

Roj: **STS 3499/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:3499**Id Cendoj: **28079120012015100488**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **20/07/2015**Nº de Recurso: **10253/2015**Nº de Resolución: **467/2015**Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**Ponente: **JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP O 3331/2014,**  
**STS 3499/2015**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinte de Julio de dos mil quince.

En el recurso de Casación por infracción de precepto Constitucional, que ante Nos pende, interpuesto por **Jaime**, ha visto el Recurso de Apelación interpuesto contra la sentencia número 465/2014, de fecha diez de noviembre de 2014, pronunciada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado, constituido en el ámbito de la Ilma. Audiencia Provincial de Oviedo, sección tercera, en la causa del Procedimiento Especial del Jurado número 1/2011 del Juzgado de Instrucción de Luarca, correspondiente al Rollo de Sala número 4/2011; 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 Carina representada por la Procuradora Sra. Agulla Lanza, y dicho recurrente representado por la Procuradora Sra. Lobo Ruiz.

## I. ANTECEDENTES

**Primero.-** Seguido por la Audiencia Provincial de Oviedo, el procedimiento del Tribunal del Jurado número 1/2.011, dimanante de la causa incoada por el Juzgado de Instrucción de Luarca, se dictó Sentencia con fecha 10 de noviembre de 2.014, que contiene los siguientes *HECHOS PROBADOS*:

A) *El acusado Jaime trabajó una temporada para Severino en el establecimiento de materiales de construcción denominado Casa Fonso, sito en el Alto de la Llaviada de la localidad de Boal, y a lo largo del año 2010, en fechas indeterminadas, valiéndose de una copia de las llaves de acceso al local de la que disponía por haber efectuado aquel trabajo, entró en el mismo con la intención de enriquecerse ilícitamente, apoderándose de diverso material de construcción y de dinero en efectivo por un importe de entre 6.000 y 9.000 euros, siendo descubierto por Severino, que llegó a instalar cámaras de seguridad y a sorprenderlo una de esas veces. Severino no llegó a denunciar a Jaime, si bien le reclamó lo sustraído dándole de plazo hasta finales de año para devolverlo porque sino lo denunciaría ante la Guardia Civil.*

B) *El acusado Jaime temía ser denunciado por Severino y en la tarde del día 10 de noviembre de 2010, salió de su domicilio sito en la localidad de Prelo y se dirigió al domicilio del sobrino de su ex mujer, Basilio, sito en la localidad de la Cámara, donde sin el conocimiento ni el consentimiento de éste, se apoderó del interior de un armario de una escopeta marca Zabala Hermanos, modelo PR, calibre 12 y número de serie NUM000.*

*Una vez con la escopeta y munición en su poder, y portando un pasamontañas y unos guantes de látex, sobre las 20,00 horas del citado día se dirigió a la nave industrial, a la que accedió y penetró en su interior, hasta la oficina,*



donde se encontraba sólo Severino , sin la presencia de sus empleados que se había marchado al terminar la jornada laboral.

Nada más entrar en la oficina, y sin que conste que mediara previa conversación el acusado, desde la puerta, y con el fin de causarle muerte, disparó en una ocasión la escopeta contra Severino , que no pudo repeler la agresión ante lo sorpresivo del ataque, penetrando la munición por la región deltoidea y saliendo por la axilar; acto seguido el acusado se aproximó a Severino que se hallaba tendido en el suelo y acercando la escopeta contra su cabeza le disparó en una segunda ocasión. Ambos disparos afectaron a centros vitales al causar en zona axilar y torácica izquierda dos heridas con infiltración de bordes y eversión de tejido subcutáneo de 4x1,5 cm y puntiforme de aproximadamente 1 cm de diámetro, así como la destrucción masiva cráneo-encefálica a nivel occipital con estallido parietal y temporal, salida de masa encefálica con presencia de restos cerebelosos en el interior de fosa craneal interior y múltiples fracturas de la base y bóveda del cráneo, que le provocaron la muerte.

Finalmente el acusado cogió la caja de caudales que se guardaba en el cajón de una de las mesas de la oficina y que contenía unos 300 euros, abandonó el lugar, sin dar aviso a los servicios de emergencia.

En el momento de su muerte Severino contaba con 52 años de edad, estaba casado con Carina y tenía dos hijos de 16 y 17 años de edad respectivamente.

C) El acusado Jaime cogió la escopeta marca Zabala Hermanos Modelo PR, calibre 12 en la casa del sobrino de su mujer careciendo de licencia de armas y de guía de pertenencia para portarla.

Jaime tiene antecedentes penales al haber sido condenado por un delito de robo con fuerza en las cosas a la pena de seis meses de prisión por Sentencia firme de 1 de julio de 2010 dictada por el Juzgado de lo Penal N° 1 de Avilés en la ejecutoria seguida con el N° 278/2010.

Jaime colaboró con la Guardia Civil para que se encontrara la escopeta y la caja de caudales que había tirado a un río.

**Segundo.-** La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

FALLO: Que debo condenar y condeno a Jaime :

A) Como autor de un delito continuado de robo con fuerza en las cosas, concurriendo la circunstancia agravante de reincidencia, a la pena de tres años de prisión, con la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, debiendo indemnizar al legal representante de la empresa "Casa Fonso" en la cantidad de 6.300 euros, la cual devengará los intereses legales previstos en el art. 576 de la L.E.Civil .

B) Como autor de un delito de asesinato, concurriendo la circunstancia atenuante analógica de confesión, a la pena de diecisiete años y seis meses, menos un día de prisión, con la accesoria legal de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, imponiéndole la privación del derecho a residir en el concejo de Boal y la de acudir a dicho territorio, junto con la prohibición de acercarse a Carina , Victor Manuel y Adriano a menos de 500 metros de cualquier lugar en que se encuentren, todo ello por un plazo de diez años más al de duración de la pena de prisión impuesta. Se le condena a indemnizar a Carina en la cantidad de 120.000 euros, y a Victor Manuel y Adriano , a cada uno de ellos, en la cantidad de 48.000 euros, devengando todas las cantidades los intereses legales previstos en el art. 576 de la L.E.Civil .

C) Como autor de un delito de tenencia ilícita de armas, concurriendo la atenuante analógica de confesión, a la pena de nueve meses menos un día de prisión, con la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Las penas impuestas se cumplirán conforme al art. 75 del Código Penal , con el máximo de cumplimiento de veinticinco años siéndole de abono al condenado el tiempo que lleva privado de libertad en esta causa.

El condenado deberá abonar las costas procesales causadas, con inclusión de las devengadas por la acusación particular.

Se absuelve a Basilio y a la Compañía de Seguros Santa Lucía S.A. de la demanda de responsabilidad civil, subsidiaria y directa, respectivamente, que les era formulada.

Contra la presente Sentencia cabe recurso de apelación ante la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias en término de diez días a contar desde la última notificación.

Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por Jaime , dictándose sentencia por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, cuya parte dispositiva es la siguiente:



*Desestimar íntegramente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del condenado Jaime contra la sentencia dictada por el Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado, de fecha diez de noviembre de dos mil catorce , que se confirma en todos sus pronunciamientos. Se imponen las costas al apelante.*

**Tercero.-** Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley, por Jaime , 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.

**MOTIVO PRIMERO.-** Al amparo del art. 849.1 de la LECrim ., en relación con el artículo 852 de la LECrim . infracción de Ley por vulneración de derechos fundamentales, especialmente de la presunción de inocencia ( art. 5.4 de la L.O.P.J . en relación con el art. 24.2 de la C.E .) y por indebida aplicación del art. 22.1 y 22.2 del C.P . en relación con los artículos 65 a 67 del mismo cuerpo legal , así como de los arts. 138 y 139.

**MOTIVO SEGUNDO.-** Al amparo del art. 849.1 de la L.E.Crím ., en relación con el art. 852 de la L.E.Crím . infracción de Ley por vulneración de derechos fundamentales, especialmente de la presunción de inocencia ( art. 5.4 de la L.O.P.J . en relación con el art. 24.2 de la C.E .) y por indebida aplicación del art. 20.1 y 21.1 del C.P .

**MOTIVO TERCERO.-** Al amparo del art. 849.1 de la L.E.Crim ., en relación con el art. 852 de la L.E.Crim . infracción de Ley por vulneración de derechos fundamentales, especialmente de la presunción de inocencia ( art. 5.4 de la L.O.P.J . en relación con el art. 24.2 de la C.E .) y por indebida aplicación del art. 21.5 del C.P .

**MOTIVO CUARTO.-** Al amparo del art. 849.1 de la L.E.Crim ., en relación con el art. 852 de la L.E.Crim . infracción de Ley por vulneración de derechos fundamentales, especialmente de la presunción de inocencia ( art. 5.4 de la L.O.P.J . en relación con el art. 24.2 de la C.E .) y por indebida aplicación del art. 564 del C.P .

**MOTIVO QUINTO.-** Al amparo del art. 849.2 de la L.E.Crím ., infracción de Ley por error en la apreciación de la prueba basado en documentos que demuestran la equivocación del Tribunal sentenciador, así como vulneración del principio de presunción de inocencia en dicha apreciación, señalando a estos efectos los siguientes documentos y con cita de las siguientes expresiones particulares.

**MOTIVO SEXTO.-** Al amparo del art. 852 de la L.E.Crím ., la sentencia recurrida infringe del art. 24.2 de la C.E . por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, incluida la del derecho a un juez imparcial en relación con el art. 117 también del texto constitucional.

**MOTIVO SÉPTIMO.-** Al amparo del art. 852 de la LECrim ., la sentencia recurrida vulnera el art. 120.3 de la C.E . en relación con los arts. 61.1d ) y 54.3 de la Ley del Jurado .

**Quinto.-** Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto no estimó necesaria la celebración de vista oral para su resolución y solicitó la inadmisión y subsidiariamente la desestimación del mismo 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 nueve de julio de dos mil quince.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO: El motivo primero al amparo del art. 849.1 LECrim , en relación con el art. 852 LECrim , infracción de Ley, por vulneración de derechos fundamentales especialmente de la presunción de inocencia ( art. 5.4 LOPJ , en relación con el art. 24.2 CE ), y por indebida aplicación del art. 22.1 y 22.2 CP , en relación con los arts. 65 a 67 del mismo cuerpo legal , así como de los arts. 138 y 139.**

Considera el recurrente que no ha quedado demostrada la causa por la cual el recurrente fue el día de los hechos a la nave "casa Fonso" en la cual se produjeron los hechos, ni siquiera el cómo se produjeron los hechos, si hubo alguna cita entre las partes para solucionar los problemas existentes en relación a los robos que había cometido el recurrente, si hubo cualquier tipo de discusión o pelea previa. Asimismo alude a las deficiencias del arma que quedaron patentes por la declaración de su propietario ("el arma no funcionaba bien, llevaba 8 ó 10 años sin uso, estaba defectuoso el cañón, el guardamanos, los cartuchos si se pone boca abajo se caen, dispara un solo cañón"), por lo que llevar un armas con estas características no puede suponer una garantía de aseguramiento del posible resultado, puesto que dicha arma lo normal es que no hubiera funcionado con dichas características.



Por otra parte si bien quedó acreditada la existencia de dos disparos, no puede afirmarse con la certeza que asegura el derecho penal, que el segundo de los disparos se produjera mientras la víctima estuviera viva.

En definitiva considera que no existe prueba de cómo se produjeron los hechos que dieron lugar a que el recurrente disparara contra la víctima y por lo tanto no existe tampoco ninguna prueba de que exista alevosía.

El motivo carece de fundamento y debe ser desestimado.

En relación a la alevosía hemos dicho en SSTs. 632/2011 de 28.6 , 599/2012 de 11.7 , 703/2013 de 8.10 , 838/2014 de 12.12 , que viene aplicándose a todos aquellos supuestos en los que por el modo de practicarse la agresión quede de manifiesto la intención del agresor de cometer el delito eliminando el riesgo que pudiera proceder de la defensa que pudiera hacer el agredido, es decir la esencia de la alevosía como circunstancia constitutiva del delito de asesinato, (art. 139.1) o como agravante ordinaria en otros delitos contra las personas (art. 22.1), radica en la inexistencia de probabilidades de defensa por parte de la persona atacada.

En cuanto a su naturaleza, aunque esta Sala unas veces ha destacado su carácter subjetivo, lo que supone mayor culpabilidad, y otras su carácter objetivo, lo que implica mayor antijuricidad, en los últimos tiempos, aun admitiendo su carácter mixto, ha destacado su aspecto predominante objetivo pero exigiendo el plus de culpabilidad, al precisar una previa escogitación de medios disponibles, siendo imprescindible que el infractor se haya representado su modus operandi suprime todo eventual riesgo y toda posibilidad de defensa procedente del ofendido y desea el agente obrar de modo consecuencia a la proyectado y representado.

En definitiva, en síntesis, puede decirse que la alevosía es una circunstancia de carácter predominantemente objetivo que incorpora un especial elemento subjetivo, que dota a la acción de una mayor antijuricidad, denotando todo riesgo personal, de modo que el lado de la antijuricidad ha de apreciarse y valorarse la culpabilidad ( STS 16-10-96 ) lo que conduce a su consideración como mixta ( STS 28-12-2000 ).

En cuanto a la "eliminación de toda posibilidad de defensa de la víctima debe ser considerada desde la perspectiva de su real eficacia, siendo compatible con intentos defensivos insitos en el propio instinto de conservación" ( STS. 13.3.2000 ).

Por ello, esta Sala arrancando de la definición legal de la alevosía, refiere invariablemente la concurrencia de los siguientes elementos ( SSTs. 155/2005 de 15.2 , 375/2005 de 22.3 ):

- a) En primer lugar, un elemento normativo. La alevosía solo puede proyectarse a los delitos contra las personas.
- b) En segundo lugar, un elemento objetivo que radica en el "modus operandi", que el autor utilice en la ejecución medios, modos o formas que han de ser objetivamente adecuados para asegurarla mediante la eliminación de las posibilidades de defensa, sin que sea suficiente el convencimiento del sujeto acerca de su idoneidad.
- c) En tercer lugar, un elemento subjetivo, que el dolo del autor se proyecte no sólo sobre la utilización de los medios, modos o formas empleados, sino también sobre su tendencia a asegurar la ejecución y su orientación a impedir la defensa del ofendido, eliminando así conscientemente el posible riesgo que pudiera suponer para su persona una eventual reacción defensiva de aquél. Es decir el agente ha de haber buscado intencionadamente la producción de la muerte a través de los medios indicados, o cuando menos, aprovechar la situación de aseguramiento del resultado, sin riesgo.
- d) Y en cuarto lugar, un elemento teleológico, que impone la comprobación de si en realidad, en el caso concreto, se produjo una situación de total indefensión, siendo necesario que se aprecie una mayor antijuricidad en la conducta derivada precisamente del modus operandi, conscientemente orientado a aquellas finalidades ( STS. 1866/2002 de 7.11 ).

De lo antes expuesto se entiende que la esencia de la alevosía se encuentra en el aniquilamiento de las posibilidades de defensa; o bien en el aprovechamiento de una situación de indefensión, cuyos orígenes son indiferentes ( STS. 178/2001 de 13.2 ).

Entre las distintas modalidades ejecutivas de naturaleza alevosa, esta Sala por ejemplo S. 49/2004 de 22.1, viene distinguiendo:

- a) alevosía proditoria, equivalente a la traición y que incluye la asechanza, insidia, emboscada o celada, situaciones en que el sujeto agresor se oculta y cae sobre la víctima en momento y lugar que aquélla no espera.
- b) alevosía súbita o inopinada, llamada también "sorpresiva", en la que el sujeto activo, aun a la vista o en presencia de la víctima, no descubre sus intenciones y aprovechando la confianza de aquélla actúa de forma imprevista, fulgurante y repentina. En estos casos es precisamente el carácter sorpresivo de la agresión lo que suprime la posibilidad de defensa, pues quien no espera el ataque difícilmente puede prepararse contra él y reaccionar en consecuencia, al menos en la medida de lo posible.





c) alevosía de desvalimiento, que consiste en el aprovechamiento de una especial situación de desamparo de la víctima, como acontece en los casos de niños de corta edad, ancianos debilitados, enfermos graves o personas invalidas, o por hallarse accidentalmente privada de aptitud para defenderse (dormidas, drogada o ebria en la fase letárgica o comatosa).

En estos casos, hay una mayor peligrosidad y culpabilidad en el autor del hecho, que revela con estos comportamientos un animo particularmente ruin, perverso, cobarde o traicionero (fundamento subjetivo) y también una mayor antijuricidad por estimarse más graves y más lesivas para la sociedad este tipo de conductas en que no hay riesgo para quien delinque (fundamento objetivo).

De lo antes expuesto, se entiende que la esencia de la alevosía se encuentra en la existencia de una conducta agresiva, que tienda objetivamente a la eliminación de la defensa. Como señala la STS. 19.10.2001 , es precisamente el carácter sorpresivo de la agresión lo que suprime la posibilidad de defensa, pues quien no espera el ataque difícilmente puede prepararse contra él, al menos en la medida de lo posible. Esta modalidad de la alevosía es apreciable en los casos en los que se ataca sin previo aviso.

En el caso presente el penado declaró probados por unanimidad los siguientes hechos objeto del veredicto "... Una vez con la escopeta y munición en su poder, y portando un pasamontañas y unos guantes de látex, sobre las 20,00 horas del citado día se dirigió a la nave industrial, a la que accedió y penetró en su interior, hasta la oficina, donde se encontraba sólo Severino , sin la presencia de sus empleados que se había marchado al terminar la jornada laboral.

*Nada más entrar en la oficina, y sin que conste que mediara previa conversación el acusado, desde la puerta, y con el fin de causarle muerte, disparó en una ocasión la escopeta contra Severino , que no pudo repeler la agresión ante lo sorpresivo del ataque, penetrando la munición por la región deltoidea y saliendo por la axilar; acto seguido el acusado se aproximó a Severino que se hallaba tendido en el suelo y acercando la escopeta contra su cabeza le disparó en una segunda ocasión. Ambos disparos afectaron a centros vitales al causar en zona axilar y torácica izquierda dos heridas con infiltración de bordes y eversión de tejido subcutáneo de 4x1,5 cm y puntiforme de aproximadamente 1 cm de diámetro, así como la destrucción masiva craneo-encefálica a nivel occipital con estallido parietal y temporal, salida de masa encefálica con presencia de restos cerebelosos en el interior de fosa craneal interior y múltiples fracturas de la base y bóveda del cráneo, que le provocaron la muerte".*

Del anterior relato fáctico la concurrencia de los elementos de la alevosía no admite discusión alguna. Las alegaciones del recurrente sobre la posibilidad de una cita concertada entre ambos o de una disputa previa carecen de cualquier sustento probatorio. La misma forma de presentarse el recurrente con la escopeta, con pasamontañas y guantes de látex avalan lo contrario, y la potencialidad letal del arma resultó evidente al efectuarse los dos disparos sin problema alguno. Y en este extremo la utilización de un arma de fuego frente a quien se encuentra inerme, esto es, sin ninguna clase de arma defensiva, ha de considerarse ordinariamente una acción alevosa. Más indefensión que verse acometido, en tu propio lugar de trabajo, mediante los disparos de un arma de fuego que provienen del agresor, sin ninguna posibilidad de defensa, no cabe imaginar ( SSTS. 25/2009 de 22.1 , 1062/2009 de 19.10 , 37/2010 de 22.1 ).

**SEGUNDO: El motivo segundo al amparo del art. 849.1 LECrim , en relación con el art. 852 LECrim , infracción de Ley por vulneración de derechos fundamentales, especialmente de la presunción de inocencia ( art. 5.4 LOPJ , en relación con el art. 24.2 CE ) y por indebida aplicación del art. 20.1 y 21.1 CP .**

Argumenta el recurrente que fue objeto de una pericial solicitada por dicha parte siendo examinado por dos peritos psiquiatras en cuyo informe concluyeron que el acusado tiene tres psicopatologías: trastorno de la personalidad no especificado, demencia alcohólica y demencia persistente inducida por el alcohol.

Por ello, según los que ambos peritos especialistas psiquiatras concluyen tiene alteradas sus facultades cognoscitivas y volitivas, lo que debe dar lugar a la eximente completa del art. 20.1, o en su caso la eximente incompleta del art. 21.1 o la atenuante por analogía de enajenación mental, entendiéndose que se aplicaría en las situaciones en las cuales al acusado le es diagnosticada un trastorno de personalidad.

El motivo se desestima.

Deberá recordarse que las circunstancias modificativas de la responsabilidad, cuya carga probatoria compete a la parte que las alega deben estar tan acreditadas como el hecho delictivo mismo ( SSTS. 138/2002 de 8.2 , 716/2002 de 22.4 , 1527/2003 de 17.11 , 1348/2004 de 29.11 , 369/2006 de 23.3 ).

En efecto las causas de inimpugnabilidad como excluyentes de la culpabilidad (realmente actúan como presupuestos o elementos de esta última) en cuanto causas que enervan la existencia del delito (por falta del elemento culpabilístico) deben estar tan probadas como el hecho mismo y la carga de la prueba, como circunstancias obstativas u obstaculizadoras de la pretensión penal acusatoria que son, corresponde al



acusado en quien presumiblemente concurren. Los déficits probatorios no deben resolverse a favor del reo, sino en favor de la plena responsabilidad penal ( STS. 1477/2003 de 29.12 ).

En definitiva para las eximentes o atenuantes no rige en la presunción de inocencia ni el principio "in dubio pro reo". La deficiencia de datos para valorar si hubo o no la eximente o atenuante pretendida no determina su apreciación. Los hechos constitutivos de una eximente o atenuante han de quedar tan acreditados como el hecho principal ( SSTS. 701/2008 de 29.10 , 708/2014 de 6.11 ).

1.- Efectuada esta precisión previa en lo que atañe a la presente denuncia derivada del consumo de alcohol, como hemos dicho en SSTS. 6/2010 de 27.1 , 632/2011 de 28.6 , 539/2014 de 2.7 , debemos distinguir entre alcoholismo y embriaguez en cuanto que el primero implica una intoxicación plena, que en algunos casos de alcoholismo puede ser una toxifrenia que puede determinar una demenciación acreedora a ser recogida como circunstancia eximente completa de enajenación mental o, al menos, como atenuante eximente incompleta cuando se ha producido un notable deterioro de las capacidades intelectivas y volitivas del sujeto a consecuencia de una patología de origen alcohólico generalmente determinada por la ingesta reiterada frecuentemente y a lo largo de un tiempo de cierta duración ( SSTS. 261/2005 de 28.2 , 1424/2005 de 5.12 , 6/2010 de 27.1 ), y la segunda una intoxicación aguda, con encaje jurídico ya en el trastorno mental transitorio, exigiéndose en todo caso una afectación de las bases de imputabilidad -intelecto y voluntad- de modo que será la intensidad de la detención la que nos dará la pauta para graduar la imputabilidad desde la inoperancia de la responsabilidad hasta la exoneración completa e incompleta de la misma.

Las SSTS. 632/2011 de 28.6 y 625/2010 , matizan estas categorías indicando que en supuestos de adicción acreditada del sujeto a las bebidas alcohólicas, dicha dependencia será relevante si además concurren alguna de las siguientes condiciones: o bien la existencia de anomalías o alteraciones psíquicas que tengan su causa en dicha adicción, lo que podrá constituir también base para estimar la eximente completa o incompleta según el grado de afectación del entendimiento o la voluntad; o, en segundo lugar, por la vía de la atenuante del artículo 21.2 C.P. , atendida su relevancia motivacional, supuesta la gravedad de la adicción, debiendo constatarse una relación causal o motivacional entre dependencia y perpetración del delito. Ahora bien no basta el consumo de bebidas alcohólicas para que se entienda siempre disminuida la imputabilidad y la responsabilidad penal del sujeto, pues en cualquier caso, en el actual sistema del CP. se trata de circunstancias que afectan a las capacidades del sujeto, no es suficiente con determinar la causa que las origina, sino que es preciso además especificar los efectos producidos en el caso concreto.

Por ello para considerar el alcoholismo crónico como sustrato de una circunstancia que exima o aminore la imputabilidad del sujeto, es preciso no solo la presencia de la enfermedad, sino también la constatación de la afectación real de las facultades intelectivas y volitivas de quien la sufre, de tal modo que la intensidad de la alteración habría de ser el criterio determinante para graduar la imputabilidad ya que, fuera de las situaciones graves que pueden llegar a la "locura alcohólica" que origine la irresponsabilidad del sujeto, o las situaciones menos graves en las que no se anule la personalidad pero si se disminuyen las facultades de inteligencia y voluntad, fuera de esas situaciones, el simple alcoholismo crónico y controlado no causa alteración alguna en la capacidad de obrar y discernir, SSTS. 261/2005 de 28.2 , 1424/2005 de 5.12 , 6/2010 de 27.1 , que insisten en que el alcoholismo y la psicosis tóxica pueden ser acogidos como circunstancias eximentes o como atenuantes de exención incompleta, cuando se ha producido un notable deterioro de las capacidades intelectivas y volitivas del sujeto a consecuencia de su patología, y para apreciar la psicosis de origen alcohólico con efecto de eximente incompleta es preciso no solo la enfermedad, sino también la afectación real de las facultades intelectivas y volitivas de quien la sufre, de tal modo que la intensidad de la alteración habrá de ser el criterio determinante para graduar la imputabilidad ya que -se insiste- **el simple alcoholismo crónico y controlado no causa alteración alguna en la capacidad de obrar y discernir.**

2º.- En cuanto a la posibilidad de la presencia de un trastorno de la personalidad no especificado, la jurisprudencia de esta Sala, SSTS. 1400/99 de 9.11 , 1126/2011 de 2.11 , 1172/2011 de 10.11 , 1377/2011 de 29.12 , 708/2014 de 6.11 , precisa que no basta la existencia de un diagnóstico para concluir que en la conducta del sujeto concurre una afectación psíquica. El sistema mixto del CP está basado en esos casos en la doble exigencia de una causa biopatológica y un efecto psicológico: la anulación o grave afectación de la capacidad de comprender la ilicitud del hecho o de determinar el comportamiento con arreglo a esa comprensión, siendo imprescindible el efecto psicológico en los casos de anormales o alteraciones psíquicas, ya que la enfermedad es condición necesaria pero no suficiente para establecer una relación causal entre la enfermedad mental y el acto delictivo ( STS 314/2005, de 9-3 ) y sigue insistiéndose en que "es necesario poner en relación al alteración mental con el acto delictivo concreto" ( STS 437/2001, de 22-3 - , 332/97 de 17-3 ), declarando que "al requerir cada uno de los términos integrantes de la alteración de imputabilidad prueba específica e independiente, la probanza de uno de ellos no lleva al automatismo de tener imperativamente por acreditado el otro" ( STS 937/2004, de 19-7 ), y se puntualiza que "cuando el autor del delito padezca cualquier



anomalía o alteración psíquica , no es tanto su capacidad general de entender y querer, sino su capacidad de comprender la ilicitud del hecho y de actuar conforme a esa comprensión" ( STS 175/2008, de 14-5 ). No obstante, se considera aplicable este segundo elemento "cuando los presupuestos biológicos de la capacidad de culpabilidad (las enfermedades mentales, las graves alteraciones de la conciencia o la debilidad mental) se dan en un alto grado" ( STS 258/2007, de 19-7 ).

Sentada esta premisa debemos reconocer que la doctrina jurisprudencial en materia de tratamiento jurídico de los trastornos de la personalidad es desgraciadamente fluctuante y a veces con confusión conceptual psíquica, lo que no debe sorprender cuando en la propia bibliografía médica especializada persisten las discusiones sobre su naturaleza y origen, clasificación, efectos y posibilidad de tratamiento terapéutico.

Formado el concepto tradicional de enajenación a partir del modelo de la psicosis como arquetipo de la enfermedad psíquica, no es de extrañar que encontrara resistencia el reconocimiento del efecto excluyente y aún sólo limitativo de la imputabilidad de otros trastornos mentales distintos.

La Sentencia 2006/2002, de 3 de diciembre , se ocupó de un caso de trastorno delirante de perjuicio y un trastorno límite de la personalidad, patologías éstas que, en el momento de ser cometidos los hechos, disminuía levemente su facultad de control de los impulsos, por lo que la Audiencia Provincial apreció la concurrencia de una atenuante análoga a la semieximente de anulación de las facultades mentales por anomalía psíquica.

El Tribunal casacional recordaba que la Jurisprudencia había establecido... que "no basta la existencia de un diagnóstico para concluir que en la conducta del sujeto concurre una afectación psíquica. El sistema mixto del Código Penal está basado en estos casos en la doble exigencia de una causa biopatológica y un efecto psicológico, la anulación o grave afectación de la capacidad de comprender la ilicitud del hecho o de determinar el comportamiento con arreglo a esa comprensión, siendo imprescindible el efecto psicológico en los casos de anomalías o alteraciones psíquicas ( S. de 9/10/99 , núm. 1400).

Ya la jurisprudencia anterior al vigente Código Penal había declarado que la apreciación de una circunstancia eximente o modificativa de la responsabilidad criminal basada en el estado mental del acusado exige no sólo una clasificación clínica sino igualmente la existencia de una relación entre ésta y el acto delictivo de que se trate, "ya que la enfermedad es condición necesaria pero no suficiente para establecer una relación causal entre la enfermedad mental y el acto delictivo" ( STS. de 20/01/93 , núm. 51).

Igualmente ha señalado que los trastornos de la personalidad, como es el caso, son patrones característicos del pensamiento, de los sentimientos y de las relaciones interpersonales que pueden producir alteraciones funcionales o sufrimientos subjetivos en las personas y son susceptibles de tratamiento (psicoterapia o fármacos) e incluso pueden constituir el primer signo de otras alteraciones más graves (enfermedad neurológica), pero ello no quiere decir que la capacidad de entender y querer del sujeto esté disminuida o alterada desde el punto de vista de la responsabilidad penal, pues junto a posible base funcional o patológica, hay que insistir, debe considerarse normativamente la influencia que ello tiene en la imputabilidad del sujeto, y los trastornos de la personalidad no han sido considerados en línea de principio por la Jurisprudencia como enfermedades mentales que afecten a la capacidad de culpabilidad del mismo ( STS. de 11/06/02, núm. 1074 o 1841/02 , de 12/11).

Esta última precisión es muy importante. La categoría no nosológica de los trastornos de la personalidad (como antes, la de las psicopatías) incluye una serie de desórdenes mentales ("mental discordes") de contenido muy heterogéneo, por lo que el tratamiento jurídico penal de uno de ellos no siempre será exactamente extrapolable a todos los demás. Por eso, la Sentencia 2167/2002, de 23 de diciembre , advierte prudentemente que se trata de "... anomalías o alteraciones psíquicas, por lo que es necesario atender a sus características y a las peculiaridades del hecho imputado para precisar sus concretos efectos...".

Los trastornos de la personalidad, en definitiva, son patrones característicos del pensamiento, de los sentimientos y de las relaciones interpersonales que pueden producir alteraciones funcionales o sufrimientos subjetivos en las personas y son susceptibles de tratamiento (psicoterapia o fármacos) e incluso pueden constituir el primer signo de otras alteraciones más graves (enfermedad neurológica), pero ello no quiere decir que la capacidad de entender y querer del sujeto esté disminuida o alterada desde el punto de vista de la responsabilidad penal, pues junto a la posible base funcional o patológica, hay que insistir, debe considerarse normativamente la influencia que ello tiene en la imputabilidad del sujeto, y los trastornos de la personalidad no han sido considerados en línea de principio por la Jurisprudencia como enfermedades mentales que afecten a la capacidad de culpabilidad ( STS. de 11-06 y 12-11-2002 ; 846/2008 a 1-11; 939/2008 de 26/12).

En el caso que se analiza el Jurado declaró no probados por unanimidad las proposiciones del objeto del veredicto relativas a la existencia de las alteraciones neurológicas por abuso de alcohol que afectaban a sus



facultades cognoscitivas y volitivas, justificándose por el Magistrado Presidente por la contundencia de la prueba pericial forense sobre la capacidad de conocer y querer del autor del hecho. Siendo así la posible presencia de un trastorno, no especificado de la personalidad, no unido a otras anomalías relevantes, supondría una simple anomalía psíquica, que no afecta, por sí sola a la capacidad de comprender la desaprobación jurídico-penal y la capacidad de dirigir el comportamiento de acuerdo con esa comprensión, por lo que no puede valorarse penalmente como exculpante o atenuante.

**TERCERO: El motivo tercero al amparo del art. 849.1 LECrim , en relación con el art. 852 LECrim , infracción de Ley por vulneración de derechos fundamentales, especialmente de la presunción de inocencia ( art. 5.4 LOPJ , en relación con el art. 24.2 CE ), y por indebida aplicación del art. 21.5 CP .**

El motivo considera que la cantidad consignada, 8.000 E antes del juicio para la reparación del daño, no puede ser calificada como de "mínima entidad" dado los numerosos embargos y deudas que no se han tenido en cuenta, por lo que debió ser considerada como "reparación parcial" a los efectos de la concurrencia de la atenuante 21.5 CP.

El motivo deberá ser desestimado.

A estos efectos conviene delimitar la "ratio atenuatoria" de esta circunstancia en su actual formulación legal. Así esta Sala en SSTs. 809/2007 de 11.10 , 78/2009 de 11.2 , 1323/2009 de 30.12 , 954/2010 de 3.11 , 1319/2011 de 27.12 , 707/2012 de 20.9 , 196/2014 de 19.3 , tiene declarado que "La reparación del daño causado por el delito o la disminución de sus efectos se regulaba en el C.P. anterior dentro del arrepentimiento espontáneo, configurándose en el C.P. de 1995 como una atenuante autónoma de carácter objetivo fundada en razones de política criminal.

Por su naturaleza objetiva esta circunstancia prescinde de los factores subjetivos propios del arrepentimiento, que la jurisprudencia ya había ido eliminando en la atenuante anterior. Por su fundamento de política criminal se configura como una atenuante "ex post facto", que no hace derivar la disminución de responsabilidad de una inexistente disminución de la culpabilidad por el hecho, sino de la legítima y razonable pretensión del legislador de dar protección a la víctima y favorecer para ello la reparación privada posterior a la realización del delito.

Como consecuencia de este carácter objetivo su apreciación exige únicamente la concurrencia de dos elementos, uno cronológico y otro sustancial. El elemento cronológico se amplía respecto de la antigua atenuante de arrepentimiento y la actual de confesión, pues no se exige que la reparación se produzca antes de que el procedimiento se dirija contra el responsable sino que se aprecia la circunstancia siempre que los efectos que en el precepto se prevén se hagan efectivos en cualquier momento del procedimiento, con el tope de la fecha de celebración del juicio. La reparación realizada durante el transcurso de las sesiones del plenario queda fuera de las previsiones del legislador, pero según las circunstancias del caso puede dar lugar a una atenuante analógica.

El elemento sustancial de esta atenuante consiste en la reparación del daño causado por el delito o la disminución de sus efectos, en un sentido amplio de reparación que va más allá de la significación que se otorga a esta expresión en el artículo 110 del Código Penal , pues este precepto se refiere exclusivamente a la responsabilidad civil, diferenciable de la responsabilidad penal a la que afecta la atenuante. Cualquier forma de reparación del daño o de disminución de sus efectos, sea por la vía de la restitución, de la indemnización de perjuicios, o incluso de la reparación del daño moral puede integrar las previsiones de la atenuante.

Lo que pretende esta circunstancia es incentivar el apoyo y la ayuda a las víctimas, lograr que el propio responsable del hecho delictivo contribuya a la reparación o curación del daño de toda índole que la acción delictiva ha ocasionado, desde la perspectiva de una política criminal orientada por la victimología, en la que la atención a la víctima adquiere un papel preponderante en la respuesta penal. Para ello resulta conveniente primar a quien se comporta de una manera que satisface el interés general, pues la protección de los intereses de las víctimas no se considera ya como una cuestión estrictamente privada, ser valorada como un indicio de rehabilitación que disminuye la necesidad de pena"

Asimismo la STS. 809/2007 de 11.20 pone de relieve la existencia de dos corrientes de esta Sala, que entendemos no son excluyentes o incompatibles, si las interpretamos desde la perspectiva del carácter "objetivo" de la circunstancia.

Por una parte la denominada teoría del "*actus contrarius*" que para algunos comportaría el reconocimiento de la autoría del hecho generador del daño, en cuanto el sujeto activo exterioriza una voluntad de reconocimiento de la norma infringida. Dicha tesis parece colocar el acento en la *menor culpabilidad del autor* , esto es, en la menos reprochabilidad personal por el acto antijurídico realizado, por cuanto a través de un acto *ex post accepta su responsabilidad* , contribuyendo a reforzar la vigencia del ordenamiento jurídico transgredido.





La tesis contrapuesta que podríamos denominar de "*protección objetiva de la víctima*", lo que pretende es incentivar el apoyo y ayudar a las víctimas del delito, exigiendo del responsable una conducta de eliminación o disminución en la medida de lo posible de los efectos negativos de la infracción criminal. Realmente es la doctrina que sostiene el auto de 6-5-2004. Son razones de política criminal las que justifican la atenuación y que tienden a favorecer al autor del delito que repara total o parcialmente -pero en todo caso de manera significativa- el daño ocasionado con su conducta, sin desconocer que también puede ser ponderada la menor *necesidad de pena* derivada del reconocimiento de los hechos que, como una señal de rehabilitación, puede acompañar a la reparación, *aunque la atenuante del art. 21-5 C.P. no lo exija*.

Interpretada la doctrina del "*actus contrarius*" desde la óptica de la objetividad indiscutible de la atenuante, no es posible afirmar que la circunstancia atenúa por razón de una menor culpabilidad. La culpabilidad del hecho hay que situarla en el momento de la comisión del mismo, en que el sujeto activo despliega una conducta consciente vulneradora del ordenamiento jurídico penal, pudiendo haberlo evitado, y a pesar de todo y aun afirmando que de presentársele la ocasión actuaría de igual modo, reconoce que como autor material de un daño debe responder frente a la víctima y lo hace.

Así pues, la doctrina del "*actus contrarius*", interpretada desde la objetividad con que lo hemos hecho, valoraría el comportamiento del agente, con virtualidad para atenuar, desde la perspectiva del reconocimiento de la infracción del ordenamiento jurídico y el sometimiento al mismo, al provocar la eliminación o disminución de los efectos del delito. El autor estaría exteriorizando una voluntad de reconocimiento de la norma infringida que no de su propia responsabilidad penal. Su responsabilidad civil declarada en sentencia nace "*ex delicto*" por lo que satisfaciéndola el acusado reconoce que fue autor o tuvo participación en la causación a un tercero de un daño injusto.

Desde otro punto de vista, el carácter absolutamente objetivo de la atenuante no excluye que en la reparación total o parcial el daño, el sujeto, además de dar satisfacción a la víctima, reafirme la vigencia de la norma jurídica vulnerada y en definitiva el propio acto de reparación, restitución, indemnización o demás formas de eliminar o atenuar los efectos del delito, conlleva la emisión de una voluntad externa de reconocimiento del derecho.

No obstante -como decíamos en la STS. 78/2009 de 11.2 - debe insistirse que en su formulación actual ha desaparecido de la atenuante toda referencia al ánimo del autor por lo que no es necesario que la reparación responda a un impulso espontáneo, debiendo prevalecer el carácter objetivo de la atenuante -en atención a determinadas circunstancias que reseña la STS. 809/2007 de 11.10 :

- a) La ley no exige el requisito adicional del reconocimiento de la culpabilidad y donde la ley no distingue tampoco nosotros debemos distinguir.
- b) Todas las atenuantes *ex post facto* (reparación, confesión, colaboración, etc.) se alejan de la exigencia de una menor culpabilidad por el hecho y simplemente están basadas en razones de política criminal.
- c) Exigir la presencia del elemento subjetivo de reconocimiento de la culpabilidad o responsabilidad penal comportaría de algún modo resucitar el móvil de arrepentimiento ya superado para integrar improcedentemente en la atenuante un componente anímico que el legislador no contempló.
- d) Una interpretación que exigiera el reconocimiento de la responsabilidad penal como elemento necesario para la estimación de la atenuante desalentaría o no serviría de estímulo a las conductas de reparación del daño del delito, al tener que renunciar el acusado a determinadas estrategias procesales de defensa.

Por ello las SSTS.612/2005 de 12.5, y 1112/2007 de 27.12, esta Sala ha destacado una y otra vez el carácter objetivo de la atenuante, por cuanto la reparación del daño ocasionado a la víctima, en la medida de lo posible, es el dato determinante, resultando secundarios los propósitos o el origen de la compensación dineraria, siempre que se obtenga por iniciativa del acusado.

Ahora bien constituye, a su vez, un referente atendible la naturaleza del delito, cuyos efectos nocivos se tratan de reparar. Si se trata de delitos estrictamente patrimoniales, como hurto, apropiación indebida, estafa, robo con fuerza, etc. es posible que el único bien jurídico protegido, el patrimonio privado, pueda ser íntegramente reparado en su plenitud.

No ocurre lo mismo en el pago de una indemnización económica señalada por unos perjuicios derivados de la lesión de bienes jurídicos personales. El daño ocasionado es irreparable y no tiene vuelta atrás. El pago de tales perjuicios económicos aunque fuera íntegro, sólo en parte, podría compensar las consecuencias de la lesión del bien jurídico que se protege.

Por ello se insiste en que la reparación debe ser suficientemente significativa y relevante, pues no procede conceder efecto atenuatorio a acciones fácticas, que únicamente pretender buscar la minoración de la



respuesta punitiva sin contribuir de modo eficiente y significativa a la efectiva reparación del daño ocasionado ( STS 1990/2001, de 24-10 ; 78/2009, de 11-2 ).

En este sentido la STS. 536/2006 de 3.5 , resume la doctrina jurisprudencial precisando que la aplicación de ésta atenuante no debe ser automática sino que el resultado de un cuidadoso análisis de la actitud y solvencia del acusado, así como de la proporcionalidad entre la cuantía de la reparación entregada con anterioridad a las sesiones del juicio oral y la del perjuicio causado a la víctima ( STS. 1168/2005 de 29.11 ), pero lo decisivo es exteriorizar una voluntad de reconocimiento de la norma infringida, por lo que se excluye cuando se trata de una mera expresión de una voluntad carente de afectividad ( STS. 1026/2007 de 10.12 ), y aunque se admite la reparación parcial habrá que determinar si el sujeto realiza todo lo que puede, o como se ha dicho se trata de una reparación voluntariamente parcial, por lo que se ha de tener en cuenta la capacidad económica del acusado, al repugnar a un principio de elemental justicia extender la atenuante a quien teniendo plena capacidad económica para reparar la totalidad del daño causado, escatime su contribución, dejando sin indemnizar a la víctima, aunque sea en una parte del perjuicio causado.

En el caso presente la sentencia recurrida -no olvidemos la del Tribunal Superior de Justicia analiza en el fundamento jurídico quinto, la posible concurrencia de la atenuante cuestionada con argumentos que deben ser asumidos en su totalidad, partiendo de que para evaluar el efecto reparador -máxime cuando es parcial, habrán de tenerse en cuenta el daño causado y las circunstancias del autor, y en el caso es indudable la gravedad del daño: muerte alevosa de una persona de 52 años de edad, en circunstancias especialmente dolorosas y dramáticas, que evidencian la gravedad del daño, tanto en términos económicos como morales para su familia, viuda y dos hijos que a la fecha del asesinato eran menores de edad. Las circunstancias económicas del acusado, con una pensión de 2.024,67 E -son ciertamente limitadas"pero también es un hecho cierto que haber consignado únicamente 8.000 E a disposición de los herederos de la víctima es una cantidad que de ninguna manera tiene relevancia a los efectos de reparación del daño producido. No supone un esfuerzo reparador un asesinato de las especiales características del daño producido, no es admisible que se atenúe con 8.000 E. Se debería distinguir la "economía" del acusado antes de cometer el crimen y posterior, lo que tendría que haberse obligado a un mayor, posible, esfuerzo contributivo si de reparar el daño, incluso parcialmente, se tratase... teniendo en cuenta el internamiento en un centro penitenciario, en el que lleva cuatro años, con prórroga de prisión preventiva, es una cantidad irrelevante (8.000 E), que ni repara daño ni disminuye sus efectos...".

Razonamiento -se insiste- correcto. El Ministerio Fiscal solicitó como indemnización 116.243,82 E a la viuda por los daños morales y a cada hijo 48.434,93 E, por igual concepto, por la muerte de su esposo y padre respectivamente. Pretender que la consignación de 8.000 euros puede merecer el beneficio penológico de la atenuante 21.5 CP, resulta insostenible ya que solo de forma irrisoria se ha restablecido el daño sufrido.

**CUARTO: El motivo cuarto al amparo del art. 849.1 LECrim , en relación el con el art. 852 LECrim , infracción de Ley por vulneración de derechos fundamentales, especialmente de la presunción de inocencia art. 5.4 LOPJ , en relación con el art. 24.2 CE , y por aplicación indebida del art. 564 CP .**

El recurrente cuestiona la concurrencia de algunos de los requisitos del delito de tenencia ilícita de armas: que el arma se encuentre en condiciones de funcionamiento -al ser un arma vieja, que solo disparaba un cañón y que se guardaba solo de recuerdo, y la detención o posesión del arma (animus possidendi), por cuanto no ha quedado acreditado que el acusado tuviera, cogiera, dispusiera o se apropiara del arma en ningún otro momento, ni ha quedado demostrado cómo accedió a la casa, ni siquiera como sabía que el arma estaba allí, puesto que desconocía la casa y no entraba en la misma de forma habitual.

Por ello considera el motivo que de ninguna manera el recurrente dispuso del arma de fuego y siendo este requisito necesario del delito de tenencia ilícita de armas, no puede apreciarse la concurrencia de este delito.

El delito de tenencia ilícita de armas aparece regulado en los arts. 563 y 564 CP , como infracción de pura actividad contra la seguridad interior del Estado, formal y de riesgo abstracto (general o comunitario). La doctrina científica y jurisprudencial considera el delito de tenencia ilícita de armas como un delito permanente, en cuanto la situación antijurídica se inicia desde que el sujeto tiene el arma en su poder y se mantiene hasta que se desprende de ella; como un delito formal, en cuanto no requiere para su consumación resultado material alguno, ni producción de daño, siquiera algún sector doctrinal prefiera hablar al respecto de un delito de peligro comunitario y abstracto, en cuanto el mismo crea un riesgo para un numero indeterminado de personas, que exige como elemento objetivo una acción de tenencia (y por ello es calificado también como tipo de tenencia) que consiste en el acto positivo de tener o portar el arma. Como elemento subjetivo atinente a la culpabilidad se exige el animus possidendi, esto es, el dolo o conocimiento de que se tiene el arma, pese a la prohibición de la norma ( SSTS. 709/2003 de 14.5 , 201/2006 de 1.3 , 311/2014 de 16.4 ).



Por tanto, es un delito de amplio espectro porque se consuma con distinta gravedad (siempre por la simple detentación independientemente de que se haga o no uso del arma) desde la posesión más o menos intrascendente, sin mayor proyección, hasta constituir un acto de suma gravedad para la paz social dado el número o calidad de las armas, la personalidad del agente o la presumible finalidad que con ella se persigue.

En definitiva, la tenencia de armas, en cuanto al elemento positivo de la conducta descrita en el hecho objetivo, requiere según el verbo rector la simple tenencia del arma, siempre que falten los elementos legitimadores que como elemento negativo señala: licencia o permisos necesarios y en cuanto a la tenencia esta Sala viene señalando -por todas STS. 1348/2004 de 25.11 - que, como toda relación de hecho con una cosa con relevancia jurídica, la tenencia se integra de un "corpus" consistente en la relación física con el arma ("corpus rem attingere") que no precisa ser material y constante, pues tal elemento radica en la disponibilidad de la misma por el agente o sujeción a su voluntad, por lo que el "corpus" se da tanto portando o llevando consigo el agente el arma, como manteniéndola guardada en su domicilio u ocultándola en otro lugar, con tal que mantenga aquella disponibilidad o dominio de hecho sobre la misma, y un "animus", que no precisa consistir en el "animus rei sibi habendi" en cuanto la tenencia del arma puede ocurrir en situaciones en que el agente no pretenda adquirir su propiedad o incorporarla a su patrimonio, sino que la posea o detente aun reconociendo la propiedad de un tercero sobre tal arma, por lo que la jurisprudencia viene declarando que son suficiente soporte anímico de la tenencia, tanto el "animus possidendi", como el más inferior "animus detinendi", siempre que se dé la detentación y disponibilidad propias del "corpus", excluyendo solamente de la conducta típica los supuestos llamados de "tenencia fugaz" como serían los de mera detentación a efectos de contemplación o examen, reparación del arma o de simple transmisión a terceros ( STS. 304/2007 de 25.4 ).

Aplicando la anterior doctrina jurisprudencial el rechazo del motivo deviene necesario.

En efecto es cierto que para la existencia del tipo es preciso que el arma tenga idoneidad para el disparo, esto es que se halle en condiciones de funcionamiento, pero para estimar inútil un arma ha de estar en forma que ni pueda hacer fuego ni ser puesta en condiciones de efectuarlo. La aptitud para el disparo se debe apreciar de forma abstracta y no como una posibilidad inmediata del arma. En la medida en que la dificultad del disparo sea reparable y no implique una inutilización definitiva del arma, su tenencia se subsume en el tipo penal ( SSTS. 1071/2006 de 8.11 , 355/2007 de 27.6 ), y en el caso que se analiza que el arma era idónea para el disparo se deriva de su propia utilización por el recurrente con el resultado letal ocasionado.

Que no conste como el acusado pudo acceder a la casa del sobrino de su mujer -que estaba cerrada con llave- y cómo sabía donde se hallaba el arma -que se encontraba oculta en un armario detrás de la ropa resuelta irrelevante, lo importante es que el acusado entró en la casa y cogió el arma que utilizó posteriormente para acabar con la vida de Severino .

Por ello no cabe cuestionar el animus possidendi, pues se comete el delito, aunque se posea brevemente, pero es utilizada agresivamente, porque no existe una tenencia del arma tan efectiva y rotunda que cuando se utiliza con afán agresor y letal, pues la posesión adquiere entonces toda su virtualidad ( SSTS. 760/98 de 18.9 , 1674/2002 de 10.10 ).

En efecto la jurisprudencia ha excluido las posesiones meramente accidentales o fugaces o la propia de su servidor de la posesión ajena. Pero también ha señalado que basta la posesión con disponibilidad del arma con plena autonomía como sea que el acusado tuvo el arma en su poder, la llevó hasta el lugar de los hechos y la utilizó disparando contra la víctima, ha existido una posesión suficiente para la consumación del delito ( STS. 51/2007 de 29.1 ).

**QUINTO: El motivo quinto al amparo del art 849.2 LECrim , infracción de Ley por error en la apreciación de la prueba basado en documentos que demuestran la equivocación del tribunal sentenciador, así como vulneración del principio de presunción de inocencia en dicha operación, señalando a estos efectos los siguientes documentos y con cita de las siguientes expresiones particulares:**

*Informe de autopsia* (folios 104 y ss), e *informe medico forense* (folios 147 y 22) sobre la causa de la muerte, de los que no puede afirmarse con certeza que el segundo de los disparos se produjera mientras la víctima estaba viva; *informes técnicos sobre distancia del disparo realizado por el Instituto de Toxicología y Ciencias Forenses*, departamento de Madrid (folios 489 y ss), que contiene unas conclusiones que difieren del *informe del departamento de química su SECRIM* (folios 372 y ss); *informes médicos forenses sobre capacidad del acusado* (folios 1027 y ss 1037 y 1038) e *informe pericial psiquiatras Drs. Justo y Nicolas* sobre el mismo extremo; *informes económicos Banco BBVA sobre medios económicos/cuentas de Jaime* (folios 359 y ss); y *documentos de consignación por valor de 8.000 Euros hechos por el hoy recurrente.*

El motivo debe ser desestimado.



Debemos recordar que por la vía del art. 849.2 LECrim . se circunscribe al error cometido por el Tribunal sentenciador al establecer los datos fácticos que se recogen en la declaración de hechos probados, incluyendo en la narración histórica elementos fácticos no acaecidos, omitiendo otros de la misma naturaleza por si hubieran tenido lugar o describiendo sucesos de manera diferente a como realmente se produjeron. En todo caso, el error a que atiende este motivo de casación se predica sobre aspectos o extremos de naturaleza fáctica, nunca respecto a los pronunciamientos de orden jurídico que son la materia propia del motivo que por "error iuris" se contempla en el primer apartado del precepto procesal, motivo éste, art. 849.1 LECrim . que, a su vez, obliga a respetar el relato de hechos probados de la sentencia recurrida, pues en estos casos solo se discuten problemas de aplicación de la norma jurídica y tales problemas han de plantearse y resolverse sobre unos hechos predeterminados que han de ser los fijados al efecto por el Tribunal de instancia salvo que hayan sido previamente corregidos por estimación de algún motivo fundado en el art. 849.2 LECrim . o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

La sentencia de esta Sala 1850/2002 , indica en relación con el art. 849.2 LECrim . que ..."constituye una peculiaridad muy notoria en la construcción de nuestro recurso de casación penal: era la única norma procesal que permitía impugnar en casación la apreciación de la prueba hecha en la instancia mediante una fórmula que podemos calificar ahora como un caso concreto de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos ( art. 9.3 CE ), pues sólo podía aplicarse en supuestos muy concretos en que, habiendo una prueba indubitada sobre un extremo determinado, la Audiencia Provincial la había desconocido y había redactado los hechos probados a espaldas de tal medio probatorio. Pero ello sólo era posible de forma singularmente restrictiva, pues únicamente cabía apreciar ese error del Tribunal de instancia cuando la prueba que lo acreditaba era documental, porque precisamente respecto de esta clase de prueba podía tener la intermediación judicial la misma relevancia en casación y en la instancia, ya que el examen del documento se hace en las propias actuaciones escritas lo mismo por la Audiencia Provincial que conoció del juicio oral que por esta sala del Tribunal Supremo al tramitar el recurso de casación.

Cuando una prueba documental acredita un determinado extremo y éste tiene relevancia en el proceso de forma tal que pueda alterar alguno de los pronunciamientos de la sentencia recurrida, si además no hay contradicción con algún otro medio probatorio, este nº 2º del art. 849 LECrim . obliga en casación a alterar los hechos probados de la resolución de la audiencia con la consecuencia jurídica correspondiente.

Esta era la única vía que existía en nuestro proceso penal para alterar los hechos probados fijados por la Audiencia Provincial tras la celebración de un juicio oral en instancia única, vía particularmente estrecha, que trataba de subsanar manifiestos errores de la sentencia recurrida a través de una fórmula que ahora encajaría, repetimos, en el art. 9.3 CE como un caso concreto de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, y que actualmente aparece ampliada en una doble dirección:

- a) Por lo dispuesto en el art. 5.4 LOPJ , que permite los recursos de casación cuando hay infracción de precepto constitucional, lo que ha permitido conocer en la casación penal de las denuncias por violación del derecho a la presunción de inocencia.
- b) Por la doctrina de esta Sala - a que nos referiremos más adelante con más profundidad- que en los últimos años viene considerando como prueba documental, a los efectos de este art. 849.2º LECrim ., a la pericial, para corregir apreciaciones arbitrarias hechas en la instancia cuando hay unos informes o dictámenes que no pueden dejar lugar a dudas sobre determinados extremos.

Centrándonos en el motivo de casación por error en la apreciación de la prueba, la doctrina de esta Sala, por ejemplo SS. 936/2006 de 10.10 y 778/2007 de 9.10 , viene exigiendo para su prosperabilidad la concurrencia de los siguientes elementos:

- 1) ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa;
- 2) ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la Sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones;
- 3) que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal, art. 741 LECrim .;
- 4) que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo.





Por tanto -se dice en las STS 765/2001 de 19-7 - el motivo de casación alegado no permite una nueva valoración de la prueba documental en su conjunto sino que exclusivamente autoriza la rectificación del relato de hechos probados para incluir en él un hecho que el tribunal omitió erróneamente declarar probado, cuando su existencia resulta incuestionable del particular del documento designado, o bien para excluir de dicho relato unos hechos que el tribunal declaró probados erróneamente, ya que su inexistencia resulta de la misma forma incuestionable del particular del documento que el recurrente designa. Además, como se ha dicho, es preciso que sobre el particular cuestionado no existan otros elementos de prueba, ya que en esos casos, lo que estaría bajo discusión, sería la racionalidad del proceso valorativo por la vía de la presunción de inocencia en caso de sentencias condenatorias o de la interdicción de la arbitrariedad, en todo caso, aunque sus efectos de su estimación fueran distintos.

En el caso presente la interpretación que el recurrente realiza de los de autopsia, informes médicos forenses sobre la causa de la muerte e informes técnicos sobre distancia del disparo, ante la relevancia para alterar el sentido del fallo y la concurrencia de la alevosía en el modo de ocasionar la muerte a la víctima.

-Y en cuanto a los informes periciales, la doctrina de esta Sala (STS 182/2000, de 8-2 1793/2003, de 24-12 ; 299/2004, de 4-3 ; 1200/2005, de 27-10 ; 742/2006, de 29-6 ; 1068/2007, de 20-12 ; 1148/2009, de 25-11 ; 6342/2001, de 28-6 ; mantiene que dichos informes no son en realidad documentos sino pruebas personales documentadas consistentes en la emisión de pareceres técnicos sobre determinadas materias o sobre determinados hechos por parte de quienes tienen sobre los mismos una preparación especial, con la finalidad de facilitar la labor del Tribunal en el momento de valorar la prueba.

No se trata de pruebas que aporten aspectos fácticos, sino criterios que auxilian al órgano jurisdiccional en la interpretación y valoración de los hechos, sin modificar las facultades que le corresponden en orden a la valoración de la prueba. Por otro lado, su carácter de prueba personal no debe perderse de vista cuando la prueba pericial ha sido ratificada, ampliada o aclarada en el acto del juicio oral ante el Tribunal, pues estos aspectos quedan entonces de alguna forma afectados por la percepción directa del órgano jurisdiccional a consecuencia de la inmediación ( SSTS. 5.6.2000 , 5.11.2003 ).

Por ello la Sala Segunda solo excepcionalmente ha admitido la virtualidad de la prueba pericial como fundamentación de la pretensión de modificación del apartado fáctico de una sentencia, impugnada en casación, en supuestos como:

a) existiendo un solo dictamen o varios absolutamente coincidentes y no disponiendo la Audiencia de otras pruebas sobre los mismos elementos fácticos, el Tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de forma que se altere relevantemente su sentido originario.

b) cuando contando solamente con dicho dictamen o dictámenes coincidentes y no concurriendo otras pruebas sobre el mismo punto fáctico, el Tribunal de instancia haya llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes, sin expresar las razones que lo justifiquen o sin una explicación razonable ( SSTS. 182/2000 de 8.2 , 1224/2000 de 8.7 , 1572/2000 de 17.10 , 1729/2003 de 24.12 , 299/2004 de 4.3 , 417/2004 de 29.3 ).

En el primer caso se demuestra un error porque asumiendo su informe al incorporar a los hechos las conclusiones del único informe pericial sin explicación que lo justifique se hace de un modo que desvirtúa su contenido probatorio, y en el segundo se evidencia un razonamiento abiertamente contrario a la exigencia de racionalidad del proceso valorativo ( STS. 2144/2002 de 19.12 ).

La excepcionalidad con que esta posibilidad se ha aceptado por la jurisprudencia a pesar de la frecuencia con que se plantea, no supone que pueda afirmarse que la prueba pericial pueda ser nuevamente valorada en todo caso y en su integridad, por el Tribunal de casación. Las pruebas periciales no son auténticos documentos, sino pruebas personales consistentes en la emisión de informes sobre cuestiones técnicas, de mayor o menor complejidad, emitidos por personas con especiales conocimientos en la materia, sean o no titulados oficiales. Como tales pruebas quedan sujetas a la valoración conjunta de todo el material probatorio conforme a lo previsto en el artículo 741 de la LECrim . Cuando, como es habitual, los peritos comparecen en el juicio oral, el Tribunal dispone de las ventajas de la inmediación para completar el contenido básico del dictamen con las precisiones que hagan los peritos ante las preguntas y repreguntas que las partes les dirijan ( artículo 724 de la LECrim ). Y es doctrina reiterada que lo que depende de la inmediación no puede ser revisado en el recurso de casación.

En definitiva, no cabe hablar de una equiparación plena de la prueba pericial a la documental a estos efectos del art. 849.2 LECrim . No lo permite la diferente naturaleza de estos dos medios de prueba. La pericial es una



prueba de carácter personal donde el principio de inmediación personal, particularmente cuando esta prueba se practica en el juicio oral, tiene una relevancia que no aparece en la documental. Si, como hemos dicho, en definitiva la interdicción de la arbitrariedad constituye el fundamento último de esta norma de la LECrim. (art. 849.2) en esta clase de prueba dado su carácter personal, ha de tener mayor importancia la explicación que al efectos nos ofrezca el Tribunal de instancia sobre su apreciación de lo escuchado en juicio, ( SSTS. 275/2004 de 5.3 y 768/2004 de 18.6).

Siendo así la pericial medica sobre psiquismo tiene dos aspectos: el biológico-psíquico y el normativo valorativo del anterior, aspecto competencia del tribunal y revisable en casación ( STS 19-9 - y 9-11-2000 ). El juicio emitido por el órgano enjuiciante sobre la imputabilidad de un acusado, sobre la base de un informe pericial, no afecta a la presunción de inocencia por ser una cuestión jurídica -de derecho- ( ATC 343/97, de 18-3 ). A los médicos les corresponde señalar las bases patológicas de la anomalía que, en su caso, perciban, pero la valoración ha de hacerla el tribunal, correspondiente a éste la decisión sobre la imputabilidad, semiimputabilidad o inimputabilidad, por tratarse de conceptos eminentemente jurídicos, STS 125/2004 de 20 de enero ), pues el diagnóstico pericial no debe equipararse automática o mecánicamente con la insuficiencia de capacidad de autodeterminación en el orden penal, siendo el perito un mero colaborador de los juez y correspondiente a éste determinar si la eventual deficiencia de las facultades de decidir la comisión de un delito, alcanza el nivel necesario para afectar o no, la imputabilidad del sujeto ( STS 670/2005, de 27-5 ). La compleja cuestión de la valoración de los informes pericial que, en buena medida, deriva de las diferentes técnicas con que operan, de un lado, los peritos (la causa explicativa) y, de otra, los tribunales que es jurídica (es decir, normativa y valorativa) lo cual explica también los no infrecuentes roces entre unos y otros profesionales, de modo especial en el campo de la imputabilidad y responsabilidad personal, cuando se pierde vista la citada diferencia de perspectiva con que actúan unos y otros ( STS 1103/2007 , de 21-21).

Ahora bien no se debe confundir los supuestos excepcionales ya expuestos en que la jurisprudencia ha admitido la virtualidad de la prueba pericial como fundamento de la pretensión de modificación del relato fáctico, con la valoración que hace el tribunal de la prueba pericial, pues como indica la STS. 1572/2000 de 17.10 , "El Tribunal ha valorado una pluralidad de informes, incluidas las matizaciones realizadas por el perito en el acto del juicio oral... por lo que nos encontramos ante un ejercicio razonable de las facultades valorativas del Tribunal de instancia no cuestionables a través de este cauce casacional".

En el caso presente tal como señala la sentencia recurrida que se remite a la del Tribunal del Jurado, el Magistrado Presidente precisa como "en cualquier caso el Jurado ha tenido en cuenta la contundencia de la pericial medico forense practicada por los Sres. Braulio y Arturo , cuyas conclusiones no dejan lugar a la duda: ratifican su informe (folios 728 y 793) confirmando que era plenamente consciente cuando ejecutó los hechos y es perfectamente responsable de sus actos, sabia lo que hizo y no mostró ningún arrepentimiento, es emocionalmente frío con una mínima autocrítica, y lo único que sentía por su acción eran las consecuencias que a él le reportaban. Les dijo que nunca bebía en casa, resultando ser un bebedor social, regular pero sin ninguna patología mental por ello, y actuó tomando todas las precauciones para no ser descubierto, hacia algo que no es propio de un loco. Añadiendo que en la misma línea de normalidad se expresaron los forenses Srs. Evaristo y Higinio , cuando ratifican su informe de los folios 1037 y 1038, y es que si fuera verdad que el acusado es un alcohólico inveterado, los estados carenciales experimentados, al menos desde que está preso por esta causa hubiesen tenido que determinar algunas asistencias facultativas en el Centro Penitenciario, y nada de eso tiene lugar, como resulta del informe del folio 1040, siendo también elocuente el informe del folio 767 que ratificó la doctora del servicio publico de salud que lo autorizó, en el sentido de que el acusado no fue paciente de ningún tipo de asistencia por el servicio de salud mental.

Siendo así no puede apreciarse el error en la apreciación de la prueba denunciado.

Por último respecto a la documental consistente en los informes del BBVA sobre las cuentas del recurrente y en la consignación de 8.000 E han sido valorados por el Tribunal del Jurado, deduciendo de ellos la no concurrencia de los presupuestos de la atenuante del art. 21.5 CP .

El motivo, por lo expuesto se desestima.

**SEXTO: El motivo sexto al amparo del art. 852 LECrim , por infringir la sentencia recurrida el art. 24.2 CE , por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, incluido la del derecho a un juez imparcial en relación con el art. 117 CE .**

Considera el motivo que el Magistrado Presidente intervino en tres momentos claves del juicio. En el interrogatorio de un testigo en el informe pericial de los forenses, y en el informe de los peritos de la defensa, y su intervención puso de manifiesto sus opiniones respecto a lo que el mismo creía respecto de las pruebas que se estaban practicando, influyendo de esta forma de manera indebida en los jurados.



El motivo debería ser desestimado.

Como ya dijimos en SSTs. 31/2011 de 2.2 , 79/2014 de 18.2 , 766/2014 de 27.11 , la LECrim, en una interpretación ajustada a los principios constitucionales, contempla una relativa pasividad del Tribunal encargado del enjuiciamiento. Ello no impide la dirección del plenario, ni que se solicite al acusado o a algún testigo alguna aclaración sobre el contenido de sus declaraciones, como se desprende de lo dispuesto en el artículo 708 de la LECrim , que aunque solo se refiere al testigo, se ha extendido en la práctica común a los acusados. No obstante, la jurisprudencia ha entendido que el Tribunal, para preservar su posición imparcial, debe hacer un uso moderado de esta facultad ( STS nº 538/2008, de 1 de setiembre ; STS nº 1333/2009, de 1 de diciembre ) que precisa que la jurisprudencia no entiende que el art. 708 LECrim , quebrante en sí la imparcialidad del juzgador, sino que para salvaguardar ese deber fundamental exige el uso moderado del art. 708, de modo que no exceda del debate procesal tal y como ha sido planteado por las partes, y que la utilización de la facultad judicial se limita a la función de aclarar el contenido del interrogatorio provocado por los letrados, lo cual excluye la formulación de preguntas de contenido incriminatorio que pudieran complementar la actuación de la acusación. El Tribunal Constitucional, en la STC nº 229/2003 y en la STC 334/2005 , entendió que el límite a esta actuación del Presidente del Tribunal venía establecido por la exigencia de que la formulación de preguntas no fuera una manifestación de una actividad inquisitiva encubierta, sustituyendo a la acusación, o una toma de partido a favor de las tesis de ésta "teniendo en cuenta que la justicia constituye un valor superior del ordenamiento jurídico ( arts. 1.1 CE ) y la tutela judicial efectiva un derecho fundamental de toda persona ( art. 24.1 CE ), para cuya protección el Juez necesita lógicamente conocer, con la mayor certeza posible, la realidad fáctica sobre la que ha de aplicar el Derecho, no parece jurídicamente admisible privar al órgano jurisdiccional de esta cuestionada iniciativa probatoria (que, en nuestro Derecho, cuenta con suficiente base legal), siempre que la misma esté ceñida a los hechos objeto de la correspondiente causa penal, que se trate de fuentes probatorias existentes en la propia causa, y que, se respeten convenientemente los derechos de contradicción y de defensa de todas las partes implicadas en el proceso".

Como hemos recordado en la STS. 674/2013 de 13.7 , la facultad del Presidente del Tribunal de formular preguntas a los testigos que comparecen en el acto del juicio oral -decíamos en nuestra STS 209/2008, 28 de abril - está expresamente aceptada por el art. 708 párrafo 2 de la LECrim . En él se dispone que " *el Presidente, por sí o a excitación de cualquiera de los miembros del Tribunal, podrá dirigir a los testigos las preguntas que estime conducentes para depurar los hechos sobre los que declaren* ". Este precepto, limitado en su literalidad a las preguntas formuladas a los testigos -no a los peritos- encierra, sin embargo, las claves para resolver las quejas acerca de la quiebra de la imparcialidad que el recurrente atribuye a quien dirigía los debates. Los arts. 723 a 725 de la LECrim , en los que se define el régimen jurídico de la prueba pericial en el acto del juicio oral, no contienen una mención expresa a las facultades que el art. 708 reconoce al Presidente. Incluso, el inciso final del art. 724 parece sugerir la limitación del interrogatorio, con carácter exclusivo, a las preguntas y repreguntas que las partes les dirijan. No rige el mismo criterio cuando la ley procesal se ocupa de regular el informe pericial, no como prueba, sino como diligencia de investigación a practicar durante la fase de instrucción. En él se establece que " *el Juez podrá, por su propia iniciativa o por reclamación de las partes presentes o de sus defensores, hacer a los peritos, cuando produzcan sus conclusiones, las preguntas que estime pertinentes y pedirles las aclaraciones necesarias*".

Es más que probable que la necesidad de modular el significado del principio acusatorio en las distintas fases del procedimiento penal, explique esa diversidad de tratamiento. Sea como fuere, carecería de sentido incluir entre las notas definitorias de nuestro sistema el silencio del órgano decisorio, su resignada abstención, en el momento en el que el experto llamado a esclarecer sus dudas sobre una determinada ciencia está exponiendo su informe. Se impone, pues, la búsqueda de un equilibrio entre la actitud del Juez que con su actuación busca suplir las deficiencias de la acusación -lo que implicaría una visible quiebra de su estatuto de imparcialidad- y la de aquel que sólo persigue aclarar algunos de los aspectos sobre los que ha versado la prueba pericial y que las preguntas de las partes no han logrado esclarecer suficientemente. Así, mientras que la primera de las actitudes descritas implicaría una inaceptable vulneración del principio acusatorio, en lo que tiene de inderogable escisión funcional entre las tareas de acusación y las labores decisorias, la segunda de ellas no tendría por qué merecer censura constitucional alguna.

La jurisprudencia de esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse respecto del alcance de la facultad que, con carácter general, el art. 708.º otorga a la Presidencia del Tribunal. De hecho, no han faltado resoluciones que estiman vulnerado aquel principio por la actitud del Presidente del Tribunal que, al constatar que el acusado se acogía a su derecho a guardar silencio, formuló " *... toda una batería de preguntas inequívocamente incriminatorias que el acusado respondió afirmativamente*" ( STS 291/2005, 2 de marzo ). Idéntico criterio ha sido proclamado por esta Sala cuando el Presidente interrogó al acusado durante diez minutos formulándole más de sesenta preguntas, siendo irrelevante que en el transcurso de ese interrogatorio advirtiera al acusado que, pese a sus preguntas, aquél tenía derecho a guardar silencio ( STS 780/2006, 3 de julio ). También hemos



abordado la erosión que, acerca de la exigida imparcialidad del órgano decisorio, pudo haber generado un único comentario hecho por la Presidenta del Tribunal, a raíz de la respuesta del acusado cuando fue interrogado acerca de si condenaba o no el terrorismo de ETA. Ante la negativa del imputado a responder a esa pregunta, quien dirigía los debates afirmó: " Ya sabía yo que no me iba a contestar a esta pregunta " a lo que el acusado respondió " Y yo que iba a hacerla " (cfr. STS 31/2011, 2 de febrero ).

No faltan otros precedentes que han puesto el acento en el significado procesal de esa iniciativa, perfectamente compatible con el exigido estatuto de imparcialidad del órgano decisorio. Así, la STS 1084/2006, 24 de octubre , tuvo oportunidad de precisar que " la doctrina reconoce que una cierta iniciativa probatoria del Juez penal no es incompatible con el principio acusatorio y con el derecho al Juez imparcial; y, a este respecto, se pone de manifiesto que, en el ámbito de nuestro entorno europeo, los ordenamientos jurídicos de los Estados que han suscrito los mismos tratados internacionales que España (Alemania, Italia, Francia, Portugal) admiten con distintos matices y amplitud la iniciativa del Juez penal en materia probatoria (244, II del CP Alemán, art. 507 del Código Procesal italiano, art. 340.1º del Código Procesal portugués, art. 310 del Código Procesal francés).

*En el plano jurisprudencial, es indudable que esta Sala no ha marcado una línea totalmente definida sobre esta cuestión. En todo caso, se admite mayoritariamente la denominada «prueba sobre prueba», que es aquella «que no tiene la finalidad de probar hechos favorables o desfavorables sino de verificar su existencia en el proceso» (cfr. STS de 16 de junio de 2004 ), e incluso, en la STS de 31 de mayo de 1999 , al analizar la posibilidad de que el Tribunal formule preguntas a los testigos para clarificar los hechos sobre los que declaran, se afirma que tal iniciativa constituye «una facultad que, utilizada moderadamente, no afecta a la imparcialidad del presidente, ni en los juicios ordinarios ni en los juicios con jurado, y puede permitir aclarar algún aspecto del testimonio que haya resultado confuso». En esta misma línea, la STS de 28 de septiembre de 1994 declaró que «ha de recordarse que, conforme autoriza el art. 708, párrafo segundo, de la LECrim , el Presidente, por sí o a excitación de cualquiera de los miembros del Tribunal, podrá dirigir a los testigos las preguntas que estime conducentes para depurar los hechos sobre los que declaren. Es decir, no tratándose de incorporar nuevos presupuestos fácticos, sino de abundar en el esclarecimiento y precisión de los hechos nucleares objeto del debate, el Presidente, en afán de depurar los mismos, podrá efectuar preguntas, complementarias en cierto modo de las formuladas por las partes, al objeto de una mejor y más real configuración del acaecer histórico, sin que ello pueda interpretarse como una vulneración de la imparcialidad que ha de presidir al Tribunal ni atentado alguno al principio acusatorio que gobierna el proceso penal. El derecho a un proceso con todas las garantías permanece incólume. La fidelidad al principio acusatorio no puede exasperarse de tal modo que reduzca al Juzgador a un papel absolutamente pasivo, incapaz, en momentos en que tiene ante sí a cualificados -por concedores directos- relatores de los hechos, de efectuar alguna pregunta clarificativa y dilucidante ».*

Confirma esta línea interpretativa la doctrina proclamada por la STS 1216/2006, 11 de diciembre , conforme a la cual, el descubrimiento de la verdad material, que es una de las metas de la justicia penal (ex arts. 701-6º, 713 y 726 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ), permite, en el segundo párrafo del art. 708 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que, después del interrogatorio de las partes, el Presidente del Tribunal pueda dirigir a los testigos las preguntas que estime conducentes para depurar los hechos sobre los que declaren.

Bien entendido que en todo caso el tribunal debe ser especialmente cuidadoso y prudente a fin de no comprometer su imparcialidad objetiva que si bien es evidente que está puede verse mayormente afectada por el contenido de la intervención en la practica de la prueba, también puede verse afectada por la forma en que ésta se produce. En este sentido el tribunal debe preservar su apariencia de neutralidad e imparcialidad, de forma que de su conducta se infiera que únicamente intervienen con la ya señalada finalidad de precisión, puntualización y concreción de los hechos objeto de debate.

Y ello adquiere especial trascendencia en los juicios ante el Tribunal del Jurado. En efecto, la aplicación del art. 708.2, no ofrece duda alguna a tenor de la regulación de la LOTJ (en este sentido se pronuncia la STS. 2.6.2003 ). No obstante, se recuerda en la doctrina que este tipo de procedimiento presenta algunas especialidades, como son la singular posición del Magistrado-Presidente que carece de competencia para entrar en la valoración de la prueba efectuada por el Jurado (salvo la verificación de la existencia de prueba de cargo) o el carácter lego de los miembros del Jurado, que determina que la forma, el modo o el momento de la intervención del magistrado-Presidente, puedan adquirir una relevancia notable, que imponen que las cautelas en orden a la preservación de la imparcialidad deban extremarse al máximo.

Es por tanto, a partir de estos precedentes como hemos de resolver la cuestión suscitada. Las preguntas realizadas por el Magistrado Presidente no pueden entenderse como pérdida de imparcialidad al limitarse a depurar los hechos sobre los que esta declarado un testigo en relación a la condición de bebedor del acusado, a pedir aclaraciones a los peritos psiquiatras sobre sus conclusiones sin ninguna descalificación de éstas, y





a no considerar pertinente una pregunta del letrado de la defensa sobre la cualificación y especialidad de un medido forense.

El motivo, por lo razonado, se desestima.

**SEPTIMO: El motivo séptimo al amparo del art. 852 LECrim , al vulnerar la sentencia recurrida el art. 120 CE , en relación con los arts. 61.1 d ) y 54.3 Ley del Jurado ,** dado que el acta de votación infringió los preceptos referidos al no contener la sucinta explicación de las razones por las que han declarado o rechazado declarar determinados hechos como probados, respecto a la existencia o no de alevosía, y respecto si proceden las atenuantes de reparación del caño causado y de alteración mental.

Como hemos recordado en reciente sentencia 331/2015 de 3.6 , la exigencia de motivación de las sentencias resulta, en primer lugar, del artículo 24.1, en tanto que el derecho a la tutela judicial efectiva comprende el de obtener una resolución suficientemente fundada, tanto sobre los hechos como sobre el derecho aplicable, así como acerca de la concreción de las consecuencias de tal aplicación. El carácter fundado de la resolución resulta precisamente de su suficiente motivación. En segundo lugar, de la previsión específica contenida en el artículo 120.3 de la Constitución . En ninguno de los dos casos se excluyen del ámbito de las previsiones constitucionales las sentencias dictadas por los tribunales de jurados que, en consecuencia, deben ser igualmente motivadas. Es lógico, sin embargo, que el nivel técnico de la fundamentación no sea el mismo cuando se trata de tribunales profesionales o de tribunales compuestos por legos. Tampoco las exigencias son las mismas cuando se hace referencia a la motivación del veredicto, que corresponde a los jurados, o a la motivación de la sentencia que corresponde al Magistrado Presidente. En cualquier caso, como hemos reiterado, la exigencia de motivación no pretende satisfacer necesidades de orden puramente formal, sino permitir a los directamente interesados y a la sociedad en general conocer las razones de las decisiones de los órganos jurisdiccionales y facilitar el control de la racionalidad y corrección técnica de la decisión por el Tribunal que revise la resolución en vía de recurso. Igualmente contribuye a que el propio órgano que dicta la resolución verifique su correcta fundamentación.

Motivar, es, en definitiva, explicar de forma comprensible las razones que avalan las decisiones que se hayan adoptado en la resolución, tanto en lo que afecta al hecho como a la aplicación del derecho. Por lo tanto, los jurados deberán explicar su decisión sobre los hechos de forma entendible para terceros, aunque lo hagan desde los límites impuestos por su condición de legos en derecho.

Como se recordaba en la STS nº 694/2014, de 20 de octubre , en relación a la motivación de las sentencias " *tiene establecido esta Sala que cuando son dictadas en un procedimiento de Jurado no puede exigirse a los ciudadanos que emitan el veredicto con el mismo grado de razonamiento intelectual y técnico que un juez profesional. Por ello la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado solo requiere en el artículo 61.1.d ) que conste en el acta de votación la expresión de los elementos de convicción y una sucinta explicación de las razones por las que han admitido o rechazado como probados unos determinados hechos. Con ello se configura 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 artículo 70.2 de la Ley, completando aquellos aspectos ( SSTS 816/2008, de 2-12 ; 300/2012, de 3-5 ; 72/2014, de 29-1 ; 45/2014, de 7-2 ; y 454/2014, de 10-6 , entre otras).*

*Y en las mismas sentencias que se acaban de citar también se argumenta que la motivación de la sentencia del Tribunal del Jurado viene precedida del acta de votación, que constituye su base y punto de partida, pues contiene la expresión de los elementos de convicción y una sucinta explicación de las razones por las que el colegio decisorio ha admitido o rechazado 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 ha debido asistir atento al juicio y a sus incidencias, ha estimado en el momento procesal correspondiente que existe prueba valorable que impide la disolución anticipada, ha redactado el objeto del veredicto y ha debido impartir al Jurado instrucciones claras sobre su función y la forma de cumplirla adecuadamente. Visto lo cual, 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 indiciarios ya probados hasta otros hechos, objetivos o subjetivos, inferibles de aquellos "*

En igual sentido la STS. 40/2015 de 12.2 , con cita SS. 45/2014 de 7.2 , 868/2013 de 27.11 , 300/2012 de 3.5 , insiste en que tratándose de sentencias dictadas por el Tribunal del Jurado no puede exigirse a los ciudadanos que integran por sí solos el Jurado de hechos y de culpabilidad, el mismo grado de razonamiento intelectual y técnico que puede exigirse a un Juez profesional y experimentado y por ello la Ley Orgánica del Tribunal del



Jurado sólo exige (art. 61.d) «una sucinta explicación de las razones...» que han tomado en consideración los ciudadanos jurados como elementos de convicción para declarar probados los hechos y la participación en ellos del acusado, razones que deberán ser complementadas, cuando sea necesario y de forma congruente con lo expresado por el Jurado, por el Magistrado-Presidente en tanto en cuanto pertenece al Tribunal y ha contemplado atentamente el desarrollo del juicio, motivando la sentencia de conformidad con el art. 70.2 de la LOTJ, ( STS 29 de mayo de 2000 ).

Basta para cumplir el deber de motivación con que los Jurados expresen de forma sucinta las pruebas que han determinado su convicción, de manera que posteriormente el Magistrado-Presidente pueda constatar en los elementos de convicción reseñados la naturaleza de prueba de cargo hábil para cumplimentar las garantías constitucionales de la presunción de inocencia y el Tribunal de apelación pueda controlar la razonabilidad de las conclusiones y la suficiencia de las pruebas tomadas en consideración para fundar la responsabilidad penal.

Por ello el tribunal de apelación primero, y esta Sala casacional después 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.

En el caso analizado, respecto a la concurrencia de la alevosía el Jurado como elementos de convicción, estableció " **Consideramos la muerte de Severino como asesinato con premeditación, nocturnidad y alevosía, según las pruebas y declaraciones aportadas por los cuerpos de seguridad y organismos del Estado siguientes:**

Médicos forenses: Cosme y Faustino .

**Agentes de la Guardia Civil** NUM001 y NUM002 .

Facultativos INT NUM003 , NUM004 , NUM005 y NUM006 .

Médicos Forenses NUM007 y NUM008 "

Consecuentemente el Jurado si ha individualizado las pruebas y elementos de convicción que le han llevado a admitir la concurrencia de la alevosía. El Magistrado-presidente que, conforme el art. 70.2 deberá concretar la existencia de prueba de cargo, lo que puesto en relación con el art. 61.1 d) implica que deberá señalar los elementos de convicción que ha tenido en cuenta el Jurado y además añadir sus propias consideraciones sobre la concurrencia en el caso de prueba de cargo que técnicamente debe ser considerada como tal.

No olvidemos que si el Juez técnico decidió someter al Jurado al objeto del veredicto es porque ya había entendido que no procedía la disolución anticipada del Jurado a que se refiere el art. 49 LOTJ , 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 complementara con sus propias consideraciones sobre la prueba de cargo tenida en cuenta con aquél. Lo que no es coherente -dice la STS. 11161/2004 de 14.10 es que dichas consideraciones sean contradictorias o divergentes con la decisión del Jurado.

En cuanto a la falta de motivación sobre la no concurrencia de la atenuante de reparación y alteración mental, hemos de partir del reiterado criterio jurisprudencial, ya expuesto ut supra, de que las circunstancias modificativas de la responsabilidad han de estar acreditadas como el hecho típico de que dependen, sin que sea aplicable respecto a las mismas el principio in dubio pro reo.

Por ello hemos recordado en SSTS. 675/2014 de 9.10 , 838/2014 de 12.12 , en los campos de concurrencia de una circunstancia atenuante no juega la presunción de inocencia que se proyecta sobre los hechos constitutivos de la infracción y no sobre los que excluyen o atenúan la responsabilidad. Por ello cuando no se trata de dar por probado, sino de considerar "no probado" algún hecho el nivel exigible de motivación se relaja.



Las dudas llevan a no dar por probada la aseveración. En definitiva para dar por no probada una eximente o una atenuante basta con no tener razones para considerarla acreditada.

**OCTAVO:** Desestimándose el recurso las costas se imponen al recurrente ( art. 901 LECrim ).

### III. FALLO

Que debemos **declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación**, interpuesto por **Jaime** , contra la sentencia número 465/2014, de fecha diez de noviembre de 2014 , pronunciada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado, constituido en el ámbito de la Ilma. Audiencia Provincial de Oviedo, sección tercera, en la causa del Procedimiento Especial del Jurado número 1/2011 del Juzgado de Instrucción de Luarca, correspondiente al Rollo de Sala número 4/2011; y condenamos al recurrente al pago de las costas causadas en la tramitación de su 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 firmamos D. Candido Conde-Pumpido Touron D. Jose Manuel Maza Martin 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.