



Roj: **STS 2863/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2863**

Id Cendoj: **28079120012022100687**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **13/07/2022**

Nº de Recurso: **10064/2022**

Nº de Resolución: **714/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación penal**

Ponente: **ANGEL LUIS HURTADO ADRIAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ, Sala de lo Civil y Penal, Cataluña, 22-12-2021 ,
STS 2863/2022**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 714/2022

Fecha de sentencia: 13/07/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10064/2022 P

Fallo/Acuerto:

Fecha de Votación y Fallo: 12/07/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Luis Hurtado Adrián

Procedencia: T.S.J.CATALUÑA

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 001

Transcrito por: IGA

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10064/2022 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Luis Hurtado Adrián

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 001

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 714/2022

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarda

D. Vicente Magro Servet

D.^a Susana Polo García



D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 13 de julio de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 10064/2022P, interpuesto por **Gabino**, representado por la Procuradora de los Tribunales D^a. Loreto Outeiriño Lago y bajo la dirección letrada de D. José Ángel Plaza, contra la sentencia nº 11/2021, dictada con fecha 22 de diciembre de 2021 por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que resuelve la apelación (Rollo de apelación 11/2021) contra la sentencia nº 39/2021 de la Audiencia Provincial de Barcelona (Tribunal Jurado) de fecha 5 de octubre de 2021.

Los Excmos. Sres. Magistrados 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.

Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal y Isaac, representado por el Procurador de los Tribunales D. Luis Delgado de Tena y bajo la dirección letrada de D. Javier del Castillo González.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ángel Luis Hurtado Adrián.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el Procedimiento de Jurado 6/2021 (dimanante de la Causa Jurado 1/2018, del Juzgado de Instrucción nº 21 de Barcelona), seguido ante la Audiencia Provincial de Barcelona, con fecha 5 de octubre de 2021, se dictó sentencia condenatoria para Gabino como responsable de un delito de asesinato con alevosía y otro de tenencia ilícita de armas, que contiene los siguientes **Hechos Probados**:

"El acusado Gabino, nacido el NUM000 de 1978 en Pakistán, con NIE NUM001, y NIP NUM002, pasadas las 13 horas del día 23 de mayo de 2011 se dirigió a la tienda de alimentación que regentaba Salvador sita en la Calle Caballero nº 73 bajos de Barcelona provisto de una pistola semiautomática Pietro Beretta Gardone V. T. calibre 7.65.

Tras acceder a la tienda efectuó ocho disparos contra Salvador, provocando la destrucción de centros vitales y ocasionando de este modo su muerte.

Cuando Gabino disparó a Salvador lo hizo con el propósito de acabar con su vida o en todo caso asumiendo que tal desenlace podía producirse como consecuencia de su acción.

Que Gabino cuando disparó la pistola que llevaba lo hizo de forma súbita y que alguno de esos disparos lo hizo a escasa distancia de Salvador, lo que determinó que éste no pudiera huir ni defenderse de forma eficaz del ataque de que era objeto.

Gabino carecía el día 23 de mayo de 2011 de la guía de pertenencia del arma empleada: pistola semiautomática Pietro Beretta Gardone V. T. calibre 7.65.

Tras estos hechos Gabino se dio a la fuga huyendo de España y fue localizado en México a principios del mes de septiembre de 2018.

Salvador consta inscrito en el Registro civil central en el Tomo NUM003 página NUM004 como nacido en Pakistán el NUM005 de 1987, hijo de Isaac y de Caridad, tenía DNI español, y en el momento de su muerte tenía como pareja sentimental a Celestina, con la que no convivía.

Gabino se encuentra en situación de prisión provisional por esta causa en virtud de Auto de fecha 6 de septiembre de 2018, que fue prorrogada por Auto de fecha 2 de julio de 2020".

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

"Que considerando el veredicto de culpabilidad dictado por el Tribunal del Jurado y las razones en las que se asienta, DEBO CONDENAR Y CONDENO a Gabino

- como autor de un DELITO DE ASESINATO CON ALEVOSÍA a la pena de dieciocho años de prisión, que conlleva la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.

- como autor de un DELITO DE TENENCIA ILÍCITA DE ARMAS a la pena de un año y seis meses de prisión, que conlleva la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Gabino deberá abonar las costas del proceso, excluidas las de la acusación particular.



En concepto de responsabilidad civil Gabino deberá indemnizar a Celestina en la cantidad de veinte mil euros, salvo renuncia expresa de la misma; y al padre de Salvador , identificado como Isaac , hijo de Lázaro y de Lorenza , en la cantidad de cincuenta mil euros, todo ello en concepto de daño moral causado.

Estas cantidades devengarán los intereses del artículo 576 de la LEC".

TERCERO.- Interpuesto Recurso de Apelación por Gabino contra la sentencia anteriormente citada, la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dictó sentencia de fecha 22 de diciembre de 2021, con el siguiente encabezamiento:

"Visto por la Sala de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, integrada por los/las magistrados/as al margen expresados, el recurso de apelación interpuesto en nombre y representación del acusado Dº Gabino , representado en la causa por la Procuradora Dª Lorena Moreno Rueda, y defendido por el Letrado D. José Ángel Plaza, en situación de prisión provisional por esta causa por auto de 6 de septiembre de 2018, prorrogada por auto de 2 de julio de 2020, contra la sentencia del Tribunal del Jurado no 39/2021 de 5 de octubre de 2021, por delitos de asesinato y tenencia ilícita de armas.

Ha sido parte apelada, por un lado, la acusación particular de D. Isaac , representado por la procuradora Dª Susana Puig Echevarría y asistido del Abogado D, Javier del castillo González, y, por otro lado, el Ministerio Fiscal, representado por la Ilma. Sra. Dª Elena Contreras Galindo.

Ha correspondido la ponencia por turno al Magistrado Ilmo. Sr. D. CARLOS MIR PUIG, quien expresa aquí el criterio unánime del Tribunal".

Y el FALLO de la sentencia de la Sala de Apelaciones de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 22 de diciembre de 2021 es del siguiente tenor literal:

"Que DEBEMOS DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Dº Gabino , contra la sentencia de 5 de octubre de 2021 del Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado de la Audiencia de Barcelona, y DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS dicha resolución en su integridad, si bien con la subsanación del error material de la pena de prisión impuesta de un año, y seis meses de prisión por el delito de tenencia ilícita de armas, que debe ser de 1 año y seis meses menos 1 día de prisión, con la correspondiente pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y declaramos de oficio las costas procesales del presente recurso".

CUARTO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por Gabino , que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el rollo y formalizándose el recurso.

QUINTO.- La representación legal de Gabino alegó los siguientes **motivos de casación**:

MOTIVO PRIMERO.- "Se invoca al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. "INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL del artículo 852 de la LECr. en relación con el art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al haber conculcado la Sentencia recurrida el derecho a la **presunción de inocencia** del artículo 24.2 de la Constitución Española".

MOTIVO SEGUNDO.- "Se invoca al amparo del artículo 852 de la LECr. en relación con el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial". "INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL del artículo 852 de la LECr. en relación con el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al haber conculcado la sentencia recurrida el derecho a la **presunción de inocencia** del art. 24.2 de la Constitución Española".

MOTIVO TERCERO.- "Se invoca al amparo del artículo 849.1º de la LECr.". "INFRACCIÓN DE LEY del artículo 849.1º de la LECr., por existir infracción penal de carácter sustantivo. La Sentencia dictada en primera instancia incurrió en una infracción de precepto legal en la calificación jurídica de los hechos en relación con el delito de tenencia ilícita de armas".

MOTIVO CUARTO.- "Se invoca al amparo del número 1º del artículo 849 de la LECr., y del artículo 852 de la LECr. en relación con el art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial". "INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL del artículo 852 de la LECr. en relación con el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al haber conculcado la Sentencia recurrida el derecho de defensa del artículo 24.2 de nuestra Norma Suprema".

MOTIVO QUINTO.- "Se invoca al amparo del número 1º del artículo 849 de la LECr., y del artículo 852 de la LECr. en relación con el art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial". "INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL del artículo 852 de la LECr. en relación con el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al haber conculcado la Sentencia recurrida el derecho de a la tutela judicial efectiva, recogido en el



artículo 24.1 de la Constitución Española". "INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL del artículo 852 de la LECr. en relación con el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al haber conculcado la Sentencia recurrida el derecho de a un proceso público con todas las garantías, recogido en el artículo 24.1 de la Carta Magna".

MOTIVO SEXTO.- "Se invoca al amparo del número 1º del artículo 849 de la LECr., y del artículo 852 de la LECr. en relación con el art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial". "INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL del artículo 852 de la LECr. en relación con el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al haber conculcado la Sentencia recurrida el derecho de a la tutela judicial efectiva, recogido en el artículo 24.1 de la Constitución Española".

MOTIVO SÉPTIMO.- "Se invoca del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con el art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial". "INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL del artículo 852 de la LECr. en relación con el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al haber conculcado la Sentencia recurrida el derecho de a la tutela judicial efectiva, recogido en el artículo 24.1 de la Constitución Española".

MOTIVO OCTAVO.- "Se invoca del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con el art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial". "INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL del artículo 852 de la LECr. en relación con el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al haber conculcado la Sentencia recurrida el derecho de a la tutela judicial efectiva, recogido en el artículo 24.1 de la Constitución Española".

SEXTO.- Conferido traslado para instrucción, la representación procesal de Isaac , presenta escrito de impugnación del recurso de Casación.

El Ministerio Fiscal interesó la inadmisión y, subsidiariamente, su desestimación, de conformidad con lo expresado en su informe de fecha 19 de abril de 2022; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la deliberación y votación prevenida el día 12 de julio de 2022.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Primer motivo: "se invoca al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial". "INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL del artículo 852 de la LECr. en relación con el art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al haber conculcado la Sentencia recurrida el derecho a la **presunción de inocencia** del artículo 24.2 de la Constitución Española".

Enunciado el motivo bajo esa rúbrica, nos obliga a realizar una serie de consideraciones previas, al objeto de enfocar el tratamiento de lo que en el mismo se alega, que, consideramos que está desarrollado desde un planteamiento erróneo.

Así es, porque, aunque se enuncie bajo la invocación de la vulneración del derecho a la **presunción de inocencia**, inmediatamente nos percatamos de que lo que se cuestiona es la valoración de la prueba hecha por el Tribunal del Jurado, desde el momento que el recurrente se queja de "que el contenido de todos nuestros argumentos esgrimidos en nuestro Recurso de Apelación se mantiene intactos, aun cuando el mismo haya sido desestimado por la Ilma. Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya. Siendo ello así, responderemos a la fundamentación jurídica de la Sentencia dictada por esa Ilma. Sala a través del presente Recurso de Casación, si bien deseamos hacer constar que damos enteramente por reproducidas nuestras alegaciones ya vertidas en apelación, por los motivos que se expondrán a continuación".

Y, efectivamente, va exponiendo esos motivos, todos los cuales giran en torno a la valoración de la prueba tenida en cuenta por el tribunal sentenciador, con cuya valoración está en desacuerdo, lo que es indicativo de que, por más que se invoque vulneración del referido derecho constitucional, en realidad se está mostrando una discrepancia en materia de cuestiones probatorias, lo que es incompatible con la existencia de prueba.

Como hemos dicho, se remite y da por reproducida la argumentación que realizó con ocasión del previo recurso de apelación, entre cuyas alegaciones encontramos una en la que dice: "a nuestro entender si realizamos un ponderado examen de las actuaciones y de las pruebas practicadas en el Plenario, resulta innegable afirmar que el Tribunal del Jurado realizó un razonamiento ilógico, irracional y atentatorio a los más elementales derechos de mi patrocinado", lo que nos parece aventurado mantener, porque, quien hace una aseveración como ésta, quizás debiera plantearse si no son los suyos los argumentos no razonables, y, si no esto, que, al ser parte, tiene una visión de lo actuado parcial e interesada, frente a la objetiva de un Tribunal, de cuya imparcialidad no hay razones para dudar, de manera que, valorada la razonabilidad de su discurso en ese proceso valorativo, en la medida que sus argumentos sean incompatibles con los esgrimidos por la parte,



quedan éstos excluidos, precisamente, ante tal incompatibilidad, sin necesidad de entrar a rebatir o dar respuesta en detalle a los que ésta esgrima.

Y esto que decimos, no solo se ha de tener presente cuando se trata de enjuiciamiento por Tribunal de Jurado, sino que, incluso, podemos encontrar motivos para mantenerlo con mayor razón.

En efecto, y es que conviene recordar que, en nuestro sistema procesal, rige el principio de libre valoración conjunta de toda la prueba practicada, y que, en el caso del juicio por el Tribunal del Jurado, que ha presenciado todo el juicio, está encomendado a este colegio, como juez de los hechos, esa valoración, que lleve a la determinación de los mismos, labor para la que no se precisan especiales conocimientos jurídicos, de ahí que la regla a utilizar no debe ser distinta a la que se utilice en cualquier otro aspecto de la vida, en particular, el sentido común, las reglas de la lógica, la razón, la sensatez en el proceso de deliberación, y rechazo de lo que sea arbitrario, irracional, absurdo, que, en definitiva, es lo mismo que se exige al juez profesional en igual misión, pero con un añadido más, como es que, en el caso del Jurado, la opinión la forma un tribunal conformado por nueve miembros, con lo que se incrementan las garantías de mayor solidez en su discurso valorativo, circunstancias que ha tenido en cuenta el legislador, como resulta de la reflexión que encontramos en el apdo. II de la Exposición de Motivos de la LOTJ, que dice: "la Ley tiene muy en cuenta que el juicio por Jurados constituye expresión plena de los principios básicos procesales de inmediatez, prueba formada con fundamento en la libre convicción, exclusión de pruebas ilegales, publicidad y oralidad", idea que se traslada al art. 61.1 d), relativo al acta de votación, el cual, en su apartado cuarto, indica que se iniciará de la siguiente forma: "Los jurados han atendido como elementos de convicción para hacer las precedentes declaraciones a los siguientes: [...]. Este apartado contendrá una sucinta explicación de las razones por las que han declarado o rechazado declarar determinados hechos como probados"; y lo precisaba el TS en su Sentencia 279/2003, de 12 de marzo de 2003, de la siguiente manera: "siendo así, lo que la ley quiere es que el Jurado diga qué información considera de valor probatorio y por qué. O lo que es lo mismo -y como puede verse en tantos veredictos- que exprese qué cosas de las escuchadas (y de quién), le sirven como "elemento de convicción" o de juicio, y por qué. Pues, dado que lo exigible es un discurso racional, el qué debe tener como respaldo un porqué".

Pues bien, teniendo en cuenta que la condena es por un delito de tenencia ilícita de armas y otro de asesinato, los hechos principales que son soporte de los mismos se encuentran en el 1º y 2º del objeto del veredicto, trasladados al 1º y 2º de los hechos probados, y que dicen así:

1º Que Gabino pasadas las 13 horas del día 23 de mayo de 2011 se dirigió a la tienda de alimentación que regentaba Salvador sita en la Calle Caballero nº 73 bajos de Barcelona provisto de una pistola semiautomática Pietro Beretta Gardone V.T. 7.65.

2º Que Gabino tras acceder a la tienda efectuó varios disparos contra Salvador , provocando la destrucción de centros vitales y ocasionando de este modo su muerte".

Como se puede observar, se trata de unos hechos, que, aunque muy graves, no significa que sean complejos, lo que ha facilitado la labor de complemento que, de conformidad con el art. 70.2 LOTJ, le correspondía a la Magistrada- Presidente.

En todo caso, mirando el acta de deliberación del Jurado, comprobamos el razonamiento que realiza para dar por probado esos hechos, que va más allá de la sucinta explicación que les pide el art. 61.1 d) LTOJ, y termina con una conclusión más próxima a lo que en algunas sentencias encontramos en relación con la valoración de la prueba, complementada de manera congruente por la Magistrada-Presidente, y habiendo superado el juicio de revisión por parte del TSJ, al ver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de instancia, quien lo ha hecho de una manera tan exhaustiva, que pocas dudas puede dejar sobre la racionalidad del proceso deductivo llevado a cabo por el Tribunal del Jurado. Aunque a lo dicho por el TSJ nos remitimos, porque, correspondiendo al mismo, y no a nosotros, el juicio de revisión sobre la valoración, consideramos razonable el discurso que realiza en su labor de fiscalización sobre la valoración de la prueba hecha en la instancia, sin embargo algo se dirá, si bien de manera resumida, aunque sea a costa de reiterar ideas que encontramos en las dos sentencias que preceden a ésta.

A tal efecto, destacamos que el Jurado tuvo en cuenta dos testimonios, uno de cuyos testigos, Gaspar , relató que el día de los hechos escuchó dos disparos y siguió al autor de los mismos, al que vio dejar en una papelería una pistola, que luego encontró una mochila que le pareció que tenía relación con los hechos y llamó a los Mossos d'Esquadra; expone el Jurado los pasos que va dando en esa valoración, como fueron el acta levantada por los Mossos d'Esquadra, que recogen una bolsa en la que hay unos guantes de látex y un paquete de tabaco, y tienen en cuenta el resultado de la prueba pericial tanto la relativa a la pistola como la lofoscópica y termina con esa conclusión, que, como decíamos, recuerda la que puede ser propia de una sentencia en materia de valoración probatoria que dice como sigue:



"CONCLUSIÓN: el jurado considera que hay suficientes pruebas dado que disponemos de un informe biológico realizado sobre un guante de látex, que se corresponde con el perfil genético del acusado Gabino , así como un oficio que identifica dos fragmentos de huellas halladas en un paquete de tabaco, las cuales identifican al acusado Gabino . Dichos objetos, el guante de látex y el paquete de tabaco se hallaron en una mochila/ bandolera, cerca del lugar de los hechos y fueron recogidas por agentes de Mossos d'Esquadra, atendiendo a la llamada del testigo, Don Gaspar ".

Resumiendo, la prueba pericial acredita que las huellas encontradas en unos guantes de látex que había en la mochila, que fue dejada, según testimonio de uno de los testigos, en una papelería por la persona que había efectuado los disparos, son datos, tras cuya valoración, hacen razonable la conclusión de que se diera por probado por el Jurado que fue el condenado el que efectuó esos disparos que acabaron con la vida de otra persona, y que, en el juicio de revisión realizado por el tribunal de apelación, no hubiera objeción alguna a esa valoración.

Dicho cuanto antecede, no entraremos en el debate al que pretende llevarnos el recurrente en el motivo, porque es a base de interpretar a su manera diversos testimonios respecto de los que, además de que carecemos de intermediación, ya han sido valorados por un tribunal de cuya objetividad hemos dicha que no hay razones para dudar, que han sido fiscalizadas por un tribunal de apelación y ante quienes se han expuesto alegaciones como las que se reproducen en el recurso, que, habiendo sido rechazadas con argumentos que convencen, no ha de ser este Tribunal quien modifique su criterio, y es que, como dice el M.F. en el inicio de su respuesta al motivo "no es posible volver a repetir por tercera vez el abanico probatorio", y añade más adelante "pues bien, resultando convincentes los argumentos del TSJ no queda sino remitirnos a su respuesta".

Procede, por tanto, la desestimación del motivo.

SEGUNDO.- Segundo motivo: "se invoca al amparo del artículo 852 de la LECr. en relación con el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial". "INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL del artículo 852 de la LECr. en relación con el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al haber conculcado la sentencia recurrida el derecho a la **presunción de inocencia** del art. 24.2 de la Constitución Española".

Tercer motivo: "se invoca al amparo del artículo 849.1º de la LECr.". "INFRACCIÓN DE LEY del artículo 849.1º de la LECr., por existir infracción penal de carácter sustantivo. La Sentencia dictada en primera instancia incurrió en una infracción de precepto legal en la calificación jurídica de los hechos en relación con el delito de tenencia ilícita de armas".

Aunque en este fundamento hemos reunido los dos motivos de recurso en que se cuestiona la condena por el delito de tenencia ilícita de armas del art 564 CP, nos centraremos en el que se rebate el juicio de subsunción, sin necesidad de entrar en consideraciones en el que, no obstante alegarse vulneración del derecho a la **presunción de inocencia**, en realidad discurría por consideraciones de índole probatorio, más propias de un motivo por *error facti* del art. 849.2º LECrim., por cuanto que por la vía del *error iuris*, del art. 849.1º LECrim., hay razones suficientes para estimar la pretensión de absolución por el referido delito.

En este sentido, hay que partir de que la condena por el delito de tenencia ilícita de armas del art. 564.1 CP, precisa, al margen la posesión del arma, no ya no poseer la guía de pertenencia, sino carecer de la licencia o permisos necesarios, extremos que sobre los que hay una absoluta falta de mención en los hechos probados.

Enfocada la queja relativa a la condena por tal delito por *error iuris*, habremos de partir del más absoluto respeto a los hechos declarados probados, y, desde este punto de vista, en dos bloques podemos agrupar el desarrollo del motivo, en uno primero porque en los hechos probados no se hace mención al *animus possidendi*, imprescindible para apreciar el delito de tenencia ilícita de armas, y en otro porque en el hecho probado se dice que el acusado carecía de la guía de pertenencia, pero nada se dice de la licencia, que es el elemento que permitiría la subsunción en el art. 564 CP.

Comenzando por la primera de las omisiones, decir que, en la medida que en el hecho probado se relata que Gabino efectuó ocho disparos contra su víctima, está describiendo la disponibilidad que tenía sobre la pistola, para cuyo uso es inherente ese ánimo de posesión, y que, por lo tanto, al ir implícito en él, no había necesidad de una mención expresa, de manera que, desde este punto de vista, el motivo no ha de ser atendido.

Cuestión distinta es la relativa al otro bloque, que, partiendo del hecho probado, en que se dice que el acusado "carecía de la guía de pertenencia del arma empleada: pistola semiautomática Pietro Bereta Gardone V.T. calibre 7.65", pero no así de la licencia, no se cubren los elementos del tipo, alegando, en este sentido el recurrente, que "la falta de guía de pertenencia no integra el delito del artículo 564 del Código Penal. De manera que para poder condenar por dicho ilícito no solo necesitamos saber si carecía o no el acusado de la guía de pertenencia del arma, sino también de licencia".



Castiga el art. 564.1 CP "la tenencia de armas de fuego reglamentadas, careciendo de las licencias o permisos necesarios", y, en relación con el mismo, decía este Tribunal, en Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de 25 de noviembre de 2008, que "la falta de guía de pertenencia, cuando se dispone de licencia o permiso de armas, no integra el delito del art. 564 del Código Penal".

A partir de dicho acuerdo, en STS 123/2009, de 3 de febrero de 2009, ya se dijo que "el legislador penal de 1995, al fijar el tipo delictivo del artículo 564.1 consideró oportuno no mencionar la guía de pertenencia como necesaria, junto con la licencia al poseedor, para excluir el delito de tenencia ilícita de armas. Marcó así una diferencia indiscutible en la letra respecto al tipo penal del Código Penal de 1973 (artículo 254). Bastaría ello para hacer innecesarias interpretaciones".

La línea marcada por esta sentencia la ha seguido una reiterada jurisprudencia de la que la última muestra la encontramos en la STS 590/2022, de 15 de junio de 2022, en la que reiterábamos que la guía de pertenencia no se incluye entre las licencias y permisos necesarios a los que se refiere el artículo 564.1 del Código Penal.

Pues bien, si sucede que en el hecho probado únicamente se deja constancia de que el condenado solo carecía de la guía de pertenencia del arma que utilizó, no cabe, mediante una interpretación extensiva, complementar ese párrafo, añadiendo que también carecía de la licencia y/o permisos oportunos para su posesión, por ser un complemento en contra de reo, de manera que, al ser esto así, el hecho probado no ofrece los suficientes datos para cubrir cuantos elementos requiere el tipo, y, por ello, que no compartamos el juicio de subsunción que, en relación con el delito de tenencia ilícita de armas, viene dado desde la sentencia de instancia.

Procede, por lo tanto, desde este punto de vista, estimar el motivo.

TERCERO.- Cuarto motivo: "se invoca al amparo del número 1º del artículo 849 de la LECr., y del artículo 852 de la LECr. en relación con el art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial". "INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL del artículo 852 de la LECr. en relación con el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al haber conculcado la Sentencia recurrida el derecho de defensa del artículo 24.2 de nuestra Norma Suprema".

La queja que se formula en el presente motivo es por la indemnización concedida en la sentencia de instancia y ratificada en apelación a Celestina, quien, según queda recogido en los hechos probados, era pareja sentimental de la víctima, aunque no convivía con ella, cuando este falleció a consecuencia de los disparos que le dio el condenado.

Se reprocha a la sentencia del TSJ que se limita constatar la existencia de la relación sentimental y, en consecuencia, que ha habido un daño moral, pero que no entra a rebatir los argumentos que entonces planteó, que los vuelve a exponer, y que deriva al proceder del M.F., que lo considera sorpresivo, pues supuso una ampliación de las pretensiones condenatorias, por cuanto que fue al elevar a definitivas las conclusiones provisionales, cuando introdujo la indemnización a favor de la referida Celestina.

Se alega que, habiendo durado la causa más de diez años hasta que se celebró el juicio, y sin habersele hecho ofrecimiento de acciones, *ex novo*, en conclusiones definitivas, se introduce dicha petición, frente a la que no pudo defenderse, por haberse practicado toda la prueba.

En relación con igual queja, formulada por haber introducido el M.F. indemnización a favor de un perjudicado en conclusiones definitivas, y quejarse de ello la defensa por considerar que era una petición sorpresiva, decíamos en STS 251/2022, de 17 de marzo de 2022, que "no conviene olvidar que son las conclusiones definitivas el acta de acusación con lo que ha de guardar congruencia la sentencia, y que, si con ocasión de algún cambio en las provisionales, al elevarlas a definitivas, tuviera lugar una modificación considerada sustancial por la defensa, ésta, con base en lo dispuesto en el art. 788.4 LECrim., bien pudo pedir un aplazamiento a fin de prepararse frente a él, lo que, al no constar que hiciese, es una razón para la desestimación del motivo".

Tal disposición es extensible al procedimiento seguido ante Tribunal de Jurado, como resulta de lo dispuesto en el art. 48 LOTJ que establece lo siguiente:

"1. Concluida la práctica de la prueba, las partes podrán modificar sus conclusiones provisionales.

2. El Magistrado-Presidente requerirá a las partes en los términos previstos en el apartado 3 del artículo 788 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, estándose, en su caso, a lo dispuesto en el apartado 4 del citado precepto".

Frente a tal disposición, se podrá alegar que el art 788.4 LECrim. solo contempla el cambio en conclusiones definitivas relativo a la calificación penal de los hechos, o a la participación, o a la ejecución, o de circunstancias de agravación, y no dice nada en lo que concierne a la reparación civil; pero ello no quita para hacerlo extensible a este apartado, en la medida que la previsión del mencionado precepto tiene su razón en garantía del derecho de defensa, del que es una expresa manifestación para que se haga valer la queja en el momento más



inmediato posible, en evitación de que, avanzado el proceso y denunciado después, pudiera dar lugar a una retroacción; mientras que, por otra parte, aun cuando no la haya ejercido el perjudicado, mientras éste no renuncie expresamente a la indemnización, habrá de entenderse que, junto a la acción penal, el M.F. ejercita la acción civil (arts. 108 y 112 LECrim.), y puesto que éste tiene opción a fijar sus últimas posiciones hasta la presentación de sus conclusiones definitivas, no cabe privarle de que así lo haga, siendo la razón para hacer frente al reproche que se pueda esgrimir por sorpresivas al haberlas formulado en ese momento, que se abra el trámite del referido art. 788.4 LECrim. que, por lo tanto, habrá de ser extensivo a cualquiera de las pretensiones que, presentadas por la acusación en ese momento final, puedan originar indefensión a la defensa del acusado.

En resumen, oportunidad tuvo la defensa de hacer frente a esa última pretensión introducida por el M.F. en conclusiones definitivas, por lo que, si no lo hizo entonces, no pueda ahora prosperar una queja por algo que consintió.

CUARTO.- Quinto motivo: "se invoca al amparo del número 1º del artículo 849 de la LECr., y del artículo 852 de la LECr. en relación con el art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial". "INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL del artículo 852 de la LECr. en relación con el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al haber conculcado la Sentencia recurrida el derecho de a la tutela judicial efectiva, recogido en el artículo 24.1 de la Constitución Española". "INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL del artículo 852 de la LECr. en relación con el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al haber conculcado la Sentencia recurrida el derecho de a un proceso público con todas las garantías, recogido en el artículo 24.1 de la Carta Magna".

1. No obstante ser los transcritos enunciados los que se colocan a la cabeza del motivo, en su desarrollo ni respeta los precisos cauces del motivo por *error iuris* del art. 849.1º LECrim, ya que lo debería hacer desde el más escrupuloso respeto a los hechos probados, ni tampoco de los preceptos constitucionales invocados, pues todo el motivo es cuestionando la valoración de la prueba que ha servido de base para declarar probado que Celestina era la pareja sentimental de la víctima, aunque no convivía con ella.

Pues bien, se traslada esto a los hechos probados, como consecuencia de la respuesta que el Jurado da a la séptima de las preguntas que se le formularon, y ello lo hace, según la explicación que dan, a la vista de lo declarado por la propia testigo, con lo que, siendo esto así y tratándose de una prueba personal es suficiente, por sí sola, para que forme su criterio el Tribunal ante cuya presencia se practicó, en este caso el Jurado, sin que este Tribunal pueda entrar al debate sobre los aspectos relacionados con la credibilidad de su testimonio que se plantean en el motivo, más cuando el juicio de revisión sobre la valoración de la prueba, hemos de insistir una vez más, ha pasado por el filtro del tribunal de apelación.

Se alega en este motivo, al objeto de poner en duda el testimonio de la referida Celestina , mediante consideraciones que se hacen extensivas al siguiente, que si un testigo resulta verosímil y se le ha de otorgar valor a sus declaraciones se ha de hacer respecto de todas ellas, y esto se dice porque, de la misma manera que se haya dado por probado la relación de pareja sentimental con la víctima por lo que aquella declaró, no se debía admitir que se considerase padre de dicha víctima el otro perjudicado, Isaac , porque así lo declaró Celestina .

Consideramos, sin embargo, que el planteamiento del recurrente parte de una premisa que es más que discutible, como es negar credibilidad a la totalidad de un testimonio, cuando solo una parte del mismo puede ofrecerla, en los términos de certeza que requiere el proceso, al tribunal que lo presencié, ya que, para mantener la tesis del recurrente, habría que partir de la base de que todo testimonio es lineal y sin fisuras, cuando la experiencia nos muestra que ello no es así, pues, dejando al margen los casos de quien en un discurso es capaz de decir verdad y también mentira, puede suceder que, respecto de sucesos o acontecimientos del pasado, aun manteniéndose certero en lo esencial, no siempre se recuerde todo con igual fidelidad, y ello explica el diferente trato que se dé a cada parte de lo declarado, en lo que ese principio de inmediación es fundamental a efectos de valoración de la prueba.

Por lo demás, no compartimos las quejas que se realizan en el motivo porque la Magistrada-Presidente, en la fundamentación de la sentencia, hiciera mención a otro testigo, como el Agente con TIP NUM006 , a los mismos efectos de dar por acreditada tal relación de pareja, porque, a diferencia de lo que se mantiene en el motivo, no se estaba excediendo con ello en su función, sino que realizaba la de complemento que le permite el art. 70.2 LOTJ.

En este sentido, en nuestra STS 71/2021, de 28 de enero de 2021, recordábamos la 1116/2004, de 14 de octubre, de 2004, en la que, en relación con ese cometido del art. 70.2 LOTJ, decíamos como sigue:

"La necesidad de motivación de la sentencia (artículos 120.3 y 24 C.E.), también alcanza al Jurado, dándose la peculiaridad de que quién dicta la sentencia, el Magistrado-Presidente, no ha participado en la decisión



de aquél sobre los hechos. Si el veredicto fuese de culpabilidad, conforme dispone el artículo 70.2 citado, la sentencia concretará la existencia de prueba de cargo exigida por la garantía constitucional de **presunción de inocencia**, lo que corresponde al Magistrado- Presidente. Este mandato debe ponerse en relación con el artículo 61.1.d), que establece, en relación con el acta de votación, la existencia de un cuarto apartado que deberá contener una sucinta explicación de las razones por las que los jurados han declarado o rechazado declarar determinados hechos como probados. De ambos preceptos se deduce que el Magistrado-Presidente debe señalar en este apartado de la **presunción de inocencia** los elementos de convicción que ha tenido en cuenta el Jurado y además añadir sus propias consideraciones sobre la concurrencia en el caso de la prueba de cargo que técnicamente deba ser considerada como tal. Debemos señalar además al respecto que si el Juez técnico decidió someter al Jurado el objeto del veredicto ello es porque ya había entendido que no procedía la disolución anticipada del Jurado a que se refiere el artículo 49 L.O.T.J., por falta de existencia de prueba de cargo que pueda fundar una condena del acusado. El Magistrado-Presidente debe pues tener en cuenta las explicaciones sucintas expresadas por el Jurado que complementará con sus propias consideraciones sobre la prueba de cargo tenida en cuenta por aquél. Lo que no es coherente es que dichas consideraciones sean contradictorias o divergentes con la decisión del Jurado".

2. Pero es que hay más razones para mantener que la Magistrada-Presidente no se excedía de sus funciones, sino que estaba realizando funciones propias, en la medida que no se debió someter a deliberación del Jurado el hecho concerniente a la responsabilidad civil, y así se reconoce en la sentencia de instancia, en cuyo fundamento de derecho quinto se dice que "la cuestión relativa a la responsabilidad civil es ajena al Jurado, y compete al Magistrado Presidente", de manera que, siendo así, no debiera haberlo incluido, y si no entremos en más consideraciones sobre las consecuencias de esta irregularidad, es porque en el recurso no se hace cuestión de ello.

Efectivamente, y, si dicho apartado lo ha dejado el legislador en manos del Magistrado-Presidente, será éste quien, por lo tanto, deberá determinar el presupuesto fáctico, con lo que de propia valoración probatoria conlleva, a partir del cual luego haga el pronunciamiento indemnizatorio.

Así resulta de la estructura y contenido del Objeto del Veredicto, según dispone el art. 52 LOTJ, conforme al cual, comenzando por la redacción del hecho principal, se irán exponiendo los hechos relativos a una causa de exención de la responsabilidad, y los que determinen el grado de ejecución, participación y modificación de la responsabilidad, esto es, cuestiones relacionadas con el objeto penal del proceso, pero omitiendo la inclusión de las que guarden relación con el objeto civil, y puesto que respecto a ésta habrá de haber respuesta en sentencia, queda en manos del Magistrado-Presidente cuanto concierne a su determinación, de ahí que, si, para fijar el presupuesto fáctico, se ha de hacer alguna valoración probatoria, le corresponda hacerla a él.

Procede, por tanto, desestimar el motivo.

QUINTO.- Sexto motivo: "se invoca el amparo del número 1º del artículo 849 de la LECr., y del artículo 852 de la LECr. en relación con el art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial". "INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL del artículo 852 de la LECr. en relación con el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al haber conculcado la Sentencia recurrida el derecho de a la tutela judicial efectiva, recogido en el artículo 24.1 de la Constitución Española".

La queja en este motivo es por la indemnización concedida en la sentencia de instancia a favor de Isaac , padre la víctima, Gabino , en cuyo discurso entra el recurrente en consideraciones sobre aspectos probatorios, por los que, como venimos diciendo, no ha de pasar este Tribunal en su función de control casacional.

Por lo demás, reiterar que la valoración de la prueba hecha por el tribunal sentenciador, que tuvo en cuenta para establecer dicha relación paterno filial certificación literal de nacimiento, ha superado el juicio de revisión por parte del tribunal de apelación y poco más puede decir este Tribunal de casación, de que es razonable la decisión de éste, convalidando la valoración de la prueba hecha por el tribunal sentenciador.

En realidad, podríamos remitirnos a lo que hemos dicho en fundamento precedente, tanto en lo relativo a que este apartado de la sentencia tiene su antecedente en el 7ª pregunta de las formuladas al Jurado, y la respuesta que éste dio, así como que, al ser cuestión afectante al objeto civil del proceso, en la medida que no debió ser incluida en el Objeto del Veredicto presentado al Jurado, bastaba con la valoración probatoria hecha por la Magistrada-Presidente.

SEXTO.- Séptimo motivo: "se invoca del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con el art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial". "INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL del artículo 852 de la LECr. en relación con el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al haber conculcado la Sentencia recurrida el derecho de a la tutela judicial efectiva, recogido en el artículo 24.1 de la Constitución Española".



Se invoca en el motivo vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, por ausencia de motivación en la individualización de la pena impuesta por el delito de asesinato, reprochando a la sentencia de instancia falta de proporcionalidad, al haber fijado la pena de prisión en dieciocho años.

Pues bien, sin negar que pudiera haber sido algo más explícita, lo cierto es que la Magistrada-Presidente expone en el fundamento de derecho cuarto de su sentencia, que asigna dicha pena teniendo en cuenta la edad de 24 años de la víctima y las circunstancias del ataque, que, descritas en los hechos probados, ponen de relieve la brutalidad de haber efectuado ocho disparos a una escasa distancia, y esto, por muy breve que se considere, no deja de ser motivación, ante lo cual este Tribunal ha de respetar el criterio del tribunal sentenciador, porque, por lo demás, nos parece una decisión razonable.

En este sentido, viene manteniendo este Tribunal que es cuestión sujeta al arbitrio del juez que dicta sentencia en la instancia la fijación de la pena concreta, por ser él quien ha podido valorar los factores o variables determinantes en orden a tal individualización en concreto, quien, en todo caso, y a fin de evitar cualquier asomo de arbitrariedad, deberá motivar su decisión, siendo a través del control judicial de esa motivación, como habremos de operar en su revisión, de manera que, considerados razonables los argumentos que han llevado al juzgador a decantarse por la concreta pena que impuso, ningún reproche merecerá su decisión, y en este sentido, en STS 207/2020, de 21 de mayo 2020 decíamos lo siguiente:

"La individualización penológica encierra un ámbito de discrecionalidad que el legislador ha depositado en principio en manos del Tribunal de instancia. En su más nuclear reducto no es fiscalizable en casación. Se pueden revisar las decisiones arbitrarias. También las inmotivadas. O aquellas que no respetan las reglas o los criterios legales. Pero no es factible neutralizar o privar de eficacia las decisiones razonadas y razonables en esta materia del Tribunal de instancia, aunque puedan existir muchas otras igualmente razonables y legales. En el terreno de la concreción última del quantum penológico no es exigible la expresión imposible de unas reglas que justifiquen de forma apodíctica y con exactitud matemática la extensión elegida (vid., entre otras, STC 28/2007, de 12 de febrero y STS 578/2012, de 26 de junio).

Desborda las atribuciones de un Tribunal de casación la capacidad de redimensionar la pena para ajustarla a sus propias eventuales estimaciones. Nos entrometeríamos en facultades discrecionales que el legislador deposita en la Audiencia Provincial. Solo podemos verificar si la opción penológica está motivada con arreglo a criterios legales y razonables, y no vulnera las reglas de individualización. En el ámbito último de discrecionalidad inherente a la elección de una pena concreta dentro de la horquilla legal, la decisión corresponde, a la Audiencia. No puede ser usurpada o expropiada por el Tribunal de casación".

Procede, por tanto, la desestimación del motivo.

SÉPTIMO.- Octavo motivo: "se invoca del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con el art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial". "INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL del artículo 852 de la LECr. en relación con el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al haber conculcado la Sentencia recurrida el derecho de a la tutela judicial efectiva, recogido en el artículo 24.1 de la Constitución Española".

El desarrollo del motivo va en la misma que el anterior, solo que, referida la queja, a la pena impuesta por el delito de tenencia ilícita de armas, con lo que ha quedado vacío de contenido, desde el momento que en el fundamento de derecho segundo hemos dado las razones por las cuales procede la absolución por dicho delito.

OCTAVO.- En aplicación de lo dispuesto en el art. 901 LECrim., como consecuencia de la estimación del recurso de casación, procede declarar de oficio las costas correspondientes al mismo.

FALLO

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

HABER LUGAR a la estimación parcial del recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Gabino contra la sentencia 11/2021, dictada con fecha 22 de diciembre de 2021 por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que desestimaba el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia 39/2021, dictada con fecha 5 de octubre de 2021 en el Procedimiento Jurado 6/2021, de la Audiencia Provincial de Barcelona, que se casa y anula, dejando sin efecto las mismas, en lo que la condena por el delito de tenencia ilícita de armas se refiere, y declarando de oficio las costas procesales en este recurso de casación.

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

Así se acuerda y firma.



RECURSO CASACION (P) núm.: 10064/2022 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Luis Hurtado Adrián

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 001

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Vicente Magro Servet

D.^a Susana Polo García

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 13 de julio de 2022.

Esta Sala ha visto el Recurso de casación nº 10064/2022P, interpuesto por **Gabino**, contra la sentencia nº 11/2021 dictada con fecha 22 de diciembre de 2021 por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que notificada, fue recurrida en casación por su representación procesal, sentencia que ha sido casada y anulada por la anterior sentencia dictada el día de la fecha por esta Sala Segunda, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ángel Luis Hurtado Adrián.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se aceptan y dan por reproducidos los hechos declarados probados en la sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Vistas las consideraciones que hemos hecho en la sentencia rescindente, en particular, en el fundamento de derecho segundo, procede absolver a Gabino del delito de tenencia ilícita de armas, por el que venía condenado desde la sentencia de instancia, y, en consecuencia, declarar de oficio la mitad de las costas de dicha instancia, manteniendo en lo demás que no sea incompatible las sentencias de instancia y apelación.

FALLO

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

ABSOLVER a Gabino del delito de tenencia ilícita de armas por el que fue condenado en la sentencia instancia y ratificado en apelación, declarando de oficio la mitad de las costas de la primera instancia, y manteniendo, en lo demás que no sea incompatible, los pronunciamientos de las sentencias de apelación y de instancia.

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

Así se acuerda y firma.