitucional ».

No tiene razón el recurrente.

2 .2.- La sentencia cuestionada construye el juicio de autoría a partir de los fundados indicios incriminatorios ofrecidos por las acusaciones. Y lo hace con arreglo al canon constitucional de valoración probatoria.

Las SSTC 146/2014, 22 de septiembre y 133/2014, FJ 8, precisan que el Tribunal Constitucional , en la STC 126/2011, de 18 de julio , recordando lo establecido en la STC 109/2009, de 11 de mayo , FJ 3, ya afirmaba, con cita de la STC 174/1985, de 17 de diciembre , que «...a falta de prueba directa de cargo también la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento condenatorio, sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre que se cumplan los siguientes requisitos: 1) el hecho o los hechos base (o indicios) han de estar plenamente probados; 2) los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos base completamente probados; 3) para que se pueda comprobar la razonabilidad de la inferencia es preciso, en primer lugar, que el órgano judicial exteriorice los hechos que están acreditados, o indicios, y sobre todo que explique el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia; 4) y, finalmente, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común o, en palabras de la STC 169/1989, de 16 de octubre (FJ 2), "en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a criterios colectivos vigentes (SSTC 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 4 ; 124/2001, de 4 de junio, FJ 12 ; 300/2005, de 21 de noviembre, FJ 3 ; 111/2008, de 22 de septiembre , FJ 3). El control de constitucionalidad de la racionalidad y solidez de la inferencia en que se sustenta la prueba indiciaria puede efectuarse tanto desde el canon de su lógica o cohesión (de modo que será irrazonable si los indicios acreditados descartan el hecho que se hace desprender de ellos o no llevan naturalmente a él), como desde su suficiencia o calidad concluyente (no siendo, pues, razonable la inferencia cuando sea excesivamente abierta, débil o imprecisa), si bien en este último caso el Tribunal Constitucional ha de ser especialmente prudente, puesto que son los órganos judiciales quienes, en virtud del principio de inmediación, tienen un conocimiento cabal, completo y obtenido con todas las garantías del acervo probatorio. Por ello se afirma que sólo se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia en este ámbito de enjuiciamiento '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, de 18 de diciembre , FJ 4)» (FJ 23) ».

2 . 3 .- Desde esta perspectiva, los elementos valorados por el Tribunal de instancia, impecablemente sistematizados por el Fiscal en su escrito de impugnación, serían los siguientes: a) el cuerpo de la mujer se encontraba tumbado en el sofá con la cabeza apoyada sobre el lado izquierdo, recibiendo los golpes mientras permanecía tumbada en la zona lateral derecha de la cabeza. Esta postura parecía incompatible con la de una persona que sorprende la entrada ilegal de otra en su domicilio, ya que lo lógico, en la versión del acusado, hubiera sido que se hubiera incorporado y seguidamente proferido los gritos que alertaron a su marido « ¡ Desiderio que nos roban!» ; b) resultaba anómalo que si el acusado se despertó cuando oyó gritar a su mujer y encontrándose la habitación en el mismo nivel y a escasa distancia de la cocina, unos 15 metros, (diligencias de inspección ocular y de reconstrucción de hechos), que no hubiera visto por lo menos al supuesto ladrón, quien desde el grito de alerta de la víctima tuvo tiempo para golpearla repetidas veces con un objeto contundente en la cabeza, abrir las puertas de varios armarios de la cocina, tirar varios bolsos al suelo así como una cartera con varias tarjetas de crédito, sin lograr sustraer nada, y lograr huir; c) la inspección ocular reveló que, dada la altura del seto y del portón de entrada a la finca, desde la calle solamente se veía el tejado de la vivienda, tratándose de una vivienda de una sola planta baja. La puerta principal de acceso se encuentra inutilizada por estar tapiada por dentro con un armario empotrado, y pese a ser la puerta que se ve nada más entrar a la vivienda no tenía señales de forzamiento. El acceso a la vivienda se hacía por la parte de atrás, donde hay una galería que tenía una de sus ventanas abierta con un hueco por el que era imposible que pudiera pasar una persona, encontrándose en la parte interior de esta galería y al lado de esta ventana abierta varios tiestos rotos y cojines tirados al suelo. En la puerta de acceso de esta galería a la

cocina estaba roto el cristal por la parte más alejada de la cerradura, siendo el hueco de esta rotura, como pudo apreciar el Tribunal por las fotografías de la inspección ocular, de tamaño insuficiente para introducir un brazo y coger las llaves que estaban en el bombín de la cerradura y que después aparecieron en el jardín de la finca. Además, el Tribunal apreció que aun en el caso de que se hubiera podido introducir un brazo por la rotura del cristal, tenían que haber aparecido manchas de sangre como consecuencia lógica de los cortes que se hubieran producido en dicho miembro corporal y, por el contrario, aparecieron huellas de sangre en el otro extremo de esta puerta; d) aclaró, asimismo, la agente de la Guardia Civil NUM005 , responsable de la inspección ocular, que no se hallaron huellas dactilares en las zonas de acceso y entrada a la vivienda y que no se tomaron huellas en el pomo de la puerta con el cristal roto, porque los pomos se cogen con la palma de la mano; e) también reveló la inspección ocular que la cama en la que supuestamente dormía el acusado tenía la colcha o manta abierta en triángulo casi perfecto y las sábanas y almohada sin las arrugas propias de quien ha estado durmiendo en ella durante un tiempo.

Este cuerpo indiciario es suficiente para neutralizar el discurso exoneratorio del acusado, quien pretendió hacer creer al Tribunal a quo que los hechos sólo eran explicables a partir de un intento de robo que se habría ejecutado por personas desconocidas en su domicilio, mientras él dormía en su habitación. Unos golpes propinados en la cabeza de la víctima y los gritos de ésta habrían sido los que sacaron a Desiderio del estado de somnolencia en el que se encontraba. Sin embargo, el razonamiento de los Jueces de instancia -impecable en lo que tiene de valoración de la prueba indiciaria- descarta la tesis de la defensa. El propósito homicida del acusado ha quedado suficientemente acreditado a la vista de las pruebas practicadas en el plenario. Su incontrovertible realidad tuvo como punto culminante las graves heridas causadas a Ascension , ya en el hospital, y que acabaron con su vida. La autoría de los hechos, por tanto, está acreditada más allá de toda duda razonable. La idea de que los ladrones a los que Desiderio atribuye el primer ataque, desarrollado en su propio domicilio, acudieron luego al hospital para acabar con la vida de la persona a la que habían dejado malherida, no se sostiene a la luz de las pruebas practicadas.

El Tribunal a quo aborda también el valor de la prueba de descargo invocada por la defensa del acusado, referida a la ausencia de huellas genéticas de la víctima en el cuchillo que fue intervenido manchado de sangre en la habitación del hospital donde se desarrollaron los hechos que derivaron en la muerte de Ascension . La sentencia de instancia no da por probado que ese cuchillo fuera el utilizado para apuñalar a la víctima en la cavidad abdominal. Los restos genéticos hallados en esa pieza de convicción sólo se correspondían con el acusado, que había realizado un intento de autolisis. Pero ese dato, referido al no hallazgo del instrumento punzante con el que se causaron las heridas mortales a la víctima, no es obstáculo para proclamar el juicio de autoría. El testimonio de la enfermera Brigida , que a las 4,30 horas pasó por la habitación ocupada por Ascension y sólo vio al acusado y a otra persona ingresada en la cama próxima a la ocupada por víctima y que, siendo ya las 6,30 horas. volvió al mismo lugar y se encontró con Ascension y Desiderio en un charco de sangre, resultó determinante. Tan decisivo como el hecho de que en el bolsillo de la chaqueta del acusado se hallara un papel manuscrito por él, dado que el ADN obtenido coincide con el del acusado, en el que si bien dice " Ascension te dieron un golpe muy grande... ", siguiendo la línea de su inicial versión sobre el presunto delito de robo intentado cometer en su domicilio, señala seguidamente reconociendo su autoría " ... tú estás muy grave cariño y yo no te puedo ver así espero que nos incineren a los dos juntitos para siempre... ".

En definitiva, el análisis de la prueba indiciaria llevado a cabo por los Jueces de instancia despeja cualquier duda acerca de la autoría de Desiderio . En la reciente STC 146/2014, 22 de septiembre , se recuerda que han de rechazarse las conclusiones obtenidas a partir de un análisis fraccionado y desagregado de los diversos hechos base y de la fuerza de convicción que proporciona su análisis conjunto y relacional. Con reiteración ha advertido este Tribunal (por todas STC 126/2011, de 18 de julio , FJ 22) que, cuando se aduce la vulneración del derecho a la presunción de inocencia « nuestro análisis debe realizarse respecto del conjunto de estos elementos sin que quepa la posibilidad de fragmentar o disgregar esta apreciación probatoria, ni de considerar cada una de las afirmaciones de hecho acreditadas de modo aislado, pues como ya hemos afirmado en no pocas ocasiones no puede realizarse una operación de análisis aislado de los hechos acreditados por el Tribunal sentenciador, ni de desagregación de los distintos elementos de prueba, ni de disgregación de la línea argumental llevada a cabo por el Tribunal Supremo [léase por el órgano judicial]. Es doctrina del Tribunal absolutamente asentada que el derecho fundamental a la presunción de inocencia no puede ser invocado con éxito para cubrir cada episodio, vicisitud, hecho o elemento debatido en el proceso penal, o parcialmente integrante de la resolución final que le ponga término. Los límites de nuestro control no permiten desmenuzar o dilucidar cada elemento probatorio, sino que debe realizarse un examen general y contextualizado de la valoración probatoria para puntualizar en cada caso si ese derecho fue o no respetado, concretamente en la decisión judicial condenatoria, pero tomando en cuenta el conjunto de la actividad probatoria (SSTC 105/1983, de 23 de noviembre, FJ 10 ; 4/1986, de 20 de enero, FJ 3 ; 44/1989, de 20

de febrero, FJ 2 ; 41/1998, de 31 de marzo, FJ 4 ; y 124/2001, de 4 de junio , FJ 14; y ATC 247/1993, de 15 de julio , FJ 1) .»

Por cuanto antecede, el motivo ha de ser desestimado (art. 885.1 LECrim).

Tercero.

El tercero de los motivos, al amparo del núm.1 del art. 849 de la LECrim , denuncia la indebida aplicación de lo que llama la defensa « la excusa absolutoria prevista en el art. 16.2 del Código Penal ».

Razona el recurrente que Ascension habría fallecido el día 2 de abril «... si Desiderio no sale de su vivienda pidiendo auxilio a sus vecinos. Esa acción permitió que estos se cerciorasen de que seguía viva y que se tomase la decisión de llamar a los servicios sanitarios desde el teléfono móvil que Desiderio les proporcionó Que la acción de llamar a los vecinos fue voluntaria, es evidente. La aplicación de la excusa absolutoria es quasi objetiva, no importan los motivos que tenga el autor del hecho para informar a otros, sino el hecho en sí de que ha acaecido el suceso, lo que propicia la asistencia al herido».

El motivo ha de decaer.

Resulta obligada una precisión inicial. La Sala no aborda el sugerente tema acerca de si los dos hechos por los que se ha formulado condena -tentativa de asesinato y asesinato consumado- eran susceptibles de una subsunción única. La posibilidad de que estemos ante un fenómeno de progresión delictiva, presidida por el unitario propósito de acabar con la vida de Ascension , no aparece como una reivindicación defensiva. Tampoco ha sido acogida por el Tribunal, que ha visto dos hechos delictivos con sustantividad propia y necesitados de una tipicidad excluyente. La singularidad que es propia del recurso de casación, derivada de su naturaleza extraordinaria, impide a la Sala abordar aspectos que no han sido suscitados ni por el Fiscal ni por las demás partes.

Centrados en la queja acerca de la inaplicación del art. 16.2 del CP , referido al desistimiento en la tentativa, ya se justifique la impunidad del hecho por su significado como mecanismo anulatorio del dolo, como expresión de la insignificancia de la culpabilidad o como factor negativo excluyente del tipo, o la antijuridicidad, su existencia es inseparable de razones de política criminal ligadas a la teoría de los fines de la pena.

Lo cierto es que en el relato de hechos probados no existe el más mínimo apoyo para la aplicación del desistimiento en la tentativa: «.. creyendo el acusado que había acabado con la vida de su esposa, habiendo un gran charco de sangre en el suelo, salpicaduras de sangre en la pared y techo así como vómitos en el suelo, se dispuso a preparar la casa con la finalidad de aparentar que habían sido víctimas de un robo por personas desconocidas. Así abrió una de las cinco ventanas correderas de aluminio de la galería, dejando un pequeño hueco por el que no coge una persona, rompió la puerta de cristal translúcido y de aluminio blanco por la cual se accedía desde el interior de la galería a la cocina, quedando el hueco de tal modo que resultaba imposible meter la mano para coger las llaves que estaban en el bombillo interior de la puerta, tiro al suelo los tiestos que estaban junto a la ventana que había abierto, tiró cojines al suelo, abrió armarios de la cocina, tiro bolsos de Dña. Ascension al suelo y una cartera de mano con varias tarjetas bancarias. Asimismo arrojó en el jardín un manojo de siete llaves. (...) Después se dirigió al cuarto de baño a lavarse las manos y se puso una bata de flores de Dña. Ascension , manchada de sangre y sobre las 00:30 horas fue a casa de sus vecinos Dña. Celia y D. Cecilio pidiendo auxilio y gritando "Me mataron a Ascension ". Cecilio entró un momento en la casa de sus vecinos y en el breve trayecto se cruzó con su esposa y con el acusado. Dña. Celia y el acusado entraron en la cocina y Dña. Celia se acercó a su prima cogiéndole la mano, presionándosela Dña. Ascension , pidiéndole entonces Dña. Celia al acusado un teléfono para llamar a la ambulancia, dándoselo el acusado. El acusado fue a casa de sus vecinos creyendo que Ascension estaba muerta y tratando de dar credibilidad al plan que había urdido para simular un robo»

En él puede leerse todo lo contrario a una actitud de abandono del propósito delictivo inicialmente asumido. Desiderio quiere matar a Ascension . La golpea, simula un robo, avisa a sus vecinos y cuando uno de ellos comprueba que la víctima todavía vive, le pide que efectúe una llamada a urgencias.

La defensa invoca en apoyo de su tesis la doctrina proclamada por la STS 22 de febrero de 2011 . Se trata de la STS 11/2011 . En ella, es cierto, la Sala rebajó sensiblemente la pena impuesta al acusado de un delito de homicidio en tentativa y le condenó por un delito de lesiones con deformidad. Sin embargo, la invocación de ese precedente se hace prescindiendo del relato fáctico que sirvió de base para la aplicación del desistimiento en la tentativa. Allí se lee lo siguiente: «... después de ocurrir los hechos, el acusado abandonó la vivienda, dejando en ella a la víctima con la puerta cerrada. Sobre las 04:90 horas procedió a realizar una llamada al teléfono de emergencias 112 comunicando la agresión y pidiendo asistencia.- La Sra. Ascension no reclama por dichos hechos, habiendo otorgado el perdón al acusado, apartándose del procedimiento ".

Basta, pues, un juicio comparativo entre el relato de hechos probados que integra la sentencia que ahora es objeto de recurso y el que fue proclamado en la STS 11/2011, 22 de febrero , para apreciar las diferencias que justifican un tratamiento jurídico no coincidente entonces y ahora.

Por cuanto antecede, el motivo ha de ser rechazado por no respetar el juicio histórico y por su falta de fundamento (arts. 884.3 y 4 y 885.1 de la LECrim).

Cuarto.

La desestimación del recurso conlleva la condena en costas, en los términos establecidos en el art. 901 de la LECrim .

FALLO

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

Declarar no haber lugar al recurso de casación, interpuesto por la representación legal del procesado D. Desiderio , contra la sentencia de fecha 6 de julio de 2017, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Orense , en la causa seguida por el delito de asesinato.

Imponer las costas causadas al recurrente.

Comunicar esta resolución a la Audiencia mencionada a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gomez Francisco Monterde Ferrer Luciano Varela Castro

Antonio del Moral Garcia Pablo Llarena Conde

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