

Roj: **STS 417/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:417**Id Cendoj: **28079120012015100060**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **13/02/2015**Nº de Recurso: **10318/2014**Nº de Resolución: **83/2015**Procedimiento: **PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO**Ponente: **CARLOS GRANADOS PEREZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP CS 332/2014,**  
**STS 417/2015**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a trece de Febrero de dos mil quince.

En los recursos de casación por infracción de preceptos constitucionales, quebrantamiento de forma e infracción de ley que ante Nos pende, interpuestos por el Ministerio Fiscal y por la acusación particular en nombre de Sonia , contra sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Castellón que condenó al acusado Íñigo por delito de homicidio en grado de tentativa, 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 partes el Ministerio Fiscal la acusación particular en nombre de Sonia , representada por la Procuradora Sra. Moral García y el acusado Íñigo , representado por el Procurador Sr. Rodríguez Rodríguez.

### **I. ANTECEDENTES**

1. El Juzgado de Violencia sobre la Mujer número 1 de Villareal instruyó Sumario con el número 1/2013 y una vez concluso fue elevado a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Castellón que, con fecha de 13 de marzo de 2014, dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS: "PRIMERO Y UNICO.- Probado y así expresamente se declara que Íñigo , nacido el NUM000 de 1975, de nacionalidad rumana, con NIE NUM001 , sin antecedentes penales y privado de libertad por esta causa desde el 5 de de octubre de 2013, está casado con D<sup>a</sup> Sonia , habiendo decidido ésta el cese de la convivencia en el mes de abril de 2013, marchándose a residir a casa de una amiga en la CALLE000 de Burriana, para posteriormente iniciar los trámites de divorcio.

El día 4 de octubre de 2013 Íñigo se dirigió al domicilio de Dña. Sonia , esperándola dentro del portal hasta que ésta llegara de trabajar. Dña. Sonia llegó a su domicilio sobre las 23 horas en el vehículo de su amigo Carlos Francisco , que se esperó a que la misma entrara en el portal. Cuando Sonia abrió la puerta del Edificio, encontró a Íñigo en el portal, y salió huyendo del mismo, y comenzó a gritar pidiendo auxilio, cogiéndola entonces Íñigo y tirándola al suelo, zarandeándola, intentando inmovilizarla al situarse encima de ella, golpeándole en varias ocasiones su cabeza contra el suelo. Y en esa situación, sacó una navaja que portaba de siete centímetros de hoja, y con intención de acabar con su vida, intentó clavársela en el pecho, y al poner el brazo izquierdo delante para evitarlo, le causó una herida en el antebrazo izquierdo, y le clavó la navaja en el pecho, rozándole el cuello, momento en el que acudió en auxilio de la Sonia Carlos Francisco , que no pudo evitar en un principio que Íñigo dejara a Sonia , por lo que volvió al vehículo donde cogió una llave/herramienta para quitar las ruedas. Y al volver al lugar en el que estaba Íñigo , vio como el mismo seguía golpeando a Sonia contra el suelo, dejándola en ese momento y huyendo del lugar.



A consecuencia de tales hechos D<sup>a</sup> Sonia sufrió lesiones consistentes en equimosis petequiales y hematoma en cuero cabelludo, región occipital; edema en región frontal media y derecha, supraciliar, hematoma en el cuerpo mandibular izquierdo; equimosis petequiales en la cara lateral izquierda del cuello; hematoma en la región pectoral izquierda de 1'5 cm de longitud, cola de ataque interna y cola final externa con erosiones lineales; hematoma y equimosis en la cara posterior del hombro derecho-región escapular; equimosis en la cara anterior del hombro derecho; equimosis en el tercio superior de la cara anterior del brazo derecho; hematoma y erosiones en la cara posterior del codo derecho; equimosis en el tercio medio de la cara anterior del brazo izquierdo; hematoma y erosiones en la cara posterior del codo izquierdo; herida punzante en el tercio superior de la cara cubital del antebrazo izquierdo de 1 cm de longitud, oblicua; hematoma en la cara posterior de la mano izquierda; equimosis en la cara anterior del tercio medio del muslo izquierdo, equimosis en la cara posterior del tercio medio de la pierna derecha; equimosis en la cara lateral del tobillo izquierdo y dolor y contractura muscular de ambos trapecios, con limitación de la movilidad cervical global, heridas que tan solo precisaron de una primera asistencia facultativa, tardando en curar 21 días, siendo 10 de ellos impeditivos, quedando secuelas estéticas mínimas".

2. La sentencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos a Íñigo , como autor penalmente responsable de un delito de homicidio en grado de tentativa ya descrito, con la concurrencia de la circunstancia agravante de parentesco, a la pena de TRES AÑOS Y NUEVE MESES DE PRISIÓN, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Se impone a Íñigo la prohibición de acercarse y comunicarse con Sonia y con su hija, a menos de 200 metros y todo ello desde la fecha de la presente resolución, y por el plazo de CINCO AÑOS desde que acabe de cumplir la pena de prisión que le ha sido impuesta.

Íñigo deberá indemnizar a Sonia en la cantidad de 927,14 euros por los días de incapacidad, en 400 euros por el perjuicio estético sufrido, y en 3.000 euros por el daño moral.

Y todo ello con el pago de las costas procesales causadas en esta instancia, incluidas las de la acusación particular.

Se abona al condenado Íñigo para el cumplimiento de las penas impuestas el tiempo que haya estado cautelarmente privado de libertad por esta causa.

Y además de ello, y hasta que la presente resolución sea firme, quedan ratificadas las medidas cautelares actualmente adoptadas, y en concreto la prisión provisional comunicada y sin fianza del ahora condenado Íñigo ".

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 Ministerio Fiscal se basó en el siguiente MOTIVO DE CASACION: Unico.- En el único 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 y correlativamente por falta de aplicación del artículo 139.1 del mismo texto legal .

El recurso interpuesto por la acusación particular en nombre de Sonia se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION: Primero.- En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca quebrantamiento de forma por manifiesta contradicción en los hechos que se declaran probados. Segundo.- En el segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , se invoca vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa y a la tutela judicial efectiva con proscripción de la indefensión en relación al artículo 24.1 y 2 de la Constitución .

5. Instruido el Ministerio Fiscal, la acusación particular y el acusado 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 febrero de 2015.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

### RECURSO INTERPUESTO POR EL MINISTERIO FISCAL



**UNICO.** - En el único 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 y correlativamente por falta de aplicación del artículo 139.1 del mismo texto legal.

El Ministerio Fiscal 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, en el segundo de sus fundamentos jurídicos, expresa que "en el presente supuesto no se ha producido ese ataque alevoso. Ciertamente el procesado esperó a la víctima en el portal del domicilio de ésta, estando con luz apagada, pero en cambio no tenía desplegada, o en la mano, el arma homicida para atacar a la víctima de una forma totalmente sorpresiva y sin posibilidad de defensa por su parte. Y tan fue así, que la víctima, al abrir la puerta y pretender entrar en el portal, se apercibió de su presencia, y no llegó a entrar, y pudo volver sobre sus pasos y salir a la calle pidiendo auxilio, siendo abordada por el procesado ya en la calle, quien la sujetó y la tiró al suelo, donde inició la agresión. Y con objeto de llevar a cabo su acción homicida, sacó la navaja que llevaba e intentó clavársela a la misma sin conseguirlo afortunadamente de forma decisiva y contundente, por la defensa que hizo la misma, y porque al suceder el hecho en la propia calle, pudo apercibirse de ello su acompañante, y también, dados los gritos de auxilio proferidos, los mismos fueron oídos por otras personas, que se asomaron y salieron a los balcones, y acudieron al lugar, lo que llevó a que el agresor, no pudiera terminar de realizar su acción, y se tuviera que ir, huyendo del lugar".

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 personal e instrumental, dado que la atacó con un cuchillo, 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 la Sentencia 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 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. 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 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 Sonia ya que, además de lo inesperado de la agresión, le atacó haciendo uso de una navaja.

El recurso, con este alcance, debe ser estimado.

RECURSO INTERPUESTO POR LA ACUSACIÓN PARTICULAR EN NOMBRE DE Sonia

**PRIMERO.**- En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca quebrantamiento de forma por manifiesta contradicción en los hechos que se declaran probados.



Se invoca quebrantamiento de forma por contradicción ante los hechos que se declaran probados cuando lo que se está denunciado es que antes esos hechos no se hubiese apreciado la agravante de alevosía.

Es de dar por reproducido lo que se ha dejado expresado, al examinar el anterior recurso, sobre las razones que tuvo en cuenta el Tribunal de instancia, dado el relato fáctico, para rechazar la concurrencia de la alevosía, razones que no pueden considerarse arbitrarias o ilógicas, ya que la víctima, si bien tenía sensiblemente disminuidas sus posibilidades de defensa, no estaba absolutamente indefensa.

Ello no obstante, como se ha dejado expuesto en el recurso anterior, esa sensible disminución de las posibilidades de defensa de la víctima y el hecho de que su agresor le atacara con una navaja determina la apreciación de la circunstancia agravante de abuso de superioridad.

Con este alcance, el motivo debe ser parcialmente estimado.

**SEGUNDO** .- En el segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , se invoca vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa y a la tutela judicial efectiva con proscripción de la indefensión en relación al artículo 24.1 y 2 de la Constitución .

Se denuncia la ausencia de la debida fundamentación para justificar el rechazo de la alevosía y la imposición de una pena tan leve.

No lleva razón la acusación particular recurrente, se podrá discrepar de las razones que se han esgrimido en la sentencia recurrida para rechazar la concurrencia de la alevosía pero esas razones han existido y como se ha dejado expresado al examinar el otro recurso, no pueden considerarse que sean arbitrarias o ilógicas.

No se han producido las vulneraciones constitucionales que se denuncian y el motivo debe ser desestimado.

### III. FALLO

**FALLAMOS: QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR PARCIALMENTE A LOS RECURSOS DE CASACION** por infracción de preceptos constitucionales, quebrantamiento de forma e infracción de Ley interpuestos por el Ministerio Fiscal y la acusación particular en nombre de Sonia , contra sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Castellón, de fecha 13 de Marzo de 2014 , en causa seguida por delito de homicidio en grado de tentativa, que casamos y anulamos, declarando de oficio las costas. 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 firmamos Andrés Martínez Arrieta Julian Sanchez Melgar Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Ana Maria Ferrer Garcia Carlos Granados Perez

### SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a trece de Febrero de dos mil quince.

En la causa incoada por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer número 1 de Villareal con el número 1/2013 y seguida ante la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Castellón por delito de homicidio en grado de tentativa y en cuya causa se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 13 de marzo de 2014 , 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 Segunda de la Audiencia Provincial de Castellón.

### II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**UNICO**.- Se aceptan y reproducen los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida que se verán completados por el fundamento jurídico único de la sentencia de casación, al examinar el recurso de casación del Ministerio Fiscal, en lo que se refiere a la concurrencia de la agravante de abuso de superioridad.



La concurrencia de esta agravante determina la modificación de la pena de prisión impuesta que lo fue de tres años y nueve meses y atendida la gravedad de la agresión y las circunstancias concurrentes se considera adecuada y proporcionada a la conducta del acusado una pena de cuatro años y diez meses de prisión que sustituye a la pena que le fue impuesta en la sentencia recurrida.

### III. FALLO

**FALLAMOS** : Que manteniendo y ratificando los restantes pronunciamientos de la sentencia anulada, apreciamos en el delito de homicidio en grado de tentativa, cometido por el acusado Íñigo , la concurrencia de la agravante de abuso de superioridad y ello determina que se sustituya la pena de prisión que le fue impuesta en la sentencia recurrida de tres años y nueve meses de prisión por la de CUATRO 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 Julian Sanchez Melgar Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre 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.