

# Tribunal Supremo

(Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia num. 728/2015 de 17 noviembre

[RJ2015\6245](#)



**ASESINATO:** ALEVOSIA: INEXISTENCIA: previamente el acusado amenazó a la víctima con dispararle, viendo ella cómo extraía algún objeto de su bolsillo: homicidio con abuso de superioridad por uso de arma de fuego. **HOMICIDIO:** EXISTENCIA: dispara la pistola hasta vaciar el cargador del arma, alcanzando en zonas vitales como pulmón y abdomen. **ANOMALIA O ALTERACION PSIQUICA:** INAPRECIABLE: trastorno delirante paranoico celotípico: mera atenuante.

ECLI: ECLI:ES:TS:2015:5423

Jurisdicción: Penal

Recurso de Casación 10467/2015

Ponente: Excmo Sr. Carlos Granados Pérez

El TS declara haber lugar en parte al recurso de casación interpuesto por la acusación particular contra la Sentencia dictada por la Sección 27ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en causa seguida por delitos de tentativa de homicidio, maltrato en el ámbito de la violencia de género, amenazas, quebrantamiento de medida cautelar, tenencia ilícita de armas y falsedad, en el sentido de apreciar la agravante de abuso de superioridad en el primer delito.

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Noviembre de dos mil quince.

En los recursos de casación por infracción de preceptos constitucionales, quebrantamiento de forma e infracción de ley que ante Nos penden, interpuestos por el acusado **Hernan Celso** y por la acusación particular en nombre de **Estefania Sagrario**, contra [sentencia](#) dictada por la Sección 27 de la Audiencia Provincial de Madrid en causa seguida por delitos de tentativa de homicidio, maltrato en el ámbito de la violencia de género, amenazas, quebrantamiento de medida cautelar y tenencia ilícita de armas, 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 y Ponencia del Excmo. Sr. D. Carlos Granados Perez, siendo también parte el Ministerio Fiscal, y estando el acusado recurrente representado por el Procurador Sr. Trujillo Castellano y la acusación particular recurrente representada por el Procurador Sr. García Barrenechea.

### I. ANTECEDENTES

1

El Juzgado de Violencia sobre la Mujer número 6 de Madrid instruyó sumario con el número 2/2013 y una vez concluso fue elevado a la Sección 27 de la Audiencia Provincial de Madrid que, con fecha [31 de marzo de 2015](#), dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS:** " El procesado Hernan Celso, mayor de edad con documento nacional de identidad nº NUM000, con antecedentes penales cancelables, mantuvo una relación sentimental durante 16 años con Estefania Sagrario, con convivencia desde el año 2000, fruto de la cual, tienen un hijo en común, Gines Leonardo, menor de edad nacido el NUM001 /2007.

*Si bien al principio la relación de pareja transcurrió con normalidad, en el año 2010, cuando el hijo común comenzó a acudir a la guardería, y Estefania Sagrario redujo su horario laboral, el comportamiento del procesado, Hernan Celso, fue volviéndose más y más agresivo, con unos celos infundados, en la idea de que su pareja le era infiel, manteniendo hacia Estefania Sagrario, una*

*actitud dominante, controlando sus movimientos, llamándole insistentemente a su centro de trabajo, para saber dónde, y con quien estaba, profiriéndole insultos como "zorra, reputa, puta", llegando a propinarle empujones y tirones de pelo.*

*Tal era la insistencia del procesado, en la infidelidad que atribuía a su ex-pareja que en dos ocasiones la sometió al test del polígrafo, con la pretendida finalidad de que le demostrara que no le era infiel, llevando en otra ocasión, su ropa interior a un laboratorio de análisis de ADN, con objeto de comprobar si aparecía el semen de otro hombre, haciéndose además para controlar sus llamadas y mensajes con una tarjeta duplicada del teléfono de aquella, de modo que existía una línea clónica en dos terminales, una en poder de Estefanía Sagrario , y otra de Hernan Celso , recibiendo ambos las llamadas y mensajes de a la vez.*

*Debido al estado de ansiedad, y al clima de control y sometimiento, que el procesado había creado, en torno a Estefanía Sagrario , esta última decidió en el mes de abril de 2012, marcharse a vivir a casa de su madre, en la CALLE000 , de Madrid, en donde permaneció hasta el mes de junio de 2012. Fecha en la que regresó de nuevo al domicilio conyugal, sito en la CALLE001 de esta misma localidad.*

*En dicho espacio de tiempo, el procesado continuó profiriendo a Estefanía Sagrario , insultos, como los anteriores, insistiendo en su reproches, persistiendo en las supuestas infidelidades de aquella, continuando controlando su vida, con llamadas insistentes, repitiéndose "que iba a llamar a su puesto de trabajo, para contar a su jefe, y a sus compañeros, que era una puta y una zorra".*

*Con fecha 31/05/2012, cuando Estefanía Sagrario se encontraba en casa de su madre, llamó el procesado, Hernan Celso , para que bajara a hablar con él, en las inmediaciones de la vivienda, en donde mantuvieron una discusión, a lo largo de la cual, este último, le propinó un puñetazo en el ojo.*

*Con fecha 16/10/2012, cuando Estefanía Sagrario se encontraba en su puesto de trabajo(Club Internacional del Libro), se presentó Hernan Celso , y comenzó a gritar "que os enteréis todos, que mi mujer es un puta y una zorra, que se está follando a todos". Ese mismo día Estefanía Sagrario , regresó al vivir a casa de su madre, con el hijo menor Gines Leonardo .*

*No obstante, desde esta fecha, el procesado continuó en su actitud controladora respecto a Estefanía Sagrario , acudiendo a casa de su madre, diciéndole en una ocasión, "que se iba a llevar al niño al extranjero, y que no le iba a volver a ver mas".*

*No ha quedado acreditado, que el procesado, además le dijera a Estefanía Sagrario , que la iba a dejar sin trabajo y sin dinero.*

*El día 06/12/2012, cuando Estefanía Sagrario bajó a entregarle las pertenencias del niño, al procesado, este último, mostrándole un martillo le dijo, "¿ves esto?, pues estate tranquila, mientras no estás con ninguno; el día que te pille con alguno, ya sabes lo que te puede pasar".*

*El día 08/12/2012, cuando Estefanía Sagrario , se encontraba en casa de su madre, se volvió a personar el procesado en las inmediaciones de la vivienda, debido a que había estado llamándola toda la tarde por teléfono, y ella no lo cogía, profiriéndole insultos desde la calle.*

*No ha quedado debidamente acreditado, que además el procesado, lanzara una piedra desde la calle que impactó en la ventana del domicilio.*

*Con fecha 11/12/2012, Estefanía Sagrario denunció los hechos anteriores, incoándose las diligencias 753/2012, dictándose con fecha de 27/12/2012, por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 6 de Madrid, auto que acordó prohibir a Hernan Celso , acercarse a una distancia no inferior a 500 metros de Estefanía Sagrario , de su domicilio, lugar de trabajo o cualquier lugar que ésta frecuentase y de comunicarse con ella por cualquier medio hasta que recayere resolución firme en el procedimiento. Igualmente se acordaron, entre otras medidas civiles, la patria potestad compartida, la atribución a la madre de la guarda y custodia del hijo menor y el uso y disfrute de la vivienda familiar al hijo menor ya la progenitora materna. Así mismo se establecía un régimen de visitas a favor del padre consistente en fines de semana alternas desde las 10 horas del sábado a las 20 horas del domingo, con entregas y recogidas del menor a través de la tercera persona que designare*

de común acuerdo, o en su defecto a través de un punto de encuentro familiar.

*Medidas civiles que se acordó tendrían una vigencia temporal de 30 días, recogiendo en dicha resolución, "que si dentro de dicho plazo fuese incoado a instancia de la víctima o de su representante legal o del imputado un proceso de familia, ante la jurisdicción civil las medidas adoptadas permanecerían en vigor, los 30 días siguientes a la presentación de la demanda. Término en el que las medidas deberían ser ratificadas, modificadas o dejadas sin efecto por el juez de primera instancia".*

*Dicha resolución le fue notificada a Hernan Celso , el día 04/01/2013 requiriéndosele expresamente para su cumplimiento, con los apercibimientos legales oportunos.*

*No obstante lo anterior, desde dicha fecha, y durante la tramitación del procedimiento referido, conociendo el contenido de aquellas prohibiciones de comunicación y acercamiento y su vigencia, Hernan Celso , con manifiesto desprecio de la resolución judicial, repetidamente llamaba a Estefania Sagrario por teléfono, se acercaba al portar de su domicilio y llamaba al telefonillo.*

*Así el día 14 de febrero de 2013, conociendo el contenido de aquellas prohibiciones y su vigencia, Hernan Celso telefoneó a Estefania Sagrario y le dijo "voy a matarte, que esto va a ser lo de Puerto Urraco".*

*No ha quedado acreditado que en dicha ocasión, Hernan Celso dijera además Estefania Sagrario , que iba a comprar una pistola.*

*El 15 de febrero de 2013, el procesado Hernan Celso , conociendo igualmente la vigencia de la prohibición de acercamiento y comunicación impuesta, sobre las 11 de la noche fue a la casa donde vivía Estefania Sagrario en la C/ CALLE000 a recoger a su hijo, consiguiendo entrar en la vivienda con la excusa de que "llevaba una cosa para el niño".*

*El procesado, que carecía de cualquier guía o licencia para armas en España, se procuró alrededor de las fechas señaladas, una pistola semiautomática, marca FN, modelo 1922, troquelada en la parte inferior, con número de serie NUM002 , que había sido borrado en la parte derecha del armazón.*

*Arma que se encontraba en perfecto estado de funcionamiento, apta para el disparo de cartuchos metálicos de percusión central del 7,65X17 mm Browning, cuyo sistema de carga es de tipo plano, mediante cargador de petaca y con capacidad para alojar hasta siete cartuchos. Siendo dicha pistola un arma reglamentada y clasificada según el artículo 3 del Reglamento de Armas [RD 137/93, de 29 de enero](#) , en la 1º categoría. Estableciendo el artículo 88 y 96 del citado Reglamento la obligación de poseer la correspondiente Guía de Pertenencia y licencia de armas para su tenencia.*

*El día 16 de febrero de 2013, el procesado, Hernan Celso , que tenía al hijo menor Gines Leonardo en su compañía, dejó al niño en casa de la abuela paterna en la CALLE002 de Madrid y sobre las 13.30 del mismo día, a pesar del conocimiento de la existencia y vigencia de las prohibiciones de comunicación acercamiento, efectuó una llamada telefónica a Estefania Sagrario , pidiéndole que fuera al domicilio de la c/ CALLE001 nº NUM003 NUM004 NUM005 a recoger al hijo de ambos de 6 años. Estefania Sagrario le indicó que iba hacia allí pero le pidió que lo bajara al portal.*

*Sobre las 14 horas, Estefania Sagrario se encontraba esperando en la CALLE001 y Hernan Celso llegó en su furgoneta Citroen Berlingo, pero aquella al ver que no traía con él a su hijo Gines Leonardo le indicó a su ex-pareja que se iba.*

*Hernan Celso le pidió, que se quedara a hablar pero Estefania Sagrario se negó, y se fue andando por la C/ Cocherón; el procesado, la adelantó velozmente conduciendo la furgoneta, una de cuyas rueda reventó en ese momento. A continuación, Hernan Celso se bajó del coche y se fue tras ella, insistiendo en hablar, diciéndole a Estefania Sagrario , que "le dejara en paz que no tenía nada que hablar con él". Momento en el que Hernan Celso , le dijo "que no podía más, que tenía que dispararle", echándose la mano a la chaqueta, dándose Estefania Sagrario la vuelta, de espaldas a Hernan Celso , procediendo este último, con la pistola que acaba de extraer de su bolsillo a dispararla repetidamente, hasta vaciar el cargador mientras Estefania Sagrario , continuaba*

caminando de espaldas a Hernan Celso .

Estefania Sagrario fue alcanzada por varios de los disparos efectuados, sin que pueda precisarse con exactitud el número y orden de los mismos, así como su localización debido al carácter traumático del hecho, produciéndose los disparos al menos:

*Un orificio de entrada en región dorsal, para-escapular derecha, con salida en mama derecha.*

*Un orificio de entrada en la región intercostal lateral derecha, en el 4º espacio intercostal, intercostal, sobre la línea medio axilar, con orificio de salida, en región dorsal a nivel lumbar (11), provocándole el trayecto del proyectil laceración en pulmón derecho, segmentos VI y VII del hígado, así como en el riñón derecho.*

*Orificio de entrada en región dorsal por encima de la pala ilíaca derecha entrando el proyectil en cavidad abdominal, lesionando el mesenterio e intestino delgado y grueso quedando el proyectil alojado en hipogastrio.*

*Orificio de entrada en región dorsal, cercano a la línea media, por encima de la región sacroilíaca, penetrando en región abdominal y chocando con la pala ilíaca izquierda produciendo su rotura, para posteriormente alojarse a nivel subcutáneo en fosa ilíaca izquierda.*

*Orificio de entrada situado por encima de la pala ilíaca, con trayecto descendiente y salida en cara anterior de muslo derecho, en su trayecto proximal.*

Para sobrevivir a la agresión, en un estado grave y crítico -estaba taquipneica y cianótica- Estefania Sagrario requirió la intervención de los servicios sanitarios de inmediatez, cuya función fundamental fue la estabilización hemodinámica y las funciones vitales. Recibió medidas de soporte vital avanzado que incluyeron fluidos intravenosos e intubación orotraqueal tras sedorrelajación, así como control de heridas y hemorragias, siendo trasladada al Hospital. Las heridas causadas por los disparos afectaban a órganos "vitales y, sin la rápida intervención sanitaria hubiesen producido la muerte de Estefania Sagrario .

*Las lesiones padecidas requirieron para su sanidad tratamiento médico y quirúrgico.*

Estefania Sagrario invirtió en la curación de tales heridas 229 días improductivos (18 de hospitalización y 211 de tratamiento ambulatorio), quedándole como secuelas, diversas cicatrices en región dorso-lumbar, región costal lateral derecha, cadera y muslo derecho, mama derecha, produciéndole un perjuicio estético leve.

*A continuación, Hernan Celso subió la furgoneta y salió conduciendo en dirección Avenida de la Albufera a gran velocidad con la rueda pinchada, frenando bruscamente al rebasar al autobús, tras lo cual se cruzó delante y frenó bruscamente contra la acera, se bajó de la misma y se dirigió a pie, apresuradamente hacia una zona ajardinada junto al aparcamiento "Miguel Hernández", en donde se deshizo de la pistola y el cargador enterrándolos, para dirigirse de nuevo al vehículo e iniciar a gran velocidad la marcha.*

*Así mismo arrojó en la huida la tarjeta de su teléfono móvil nº NUM006 , con el fin de impedir su localización.*

*Tras ello, el acusado se dirigió a casa de su madre a recoger al hijo menor Gines Leonardo huyendo en la furgoneta con él a Benalmádena, en donde fue detenido el siguiente día 18 de febrero, sobre las 21,30 horas, cuando se encontraba con el menor y con Laureano Urbano , en la Calle Le Corbusier de dicha localidad, mientras aparcaba la furgoneta Citroen Berlingo, a la que había sustituido, también para impedir su localización, las placas matrícula auténticas delantera y trasera de dicho vehículo número ....RRR , que mantenía en el interior del coche, colocando en su lugar las placas pertenecientes a la furgoneta marca Opel matrícula ....YYY , cuyo titular, Braulio Javier había denunciado el 17 de febrero anterior su sustracción, en fecha no determinada, por persona desconocida, cuando tal vehículo estaba estacionado en la C/ Orio de Madrid.*

*El menor Gines Leonardo , tras la detención de su padre, fue trasladado a una casa de acogida*

dependiente de la Junta de Andalucía, en donde permaneció hasta que pudo ser recogido por familiares maternos el siguiente día 19 de marzo.

A consecuencia de los hechos perpetrados por Hernan Celso contra su persona, Estefania Sagrario presenta lesiones o sintomatología compatible en un trastorno de estrés postraumático y con un trastorno depresivo mayor de intensidad leve. Encontrándose su adaptación personal o psicología, social y laboral, limitada o disminuida. como consecuencia de los hechos y de la relación de pareja con el acusado.

Dichas lesiones requieren para su superación total o parcialmente de un tratamiento psicológico adecuado de duración no inferior a seis meses.

El procesado padecía al tiempo de los hechos un trastorno de ideas delirante, de tipo celotípico, que afectaba levemente a sus facultades volitivas".

2

La sentencia de instancia dictó el siguiente [pronunciamiento](#) : "**FALLAMOS**: Que debemos condenar y CONDENAMOS al procesado, Hernan Celso , como autor penalmente responsable de un delito de homicidio en grado de tentativa, del artículo 138, en relación con los arts. 16 y [62 del Código Penal](#) , con la circunstancia analógica de enajenación mental, del artículo 21.1, en relación con la eximente incompleta del [art. 20.1](#) del Código Penal , y la agravante de parentesco, a la pena de nueve años de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena así como prohibición de aproximarse a menos de 500 metros a Estefania Sagrario , en cualquier lugar donde se encuentra a su domicilio, a su lugar de trabajo o cualquier otro que ésta frecuente y prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio durante un período de 18 años.

Como autor responsable de un delito de maltrato en el ámbito de la violencia de género del [artículo 153.1](#) del Código Penal con la atenuante analógica referida, a la pena de seis meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, privación del derecho a la tenencia y porte de armas por término de un año y un día, así como prohibición de aproximarse a menos de 500 metros de Estefania Sagrario , en cualquier lugar donde se encuentre, a su domicilio, lugar de trabajo, y prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio durante un período de un año, seis meses y un día.

Como autor responsable de un delito de amenazas leves en el ámbito familiar del [artículo 171.4](#) del Código Penal , con la atenuante analógica referida, a la pena de 6 meses de prisión, privación del derecho al sufragio pasivo durante el tiempo de condena, privación del derecho a la tenencia y porte de armas por término de un año y un día; así como prohibición de aproximarse a menos de 500 metros a Estefania Sagrario , en cualquier lugar donde se encuentre, a su domicilio o lugar de trabajo o cualquier otro que ésta frecuente y prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio durante un período de un año, seis meses y un día.

Como autor responsable de un delito continuado de quebrantamiento de medida cautelar, con la atenuante analógica de enajenación mental referida, a la pena de 9 meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial, para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena.

Como autor responsable de un delito de amenazas graves (hechos del día 06/12/2012), del [artículo 169.2](#) del Código Penal , con la agravante de parentesco, y la atenuante analógica de enajenación mental referida, a la pena de un año de prisión la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena; así como prohibición de aproximarse a menos de 500 metros a Estefania Sagrario , en cualquier lugar donde se encuentre a su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro que ésta frecuente y prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio por cuatro años.

Como autor responsable de otro delito de amenazas graves del [artículo 169.2](#) del Código Penal (hechos del día 14/2/2013), con la agravante de parentesco y la atenuante analógica de enajenación mental referida, a la pena de un año de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el

*derecho de sufragio pasivo, durante el tiempo de condena; así como prohibición de aproximarse a menos de 500 metros a Estefanía Sagrario , en cualquier lugar donde se encuentre a su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro que ésta frecuente y prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio por 4 años.*

*Como autor responsable de un delito de tenencia ilícita de armas, del art. 564.1.1 ° y 2.1º. del Código Penal , con la atenuante analógica de enajenación mental, referida a la pena de dos años de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena; así como comiso del arma intervenida.*

*Como autor responsable de un delito de maltrato habitual del artículo 173.2 párrafo 1 del Código Penal , con la circunstancia atenuante analógica y enajenación mental referida, a la pena de seis meses de prisión, privación del derecho a la tenencia y porte de armas por término de dos años y prohibición de aproximarse a menos de 500 metros de Estefanía Sagrario , en cualquier lugar donde éste se encuentre, a su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro que ésta frecuente, y prohibición de comunicarse con ella, pro cualquier medio durante un periodo de un año, seis meses y un día.*

*Como autor responsable de un delito de falsedad en documento oficial del [art. 392.1](#) del Código Penal con la atenuante analógica de enajenación mental a la pena de 6 meses de prisión, y multa de 6 meses a razón de 6 euros de cuota diaria, con responsabilidad personal subsidiaria del [artículo 53](#) del Código Penal con privación de libertad en caso del impago.*

*CONDENAMOS en concepto de responsabilidad civil al procesado, a que indemnice a Estefanía Sagrario , en la cantidad de 23.8000 # por las lesiones sufridas; 9135,62 # por las secuelas físicas y 50.000 # por daños morales. Cantidades que devengarán el interés legal con arreglo a lo dispuesto en el artículo 576 de la [ley de Enjuiciamiento Civil](#) .*

*ABSOLVEMOS al procesado del delito de sustracción del hijo menor, del [art. 225 bis](#) del [Código Penal](#) , del delito de maltrato en el ámbito familiar del [artículo 153.1](#) del Código Penal (subsidiariamente delito de amenazas leves en dicho ámbito del [artículo 171.4](#) del Código Penal ) aludido por la acusación particular en el punto 3 de su escrito de conclusiones provisionales elevado a definitivo; así como del delito de amenazas leves que refiere en el punto sexto de dicho escrito.*

*CONDENAMOS al procesado al pago de las nueve doceavas partes de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular, declarando el resto de oficio y*

*Finalmente de conformidad en lo dispuesto en el art. 69 de la [L.O.V.G.](#) mantenemos las medidas cautelares de prohibición de acercamiento y comunicación, acordadas en el presente procedimiento, hasta la firmeza de la sentencia, y durante la tramitación de los eventuales recursos que correspondiesen.*

*Para el cumplimiento de la pena de prisión impuesta, será de abono al condenado la totalidad del tiempo que permaneció privado de libertad cautelarmente por esta causa.*

*Esta sentencia no es firme. Contra ella cabe interponer recurso de casación, que habrá de prepararse, en la forma prevista por los artículos 854 y 855 de la [Ley de Enjuiciamiento criminal](#) , dentro de los cinco días siguientes a su última notificación".*

3

Notificada la [sentencia](#) a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de preceptos constitucionales, quebrantamiento de forma e infracción de Ley, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el rollo y formalizándose los recursos.

4

El recurso interpuesto por el acusado Hernan Celso se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION: Primero.-** En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del [artículo 849](#) de la [Ley de Enjuiciamiento Criminal](#) , se invoca infracción, por aplicación indebida, del [artículo 138](#) del [Código Penal](#) . **Segundo.-** En el segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del [artículo 849](#) de la [Ley de Enjuiciamiento Criminal](#) , se invoca infracción, por

inaplicación indebida, del [artículo 20.1ª](#) del Código Penal , en relación con los artículos 95 , 96.3 , 101 y 105 del mismo texto legal . **Tercero.-** En el tercer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del [artículo 849](#) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca infracción, por aplicación indebida, del [artículo 21.1ª](#) del Código Penal . **Cuarto.-** En el cuarto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del [artículo 849](#) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca infracción, por inaplicación indebida, del [artículo 21.6](#) del Código Penal . **Quinto.-** En el quinto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del [artículo 849](#) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca infracción del [artículo 21.2ª](#) del Código Penal . **Sexto.-** En el sexto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 2º del [artículo 849](#) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios. **Séptimo.-** En el séptimo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 3º del [artículo 851](#) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca quebrantamiento de forma al no haberse resuelto en la sentencia todos los puntos planteados por la defensa. **Octavo.-** En el octavo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 3º del [artículo 851](#) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca quebrantamiento de forma al no haberse resuelto en la sentencia todos los puntos planteados por la defensa. **Noveno.-** En el noveno motivo del recurso, formalizado al amparo del número 2º del [artículo 849](#) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios. **Décimo.-** En el décimo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 2º del [artículo 849](#) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios. **Undécimo.-** En el undécimo motivo del recurso, formalizado al amparo del [artículo 852](#) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y [artículo 5.4](#) de la [Ley Orgánica del Poder Judicial](#) , en relación del artículo 11 de la misma Ley Orgánica, se invoca vulneración del derecho a la presunción de inocencia que proclama el artículo 24 de la [Constitución](#) . **Duodécimo.-** En el duodécimo motivo del recurso, formalizado al amparo del [artículo 852](#) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y [artículo 5.4](#) de la Ley Orgánica del Poder Judicial , en relación del artículo 11 de la misma Ley Orgánica, se invoca vulneración del principio acusatorio y de contradicción en relación al artículo 24 de la Constitución . **Decimotercero.-** En el decimotercero motivo del recurso, formalizado al amparo del [artículo 852](#) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y [artículo 5.4](#) de la Ley Orgánica del Poder Judicial , en relación del artículo 11 de la misma Ley Orgánica, se invoca vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en relación a los artículos 24 y 25.2 de la Constitución . **Decimocuarto.-** En el decimocuarto motivo del recurso, formalizado al amparo del [artículo 852](#) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y [artículo 5.4](#) de la Ley Orgánica del Poder Judicial , en relación del artículo 11 de la misma Ley Orgánica, se invoca vulneración del derecho a la presunción de inocencia que proclama el artículo 24 de la Constitución . **Decimoquinto.-** En el decimoquinto motivo del recurso, formalizado al amparo del [artículo 852](#) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y [artículo 5.4](#) de la Ley Orgánica del Poder Judicial , en relación del artículo 11 de la misma Ley Orgánica, se invoca vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que proclama el artículo 24 de la Constitución . **Decimosexto.-** En el decimosexto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 3º del [artículo 851](#) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca quebrantamiento de forma al no haberse resuelto en la sentencia todos los puntos planteados por la defensa.

El recurso interpuesto por la acusación particular en nombre de Estefania Sagrario se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION:** **Primero.-** En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del [artículo 852](#) de la [Ley de Enjuiciamiento Criminal](#) y [artículo 5.4](#) de la Ley Orgánica del Poder Judicial , se invoca vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que proclama el artículo 24.1 de la [Constitución](#) y subsidiario, al amparo del [artículo 849.1](#) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca infracción del [artículo 66](#) del Código Penal . **Segundo.-** En el segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del [artículo 849](#) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca infracción, por aplicación indebida, del [artículo 21.7](#) del Código Penal en relación a los artículos 390 y 392 así como los artículos 564 y 468.2, todos del Código Penal . **Tercero.-** En el tercer segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del [artículo 849](#) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca infracción, por aplicación indebida, del [artículo 21.7](#) del Código Penal en relación a los artículos 153.1 , 173.2 y 171.4 todos del Código Penal . **Cuarto.-** En el cuarto

segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del [artículo 849](#) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca infracción, por inaplicación indebida, del [artículo 139](#) del Código Penal en relación con el artículo 16 de ese mismo texto legal .

5

Instruidos el Ministerio Fiscal, el acusado y la acusación particular de los recursos interpuestos, la Sala admitió los mismos, quedando conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera.

6

Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 10 de noviembre de 2015.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

### RECURSO INTERPUESTO POR EL ACUSADO Hernan Celso

#### PRIMERO

- En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del [artículo 849](#) de la [Ley de Enjuiciamiento Criminal](#) , se invoca infracción, por aplicación indebida, del [artículo 138](#) del [Código Penal](#) .

Se alega que de los hechos que se declaran probados no se desprende la concurrencia del *animus necandi* encontrándonos ante un delito de lesiones dolosas tipificado en el artículo 147,1 y 148,1 del Código Penal concurriendo la agravante de parentesco.

El Tribunal de instancia, en el fundamento jurídico vigésimo, explica las razones que sustentan el *animus necandi* que guiaba la conducta del acusado y así se señala: a) la actitud del procesado acudiendo al lugar donde se encontraba la víctima, portando la pistola referida, en el interior de uno de los bolsillos de su chaqueta; b) el número de disparos que efectuó contra aquella, llegando a vaciar el cargador del arma; c) la zona vital del cuerpo al que se dirigieron en cuanto resultó afectado el intestino delgado, intestino grueso, con laceración hepática y laceración pulmonar; d) la entidad y gravedad de las lesiones ocasionadas, que conforme manifestaron los médicos forenses, pusieron en riesgo su vida, encontrándose al borde del shock cuando llegó el SAMUR y que si no le hubieran infundido líquidos de forma rápida probablemente hubiera fallecido; e) el contexto de violencia, en el que se sitúan los hechos, con amenazas de muerte precedentes.

Es doctrina reiterada de esta Sala que el ánimo o intención de matar, que constituye el elemento o base subjetiva del delito de homicidio, pertenece al ámbito interno de la persona y requiere un juicio de inferencia para su fijación en el proceso, operación compleja que partiendo de datos fácticos demostrados, conduce -a través de las reglas lógicas o de experiencia- a la certeza moral que la resolución judicial necesita; y ese juicio de inferencia obliga a una indagación cuidadosa de todas las circunstancias del hecho, en cuanto pueden facilitar datos o elementos significativos de la voluntad o intención del sujeto y se vienen destacando el arma o medios utilizados, la zona a la que se dirige el ataque, las palabras que precedieron o acompañaron a la agresión, por cuanto constituyen a veces confesión espontánea del alcance de la intención lesiva; en el supuesto que examinamos existen datos fácticos acreditado de los que se infiere y afirman con evidencia y con sujeción a las reglas de la lógica y de la experiencia, el *animus necandi* o intencionalidad homicida del recurrente al realizar los hechos que se describen en el relato histórico.

Ciertamente, tiene declarado esta Sala, como son exponentes las [Sentencia 520/2013, de 19 de junio](#) y [755/2008, de 26 de noviembre](#) , que el dolo de matar surge cuando el sujeto activo se representa como probable la eventualidad en que la acción produzca la muerte del sujeto pasivo, aunque este resultado no sea el deseado, a pesar de lo cual persiste en dicha acción que obra como causa del resultado producido. Se sigue diciendo que ese dolo de matar que, por pertenecer a la esfera íntima del sujeto, solo puede inferirse atendiendo a los elementos del mundo sensible circundante a la realización del hecho y que según reiterada jurisprudencia ( ss. [4.5.94](#) , [29.11.95](#) , [23.3.99](#) , 11.11.2002 , 3.10.2003 , [21.11.2003](#) , [9.2.2004](#) , [11.3.2004](#) ), podemos señalar como criterios de inferencia, los datos existentes acerca de las relaciones previas entre agresor y agredido, el comportamiento del autor antes, durante y después de la agresión, lo que comprende las frases



amenazantes, las expresiones proferidas, la prestación de ayuda a la víctima y cualquier otro dato relevante; el arma o los instrumentos empleados; la zona del cuerpo a la que se dirige el ataque; la intensidad del golpe o golpes en que consiste la agresión, así como de las demás características de ésta, la petición o reiteración de los golpes; la forma en que finaliza la secuencia agresiva; y en general cualquier otro dato que pueda resultar de interés en función de las peculiaridades del caso concreto ( [STS. 57/2004 de 22.1](#) ), a estos efectos tienen especial interés el arma empleada, la forma de la agresión y el lugar del cuerpo al que ha sido dirigida. Estos criterios que "ad exemplum" se descubren no constituyen un sistema cerrado o "numerus clausus" sino que se ponderan entre sí para evitar los riesgos del automatismo y a su vez, se constatan con nuevos elementos que pueden ayudar a informar un sólido juicio de valor, como garantía de una más segura inducción del elemento subjetivo. Esto es, cada uno de tales criterios de inferencia no presentan carácter excluyente sino complementario en orden a determinar el conocimiento de la actitud psicológica del infractor y de la auténtica voluntad impetuosa de sus actos.

Si el análisis de estos datos y de los demás concurrentes permiten afirmar que el autor actuó con conciencia del riesgo que creaba para la vida de la víctima, y a pesar de ello ejecutó su acción, la conclusión correcta es que estamos ante un delito de homicidio, al existir dolo ( [SSTS 13-02-2002 y 16-5-04](#) ).

Y eso elementos y datos que afirman el *animus necandi* están presentes en la conducta del acusado ahora recurrente, como bien se razona por el Tribunal de instancia, acorde con las pruebas de cargo practicadas y atendidos los hechos que se declaran probados, que deben ser rigurosamente respetados, dado el cauce procesal esgrimido.

El motivo debe ser desestimado.

## SEGUNDO

.- En el segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del [artículo 849](#) de la [Ley de Enjuiciamiento Criminal](#) , se invoca infracción, por inaplicación indebida, del [artículo 20.1ª](#) del [Código Penal](#) , en relación con los artículos 95 , 96.3 , 101 y 105 del mismo texto legal .

Se alega que debe apreciarse la eximente completa de anomalía psíquica por trastorno delirante paranoico celotípico.

Este motivo, como sucede con el anterior, aparece enfrentado a un relato fáctico que debe ser respetado.

Y la afectación de la capacidad de culpabilidad que se describe en el relato fáctico solo permite apreciar la atenuante que ha sido aplicada por el Tribunal de instancia en cuanto se declara probado que el acusado padecía al tiempo de los hechos un trastorno de ideas delirantes, de tipo celotípico, que afectaba levemente a sus facultades volitivas.

Será la intensidad de la alteración la que nos dará la pauta para graduar la afectación de la capacidad de culpabilidad del sujeto, desde la inoperancia sobre la responsabilidad hasta la exoneración completa e incompleta de la misma y ciertamente, el Tribunal de instancia, atendidos los informes médicos a los que se hace expresa referencia en la sentencia recurrida, alcanza la convicción de que su capacidad volitiva estaba levemente afectada.

Así las cosas, el motivo debe ser desestimado.

## TERCERO

.- En el tercer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del [artículo 849](#) de la [Ley de Enjuiciamiento Criminal](#) , se invoca infracción, por aplicación indebida, del [artículo 21.1ª](#) del [Código Penal](#) .

Se reitera que debe apreciarse la eximente completa de anomalía psíquica por trastorno delirante paranoico celotípico y no una circunstancia atenuante.

Una vez más es de recordar que la vía esgrimida de infracción de precepto penal debe partir del riguroso respeto a los hechos que se declaran probados y en los mismos no existen datos o

elementos que permitan sostener una mayor afectación de la capacidad de culpabilidad del acusado, como se ha razonado por el Tribunal de instancia.

El motivo debe ser desestimado.

#### CUARTO

.- En el cuarto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del [artículo 849](#) de la [Ley de Enjuiciamiento Criminal](#) , se invoca infracción, por inaplicación indebida, del [artículo 21.6](#) del [Código Penal](#) .

Se alega que debe apreciarse la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas.

Como bien señala el Ministerio Fiscal, al impugnar el motivo, nada hay en los hechos que se declaran probados que permita sustentar la existencia de dilaciones indebidas extraordinarias y tampoco hay pronunciamiento por el Tribunal de instancia por la sencilla razón de que se trata de una cuestión planteada por primera vez ante esta Sala, y estas circunstancias determinarían ya la desestimación del motivo. A ello hay que añadir que el recurrente no señala periodos de paralización limitándose a indicar que habían transcurrido más de dos años desde la incoación del procedimiento, lo que de ningún modo puede considerarse como un periodo de tiempo extraordinario que permita sustentar esa atenuante.

Ciertamente, examinadas las actuaciones puede comprobarse que el acusado disparó a su víctima el 16 de febrero de 2013, causándole tan graves heridas que se precisaron para su curación con secuelas un total de 229 días, no obstante ello, en el mes de marzo de 2015 se celebró el juicio y se dictó sentencia, por lo que se ha seguido una ágil tramitación que de ningún modo permite apreciar las dilaciones extraordinarias que se defienden por el recurrente.

El motivo carece de todo fundamento y debe ser desestimado.

#### QUINTO

.- En el quinto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del [artículo 849](#) de la [Ley de Enjuiciamiento Criminal](#) , se invoca infracción del artículo 21.2ª en relación al artículo 20.1, ambos del [Código Penal](#) .

Se alega que debe apreciarse una circunstancia atenuante por grave adicción al alcohol y drogas tóxicas, cuyo consumo habitual agrava el trastorno celotípico paranoide llegando a desembocar en una enfermedad mental progresiva e irreversible.

Una vez más el motivo se presenta enfrentado a un relato fáctico que debe ser rigurosamente respetado, dado el cauce procesal esgrimido, en el que no existen datos o elementos que permitan sustentar que la capacidad de culpabilidad del acusado estuviese afectada por el consumo de alcohol o drogas.

El motivo no puede prosperar.

#### SEXTO

.- En el sexto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 2º del [artículo 849](#) de la [Ley de Enjuiciamiento Criminal](#) , se invoca error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Se refiere a informe médico-psiquiátrico emitido por la Doctora Noelia Daniela en el que se alude a la personalidad paranoide, trastorno depresivo-ansioso y consumo de alcohol y cocaína, potenciando todo ello el delirio paranoico celotípico diagnosticado, que se traduce en una pérdida total de la capacidad volitiva y el control de los actos propios.

Es doctrina reiterada de esta Sala que no constituyen documentos, a estos efectos casacionales, los dictámenes periciales, en cuanto se trata de pruebas personales que no pierden dicho carácter por el hecho de aparecer documentadas en las actuaciones, con la única excepción de que la prueba pericial sea única e inequívoca y el Tribunal sentenciador la haya incorporado de modo incompleto o

fragmentariamente o que tratándose de varios dictámenes coincidentes la Audiencia ha llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes o, incluso, diametralmente opuestas o contrarias a lo expuesto por los peritos.

Y ciertamente eso no sucede en el supuesto que examinamos; en las actuaciones constan que se han emitido otros dictámenes como fue el informe de la Clínica Médico Forense firmado por la Doctora D<sup>a</sup> Lidia Inocencia, en el que se recoge como conclusión que el informado -el acusado Hernan Celso- al momento de los hechos comprendía la ilicitud de su comportamiento si bien su trastorno delirante le limitaba parcialmente para actuar de acuerdo a esa comprensión. Y en el acta del juicio oral puede leerse que los Médicos forenses D<sup>a</sup> Lidia Inocencia y D. Angel Jenaro dictaminan, entre otros extremos, lo siguiente: Que padece trastorno delirante, ideas delirantes celotípicas, aparte de eso no existe ninguna afectación psíquica; no tiene alterado el conocimiento del bien y del mal, suele estar afectada la voluntad; en el momento de los hechos su trastorno delirante le limitaba parcialmente, en algo podía estar afectado; se dice parcial porque podría poner algún tipo de freno. El Doctor Angel Jenaro dictamina que esa persona podría actuar de otra forma, en el momento de los hechos podía haber tomado otro tipo de determinación, es decir podría no haber disparado contra su mujer, no estaba dominado por su delirio y en cuanto a los grados de afectación del trastorno delirante dice que si fuera de 1 a 3, le daría un 1, que es el más bajo. La doctora Lidia Inocencia dice que el trastorno delirante le limitaba parcialmente.

Igualmente se ha podido valorar los dictámenes de los Doctores D<sup>a</sup> Clara Nuria y D<sup>a</sup> Tarsila Eva que además de informar sobre las lesiones de la víctima y expresar que los disparos pusieron en riesgo su vida, añadieron respecto a la drogodependencia del acusado que se realizó un análisis de cabello y se deduce de ese análisis que hubo consumo de cocaína en los últimos seis meses y que no se puede precisar más. Asimismo dictaminaron que en la entrevista que tuvieron con el acusado no percibieron en ningún momento que tuviera ningún tipo de idea delirante en relación a su ex esposa; que no tenía ninguna afectación en cuanto a sus facultades de saber y entender; que no detectaron ningún signo que indicara que había un trastorno delirante ni ideas delirantes y le exploraron en ese sentido y que pueden concluir que no existía ninguna afectación de sus facultades volitivas ni cognitivas, en otras palabras, quería hacerlo. Y añadieron que tampoco mostraba ningún arrepentimiento y que le apreciaron absoluta frialdad.

Por todo ello, en este caso, el dictamen emitido por Doña Noelia Daniela no pasa de ser una prueba personal cuya valoración corresponde al Tribunal de instancia, como así se ha hecho, junto con los demás dictámenes periciales emitidos.

No se ha producido error en la valoración de la prueba y el motivo no puede prosperar.

#### SEPTIMO

.- En el séptimo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 3º del [artículo 851](#) de la [Ley de Enjuiciamiento Criminal](#), se invoca quebrantamiento de forma al no haberse resuelto en la sentencia todos los puntos planteados por la defensa.

Se dice no resuelta en la sentencia recurrida la cuestión planteada relativa a la cuantificación de la indemnización acordada consistente en que no se debía tener en cuenta la cantidad de 50.000 euros por daños morales al considerar que el baremo de la [ley 30/95](#) aplicado ya los tiene en cuenta al disponer que se entienden incluidos en la valoración del mismo, dentro de la indemnización del daño corporal.

No lleva razón el recurrente ya que el Tribunal de instancia explica pormenorizadamente cada uno de los conceptos o partidas que integran la indemnización por responsabilidad civil.

Así, en el fundamento trigésimo quinto de la sentencia recurrida se señala que la víctima invirtió para la curación, conforme a los informes médicos, 229 días de impedimento (18 de hospitalización y 211 de tratamiento ambulatorio) quedándole como secuelas diversas cicatrices en región dorso-lumbar, región costal lateral derecha, caderas y muslo derecho, mama derecha, produciéndole un perjuicio estético leve. Asimismo, como consecuencia de todos los hechos de los que fue víctima, conforme a los informes psicológicos efectuados, presenta sintomatología compatible con un trastorno de estrés postraumático y con un trastorno depresivo de intensidad leve, encontrándose su

adaptación personal o psicológica, social y laboral, limitada o disminuida. Lesiones psíquicas que requieren para su recuperación total o parcialmente un tratamiento psicológico adecuado de duración no inferior a seis meses. Añade que partiendo de los extremos anteriores y acudiendo con carácter orientativo al baremo, que figura como anexo en la Ley 30/95 de ordenación y supervisión de seguro privado, considerando el carácter doloso de las lesiones con el daño físico y psicológico que conllevan, así como el perjuicio estético leve, se entiende proporcional y adecuada la cantidad solicitada por el Ministerio Público, fijando en 23.800 euros la cantidad a indemnizar por el procesado a Noal Mesleh por las lesiones sufridas (a razón de 150 euros por cada uno de los 18 días de hospitalización y 100 euros por cada uno de los días que estuvo sometida a tratamiento ambulatorio; 9.135,62 euros, por sus secuelas físicas, con las cicatrices recogidas que le causan un perjuicio estético leve (no medio, como sostiene la acusación particular), conforme a los informes médicos obrantes en autos. Asimismo el procesado deberá indemnizar a Estefania Sagrario en la cantidad de 50.000 euros por los daños morales causados, a consecuencia del maltrato habitual, solicitada tanto por la acusación particular como por el Ministerio Fiscal. Cantidades todas ellas que devengarán el interés legal con arreglo a lo dispuesto en el [artículo 576](#) de la [LECiv](#) . Y por lo que se refiere al daño moral se recuerda una [Sentencia de esta Sala de 23 de enero de 2009](#) y se señala que no exige bases cuantificadoras respecto a las ofensas dolosas ocasionadas, dependiendo su señalamiento del prudente arbitrio judicial que ponderará la gravedad y persistencia de las mismas, el contexto en que se produjeron, sus efectos en casos especiales de recibir tratamiento psíquico o psicológico, y en definitiva el alcance cuántico que en casos similares suelen otorgar los Tribunales.

Como bien recuerda el Tribunal de instancia se trata de un delito doloso en el que el baremo opera exclusivamente como criterio orientativo. Y tiene declarado esta Sala, como es exponente la [Sentencia 916/2009, de 22 de septiembre](#) , que el culpable de un hecho delictivo debe indemnizar a la víctima en los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la conducta delictiva, incluyendo los llamados daños morales. Para fijar la cuantía deben tenerse en cuenta la naturaleza y la entidad de aquellos, sin que sea un criterio determinante la situación patrimonial del responsable civil, pues la entidad del daño o perjuicio efectivamente causado depende de los efectos de la conducta y no de la fortuna del autor. De otro lado, en anteriores sentencias hemos señalado que, en principio y con carácter general, no existe ninguna razón para que los daños causados dolosamente sean indemnizados en menor cuantía que los causados por imprudencia causada en el ámbito de la circulación de vehículos de motor, de manera que el baremo para la indemnización de daños personales en esta clase de supuestos es orientativo para los delitos dolosos, aunque el Tribunal pueda modificar la indemnización resultante de su aplicación en función de las circunstancias, siempre de forma motivada.

Y en el caso que examinamos, por las razones que se han dejado antes expresadas, el Tribunal de instancia ha motivado razonadamente y acorde con la jurisprudencia de esta Sala la cuantificación del daño moral, dando oportuna respuesta a todas las cuestiones planteadas por la defensa a la que recuerda que la determinación del daño moral causado dolosamente no está sujeta al baremo que figura como anexo en la [Ley 30/95](#) , y eso es lo que se ha hecho por el Tribunal de instancia que explica las razones que E del [artículo 851](#) de la [Ley de Enjuiciamiento Criminal](#) , se invoca quebrantamiento de forma al no haberse resuelto en la sentencia todos los puntos planteados por la defensa.

Se dice que se planteó la incongruencia que suponía que los mismos hechos denunciados dieran lugar al dictado de un Auto del Juzgado de Violencia por el que se denegaba la orden de protección, de fecha 13 de diciembre de 2012, y que el 27 de diciembre de 2012 se dictara otro por el que se acordaba, siendo así que el recurrente ha reconocido los insultos pero nunca las agresiones y las amenazas, lo cual la defensa del recurrente relacionó con la declaración judicial de la madre de la denunciante, de fecha 4 de febrero de 2013 (folio 319 y ss.) en la que se recoge textualmente: "Que en ningún momento ha presentado agresiones físicas ni psíquicas por parte del imputado a su hija. Que su hija no le ha referido que haya sufrido agresiones ni amenazas por parte de su pareja". A la vista de ello correspondería eventualmente la condena por una falta continuada de vejaciones injustas. Se dice que nada de esto ha sido objeto de valoración y debate en la sentencia impugnada.

Cuando se invoca incongruencia omisiva, como sucede en el presente motivo, es oportuno

recordar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene declarado, como es exponente la [Sentencia 441/1993, de 9 diciembre 1994](#) , -Hiro Balani contra España- que el artículo 6.1 obliga a los tribunales a motivar sus decisiones, pero que no puede entenderse como una exigencia de dar una respuesta detallada a cada argumento (véase la Sentencia Van de Hurk contra Países Bajos, de [19 abril 1994](#) ).

Con similar criterio se expresa el [Tribunal Constitucional en la Sentencia 44/2008, de 10 marzo](#) , en la que expresa que la incongruencia omisiva o *ex silentio* , que se produce cuando el órgano judicial deja sin contestar alguna de las pretensiones sometidas a su consideración por las partes, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución, y sin que sea necesaria, para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen por las partes como fundamento de su pretensión, pudiendo bastar, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales.

E igualmente tiene declarado esta Sala, como es exponente la [Sentencia 562/2012, de 19 de junio](#) , que el vicio de incongruencia omisiva se produce cuando se omite, en la motivación requerida por los artículos 120.3 de la [Constitución](#) y 142 de la [Ley de Enjuiciamiento Criminal](#) y 248.3 de la [Ley Orgánica del Poder Judicial](#) , la respuesta a alguna de las cuestiones de carácter jurídico planteadas por las partes en sus escritos de calificación o en tiempo procesal oportuno. Por otra parte, no será ocioso recordar que, como señala la doctrina del Tribunal Constitucional, la importancia de distinguir entre las alegaciones aducidas por las partes para fundamentar sus pretensiones y las pretensiones en sí mismas consideradas Respecto a las primeras, no sería necesario para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de ellas, pudiendo bastar, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales. Más rigurosa es la exigencia de congruencia respecto a las pretensiones, siendo necesario para poder apreciar una respuesta tácita -y no una mera omisión- que del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución judicial pueda deducirse razonablemente no sólo que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida, sino, además, los motivos fundamentadores de la respuesta tácita.

Como bien puede comprobarse con la lectura del motivo se denuncia que no ha tenido respuesta una alegación y no una pretensión jurídica, alegación que, por otra parte, ha tenido respuesta con los razonamientos expresados en la sentencia recurrida al valorar las pruebas practicadas y carece de relevancia, a estos efectos, que se hubiese acordado inicialmente la denegación de una orden de protección y que a los pocos días se hubiese concedido, ya que en la segunda ocasión se aportaron datos que la justificaban.

No se ha producido el quebrantamiento de forma que se denuncia y el motivo debe ser desestimado.

#### OCTAVO

.- En el noveno motivo del recurso, formalizado al amparo del número 2º del [artículo 849](#) de la [Ley de Enjuiciamiento Criminal](#) , se invoca error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Se refiere a la declaración prestada a presencia judicial por Adelaida Camino , madre de la denunciante, de fecha 4 de febrero de 2013 (folio 319 y ss.) y se dice que esa declaración es exculpatoria para el recurrente de cara a la absolución de los delitos de maltrato familiar, amenazas graves y leves por las que ha sido condenado. Y que se puso de manifiesto la contradicción entre lo allí declarado y las nuevas afirmaciones vertidas en el plenario.

Es doctrina reiterada de esta Sala que las declaraciones de testigos carecen de naturaleza documental, a estos efectos casacionales, en cuanto se trata de pruebas personales que no pierden dicho carácter por el hecho de aparecer documentadas en las actuaciones, cuya valoración

corresponde al juzgador de instancia, como así se ha hecho en la sentencia recurrida. En todo caso, las declaraciones de la madre, como constan en el acta del juicio oral, en modo alguno discrepan de la relación fáctica alcanzada por el Tribunal sentenciador.

El motivo no puede prosperar.

#### NOVENO

.- En el décimo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 2º del [artículo 849](#) de la [Ley de Enjuiciamiento Criminal](#), se invoca error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Se refiere a la prueba documental videográfica aportada por la defensa y visionada en el plenario en la que se aprecia que a la fecha del dictado de la orden de protección, concretamente el 27 de diciembre de 2012, aparecen la pareja junto a su hijo menor, en actitud completamente normal lo que no se corresponde, se dice, con los hechos probados sobre los delitos de maltrato familiar, maltrato habitual, amenazas graves y amenazas leves.

Es doctrina reiterada de esta Sala la que señala que este motivo de casación exige, como requisitos, los siguientes: en primer lugar ha de fundarse en una verdadera prueba documental, quedando excluidas las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa; en segundo lugar, que el documento sea literosuficiente, es decir, que evidencie el error cometido por el juzgador al consignar algún elemento fáctico o material de la sentencia, por su propio contenido, sin tener que recurrir a otras pruebas ni a conjeturas o complejas argumentaciones; en tercer lugar, que sobre el mismo extremo no existan otros elementos de prueba, pues en ese caso se trata de un problema de valoración sometido a las reglas generales que le son aplicables; y, finalmente, en cuarto lugar, que el dato o elemento acreditado por el particular del documento designado por el recurrente tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo.

En definitiva, se requiere que el documento por su propio contenido y condición tenga capacidad demostrativa autónoma sin necesidad de acudir a conjeturas o argumentaciones ni precisar adición de otras pruebas.

El vídeo que se señala en apoyo del motivo carece de capacidad demostrativa autónoma y el hecho de que en un vídeo apareciera agresor y víctima junto a su hijo en actitud normal en modo alguno evidencia error en la valoración de la prueba por parte del Tribunal sentenciador, que sí ha valorado testimonios e informes que acreditan los hechos que se declaran probados.

El motivo debe ser desestimado.

#### DECIMO

.- En el undécimo motivo del recurso, formalizado al amparo del [artículo 852](#) de la [Ley de Enjuiciamiento Criminal](#) y [artículo 5.4](#) de la [Ley Orgánica del Poder Judicial](#), en relación del artículo 11 de la misma Ley Orgánica, se invoca vulneración del derecho a la presunción de inocencia que proclama el artículo 24 de la [Constitución](#).

Se dice vulnerado ese derecho fundamental al haberse tenido en cuenta como única prueba de cargo el testimonio de la víctima.

El Tribunal de instancia explica cuales son las pruebas que ha podido valorar para alcanzar la convicción que queda reflejada en los hechos que se declaran probados y no se limita, como se indica en el motivo, a la declaración de la víctima.

En relación a los hechos acaecidos ante de que se otorgara la Orden de Protección de 27 de diciembre de 2012, además de la declaración de la víctima, se ha tenido en cuenta el reconocimiento parcial de los hechos por parte del acusado (folio 21 de la sentencia recurrida); la declaración de la madre de la víctima, Adelaida Camino; la declaración de Hugo Demetrio, tío de la víctima; la declaración de Amelia Felicísima, hermana de la víctima; la declaración de Julia Nieves, compañera de trabajo de la víctima; la declaración de Avelino Teodosio, compañero de trabajo de la víctima; y

los informes periciales de los psicólogos forenses Jacinta Consuelo y Debora Gloria , informes ratificados en el acto del juicio oral así como los informes sobre el alcance de las agresiones y secuelas padecidas por la víctima.

En el fundamento jurídico tercero de la sentencia recurrida se explican las pruebas que se han podido valorar respecto a los hechos acaecidos con posterioridad a la mencionada Orden de Protección de 27 de diciembre de 2012, y se hace mención de las declaraciones de la víctima, declaraciones que vienen avaladas por su hermana Angustia Otilia y por la prestada por la madre de la víctima.

Y respecto al hecho de mayor gravedad ocurrido el 16 de febrero de 2013, el Tribunal de instancia, en el cuarto de los fundamentos jurídicos, explica con detalle las pruebas de cargo que ha podido valorar y así se señalan las siguientes: además de la declaración de la víctima, que describió con precisión los hechos acaecidos, se dice que esta declaración viene corroborada, entre otras, por la declaración del facultativo del SAMUR que atendió a la víctima; el informe del Hospital Gregorio Marañón a donde fue trasladada; los informes médicos-forenses en los que se describen los orificios de entrada que presentaba la víctima por los impactos de los disparos, las medidas de urgencia adoptadas para salvarle la vida y las secuelas padecidas; la declaración testifical de la madre de la víctima; la declaración testifical de Amanda Leocadia , testigo presencial de los hechos, que describió lo acontecido como se recoge en la sentencia recurrida; la declaración de la testigo protegida nº NUM007 que igualmente pudo observar la agresión al estar próxima cuando se produjeron los hechos, como consta al folio 516 del Rollo de Sala; la declaración del testigo protegido NUM008 que se encontraba en un bar próximo y pudo observar parte de los hechos; las declaraciones de los agentes de policía que acudieron y auxiliaron a la víctima; la declaración del testigo Hipolito Victorino que pudo observar como un individuo salía de una furgoneta blanca y se metía en unos matorrales y que después se subió a la furgoneta y salió a toda velocidad conduciendo temerariamente; las declaraciones de los funcionarios de la policía que hallaron la pistola en una zona ajardinada, enterrada a poca profundidad; la ratificación en el acto del juicio oral del informe pericial del arma intervenida, de las vainas halladas y de las balas que impactaron en el cuerpo de la víctima; la declaración del testigo Blas Horacio que encontró la tarjeta del teléfono móvil arrojada por el acusado; la declaración del agente de la Policía Nacional que detuvo al acusado en Benalmadena y explicó las circunstancias de la detención y la información que permitió su localización; y la declaración de Laureano Urbano que es la persona que se encontraba con el acusado cuando fue detenido y a quien le había pedido ayuda cuando se marchó de Madrid con su hijo.

Así las cosas, han existido pruebas de cargo constitucionalmente obtenidas, legalmente practicadas, suficientes y racionalmente valoradas, que enervan el derecho a la presunción de inocencia invocado.

El motivo debe ser desestimado.

#### UNDECIMO

.- En el duodécimo motivo del recurso, formalizado al amparo del [artículo 852](#) de la [Ley de Enjuiciamiento Criminal](#) y [artículo 5.4](#) de la [Ley Orgánica del Poder Judicial](#) , en relación del artículo 11 de la misma Ley Orgánica, se invoca vulneración del principio acusatorio y de contradicción en relación al artículo 24 de la [Constitución](#) .

Se dice infringido esos principios al haberse introducido en el plenario hechos nuevos como son los descritos por la denunciante en su declaración relativos a unos agarrones y tirones de pelo realizados por el acusado al regreso de una celebración de su empresa y que se reflejan en la sentencia como hechos probados.

Como bien señala el Ministerio Fiscal al impugnar el motivo esas conductas no aparecen expresamente mencionadas en los hechos probados, en los que solo se hace una referencia genérica, integrados en los malos tratos a los que venía sometiendo el acusado a la víctima (folio 12 de la sentencia recurrida) y los extremos señalados en defensa del motivo, de suprimirse, no afectarían al pronunciamiento al contener otros extremos que evidencian los malos tratos habituales

a que sometió a la víctima (puñetazo en el ojo, amenazas de muerte, exhibición de un martillo).

No se ha producido vulneración alguna del principio acusatorio ya que el pronunciamiento condenatorio se ha ajustado a los escritos de acusación, el acusado ha sido debidamente informado de los hechos que se le imputan y ha podido ejercer su defensa sin restricción alguna, con cumplido acatamiento a la debida contradicción.

El motivo debe ser desestimado.

#### DUODECIMO

- En el decimotercero motivo del recurso, formalizado al amparo del [artículo 852](#) de la [Ley de Enjuiciamiento Criminal](#) y [artículo 5.4](#) de la [Ley Orgánica del Poder Judicial](#) , en relación del artículo 11 de la misma Ley Orgánica, se invoca vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en relación a los artículos 24 y 25.2 de la [Constitución](#) .

Se dice producida tal vulneración en relación con los principios de reeducación y rehabilitación de las penas privativas de libertad y medidas de seguridad, añadiendo que existe una desproporción de las penas impuestas respecto de los delitos por los que ha sido condenado de maltrato, maltrato familiar y amenazas, delitos para los que el [Código Penal](#) dispone la pena alternativa de trabajos en beneficio de la comunidad, más acordes a los fines de reiserción y rehabilitación.

No se ha producido la vulneración que se denuncia al derecho a la tutela judicial efectiva por el hecho de que el Tribunal de instancia, en la individualización de las penas, optase por penas privativas de libertad en lugar de trabajos en beneficio de la comunidad, lo que era perfectamente correcto atendida la gravedad y reiteración de las conductas delictivas, habiéndose impuesto unas penas proporcionadas y dentro de los límites legales.

El motivo no puede prosperar.

#### DECIMOTERCERO

- En el decimocuarto motivo del recurso, formalizado al amparo del [artículo 852](#) de la [Ley de Enjuiciamiento Criminal](#) y [artículo 5.4](#) de la [Ley Orgánica del Poder Judicial](#) , en relación del artículo 11 de la misma Ley Orgánica, se invoca vulneración del derecho a la presunción de inocencia que proclama el artículo 24 de la Constitución .

Se dice que no se ha practicado una prueba de cargo suficiente respecto a los hechos ocurridos antes de la denuncia de 11 de diciembre de 2012, los cuales no fueron denunciados al tiempo de su perpetración, careciendo de elementos que los corroboren.

Ya se ha dado respuesta al examinar el motivo undécimo a las pruebas que ha podido valorar el Tribunal de instancia para alcanzar la convicción que queda reflejada en los hechos que se declaran probados y respecto al hecho de que el Juzgado de Violencia hubiese denegado la protección solicitada no se puede olvidar que días más tarde, concretamente el 27 de diciembre de 2012, se otorgó dicha protección, atendidas las nuevas pruebas practicadas de las que no se disponían cuando se denegó inicialmente esa protección.

El motivo debe ser desestimado.

#### DECIMOCUARTO

- En el decimoquinto motivo del recurso, formalizado al amparo del [artículo 852](#) de la [Ley de Enjuiciamiento Criminal](#) y [artículo 5.4](#) de la [Ley Orgánica del Poder Judicial](#) , en relación del artículo 11 de la misma Ley Orgánica, se invoca vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que proclama el artículo 24 de la [Constitución](#) .

Se dice incongruente la sentencia respecto al relato de hechos realizado por la perjudicada referidos a los supuestamente acaecidos el día 31 de mayo de 2012, referidos a un puñetazo en un ojo que la sentencia declara ocurrido al bajar la víctima de su casa y no en la parte de atrás del Colegio como había declarado la víctima y confirmado en el plenario, lo que no denunció en su momento y se dice que eso abre el camino a la duda que debe favorecer al acusado.



Se refiere a los hechos acaecidos el día 31 de mayo de 2012, alegándose que la defensa del acusado puso de manifiesto la falta de coherencia ya que según las acusaciones el episodio del puñetazo había tenido lugar en la calle del domicilio de la madre, mientras que la víctima declaró en el plenario que había sido en la parte de atrás del Colegio, donde coincidieron para buscar al menor, y en la sentencia se recoge que ocurrió en el primer lugar. Se añade que no existe prueba respecto a los hechos del día 8 de diciembre de 2012 (amenazas con exhibición de martillo) y 14 de febrero de 2013 (amenazas telefónicas) ya que no existen testigos ni elementos que corroboren los mismos.

El lugar concreto donde se produjo el golpe carece de trascendencia en relación al pronunciamiento del Tribunal de instancia, lo importantes es que se produjo la agresión, como igualmente quedan acreditadas los otros malos tratos y amenazas sufridas por la víctima, como se ha dejado antes expresado al examinar el motivo undécimo del recurso, y ello ciertamente viene acreditado por las declaraciones de la víctima, de su hermana Angustia Otilia , que observó un hematoma en su ojo derecho, de su compañera de trabajo Julia Nieves que también apreció que la víctima tenía un ojo morado e incluso la vio sangrar por el oído y su compañero de trabajo Avelino Teodosio que observó las señales de los golpes al acudir al trabajo, como recordó la madre de la víctima (folio 26 de la sentencia), todo ello completado con los dictámenes periciales de las psicólogas forenses que apreciaron el trastorno de estrés traumático y depresivo que sufría la víctima como consecuencia de los malos tratos habituales sufridos.

El motivo no puede ser estimado.

#### DECIMOQUINTO

- En el decimosexto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 3º del [artículo 851](#) de la [Ley de Enjuiciamiento Criminal](#) , se invoca quebrantamiento de forma al no haberse resuelto en la sentencia todos los puntos planteados por la defensa.

Se reitera lo expresado en defensa del motivo anterior en relación al lugar donde se produjo el episodio del puñetazo que según las acusaciones se había producido en la calle del domicilio de la madre mientras la víctima declaró que había sido en la parte de atrás del colegio donde coincidieron para recoger al menor.

El Tribunal de instancia ha dado oportuna respuesta y ha podido valorar que tanto la víctima como otros testigos han acreditado que el acusado agredió en un ojo a Estefania Sagrario así como igualmente quedaron acreditados otros malos tratos como se explica en la sentencia recurrida -folios 26 y siguiente- al describirse las plurales pruebas que corroboran las declaraciones de la víctima sobre los malos tratos, amenazas y agresiones sufridas.

Este último motivo tampoco puede prosperar.

RECURSO INTERPUESTO POR LA ACUSACIÓN PARTICULAR EN NOMBRE DE Estefania Sagrario

**PRIMERO.-** En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del [artículo 852](#) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y [artículo 5.4](#) de la [Ley Orgánica del Poder Judicial](#) , se invoca vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que proclama el artículo 24.1 de la [Constitución](#) y subsidiario, al amparo del [artículo 849.1](#) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca infracción del [artículo 66](#) del [Código Penal](#) .

Se alega, en defensa del motivo, que el Tribunal de instancia incurre en falta de motivación en la imposición de las penas y se dice que en el delito de tentativa de homicidio se impone la pena en la mitad superior y sin embargo, en el resto de los delitos aplica el mínimo legal posible y se solicita que se incremente la pena en función de la gravedad de los hechos como de la peligrosidad del acusado.

Es cierto que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva es un derecho complejo que incluye, entre otros, el de obtener de los órganos judiciales una respuesta debidamente motivada que se ajuste al núcleo de las pretensiones deducidas por las partes, y el Tribunal de instancia, en el fundamento jurídico trigésimo segundo, explica con suficiencia la determinación de las diversas penas impuestas al acusado, que se individualizaron atendiendo a la gravedad de los hechos y

dentro de los límites legales.

No se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva ni se ha infringido el [artículo 66](#) del Código Penal .

El motivo debe ser desestimado.

**SEGUNDO.-** - En el segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del [artículo 849](#) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca infracción, por aplicación indebida, del [artículo 21.7](#) del Código Penal en relación a los artículos 390 y 392 así como los artículos 564 y 468.2, todos del Código Penal .

Se alega que en los delitos de falsedad de documentos, tenencia ilícita de armas y quebrantamiento de medida cautelar no cabe aplicar una atenuante de celotipia porque resulta completamente ajena a tipo penal y al bien jurídico protegido, a su esencia en definitiva.

Como señala el Ministerio Fiscal, al impugnar el motivo, los celos tienen una marcada influencia en toda la secuencia delictiva que planifica el acusado para dar muerte a Estefania Sagrario y ello alcanza no solo al delito principal al que dirige su conducta, como lo fue la tentativa de homicidio, sino también aquellos actos delictivos encaminados a preparar o lograr el delito principal de homicidio, como fueron la tenencia ilícita de armas y el quebrantamiento de medidas cautelares, como aquellos otros delitos realizados con la idea de lograr la inmediata huida, como sucedió con el cambio de placas de matrícula.

El motivo no puede prosperar.

**TERCERO.-** - En el tercer segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del [artículo 849](#) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca infracción, por aplicación indebida, del [artículo 21.7](#) del Código Penal en relación a los artículos 153.1 , 173.2 y 171.4 todos del Código Penal .

Se dice que en los delitos específicos de violencia de género no cabe aplicar una atenuante de celotipia porque precisamente son los celos la causa de la comisión de estos delitos, por lo que debe excluirse en los delitos de maltrato familiar, violencia habitual y amenazas.

No lleva razón la acusación particular recurrente ya que quien comete esas figuras delictivas puede ver afectada su capacidad de culpabilidad por los trastorno padecidos por sus ideas celotípicas que alcanzan a todas las conductas delictivas cometidas contra quien fue su ex pareja.

Las conductas de vejación y humillación propios de los delitos de maltrato no necesariamente tiene que tener su causa en los celos del agresor por lo que no puede afirmarse que constituya un elemento inherente a esas conductas delictivas. Lo mismo cabe decir de los delitos de violencia habitual y amenazas.

Por ello, también en estos delitos es posible apreciar una atenuante por afectación leve de sus facultades volitivas motivado por la obsesiva idea de sus celos.

El motivo debe ser desestimado.

**CUARTO.-** - En el cuarto segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del [artículo 849](#) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca infracción, por inaplicación indebida, del [artículo 139](#) del Código Penal en relación con el artículo 16 de ese mismo texto legal .

Se alega que procede condenar por asesinato en grado de tentativa y no por homicidio ya que de los hechos que se declaran probados se infiere la alevosía.

La acusación particular discrepa de la calificación jurídica realizada por el Tribunal de instancia y que, dados los hechos que se declaran probados en los que se describe un ataque sorpresivo, debió haberse apreciado la concurrencia de la circunstancia agravante de alevosía. El Tribunal de instancia explica su rechazo en el vigésimo tercero de sus fundamentos jurídicos, expresando que si bien es cierto que la forma en la que se desarrollaron los hechos, con una preparación previa del procesado,

haciéndose con una pistola con la que acudió al encuentro de la víctima, así como el hecho de que esta última hubiera comenzado a andar poniéndose de espaldas al procesado, apuntaban en principio que aquel habría actuado de forma alevosa, sin embargo, la declaración de la presunta víctima, Estefanía Sagrario, reflejando una vez más la sinceridad de su relato, en el que quiere contar lo que ocurrió, sin agravar la situación de su ex-pareja, ha cuestionado tal circunstancia, no haciendo posible su aplicación. De esta forma Estefanía Sagrario no aludió como pretende la acusación, a que el acusado de forma imprevista, inopinada y sorpresiva, disparara contra ella, sino que señaló que cuando ella se niega a hablar con él, diciéndole que le dejara en paz, aquel le indica que "no podía más, que tenía que disparar.... y que muchas veces el procesado le había dicho que ella iba a acabar muerta y él en la cárcel ...", viendo ella como aquél sacaba algo negro de la chaqueta, dándose la vuelta, de espaldas al procesado, "según iba andando empezó a oler petardos...". Se añade que no se aprecia, pues, que fuera de forma sorpresiva y desprevenida como actuó el acusado, sino que previamente le indicó a la víctima que le iba a disparar viendo ella como extraía algún objeto (que no distinguió) de su bolsillo.

Las razones que se expresan para rechazar la aplicación de la agravante de alevosía describen una situación límite, habiéndose inclinado el Tribunal de instancia, con razones que no pueden ser consideradas arbitrarias, por rechazar dicha agravante. Lo que no cabe duda, dados los hechos que se declaran probados, es que el acusado se aprovechó de que la defensa de la víctima estaba sensiblemente debilitada por la superioridad instrumental, dado que le disparó, hasta agotar el cargador, con la pistola de que era portador, lo que suponía mayor facilidad para la comisión del delito y el elemento subjetivo de abuso de superioridad reside simplemente en el conocimiento de la misma y en su consciente aprovechamiento o, dicho de otra forma, en la representación de la desigualdad de fuerzas o medios comisivos y en la voluntad de actuar al amparo o bajo la cobertura de dicha desigualdad.

Esta Sala se ha pronunciado afirmando la existencia de la agravante de abuso de superioridad en supuestos como el que examinamos en los que el Tribunal de instancia no apreció la concurrencia de la alevosía.

Así, en las [Sentencias 83/2015, de 13 de febrero](#) y [17/2013, de 15 de enero](#), se declara que el rechazo de la pretensión de que en la Sentencia recurrida debió ser aplicada la circunstancia agravante de alevosía no puede impedir a la Sala plantearse la cuestión de si en el hecho enjuiciado concurrió el abuso de superioridad. No puede impedirlo -decimos- habida cuenta de que, como frecuentemente se ha señalado en la doctrina, el abuso de superioridad no es sino una alevosía menor o de segundo grado, y aplicar esta agravante, cuando no ha sido pedida por la acusación que sí solicitó la apreciación de la alevosía no viola el principio acusatorio, pues la alevosía puede ser considerada a estos efectos como una modalidad agravada del abuso de superioridad, que no debilita la defensa del ofendido sino que tiende a eliminarla. Concorre la agravante de abuso de superioridad cuando la defensa de la víctima queda ostensiblemente debilitada por la superioridad personal, instrumental o medial del agresor o agresores que se ven por ello asistidos de una mayor facilidad para la comisión del delito y el elemento subjetivo de abuso de superioridad reside simplemente en el conocimiento de la misma y en su consciente aprovechamiento o, dicho de otra forma, en la representación de la desigualdad de fuerzas o medios comisivos y en la voluntad de actuar al amparo o bajo la cobertura de dicha desigualdad. Así se ha pronunciado reiterada jurisprudencia de esta Sala, como es exponente la [Sentencia 85/2009, de 6 de febrero](#), en la que se declara que *para que concurra abuso de superioridad es preciso que se dé un importante desequilibrio de fuerzas a favor del agresor; que de él se siga la notable disminución de las posibilidades defensivas del ofendido; que esta situación de asimetría fuera deliberadamente ocasionada, o, conocida, exista un aprovechamiento de la misma; y, en fin, que esa situación de ventaja de la que se abusa no sea inherente al delito*.

Pues bien, en el caso que examinamos, dados los hechos que se declaran probados, han concurrido los elementos que se dejan expresados ya que el acusado con consciente y manifiesto abuso de superioridad se aprovechó de la inferioridad en la que se encontraba la víctima, a la que disparó repetidamente hasta vaciar el cargador mientras la víctima caminaba de espaldas al acusado.

El recurso, con este alcance, debe ser estimado.

### III. FALLO

**DEBEMOS DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS EL RECURSO DE CASACION** por infracción de precepto constitucional, quebrantamiento de forma e infracción de Ley interpuesto por el acusado **Hernan Celso** contra [sentencia](#) dictada por la Sección 27 de la Audiencia Provincial de Madrid, en causa seguida por delitos de tentativa de homicidio, maltrato en el ámbito de la violencia de género, amenazas, quebrantamiento de medida cautelar, tenencia ilícita de armas y falsedad. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas ocasionadas con su recurso.

**Y DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR PARCIALMENTE AL RECURSO DE CASACION** por infracción de preceptos constitucionales e infracción de Ley interpuesto por la acusación particular en nombre de Estefanía Sagrario, contra mencionada sentencia dictada por la Sección 27 de la Audiencia Provincial de Madrid, que casamos y anulamos, declarando de oficio las costas de la acusación particular. Y remítase certificación de esta sentencia y de la que a continuación se dicta a la mencionada Audiencia a los efectos procesales oportunos.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y Andres Martinez Arrieta Jose Ramon Soriano Soriano Alberto Jorge Barreiro Ana Maria Ferrer Garcia Carlos Granados Perez

### SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Noviembre de dos mil quince.

En la causa incoada por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer número 6 2/2013 y seguida ante la Sección 27 de la Audiencia Provincial de Madrid por delito, entre otros, de homicidio en grado de tentativa y en cuya causa se dictó sentencia por la mencionada Audiencia, con fecha [31 de marzo de 2015](#), que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Carlos Granados Perez, hace constar lo siguiente:

#### I. ANTECEDENTES

##### UNICO

se aceptan y reproducen los antecedentes de hecho de la sentencia dictada por la Sección 27 de la Audiencia Provincial de Madrid.

#### II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**UNICO** Se aceptan y reproducen los fundamentos jurídicos de la [sentencia recurrida](#), a excepción de los fundamentos jurídicos vigésimo segundo y vigésimo tercero que se verán completados por el fundamento jurídico cuarto de la sentencia de casación, en relación al recurso formalizado por la acusación particular, en lo que se refiere a la concurrencia de la agravante de abuso de superioridad.

La concurrencia de esta agravante debe tener su reflejo en la determinación de la pena de prisión impuesta por el Tribunal de instancia en el delito de homicidio en grado de tentativa que lo fue de nueve años de prisión y atendiendo que también concurre esta agravante de abuso de superioridad se considera adecuada y proporcionada una pena de nueve años y diez meses de prisión que sustituye a la pena que le fue impuesta, por ese delito, en la sentencia recurrida.

#### III. FALLO

**FALLAMOS:** Que manteniendo y ratificando los restantes pronunciamientos de la sentencia anulada, al apreciar, asimismo, en el delito de homicidio en grado de tentativa, cometido por el acusado **Hernan Celso**, la concurrencia de la agravante de abuso de superioridad, ello determina que se sustituya la pena de prisión que le fue impuesta en la [sentencia recurrida](#), por ese delito, de nueve años de prisión por la de **NUEVE AÑOS Y DIEZ MESES DE PRISIÓN**.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos,

mandamos y firmamos Andres Martinez Arrieta Jose Ramon Soriano Soriano Alberto Jorge Barreiro Ana Maria Ferrer Garcia Carlos Granados Perez

**PUBLICACIÓN**

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