

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA

Sentencia N°: 738/2016

RECURSO CASACION N°:679/2016

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria Parcial

Procedencia: Audiencia Provincial de Madrid, Sección 26ª

Fecha Sentencia: 05/10/2016

Ponente Excmo. Sr. D.: José Manuel Maza Martín

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Escrito por: IAG

Asesinato intentado. Tentativa: no procede la rebaja de la pena en dos grados a la vista del peligro inherente al intento así como al grado de ejecución alcanzado. Exclusión de la atenuante de dilaciones indebidas pues los retrasos los causaron los Recursos de las Defensas. No se cualifica la atenuante de reparación del daño por lo tardíamente que se produjo. Homicidio intentado. La incongruencia omisiva ha de referirse a la falta de respuesta a cuestiones jurídicas y no a aspectos fácticos. "Animus naecandi" debidamente acreditado. Legítima defensa incompleta por insuficiencia de su necesidad. No cabe aplicar la agravante de parentesco cuando el agresor acaba de recibir, a su vez, una grave agresión de la víctima de su delito.

Nº: 679/2016

Ponente Excmo. Sr. D.: José Manuel Maza Martín

Fallo: 15/09/2016

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SENTENCIA Nº: 738/2016

Excmos. Sres.:

D. Cándido Conde-Pumpido Tourón
D. José Manuel Maza Martín
D. Luciano Varela Castro
D. Andrés Palomo Del Arco
D. Joaquín Giménez García

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cinco de Octubre de dos mil dieciséis.

Esta sala ha visto con el número 679/16 los recursos de casación interpuestos por **María del Carmen Hormigos Corral**, representada por la Procuradora Sra. Hernández Vergara, bajo la dirección letrada de don Carlos Rodríguez Arias, y **Luis Antonio Hiniesto Santos**, representado por la Procuradora Sra. Leal Mora, bajo la dirección letrada de don Fernando Gómez-Chaparro Díaz, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 26ª) que les condenó por delitos de **asesinato en grado de tentativa, tenencia de armas prohibidas y homicidio en grado de tentativa**, respectivamente.

Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado Mixto número 3 de San Lorenzo de El Escorial, instruyó Procedimiento sumario ordinario con el número 1/2014 y, una vez concluso, fue elevado a la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 26ª que, con fecha 1 de febrero de 2016, dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

<<Que, sobre las 7 horas del día 30 de marzo de 2011, tras haber mantenido la noche anterior una discusión por motivos económicos los cónyuges María del Carmen Hormigos Corral, de nacionalidad española, mayor de edad y sin antecedentes penales, y Luis Antonio Hiniesto Santos, de nacionalidad española, mayor de edad y sin antecedentes penales en el domicilio familiar, sito en la calle [REDACTED] de Valdemorillo (Madrid), María del Carmen, con la intención de atentar contra la vida de su marido, esperó a Luis Antonio en el interior del garaje de la vivienda, llevando el pelo cubierto con un gorro de ducha y parte del rostro tapado con una manga cortada de un jersey negro, cubriéndose las manos con unos guantes de látex y, encima de éstos, unos guantes blancos de algodón y portando un revólver que estaba en el domicilio y, cuando Luis Antonio abrió la puerta del garaje manualmente desde el interior del mismo, le disparó, alcanzándole en la espalda uno de los disparos que realizó.

Tras ello, Luis Antonio se volvió hacia María del Carmen y logró arrebatarse el arma y, actuando también con la intención de acabar con la vida de la misma, le disparó en el vientre.

Como consecuencia de estos hechos, Luis Antonio Hiniesto Santos sufrió lesiones consistentes en herida anfractuosa subcentrítrica en región paravertebral derecha, a la altura de las vértebras dorsales D11 y D12, compatible con orificio de entrada por arma de fuego, no presentando sangrado activo en el reconocimiento en Urgencias, no padeciendo pérdida del conocimiento ni déficit neurológico, ni dificultad respiratoria, no evidenciándose deformidades visibles. Presenta un proyectil en el tejido celular subcutáneo, con afectación leve de la musculatura paravertebral, impactado en la apófisis espinosa de la vértebra D10, alojado entre ésta y la apófisis espinosa inferior, sin que la bala penetrase en la cavidad torácica ni produjese alteraciones fuera de la pared torácica posterior. Por dichas lesiones requirió asistencia médica, consistente en limpieza de herida, infusión de 500 cc de suero salino fisiológico más 0,05 de Fentanest, profilaxis con vacuna antitetánica y primera dosis de antibiótico y prescripción de antiinflamatorio y analgésico, así como tratamiento médico-quirúrgico consistente en sutura quirúrgica con hilo de seda del 2-0, tras anestesia local, no siendo posible extraer el proyectil, presumiblemente por el riesgo que ello conlleva, dada su localización, tardando en sanar treinta días, de los cuales uno fue de ingreso hospitalario, estando impedido para sus ocupaciones habituales durante diez días, quedándole como secuela algias postraumáticas dorsales, lesiones y secuela por las cuales reclama indemnización.

A su vez, María del Carmen Hormigos Corral sufrió lesiones consistentes en herida de entrada en epigastrio de menos de 1 cm de diámetro, sin abrasión peri-herida, no observándose orificio de salida, fractura hepática con trayecto paramedial a la vena suprahepática media, laceración de entrada en lóbulo hepático izquierdo (en su cara anterior), de unos 2 cm, y laceración de 4 cm en salida del lóbulo caudado, rotura de la arteria aorta secundaria a lesión por proyectil: laceración anfractuosa de unos 2 cm en su cara posterolateral: hemoperitoneo importante de sangre arterial y coágulos frescos, hematoma periaórtico, shock hipovolémico, coagulopatía de consumo, policitemia postransfusional, dudoso neumotórax izquierdo que plantea diagnóstico diferencial con artefacto radiográfico y edema agudo de pulmón como complicación por sobrecarga hídrica, lesiones por las cuales requirió asistencia médica consistente en maniobras de reanimación, intubación de emergencia, politransfusión y derivación de urgencia al hospital, tratamiento médico consistente en los cuidados médicos y de enfermería que precisó en su hospitalización y tratamiento quirúrgico consistente en laparotomía exploradora (apertura quirúrgica de la cavidad abdominal para exploración y sutura de lesiones internas hepáticas, suturando con Prolene 3/0 es y aplicación de 87 puntos de sutura quirúrgica en pared abdominal), tardando en curar de dicha lesiones 42 días, durante los cuales precisó ingreso hospitalario, siendo el periodo de baja impeditiva de catorce días, quedándole como secuelas cicatrices abdominales correspondientes a 87 puntos de sutura de laparotomía en forma de "1" inclinada 90º, cuyas

medidas son 26 x 16 cm y abultamiento en hemiabdomen derecho, que causan perjuicio estético moderado, lesiones y secuela por las cuales reclama indemnización.

Al personarse en el lugar de los hechos efectivos de la guardia civil, encontraron en el suelo del garaje un arma de fuego con tambor de nueve disparos que alojaba siete vainas percutidas del calibre 22 y dos balas de calibre 22 sin disparar que, según el informe pericial, correspondían a un revolver detonador marca FOCH, modelo 0220, de calibre original 22 Long Blanc, con número de identificación, parcialmente oculto, 0022075234, que presentaba una serie de transformaciones que permitían disparar cartuchos de munición metálica de percusión anular del calibre 22 Long Rifle, provista de proyectil único y apto para disparar cartuchos de su actual calibre y características.

El día 16 de enero de 2016 Carmen Hormigos Corral consignó la cantidad de 3600 € para el pago de la indemnización que solicitaba el Ministerio Fiscal para Luis Antonio Hiniesto Santos. >>[sic]

SEGUNDO.- La sentencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

<<FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos a María del Carmen Hormigos Corral como autora responsable de un delito de asesinato en grado de tentativa y de un delito de tenencia de armas prohibidas, concurriendo la circunstancia agravante de parentesco y la circunstancia atenuante de reparación del daño en la ejecución del primer delito y, asimismo, que debemos condenar y condenamos a Luis Antonio Hiniesto Santos como autor responsable de un delito de homicidio en grado de tentativa y un delito de tenencia ilícita de armas prohibidas, con la concurrencia de la circunstancia agravante de parentesco en la ejecución del primer delito, a la pena de siete años y seis meses de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, con prohibición de aproximarse a Luis Antonio Hiniesto Santos a menos de 500 m de cualquier lugar donde se encuentre, ya sea su lugar de trabajo, domicilio o cualquier otro frecuentado por el mismo, así como de comunicarse con él de forma escrita, verbal o visual, o por cualquier medio de comunicación informático o telemático por el plazo de nueve años por el primer delito y a la pena de un año de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena por el segundo delito para María del Carmen Hormigos Corral.

Y a la pena de siete años y seis meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, con prohibición de aproximarse a María del Carmen Hormigos Corral a menos de 500 m de cualquier lugar donde se encuentre, ya sea su lugar de trabajo, domicilio o cualquier otro frecuentado por la misma, así como de comunicarse con ella de forma escrita, verbal o visual, o por cualquier medio de comunicación

informático o telemático por el plazo de nueve años por el primer delito y a la pena de un año de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena por el segundo delito para Luis Antonio Hiniesto Santos, debiendo de indemnizar María del Carmen Hormigos Corral a Luis Antonio Hiniesto Santos en la cantidad de 2457,68 € y debiendo indemnizar Luis Antonio Hiniesto Santos a María del Carmen Hormigos Corral en la cantidad de 4396,35€, cantidades a las que se deberá de aplicar el interés legal del dinero, conforme a lo dispuesto en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Se acuerda el mantenimiento de la orden de protección acordada en el Juzgado de Instrucción número 4 de San Lorenzo de El Escorial con fecha 27 de abril de 2011 hasta la firmeza de la sentencia.

Se acuerda también el comiso del revólver intervenido. >>[sic]

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de Ley, de precepto constitucional y quebrantamiento de forma, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el rollo y formalizándose los recursos.

CUARTO.- El recurso interpuesto por MARÍA DEL CARMEN HORMIGOS CORRAL se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

Primero.- Por infracción de ley, al amparo del artº. 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con el artº. 847 de dicha ley adjetiva, por infracción de precepto penal sustantivo, en concreto, por indebida aplicación del artº. 563 del Código Penal; y al amparo del artº. 849. 2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por 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.

Segundo.- Por infracción de ley, al amparo del artº. 849. 2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por 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.

Tercero.- Por infracción de ley, al amparo del artº. 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con el artº. 847 de dicha ley adjetiva, por infracción de precepto penal sustantivo, en concreto, en relación a los artículos 138 y 139.1º, en relación con el 16 y 62, todos ellos del Código Penal; y al amparo del artº. 849. 2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por 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, habiéndose producido una vulneración del principio de tutela judicial efectiva.

QUINTO.- El recurso interpuesto por LUIS ANTONIO HINIESTO SANTOS se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

Primero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artº. 5.4º de la L.O.P.J. y artº. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva en relación con el derecho a la presunción de inocencia, todo ello en relación con el delito de homicidio en grado de tentativa del artº. 138 CP.

Segundo.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artº. 5.4º de la L.O.P.J. y artº. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva en relación con el derecho a la presunción de inocencia, todo ello en relación con el delito de tenencia de armas prohibidas del artº. 563 CP.

Tercero.- Al amparo del artº. 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de ley, por indebida aplicación del artº. 138 del Código Penal.

Cuarto.- Al amparo del artº. 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de ley, por indebida aplicación del artº. 563 del Código Penal.

Quinto.- Al amparo del artº. 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de ley, al haber existido error en la apreciación de la prueba.

Sexto.- Al amparo del artº. 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artº. 5.4º de la L.O.P.J., por infracción de ley, por indebida aplicación de los artículos 20. 4º, 5º y 6º del Código Penal, en relación con el artículo 138 del referido texto legal.

Séptimo.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del artº. 851.3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por darse en la sentencia manifiesta incongruencia omisiva, no resolviéndose sobre todos los puntos objeto de debate (acusación y defensa).

Octavo.- Al amparo del artº. 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de ley, por indebida aplicación del artº. 23 del Código Penal.

SEXTO.- Instruidas las partes de los recursos interpuestos, los Procuradores Sra. Leal Mora, por escrito de fecha 12 de mayo de 2016, y Sra. Hernández Vergara, por escrito de fecha 11 de mayo de 2016, impugnaron los respectivos recursos de casación; el Ministerio Fiscal, en informe de 18 de mayo último, se opuso a la admisión de los motivos aducidos por los recurrentes, impugnándolos a excepción del motivo octavo del Sr. Hiniesto que apoya; la Sala admitió los mismos, quedando conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera. Y, hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 15 de septiembre de 2016, habiéndose firmado por el Ponente el 27 del mismo mes y año, pasándose el mismo día a la firma de los demás integrantes de la Sala.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

A) RECURSO DE CARMEN HORMIGOS CORRAL:

PRIMERO.- La recurrente, condenada por el Tribunal de instancia, como autora de sendos delitos de asesinato intentado, con la concurrencia de la agravante de parentesco y la atenuante de reparación de los perjuicios causados por el delito, y de tenencia ilícita de armas, a las penas de siete años y seis meses de prisión, por el primer delito, y un año de prisión por el segundo, fundamenta su Recurso de Casación en tres diferentes motivos, de los que el Segundo de ellos, con cita del artículo 849.2º, hace referencia a un supuesto error de hecho en el que habría incurrido la Audiencia a la hora de valorar el contenido de pruebas documentales obrantes en las actuaciones.

El número 2º del artículo 849 de la Ley procesal penal califica como infracción de Ley, susceptible de abrir la vía casacional, a aquel supuesto en el que el Juzgador incurra en un evidente error de hecho, al no incorporar a su relato fáctico datos acreditados por documentos obrantes en las actuaciones y no contradichos por otros medios de prueba, lo que revelaría, sin lugar a dudas, la equivocación del Tribunal en la confección de esa narración.

La infracción, en ese caso, sin duda sería grave y evidente. Y, por ello, se contempla en la Ley, a pesar de constituir una verdadera excepción en un régimen, como el de la Casación, en el que se parte de que, en principio, todo lo relativo a la concreta función de valorar el diferente peso acreditativo del material probatorio disponible corresponde, inicialmente, al Juzgador de instancia.

Pero precisamente por esa excepcionalidad del motivo, la doctrina jurisprudencial es significativamente exigente con el necesario cumplimiento de los requisitos que pueden conferirle prosperidad.

Y así, no cualquier documento, en sentido amplio, puede servir de base al Recurso, sino que el mismo ha de ser "*litosuficiente*", es decir, que haga prueba, por sí mismo, de su contenido, sin necesidad de otro aporte acreditativo ni valoración posterior. En este sentido, la prueba personal obrante en los Autos, declaraciones de acusados y de testigos o los informes periciales, por muy "*documentada*" que se encuentre en ellos, no alcanza el valor de verdadero "*documento*" a estos efectos casacionales.

Por otra parte, la contradicción ha de referirse a un extremo esencial, de verdadera trascendencia en el enjuiciamiento, de forma que sustituido el contenido de la narración por el del documento o completada aquella con éste, el pronunciamiento alcanzado, total o parcialmente, quede carente de sustento fáctico.

Y además no ha de venir, a su vez, la documental de referencia enfrentada al resultando de otros medios de prueba también disponibles para el Juzgador, que justificarían la decisión de éste, en el ejercicio de la tarea valorativa que le es propia, de atribuir, sin equivocación al menos evidente, mayor crédito a aquella prueba que al contenido del documento designado (SsTS 1112/2001, de 12 de junio y 1649/2001, de 24 de septiembre).

En definitiva, no se trata de que los documentos a los que se alude pudieran dar pie, ocasionalmente, a unas conclusiones probatorias distintas de las alcanzadas por el Tribunal de instancia, sino de que, en realidad, se produzca una contradicción insalvable entre el contenido de aquellos, de carácter fehaciente e inevitable, y las afirmaciones fácticas a

las que llega la Sentencia recurrida, de modo tal que se haga evidente el error de éstas, que no pueden apoyarse en otras pruebas, de la misma fuerza acreditativa, que desvirtúen válidamente la eficacia de aquellos documentos.

A partir de estas premisas, el motivo en el presente supuesto claramente aparece como infundado, toda vez que, conforme lo visto, las declaraciones de la recurrente y de su esposo, contenidas en las actuaciones, por su carácter personal y susceptible de valoraciones alternativas, no pueden considerarse hábiles para evidenciar ese error incuestionable, en los hechos declarados probados en la instancia, en el que consiste el fundamento y la razón de ser del presente cauce casacional.

SEGUNDO.- A su vez, en los restantes dos motivos del Recurso, Primero y Tercero, se alude a sendas infracciones de Ley (art. 849.1º LECr), por indebida aplicación tanto del artículo 563 del Código Penal, que describe el delito de tenencia ilícita de armas, como de los artículos 21. 6ª, 62 y 66 del mismo texto legal, a la hora de establecer las penas impuestas a la recurrente.

El cauce casacional utilizado, de acuerdo con numerosísimos pronunciamientos de esta Sala, supone la comprobación por este Tribunal de Casación de la correcta subsunción de los Hechos declarados probados en los preceptos de orden sustantivo que integran el ordenamiento penal.

Labor que, en todo caso, ha de partir de un principio esencial, cual es el de la intangibilidad de la narración de Hechos llevada a cabo por el Tribunal de instancia, sobre la convicción que por el mismo se alcanza acerca de la realidad de lo acontecido, como consecuencia de la valoración del material probatorio disponible, que le es propia.

En este sentido, es clara la improcedencia de ambos motivos, puesto que la descripción narrativa del relato sobre el que se asientan los pronunciamientos de la Audiencia es de sobra bastante e idónea para alcanzar su conclusión condenatoria, puesto que integra los elementos propios de las infracciones objeto de condena, y justifica plenamente las penas impuestas.

No obstante, dando respuesta a las alegaciones concretas incluidas en estos motivos, aunque discurren por otros terrenos como el de la falta prueba, diferentes de la vía utilizada, cumple señalar:

1) Que existe prueba sobrada de la afirmación fáctica relativa al conocimiento de la existencia del arma de fuego y de la disponibilidad que, sobre ella, ostentaba la recurrente y, por tanto, de la correcta calificación de ese hecho como delito de tenencia ilícita de armas (art. 563 CP), habida cuenta de que dicha arma se encontraba en el domicilio que compartía, con su esposo, conocedora de que éste sentía temor por amenazas recibidas, sabía que disponía de varios artefactos de esa clase, algunos de fogueo, pero al menos otro con capacidad de disparo real, puesto que no tendría ningún sentido su agresión si no supiera que el instrumento utilizado era hábil para lesionar, integrando ese mismo uso en el concreto acto de su producción el ilícito objeto de condena consistente en la posesión (tenencia), siquiera breve, del arma prohibida (STS núm. 1564/99, de 29 de octubre, por ej.).

2) Que no procede la rebaja en dos grados, interesada por la Defensa, por aplicación de lo previsto en el artículo 62 del Código Penal, partiendo del argumento del escaso *“peligro inherente al intento”* delictivo contra la vida de su esposo ejecutado por la recurrente porque, de una parte, aún cuando el resultado lesivo finalmente no alcanzase una relevante gravedad, el disparo a corta distancia y con un arma de fuego hacia la

espalda de la víctima, a la altura de las vértebras dorsales, independientemente de su resultado final, es incuestionable que integra un “*peligro*”, aspecto al que la norma alude independientemente del resultado, excluido de la infracción nuevamente intentada, de considerable gravedad, además de que el otro aspecto, también incorporado al precepto determinativo de la entidad de la pena, es decir, el grado de ejecución de la tentativa, igualmente ha de considerarse como “*acabado*”, puesto que la agresora dio término a los actos susceptibles de causar el resultado pretendido, disparo contra la espalda del agredido, sin que, por otra parte, la ausencia del resultado mortal se debiera a su voluntad sino a la reacción del lesionado arrebatándole el arma, según la literalidad de los hechos probados.

3) Que tampoco concurre la atenuante de dilaciones indebidas (art. 21. 6ª CP), puesto que, como con todo acierto razona el Tribunal de instancia en su Fundamento Jurídico Tercero, los cinco años de duración del procedimiento, desde el acaecimiento de los hechos hasta su enjuiciamiento, si bien inicialmente pudieran ser considerados como excesivo, quedan justificados por los numerosos Recursos interpuestos, a lo largo de la tramitación, por las propias Defensas.

No se trata, en absoluto, de negar a la parte el ejercicio de su legítimo derecho al Recurso, como se nos dice, sino simplemente de afirmar que las dilaciones no eran en modo alguno “*indebidas*”, sino plenamente justificadas precisamente por ese ejercicio.

4) Y, finalmente, debe rechazarse así mismo la pretensión de aplicar la atenuante de reparación de los perjuicios causados por el delito como muy cualificada (art. 21. 5ª, en relación con el 66.1 CP), toda vez que, de nuevo de acuerdo con lo razonado por la Audiencia en el Fundamento Jurídico ya citado, la consignación efectuada no alcanzaba, en

el momento de realizarse, la interesada por el lesionado, si bien es cierto que finalmente fue incluso algo superior en su cuantía a la establecida en la recurrida lo que podría generar cierta duda respecto de su relevancia, pero resultando determinante para excluir la posible cualificación de la atenuante el hecho de la tardanza en la que esa reparación se produjo, inmediatamente antes del Juicio Oral. Lo que, como decimos, le priva de ese extraordinario merecimiento conducente a la rebaja de la pena en un grado, y no digamos en dos, como interesa la Defensa.

Por otro lado, sería evidente, en todo caso, la improcedencia de aplicar esta atenuante al delito de tenencia ilícita de armas, como también se solicita, puesto que al no ser causante, ese delito independientemente considerado, de ningún resultado perjudicial, ya que se trata de un infracción de mera actividad, la referida atenuación reparativa no puede en ningún caso operar respecto de él.

En definitiva, hemos de concluir en que las penas impuestas por la Audiencia a la recurrente no deben ser modificadas, desestimando ambos motivos y, con ellos, el Recurso en su integridad.

B) RECURSO DE LUIS ANTONIO HINIESTO SANTOS:

TERCERO.- El segundo recurrente, condenado como autor de un delito de homicidio intentado, con la concurrencia de la agravante de parentesco, y otro de tenencia ilícita de armas a las penas respectivas de siete años y seis meses y un año de prisión, plantea en su Recurso ocho distintos motivos, el Séptimo de ellos, por el que hemos de iniciar nuestro análisis dado su carácter formal, por vicio “*in indicando*”, ante la supuesta existencia de una “*incongruencia omisiva*” (art. 851. 3º LECr), al no haber dado respuesta la recurrida a todos los extremos planteados por la Defensa.

La propia literalidad del precepto mencionado describe el defecto procesal como aquel que se comete cuando se omite toda respuesta a alguno de los puntos que hubieren sido objeto de acusación o defensa.

La doctrina jurisprudencial que ha venido a interpretar ese precepto (SsTS de 30 de Enero y 3 de Octubre de 1997, entre muchas otras) es insistente en proclamar la necesidad de la concurrencia de una serie de requisitos para la constancia de la efectiva presencia del vicio denunciado.

Tales requisitos son: a) una verdadera omisión, laguna o ausencia de pronunciamiento sobre algún extremo, cometida por el Juzgador y que no pueda suplirse ni aún acudiendo, incluso con motivo del Recurso de Casación, al contenido implícito de su Resolución; b) que las pretensiones a que la omisión se refiera hayan sido planteadas, en tiempo y forma adecuados, por cualquiera de las partes; y c) que las mismas versen sobre cuestiones jurídicas tales como la calificación de los hechos, la aplicación de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, la determinación de la pena o la de la responsabilidad civil consecuencia del ilícito enjuiciado, y no sobre la pretensión de que se dé respuesta a determinados aspectos de mero contenido fáctico.

Y como quiera que todos los extremos cuya omisión es objeto de denuncia en el presente caso se refieren a aspectos fácticos y no a una verdadera laguna en las respuestas a las cuestiones jurídicas planteadas por las partes, el motivo no respeta el contenido de este cauce casacional.

En efecto, la ausencia de valoración de lo declarado por el guardia civil que acudió inicialmente al lugar de los hechos podría enfocarse desde el punto de vista de la carencia de motivación suficiente,

pero nunca como incongruencia omisiva, ya que no estamos ante una pretensión jurídica no respondida.

Pero incluso en ese caso, como quiera que dichas manifestaciones carecen de valor probatorio relevante, al tratarse de la simple referencia a lo declarado por el autor de los hechos al guardia en el momento de hacer éste acto de presencia en el lugar, luego reiteradas por el mismo en sede judicial, tampoco se encuentran razones para evitar la desestimación de este primer motivo del Recurso.

CUARTO.- A su vez, los motivos Primero y Segundo de este Recurso, se refieren a otras tantas infracciones de derechos fundamentales (arts. 5.4 LOPJ y 852 LECr), a saber:

1) El motivo Primero denuncia la del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), en relación con delito de homicidio.

Se nos dice que no está acreditado el “*animus naecandi*” en la acción enjuiciada.

Pero el hecho de que se tratase de un disparo, efectuado con arma de fuego contra el abdomen de la víctima, excluye, lógicamente, toda duda acerca de la verdadera intención, directa o al menos eventual, del recurrente con semejante agresión.

Mientras que sostener la tesis de que todo se produjo en un forcejeo, es decir, que el referido disparo fue consecuencia de un mero caso fortuito, ausente de intención alguna, supone intentar una nueva valoración de las pruebas practicadas, desde la versión lógicamente exculpatória ofrecida por quien recurre y contraria al imparcial criterio alcanzado por la Audiencia, con pruebas existentes, lícitas y eficaces, razonablemente

valoradas a lo largo de la Fundamentación Jurídica de su Resolución, lo que las convierte en plenamente válidas para enervar el derecho a la presunción de inocencia que amparaba a Luis Antonio y que, incorrectamente, se denuncia aquí como infringido.

2) De igual manera se cuestiona también el debido respeto a dicho derecho a la presunción de inocencia en la condena por el delito de tenencia ilícita de armas (motivo Segundo) cuando, al igual que en el caso anterior, ha quedado sobradamente acreditada la posesión por el recurrente, en su propio domicilio, de diversas armas, algunas simplemente de fogeo, pero perfectamente hábil para el disparo al menos la utilizada en los hechos que se enjuician, como las propias consecuencias producidas evidencian sin lugar alguno para la duda.

Razones todas las anteriores por las que procede, de nuevo, la desestimación de los motivos.

QUINTO.- El motivo Quinto, por su parte, pretende la modificación de los hechos declarados probados por la Resolución de instancia, alegando error en la valoración de la prueba llevada a cabo por la Audiencia (art. 849.2º LECr), a la vista del contenido de los informes periciales médicos y balísticos obrantes en la causa, que supuestamente evidenciarían que las lesiones sufridas por la agredida se produjeron en el ya referido forcejeo (folios 219 y 700 a 715).

Recordando la doctrina ya expuesta, a propósito de este motivo de casación, en nuestro anterior Fundamento Jurídico Primero, el motivo claramente aparece una vez más como infundado, ya que, no sólo carecen inicialmente del carácter de literosuficiencia, por sí solos, los informes periciales, que exclusivamente en excepcionales supuestos de univocidad y ausencia de otros elementos probatorios discrepantes, lo que

aquí no sucede, pueden acceder a ese carácter, sino que, además, del examen conjunto de tales informes no se desprende un error evidente de la Audiencia, sino tan sólo, su razonable discrepancia respecto de la versión ofrecida por el recurrente.

Por lo que el motivo de nuevo también se desestima.

SEXTO.- Por último, en lo que a este Recurso se refiere, los motivos restantes plantean una serie de infracciones de Ley (art. 849.1° LECr), por incorrecta aplicación a los hechos declarados probados en la instancia de los preceptos de orden sustantivo que integran el ordenamiento penal, en concreto la de los artículos 138, 563, 20.4° a 6° y 23 del Código Penal.

Supuestas infracciones de Ley que pasamos a analizar a continuación, no sin antes recordar, con carácter general cómo el cauce casacional aquí utilizado (art. 849.1° LECr), de acuerdo con numerosísimos pronunciamientos de esta Sala y lo ya dicho en el Segundo de los presentes Fundamentos Jurídicos, supone tan sólo la comprobación por este Tribunal de Casación de la correcta subsunción de los Hechos declarados probados en los preceptos de orden sustantivo que integran el ordenamiento penal.

Por lo que, teniendo en cuenta tal doctrina, cumple señalar la improcedencia de las pretensiones contenidas en el presente motivo, que no se ajustan al respeto debido a la literalidad del relato fáctico de la recurrida, tanto por lo que se refiere a la indebida aplicación del artículo 138 del Código Penal, que describe el delito de homicidio (motivo Tercero), como a la del 563, referido a la tenencia ilícita de armas (motivo Cuarto), ya que dichas calificaciones se corresponden completamente con la descripción contenida en el referido “*factum*” del Tribunal “*a quo*”.

No ocurre lo mismo, sin embargo, respecto de los otros dos motivos restantes, Sexto y Octavo, que sí que merecen ser estimados, uno de ellos con carácter parcial.

Así, la existencia de la eximente de legítima defensa (art. 20.4º a 6º CP), ha de ser admitida, si bien de manera parcial, por entender que nos hallamos ante un supuesto incompleto de la misma (art. 21.1ª CP), ya que respecto de sus elementos integrantes el primero de ellos, la agresión ilegítima, es incuestionable su concurrencia, toda vez que el recurrente cuando efectúa su disparo previamente había recibido otro, en la espalda, producido por quien luego sería víctima de su respuesta, constituyendo ese elemento, sin previa provocación (tercer elemento), el núcleo inicial de la causa de exención de la responsabilidad.

No obstante, en cuanto al segundo requisito contemplado en el precepto, el de la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler aquella agresión, el mismo se nos presenta como sólo parcialmente cumplido, toda vez que el disparo que efectúa el previamente agredido podría no resultar absolutamente necesario habida cuenta de que el arma ya se encontraba en su poder, una vez la había arrebatado a su inicial portadora.

Pero tampoco puede sostenerse la ausencia absoluta de esa necesidad, teniendo en cuenta que Luis Antonio desconocía si quien tan alevosamente había atentado contra su vida pudiera disponer de otro arma con el que volver a intentar su objetivo homicida o incluso el que, a su vez, la arrebatase recíprocamente el arma a él, que en ese momento se encontraba herido en la espalda.

Por ello, aunque su acción no se encontrase completamente justificada, ante otras posibles alternativas defensivas, tampoco puede

considerarse, en las circunstancias concretas en las que se encontraba, como totalmente ajenas a un mero y, en parte justificado comportamiento defensivo por su parte (al respecto, SSTS núms. 1630/1994, de 24 de septiembre, 444/2004, de 1 de abril ó 962/2005, de 22 de julio).

Mientras que por lo que se refiere a la agravante de parentesco (art. 23 CP), su aplicación en este caso, como por otra parte también entiende el Fiscal al apoyar este motivo, es improcedente ya que, si bien es cierto que la Jurisprudencia de esta Sala tiene dicho que las posibles desavenencias familiares o el deterioro de las relaciones personales no excluyen su aplicación (por ej. STS núm. 1310/2009, de 22 de diciembre, entre otras), lo cierto es que aquí no se trataba de una simple desavenencia sino del gravísimo hecho de la inmediata agresión mortal recibida por el recurrente de parte de su esposa, suponiendo además que ésta hubiere sido identificada como tal por el agredido, a la vista de la prenda que, según el propio relato de hechos de la Audiencia, cubría su rostro.

Por todo ello estos dos últimos motivos sí que merecen la referida estimación, debiendo dictarse a continuación la correspondiente Segunda Sentencia, en la que se recojan las consecuencias punitivas derivadas de la misma.

C) COSTAS:

SÉPTIMO.- Las costas de este procedimiento deben ser impuestas, a tenor de lo dispuesto en el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a la recurrente cuyas pretensiones íntegramente se desestiman, declarando de oficio las correspondientes al Recurso parcialmente estimado.

En su consecuencia, vistos los preceptos mencionados y demás de general aplicación al caso,

III. FALLO

Que debemos desestimar el Recurso de Casación interpuesto por la Representación de Carmen Hormigos Corral contra la Sentencia dictada por la Sección Vigésimo Sexta de la Audiencia Provincial de Madrid, el 1 de febrero de 2016, por delitos de asesinato intentado y tenencia ilícita de armas, así como estimamos parcialmente el Recurso interpuesto contra esa misma Resolución por la Representación de Luis Antonio Hiniesto Santos, debiéndose dictar a continuación, en consecuencia, la correspondiente Segunda Sentencia.

Se declaran de oficio las costas procesales ocasionadas en el presente Recurso respecto del recurrente cuyas pretensiones se estiman, imponiendo a la otra recurrente las correspondientes al suyo.

Póngase en conocimiento del Tribunal de origen, a los efectos legales oportunos, la presente Resolución y la que seguidamente se dictará, con devolución de la Causa que, en su día, nos fue remitida.

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

Andrés Palomo Del Arco

Joaquín Giménez García

679/2016

Ponente Excmo. Sr. D.: José Manuel Maza Martín

Fallo: 15/09/2016

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA Nº: 738/2016

Excmos. Sres.:

D. Cándido Conde-Pumpido Tourón
D. José Manuel Maza Martín
D. Luciano Varela Castro
D. Andrés Palomo Del Arco
D. Joaquín Giménez García

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cinco de Octubre de dos mil dieciséis.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción Mixto nº 3 de San Lorenzo de El Escorial con el número 1/2014 y seguida ante la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 26ª por delitos de asesinato en grado de tentativa, homicidio en grado de tentativa y tenencia de armas prohibidas, contra **Carmen Hormigos Corral**, nacida el 17 de febrero de 1961, en Carpio del Tajo (Toledo), hija de Constantino y de Elvira, y **Luis Antonio Hiniesto Santos**, nacido el 18 de julio de 1964, en Madrid, hijo de Luis Julián y Teodosia, en cuya causa se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 1 de febrero de 2016, que ha sido casada y anulada parcialmente 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. José Manuel Maza Martín, hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se aceptan y reproducen los antecedentes de Hecho y los fundamentos fácticos de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 26ª, de fecha 1 de febrero de 2016, dictada en el procedimiento sumario ordinario 1954/2014.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se dan por reproducidos los fundamentos jurídicos de la anterior Sentencia de casación y los de la recurrida, en todo aquello que no contradigan a los que a continuación se exponen.

SEGUNDO.- Como ya quedó dicho en el Fundamento Jurídico Sexto de nuestra anterior Resolución, concurre en la conducta del recurrente Luis Antonio Hiniesto la eximente incompleta de legítima

defensa (art. 21.1ª en relación con el 20.4º CP) y no resulta de aplicación la agravante de parentesco (art. 23 CP), de modo que, aplicando la reducción de pena prevista en el artículo 68 del texto legal, en un grado, al delito de homicidio intentado cometido por dicho recurrente, y de acuerdo con la regla del artº 66.1.6ª del Código Penal, la pena aplicable al mismo ha de ser la de dos años y seis meses de prisión.

En consecuencia, vistos los preceptos aplicables,

III. FALLO

Que debemos condenar y condenamos a Luis Antonio Hiniesto Santos, como autor de un delito de homicidio en grado de tentativa, con la concurrencia de la eximente incompleta de legítima defensa, a la pena de dos años y seis meses de prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, manteniendo el resto de pronunciamientos condenatorios de la Resolución de instancia, en cuanto a las prohibiciones de comunicación con su víctima, a la condena por el delito de tenencia ilícita de armas por el que también Luis Antonio fue sancionado y la condena de la otra acusada en su integridad, así como en cuanto a los aspectos indemnizatorios, decomiso de revólver y costas causadas en la instancia.

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

Cándido Conde-Pumpido Tourón

José Manuel Maza Martín

Luciano Varela Castro

Andrés Palomo Del Arco

Joaquín Giménez García

PUBLICACIÓN.- Leidas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.