

Referencia: NCJ058126

## TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 757/2013, de 9 de octubre de 2013 Sala de lo Penal

Rec. n.º 10476/2013

### SUMARIO:

**Tentativa de homicidio. Atropellamiento deliberado. Costas de la acusación particular. Atenuante de confesión.** *Atropello voluntario de varios viandantes que caminan juntos- refrenda sin vacilar la presencia de dolo eventual existiendo compatibilidad de dolo eventual y la tentativa. Las costas de la acusación particular, han de entenderse correctamente pedidas cuando se solicita la condena en costas genéricamente aunque no se exprese la tradicional fórmula «incluidas las causadas por la acusación particular». Es inherente a la misma solicitud global. Cuando se absuelva de alguno de los delitos objeto de acusación ha de disminuirse proporcionalmente la condena en costas. Que la confesión no haya de estar alentada por un sentimiento de arrepentimiento como sostiene la jurisprudencia hace años interpretando la configuración de la atenuante en el CP de 1995, no cancela la necesidad de cierta «voluntariedad» o «espontaneidad» que no se aprecia en quien realiza una comparecencia en policía puramente «estratégica», motivada por la resignación ante lo que se percibe como inevitable (nadie hubiese pensado que iba a poder eludir la identificación a la vista de los antecedentes, y además una identificación bien rápida) y guiado por el deseo de sentar la versión de los hechos más favorable a sus intereses. Está cerrado el paso a la atenuación invocada pues falta su presupuesto material: la confesión y consiguiente asunción de la propia responsabilidad sin tratar de difuminarla o esconderla en todo lo que se aparta de lo evidente y resultaría increíble negar.*

### PRECEPTOS:

[Ley Orgánica 10/1995 \(CP\), arts. 8, 21.4, 123, 124, 147 y 148.1.](#)

### PONENTE:

*Don Antonio del Moral García.*

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a nueve de Octubre de dos mil trece.

En el recurso de casación por infracción de Ley y precepto constitucional que ante Nos pende, interpuesto por Jose Augusto , contra Sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Valencia, que condenó al recurrente como autor responsable de un delito de homicidio intentado y de un delito de lesiones cometido con instrumento peligroso, los Excmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para deliberación, votación y Fallo bajo la Presidencia del primero y Ponencia del Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia. Estando dicho recurrente representado por la Procuradora Sra. Sánchez Fernández. Siendo parte recurrida Nazario , Jose Miguel e Andrés , representados por la Procuradora Sra. Girón Arjonilla. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

## I. ANTECEDENTES

### Primero.

El Juzgado de Instrucción núm. Uno de Sueca de los de Valencia instruyó Sumario con el nº 1/2011, contra Jose Augusto , y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Valencia (Sec. Tercera)

que, con fecha veintiséis de marzo de dos mil trece, dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

<< Primero. Se declara probado que, alrededor de las tres de la madrugada del día 9 de julio de 2011, cuando Jose Augusto , mayor de edad y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, se encontraba en una zona de ocio en la playa de Cullera junto con su pareja Virtudes , se produjo una situación de enfrentamiento de aquél con Nazario , Jose Miguel , Andrés y Jaime , posiblemente debido a que alguno de éstos pronunció alguna expresión grosera referida a la novia de aquél, o quizá le hizo algún leve tocamiento, o además de hacerlo, lo que exasperó enormemente a Jose Augusto , de manera que entre todos ellos se inició una discusión, e incluso Virtudes llegó a dar un bofetón a Nazario , llegándose a encarar Jose Augusto personalmente con Nazario . Como sea que el resto de los que allí estaban se pusieron en medio de ambos con el propósito de enfriar la situación de tensión que se había producido, cada grupo se fue por un sitio, si bien Jose Augusto persistía en el mencionado estado de excitación agresiva.

Segundo.

Poco después, y con ocasión de haberse dirigido todos ellos por separado a la calle Enrique Torres, en Cullera, donde también habían diversos bares y lugares de ocio, y con ocasión de haberse vuelto a encontrar las personas más arriba mencionadas, Jose Augusto volvió a increpar airadamente a los cuatro jóvenes ya citados lo que había sucedido con su novia. Una patrulla de la Policía Local intervino entonces para calmar los ánimos, tomó las reseñas de los mencionados jóvenes y les indicó que, a la vista de que los ánimos estaban bastante excitados, lo mas prudente era que se fuesen de allí y evitasen cualquier enfrentamiento con Jose Augusto y el grupo de amigos que le acompañaba, para así evitar males mayores. Mientras esto sucedía Jose Augusto , que continuaba muy excitado y que merodeaba por los alrededores acompañado de varios amigos suyos, en un número que podría situarse entre diez y veinte personas, dijo en voz alta que iba a coger su coche y que les iba a atropellar, que no iban a salir vivos de Cullera y que les iba a matar, añadiendo que a una mujer no se le pega y que juraba que lo iban a pagar, utilizando algún insulto como el de hijo de puta. Todo lo cual fue oído por al menos cinco de los policías locales que ya se habían congregado en el lugar para impedir que se produjese una pelea multitudinaria. Dichos policías decidieron cachear a Jose Augusto , ocupando en su poder una defensa extensible que portaba entre sus ropas.

Tercero.

Siguiendo los consejos policiales, Nazario , Jose Miguel , Andrés y Jaime decidieron abandonar el lugar para dirigirse al hotel en que residían, dado que todos ellos vivían habitualmente en Madrid, y se fueron a través de calles secundarias para evitar encontrarse con Jose Augusto y sus amigos. Pero esto no impidió que al poco rato aquéllos fuesen localizados por éstos, quienes lanzaron diversos insultos y piedras contra aquéllos, llegando a darle en la espalda una piedra a Nazario . Esto determinó que aquéllos acelerasen el paso, sin llegar a correr, para así tratar de llegar cuanto antes a su hotel y dar por terminado el incidente. Por su parte, Jose Augusto cogió el vehículo Seat Ibiza con matrícula ....-KVV , propiedad de su madre, Fermina , y cuando circulaba a la altura de la plaza Mongrel en el cruce con la avenida Blasco Ibáñez, de Cullera, observó a Nazario , Jose Miguel , Andrés y Jaime , que cruzaban por el paso de peatones sito en ese cruce, y entonces, con la finalidad de cumplir las amenazas anteriormente proferidas, y asumiendo el posible resultado mortal que pudiera producirse, aceleró el vehículo dirigiéndose contra ellos, y atropelló a Nazario , a quien arrolló de pleno, volteándolo y subiéndolo al capó, rompiendo el cristal delantero como consecuencia del impacto y arrastrándolo así durante unos cuarenta metros, hasta que finalmente cayó al suelo.

Al tiempo de ese atropello, Jose Miguel , que andaba casi al lado de Nazario , aunque quizá algún paso por detrás, detuvo su marcha en seco para tratar de evitar ser atropellado, aunque esto no impidió que las ruedas del coche pasaran por encima de sus pies y que su brazo izquierdo recibiese el impacto del coche, causándole las lesiones que luego se dirán. Por su parte, Andrés , que marchaba el primero, logró dar un salto, evitando así ser atropellado, y Jaime , que iba el último, tampoco llegó a ser atropellado.

Cuarto.

Como consecuencia de lo anterior, Nazario sufrió policontusiones consistentes en herida contusa en región occipital que precisó cura local, excoriaciones en miembros superior derecho que precisaron cura local, dolor en musculatura paravertebral por contractura y contusión (edema y dolor) en rodilla izquierda curación fue necesario reposo y tratamiento de rehabilitación durante 110 días impeditivos, quedándole como secuelas una gonalgia izquierda leve (gonalgia postraumática inespecífica) y lumbalgia leve con antecedentes previos de escoliosis crónica (algia postraumática leve sin compromiso radicular), sin que sea

posible establecer un nexo de causalidad entre la hernia muscular y el traumatismo por no apreciarse contusión en la zona, pudiendo ser el origen de la hernia espontáneo sin trauma previo.

Por su parte, Jose Miguel también sufrió policontusiones consistentes en herida contusa en tercio distal de pierna, tobillo antepié izquierdo, y heridas contusas y abrasiones en antebrazo izquierdo, para cuya curación necesitó limpieza y cura, así como 38 días impeditivos, quedándole como secuelas cicatrices en cara interna del antebrazo izquierdo en un área de 15x3 cms, donde se diferencian tres zonas de cicatrices: zona proximal cicatriz en semicírculo de 2x2 cms., zona media cicatriz en semicírculo de 2x2 cms. y zona distal 10 cicatrices que van desde 1x1 cms. a 2,5X2 cms. Todas las cicatrices presentan aspecto de mácula hipopigmentada, no observándose cicatrices a nivel del miembro inferior.

Consecuente con esta última petición, la indemnización que se concederá será la de 2.280 euros por las lesiones temporales, más 2.817,44 euros por las secuelas, lo que hace un total de 5.097,44 euros.

Noveno.

Los criminalmente responsables de un delito o falta son asimismo responsables de las costas procesales causadas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 123 del Código Penal , entre las que se deben incluir las ocasionadas por la acusación particular.

Vistos, además de los citados, los artículos 24 , 25 y 120.3 de la Constitución , los artículos 1 , 5 , 10 , 12 , 13 , 15 , 27 a 31 , 32 a 34 , 54 a 57 , 58 , 59 , 61 a 72 , 109 a 122 del Código penal , y los artículos 142 , 239 a 241 , 741 y 742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , y el artículo 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial >>.

### **Segundo.**

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

<<FALLO.- En atención a todo lo expuesto, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Valencia

Primero.

Condenar a Jose Augusto como autor responsable de un delito de homicidio intentado y de un delito de lesiones cometido con instrumento peligroso, con la concurrencia de la atenuante de reparación parcial del daño causado, a las siguientes penas:

A) Por el delito de homicidio intentado, a la pena de cinco años de prisión y a la pena accesoria de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de duración de la condena.

B) Por el delito de lesiones con instrumento peligroso, a la pena de dos años de prisión y a la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de duración de la condena.

Segundo.

Además, Jose Augusto indemnizará a Nazario en la cantidad de 9.417,44 euros y a Jose Miguel en la cantidad de 5.097,44 euros, más los intereses legalmente establecidos en ambos casos.

Tercero.

Condenar a Jose Augusto al pago de las costas causadas, incluidas las de la acusación particular.

Contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación ante el Tribunal Supremo de conformidad con lo prevenido en el artículo 847 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , en el plazo prevenido en el artículo 856 de dicha Ley >>.

### **Tercero.**

Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley y vulneración de precepto constitucional, por Jose Augusto , que se tuvo por anunciado; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso, alegando los motivos siguientes:

Motivos aducidos en nombre de Jose Augusto .

Motivo primero .- Al amparo del art. 849.1 LECrim por indebida aplicación del art. 138 CP e inaplicación de los arts 147 y 148 CP . Motivo segundo .- Al amparo del art. 849.1 LECrim por aplicación indebida de los arts 123 y 124 CP . Motivo tercero. - Al amparo del art. 849.1 LECrim por inaplicación del art.

21.4 CP . Motivo cuarto .- Al amparo del art. 5.4 LOPJ , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE .

#### **Cuarto.**

El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso interpuesto por el recurrente, interesando la impugnación de todos los motivos del recurso y subsidiariamente la desestimación del mismo; la Sala admitió el recurso, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

#### **Quinto.**

Realizado el señalamiento para Fallo se celebró la deliberación y votación prevenidas el día tres de octubre de dos mil trece.

## **II. FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **Primero.**

Por el cauce del art. 849.1º LECrim pretende el recurrente la conversión del delito de homicidio en grado de tentativa por el que ha sido condenado en un delito de lesiones consumadas con uso de instrumento peligroso ( art. 148.1º CP ) derivado del empleo de un vehículo de motor para la agresión. El meritorio y extenso argumentario, en último término presenta como razón de mayor fuste para sustentar su petición el paralelismo con las otras lesiones causadas por idéntico procedimiento y a través de la misma acción: atropellamiento deliberado. Éstas han sido incardinadas por los jueces a quibus en los arts. 147 y 148.1 CP .

Los hechos probados refieren un incidente, un conato de riña abortado por la policía, unas amenazas de muerte dirigidas por el acusado, y su casi inmediata reacción subiendo al vehículo buscando a los cuatro "contrincantes" contra quienes dirigió el coche al encontrarlos, arrollando a Nazario y golpeando a Jose Miguel que caminaba a su lado. En relación a Nazario los hechos son catalogados como homicidio en grado de tentativa. En cuanto a los resultados lesivos ocasionados a Jose Miguel , la Sala se inclina por un delito consumado de lesiones, no sin plantearse la posibilidad de un segundo homicidio intentado como pretendían las acusaciones. El factor decisorio último reposa en un reducto de duda que le lleva a acogerse a la versión más favorable.

El recurrente hace un extenso recorrido por la jurisprudencia de esta Sala singularizando en especial algún pronunciamiento más bien lejano que, descontextualizado, podría abonar su tesis. Trata de minimizar los factores que apuntan a la intención homicida: las amenazas proferidas en los instantes inmediatamente anteriores serían imprecisas y no deliberativas, es decir vertidas en momentos de alteración y acaloramiento y no fruto de un propósito reflexivo, real y serio; la no reiteración del atropello, cuando podía haberlo hecho embistiendo de nuevo dando marcha atrás, sería otro elemento en pro de la ausencia de ese propósito de causar la muerte. La dificultad de escindir esa doble intencionalidad -homicida y lesiva- en una misma acción según el sujeto afectado es otro extremo del que el recurrente quiere obtener rendimiento.

Quizás en ese último punto pudiera tener cierta razón, pero en sentido inverso al pretendido. No es fácil, aunque la Sala lo ha hecho y su razonamiento no es incorrecto, negar, al menos, un dolo eventual o de consecuencias necesarias de naturaleza homicida, respecto de la acción padecida por Jose Miguel . Esa línea de argumentación por la senda de la comparación de ambas tipificaciones, si se extrema, al final acaba invitando a plantearse si no era más idónea la sanción como doble homicidio intentado (lo que no es dable ahora analizar: es algo al margen del recurso).

Por los antecedentes de la acción y su misma forma de ejecución deviene inviable excluir al dolo homicida, si no directo, sí indudablemente eventual, en relación a Nazario : ¿es que si hubiese fallecido, lo que era bien probable analizada ex ante la acción, sería posible ni siquiera insinuar que estábamos ante un homicidio imprudente? Si eso es rechazable, es innegable que estamos ante un dolo de homicidio al menos eventual. Si se prefiere podemos hablar de dolo alternativo (causar lesiones o matar). Pero es patente que no estaba excluido el resultado de muerte que, no lo olvidemos, había sido exteriorizado verbalmente minutos antes. No estamos ante un dolo reflexivo. No se niega el estado de excitación y de ira provocado por el episodio inmediatamente anterior. Pero dolo y decisión "irreflexiva" alentada por el acaloramiento de un fuerte enfrentamiento, son realidades compatibles como desgraciadamente enseña la práctica con demasiada frecuencia. Ese dolo tendrá menor intensidad o gravedad que la premeditación o el dolo persistente o deliberado. Pero es dolo.

El tema suscitado en el motivo es tópico en la jurisprudencia. El criterio rector para discriminar los delitos consumados de lesiones de un homicidio intentado es la intención del agente. Aquí estaba presente

esa intención homicida, aunque fuese "no exclusiva ni excluyente".

Es conocida la relación de circunstancias externas que según la jurisprudencia ha de barajarse para valorar qué ánimo movía al agresor (por todas, STS 1353/1999, de 24 de septiembre), si el puramente lesivo o el de poner fin a la vida del agredido. La sentencia de esta Sala de 29 de marzo de 1999, con afán recopilador, contiene una enumeración de distintos elementos que pueden influir en esa decisión. Aquí la mecánica agresiva, las amenazas anteriores claras trasluciendo que iba a matarles y además que lo iba a hacer atropellándoles, la acción de buscarles ya pilotando el coche y acelerar contra ellos (es irrevelante la velocidad concreta alcanzada), sin capacidad de dosificar o medir o controlar las consecuencias de la embestida, el arrastramiento de la víctima principal encima del capó durante un buen número de metros, la ausencia de huellas de frenada..., confluyen para convertir en indiscutible la conclusión bien razonada de la Audiencia Provincial que, además, ha hecho un esfuerzo no revisable ahora, por matizar esa deducción respecto de la otra persona golpeada para abrir paso a unas dudas sobre el dolo eventual homicida que seguramente no hubiesen asomado, si las lesiones de Nazario no hubiese alcanzado esa entidad por haber logrado esquivar el atropello. Posiblemente en ese caso curiosamente nos enfrentaríamos a una condena por un doble (o cuádruple -¡!-) homicidio en grado de tentativa. Pero estas son especulaciones que aquí no tienen mayor valor que el de refrendar que no puede negarse ese dolo eventual homicida sostenido por el tribunal a quo.

Aunque pudiera llegar a admitirse un dolo alternativo (matar o lesionar); o que el dolo fuese meramente eventual (no había intención directa de matar pero no se excluía ese resultado que con probabilidad podría derivarse de esa agresión y frente al que se mostraba indiferencia); o se insistiera en que no estamos ante un dolo reflexivo, sino de ímpetu (surgido de forma súbita en el contexto de fuerte excitación en el que se vio inmerso el procesado), en todo caso es innegable la concurrencia de ese ánimo que desplaza el delito de lesiones en favor del homicidio.

## **Segundo.**

Como recordaba la STS 645/2012, de 9 de julio la discusión sobre el dolo eventual en casos concretos es habitual entremezclar con facilidad cuestiones dogmáticas con otras probatorias. Un clásico y citado penalista del siglo pasado se refería a esa temática como uno de los "problemas más difíciles y a la vez de los prácticamente más importantes de todo el Derecho de castigar". En nuestro derecho penal dolo directo y dolo eventual aparecen equiparados: no existe una especie intermedia de título de imputación entre el dolo y la culpa (como se pretende introducir, por ejemplo, en el ordenamiento brasileño o existe ya en países como Austria o Suiza). Pese a la dificultad de trazar la frontera entre el dolo eventual y la culpa consciente, el derecho positivo no proporciona orientaciones precisas para establecer líneas claras de separación, más allá del eco que de esa cuestión han querido ver algunos en fórmulas legales utilizadas en relación a temas muy específicos no susceptibles de generalización (el temerario desprecio a la verdad de los delitos de calumnia, v.gr.).

En el presente supuesto sin embargo el tema aparece con meridiana claridad; diáfano, quizás porque hay elementos que hacen pensar en un dolo no ya eventual, sino incluso directo. Cualquiera que sea la teoría que manejemos -consentimiento, probabilidad, sentimiento...- se llega con naturalidad a la indubitada afirmación del dolo eventual en la conducta del recurrente.

La STS 365/2013 de 20 de marzo, en un supuesto parificable al presente -atropello voluntario de varios viandantes que caminan juntos- refrenda sin vacilar la presencia de dolo eventual que en aquél caso se predicaba también respecto de todas las personas objeto de embestida con el vehículo, incluso los que no llegaron a ser alcanzados plenamente o lo son, como "de rebote": "Quizás podría considerarse cuestionable el dolo directo de primer grado que la sentencia se esfuerza en afirmar respecto de todos y cada uno de los resultados también los no alcanzados. Igualmente podría discreparse de la rotunda conclusión de la sentencia excluyendo tajantemente el ánimo de lesionar. Pero adentrarse en ese debate es superfluo porque de lo que no cabe duda es que, al menos, estaríamos ante un caso de dolo alternativo (propósito confluyente de matar y/o lesionar) y directo de segundo grado o consecuencias necesarias respecto de alguno de los posibles resultados mortales (no respecto de los resultados lesivos efectivamente ocasionados). Prueba clara de ello es que situados en la hipótesis probable de que hubiese fallecido alguno de los arrollados, no podría dudarse de que estábamos ante un homicidio doloso. Sería impensable encajar el episodio descrito con un hipotético y perfectamente imaginable resultado letal en un homicidio por imprudencia. Pues bien, la no producción de ese resultado probable y naturalmente anudable a la acción, no excluye la intención homicida. Podemos hablar de un dolo alternativo (intención que abarca tanto el resultado letal como los posibles resultados lesivos: arrollar con el vehículo para causar los mayores daños posibles); podemos hablar de un dolo directo de segundo grado (dolo indirecto según otra terminología o dolo de consecuencias necesarias según la nomenclatura más habitual en la jurisprudencia) en relación especialmente al lesionado totalmente ajeno al incidente previo; pero no podemos excluir esa intencionalidad que lleva de la mano a la tipicidad aplicada ( STS 338/2011 de 16 de abril ).

Más adelante tal resolución sale al paso de un argumento similar al ahora blandido en esta casación:

" La ausencia de reiteración del atropello (nada fácil pues implicaba unas dificultosas maniobras y retardaba la huida) no deshabilita esa conclusión. Las lesiones efectivamente ocasionadas -muy graves en uno de los agredidos- son compatibles tanto con la probabilidad en un juicio ex ante del resultado letal como con la asunción de ese posible resultado por el recurrente".

La compatibilidad de dolo eventual y tentativa, finalmente, está sentada pacíficamente en la jurisprudencia. En el fondo los argumentos del recurrente conducen a negar esa compatibilidad: si el resultado no se materializa no habría tentativa al basarse en un dolo eventual. La tentativa exigiría una intención específica y directa. Aunque el recurrente con alguna sentencia antigua hace protesta expresa de admitir la tesis jurisprudencial (que dogmáticamente no es indiscutida), de hecho sus argumentos solo podrían prosperar partiendo de la doctrina contraria, rechazada en la jurisprudencia.

El motivo no puede triunfar.

### **Tercero.**

Se queja el recurrente por la inclusión en la condena en costas de las causadas por la acusación particular. Se dice que no se reclamaron expresamente y que tal pronunciamiento vulnera los arts. 123 y 124 CP .

En paralelo y en otro orden de cosas sostiene que esa condena tampoco podía extenderse a la totalidad de las costas al concurrir pronunciamientos absolutorios con otros condenatorios.

El motivo será parcialmente estimado: solo en la segunda de las vertientes expuestas.

Sinteticemos los datos procesales relevantes para resolver la cuestión:

a) Han estado personados como acusación particular Nazario , Jose Miguel e Andrés (así como Jaime quien sin embargo no figura como recurrente) bajo dirección letrada y representación procesal únicas.

b) En su escrito de conclusiones solicitaban la condena del procesado por dos delitos de homicidio en grado de tentativa, por un delito de amenazas y tres faltas de vejación injusta.

c) Reclamaban asimismo la condena al pago de las costas procesales genéricamente.

d) Como responsabilidad civil se pedían 2280 euros para Jose Miguel y 6.600 euros para Nazario , más lo correspondiente por secuelas que habría de fijarse en fase de ejecución.

e) El Ministerio Fiscal solicitaba una condena por dos delitos de homicidio en grado de tentativa y reclamaba como indemnización para Nazario 8000 euros y para Jose Miguel 3.500 euros.

f) La sentencia aunque no absuelve formalmente -como debiera haber efectuado, omisión en todo caso disculpable, subsanable e intrascendente- excluye tanto la condena por el delito de amenazas como por las faltas de vejación injusta, no ya por considerarlas improbadas, sino por entender que están embebidas en las condenas dictadas ( art. 8 CP ), pese a que las amenazas por las que se acusaba venían referidas a uno de los acusadores que no fue objeto de agresión efectiva.

g) En cuanto a las responsabilidades civiles las cuantifica el Tribunal ya en sentencia con montos por encima de los reclamados por la Acusación Pública, lo que solo ha podido hacer, según se razona de forma exquisita en el quinto de los fundamentos de derecho, por concurrir la petición de una acusación distinta. En otro caso el principio de rogación hubiese impedido ir más lejos de las cifras consideradas por el Fiscal. Es más, de hecho, en virtud de ese principio de rogación (prohibición de pronunciamientos ultra petita ) la Audiencia se ve constreñida a reducir, aunque sea de manera mínima, las cantidades que hubiese considerado más ajustadas por las lesiones según sus cuidadosos cálculos.

Pues bien, con estos antecedentes tenemos:

a) Que la acusación particular en contra de lo que afirma el recurrente sí que solicitó la condena en costas. Que no hiciese una mención específica a las ocasionadas por la acusación particular no tiene ninguna trascendencia: ni se la dio la Audiencia, ni había que dársela. La petición de una condena en costas en boca de una acusación particular no puede significar otra cosa: que solicita que se impongan todas las costas y entre ellas las causadas por esa acusación. Es absurdo pensar que quedaban excluidas las propias; como lo es imaginar que si el acusado no se opuso a ello fue por no deducirlo de la fórmula genérica del escrito de conclusiones; y como lo sería exigir para articular esa petición una fórmula ritual ("incluidas las causadas por esta acusación particular") como si fuesen unas palabras sacramentales sin las cuales no podría considerar hecha una petición que, con naturalidad, si no se retuercen las cosas, está implícita naturalmente en la petición global e inespecífica de la condena en costas. Aunque efectivamente hay precedentes jurisprudenciales que invoca con erudición el recurrente (además de las SSTS 1784/2000, de 20 de enero ; 1845/2000 de 5 de diciembre ; 560/2002, de 28 de marzo ; 1571/2003 de 25 de noviembre ; 1455/2004 de 13 de diciembre y 449/2009 de 6 de mayo , que podrían abonar la tesis del recurrente, puede citarse la más cercana en el tiempo STS 774/2012, de 25 de octubre ), no puede refrendarse esa doctrina. La petición de condena en costas formulada por una acusación implica pedir la inclusión de las propias. Es inherente a la misma solicitud global. Y en todo caso, otro entendimiento llevaría a entender

vulnerado el principio de rogación, pero no los arts. 123 y 124 CP que nada dicen sobre eso. Aquél principio (rogación) solo tiene alcance casacional cuando su quebrantamiento comporta infracción constitucional por menoscabo del derecho de defensa lo que no puede predicarse con seriedad de este asunto y por la vía del art. 849.1º solo cabe el debate sobre normas sustantivas. No es razonable imaginar que si el recurrente no protestó, fue por "ignorar" que no se reclamaba ese pago. Eso sería más bien una "ignorancia" o "silencio" estratégicos. Por eso no faltan precedentes, no menos abundantes, que apuntan en la dirección aquí sostenida: se aprecia petición suficiente cuando la acusación solicita una condena genérica en las costas ( SSTS 560/2002, de 27 de marzo y 1351/2002, de 19 de julio ó 1247/2009, de 11 de diciembre ). Si la regla general es la inclusión, la petición genérica implicará acogerse a esa premisa general ( SSTS 37/2010, de 22 de enero ; 57/2010, de 10 de febrero ; 348/2004, de 18 de marzo ó 753/2002, de 26 de abril ó 348/2004 de 18 de marzo ).

b) Que, además, manejando criterios de fondo, era procedente la inclusión de esas costas. No ha existido una actuación perturbadora del procedimiento o en patente asimetría con las pretensiones que se acogieron. No se exige un razonamiento específico para incluir esas costas. Lo que habrá de motivarse es justamente la exclusión; o, en su caso, el rechazo de la alegación de contrario de que sean excluidas, alegación que no efectuó el recurrente ( SSTS 873/2002, de 17 de mayo ó 48/1994, de 16 de febrero ).

c) Es más, no solo se trata de que la posición de la acusación no haya sido extravagante o perturbadora (no es que las amenazas o vejaciones se nieguen, sino que se dan como probadas en la sentencia aunque razones jurídicas lleven a la absolución; y si uno de los homicidios se convierte en lesiones lo es no sin que la Audiencia manifieste las poderosas razones que avala esa pretensión aunque finalmente la repele); sino que ha sido decisiva: las víctimas hubiesen obtenido indemnizaciones inferiores si no se hubiesen personado para ejercitar junto a la acción penal, la civil dimanante de delito.

d) Cosa diferente es que se haya absuelto de un delito y tres faltas que se fundaban en hechos diferenciados que se consideran embebidos en el principal. Sin entrar en las razones de la absolución, al decidir sobre costas basta constatar ese dato para que sea obligado menguar esas costas. Uno de los delitos ha sido excluido. Item más, se trata del único delito del que era víctima una de las unidades en consorcio litigante bajo una misma dirección letrada.

De este desarrollo se infiere que de la condena en costas ha de excluirse un tercio de las causadas que se declararán de oficio.

#### **Cuarto.**

En el tercero de los motivos se invoca el arts 849.1º LECrim para reclamar la atenuante de confesión del art. 21.4 CP basada en que el recurrente se presentó el 9 de julio en dependencias policiales para poner de manifiesto su intervención en los hechos.

Que la confesión no haya de estar alentada por un sentimiento de arrepentimiento como sostiene la jurisprudencia hace años interpretando la configuración de la atenuante en el CP de 1995, no cancela la necesidad de cierta "voluntariedad" o "espontaneidad" que no se aprecia en quien realiza una comparecencia en policía puramente "estratégica", motivada por la resignación ante lo que se percibe como inevitable (nadie hubiese pensado que iba a poder eludir la identificación a la vista de los antecedentes, y además una identificación bien rápida) y guiado por el deseo de sentar la versión de los hechos más favorable a sus intereses, una versión falseada si se contrasta con la declaración de hechos probados y que, además, se sigue manteniendo en casación donde se articula un motivo por presunción de inocencia.

La atenuante exige como elemento nuclear la confesión, es decir la asunción y reconocimiento de la propia responsabilidad que el recurrente sigue discutiendo en casación.

Más allá de que en los hechos probados no se recojan los elementos fácticos que fundarían la atenuación, teniendo en cuenta lo que se desprende de las actuaciones (son datos intraprocesales que pueden constatarse por la Sala: art. 899 LECrim ) está cerrado el paso a la atenuación invocada pues falta su presupuesto material: la confesión y consiguiente asunción de la propia responsabilidad sin tratar de difuminarla o esconderla en todo lo que se aparta de lo evidente y resultaría increíble negar.

El razonamiento de la Sala de instancia es definitivo y ha de asumirse: "Pero no debe perderse de vista que el acusado presentó, y sigue manteniendo, una versión de lo sucedido que en nada se parece a lo que realmente ocurrió. Sus declaraciones han buscado siempre su exculpación, aduciendo que fueron las víctimas y sus acompañantes quienes se dirigieron hacia el vehículo del acusado con la intención de agredirle, cuando este se hallaba detenido, y que para evitar esa presumible agresión puso en marcha el vehículo y salió del lugar, sin poder evitar los atropellos que se produjeron. Esta versión, claramente parcial e interesada, no se corresponde con la realidad objetiva delo acontecido ni con las versiones de los tres testigos que, ajenos a cualquiera de los intervinientes en estos sucesos, vieron con total y absoluta claridad lo que realmente sucedió, y que ha quedado expuesto en larelación de hechos probados. Además, el acusado se había significado con completa claridad en contra de las víctimas durante la anterior madrugada, a las que había amenazado delante de al menos cinco policías locales, y su coche había

quedado patentemente dañado, ya que su cristal delantero estaba visiblemente fracturado, con lo que sabía que sería localizado y detenido en breve, todo lo cual hace aún más difícil la aplicabilidad de la circunstancia atenuante que pretende".

Procede la desestimación.

#### **Quinto.**

El último de los motivos busca abrigo en los arts 852 LECrim y 5.4 LOPJ para denunciar lo que el recurrente considera una vulneración de su derecho a la presunción de inocencia. Lo que se hace es reproducir el debate sobre el dolo eventual en lo que tiene de vertiente fáctica. No es incorrecto en cuanto que la presunción de inocencia también extiende su eficacia a la faceta subjetiva del delito. Ese aspecto tradicionalmente se reconducía a lo que se denominaban "juicios de valor", doctrina a través de la cual se ensanchaba el estricto ámbito del art. 849.1º LECrim. Hoy, abiertas las puertas de la casación a ese debate a través de la presunción de inocencia, posiblemente habrá que replantear si el cauce correcto no es precisamente éste (art. 852 LECrim) y no el error iuris. Sea como sea, y aunque se considere más idónea esta vía para discutir sobre la presencia del dolo eventual (es decir, si la prueba indiciaria es concluyente en tal sentido) lo real es que el debate se ha cerrado ya al rebatir el primero de los motivos. De hecho al argumentar allí se han tenido a la vista los argumentos vertidos en este último motivo. Del conjunto de elementos externos acreditados la Sala ha deducido de forma racional y congruente la presencia de una intención de matar al menos eventual. No hay afectación de la presunción de inocencia.

El motivo ha de fenecer también.

#### **Sexto.**

Habiéndose estimado parcialmente el recurso procede declarar de oficio las costas causadas (art. 901 LECrim).

### **III. FALLO**

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por Jose Augusto, contra Sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Valencia, que condenó al recurrente como autor responsable de un delito de homicidio intentado y de un delito de lesiones cometido con instrumento peligroso, por estimación parcial del motivo segundo de su recurso, y en su virtud casamos y anulamos la Sentencia dictada por dicha Audiencia con declaración de las costas de oficio.

Comuníquese la presente resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador a los efectos procesales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Candido Conde-Pumpido Tourn Perfecto Andres Ibañez Francisco Monterde Ferrer Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Antonio del Moral Garcia

#### **SEGUNDA SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a nueve de Octubre de dos mil trece.

En la causa que en su día fue tramitada por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Sueca, fallada posteriormente por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Valencia, y que fue seguida por delitos de homicidio intentado y de un delito de lesiones cometido con instrumento peligroso, contra Jose Augusto, teniéndose aquí por reproducidos todos los datos que aparecen en el encabezamiento de la Sentencia recurrida y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen y bajo la Presidencia del primero y la Ponencia del Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia, se hace constar lo siguiente:

### **I. ANTECEDENTES**

#### **Único.**



Se dan por reproducidos los Antecedentes de Hecho y Hechos Probados de la sentencia de instancia.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

### Único.

- Habiéndose excluido uno de los delitos por los que se acusaba (amenazas) además de unas faltas incidentales, la condena en costas deberá comprender exclusivamente dos tercios de las causadas.

## III. FALLO

Se ratifican todos los pronunciamientos de la Sentencia de Instancia excepto el particular relativo a la condena en costas que deberá limitarse a las dos terceras partes de las causadas (con inclusión de las ocasionadas por la Acusación Particular), declarándose de oficio el tercio restante.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos . Candido Conde-Pumpido Touron Perfecto Andres Ibañez Francisco Monterde Ferrer Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Antonio del Moral Garcia

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