

Roj: **STS 2485/2014** - ECLI: **ES:TS:2014:2485**Id Cendoj: **28079120012014100467**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **10/06/2014**Nº de Recurso: **135/2014**Nº de Resolución: **454/2014**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE**Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diez de Junio de dos mil catorce.

En el recurso de casación por quebrantamiento de forma, e infracción de Ley que ante Nos pende, interpuesto por **Borja**, contra Sentencia nº 16-13 de fecha 28 de Octubre de 2013 dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el Recurso de Apelación 8/13 interpuesto contra la Sentencia del Tribunal del Jurado de la Sección 29a de la Audiencia Provincial de Madrid dictada en fecha 27 Marzo 2013, la cual ha sido declarada nula por la Sentencia ahora recurrida; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación y Fallo, bajo la Presidencia del Primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, siendo también parte el Ministerio Fiscal y como parte recurrida Edemiro, representado por la Procuradora Sra. García Bardon, y dicho recurrente representado por el Procurador Sr. Fernández Martínez.

### I. ANTECEDENTES

**Primero.-** 1.- La Audiencia Provincial de Madrid, Sección 29ª, dictó sentencia de fecha 27 de marzo de 2013, que fue recurrida en apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, recurso que fue resuelto por sentencia de fecha 28 de octubre de 2013, que contiene los siguientes *HECHOS PROBADOS*:

*HECHOS PROBADOS:* El Jurado ha declarado probado por unanimidad o mayoría suficiente, en su veredicto, lo siguiente: "Sobre las 08:30 horas del día 27 de noviembre de 2008 Borja, quien se encontraba trabajando en el bar que regenta en las cercanías de su domicilio, sito éste en la PLAZA000, nº NUM000, NUM001, NUM002, de Madrid, acudió al mismo, donde se encontró con Indalecio, quien intentó impedirle la entrada y con quien se enfrentó en una pelea en el curso de la cual, con el propósito de causarle la muerte, le golpeó en repetidas ocasiones con un cuchillo de un solo filo y unos diez centímetros de hoja, causándole, entre otras, tres heridas penetrantes por la espalda que alcanzaron los pulmones y otra por el pecho que penetró en el pericardio, heridas éstas que causaron su fallecimiento por una masiva hemorragia cardiaca y pulmonar.

*Borja* había llegado a su domicilio, tras ser avisado por el portero de la finca en el bar donde trabajaba de que en su piso se oían gritos de socorro y ruido de golpes de objetos, y se encontró a su compañero sentimental Luis, tendido en el rellano de la escalera, ensangrentado y gravemente herido, rodeado de enseres procedentes de la vivienda, y obró defendiéndose de un ataque injustificado que contra él dirigía Indalecio.

En su defensa empleó los medios y formas racionalmente proporcionados a la agresión sufrida y que encontró a su alcance y la agresión de la que se defendía no fue provocada por Borja \*

Borja, a consecuencia del shock emocional sufrido al llegar a su domicilio y hallar en él a su compañero sentimental gravemente herido y sus enseres destrozados y verse el mismo envuelto en una pelea con un desconocido, obró bajo los efectos de una completa pérdida del control de sus impulsos que anulaba plenamente su capacidad para comprender la realidad y obrar conforme a dicha comprensión "



No ha estimado probado el Jurado que para asestar las cuchilladas Borja se aprovechara de que Indalecio , en el curso de la pelea y ya herido, había quedado indefenso y desarmado; ni que al propinar las cuchilladas persiguiera, además de la finalidad de causar la muerte, la de causar un sufrimiento mayor del necesario para produciría.

Tampoco se estima probado que actuara tras caer en un estado de terror que no pudo superar y que fuera el único motivo de su modo de obrar.

SEGUNDO.- La referida sentencia contiene el siguiente pronunciamiento en su parte dispositiva:

" FALLO: Que, por concurrir en él las circunstancias eximentes de la responsabilidad penal de trastorno mental transitorio y legítima defensa, DEBO ABSOLVER y ABSUELVO A Borja del delito de **homicidio** de que es autor, declarándose de oficio las costas procesales causadas.

Únase a la presente sentencia el acta de la deliberación y votación del Jurado.

**Segundo.-** El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal dictó el siguiente pronunciamiento:

FALLO: 1º) Que ESTIMAMOS el recurso planteado por la Procuradora Da Rosa María García Bardón, en nombre y representación de D. Edemiro , ANULANDO la sentencia dictada el 27 de Marzo de 2.013 por el Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado limo. Sr. D. Francisco Ferrer Pujol, en la Sección 29a de la Audiencia Provincial de Madrid, con devolución de los autos a la Audiencia Provincial, para la celebración del nuevo juicio con Jurado, firme que sea esta sentencia.

2º) Las costas se declaran de oficio.

**Tercero.-** Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley, por Borja 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 en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN.

ÚNICO .- Al amparo del artículo 852 de la LECrim se alega vulneración del artículo 9.3 , 24.1 y 120.3 de la CE .

**Quinto.-** Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto no estimó necesaria la celebración de vista oral para su resolución e interesa la estimación del motivo, por las razones expuestas en su informe; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

**Sexto.-** Hecho el señalamiento se celebró la deliberación prevenida el día veintisiete de mayo de dos mil catorce.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO: El motivo único se interpone por infracción de precepto constitucional por la vía del art. 852 LECrim , al amparo del art. 5.4 LOPJ , por infracción de preceptos constitucionales, arts. 120.3 , 9.3 , 24.1 CE .**

Se alega en el motivo que la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que estimó el recurso de apelación interpuesto por la acusación particular y anuló la sentencia dictada por el Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado, -que había absuelto al hoy recurrente del delito de **homicidio** del que era autor, por concurrir en él las circunstancias eximentes de la responsabilidad penal de legítima defensa y trastorno mental transitorio- por la defectuosa conformación del veredicto, ser los hechos probados de la sentencia, a partir del objeto del veredicto, contradictorios respecto a la dinámica de los hechos atinentes a la legítima defensa en relación con la motivación expresada en el veredicto del Jurado, e insuficiencia de motivación respecto a la eximente de trastorno mental transitorio, incurre en arbitrariedades e incoherencias y resulta sorprendente al no tener en cuenta todos los elementos de convicción utilizados por el Jurado, a los que el Magistrado-Presidente dio forma en la sentencia, motivando el TSJ, la prueba de una manera arbitraria, irracional e incoherente, pasando por alto el ataque injustificado que sufrió el acusado por parte de Indalecio , obviando sorprendentemente el estado y actitud de agresividad de este último por el consumo de cocaína y alcohol, omitiendo la escalada de violencia que protagonizó, el escenario y las circunstancias a las que tuvo que enfrentarse el acusado Borja , provocadas por Indalecio , a pesar de quedar constancia de todo ello en la motivación del jurado en sus elementos de convicción.

Considera arbitrario que se cuestione que Indalecio no iba bajo la influencia de cocaína y alcohol en el momento de los hechos, es incoherente que exista falta de motivación de los jurados en cuestiones y hechos que no han sido objeto del veredicto por lo que, como es obvio, estos no pueden contestar ni motivar sobre los hechos que no se le preguntan.



1º Como cuestión previa habrá que analizar la objeción del Ministerio Fiscal en su escrito de apoyo al recurso en el sentido de que la sentencia del TSJ, tenía que haber inadmitido el recurso de apelación que en su día interpuesto la acusación particular, dado que el motivo que estimó se planteó al amparo de la letra a) del art. 846 bis c) LECrim, por infracción de los arts. 61.1 d) LOTJ, y art. 120.3 y 24.2 CE, por ausencia de motivación y defectos del veredicto, que exige que al recurrente se le haya ocasionado indefensión y la previa reclamación como medio de subsanación.

Esta argumentación del Ministerio Fiscal como precisa la STS. 264/2005 de 1.3, necesita ser matizada. El art. 846 bis c) a) establece que la admisibilidad de la apelación por dicho motivo (quebrantamiento en el procedimiento o en la sentencia de las normas y garantías procesales) queda subordinada a que la parte recurrente haya formulado "la oportuna reclamación de subsanación" (art. 846 bis c) letra a) apartado 1) y en caso de ser desestimada la misma, la correspondiente protesta (art. 846 bis c) in fine) requisitos ambos cuya regulación es ciertamente confusa. Desde luego, si la infracción de normas y garantías procesales se produce en la sentencia, al no existir en la primera instancia ningún trámite posterior al de su notificación a las partes, los citados requisitos no podrán ser cumplimentados por éstas y, por tanto, tampoco podrá ser exigida su formalización previa en orden a la admisión del recurso de apelación.

Tanto la "reclamación de subsanación" como la "protesta" tienen por finalidad común la de alertar al órgano judicial sobre la existencia de la infracción de alguna garantía o norma procesal acaecida a lo largo del pronunciamiento, distinguiéndose en que, mientras la primera, como su propio nombre indica, posibilita que el órgano judicial reaccione ante dicha reclamación y subsane la indefensión denunciada, la segunda, en cambio, se limita a producir el mero efecto formal de dejar constancia de una queja de la parte procesal, a los solos efectos del ejercicio de un futuro y eventual medio de impugnación.

La reclamación de subsanación plantea, además, el problema adicional consistente en determinar cuando la misma resulte imprescindible, puesto que el apartado a) del art. 846 bis c) LECrim, tras requerir su formulación con carácter general, añade, sin embargo, que ésta reclamación no será necesaria si la infracción denunciada implicase la vulneración de un Derecho Fundamental constitucionalmente garantizado.

Este enunciado es contradictorio porque, por una parte, la norma determina que cualquier infracción de normas y garantías procesales precisa, para ser evidenciada en segunda instancia, haber causado indefensión y por otro lado, la prohibición de "indefensión" constituye, como es sabido uno de los Derechos Fundamentales consagrados en el art. 24.1 CE.

Por lo tanto, si la infracción procesal genera "indefensión" al mismo tiempo ocasiona ineludiblemente la lesión del art. 24.1 CE, con lo que se manifiesta una evidente contradicción en la norma.

Y por último, en los casos en que no sea necesaria la previa reclamación de subsanación, si debe serlo la protesta al tiempo de producirse la infracción denunciada, dado que el último párrafo del art. 846 bis c) no contempla excepción de ningún tipo en dicha exigencia.

En el caso presente uno de los supuestos que el propio art. 846 bis c) a) contempla como quebrantamiento de las normas y garantías procesales es defecto en la proposición del objeto del veredicto, siempre que de ello se derive indefensión, y no podemos olvidar -dice la STS. 487/2008 de 17.7 - que dada la trascendencia del trámite que señala el objeto del veredicto, el Legislador no ha excluido a las partes, muy al contrario, les ha otorgado una importante intervención, haciéndoles igualmente responsables de su contenido, en cuanto tiene conferido el derecho a participar en su redacción definitiva mediante la oportuna audiencia. Así se plasma en el art. 53.1 LOTJ, pudiendo las partes solicitar las inclusiones y exclusiones que estimen pertinentes y pudiendo formular protesta respecto a las peticiones que les fueran rechazadas. Es decir, que las partes asumen junto con el Magistrado Presidente ante el Jurado, una función de colaboración para incluir en el objeto del veredicto todos los elementos que pueden influir en la decisión que ha de tomar el Jurado al declarar los hechos probados de dicho veredicto. Esta función se debe cumplir, como ya se ha indicado, pidiendo inclusiones y exclusiones en el objeto del veredicto, lo que supone que también pueden pedir aclaraciones en la redacción para evitar contradicciones. Por ello parece evidente que las partes no pueden guardar silencio cuando adviertan que en el objeto del veredicto se incurre en algún defecto, para luego dictada la sentencia y advertido el tenor de la misma pretender la nulidad de lo actuado con repetición del juicio oral. La doctrina más autorizada considera que la Ley, con muy buen criterio, parte de que los defectos que pueden subsanarse en la instancia deben quedar subsanados en la misma y de que no puede resultar favorecido por la nulidad, bien quien contribuyó a ella, bien quien pudo evitarla y no lo hizo. La exigencia de protesta previa no es un mero requisito de forma del que pueda decirse que cabe incurrir en formalismo, si se exige su aplicación con rigor técnico, es un requisito que hace al correcto desarrollo del proceso, pretendiendo evitar declaraciones de nulidad que hacen desmerecer en el concepto público la sentencia.



Por tanto -dice la STS. 14.10.2002 - no habiéndose rechazado petición alguna de modificación del objeto del veredicto ninguna indefensión pudo ocasionársele a una redacción del objeto del veredicto a la que por la extemporánea vía del recurso de apelación pretende.

Por tanto de conformidad con la doctrina precedente no es admisible que quien no ha efectuado tacha alguna a la redacción propuesta de un hecho concreto del objeto del veredicto, luego conocida la sentencia, la tacha de causante de nulidad por la indefensión que la produce ( STS. 196/2007 de 9.3 ).

Doctrina reiterada en la reciente STS. 267/2013 de 22.3 , que precisa: "Más allá de esa mera falta formal de presupuestos, la resolución del Tribunal Superior de Justicia generaría dos vulneraciones de sendas garantías: **a)** por un lado, el acusado se sometería a un nuevo enjuiciamiento por tribunal distinto, pese a que ya había sido juzgado válidamente, ya que la nulidad de tal juicio, declarada en la sentencia de apelación, se habría impuesto sin haber agotado previamente las previsiones legales para denunciar y evitar las consecuencias de las eventuales causas de tal nulidad y **b)** por otro lado, al autorizar el acceso al debate sobre nulidad, cuando ya no cabe la eventual enmienda, se sustrae la causa al tribunal de enjuiciamiento al que correspondía su conocimiento, y se hace fuera de los supuestos legales en que tal apartamiento es admisible".

A mayor abundamiento debemos recordar -como decíamos en SSTs. 487/2008 de 17.7 , 636/2006 de 8.6 , 357/2005 de 20.4 , que la LOTJ, ha partido de una articulación secuencial del objeto del veredicto en el art. 52 de la misma, estructurando las diversas cuestiones que han de someterse a la consideración del Tribunal de Jurado, y que son trasunto, como es lógico, de las alegaciones fácticas de las partes incorporadas a sus escritos de acusación y de defensa. Tal articulación es consecuencia de una serie de premisas, de las que parte la ley: primero, sirven para que el Magistrado-Presidente pueda redactar los hechos probados de la Sentencia que haya de dictarse, condenatoria o absolutoria, incorporando al "factum" todos los elementos que el jurado entienda como probados y que construyan el propio hecho probado, desde su comienzo hasta su consumación, con todos los avatares que las partes hayan planteado como acontecidos, incluidos también todos los elementos del llamado juicio de culpabilidad y de sus circunstancias en relación con la capacidad mental del acusado. En segundo lugar, sirven también para que la motivación se estructure en cada una de las proposiciones que se les formulan, sin que sea necesario naturalmente que tal motivación sea incardinable en cada una de las preguntas o proposiciones, sino que bastará una motivación general, con tal que el jurado explique sucinta pero suficientemente las pruebas en que se ha basado para dictar su veredicto. Pero tal estructuración secuencial de proposiciones sin duda facilita la labor intelectual de motivación, pues supone detenerse mentalmente en cada uno de los grados o estructuras de los hechos en su configuración secuencial para determinar en qué elementos probatorios se apoyó el jurado, dejando nota sucinta de tal explicación ( STS. 12.3.2001 ).

Por ello la formulación de los hechos que han de incluirse en el objeto del veredicto habrá de responder a una articulación lógica interna, de modo que las proposiciones alternativas o mutuamente excluyentes se relacionan entre si con la advertencia expresa de tal alternatividad o relación lógica. De este modo aunque por exigencias procesales de congruencia o incluso por estrictas necesidades lógicas de claridad del pronunciamiento fáctico, resulte relativamente frecuente la formulación de proposiciones de hecho cuya declaración simultánea de probadas resultaría incompatible, esta incompatibilidad ha de ser puesta de manifiesto y explicada claramente al Jurado en el propio documento que se le entregue, precisamente para evitar la posibilidad de pronunciamientos contradictorios, que es lo buscado por el Legislador.

Por tanto resulta clarificadora y por ello, aconsejable, la técnica generalizada de formular en "cascada" -con su suficiente precisión sobre su alternatividad- los elementos fácticos de los que se derivaría la apreciación de eximentes completas e incompletas y de atenuantes que admiten graduación. Y en cuanto al orden resulta aplicable, a la inversa, la estructura legal del objeto del veredicto contenida en el art. 52.1 LOTJ : así en cuanto a los hechos que puedan introducir relativos a circunstancias de exención o atenuación, habrá de seguirse el formular el primer lugar la propuesta tal como se alega por la defensa para después, y como propuestas alternativas, formular en su caso los que ésta misma proponga como propuestas alternativas o las que se deduzcan, con tal carácter, del contenido del debate procesal, como puede ser la base fáctica de una eximente incompleta o una atenuante simple frente a la eximente preconizada con carácter principal.

**SEGUNDO:** No obstante lo anterior dado que en el hecho también se cuestionaba la ausencia de motivación del veredicto con infracción de los arts. 61.1 d) LOTJ , 120.3 y 24 CE , por lo que como razona la sentencia recurrida no nos encontramos solo ante ese defectuoso objeto del veredicto sino ante el supuesto de una clara contradicción interna entre ese objeto de veredicto, los hechos que se consideran probados, en relación con la insuficiencia de la motivación que el Jurado incluye en orden a sus conclusiones y la absolución finalmente producida, afectando por ello al derecho fundamental de defensa consagrado en el art. 24.1 CE , y por ende excluyendo la necesidad de petición previa de subsanación o incluso de protesta, como viene a establecer el apartado a) del art. 846 bis c) LECrim .



Razonamiento correcto, ya que como se ha explicitado ut supra en estos casos resulta indiferente el hecho de que el apelante hubiera dejado de entablar la reclamación de la subsanación, ya que la falta de motivación del veredicto atenta contra un derecho fundamental cuya vulneración -dice la STS. 1046/2005 de 13.9 -, implica que, aún a falta de la protesta obligatoria, la parte tenga acceso al recurso de apelación fundado en dicho motivo, por cuanto la motivación a que alude el artículo 61.1d) de la Ley es *parte integrante e inseparable de la contestación* que el órgano jurisdiccional debe procurar al titular de la relación jurídico procesal que, cumplidas las correspondientes cargas, tiene un derecho subjetivo a obtener una respuesta fundada en el Derecho que decida las cuestiones pendientes (ver SSTC. 169/2004 de 6.10 y 246/2004 de 20.12 ).

Consecuencia analizando tal ausencia de motivación:

1º En primer lugar, tal como recuerda la STS. 919/2010 de 14.10 , hay que puntualizar la dosis de motivación que debe asistir a las afirmaciones o negaciones del Jurado sobre la prueba de los hechos que constituyen el objeto del veredicto. La explicación sucinta de razones que el art. 61.1 d) de la Ley manda incluir en el correspondiente apartado del acta de votación, puede consistir en una descripción detallada, minuciosa y crítica de la interioridad del proceso psicológico que conduce a dar probados o no los hechos que se plasman en el objeto del veredicto. Esta opción, solo accesible a juristas profesionales, sobrepasa los niveles de conocimiento, preparación y diligencia que cabe esperar y exigir a los componentes del Jurado. A esta postura se contraponen una posición minimalista de que estando al conjunto de las pruebas practicadas, el Jurado se abstiene de otras precisiones y así las cosas, declaraba probados unos hechos y no probados otros de la totalidad de los propuestos. Esta opción podría entenderse insuficiente porque al adoptarla sólo expresa que no se ha conducido el Jurado irracionalmente, ni ha atentado contra el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

Cabe finalmente una tesis razonable intermedia, en la que el Jurado, en la sucesiva concatenación de los hechos objeto del veredicto, individualiza las pruebas y cualesquiera otros elementos de convicción cuyo impacto psicológico le persuade o induce a admitir o rehusar la versión histórica de los respectivos acontecimientos.

Esta es la opción más razonable. Es cierto que, cuando se trata de sentencias dictadas por el Tribunal de Jurado, no puede exigirse a los ciudadanos que integran el Tribunal el mismo grado de razonamiento intelectual y técnico que debe exigirse al Juez profesional y por ello la Ley Orgánica del Tribunal de Jurado sólo requiere en el art. 61.1 d) que conste en el acta de votación la expresión de los documentos de convicción y una sucinta explicación de las razones por las que han declarado o rechazado declarar como probados unos determinados hechos.

Con ello se integra la motivación del veredicto que debe ser lo suficientemente explícita para que el Magistrado Presidente pueda cumplir con la obligación de concretar la existencia de prueba de cargo que le impone el art. 70.2 de la Ley, completando aquellos aspectos ( SSTS. 956/2000 de 24 de julio ; 1240/2000 de 11 de septiembre , 1096/2001 de 11 de junio ).

La STS. 132/2004 de 4 de febrero nos dice que la motivación de la sentencia del Tribunal del Jurado viene precedida del acta de votación, que constituye su base y punto de partida, en cuanto contiene la expresión de los elementos de convicción y una sucinta explicación de las razones por las que los jurados han declarado o rechazado declarar determinados hechos como probados. Pero debe ser desarrollada por el Magistrado-Presidente al redactar la sentencia, expresando el contenido incriminatorio de esos elementos de convicción señalados por los jurados y explicitando la inferencia cuando se trate de prueba indiciaria o de hechos subjetivos. Se trata de una responsabilidad que la ley impone a quien puede cumplirla, pues el Magistrado-Presidente, que ha debido asistir atento al juicio y a sus incidencias; que ha entendido en el momento procesal correspondiente que existe prueba valorable que impide la disolución anticipada; que ha redactado el objeto del veredicto, y que ha debido impartir al jurado instrucciones claras sobre su función y la forma de cumplirla adecuadamente, debe estar en condiciones de plasmar con el necesario detalle en cada caso, cuáles son las pruebas tenidas en cuenta por los jurados y cuál es su contenido incriminatorio, así como, en caso de prueba indiciaria y de elementos subjetivos, cuál es el proceso racional que conduce de forma natural desde unos hechos ya probados hasta otros hechos, objetivos o subjetivos, necesitados de prueba.

En esta dirección la STS. 1116/2004 de 14.10 precisa: "...La necesidad de motivación de la sentencia ( artículos 120.3 y 24 C.E .), también alcanza al Jurado, dándose la peculiaridad de que quién dicta la sentencia, el Magistrado-Presidente, no ha participado en la decisión de aquél sobre los hechos. Si el veredicto fuese de culpabilidad, conforme dispone el artículo 70.2 citado, la sentencia concretará la existencia de prueba de cargo exigida por la garantía constitucional de presunción de inocencia, lo que corresponde al Magistrado-Presidente. Este mandato debe ponerse en relación con el artículo 61.1.d), que establece, en relación con el acta de votación, la existencia de un cuarto apartado que deberá contener una sucinta explicación



de las razones por las que los jurados han declarado o rechazado declarar determinados hechos como probados. De ambos preceptos se deduce que el Magistrado-Presidente debe señalar en este apartado de la presunción de inocencia los elementos de convicción que ha tenido en cuenta el Jurado y además añadir sus propias consideraciones sobre la concurrencia en el caso de la prueba de cargo que técnicamente deba ser considerada como tal. Debemos señalar además al respecto que si el Juez técnico decidió someter al Jurado el objeto del veredicto ello es porque ya había entendido que no procedía la disolución anticipada del Jurado a que se refiere el artículo 49 L.O.T.J., por falta de existencia de prueba de cargo que pueda fundar una condena del acusado. El Magistrado-Presidente debe pues tener en cuenta las explicaciones sucintas expresadas por el Jurado que complementará con sus propias consideraciones sobre la prueba de cargo tenida en cuenta por aquél. Lo que no es coherente es que dichas consideraciones sean contradictorias o divergentes con la decisión del Jurado".

Doctrina ésta que es matizada en la STS. 279/2003 de 12.3, en los siguientes términos:

"...El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía reprocha en su sentencia al Magistrado-Presidente del Jurado el incumplimiento de la prescripción del art. 70.2 LOTJ, ya que -dice- se limitó a asumir el pronunciamiento del tribunal popular, en sus propios términos. Y tiene razón, puesto que al resultar evidente que el tenor de éstos no le permitían construir la sentencia dotándola de motivación suficiente, debió devolver el veredicto, explicando al Jurado, si antes no lo había hecho, o insistiendo, en otro caso, que no bastaba *catalogar* las fuentes de prueba, sino que era necesario -como se ha dicho- concretar los "elementos de convicción" obtenidos de cada una de ellas y explicar *las razones* por las que a partir de esa base había tenido unos hechos como probados.

Y no podía ser de otro modo, puesto que el Magistrado-Presidente no integra el Jurado, no enjuicia hechos, y, en consecuencia, tampoco participa de la formación de la decisión en la materia, sobre la que, por tanto, al redactar la sentencia, no puede aportar otros *elementos de convicción* ni otras *razones* que las que el Jurado exteriorice; ni suplir a éste en ese cometido indelegable, como no fuera para ilustrar sobre alguna inferencia que, por su obviedad y a la vista del contenido del veredicto, no dejase lugar a dudas".

2º De otra parte la motivación de las sentencias es exigible ex art. 120 CE "siempre", esto es, con independencia de su signo, condenatorio o absolutorio. No obstante ha de señalarse que en las sentencias condenatorias el canon de motivación es más riguroso que en las absolutorias pues, de acuerdo, con una reiterada doctrina constitucional, cuando están en juego otros derechos fundamentales -y entre ellos cuando están en juego el derecho a la libertad y el de presunción de inocencia, como sucede en el proceso penal- la exigencia de motivación cobra particular intensidad y por ello se refuerza el canon exigible ( SSTC. 34/97 de 15.2, 157/97 de 13, 7, 200/97 de 24.11, 109/2000 de 5.5, 169/2004 de 6.10 ).

Por el contrario, las sentencias absolutorias, al no estar en juego los mismos derechos fundamentales que las condenatorias, se mueven en cuanto a la motivación en el plano general de cualesquiera otras sentencias, lo que no supone que en ellas pueda excluirse la exigencia general de motivación, pues ésta, dice el art. 120.3 CE., es requerida "siempre". No cabe por ello entender que una sentencia absolutoria puede limitarse al puro decisionismo de la absolución sin dar cuenta del por qué de ella, lo que aún cuando no afectara a otros derechos fundamentales, como ocurriría en el caso paralelo de las sentencias condenatorias, sería en todo caso contrario al principio general de interdicción de la arbitrariedad ( art. 9.3 de la Constitución ), en tanto que el órgano jurisdiccional debe señalar que en el ejercicio de su función no ha actuado de manera injustificada, sorprendente y absurda, en definitiva, arbitraria. ( STS. 424/2001 de 19.4 ).

Por la misma razón, en el caso de los veredictos de no culpabilidad y aunque en ocasiones esta Sala haya dicho que basta con expresar la duda, SSTs. 13.2.98, 29.5.2000, 5.2.2001, según la cual "la duda del Tribunal del Jurado es por sí misma un fundamento suficiente de la absolución. El ciudadano sabe que la razón de la absolución es la duda, es decir la falta de convicción en conciencia del Tribunal y, por esta razón, la expresión de la duda tiene el valor de un fundamento jurídico hábil para sostener el pronunciamiento del Tribunal", y en similar sentido SS. 2007/2002 de 13.2 y 122/2003 de 29.1, no siempre será así, pues a veces, sobre todo cuando hay pruebas directas de gran carga incriminatoria, o cuando existen acreditados hechos con gran fuerza indiciaria, será preciso justificar la duda, explicar por qué se le ha presentado la duda, es decir, aludir a las razones que expliquen porqué el jurado duda de una versión que a primera vista aparece rayana en la certeza. Así la SS. 19.4.2001 declaró la falta de motivación de un veredicto que se limitaba a indicar que las pruebas practicadas no demostraban que el acusado se hubiese encontrado en el lugar de los hechos, contra lo abiertamente declarado por cuatro testigos sobre cuya falta de credibilidad nada argumentó, ni siquiera sucintamente, el Jurado.

Ahora bien, la jurisprudencia -por ejemplo STS. 1045/98 de 23.9 - ha elaborado algunas excepciones a la doctrina general expuesta. Estas excepciones son:



a) Cuando el recurrente, en base a datos obrantes en la causa declaraciones, etc., intentara demostrar que la sentencia recurrida silencia datos obrantes en el sumario o en el plenario que demuestren la autoría culpable de los absueltos.

b) Cuando el fallo absolutorio está fundado no en la falta de prueba suficiente sobre la realidad del hecho de que se acusa o sobre la participación del inculpado en el mismo, sino en la existencia de hechos impositivos, por ejemplo, de hechos que se consideran probados y en cuya virtud se aprecia una circunstancia eximente, la acusación tiene derecho a que el tribunal explicita las razones en las que funda su convicción de que tales hechos han quedado efectivamente probados. Y ello es así no porque la acusación tenga derecho a que el tribunal se convenza de la culpabilidad del acusado, sino porque, despejada toda duda sobre la realidad del hecho y la participación de aquél, sí tiene derecho la acusación a que su pretensión encuentre una respuesta razonada sobre los hechos que han impedido el tribunal deducir las consecuencias jurídicas en que dicha pretensión se concretaba. Un derecho que se revela con mayor fuerza siempre que los hechos impositivos han sido objeto de una extensa actividad probatoria, de sentido no unívoco, en el juicio oral.

Corolario de cuanto antecede es que no puede medirse el nivel de exigencia de motivación con parámetros generales y abstractos, sino en función de cuales fueron los debates, las dudas, las incertidumbres y las tesis contrapuestas en el caso concreto, de tal modo que un observador imparcial y ajeno a la deliberación esté en condiciones de "apreciar que la decisión tiene un fundamento razonable y no es fruto de la mera arbitrariedad ( SSTS. 29.5.2000 , 22.11.2000 ).

Las afirmaciones precedentes no deben llevar, sin embargo, a la confusión entre el juicio sobre la existencia (y suficiencia) de la motivación y el juicio sobre la razonabilidad de la valoración de los elementos de convicción llevada a cabo por el Jurado. Debemos precisar que una cosa es que el razonamiento o motivación del veredicto sea, no ya más o acertado, sino arbitrario o carente de toda razonabilidad -que es lo que podría implicar la falta de motivación alegable por la vía del apartado a) del art. 846 bis c)- y ora muy distinta que, al amparo del mismo, pueda entrarse a discutir si el Jurado estuvo o no acertado en la valoración de la prueba", criterio marcado por la sentencia de esta Sala 25.10.99 , conforme al cual " a pretexto de una falta de motivación no puede intentar cuestionarse la valoración alcanzada por el Tribunal de Jurado", bien entendido que la STS. 384/2001 de 1.3 , en un caso también de absolución declaraba haber lugar al recurso, entre otras razones, porque hacer "descansar la motivación en la totalidad de la prueba practicada no puede ser en realidad motivación alguna".

Así, en efecto, añadimos ahora, si la motivación, por estar clara, pone al descubierto que el Jurado ha valorado las pruebas de manera manifiestamente equivocada, entonces el reproche que puede hacerse no es el de falta de motivación, sino el de arbitrariedad del veredicto en si, pudiendo llegarse a alterarlo por la vía del apartado e) del art. 846 bis c) o incluso, en algunos casos, por la vía del apartado b); si, en cambio, el veredicto no es en si mismo irrazonable (es decir es defendible), pero se ofrecen razones completamente periféricas y alegadas de lo que constituyó el debate entre las partes y el ámbito de divergencia entre unas tesis y otras, o simplemente son explicaciones "carentes de toda razonabilidad", entonces el Tribunal no podrá revisar el relato fáctico (pues pudiera estar bien fundado y no puede esta Sala suplantar la competencia del Tribunal "a quo" más que en los casos en que el veredicto en si carezca de toda base razonable) pero si acordar, por el insubsanable defecto de falta de motivación adecuada, la repetición del juicio oral con nuevo Tribunal de Jurado".

En definitiva, como precisa la STS. 628/2010 de 1.7 , podrá considerarse que la resolución judicial vulnera el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva cuando no sea fundada en derecho , lo cual ocurrirá en estos casos:

a) Cuando la resolución carezca absolutamente de motivación, es decir, no contenga los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión . Al respecto, debe traerse a colación la doctrina constitucional sobre el requisito de la motivación, que debe entenderse cumplido, si la sentencia permite conocer el motivo decisorio excluyente de un mero voluntarismo selectivo o de la pura arbitrariedad de la decisión adoptada ( SSTC. 25/90 de 19.2 , 101/92 de 25.6 ), con independencia de la parquedad del razonamiento empleado: una motivación escueta e incluso una fundamentación por remisión pueden ser suficientes porque "La CE. no garantiza un derecho fundamental del justiciable a una determinada extensión de la motivación judicial", ni corresponde a este Tribunal censurar cuantitativamente la interpretación y aplicación del derecho a revisar la forma y estructura de la resolución judicial, sino sólo "comprobar si existe fundamentación jurídica y, en su caso, si el razonamiento que contiene constituye lógica y jurídicamente suficiente motivación de la decisión adoptada" ( STC. 175/92 de 2.11 ).

b) Cuando la motivación es solo aparente, es decir, el razonamiento que la funda es arbitrario, irrazonable e incurre en error patente. Es cierto como ha dicho el ATC. 284/2002 de 15.9 que "en puridad lógica no es



lo mismo ausencia de motivación y razonamiento que por su grado de arbitrariedad e irrazonabilidad debe tenerse por inexistente, pero también es cierto que este *Tribunal incurriría en exceso de formalismo si admitiese como decisiones motivadas y razonadas aquellas que, a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueba que parten de premisas inexistente o patentemente erróneas o siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas*". ( STS. 770/2006 de 13.7 ).

Según la STC. 82/2001 , "solo podrá considerarse que la resolución judicial impugnada vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, cuando el razonamiento que la funda incurra en tal grado de arbitrariedad, irrazonabilidad o error que, por su evidencia y contenido, sean tan manifiestas y graves que para cualquier observador resulte patente que la resolución, de hecho, carece de toda motivación o razonamiento".

No obstante se reitera que los razonamientos absolutorios que se basan en una duda razonable, no pueden ser técnicamente muy extensivos, razón por la cual bastaría constatar que la motivación es razonable y no arbitraria, pero una vez que éste, como voluntad de la soberanía popular, se ha explicitado así, lo que no puede hacerse es dejarla sin efecto porque actuando así, se está apropiando el Tribunal de apelación de funciones valorativas, tanto de la prueba como del significado del fallo, que solamente al Jurado corresponden.

Por ello, no resulta ocioso recordar las palabras de la STS. 1466/2005 de 28.1 , en relación a "...que el sistema de implantación del Jurado debe descansar en la confianza en el mismo, de modo que no puede por la vía de la defectuosa motivación, anularse indiscriminadamente juicios celebrados por los cauces de la LOTJ, por lo que no basta simplemente con no compartir su criterio, aunque se juzgue desacertado, del colegio popular sobre la valoración de los elementos de prueba que tuvo en consideración, sino que se ha de detectar un auténtico vacío motivador del veredicto, cuya sucinta explicación debe intentar comprenderse por encima de las rituales formas en que pueda ésta expresarse por los integrantes del Jurado, al levantar el correspondiente acta.

En este punto la STS. 300/2012 de 3.5 , recuerda que "...el Tribunal de apelación solamente puede revisar aquellos juicios de inferencia que, **en su vertiente jurídica** , sean manifiestamente carentes de lógica y racionalidad. Cuando esta revisión pueda perjudicar al reo, ha de realizarse partiendo exclusivamente de los datos objetivos obrantes en el propio relato fáctico, manteniendo inmutables estos hechos, y sin apoyar la revisión en ninguna otra prueba, pues la valoración conjunta de la prueba compete exclusivamente al Jurado.

Y en cualquier caso el Tribunal de apelación no solo debe respetar la valoración probatoria del Jurado en lo que se refiere a los hechos declarados probados, en sentido estricto, sino que atendiendo a que dicho relato está muy condicionado en sus términos literales por la redacción de las proposiciones fácticas que se proponen al Jurado como objeto del veredicto, el Tribunal de Apelación debe también respetar los elementos fácticos que se desprenden de la motivación que los jurados incluyen en cada uno de los hechos y en el caso de que esta motivación se realice por referencia al resultado de determinadas pruebas en el acto del juicio, la motivación complementaria que realice el Magistrado Presidente explicitando los resultados de dichas pruebas en el juicio que justifican el criterio del Jurado. Es decir que si el Jurado motiva un apartado del relato fáctico remitiéndose a la declaración de un testigo en el juicio oral, y el Magistrado Presidente complementa dicha motivación expresando que el criterio del jurado es lógica consecuencia de que efectivamente el referido testigo efectuó determinadas manifestaciones en el juicio que justifican la valoración probatoria del jurado, el Tribunal de apelación no puede prescindir de dichas manifestaciones testificales explicitadas por el Magistrado Presidente, y debe considerarlas como integradas en el propio relato fáctico.

**TERCERO:** Desde las premisas que se acaban de recordar procede ahora analizar si a la vista de la actividad probatoria llevada a cabo en el juicio oral y de los argumentos de las tesis del recurso -apoyada por el Ministerio Fiscal- y de la acusación particular que se cruzaron, se cumplieron las exigencias de explicación y motivación del veredicto en orden a las razones por las que el Jurado llegó a un veredicto de no culpabilidad, a pesar de considerar al hoy recurrente autor de un delito de **homicidio**, por la concurrencia de las eximentes de legítima defensa y trastorno mental transitorio, exigencias que la TSJ, entiende no cumplidas, al concluir que la motivación en relación a la apreciación de esas eximentes "debió observar el mínimo exigible de coherencia, concordancia, lógica y racionalidad, que al no producirse, se adentra en el terreno de la arbitrariedad proscrita por nuestra doctrina y jurisprudencia, y por ende determina la indefensión de la parte acusadora, también sujeta a los efectos y mandato de la tutela judicial efectiva, de acuerdo con el art. 24 de nuestra Constitución .

El recurrente cuestiona esta conclusión y considera que la sentencia recurrida cuando argumenta que "los hechos que se declaran probados en la sentencia, a partir del objeto del veredicto y respecto de los hechos atinentes a la legítima defensa son contradictorios entre sí en relación con la propia motivación del veredicto del Jurado; así, en el relato fáctico que se inicia en el momento en que el acusado llega a la vivienda y se encuentra al posteriormente fallecido, también se hace constar que por éste se impide la entrada al domicilio del acusado, y sin embargo, se menciona a continuación que es este último quien sufre un ataque injustificado





dirigido contra él por Indalecio , cuando no consta iniciativa alguna de acometimiento por éste", y añade "el propio Jurado motiva su veredicto, basándose precisamente en circunstancias contrarias a ese ataque injustificado de la víctima que se reseña cuando dice que Borja , el acusado, "consigue entrar en la vivienda y le propina un cabezazo a Indalecio " comenzando sin solución de continuidad "una brutal pelea cuerpo a cuerpo" ... "han utilizado por ambos armas blancas según los médicos forenses". Esa pelea plenamente aceptada por ambos de modo simultaneo, es secuencial y semánticamente contraria al invocado ataque injustificado de la víctima, que precisa o se funda, por definición, en una acción unilateral proveniente de una persona contra otra, en actitud pasiva, sin explicarse ni motivarse el porqué de esa conclusión probatoria, que no se supe por la mención genérica de esa situación de agresividad por los anteriores hechos referidos a la agresión de la pareja del acusado y la invocada prueba testifical", *incurre en una fundamentación arbitraria, irracional, incoherente, sorprendente e ilógica*.

Para la adecuada resolución del motivo habrá de partirse de que el Jurado consideró probado (por mayoría de 8-1), el apartado A del hecho primero del apartado II (hechos alegados por las partes y que pueden determinar una modificación de la responsabilidad criminal) "**Borja había llegado a su domicilio, tras ser avisado por el portero de la finca en el bar donde trabajaba de que en un piso se oían gritos de socorro y ruido de golpes de objetos, y se encontró a su compañero sentimental Luis , tenido en el rellano de la escalera, ensangrentado y gravemente herido, rodeado de enseres procedentes de la vivienda y obró defendiéndose de un ataque injustificado que contra él dirigía Indalecio** ", y en la motivación refiere como "desde que Borja según la declaración del portero Romualdo ) sale del bar solo con unas llaves y la chaqueta, aun advirtiéndole que hay una riña en su casa y pudiendo coger algún tipo de objeto del mismo, no lo hace, con lo que se demuestra que no es una persona violenta".

Asimismo hace constar que " Borja llega al rellano de su casa y se encuentra con su pareja ensangrentada y convulsionada, además de muchos objetos en el suelo rotos en su mayoría...", y añade que " Borja intenta entrar en su casa pero la persona que se encuentra dentro porta un arma blanca y le impide el paso (según testimonia Carlos Francisco ). Dicha persona ( Indalecio ) se encontraba en un estado de agresividad alta, para llegar a esta conclusión nos basamos en:

- Las llamadas realizadas al número de emergencias, por Benjamín , inquilino que se encontraba dentro de la vivienda y una vecina.
- En los testimonios de Bernardino y Carlos Francisco .
- El informe medico forense que confirma el consumo de cocaína y alcohol.
- Gravedad de heridas producidas anteriormente a Luis ,

Y a continuación señala " Borja consigue entrar, le propina un cabezazo, comenzando así una brutal pelea cuerpo a cuerpo, ratificada por el informe practicado por el forense Doctor Olegario .

Desconocemos lo sucedido en el transcurso de la pelea. Según declaraciones del Forense ambos utilizan armas blancas".

1) Siendo así la queja del recurrente debe ser aceptada. El Jurado no motiva su veredicto en circunstancias contrarias a un ataque injustificado, éste es situado en un momento anterior al cabezazo que el recurrente propicio a Indalecio al entrar en su casa, cuando Borja al llegar a la casa se encuentra a aquel en actitud agresiva -no olvidemos que ya había causado lesiones muy graves al compañero sentimental del recurrente-, excitado por el consumo de cocaína y alcohol y con un arma blanca en la mano.

Debemos por ello recordar, SSTs. 1262/2006 de 28.12 y 544/2007 de 21.6 , que en términos generales la exigencia de legítima defensa como causa excluyente de la antijuricidad o causa de justificación, está fundada en la necesidad de autoprotección, regida como tal por el principio del interés preponderante, Por ello se destaca en la jurisprudencia que esta exigencia se asienta en dos soportes principales que son una agresión ilegítima y la necesidad de defenderse por parte de quien sufre aquella.

Por agresión debe entenderse toda acción creación de un riesgo inminente para los bienes jurídicos legítimamente defendibles. Es decir cuando se ha reconocido que el acometimiento es sinónimo de agresión, tal tesis no es del todo completa, por cuanto ésta debe entenderse no solo cuando se ha realizado un acto de fuerza, sino también cuando se percibe una actitud de inminente ataque o de la que resulte evidente el propósito agresivo inmediato, como pueden ser las actitudes amenazadoras si las circunstancias del hecho que las acompañan son tales que permitan tener en peligro real de acometimiento, de forma que la agresión no se identifica, siempre y necesariamente, con un acto físico sino también puede provenir del peligro, riesgo o amenaza, a condición de que todo ello sea inminente.



Por tanto constituye agresión ilegítima toda actitud de la que pueda racionalmente deducirse que pueda crear un riesgo inminente para los bienes jurídicos defendibles y que haga precisa una reacción adecuada que mantenga la integridad de dichos bienes, sin que por tanto, constituyan dicho elemento las expresiones insultantes o injuriosas por graves que fuesen, ni las actitudes meramente amenazadoras sino existen circunstancias que hagan adquirir al amenazado la convicción de un peligro real o inminente, exigiéndose "un peligro real y objetivo y con potencia de dañar".

En definitiva la agresión ilegítima no es solamente el acto físico de agredir sino la amenaza o la actitud de inminente ataque. Así constituye agresión ilegítima toda actitud de la que pueda racionalmente deducirse que pueda crear un riesgo inminente para los bienes jurídicos defendibles y que haga precisa una reacción adecuada que mantenga la integridad de dichos bienes. Así en palabras de la STS. 5.4.98 "no es preciso que el que se defiende aguarde estoica e impassivamente, a que la agresión o el ataque se inicien".

Situación que sería la contemplada en el caso analizado a la vista de las circunstancias del hecho: pareja del recurrente que ha sido agredida y está en el rellano de la escalera, ensangrentado, convulsionado y gravemente herido, y su agresor, que contiene su actitud agresiva extrema y con un arma blanca en la mano, impide al recurrente -que fue llamado para acudir por el portero porque en la vivienda se oían gritos de socorro y ruido de golpes de objetos- entrar en su propia vivienda, y que el Jurado considero acreditado fundamentalmente por las declaraciones de los policías que acudieron a la casa y de los testigos vecinos de la casa, en particular Carlos Francisco (" Borja intenta entrar en su casa, pero la persona que está dentro porta un arma y le impide el paso... le estaba tirando con un cuchillo").

Consecuentemente la convicción del Jurado de que el recurrente fue objeto de una agresión por parte del fallecido no puede entenderse haya sido inmotivada, ni ilógica ni arbitraria.

2) Igualmente cuestiona el recurrente el razonamiento de la sentencia impugnada que reprocha a la del tribunal del jurado que añada como hechos probado que " *con el propósito de causarle la muerte, le golpeó en repetidas ocasiones con un cuchillo de un solo filo y unos diez centímetros de hoja, causándole, entre otras, tres heridas penetrantes por la espalda que alcanzaron los pulmones y otra por el pecho que penetró en el pericardio, heridas éstas que causaron su fallecimiento por una masiva hemorragia cardiaca y pulmonar*", y sin embargo se considera igualmente probado que "en su defensa empleó los medios y formas racionalmente proporcionados a la agresión sufrida y que encontró a su alcance, y la agresión de la que se defendía no fue provocada por Borja ", es decir, se describe la acción homicida, el haberle golpeado en repetidas ocasiones, la indudable entidad del arma empleada, consistente en ese cuchillo, de un solo filo y unos diez centímetros de hoja, más las importantes heridas causadas, atendiendo a la fuerza con que fueron ejecutadas y los órganos vitales a los que estuvieron dirigidas, para, a continuación, reflejar en el relato fáctico probatorio "...haber empleado el acusado en su defensa medios y formas racionalmente proporcionados a la agresión sufrida... quien además, no la provocó", cuando el propio Jurado en su motivación, invoca ese inicial cabezazo del acusado al fallecido, con la finalidad de acceder a la vivienda, produciéndose acto seguido la pelea cuerpo a cuerpo entre ambos, por tanto, no se motiva de modo racional y fundado, la acción y justificación de esas contradicciones y la conclusión obtenida".

Impugnación del recurrente que igualmente debe ser asumida.

En primer lugar ya hemos explicitado que no es cierto que el Jurado considera ese cabezazo como inicio del incidente, sino que lo que dice es que con el mismo comienza la pelea cuerpo a cuerpo pero anteriormente ya existe la agresión inicial de Indalecio , quien en estado de agresividad alta y con un cuchillo en la mano le impide entrar en la vivienda.

En segundo lugar el Jurado declaró probado por unanimidad el apartado B) del hecho primero de los hechos alegados por las partes y que pueden determinar una modificación de la responsabilidad criminal. "En su defensa Borja empleó los medios y formas racionalmente proporcionados a la agresión sufrida y que encontró a su alcance", y por mayoría 16- 3) el apartado c) "la agresión de la que se defendía no fue provocada por Borja ".

Conclusiones que alcanza el Jurado analizando las declaraciones de los policías que acudieron al lugar de los hechos; las declaraciones del vecino Carlos Francisco y su esposa, el informe forense sobre las lesiones de Luis , las grabaciones y fotos del lugar de los hechos extendidas en juicio y las grabaciones de las llamadas al 112 realizadas por Bernardino y Benjamín , que ponen de relieve el estado de agresividad y violencia de Indalecio y su falta de control por haber consumido cocaína y alcohol, y asimismo el Jurado motivó que ambos usaron armas blancas en la pelea.

En tercer lugar, como ya hemos indicado, la legítima defensa es una causa de justificación, fundada en la necesidad de autoprotección, regida como tal por el principio del interés preponderante, sin que sea óbice



propio de toda causa de justificación la existencia en determinados casos de un «animus defendendi» que, no es incompatible con el propósito de matar al injusto agresor («animus necandi»), desde el momento que el primero se contenta con la intelección o conciencia de que se está obrando en legítima defensa, en tanto que el segundo lleva además insito el ánimo o voluntad de matar necesario para alcanzar el propuesto fin defensivo ( SSTS. 332/2000 de 24.2 , 962/2005 de 22.7 , 1253/2005 de 26.10 , 1262/2006 de 28.12 , 973/2007 de 19.11 ).

Por último la necesidad racional del medio empleado supone: necesidad o sea que no puede recurrirse a otro medio menos lesivo; y la proporcionalidad en modo racional no matemático que habrá de examinarse desde el punto de vista objetivo y subjetivo, en función no tanto de la semejanza material de las armas o instrumentos utilizados, sino de la situación personal y afectiva en la que los contendientes se encuentran, teniendo en cuenta las posibilidades reales de una defensa adecuada a la entidad del ataque, la gravedad del bien jurídico en peligro y la propia naturaleza humana, de modo que "esa ponderación de la necesidad instrumental de la defensa ha de hacerse comprendiendo las circunstancias en que actuaba el sujeto enjuiciado", de manera flexible y atendiendo a criterios derivados de máximas de experiencia en un análisis concreto de las circunstancias de cada uno ( STS. 444/2004 de 1.4 ).

Por ello, se ha abierto paso a la idea de que, teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso, hay que fijarse en el estado anímico del agredido y los medios de que disponga en el momento de ejecutar la acción de defensa, introduciéndose así, junto a aquellos módulos objetivos de la comparación de los medios empleados por agresor y defensor, el elemento subjetivo que supone valorar tales medios como aquellos que sean, desde el punto de vista del agredido razonables en el momento de la agresión.

Posición ésta que ha adquirido apoyo en la doctrina y en la jurisprudencia , que "no encuentra en el texto legal razón alguna que imponga en este punto de los medios unas exigencias objetivas e igualitarias que restringirían el ámbito de la legítima defensa", no descartándose, ni la valoración de la posible perturbación psicológica que de ordinario produce la agresión, ni la necesidad de acudir al doble patrón objetivo y subjetivo para establecer la proporcionalidad de los medios. Y es cuando la ley habla de la necesidad de que el medio empleado ha de ser " racional " ya está revelando una flexibilidad o graduación que no puede someterse a reglas predeterminadas por lo que no puede exigir a quien actúa bajo la presión de tener que defenderse la reflexión y ponderación que tendría en circunstancias normales de la vida para escoger los medios de defensa ( SSTS. 24.2.2000 , 16.11.2000 y 17.10.2001 ).

En este sentido, decíamos en la STS. 470/2005 de 14.4 , siguiendo la doctrina de la STS. 17.11.99 , que el art. 20.4 CP . no habla de proporcionalidad de la defensa y el medio empleado, advirtiendo que la palabra "proporcionalidad" no ha sido empleada por el legislador, pues éste ha partido de una clara distinción entre defensa necesaria y estado de necesidad. Lo que la ley expresamente requiere para la defensa es la "necesidad racional del medio empleado" para impedir o repeler la agresión. Esta necesidad hace referencia a la defensa que sea adecuada (racional) para repeler la agresión y defender los bienes jurídicos agredidos; en modo alguno entre los resultados de la acción de defensa y los posibles resultados de la agresión debe existir proporcionalidad, es decir, como precisan las SSTS. 29.2 y 16.11.2000 y 6.4.2001 , no puede confundirse la necesidad racional del medio empleado con la proporcionalidad como adecuación entre la lesión que pueda ser causada con el empleo del objeto u arma utilizada, y la que se quiere evitar, pues la defensa está justificada en base a su necesidad y no por la proporcionalidad mencionada.

Sólo excepcionalmente, cuando la insignificancia de la agresión y la gravedad de las consecuencias de defensa para el agresor resulten manifiestamente desproporcionados, cabrá pensar en una limitación del derecho de defensa (los llamados límites éticos de la legítima defensa). STS. 614/2004 de 12.5 que reitera el criterio de que la acción de defensa necesaria debe ser considerada desde una perspectiva ex ante. Es decir, el juicio sobre la necesidad se debe llevar a cabo a partir de la posición del sujeto agredido en el momento de la agresión.

Podemos concluir, afirmando que contra el injusto proceder agresivo, la defensa ha de situarse en un plano de adecuación, buscando aquella proporcionalidad que, conjurando el peligro o riesgo inminentes, se mantenga dentro de los límites del imprescindible rechazo de la arbitraria acometida, sin repudiables excesos que sobrepasen la necesaria contraprestación.

En resumen, en la determinación de la racionalidad priman fundamentalmente módulos objetivos, atendiendo no solamente a la ecuación o paridad entre el bien jurídico que se tutela y el afectado por la reacción defensiva, sino también a la proporcionalidad del medio o instrumento utilizado, empleo o uso que del mismo se hubiese realizado, circunstancias del hecho, mayor o menor desvalimiento de la víctima y, en general, sus condiciones personales, posibilidad del auxilio con que pudiera contar etc. sin desdeñar absolutamente aspectos subjetivos relevantes y de especial interés pues dada la perturbación anímica suscitada por la agresión ilegítima, no puede exigirse el acometido la reflexión, serenidad y tranquilidad de espíritu para, tras una suerte de raciocinios y ponderaciones, elegir finalmente aquellos medios de defensa más proporcionados, con exacto calculo y



definida mensuración de hasta donde llega lo estrictamente necesario para repeler la agresión ( STS. 14.3.97 , 29.1.98 , 22.5.2001 ).

Por ello si lo que falta es la proporcionalidad, el posible exceso intensivo o propio no impide la aplicación de una eximente incompleta, teniendo en cuenta tanto las posibilidades reales de una defensa adecuada a la entidad del ataque y la gravedad del bien jurídico en peligro, como la propia naturaleza humana.

En el caso presente el Jurado motivó que según las declaraciones del Forense ambos en la pelea utilizaron armas blancas -la del recurrente aparece descrita en el factum de la sentencia del Tribunal de Jurado (cuchillo de un solo filo y 10 cms. de hoja, y la del fallecido en la fundamentación jurídica complementaria del hecho probado, cuchillo de pan, de 22 cm. de hoja, de filo serrado), consecuentemente la proporcionalidad del hecho no puede ser cuestionada.

3)Por último no pueden asumirse las consideraciones 5 y 6 expuestas por la sentencia recurrida en orden a la falta de motivación del Jurado sobre el elemento fáctico esencial a la legítima defensa, cual es la agresión injustificada por parte de la víctima poniendo en peligro la integridad física del recurrente, y a que éste realizó su agresión una vez desarmando a Indalecio , apoderándose del arma y apuñalando varias veces en la espalda a su agresor, sin que conste la agresión de este último estando ya desarmado sumándose a ello la desproporción entre las heridas apreciadas al fallecido, apuñalado en 30 ocasiones, con heridas incisas de profundidad de 4/5 cm, en zonas vitales como la cabeza, tórax y abdomen, y las apreciadas en el acusado, limitadas a excoriaciones, hendiduras y lesiones, y sin que tampoco se especifique como, cuando y de qué manera se produce el ataque injustificado dirigido por el fallecido contra el acusado, por lo que se constata defectos en el objeto del veredicto y una clara contradicción entre los hechos probados y la motivación expresada en el veredicto.

Conclusiones, se reitera que no pueden asumirse.

1.- Respecto a la agresión inicial ilegítima y su momento de producción ya nos hemos pronunciado con anterioridad en los fundamentos precedentes.

2.- Como ya se explicó ut supra el magistrado Presidente en el tramite del art. 53.1 LOTJ , antes de entregar a los Jurados el escrito con el objeto del veredicto, dio traslado del mismo a las partes a fin de que pudieran solicitar las inclusiones o exclusiones que estimasen convenientes. Por ello si las acusaciones en dicho tramite no solicitó la inclusión en el objeto del veredicto la proposición relativa al numero de lesiones que presentaba el fallecido y su desproporción cuantitativa y cualitativa con las sufridas por el acusado, no puede entenderse cometido quebrantamiento de forma y falta de motivación por parte del Jurado y de la sentencia por falta de respuesta razonada a dicha cuestión, pues la incongruencia omisiva exige para su viabilidad que la omisión producida venga referida además del carácter jurídico oportunamente suscitados por las partes y en el caso presente los Jurados dieron cumplida respuesta a todos los hechos fijados en el objeto del veredicto tal como les fue planteado ( STS. 357/2005 de 20.4 ). Por tanto las afirmaciones fácticas a que se refiere la sentencia del TSJ, no fueron sometidas a la consideración de los Jurados que, por tanto, no se pronunciaron sobre su concurrencia por lo que el Tribunal Superior para cuestionar la concurrencia de la agresión ilegítima no puede acudir a aquellos presupuestos fácticos no incluidos en el objeto del veredicto.

3.- Que la víctima estuviera desarmada en el momento de las puñaladas mortales fue descartado por el tribunal del Jurado al considerar no probado (por unanimidad el hecho segundo del apartado 1º del objeto del veredicto). **Para asestar las cuchilladas Borja se aprovechó de que en el curso de la pelea Indalecio , éste -ya herido- había quedado desarmado y sin posibilidad de defenderse"** y es congruente con el informe médico forense -elemento de convicción- que explicó la dinámica de producción de las lesiones mortales en una situación de riña cuerpo a cuerpo, agarrados incluso, entre dos individuos armados de cuchillos, siendo las heridas del fallecido compatibles con el cuchillo de punta que esgrime el acusado y las de este con el cuchillo de sierra que portaba la víctima, y concluyó que todas las heridas en "la espalda del fallecido se produjeron en una sola acción, estando ambos armados y ambos forcejeando, agarrados entre sí", heridas en "la espalda no equivale a heridas producidas por la espalda, esto es, estando el agresor detrás del lesionado".

**CUARTO:** En cuanto a la insuficiencia de motivación respecto a la existente de trastorno mental transitorio, dado que el Jurado en su motivación no expresa con certeza el estado emocional y sus consecuencias, sino de forma dubitativa "pudieron provocar un fuerte estado de shock, lo que pudo llevar a una falta de control de impulsos y que anulaba su capacidad para comprender la realidad y obrar conforme a dicha comprensión ", ni tampoco justifica ni motiva como cohonesta la afirmación de que no actuara en un estado de temor y que no pudo superar con la privación total de facultades, aun transitoriamente, determinante de aquella eximente, y sin que se justifique y motive la compatibilidad de esa anulación con otros hechos como el dirigirse directamente a la puerta el acusado sin auxiliar a su pareja, protegiéndose el brazo con una chaqueta, el modo de apoderarse



del cuchillo con el que finalmente dio muerte a Indalecio y la propia dinámica sobre la forma de producirse la muerte de Indalecio .

El Jurado consideró probado por unanimidad el hecho segundo del apartado II del objeto del veredicto " Borja , a consecuencia del shock emocional sufrido al llegar a su domicilio y hallar en él a su compañero sentimental gravemente herido y sus enseres destrozados y verse él mismo **envuelto en una pelea con un desconocido, obró bajo los efectos de su completa pérdida de sus impulsos que anulaban plenamente su capacidad para comprender la realidad y obrar conforme a dicha comprensión**". Y como elementos de convicción señala las declaraciones de la Policía que se personó en el lugar de los hechos tanto nacional como local, las imágenes (vídeos y fotos) proporcionados por la policía científica. También ratificado por las declaraciones del vecino Carlos Francisco , sin que las expresiones utilizadas "pudieran provocar" o "lo que le pudo llevar" tengan sentido dubitativo alguno dado el contexto en que se emplean.

Motivación escueta pero suficiente y que es complementada por el magistrado Presidente con la pericial psiquiátrica realizada por la Doctora D<sup>a</sup> María Virtudes , ampliada en el acto del juicio, en el sentido de que ante el escenario de hechos que tuvo que afrontar Borja , esa súbita intención de riesgo y el estado en que encontró a su pareja y sus pertenencias le produjeron un shock emocional suficiente para anular la capacidad del acusado para comprender la realidad y obrar conforme a esa comprensión..

Las cuestiones relativas a si el acusado se protegió el brazo con una chaqueta, entró dos veces en la casa y como se apoderó del cuchillo con el que causó la muerte a Indalecio no fueron incluidas en el objeto del veredicto por lo que el Jurado no tenía que pronunciarse sobre las mismas.

Y respecto a la falta de motivación de la falta de apreciación del miedo insuperable y la privación total de las facultades, aun transitoria, determinante del trastorno mental transitorio, debemos recordar que en la actual jurisprudencia se ha superado ya el criterio de la base patológica como requisito del trastorno mental transitorio, ante la realidad de alteraciones a la mente de origen meramente psíquico, sin que sea preciso la enfermedad, y no cabe descartarse la posibilidad de trastornos que produzcan el necesario efecto psicológico de imputabilidad sin base patológica alguna.

Así la STS. 19.7.2011 , afirma que el trastorno mental transitorio afectante de modo hondo y notorio a la imputabilidad, supone una perturbación de intensidad psíquica idéntica a la enajenación, si bien diferenciándose por su temporal incidencia. Viene estimándose que dicho trastorno, con fuerza para fundar 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, 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 , 6 de julio de 2.001 ).

La STS. 16.10.98 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.

Mientras que la eximente de miedo insuperable, descartada por el Jurado al no considerar probado el hecho IV del apartado II del objeto del veredicto ( "**Borja , al hallar a su compañero sentimental gravemente herido y sus enseres destrozados y ser el mismo atacado por un desconocido, cayó en un estado de terror que no pudo superar y que fue el único motivo de su modo de obrar**" ), su naturaleza no ha sido pacífica en la



doctrina. Se le ha encuadrado entre las causas de justificación y entre las de inculpabilidad, incluso entre los supuestos que niegan la existencia de una acción, en razón a la paralización que sufre quien actúa bajo un estado de miedo. Pero es en la inexigibilidad de otra conducta donde puede encontrar mejor acomodo, por cuanto el sujeto que actúa bajo ese estado, subjetivo, de temor mantiene sus condiciones de imputabilidad, pues el miedo no requiere una perturbación angustiosa sino un temor a que ocurra algo no deseado ( SSTS. 332/2000 de 24.2 , 2067/2002 de 13.12 , 156/2003 de 10.2 , 722/2003 de 12.5 , 340/2005 de 8.3 , 180/2006 de 16.2 , 783/2006 de 29.4 , 359/2008 de 19.6 , 505/2008 de 17.7 , 907/2008 de 18.12 , 1001/2009 de 1.10 .

Pues bien que el Jurado no considerara probado ese miedo insuperable no incide en que si lo haya sido el trastorno mental transitorio que puede ser debido a otras causas exógenas, y en todo caso sostiene parte de la doctrina, que una situación de miedo insuperable que provoque un estado psíquico de inimputabilidad que anule la voluntad es poco probable que quien sufra esa alteración no sea alcanzado por la eximente de trastorno mental transitorio y ello impidiera su simultánea estimación, de acuerdo con el principio jurisprudencial que dispone que de un mismo hecho psíquico no pueden derivarse varias eximentes o atenuantes del mismo carácter, de tal modo ligadas entre sí, que la existencia de una suponga la de la otra, y la eximente de miedo insuperable lleva implícita una anulación del nivel de consciencia que es la verdadera razón de su existencia, anulación psíquica que también constituye el fundamento del trastorno mental transitorio.

**QUINTO:** Siendo así la conclusión de la STJ, recurrida sobre la falta e insuficiencia de la motivación del Jurado, que no ha permitido una explicación comprensible de la desestimación de las pruebas de acusación en los aspectos esenciales y relevantes atinentes a la legítima defensa y el trastorno mental transitorio, no resulta asumible y debe entenderse incoherente, con la consiguiente estimación del recurso, casando y anulando dicha sentencia, declarando de oficio las costas del recurso, art. 901 LECrim .

### III. FALLO

Que debemos **declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación**, interpuesto por interpuesto por **Borja** , por infracción de precepto constitucional contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 28 de octubre de 2.013 , y en su virtud CASAMOS y ANULAMOS referida resolución, y **declaramos la firmeza de la primera sentencia absolutoria** dictada por el Tribunal del Jurado de fecha 27 de marzo de 2013 , declarando de oficio las costas del recurso.

Comuníquese esta resolución al Tribunal Sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamosD. Joaquin Gimenez Garcia D. Julian Sanchez Melgar D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre D. Antonio del Moral Garcia D. Andres Palomo Del Arco

**PUBLICACION** .- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.