



Roj: **STS 1404/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:1404**

Id Cendoj: **28079120012017100274**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **03/04/2017**

Nº de Recurso: **10479/2016**

Nº de Resolución: **229/2017**

Procedimiento: **PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO**

Ponente: **ALBERTO GUMERSINDO JORGE BARREIRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En Madrid, a 3 de abril de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 10479/2016, interpuesto por D. Donato representado por el procurador D. Carlos Navarro Gutiérrez bajo la dirección letrada de D^a. M. Milagrosa Fernández Martínez contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección Sexta, con Sede en Ceuta de fecha 23 de mayo de 2016. Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal y D. Guillermo representado por la Procuradora D^a Sofía Pereda Gil bajo la dirección letrada de D. José Vázquez Ávila.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción número 3 de Ceuta instruyó sumario 2/2015, por delito homicidio contra Donato, y lo remitió a la Audiencia Provincial de Cádiz cuya Sección Sexta, con Sede en Ceuta, dictó sentencia en el Rollo de Sala 2/2015 en fecha 23 de mayo de 2016 con los siguientes hechos probados:

"Primero.- Donato y Lorena habían mantenido una relación sentimental, que se había roto antes del 03/03/2014. En esa fecha la Sra. Lorena tenía otra con Guillermo. Esa noche salieron ambos a cenar en compañía de la hija que la Sra. Lorena y el Sr. Donato habían tenido en común. Alrededor de las 00:00 horas del 04/03/2014 se dirigieron en un vehículo a la farmacia de guardia situada en el Polígono Virgen de África de Ceuta. El Sr. Donato, que llamó varias veces a la Sra. Lorena mientras comía con aquéllos, salió en su busca, no sabiéndose con qué finalidad concreta, pero, en ningún caso, porque pensara que tuviera que quedarse con su hija esa noche, y la encontró en ese lugar. La Sra. Lorena advirtió su presencia y se lo indicó al Sr. Guillermo, que se dirigió al citado establecimiento a pesar de que en varias ocasiones el Sr. Donato le había mandado mensajes diciéndole que lo iba a matar y que, ante la invitación a que se encontraran para aclarar la situación de ellos tres, le hizo saber este último que si se veían era para acabar con su vida, propósito que le había manifestado también algunas veces personalmente a la Sra. Lorena cuando le insistía en que tenían que reanudar su relación y que el Sr. Guillermo no le convenía. El Sr. Donato detuvo el automóvil en el que se había desplazado hasta allí casi en paralelo al de ellos sin hacer uso del freno de estacionamiento. Por tal motivo se desplazó hacia aquél en el que se encontraba la Sra. Lorena, quien le alertó de ello con voz elevada, y lo accionó, saliendo fuera del mismo. Al oírlo el Sr. Guillermo se volvió hacia donde estaban los otros tres. A continuación, el Sr. Donato, militar y tirador experimentado, después de gritarle algo que no se ha podido concretar al Sr. Guillermo, le disparó al menos seis veces a una distancia de entre dos y cinco metros con intención de matarlo. Utilizó para ello una pistola de la marca Walther, modelo P99, recamarada para cartuchos de 9 milímetros parabellum, propiedad del mismo, que no se ha determinado si llevaba consigo en algunas situaciones específicas, al igual que dos cuchillos de cerámica de 10 centímetros de hoja que también portaba, o la cogió expresamente para hacer uso de ella esa misma noche. El Sr. Guillermo abandonó el lugar para ponerse a salvo, no pudiendo continuar su huída cuando llegó a un portal, donde llamó a varios porteros electrónicos para demandar ayuda. Entretanto la Sra. Lorena se colocó delante del Sr. Donato y le recriminó lo que había hecho, tras lo cual se dirigió el arma a su propia cabeza, ante lo que aquélla le intimó a

que la bajara, lo que hizo, indicándole posteriormente que se marchara cuando empezó a congregarse gente por la zona, lo que hizo en el automóvil en el que había llegado hasta allí. Como consecuencia de los disparos el Sr. Guillermo sufrió inmediatamente los siguientes daños corporales:

-Herida por arma de fuego, con orificio de entrada en la región deltoidea y orificio de salida en la cara posterior del hombro

-Herida por arma de fuego, con orificio de entrada en la región deltoidea y orificio de salida en la región interescapular izquierda.

-Herida por arma de fuego, con orificio de entrada en el tercio medio del borde radial y orificio de salida en la cara anterior del tercio distal del antebrazo derecho.

-Herida por arma de fuego, con orificio de entrada en la cara posterior del tercio medio del antebrazo izquierdo con trayecto interno con fractura conminuta del tercio medio del radio y orificio de salida en el tercio proximal de borde cubital.

-Herida por arma de fuego, con orificio de entrada en la cara anterior del lado derecho de la bolsa escrotal y de salida en la cara posterior del lado derecho de la misma.

-Herida por roce tangencial en la cara interna del tercio proximal del muslo derecho tras la salida del proyectil de la bolsa escrotal.

-Herida por arma de fuego, con orificio de entrada en la región epigástrica izquierda, que causó en su trayecto interno otra anfractuosa del hígado, perforación de la vesícula biliar en dos planos con estallido de litiasis, una más tangencial gastroduodenal en dos planos y fractura parcelar de la cresta ilíaca derecha y, finalmente, orificio de salida en la región lumbar derecha.

Como complicaciones coetáneas a los menoscabos físicos antes descritos el Sr. Guillermo sufrió las siguientes:

-Peritonitis por vertido bilioso, intestinal y sanguíneo

-Schok hipovolémico y distributivo y coagulopatía de consumo. Como consecuencia de todo lo antes descrito, el estado del Sr. Guillermo evolucionó posteriormente hacia las siguientes patologías:

- Trastorno por estrés postraumático.

-Trastorno adaptativo mixto con síntomas ansiosos y depresivos.

-Neuroapraxia de nervio interóseo anterior del antebrazo izquierdo.

La estabilización del estado del Sr. Guillermo tras los padecimientos anteriores no se había producido aún el 06/04/2016, habiendo estado hospitalizado hasta entonces durante 31 días e impedido de realizar sus ocupaciones habituales todos los demás. Requirió para ello, además de una primera asistencia facultativa y de las posteriores revisiones médicas de control evolutivo por servicios médicos del aparato digestivo, cirugía general y digestiva y traumatología y sin perjuicio de otras actuaciones a realizar con posterioridad, lo que sigue:

-Intervención quirúrgica mediante laparotomía exploradora supra-infraumbilical, extirpación de la vesícula biliar, sutura de la perforación gastrointestinal y de la laceración hepática, drenaje de hemoperitoneo, una segunda laparotomía por bilioma y hematoma en fondo de saco de Douglas.

-Intervención quirúrgica de la fractura diafisaria de radio izquierdo con retirada de fragmentos óseos desvitalizados, limpieza del foco de fractura, reconducción y fijación de la misma con placa LPC de 8 orificios y 6 pernos de bloqueo, más relleno de defecto óseo mediante injerto sintético, cierre por planos, drenaje, sutura de piel y aplicación de férula braquiopalmar.

-Intervención quirúrgica por pseudoartrosis de tercio medio de radio izquierdo y sinostosis de membrana interósea.

-Tratamiento psicofarmacológico y psicoterapia de apoyo continuado. Tras toda la actuación facultativa recibida han quedado al Sr. Guillermo, cuando menos, las siguientes secuelas:

-Trastorno neurótico por estrés postraumático de grado importante.

-Trastorno neurótico innominado algo superior a su grado medio.

-Limitación de la flexión del codo con posibilidad de hacerlo más allá de los 30° algo superior a su tramo mínimo.

- Limitación de la movilidad de la muñeca (pronación) algo superior a su graduación mínima.
- Limitación de la movilidad de la muñeca (supinación) algo inferior a su graduación máxima.
- Limitación de la movilidad pronosupinadora del antebrazo izquierdo.
- Cicatriz residual de 1 centímetro de diámetro en la región deltoidea derecha.
- Cicatriz residual de 1 centímetro de diámetro en cara posterior del hombro derecho.
- Cicatriz residual de 1 centímetro de diámetro en la región deltoidea izquierda.
- Cicatriz residual de 2 centímetros de diámetro en la región interescapular izquierda
- Cicatriz residual de 1 centímetro de diámetro en el tercio medio del borde radial del antebrazo derecho.
- Cicatriz residual de 1 centímetro de diámetro en la cara anterior del tercio distal del antebrazo derecho.
- Cicatriz residual de 1 centímetro de diámetro en la cara posterior del tercio medio del antebrazo izquierdo.
- Cicatriz residual de 1 centímetro de diámetro en el tercio proximal del borde cubital del antebrazo izquierdo.
- Cicatriz quirúrgica lineal de 21 centímetros de longitud, deprimida y algo adherida a planos profundos, ubicada en el tercio medio del borde radical del antebrazo izquierdo.
- Dos pequeñas cicatrices en la bolsa escrotal.
- Cicatriz de laparotomía de 30 centímetros de longitud en el abdomen, con cuerpo extraño en el espesor de la pared abdominal por la sutura de cierre de dicha intervención.
- Cicatriz de 1,5 centímetros de diámetro en la zona izquierda de la región epigástrica.
- Cicatriz de 1 centímetro de diámetro en la región lumbar izquierda.
- Cicatriz en forma de cruz de 3 y 1 centímetro cada brazo en la fosa ilíaca derecha.
- Cicatriz en forma de "L" de 3 y 2 centímetros cada brazo en la fosa ilíaca derecha.
- Cicatriz de 1,5 centímetros en la fosa ilíaca izquierda.
- Cicatriz de 1,5 centímetros en la región hipogástrica

La limitación de la movilidad del antebrazo izquierdo y todas las cicatrices indicadas generan al Sr. Guillermo un perjuicio estético medio en su tramo también medio.

Segundo.- Cuando Donato efectuó los disparos sobre Guillermo no estaba privado totalmente de sus facultades para comprender qué estaba llevando a cabo y actuar conforme a tal determinación, no acreditándose si las mismas estaban sólo limitadas ni en qué grado. No obstante, la actuación del Sr. Donato estuvo motivada, en cualquier caso, por la frustración que le generaba saber que el Sr. Guillermo mantenía una relación con Lorena , que, a pesar de su ruptura con él, se apoyaba constantemente en el mismo y le hacía partícipe de sus conflictos sentimentales con el Sr. Guillermo .

Tercero.-La tarde del 03/03/2014 Donato , que presentaba un cierto estado de nerviosismo, consumió, al menos, un fármaco tranquilizante que le suministró Lorena , sin que se haya acreditado que ni el mismo ni otros que hubiera podido consumir afectara de forma alguna a su facultad de comprender qué estaba haciendo cuando disparó más tarde a Guillermo o de actuar conforme a tal entendimiento.

Cuarto.- Donato acudió a la Comandancia de la Guardia Civil de Ceuta sobre las 00:45 horas del 04/03/2015 y dijo al miembro de dicho cuerpo que estaba en la puerta que había disparado al "querido de su mujer", haciendo entrega al mismo del arma antes indicada. En ese lugar, donde se le intervinieron, además, los dos cuchillos que también se refirieron previamente, un cartucho real de aquélla y otro de fogueo, afirmó que lo había matado, a pesar de que no sabía cuál había sido el desenlace de lo ocurrido, por ser esa la impresión que tenía tras la actuación que había llevado a cabo.

Quinto.-No se ha acreditado que Donato llamara a uno de sus superiores en la jerarquía militar antes de acudir a la Comandancia de la Guardia Civil.

Sexto.- El día 29/03/2016 Pura realizó un ingreso de 12.270 euros en una cuenta de la entidad consignataria, señalando como concepto de pago "Fianza responsabilidad civil...EXP 2/2015", presentándose un escrito el día 06/04/2016 por la representación procesal de Donato en el que solicitó que dicha suma se pusiera "...a disposición de la víctima a los efectos de reparar el daño producido...", junto con la "...cantidad que le había sido embargada previamente...". De otro lado, el 05/04/2016 se le hicieron llegar a Guillermo varias cartas a través de su letrado, que se atribuían al Sr. Donato , pero cuyo contenido ni autor se han determinado.



Séptimo.-Como consecuencia de que Donato utilizara para acabar con la vida de Guillermo un arma, cuyo uso conocía por su profesión y que empleó a una distancia no muy grande, unido a las circunstancias en las que se encontraron ambos, se debilitaron de forma importante, cuando menos, sus posibilidades de defensa.

Octavo.-Asisa, Asistencia Sanitaria Interprovincial de Seguros Sociedad Anónima asumía la prestación de la asistencia sanitaria de Guillermo cuando ocurrieron los hechos anteriormente indicados en virtud de una póliza colectiva concertada Instituto Social de las Fuerzas Armadas. En atención a ello ha abonado por todas las actuaciones realizadas hasta ese momento tendentes a procurar la sanación del Sr. Guillermo como consecuencias de los daños de toda índole que sufrió por los disparos la suma de 42.667,85 euros, restando por satisfacer otras cantidades por esos mismos conceptos".

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "FALLO

1) Condenamos a Donato como autor de un delito de homicidio intentando concurriendo la circunstancia atenuante de confesión y la agravante de abuso de superioridad a las penas de 7 años y 6 meses de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo y suspensión de cualquier empleo en las fuerzas armadas que le permita el uso de armas de fuego durante el tiempo de la condena y prohibición de aproximarse a Guillermo y a comunicarse con el mismo durante 17 años y 6 meses.

2) Condenamos a Donato a abonar en concepto de responsabilidad civil a Guillermo la suma de 149.029 euros y a Asisa, Asistencia Sanitaria Interprovincial de Seguros Sociedad Anónima la de 42.667,85 euros, que devengarán hasta su pago un interés anual igual al legal del dinero incrementado en dos puntos desde la fecha de la presente resolución.

3) Decomisamos la pistola y los dos proyectiles intervenidos.

4) Condenamos a Donato a pagar la totalidad de las costas procesales, que incluirán las ocasionadas a Guillermo .

Esta sentencia no es firme, pudiendo interponerse contra la misma el recurso de casación, que habrá de prepararse en el plazo de cinco días desde la notificación de esta resolución".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por Donato que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- La representación del recurrente basa su recurso de casación en los siguientes motivos: PRIMERO.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1º LECr , al haberse infringido por inaplicación el art. 20.1 C.P . la circunstancia eximente de trastorno mental transitorio. SEGUNDO.- El anunciado no se formaliza. TERCERO.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1º LECr , al haberse infringido por inaplicación el artículo 21.3 C.P . de la circunstancia atenuante la de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido **arrebato, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante** . CUARTO.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1º LECr , al haberse infringido por inaplicación el artículo 21.1 c.p . respecto del artículo 20.2 del c.p . QUINTO.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1º LECr , al haberse infringido por inaplicación el artículo 21.5 C.P . respecto de la circunstancia atenuante de reparación del daño. SEXTO.- Por infracción del precepto constitucional, al amparo del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el art. 5.4 de la LOPJ , ambos en relación al art. 24.1 y 2 de la CE , referido a la infracción del principio acusatorio y el derecho a un proceso con todas las garantías, al no haber sido solicitado por las acusaciones la agravante de abuso de superioridad del art. 22.2 del código penal . SEPTIMO.- Por vulneración infracción del precepto constitucional, al amparo del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el art. 5.4 de la LOPJ , ambos en relación al art. 24.1 y 2 de la CE , referido a la infracción del principio in dubio pro reo. OCTAVO.- 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. NOVENO.- Por infracción de Ley al amparo del nº 1 del art. 849 LECr al no haberse aplicado correctamente las reglas de determinación de la pena previstas en el art. 66 CP . DECIMO.- Por infracción de Ley al amparo del nº 1 del art. 849 LECr por aplicación indebida del art. 22.2 del código penal . UNDECIMO.- Dejamos desierto este motivo.

QUINTO.- Instruidas las partes, la Procuradora Sra. Pereda Gil en nombre y representación de Guillermo presentó escrito impugnando el recurso, el Ministerio Fiscal impugnó todos y cada uno de los motivos; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebraron deliberación y votación el día 21 de marzo de 2017.



II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRELIMINAR. La Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Cádiz, con sede en Ceuta, condenó en sentencia dictada el 23 de mayo de 2016 a Donato como autor de un delito de homicidio intentado, concurriendo la circunstancia atenuante de confesión y la agravante de abuso de superioridad, a las penas de 7 años y 6 meses de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo y suspensión de cualquier empleo en las fuerzas armadas que le permita el uso de armas de fuego durante el tiempo de la condena, y prohibición de aproximarse a Guillermo y a comunicarse con él durante 17 años y 6 meses.

También lo condenó a abonar en concepto de responsabilidad civil a Guillermo la suma de 149.029 euros y a ASISA, Asistencia Sanitaria Interprovincial de Seguros Sociedad Anónima, la de 42.667,85 euros, que devengarán hasta su pago un interés anual igual al legal del dinero incrementado en dos puntos desde la fecha de la presente resolución. Acordó el decomiso de la pistola y los dos proyectiles intervenidos. Y le impuso al acusado el pago de la totalidad de las costas procesales, incluidas las correspondientes a Guillermo .

Los hechos objeto de la condena, expuestos resumidamente, se centraron en que el acusado, Donato , que había mantenido una relación sentimental con Lorena , rota antes del 3 de marzo de 2014, fecha en la que ésta mantenía otra con Guillermo , llamó varias veces por teléfono durante la noche de ese día a Lorena a sabiendas de que había salido a cenar con la nueva pareja en compañía de la hija que la Sra. Lorena y el acusado habían tenido en común. Alrededor de las 00:00 horas del 4 de marzo el acusado salió en busca de su expareja, ignorándose con qué finalidad concreta, pero en ningún caso porque pensara que él tuviera que quedarse con la niña. Y cuando Lorena se hallaba en las inmediaciones de una farmacia situada en el polígono Virgen de África, de Ceuta, en la que acababa de entrar Guillermo , el acusado, que era militar de profesión y tirador experimentado, y que le había enviado mensajes en otras ocasiones diciéndole que lo iba a matar, después de gritarle algo que no se ha podido concretar al Sr. Guillermo , le disparó al menos seis veces a una distancia de entre dos y cinco metros con intención de matarlo. Utilizó para ello una pistola de la marca Walther, modelo P99, recamarada para cartuchos de 9 milímetros parabellum, propiedad del mismo, que no se ha determinado si llevaba consigo en algunas situaciones específicas (al igual que dos cuchillos de cerámica de 10 centímetros de hoja que también portaba) o la cogió expresamente para hacer uso de ella esa misma noche.

Como consecuencia de los disparos Guillermo sufrió varias heridas por arma de fuego en la región deltoidea, en el borde radial y antebrazo derecho, en el antebrazo izquierdo, en la cara anterior del lado derecho de la bolsa escrotal, en la cara interna del tercio proximal del muslo derecho tras la salida del proyectil de la bolsa escrotal, y en la región epigástrica izquierda y el hígado, con perforación de la vesícula biliar en dos planos con estallido de litiasis, una más tangencial gastroduodenal en dos planos y fractura parcelar de la cresta ilíaca derecha, y, finalmente, orificio de salida en la región lumbar derecha.

Como complicaciones coetáneas a los menoscabos físicos antes descritos el Sr. Guillermo sufrió peritonitis por vertido biliario, intestinal y sanguíneo; shock hipovolémico y distributivo; y coagulopatía de consumo. Como consecuencia de todo lo antes descrito, el estado del Sr. Guillermo evolucionó posteriormente hacia las siguientes patologías:

- Trastorno por estrés postraumático.
- Trastorno adaptativo mixto con síntomas ansiosos y depresivos.
- Neuroapraxia de nervio interóseo anterior del antebrazo izquierdo.

Contra la referida sentencia condenatoria recurrió en casación la defensa del acusado, oponiéndose al recurso el Ministerio Fiscal y la acusación particular.

PRIMERO . 1. En el *motivo primero* del recurso invoca la defensa, con sustento procesal en el art. 849.1º de la LECr ., la vulneración del art. 20.1ª por no haberse aplicado la *eximente de trastorno mental transitorio* .

La parte recurrente alega que de la declaración de hechos probados y de los fundamentos de derecho recogidos se constata que Donato en el momento de los hechos sufría estrés postraumático y padecía una psicopatología afectiva, ansioso-depresiva. Afirma también que dicho diagnóstico no fue desmentido por los forenses, pues si bien negaron que el primero influyera en su actuación, del segundo manifestaron que era cuestionable. También señala la parte que la exposición efectuada en el acto de juicio por la psiquiatra Dra. Luisa , en la que describió pormenorizadamente tanto el trauma sufrido por Donato en la infancia como la psicopatología que sufría en ese momento, y el conjunto de circunstancias que se dieron el día de los hechos, determinaron la explosión o cortocircuito que padeció el acusado, con las terribles consecuencias que ello tuvo para Guillermo .



2. La **Jurisprudencia de esta Sala** tiene establecido que el trastorno mental transitorio, que afecta de modo notorio a la imputabilidad, supone una perturbación de intensidad psíquica idéntica a la enajenación, si bien diferenciada por su temporal incidencia. Viene estimándose que dicho trastorno, con fuerza para fundamentar la eximente, supone, generalmente sobre una base constitucional morbosa o patológica, sin perjuicio de que en persona sin tara alguna sea posible la aparición de indicada perturbación fugaz, una reacción vivencial anormal, tan enérgica y avasalladora para la mente del sujeto, que le priva de toda capacidad de raciocinio, eliminando y anulando su potencia decisoria y sus libres determinaciones volitivas, siempre ante el choque psíquico originado por un agente exterior, cualquiera que sea su naturaleza. Fulminación de conciencia tan intensa y profunda que impide al agente conocer el alcance antijurídico de su conducta, despojándole del libre arbitrio que debe presidir cualquier proceder humano responsable. En el entendimiento de que la eximente completa requiere la abolición de las facultades volitivas e intelectivas del sujeto, prevalece la eximente incompleta cuando el grado de afección psíquica no alcanza tan altas cotas (SSTS de 15 de abril de 1998 ; y 765/2011 , de 19-7).

De otra parte, la STS. 16 de octubre de 1998 ya precisó que una reiterada jurisprudencia ha declarado que, desaparecido el criterio ya superado de la base patológica como requisito del trastorno mental transitorio , ante la realidad de alteraciones de la mente de origen meramente psíquico, que por su intensidad merecían la exención de responsabilidad, se viene entendiendo que tal trastorno puede tener también origen exógeno, atribuyendo su aparición a un choque psíquico producido por un agente exterior cualquiera que sea su naturaleza y que se presenta bajo la forma de múltiples fenómenos perturbadores de la razón humana, exigiéndose:

1º Una brusca aparición.

2º Irrupción en la mente del sujeto con pérdida de facultades intelectivas o volitivas o ambas.

3º Breve duración.

4º Curación sin secuelas.

5º Que no sea autoprovocado, es decir que no haya sido provocado por el que lo padece con propósito de sus actos ilícitos.

3. Pues bien, en el **caso examinado** la Audiencia declara probado que "cuando Donato efectuó los disparos sobre Guillermo no estaba privado totalmente de sus facultades para comprender qué estaba llevando a cabo y actuar conforme a tal determinación, no acreditándose si las mismas estaban sólo limitadas ni en qué grado. No obstante, la actuación del Sr. Donato estuvo motivada, en cualquier caso, por la frustración que le generaba saber que el Sr. Guillermo mantenía una relación con Lorena , que, a pesar de su ruptura con él, se apoyaba constantemente en el mismo y le hacía partícipe de sus conflictos sentimentales con el Sr. Guillermo " .

Y en el fundamento de derecho duodécimo se arguye que "aun partiendo de la base de que Donato sufra una psicopatología afectiva ansioso-depresiva y un trastorno de estrés postraumático, que no se ha podido comprobar si se corresponde con la realidad o, al menos, si el diagnóstico es correcto, ello no quiere decir que su actuación al ver que su expareja estaba con otra persona eliminase de manera brusca y por un breve período de tiempo, como es consustancial a esta circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, sus facultades intelectivas y volitivas ni que se vieran alteradas groseramente, como se trató de hacer valer como parte de su línea de defensa y se ha acreditado que no ocurrió, lo que impide apreciarla tanto como eximente completa como incompleta del artículo 21.1ª del código penal " .

Por consiguiente, y aunque es posible que la premisa fáctica de la Sala de instancia no fuera lo suficientemente clara, explícita y concluyente al describir cuál era el estado psíquico del acusado cuando ejecutó los hechos, ya que da muestras en su redacción de alguna ambigüedad e indeterminación a tenor de lo que se relata en la sentencia recurrida -en concreto al expresar que " *no estaba privado totalmente de sus facultades para comprender qué estaba llevando a cabo y actuar conforme a tal determinación, no acreditándose si las mismas estaban sólo limitadas ni en qué grado* "- , lo cierto es que en la fundamentación jurídica, cuando desarrolla y razona el contenido ambiguo y excesivamente abierto de algunas de sus expresiones, sí asevera de forma concluyente que las facultades intelectivas y volitivas del acusado no estaban eliminadas y ni siquiera alteradas groseramente. Es más, incluso llega a decir que no está claro que el diagnóstico referente al síndrome postraumático y a la ansiedad depresiva sea correcto y que estén comprobados tales padecimientos. En virtud de lo cual, acaba excluyendo la aplicación de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal con relación a los extremos suscitados.

Por último, en el fundamento primero de la sentencia impugnada se afirma también que, aunque los médicos forenses no pudieron rechazar categóricamente que el acusado, al que examinaron personalmente, sufriera los



trastornos ansioso-depresivos y de estrés postraumático, aseveraron tajantemente que el primero no influía en un supuesto como el que nos ocupa y que el segundo era cuestionable.

Todo ello significa que, según el informe médico oficial, no constaba acreditado una modificación de la imputabilidad del acusado que legitimara la aplicación de una circunstancia limitadora de la culpabilidad.

Visto lo que antecede, el motivo no puede prosperar.

SEGUNDO . 1. Después de renunciar al motivo segundo, la parte recurrente reivindica en el **motivo tercero** , por la vía de la infracción de ley (art. 849.1º de la LECr .), que se le aplique la atenuante 3ª del art. 21 del C. Penal : la de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebató, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante.

Alega la defensa como antecedentes fácticos que acreditan la atenuante que la Sra. Lorena se colocó delante del Sr. Donato y le recriminó lo que había hecho, tras lo cual éste se dirigió el arma hacia su propia cabeza, ante lo que aquélla le intimó a que la bajara, lo que hizo, indicándole posteriormente que se marchara.

También aduce que en la sentencia se afirma que el acusado no estaba privado totalmente de sus facultades, no acreditándose si las mismas estaban sólo limitadas ni en qué grado. El Sr. Donato , que llamó varias veces a la Sra. Lorena mientras cenaba con aquéllos, salió en su busca, no sabiéndose con qué finalidad concreta. La actuación del Sr. Donato estuvo motivada, en cualquier caso, por la frustración que le generaba saber que el Sr. Guillermo mantenía una relación con Lorena , que, a pesar de su ruptura con él, se apoyaba constantemente en el mismo y le hacía partícipe de sus conflictos sentimentales con el Sr. Guillermo .

Subraya también el recurso que el acusado detuvo su automóvil casi en paralelo al de ellos sin hacer uso del freno de estacionamiento, por lo que tuvo que ser avisado de tal circunstancia por la Sra. Lorena .

Igualmente se reseña el dato de que la tarde del 3 de marzo de 2014 Donato , que presentaba cierto estado de nerviosismo, consumió, al menos, un fármaco tranquilizante que le suministró Lorena .

Después hace la defensa un examen comparativo entre lo manifestado por los médicos forenses y el informe emitido por la Dra. Luisa y la psicóloga Martina , sin que pudieran rechazar categóricamente los forenses que el acusado, al que examinaron personalmente, sufriera los trastornos ansioso-depresivos y de estrés postraumático. Ante lo cual, aseveraron tajantemente que el primero no influía en un supuesto como el que nos ocupa y que el segundo era cuestionable. Y sostuvieron que el saber que Lorena pudiera estar con Guillermo es una circunstancia que podría "alterar el ánimo" como a cualquier otra persona le sucedería en su misma situación sentimental, y sólo quizás a él algo más por sus vivencias y personalidad.

La parte hace hincapié en la razonabilidad y consistencia del dictamen de las peritos de parte y en los argumentos que expusieron en el plenario a la hora de verificar el estado psíquico que presentaba el acusado y la influencia que en él pudieron tener su síndrome postraumático y su psicopatología ansioso depresiva.

2. Con respecto a la **circunstancia de arrebató y obcecación** se establece en la sentencia 1284/2009, de 10 de diciembre , que el arrebató ha sido definido por la jurisprudencia como una «especie de conmoción psíquica de furor» y la obcecación como «un estado de ceguedad u ofuscación», con fuerte carga emocional el primero y acentuado substrato pasional la segunda; otras veces, se les relaciona con su duración temporal, y así, el «arrebató como emoción súbita y de corta duración» y la «obcecación es más duradera y permanente» (STS 1237/1992, 28 de mayo); el primero está caracterizado por lo repentino o súbito de la transmutación psíquica del agente, diferenciándose de la obcecación por la persistencia y la prolongación de la explosión pasional que ésta representa (STS 1196/1997, 10 de octubre).

En cuanto a sus requisitos, en la sentencia 140/2010, de 23 de febrero , se exige, en primer lugar, la existencia de estímulos o causas, generalmente procedentes de la víctima (STS núm. 256/2002, de 13 de febrero), que puedan ser calificados como poderosos, y que se entiendan suficientes para explicar en alguna medida la reacción del sujeto, con lo que quedan excluidos los estímulos nimios ante los que cualquier persona media reaccionaría con normalidad. Es en este sentido en el que ha de ser entendida la exigencia relativa a la proporcionalidad que debe existir entre el estímulo y la alteración de la conciencia y de la voluntad que acompaña a la acción. Si la reacción resulta absolutamente discordante por notorio exceso con el hecho motivador, no cabe aplicar la atenuación (STS de 27 de febrero de 1992), pues no es posible otorgar efectos atenuatorios a cualquier reacción pasional o colérica si no está contrastada la importancia del estímulo provocador del disturbio emocional en que el arrebató consiste y que ha de tener influencia menguante sobre la voluntad e inteligencia del autor (STS núm. 1483/2000, de 6 de octubre).

Y también se ha advertido por esta Sala en la sentencia 140/2010 que no cualquier estímulo es válido a los efectos de atenuar la responsabilidad por la vía de la atenuante de estado pasional. Así, se ha dicho que "la reacción amparada en la atenuación debe ir dirigida a asegurar la convivencia social, pues no ha de olvidarse



la función del derecho penal, la ordenación de la convivencia, por lo que los presupuestos de la atenuación deben ser lícitos y acordes con las normas de convivencia".

Pues bien, al ponderar la **conducta del acusado** en relación con el estímulo o motivo que desencadenaron sus reprochables actos homicidas, es claro que el hecho de que su expareja decidiera entablar una nueva relación con la víctima no puede valorarse como un factor relevante digno de integrar una atenuante de responsabilidad criminal con respecto a la acción de intentar matar mediante seis disparos de pistola al sujeto que entabló una relación con su excompañera.

Tal como ha reiterado la jurisprudencia, el derecho penal no debe legitimar ni atenuar la responsabilidad penal en virtud de cualquier reacción colérica cuando el estímulo provocador es débil y la respuesta al mismo se muestra totalmente excesiva y desmesurada con respecto al hecho motivador (STS 546/2012, de 25-6).

En la sentencia de esta Sala 754/2015, de 27 de noviembre , se establece, resumiendo numerosos precedentes jurisprudenciales de este Tribunal, que los celos no pueden justificar la atenuante de obrar por un impulso de estado pasional, pues, exceptuando los casos en que tal reacción tenga una base patológica perfectamente probada, de manera que se disminuya sensiblemente la imputabilidad del agente, las personas deben comprender que la libre determinación sentimental de aquellas otras con las que se relacionan no puede entrañar el ejercicio de violencia.

Como se ha argumentado en la STS 357/2005, de 20 de abril , el fundamento de la atenuante del art. 21.3ª CP se encuentra en la disminución de la imputabilidad que se produce por la ofuscación de la mente y de las vivencias pasionales determinados por una alteración emocional fugaz (arrebato) o por la más persistente de incitación personal (obcecación), pero siempre produciéndose por una causa o estímulo poderoso. En ambas modalidades se precisa para su estimación que haya en su origen un determinante poderoso de carácter exógeno o exterior y de entidad suficiente para desencadenar un estado anímico de perturbación y oscurecimiento de sus facultades psíquicas con disminución de las cognoscitivas o volitivas del agente, de modo que sin alcanzar la cualidad propia del trastorno mental transitorio completo o incompleto, exceda del leve aturdimiento que suele acompañar a ciertas infracciones.

Como regla general, "el estímulo ha de ser tan importante que permita explicar (que no justificar) la reacción concreta que se produjo. Si esta reacción es algo absolutamente discordante, por exceso notorio, respecto del hecho motivador, no cabe aplicar la atenuación" (STS 256/2002, de 13 de febrero). Además, tales estímulos no han de ser reprochados por las normas socio-culturales que rigen la convivencia social y deben proceder del precedente comportamiento de la víctima, con una relación de causalidad entre los estímulos y el arrebato u obcecación y una conexión temporal, si no inmediata sí próxima entre la presencia de los estímulos y el surgimiento de la emoción o pasión (SSTS 1110/96, de 20-12 y 1479/99, de 18-10).

Es preciso también que en el entorno social correspondiente no sean tales estímulos repudiados por la norma socio-cultural imperante, lo que significa que la actuación del agente se ha de producir dentro de un cierto sentido ético, ya que su conducta y sus estímulos no pueden ser amparados por el Derecho cuando se apoyan en una actitud antisocial reprobada por la conciencia social imperante; pues no basta para la estimación de la atenuante cualquier reacción colérica de las que, con frecuencia, acompañan a ciertas acciones delictivas (SSTS 17.11.1998 , 15.1.2002).

El desafecto o el deseo de poner fin a una relación conyugal o de pareja no puede considerarse como un estímulo poderoso para la parte contraria y no tiene eficacia para sustentar una posible atenuante de arrebato u obcecación (SSTS 1424/2004, de 1 de diciembre y 201/2007, de 16 de marzo). Ello es aplicable incluso en un caso como el presente, en que la reacción homicida no se produce contra la propia expareja sino contra la persona que abiertamente y con conocimiento del propio acusado inició una relación con aquélla.

Según la sentencia 61/2010, de 18 de enero , los celos, más allá de aquellos casos en los que son el síntoma de una enfermedad patológica susceptible de otro tratamiento jurídico- penal, no pueden justificar, con carácter general, la aplicación de la atenuante de arrebato u obcecación. De lo contrario, estaríamos privilegiando injustificadas reacciones coléricas que, si bien se mira, son expresivas de un espíritu de dominación que nuestro sistema jurídico no puede beneficiar con un tratamiento atenuado de la responsabilidad criminal.

En el caso que ahora se juzga, tal como se razona en la sentencia impugnada, ni se ha probado que concurra un estímulo poderoso admisible socialmente, ni tampoco una alteración en el estado de ánimo del acusado que permita apreciar una disminución de su imputabilidad que dé pie para que opere la atenuante con respecto al nuevo compañero de su expareja.

Por consiguiente, este submotivo tampoco puede acogerse.



TERCERO . En el **motivo cuarto** vuelve a plantearse la exigente de **trastorno mental transitorio** en cualquiera de sus modalidades, por la vía también del art. 849.1º de la LECr ., haciendo hincapié esta vez en la ingesta de comprimidos por el acusado el día de los hechos. Denuncia, pues, la inaplicación indebida del art. 20.1º en relación con el 21.1ª, ambos del C. Penal .

Sostiene la defensa que el acusado ese día había ingerido al menos un tranquilizante que le dio Lorena , y el mismo manifiesta que se había tomado otras dos pastillas de su tratamiento.

Sin embargo, la Audiencia sólo ha considerado probado que en la tarde del día 3 de marzo el acusado consumió un fármaco tranquilizante que le suministró Lorena , sin que se haya acreditado que ni ese comprimido ni otros que hubiera podido consumir afectara de forma alguna a su facultad de comprender qué estaba haciendo cuando disparó más tarde a Guillermo ni a la facultad de actuar conforme a tal entendimiento.

La propia parte recurrente admite que la atenuante no ha tenido suficiente entidad para ser apreciada por el tribunal de forma autónoma. Sin embargo, sí entiende que debe ser tenida en cuenta la ingesta del medicamento como factor a valorar de forma acumulada y conjuntamente con las otras circunstancias esgrimidas, en especial la del artículo 21.3ª del CP . o incluirla dentro de la del trastorno mental transitorio.

En la sentencia recurrida se responde a la pretensión de la parte con el argumento de que ni todo consumo de cualquier tipo de un fármaco de esa naturaleza es susceptible de causar una alteración de las condiciones psíquicas ni que, aun produciéndose, si es muy débil, deba tomarse en consideración a los efectos de modificar la responsabilidad criminal. Carece de sentido -señala la Audiencia- que el ordenamiento jurídico penal pueda favorecer a quien, viendo enturbiadas sus facultades muy ligeramente, en lugar de desistir de su acción con un mínimo esfuerzo que le permitiría ver la luz entre la oscuridad que le envuelve o empieza a rodearle, no trate siquiera de sobreponerse a ello y actúe dando rienda suelta a sus impulsos. A pesar de tan sencillo planteamiento, se trata de un ámbito en el que la valoración de la prueba, siempre difícil, resulta más que crucial. En el presente caso, precisa la sentencia recurrida, cualquier posible afectación de Donato ha quedado en la más absoluta penumbra tras valorarse las pruebas practicadas.

Así las cosas, el motivo no puede prosperar.

CUARTO . En el **motivo quinto** alega la parte, al amparo del art.849.1º LECr , la infracción del artículo 21.5ª del C. Penal respecto de la circunstancia **atenuante de reparación del daño** .

Señala el recurrente que, a pesar de haber quedado acreditado que con anterioridad a la celebración del juicio oral, por parte de Donato se hizo un ingreso por importe de 12.270 euros, solicitando que dicha cantidad, además de los 37.784,64 euros que ya se le habían embargado anteriormente de su cuenta corriente, fueran entregados a Guillermo a efectos de reparar el daño causado. Considera que se dan por tanto los requisitos señalados por la jurisprudencia para la aplicación de la atenuante.

Frente a ello se argumenta en la sentencia recurrida que si bien el art. 21.5ª del C. Penal posibilita la atenuación de la responsabilidad criminal cuando el culpable ha procedido a reparar el daño ocasionado a la víctima, o a disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento pero con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral, lo cierto es que en el supuesto enjuiciado la cantidad consignada por el autor de los hechos sólo alcanza la suma de 12.270 euros, cantidad que la Sala de instancia considera muy escasa si se pondera que el importe de las indemnizaciones alcanza la suma de los 150.000 euros. Es cierto que el Juzgado adoptó medidas cautelares reales contra el acusado para afianzar la satisfacción de las responsabilidades pecuniarias fijada en el auto de procesamiento en aplicación del artículo 589 de la ley de enjuiciamiento criminal por una suma de 37.784,64 euros; sin embargo, advierte la Audiencia que ello no puede tener trascendencia alguna de cara a la aplicación de la atenuante que nos ocupa, pues las sumas se recabaron de manera forzosa y, por consiguiente, sin actuación reparadora alguna voluntaria.

Es preciso recordar, remarca la Audiencia, que las sumas así afianzadas están destinadas a satisfacer la totalidad de las responsabilidades pecuniarias, que en este caso abarcan no sólo la civil, sino también las costas procesales. Además existe un actor civil que en sus calificaciones provisionales interesaba que se le condenara al abono de otros 39.469,42 euros y que en el auto de procesamiento dictado el 15/02/2015 se estableció una fianza para garantizarlas de 300.000 euros, que no se constituyó.

Por lo demás, el total de las cantidades embargadas y la consignada apenas llegarían a cubrir lo que por el tiempo de demora en la sanidad correspondería abonar como indemnización, lo que es preciso destacar si se tiene en cuenta que no se ha producido aún.

Por consiguiente, la decisión del Tribunal sentenciador se ajustó en su decisión a la jurisprudencia de esta Sala, en la que se establece como doctrina consolidada que en lo que respecta a la cuestión aquí suscitada de la **reparación parcial** de los efectos del delito, según se resume en su sentencia 626/2009, de 9 de junio , aunque



la propia ley prevé como supuesto de atenuación de la responsabilidad la disminución del daño y, por lo tanto, su reparación parcial, ha de tratarse en todo caso de una contribución *relevante* (STS núm. 601/2008, de 10 de octubre ; 668/2008, de 22 de octubre ; 626/2009, de 9-6 ; y 251/2013, de 20-3 , entre otras), para lo que ha de tenerse en cuenta el daño causado y las circunstancias del autor. Sólo de forma muy restrictiva y esporádica se ha admitido por esta Sala el efecto atenuador de la reparación simbólica (sentencias núm. 216/2001, de 19 febrero y núm. 794/2002, de 30 de abril), señalando que la reparación no sólo se refiere al resarcimiento de los perjuicios materiales, siempre que el acto reparador pueda considerarse significativo en relación con la índole del delito cometido. En este sentido, entre otras, las SSTS núm. 1002/2004, de 16 de septiembre ; 145/2007, de 28 de febrero ; 179/2007, de 7 de marzo ; 683/2007, de 17 de julio ; y 2/2007, de 16 de enero .

Despojada la conducta de sus elementos subjetivos, lo trascendente para apreciar la atenuante es que la reparación pueda considerarse relevante en atención a las circunstancias del caso y del culpable (SSTS 1171/2005, de 17-10 ; 128/2010, de 17-2 ; y 589/2012, de 2-7).

Visto lo argumentado, y dada la precaria contribución realizada por el acusado para reparar los graves efectos generados por su conducta delictiva, es claro que su tesis impugnativa no puede acogerse.

QUINTO . 1. En el **motivo sexto** denuncia el recurrente, por el cauce de los arts. 852 de la LECr . y 5.4 de la LOPJ , ambos en relación al art. 24.1 y 2 de la CE , la **infracción del principio acusatorio y del derecho a un proceso con todas las garantías** , al no haber sido solicitada por las acusaciones la agravante de abuso de superioridad del art. 22.2ª del código penal .

El Ministerio Fiscal calificó los hechos como constitutivos de una tentativa de homicidio sin postular agravante alguna. Por su parte, la acusación particular calificó los hechos como constitutivos de un asesinato mediando alevosía, pero solicitó subsidiariamente para el caso de que la Audiencia no calificara los hechos como asesinato que se tipificara como un delito de homicidio intentado sin circunstancias modificativas de la responsabilidad. Por lo tanto, estima la defensa que se ha conculcado el principio acusatorio al aplicar la agravante de abuso de superioridad sin que la solicitara ninguna de las dos acusaciones.

Subraya la parte recurrente que lo denunciado no es baladí, ya que la defensa no puede defenderse de algo de que no ha sido acusado su defendido, teniendo siempre presente que de la acusación de asesinato intentado se pasa expresamente a la de homicidio intentado sin ninguna agravante. Entiende, pues, que la aplicación por el Tribunal del art. 22.2ª como alevosía menor sería ajustada a derecho siempre que la acusación no hubiera optado por el supuesto alternativo descrito.

2. La tesis de la defensa no puede sin embargo prosperar. Y ello porque esta Sala tiene sostenido y reiterado en numerosas sentencias que ningún riesgo existe de quiebra del principio acusatorio por el hecho de transmutar una condena por asesinato alevoso en otra por homicidio con la agravante de superioridad. Y así lo subraya la sentencia 555/2015, de 28 de septiembre , al afirmar que la homogeneidad entre las agravantes de alevosía (art. 21 C. Penal) y abuso de superioridad (art. 22 C. Penal) ha sido reiteradamente proclamada en casación. En efecto, como ya hemos apuntado en la STS 850/2007, 18 de octubre , con cita de la STS 600/2005, 10 de mayo , la jurisprudencia se ha pronunciado a favor de la homogeneidad, desde la perspectiva del principio acusatorio, entre las agravantes de alevosía y abuso de superioridad. La STS 1458/2004, 10 de diciembre , afirmó que no se había vulnerado el principio acusatorio, al tratarse la agravante finalmente apreciada por el Tribunal de una circunstancia claramente homogénea con la alevosía, pues, en realidad, se trata de una alevosía imperfecta o alevosía menor ya que participa de la misma estructura que la agravante 1ª del art. 22 CP , pero sin llegar en sus consecuencias al mismo grado de indefensión y desamparo en que se sitúa a la víctima. De este modo ha sido reconocido por la jurisprudencia de esta Sala en multitud de sentencias, al establecer que «la aplicación de tal agravante, cuando no ha sido pedida por las acusaciones que sí solicitaron la apreciación de la alevosía, no viola el principio acusatorio, pues esta última puede ser considerada a estos efectos como una modalidad agravada de aquélla, un abuso de superioridad que no debilita la defensa del ofendido sino que tiende a eliminarla (SSTS 619/1994, de 18 de marzo , y 357/2002, 4 de marzo)». Igualmente la STS 1340/2000, 25 de julio , que excluye la alevosía pero aprecia el abuso de superioridad subrayando que «esta apreciación no produce indefensión alguna para el acusado, pues la imputación de alevosía recoge todos los elementos de hecho constitutivos de esta otra agravante de abuso de superioridad».

3. En el **caso concreto** la Sala de instancia aplicó esos criterios jurisprudenciales, al estimar que el hecho de esgrimir contra una víctima desarmada una pistola y disparar contra su cuerpo en seis ocasiones suponía una desproporción de medios o superioridad buscada en el ataque al agredido que llevaba inherente el abuso de superioridad. De forma que el acusado fue absuelto de la tentativa de asesinato alevoso pero fue condenado por un homicidio con abuso de superioridad.

La defensa del acusado se opone a la nueva calificación, a pesar de favorecer al reo, con un argumento meramente literalista, alegando que al haber propuesto la acusación particular como calificación alternativa



el homicidio "sin circunstancias modificativas", esta nueva calificación impedía degradar la alevosía a abuso de superioridad.

Lo que hace realmente la parte con su alegación es descontextualizar totalmente la calificación alternativa, olvidando las calificaciones precedentes de ambas partes. En efecto, la acusación particular había calificado previamente los hechos como asesinato alevoso con las agravantes de premeditación, ensañamiento y aprovechamiento de las circunstancias de lugar y tiempo. Y la defensa había solicitado varias circunstancias modificativas de la responsabilidad para el supuesto de condena (eximente incompleta de trastorno mental transitorio, y las atenuantes de arrebató/obcecación y de confesión). Pues bien, cuando la parte alegó al formular la calificación definitiva que en el caso de condena por tentativa de homicidio debía de dictarse "sin circunstancias modificativas", se estaba refiriendo obviamente a las otras agravantes que había referido en su calificación provisional y también a las eximentes y atenuantes de la defensa. Y no a algo que, evidentemente, iba implícito en la petición de alevosía, ya que el mantenimiento de lo más implica el de lo menos; es decir, dentro de la cualificación de la alevosía como asesinato queda embebida la alevosía de índole o grado menor, como se conoce a la agravante de superioridad. Y así se ve corroborado por las propias alegaciones de la acusación particular contestando al escrito de recurso.

Por lo demás, es patente que la conversión de la alevosía en abuso de superioridad no genera indefensión material alguna al recurrente, a tenor de las circunstancias fácticas que concurren en ambas y la homogeneidad que albergan las dos agravaciones, tanto en su aspecto estructural como normativo.

En consecuencia, este motivo del recurso no puede acogerse.

SEXTO . En el **motivo séptimo** invoca la parte, bajo la cobertura de art. 852 de la Ley de la LECr . y del art. 5.4 de la LOPJ , ambos en relación al art. 24.1 y 2 de la CE , la infracción del **principio in dubio pro reo** .

La defensa argumenta al respecto que nos encontramos a lo largo de la sentencia con afirmaciones que no han sido probadas y algunas que incluso no han sido siquiera objeto de debate, y estas afirmaciones, que podrían en principio no tener excesiva relevancia, sí la tienen desde el momento que se han tenido en cuenta por el Tribunal en su proceso de valoración respecto de la aplicación de circunstancias modificativas de la responsabilidad o a la hora de graduar la pena a imponer, y en consecuencia se habría vulnerado el principio "in dubio pro reo".

Alude aquí de nuevo la parte recurrente a los razonamientos de la sentencia recurrida en los que la Audiencia se refiere a que la idea de agredir a la víctima ya le venía rondando desde hacía tiempo en la mente al acusado, y así lo acredita la forma de preparar la agresión proveyéndose de un arma y saliendo en su busca para dar ejecución a su plan.

Y también recoge las referencias efectuadas en la sentencia a que, al margen de que pueda sufrirse alguna patología mental relevante que sirva de base explicativa de su conducta, la merma de sus facultades no se ha acreditado que se hubiera producido en el supuesto que nos ocupa, en el que, más bien, existen elementos para pensar que se llevó a cabo un acto de venganza largo tiempo meditado. Otra cosa es que las circunstancias concurrentes en su persona o la influencia que haya podido tener en el desenlace final la actuación de Lorena puedan tomarse en consideración a la hora de la individualización de las penas.

La parte alega, en su oscura argumentación, que esos aspectos han sido indebidamente evaluados al ponderarlos de una forma y mediante unos análisis que perjudican al reo, debiendo ser excluidos como razonamientos a la hora de computar el alcance de la atenuante prevista en el art. 21.3ª del C. Penal .

Sin embargo, el principio *in dubio pro reo* que esgrime la defensa para que se compulsen debidamente las atenuantes y la individualización de la pena poco tiene que ver en este caso. Nos remitimos, pues, a lo que se ha expresado y motivado en los fundamentos precedentes y a lo que se dirá en el fundamento octavo sobre la individualización de la pena.

El motivo resulta así inviable.

SÉPTIMO . 1. En el **motivo octavo** invoca la defensa, al amparo del número 2º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , la existencia de **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, dejando señalado al efecto el informe pericial firmado por las Doctoras Dª Luisa y Dª Martina .

La parte argumenta para sostener el motivo que ha existido error en la apreciación de la prueba a tenor del informe pericial elaborado por las Doctoras Dª Luisa y Dª Martina , que fue ratificado y sometido a contradicción en el acto del juicio, no ha sido desvirtuado a través de ninguna prueba objetiva, pese a lo cual sus conclusiones no han sido tenidas en cuenta a la hora de redactar los hechos probados y en consecuencia no se han valorado para la aplicación de las circunstancias modificativas alegadas por la defensa.



2. Como es sabido, esta Sala viene exigiendo para que prospere ese motivo de casación (art. 849.2º LECr .), centrado en el error de hecho, que se funde en una verdadera prueba documental y no de otra clase, como las pruebas personales, por más que estén documentadas. Y, además, también se requiere que el documento evidencie el error de algún dato o elemento fáctico o material de la sentencia de instancia, evidencia que ha de basarse en el propio y literosuficiente o autosuficiente poder demostrativo directo del documento, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones. A lo que ha de sumarse que no se halle en contradicción con lo acreditado por otras pruebas y que los datos que proporciona el documento tengan relevancia para la causa por su capacidad modificativa de alguno de los pronunciamientos del fallo de la sentencia recurrida (SSTS de 1653/2002, de 14-10 ; 892/2008, de 26-12 ; 89/2009, de 5-2 ; 109/2011, de 22-9 ; y 207/2012, de 12-3 , entre otras).

Al margen de lo anterior, y en lo que atañe a las pruebas periciales, esta Sala solo excepcionalmente ha admitido la virtualidad de la prueba pericial como fundamento de la pretensión de modificación del apartado fáctico de una sentencia impugnada en casación (art. 849.2º LECr .). En concreto la admite en los supuestos en que, existiendo un solo dictamen o varios absolutamente coincidentes y no disponiendo la Audiencia de otras pruebas sobre los mismos elementos fácticos, el Tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de forma que se altere relevantemente su sentido originario. Y también cuando, contando solamente con dicho dictamen o dictámenes coincidentes y no concurriendo otras pruebas sobre el mismo punto fáctico, el Tribunal de instancia haya llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes, sin expresar las razones que lo justifiquen o sin una explicación razonable (SSTS 168/2008, de 29-4 ; 755/2008, de 26-11 ; 703/2010, de 15-7 ; 251/2013, de 20-3 ; y 48/2013, de 5-6 , entre otras).

3. En el **caso examinado** la parte interesa que se compulsen de nuevo, por la vía procesal del art. 849.2º de la LECr ., los informes de las doctoras que propuso la defensa con los emitidos por los médicos forenses, informes que resultan claramente contrarios en su contenido y conclusiones, según admite la propia defensa del acusado y las restantes partes del proceso, pues es una contradicción tan patente que no genera dudas de ninguna índole.

Así las cosas, es claro que no procede en un supuesto de tal índole entrar a realizar la compulsiva valorativa que pretende la parte por la vía del art. 849.2º de la LECr ., lo que determina la inviabilidad de este motivo del recurso.

OCTAVO . 1. En el **motivo noveno** cuestiona la defensa, al amparo del 849.1º de la LECr., la aplicación de las reglas de **determinación de la pena** previstas en el art. 66 del C. Penal .

Considera la defensa que, en aplicación a las reglas recogidas en el art 66. 7º del código penal , y al concurrir una atenuante y una agravante, corresponde imponer la pena en su mitad inferior en su grado mínimo en atención a las circunstancias que se dan en el acusado. Estima, pues, que la base de la pena impuesta, que es la persistencia del valor residual agravatorio, conculca el principio "in dubio pro reo" ya denunciado, al darse un valor extraordinario a la agravante de abuso de superioridad, infravalorándose en cambio la atenuante de confesión con base en supuestos no acreditados y que no fueron objeto de debate.

2. En la **sentencia recurrida** se arguye que el artículo 66.1.7ª del código penal impone al concurrir la atenuante de confesión y la agravante de abuso de superioridad que el tribunal valore y compense racionalmente ambas circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal para la individualización de la pena. En este caso debe de tenerse en cuenta, en primer lugar, la relevancia que en la comisión de los delitos contra la vida tiene en general el desequilibrio de fuerzas que es propio de las situaciones de superioridad por los medios empleados y la que, en particular, ha tenido en este supuesto, que, cuando menos, roza la alevosía. En segundo lugar, prosigue diciendo la Audiencia, no puede obviarse la escasa entidad de la atenuante de la confesión. Los hechos se llevaron a cabo en plena calle y utilizando un instrumento que por sus detonaciones habría de alertar a todas las personas que pasaran por el lugar o vivieran en las inmediaciones, además de dejar evidentes vestigios de tratarse de una acción violenta en el propio cuerpo de la víctima, sin olvidar tampoco los casquillos que cayeron al suelo. De otro lado, la identidad del acusado era perfectamente conocida por los dos testigos más importantes: su expareja y la propia persona sobre la que se efectuaron los disparos. Lo ocurrido, pues, no sólo no podía pasar desapercibido, sino que habría de poner en marcha la actuación policial en poco tiempo y dar sus frutos con toda seguridad de una forma muy rápida, aprehendiendo al acusado, cuyas circunstancias personales podían obtenerse fácilmente.

A tenor de ello, señala la sentencia que persiste un desvalor residual agravatorio derivado del grado de abuso de superioridad, lo que impone que la sanción se tenga que situar entre los 7 años y 6 meses y los 9 años, 11 meses y 29 días de prisión en virtud de la regla 3ª del art. 66 del C. Penal . Dentro de este relativamente



estrecho margen, acudiendo a lo dispuesto en su regla 6ª, que opera como una cláusula dosimétrica de cierre, tiene que atenderse, prescindiendo de lo que ya ha sido valorado previamente para establecer el marco punitivo en abstracto, a dos nuevos parámetros:

a) Las circunstancias personales del delincuente, aspecto singularmente ligado a etiología delictiva y a la finalidad de prevención especial de las penas a imponer. En este ámbito tienen que destacarse para graduar el reproche al acusado los aspectos de su personalidad que lo hacían potencialmente más sensible ante fracasos sentimentales. b) Y la mayor o menor gravedad del hecho concreto por el que procede la condena. Dentro de este apartado debe valorarse a efectos de incrementar el posible reproche a efectuar al acusado que su actuación ha sido doloso-directa, no meramente eventual, dado que se ha acreditado que disparó sobre Guillermo con el propósito específico de acabar con su vida, atendiendo también "al no escaso daño corporal que se le ocasionó".

Continúa argumentando la Audiencia que a favor de reducir la pena opera el que su actuación tuviera como detonante último el que se vieran frustradas sus expectativas sentimentales con Lorena, quien, además de tener una hija en común con él, se apoyaba constantemente en el acusado y le hacía partícipe de sus conflictos amorosos, al saber que continuaba teniendo relaciones con el Sr. Guillermo.

Acaba concluyendo la Audiencia que, tomando todo ello en consideración, y sin que mueva al tribunal sentimiento pietista alguno o pueda condicionar su decisión el que no se haya aplicado la atenuante prevista en el artículo 21.3ª del código penal, no puede pasarse por alto que por muy determinada y contundente que fuera la actuación del acusado, no estaba motivada por una razón absolutamente deleznable, como podría ser obtener algún tipo de beneficio o ventaja económico o satisfacer algún deseo sádico o fruto de una plena falta de empatía con el prójimo, y que su personalidad, vivencias y la actuación de uno de sus seres más queridos han hecho que no haya sabido o no haya querido hacer el esfuerzo para sobrellevar su frustración sentimental. Por tales motivos tiene que imponerse la pena mínima dentro del marco preestablecido, que es de 7 años y 6 meses.

3. De estos argumentos **discrepa la defensa** del acusado, pues entiende que ha habido una indebida determinación de la pena, al partir el Tribunal sentenciador de considerar un valor residual agravatorio por la circunstancia agravante de abuso de superioridad en detrimento de valorar la atenuante de confesión. Alega al respecto que esa valoración parte de unas premisas que no han sido declaradas probadas y por tanto su aplicación vulnera el principio "in dubio pro reo". Se refiere con ello a la sobrevaloración de la agravante y a la desvalorización de la atenuante de confesión.

Entiende que lo razonable es compensar la agravante y la atenuante en función de la entidad cualitativa de cada una de las circunstancias y su influencia en el caso concreto y a partir de ahí, es decir con una pena entre 5 a 7 años y 6 meses, se individualice la pena.

4. La tesis de la defensa no puede prosperar, dado que los argumentos expuestos por la Audiencia sobre la individualización de la pena se consideran razonables y acordes con el principio de proporcionalidad. En este sentido, resulta incontrovertible que la agravante de superioridad se halla en el límite del perímetro descriptivo que define el concepto de alevosía, dato que la sentencia calibra y sopesa de acuerdo con los parámetros propios de la gravedad del hecho. Sin que, tal como se señala por el Tribunal sentenciador, pueda decirse lo mismo de la atenuante de confesión, a tenor de las circunstancias reseñadas en la motivación de la sentencia.

La Sala de instancia ha ponderado pues con razonamientos aquilatados y acordes con las circunstancias que rodearon el hecho las necesidades de pena tanto desde la perspectiva de la gravedad de la conducta del acusado y de sus circunstancias personales. Y es que, a fin de cuentas, no puede obviarse que se está ante un supuesto en que el desvalor de la acción ha alcanzado un grado muy elevado de ilicitud, hasta el punto de que por un mero azar muy improbable desde una perspectiva *ex ante* no se materializó el resultado homicida. No puede afirmarse otra cosa del hecho de disparar seis veces contra un sujeto a una distancia inferior a los cinco metros de distancia. El peligro inherente al intento homicida justifica, en consecuencia, la pena impuesta. Y han sido precisamente las circunstancias personales del acusado que se recogen en la sentencia recurrida las que han determinado que la pena impuesta no fuera superior y que se quedara en una franja intermedia de la pena correspondiente al grado inferior del homicidio consumado.

Por lo demás, tampoco tiene razón la parte recurrente cuando aduce que el Tribunal sentenciador ha tenido en consideración para la graduación de la pena datos ajenos al debate y a los hechos probados, habida cuenta que todas las circunstancias que se citan en la motivación de la sentencia recurrida han salido a colación en el curso del juicio e integran hechos principales o periféricos que se muestran incuestionables.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.



NOVENO . El **motivo décimo** lo dedica la defensa a cuestionar, bajo la cobertura del art. 849.1º de la LECr ., la **aplicación indebida del art. 22.2 del C. Penal** .

Sostiene que no se dan los requisitos exigidos para la aplicación del art. 22.2ª del texto punitivo y también que se ha infringido el principio acusatorio al no haberse tenido en cuenta que por parte de la acusación particular se interesó subsidiariamente que los hechos si no se consideraban asesinato, fueran constitutivos de un delito de homicidio intentado sin circunstancias modificativas. Y hace después hincapié en que el abuso de superioridad requiere para su apreciación la existencia de una desproporción efectiva y real entre la parte agredida y la agresora que determine un desequilibrio a favor de esta última; en segundo lugar que ese desequilibrio se traduzca en una disminución de las posibilidades de defensa ante el ataque concreto que se ha sufrido; y en tercer lugar que el sujeto activo conozca y se aproveche de ese desequilibrio y de sus efectos para la ejecución del concreto hecho delictivo (STS 529/2005, de 27 de abril).

Y a continuación alega también que la agravante no puede ser apreciada toda vez que Donato , dado el estado en que se encontraba, no pudo ser consciente de la situación de desequilibrio ni de sus efectos.

Los argumentos que vierte la parte impugnante carecen de todo sustento de razonabilidad. En lo que respecta al principio acusatorio, nos remitimos a todo lo expuesto en el fundamento quinto de esta sentencia, que damos ahora por reproducido por razones obvias.

Y en lo que atañe a la desproporción de medios ya ha sido examinada también en otros fundamentos de esta resolución, tratándose por lo demás de un dato inequívoco e incuestionable, como viene también a admitir la defensa del acusado al derivar sus tesis hacia el elemento subjetivo de la agravante. Elemento que sin duda concurre, a tenor de lo que se ha explicado y argumentado en el fundamento primero de esta sentencia.

Visto lo que antecede, tampoco puede atenderse este motivo del recurso.

DÉCIMO. En consonancia con lo razonado en los apartados precedentes, se desestima el recurso de casación, imponiéndole a la parte recurrente las costas de esta instancia (art. 901 de la LECr .).

FALLO

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

DESESTIMAR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación de **Donato** contra la sentencia condenatoria de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección Sexta, con sede en Ceuta, de 23 de mayo de 2016 , dictada en la causa seguida por delito de tentativa de homicidio, por el que ha sido condenado el recurrente. Imponer al acusado las costas de esta instancia. Comuníquese esta sentencia a la Audiencia Provincial de instancia con devolución de la causa, interesando el acuse de recibo de todo ello para su archivo en el rollo.

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

Así se acuerda y firma.

Julian Sanchez Melgar Francisco Monterde Ferrer Alberto Jorge Barreiro Ana Maria Ferrer Garcia Joaquin Gimenez Garcia