



Roj: **STS 5083/2014 - ECLI:ES:TS:2014:5083**

Id Cendoj: **28079120012014100812**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/12/2014**

Nº de Recurso: **10517/2014**

Nº de Resolución: **838/2014**

Procedimiento: **PENAL - JURADO**

Ponente: **JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a doce de Diciembre de dos mil catorce.

En los recursos de Casación por infracción de Ley, que ante Nos penden, interpuestos por la Acusación Popular en representación de la Junta de Andalucía, la Acusación Particular en representación de Juan Miguel y Celestina , e Bartolomé contra sentencia nº 16, dictada por el Tribunal Superior de Justicia, Sala Civil y Penal de Andalucía (Granada), que desestimó el recurso de apelación contra la sentencia nº 8/2014 el Tribunal de Jurado, dictada por la Audiencia Provincial de Jaén, Sección Segunda, de fecha seis de Febrero de dos mil catorce , en causa seguida contra Bartolomé por delitos de Asesinato y otros; los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para Votación y Fallo bajo la Presidencia del primero de los citados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, y dicho recurrentes representados por la Letrada de la Junta de Andalucía, y Procuradores Sres. Alonso Rodríguez y Pinto Marabotto respectivamente.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Tribunal Superior de Justicia, Sala Civil y Penal de Andalucía, incoó Rollo de Apelación con el número 5 de 2014 , Procedimiento Tribunal del Jurado, seguida por los trámites del Procedimiento especial del Tribunal del Jurado, en el ámbito de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Jaen (Rollo 1/2014), dimanante de las Diligencias del Jurado nº 1/2013, instruidas por el Juzgado de Instrucción nº 1 de los de Úbeda (Jaén), contra Bartolomé , y con fecha cinco de mayo del dos mil catorce, dictó sentencia que contiene los siguientes:

""El acusado Bartolomé , en el mes de junio de 2012 inició en Úbeda una relación de noviazgo con Nieves , comenzando a convivir juntos como pareja de hecho en el mes de septiembre de 2012 en el piso sito en la CI DIRECCION000 , NUM000 Portal NUM001 - NUM002 de Úbeda, piso que Nieves había alquilado a principios de año a Mateo .

El día 12 de octubre de 2012, el acusado Bartolomé y su pareja Nieves después de comer en el restaurante "La Estación" de Úbeda, pasaron la tarde en diferentes bares y pubs tanto de Úbeda como de Baeza, consumiendo diversas bebidas alcohólicas como cervezas, vino, combinados de ginebra, así como comiendo distintas tapas y raciones, hasta que sobre las 2.15 horas del día 13 de octubre de 2012 llegaron al pub "Bandana" de Úbeda, donde igualmente consumieron dos combinados de ginebra y donde iniciaron una discusión motivada porque Nieves había mantenido una conversación a solas con Luis Antonio , propietario del pub, y con quién, al parecer, había mantenido anteriormente una relación íntima.

Sobre las 2.45 horas del referido día 13 de octubre de 2012, tras abandonar el pub "Bardana" se dirigieron sin cesar durante el trayecto la discusión anteriormente iniciada, al domicilio de ambos sito en la Ci DIRECCION000 , NUM000 Portal NUM001 - NUM002 de Úbeda, donde continuaron discutiendo hasta que al decirle Nieves al acusado, al parecer, que ya no lo quería, que se marchara de la casa porque estaba esperando a Luis Antonio , el acusado le propinó diversos y fuertes golpes a Nieves en la cabeza, en la cara, en el cuello y en el tórax, lo que



hizo de Nieves perdiera la conciencia y cayera al suelo, y una vez caída en el suelo boca arriba e inconsciente, el acusado, con la intención de causarle la muerte y sin que Nieves tuviera posibilidad alguna de defenderse, se situó encima de ella y con las manos apretó fuertemente el cuello de Nieves hasta que le produjo la muerte por asfixia.

Una vez muerta el acusado con el fin de ocultar los hechos que acababa de realizar, prendió fuego de forma deliberada a un sillón o sofá existente en el salón del piso, situados junto al cadáver de Nieves, cerró las persianas así como la puerta del salón y tras cerrar igualmente con llave la puerta de entrada al piso se marchó utilizando el vehículo de Nieves en dirección a la población de Güejar-Sierra, Granada, domicilio de su padre, si bien fue detenido por la Guardia Civil poco antes de llegar a la misma al haber tenido un accidente por salida de la vía y posteriormente manifestar que había dado una paliza a su novia y reconoció los hechos.

El fuego iniciado por el acusado se extendió rápidamente por el salón afectando al mobiliario del mismo, a los falsos techos de escayola del salón cedieron por los efectos del calor y el cadáver de Nieves quedó parcialmente carbonizado, extendiéndose el humo por el resto del piso y llegando a salir al rellano de la escalera lo que hizo que Julián y María Consuelo, vecinos colindantes del piso de Nieves y el acusado, tuvieran que huir rápidamente con su hijo menor de edad, atemorizados ante el peligro que suponía para sus vidas y que avisaran a los bomberos que procedieron, tras el desalojo de los demás vecinos, a la extinción del incendio.

Los daños causados como consecuencia del incendio han sido tasados en 14.328 euros los causados al mobiliario, en 30.047,40 euros los causados al inmueble, y 1.067,89 € derivados del servicio de extinción de incendios.°

Segundo.- La Audiencia de instancia en la citada sentencia, dictó la siguiente Parte Dispositiva:

"FALLO.- "Que debo condenar y condeno a Bartolomé, como autor criminalmente responsable del delito de asesinato ya definido, con la concurrencia de la circunstancia agravante mixta de parentesco, a la pena de dieciocho años de prisión, con la concurrencia de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.

Que debo condenar y condeno a Bartolomé como autor civilmente responsable del calificado delito de incendio, a la pena de prisión de cinco años menos un día, con las accesorias de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Que debo condenar y condeno a Bartolomé a que abone en concepto de Responsabilidades Civiles a que indemnice a D. Juan Miguel y a Da Celestina en la cantidad de 200.000 euros, a D. Mateo en la cantidad de 44.375,40 euros y al Ayuntamiento de (tecla en la cantidad de 1.067,89 euros, cantidades que se incrementarán en los intereses legales previstos en el n° 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, desde la firmeza de la presente resolución.

Con imposición de las costas a Bartolomé, incluidas las de las acusaciones particulares.'

Tercero.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso principal de apelación por la representación procesal del acusado Bartolomé que ha sido impugnado por el. Ministerio Fiscal y por las acusaciones particular y popular, dictándose sentencia por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con fecha catorce de Mayo de dos mil cuatro, cuya parte dispositiva es la siguiente.

"Que estimando parcialmente el recurso de apelación formulado por la defensa de Bartolomé contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado, en el ámbito de la Ilma. Audiencia Provincial de Jaén (Sección Segunda), en causa seguida por delito de asesinato e incendio, debe revocar y revoca la referida resolución en el sentido de absolver a Bartolomé del delito de asesinato por el que venía condenado, y condenarlo como autor de un delito de homicidio doloso con las circunstancias agravante de parentesco y atenuante de intoxicación etílica, a la pena de trece años y seis meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de condena; y apreciando también respecto del delito de incendio por el que viene condenado, la circunstancia atenuante de intoxicación etílica, aunque manteniendo las penas impuesta por tal delito. Con confirmación del resto de los pronunciamientos de la sentencia y sin condena al pago de las costas de esta alzada." (sic)

Cuarto.- Notificada la resolución a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de Ley, por la acusación popular en representación de la Junta de Andalucía, la Acusación Particular en representación de Juan Miguel y Celestina, e Bartolomé, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

Quinto.- Las representaciones de los recurrentes, basan sus recursos en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

**RECURSO INTERPUESTO POR Bartolomé**

- 1.- Por la vía del art.849.1° de la L.E.Crim . denuncia vulnerado el art. 21.3 CP al no haberse estimado la atenuante de arrebató u obcecación..
- 2.- Por la vía del art. 849.2° de la L.E.Crim denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba.
- 3.- Por la vía del art. 852 de la L.E.Crim denuncia infringido los arts. 24 . y 9.3 de la CE .
- 4.- Por la vía del art. 849.1° de la L.E.Crim denuncia infringido por indebida aplicación el art. 23 CP , entendiéndose errada la estimación de la circunstancia mixta de parentesco como agravante.
- 5.- A tenor del art. 849. 1° L.E.Crim denuncia infringido el art. 66. Ta CP , al haber realizado una indebida aplicación del mismo.
- 6.- Por la vía del art. 852 LECrim . denuncia vulnerado el art. 24 CE , que proclama el derecho a la tutela judicial efectiva.
- 7.- Por la vía del art. 852 de la L.E.Crim se denuncia infracción del derecho a la presunción de inocencia, a la tutela judicial efectiva y a la proscripción de la arbitrariedad en relación con el delito de incendio.

RECURSO INTERPUESTO POR LA ACUSACIÓN PARTICULAR.

- 1.- Por la vía del art. 5.4 de la LOPJ denuncia infringido el art. 24 CE , en tanto proclama el derecho a la tutela judicial efectiva.
- 2.- En el motivo segundo se denuncia, con sede en el art. 5.4 de la LOPJ del art. 120.3 y 24 por falta de tutela judicial.
- 3.- A tenor del art. 849.1° de la LECrim denuncia indebida inaplicación del art. 139.1 CP .
- 4.- En el motivo cuarto, de conformidad con el art. 849.1° L.E.Crim , denuncia indebida aplicación de la circunstancia atenuante analógica de embriaguez, art. 21.7 en relación con el art. 20.18, 20.7° y 20.2° .
- 5.- Por la vía del art. 849.2° de la LECrim denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba.

RECURSO INTERPUESTO POR LA JUNTA DE ANDALUCÍA.

- 1.- Con amparo en el art. 849.1° de la LECrim denuncia infracción del art. 21 . 78 en relación con el art. 21.1' y el art. 20.2° CP .
- 2.- Por la vía del art. 849.2 de la LECrim denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba.
- 3.- A tenor del art. 849.1° de la LECrim denuncia vulnerado por indebida aplicación el art. 139.1 CP .
- 4.- Por la vía del art. 852 LECrim denuncia infringido el derecho a la tutela judicial efectiva

Sexto.- Instruidas las partes de los recursos interpuestos; la Sala admitió los mismos, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Séptimo.- Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró la votación prevenida el día seis de Abril de Dos mil cinco.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO**RECURSO INTERPUESTO POR Bartolomé (condenado)**

PRIMERO: El motivo primero al amparo del art. 849.1 LECrim , por infracción de Ley derivada de la no apreciación de la atenuante del art. 21.3 CP .

1º Con carácter previo, duda la vía casacional alegada, habría que recordar la doctrina de esta Sala, contenida entre otras, en SSTs. 714/2014 de 12.11 , 605/2014 de 1.10 , 327/2014 de 24.4 , en orden a los requisitos de este motivo:

1) La casación, por este motivo, es un recurso extraordinario de fijación de la ley, no es una segunda instancia con posibilidades revisoras del hecho probado. Su función es comprobar la aplicación del derecho realizada por el tribunal de instancia a unos hechos que deban permanecer inalterados.

2) La denuncia debe ir referida a la infracción de unas normas jurídicas. Así se ha declarado (STS 2-4-92) que "no existen posibilidades de fundar recurso de casación en materia penal, por infracción de doctrina legal ni la vulneración de doctrina jurisprudencial". (STS 18-12-92). Tampoco integra ese carácter de norma jurídica los criterios de interpretación de la ley del art. 3 del Código Civil "El art. 3 del Código Civil , cuya



infracción se denuncia, no constituye ninguna norma jurídica sustantiva de aplicación directa. Se trata de una norma interpretativa un principio inspirador de la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, de difícil concreción e impropio, en cualquier caso, del cauce procesal examinado " (STS 3-2-92). Lo anterior ha de ser entendido desde la óptica más estricta del error de derecho. La actual jurisprudencia del Tribunal Supremo admite en su inteligencia una ampliación de las posibilidades del error de derecho con la invocación de derechos fundamentales, desde la tutela judicial efectiva, la infracción de la interdicción de la arbitrariedad en la interpretación de los preceptos penales desde su comparación con los precedentes jurisprudenciales, la infracción de las normas de interpretación sujetas a la lógica y racionalidad.

3) Las modalidades de la infracción son la aplicación indebida y la inaplicación, bien por invocar la aplicación errónea o inobservancia del precepto cuyo error se invoca.

4) La infracción ha de ser de un precepto penal sustantivo, u otra norma del mismo carácter que debe ser observada en la aplicación de la ley penal Por precepto penal sustantivo ha de entenderse las normas que configuran el hecho delictivo, es decir, acción, tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad y que deben ser subsumidos en los tipos penales; en las circunstancias modificativas o extintivas de la responsabilidad criminal; en la determinación de la pena, ejecución del delito, grados de participación y penalidad que se encuentra recogidas, fundamentalmente, en las normas del Código penal.

El respeto al hecho probado es una exigencia básica de este motivo de impugnación. Así lo expresa la STS 121/2008, de 26 de febrero , "En el caso presente hemos de partir de que cuando se articula por la vía del art 849.1 LECrim . el recurso de casación ha de partir de las precisiones fácticas que haya establecido el Tribunal de instancia. El no constituir una apelación ni una revisión de la prueba, se trata de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es el enfoque jurídico que a unos hechos dados, ya inalterables, se pretende aplicar, en discordancia con el Tribunal sentenciador. La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el mas absoluto respeto a los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la juridicidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado.

En definitiva no puede darse una versión de los hechos en abierta discordancia e incongruencia con lo afirmado en los mismos, olvidando que los motivos acogidos al art. 849.1 LECrim . Ha de respetar fiel e inexcusablemente los hechos que como probados se consignan en la sentencia recurrida.

2º Efectuada esta precisión previa, en relación a la atenuante de arrebató u obcecación U otro pasional de entidad semejante, la jurisprudencia de esta Sala SS. 539/2014 de 2.7 , 246/2011 de 14.4 , 170/2011 de 29.3 , ha señalado que son dos los elementos que configuran esta atenuante: **causa y efecto**.

Ha de existir una causa o estímulo, que ha de ser importante de modo que permita explicar (no justificar) la reacción delictiva que se produjo. Ha de haber cierta proporcionalidad entre el estímulo y la reacción (STS 27.2.92). Ha de proceder del comportamiento precedente de tal víctima (STS 20.12.96). El motivo desencadenante no ha de ser repudiable desde el punto de vista socio-cultural (STS 14.3.94). 2º. Tal causa o estímulo ha de producir un efecto consistente en una alteración en el estado de ánimo del sujeto, de modo que quede disminuida su imputabilidad, no tanto que llegue a integrar un trastorno mental transitorio constitutivo de una eximente completa o incompleta, ni tan poco que no exceda de una mera reacción colérica o de acaloramiento o leve aturdimiento que suele acompañar a algunas figuras delictivas y ha de considerarse irrelevante (STS 2.4.90). Arrebató se dice cuando la reacción es momentánea y fulgurante, inmediata al estímulo, mientras que la obcecación tiene una mayor duración y permite el transcurso de un mayor lapso de tiempo respecto del estímulo. En todo caso el transcurso de un tiempo excesivo excluye la atenuante (S. 14.4.92). El tercer término, el estado pasional de entidad semejante, añadido en 1983 probablemente para poder acoger el contenido de aquellas otras atenuantes de similar contenido que por aquella importante modificación legal quedaron derogadas (provocación o amenaza, vindicación próxima), extiende el ámbito de esta atenuante por voluntad del legislador, pero quizá de modo superfluo ante la amplitud de los otros elementos alternativos".

En la STS nº 1147/2005 , se señalaba que "su esencia, como se recuerda en la STS núm. 582/1996, de 24 de septiembre , radica en una sensible alteración de la personalidad del sujeto cuya reacción de tipo temperamental ante estímulos externos incide sobre su inteligencia y voluntad, mermándolas en relación de causa a efecto y en conexión temporal razonable, presentándose como una respuesta que puede ser entendida dentro de parámetros comprensibles en un entorno normal de convivencia. La jurisprudencia de esta Sala, que excluye el arrebató en los supuestos de simples reacciones coléricas y en los casos de simple acaloramiento o aturdimiento que acompaña a la comisión de algunas figuras delictivas, ha señalado que el fundamento



de esta atenuante se encuentra en la disminución de la imputabilidad que se produce en un sujeto que se encuentra con la mente ofuscada por una pasión que en ese momento le afecta. Es posible que ese estado pasional venga provocado por una sucesión de hechos producidos en un período de tiempo más o menos extenso, y que permanezca larvado hasta su explosión a causa de un estímulo concreto que incide de forma importante en un sustrato previamente existente. Se ha venido exigiendo la concurrencia de varios requisitos para apreciar esta circunstancia de atenuación.

En primer lugar, debe constatar la existencia de estímulos o causas, generalmente procedentes de la víctima (STS núm. 256/2002, de 13 de febrero), que puedan ser calificados como poderosos, y que se entiendan suficientes para explicar en alguna medida la reacción del sujeto, con lo que quedan excluidos los estímulos nimios ante los que cualquier persona media reaccionaría con normalidad. Es en este sentido en el que ha de ser entendida la exigencia relativa a la proporcionalidad que debe existir entre el estímulo y la alteración de la conciencia y de la voluntad que acompaña a la acción. Si la reacción resulta absolutamente discordante por notorio exceso con el hecho motivador, no cabe aplicar la atenuación (sentencia de 27 de febrero de 1992), pues no es posible otorgar efectos atenuatorios a cualquier reacción pasional o colérica si no está contrastada la importancia del estímulo provocador del disturbio emocional en que el arrebató consiste y que ha de tener influencia menguante sobre la voluntad e inteligencia del autor (STS núm. 1483/2000, de 6 de octubre).

En segundo lugar ha de quedar acreditados la ofuscación de la conciencia, o estado emotivo repentino o súbito, u otro estado pasional semejante, que acompaña a la acción.

En tercer lugar, debe existir una relación causal entre uno y otra, de manera que la conducta sea una consecuencia de la trascendencia del estímulo.

En cuarto lugar, ha de existir una cierta conexión temporal, pues el arrebató no podrá apreciarse si ha mediado un tiempo entre estímulo y reacción que prudencialmente permita estimar que se ha recuperado la frialdad de ánimo.

Y en quinto lugar, que la respuesta al estímulo no sea repudiable desde la perspectiva de un observador imparcial dentro de un marco normal de convivencia" (STS núm. 1301/2000, de 17 de julio).

Por lo tanto, no cualquier estímulo es válido a los efectos de atenuar la responsabilidad por la vía de la atenuante de estado pasional.

La STS. 1003/2006 de 19.10 , compendia la doctrina de esta Sala -SSTS. 2085/2001 de 12.11 , 1369/2003 de 8.11 - , "la atenuante tercera del art. 21 del Código Penal , denominada de "estado pasional", que evidentemente no se ha establecido para privilegiar reacciones coléricas, opera en la importancia que tienen ciertos estímulos en sujetos con personalidades psicopáticas, originándoles una disminución pasajera de influencia notoria en su capacidad (o juicio) de culpabilidad. Esta atenuante tiene, en consecuencia, su límite superior en el trastorno mental transitorio y su inferior está constituido por el simple acaloramiento (e incluso aturdimiento) que ordinariamente acompaña los delitos denominados de sangre, como el que es objeto de esta censura casacional. Es del todo evidente que en toda situación de acometimiento personal, derivada de una disputa previa en la que sin solución de continuidad de las palabras se pasa a los hechos (delictivos), el acaloramiento como situación pasional es todo punto concurrente con situaciones de tensión, ofuscación e incluso de cierto descontrol anímico. Pero tal estado pasional tiene que tener una intensidad suficiente para romper los mecanismos inhibitorios, de modo que el sujeto se encuentre inmerso en una situación emotiva que la ley ha denominado como de "arrebató" u "obcecación". El primero ha sido definido por nuestra jurisprudencia como una "especie de conmoción psíquica de furor" y la segunda como "un estado de ceguedad u ofuscación", con fuerte carga emocional el primero y acentuado sustrato pasional la segunda (STS 2-7-1988); otras veces, se les relaciona con su duración temporal, y así, el "arrebató como emoción súbita y de corta duración" y la "obcecación es más duradera y permanente" (STS 28-5-1992); la primera está caracterizada por lo repentino o súbito de la transmutación psíquica del agente, diferenciándose de la obcecación por la persistencia y la prolongación de la explosión pasional que ésta representa (STS 10-10- 1997)".

En este sentido la STS. 632/2011 de 28.6 insiste en que el fundamento de la atenuante del art. 21.3 CP . se encuentra "en la disminución" de la imputabilidad (o de las facultades volitivas e intelectivas) que se pretende por la ofuscación de la mente y de las vivencias pasionales determinados por una alteración emocional fugaz (arrebató) o por la mas persistente de incitación personal (obcecación) pero siempre produciéndose por una causa o estímulo poderoso.

En ambas modalidades precisa para su estimación que haya en su origen un determinante poderosos de carácter exógeno o exterior y de entidad suficiente para desencadenar un estado anímico de perturbación y oscurecimiento de sus facultades psíquicas con disminución de las cognoscitivas o volitivas del agente, de



modo que sin alcanzar la cualidad propia del trastorno mental transitorio completo o incompleto, exceda del leve aturdimiento que suele acompañar a ciertas infracciones (ssTS. 1385/98 de 17.11 , 59/2002 de 25.1).

Igualmente si no está contrastada la importancia del disturbio provocador, del disturbio emocional en que el arrebató consiste y que ha de tener influencia menguante sobre la voluntad e inteligencia del autor a partir de una razonable conexión temporal entre la causa o el estímulo y la equivocación o la pasión con la que se ha actuado (sTS. 267/01 de 23.1), ni deja de exigir una cierta proporcionalidad entre la causa o estímulo y la reacción (sTS. 1483/2000 de 6.10), calificando la atenuante como "la más subjetivamente matizada", pero "sin desdeñar aspectos objetivos atinentes a la índole y potencialidad de los estímulos, por exigencia de una razonable adecuación reaccionad. Como regla general "el estímulo ha de ser tan importante que permita explicar (que no justificar) la reacción concreta que se produjo. Si esta reacción es algo absolutamente discordante, por exceso notorio, respecto del hecho motivador, no cabe aplicar la atenuación" sTS.256/02 de 13.2).

Además, tales estímulos no han de ser reprochados por las normas socio-culturales que rigen la convivencia social y deben proceder del precedente comportamiento de la víctima, con una relación de causalidad entre los estímulos y el arrebató u obcecación y una conexión temporal, sino inmediatos si próximos, entre la presencia de los estímulos y el surgimiento de la emoción o pasión (ssTS. 1110/96 de 20.12 , 1479/99 de 18.10).

Es preciso también que en el entorno social correspondiente no sean tales estímulos repudiados por la norma socio-cultural imperante, lo que significa que la actuación del agente se ha de producir dentro de un cierto sentido ético ya que su conducta y sus estímulos, no pueden ser amparada por el Derecho cuando se apoyan en una actitud antisocial reprobada por la conciencia social imperante, que en esta relación de causa o afecto entre el estímulo desencadenante y la conducta ha de darse una conexión temporal y que cualquier reacción colérica que las que, con frecuencia, acompañan a ciertas acciones delictivas, no basta para la estimación de la atenuante (SSTS 17.11.98 , 15.1.2002).

En este sentido la STS. 355/2013 de 3.5 , con cita de la STS. 25.7.2000 , es esclarecedora en una situación similar, al señalar "el desafecto o el deseo de poner fin a una relación conyugal o de pareja no puede considerarse como un estímulo poderoso para la parte contraria y no tiene eficacia para sustentar una posible atenuante de arrebató u obcecación".

-En el caso presente el tribunal del Jurado consideró probado por unanimidad, proposición primera del objeto del veredicto que: *El día 12 de octubre de 2012, el acusado Bartolomé y su pareja Nieves después de comer en el restaurante "La Estación de Úbeda, pasaron la tarde en diferentes bares y pubs tanto de Úbeda como de Baeza, consumiendo diversas bebidas alcohólicas como cervezas, vino, combinados de ginebra, así como comiendo distintas tapas y raciones, hasta que sobre las 2.15 horas del día 13 de octubre de 2012 llegaron al pub "Bandana" de Úbeda, donde igualmente consumieron dos combinados de ginebra y donde iniciaron una discusión motivada porque Nieves había mantenido una conversación a solas con Luis Antonio , propietario del pub, y con quién, al parecer, había mantenido anteriormente una relación íntima. Sobre las 2.45 horas del referido día 13 de octubre de 2012, tras abandonar el pub "Bandana" se dirigieron sin cesar durante el trayecto la discusión anteriormente iniciada, al domicilio de ambos sito en la C/ DIRECCION000 , NUM000 Portal NUM001 - NUM002 de Úbeda, donde continuaron discutiendo hasta que al decirle Nieves al acusado, al parecer, que ya no lo quería, que se marchara de la casa porque estaba esperando a Luis Antonio , el acusado le propinó diversos y fuertes golpes a Nieves en la cabeza, en la cara, en el cuello y en el tórax, lo que hizo de Nieves perdiera la conciencia y cayera al suelo, y una vez caída en el suelo boca arriba e inconsciente, el acusado, con la intención de causarle la muerte y sin que Nieves tuviera posibilidad alguna de defenderse, se situó encima de ella y con las manos apretó fuertemente el cuello de Nieves hasta que le produjo la muerte por asfixia.*

Asimismo declaró probado, también por unanimidad -en el apartado II-H -causas de exención o atenuación de responsabilidad- que el acusado al cometer los hechos no tenía alteradas sus facultades intelectivas y volitivas como consecuencia de la discusión previa que mantuvo con la víctima, y consecuente con ello no declaró probado, por unanimidad, las proposiciones E, F y G, relativas a la anulación, afectación de manera importante y afectación leve de aquellas facultades como consecuencia de esa previa disensión.

Siendo así la no apreciación de la atenuante cuestionada debe ser mantenida, por cuanto solo está acreditada esa discusión entre agresión y víctima iniciada en el último pub y que continuó en el piso, discusión airada si se quiere, pero que no puede ser considerada suficiente para configurar la atenuante de arrebató. Las referencias que en el motivo se contienen al consumo excesivo de bebidas alcohólicas constituyen el presupuesto de la estimación por la sentencia recurrida -la dictada por el Tribunal Superior de Justicia- de la atenuante analógica de embriaguez, pero no pueden servir de base para la apreciación de la atenuante de arrebató, esto supondría encontrarnos ante una doble valoración del mismo hecho, proscrita por el art. 67 CP .



SEGUNDO: El motivo segundo al amparo del art. 849.2 LECrim , por infracción de Ley por error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos y que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios, ya que debió haber sido apreciada la concurrencia de la atenuante de arrebató en la comisión del delito de homicidio.

Citando como documentos el informe Forense sobre valoración de la imputabilidad de 12.11.2012 y su ampliatorio de 8.1.2013, como documento que evidencia la equivocación del juzgador.

1º) 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.

2º) En el caso presente y en relación al informe médico-pericial, 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 inmediatez (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 inmediatez 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).

3º) En el caso analizado el recurrente destaca como los médicos forenses Sra. Eloisa y Sr. Faustino efectuaron el informe de valoración de imputabilidad de 12.11.2012, informe, en el que se hace constar que no se les facilita las diligencias, basado en una exploración que se efectúa a Bartolomé en la Clínica Forense de Jaén el 25.10.2012, es decir 13 días después de los hechos y en él se concluye que **"... el explorado en el momento actual conserva íntegras sus capacidades intelectiva y volitiva, sin que detecte alteración psicopatológica alguna... comprende la diferencia entre lo lícito y lo ilícito y conserva íntegra su capacidad actual según esta comprensión... el día de autos, refiere haber ingerido gran cantidad de bebidas alcohólicas. El consumo de gran cantidad de alcohol puede llevar a un estado de embriaguez, susceptible de producir merma en la capacidad de comprender y de actuar conforme a tal comprensión. No obstante, no podemos pronunciarnos en cuanto a esa merma ya que desconocemos el grado de impregnación alcohólica..."**,

Y en el Informe Forense complementario de 8.1.2013, para el que ya se facilita a los Forenses, documentación obrante en autos, con respecto al supuesto consumo de Bartolomé el día que suceden los hechos, se sienta que **"... El día de autos, se constata que ingiere gran cantidad e bebidas alcohólicas... pero... se puede estimar el grado de alcoholemia que sufrió el imputado en el momento de los hechos..."**.

Por lo tanto de esos informes lo único que los forenses afirman y concluyen es que el día 25.10.2012, es decir 13 días después de los hechos, y **no al tiempo de la comisión de estos**, Bartolomé tenía íntegras sus capacidades intelectivas y volitivas. Conclusión que es la misma que mantuvieron los citados Forenses en el juicio oral en el que manifestaron **"... que le hicieron (en la exploración del 25 de octubre) a Bartolomé una serie de preguntas, estudiaron su historia clínica y con estos antecedentes hicieron sus conclusiones, según las cuales, sabe y conoce lo que hace y que no estaba afectado por nada; que distingue lo lícito y lo ilícito, lo que esta bien y lo que esta mal..."**.

Siendo así el Jurado para declarar no probado la totalidad de las eximentes y atenuantes se baso exclusivamente en esa conclusión forense referente al estado psíquico del acusado, no en la tarde noche del 12.10.2012, sino el día 25.10.2012, y en la exploración que se le efectuó a tal fin en la clínica Forense, copiándola literalmente.

Ahora bien aun siendo ello cierto la conclusión no puede entenderse acreditada la concurrencia de la atenuante. Cuando no se trata de dar por probado, sino de considerar "no probado" algún hecho el nivel exigible de motivación se relaja (STS. 675/2014 de 9.10). Las dudas llevan a no dar por probada la aseveración, lo que conecta bien con el régimen probatorio de las circunstancias atenuantes y eximentes, en esos campos no juega la presunción de inocencia que se proyecta sobre los hechos constitutivos de la infracción; no sobre los que excluyen o aminoran esa responsabilidad. En este sentido es criterio jurisprudencial reiterado el que las circunstancias modificativas de la responsabilidad han de estar acreditadas como el hecho típico de que dependan SSTS. 21.1.2002 , 2.7.2002 , 20.5.2003 , que añaden que no es aplicable respecto de las circunstancias modificativas el principio in dubio pro reo. Para dar por no probada una eximente o una atenuante basta con no tener razones para considerarla acreditada.

Por ello la tesis del recurrente propugna que si la propia sentencia impugnada entendió que el Jurado incurrió en error en la apreciación de la prueba al no declarar probada la atenuante de embriaguez por las razones que expone en el fundamento jurídico 7º, con las mismas premisas y el mismo contenido del veredicto debió apreciar la concurrencia de la atenuante de arrebató, cuestionando asimismo las manifestaciones del Forense Sr. Faustino en el juicio oral referentes a que al tiempo de la comisión de los hechos "no cree que -el acusado- entrase en un estado de obnubilación tal que impidiera saber lo que hacía", por estar en contradicción con lo también declarado por el mismo forense en el plenario de que "una persona que ha tomado 15 consumiciones alcohólicas más una botella de vino en un espacio de 10 horas, sucesivamente y sin duda tendrá en cierto grado de afectación de sus facultades, si en ese estado recibe una noticia desagradable, sino puede responder riéndose y otros pueden derrumbarse".



Pretensión del recurrente que deviene inacogible. Que la sentencia impugnada haya considerado -en contra del criterio del Jurado- concurrente la atenuante analógica de embriaguez- pronunciamiento que ha sido recurrido por las acusaciones -no puede implicar, sin prueba que lo acredite, que el acusado ante la frase de Nieves que ya no la quería, que se marchara de la casa porque estaba esperando a Luis Antonio , sufriese un disturbio emocional con influencia menguante sobre la inteligencia y la voluntad y la consecuente disminución de la imputabilidad la posibilidad de derrumbarse, que apuntó el Forense, no puede identificarse con una reacción tal violenta del acusado hasta el punto de causar la muerte por estrangulamiento de la víctima.

El motivo, por lo expuesto se desestima.

TERCERO: El motivo tercero al amparo del art. 5.4 LOPJ , en relación con el art. 852 LECrim , con infracción de precepto constitucional concretada en la vulneración de los derechos constitucionales a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías, al derecho de defensa y a la proscripción de la arbitrariedad que consagran los arts. 24 y 9.3 CE , derivada de la no apreciación de la concurrencia de la atenuante de arrebató en la comisión del delito de homicidio.

Dado que el recurrente se limita a dar por reproducidas las alegaciones efectuadas en los motivos precedentes, con la genérica invocación de la vulneración de aquellos derechos constitucionales, procede su desestimación, remitiéndonos a lo ya argumentado en aquellos motivos para evitar innecesarias repeticiones.

CUARTO: El motivo cuarto al amparo del art. 849.1 LECrim . infracción de Ley por indebida aplicación del art. 23 CP , agravante de parentesco.

Sostiene el motivo que la agravante de parentesco no concurre en los casos en que la relación entre agresor y ofendido está rota por ausencia de la afectividad o de intereses comunes más o menos intensos, cuando ha mediado provocación por parte de la víctima o cuando el sujeto pasivo ha incurrido en infidelidad real o presunta, y cita al respecto las sentencias de esta Sala 38/2001 de 22.1 , 21.5.99 , 10.10.98 , 528/2003 de 22.4 .

1)- Este tribunal, según se señala en SSTS. 529/2014 de 24.6 y 1053/2009 de 22.10 , había interpretado el art. 23 ya antes de la modificación operada en el Código penal por la LO 11/2003, que entró en vigor el día 1 de octubre de 2003, en el sentido de que no todo deterioro de las relaciones personales extinguía de por sí la posibilidad de su aplicación agravatoria. Con posterioridad, la modificación reseñada del artículo 23 del Código penal impuso el siguiente texto: " *es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que **esté o haya estado** ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente* " .

La jurisprudencia -tal como subrayan las SSTS 1197/2005, de 14-10 ; 817/2007, de 4-10 ; 162/2009, de 12-2 ; 433/2009, de 21-4 ; 433/2011, de 13-5 ; 972/2012, de 3-12 ; y 971/2013, de 11-12 - cambió necesariamente sus pautas interpretativas en virtud de la modificación legislativa operada, pues en ella se objetiva su aplicación, de modo que concurre con los tradicionales efectos agravatorios en delitos contra la vida e integridad física de las personas aunque haya desaparecido el matrimonio o esa relación de análoga afectividad. Así lo impone el legislador (art. 117 de la Constitución española : imperio de la ley), siempre, claro está, que los hechos estén relacionados, directa o indirectamente, con dicha convivencia; no en supuestos de ajena perpetración, es decir, cuando nada tenga que ver con temas relacionados con tal convivencia o sus intereses periféricos.

En la sentencia de este Tribunal 542/2009, de 5 de mayo , se argumenta que el aumento del reproche que conlleva la agravante de parentesco no depende de la existencia de una relación afectiva real hacia la víctima; el mayor desvalor de la conducta es consecuencia de la falta de respeto especial demostrada por el autor en relación a una persona con la que estuvo estrechamente ligado por vínculos afectivos o de sangre. Y es que si se exigiera la existencia de cariño o afecto la agravante sería de muy difícil aplicación, ya que, concurriendo afecto -tal como razona la STS 162/2009, de 12 de febrero - lo lógico es que no haya agresión.

Así pues, la circunstancia mixta de parentesco resulta aplicable cuando, en atención al tipo delictivo, la acción merece un reproche mayor o menor del que generalmente procede, a causa de la relación parental de que se trate. En los delitos contra las personas, su carácter de agravante no está basado en realidad en la existencia de un supuesto cariño o afectividad entre agresor y ofendido, sino en la mayor entidad del mandato contenido en la ley dirigido a evitar tales conductas en esos casos, en atención precisamente a las obligaciones que resultan de las relaciones parentales (STS 840/2012, de 31-10).

2) Al trasladar la precedente jurisprudencia al caso enjuiciado, se constata que las circunstancias del supuesto fáctico determinan de forma insoslayable, al darse todos los requisitos que requiere el art. 23 CP , que opera la agravante con arreglo a la reforma del año 2003.



En efecto está acreditado mantenía una relación sentimental con Nieves , conviviendo con ella, como pareja de hecho desde el mes de septiembre 2012. Concorre pues el supuesto fáctico previo que prevé el precepto cuando se refiere a que el autor sin cónyuge o ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, o lo haya sido en un periodo anterior.

Y también ha de apreciarse el segundo requisito: que la agresión esté relacionada directa o indirecta, con esa convivencia anterior, pues aquí desde luego lo está, pues la agresión se produjo en la intimidad del domicilio de la pareja y como consecuencia de la decisión de Nieves de poner fin a la misma y pedir a Bartolomé que se marchase de la casa.

La argumentación de la representación del acusado se basa, lógicamente, en jurisprudencia anterior a la reforma LO. 11/2003, corroborándose así que la interpretación que postula la defensa carece de apoyo jurisprudencial a partir de la referida modificación del texto punitivo.

En consecuencia, este segundo motivo resulta inatendible.

QUINTO: El motivo quinto, con carácter subsidiario, al amparo del art. 849.1 LECrim , por infracción de Ley, derivada de indebida valoración y compensación y consecuente aplicación de la regla 7ª del art. 66 CP , ya que la pena impuesta al delito de homicidio debió ser la inferior en grado.

Considera el motivo que en la valoración y compensación de la atenuante de intoxicación etílica y la agravante de parentesco, debió haberse apreciado un fundamento cualificado de atenuación derivado de la intoxicación etílica que padecía Bartolomé al tiempo de la ejecución de la acción homicida.

1º Queja infundada pues como hemos dicho en SSTs. 539/2014 de 2.7 , 93/2012 de 16.2 , 632/2011 de 28.6 , 540/2010 de 8.6 , 383/2010 de 5.5 , 111/2010 de 24.2 , 665/2009 de 24.6 , 620/2008 de 9.10 , el derecho a la obtención de la tutela judicial efectiva en el concreto aspecto de la motivación de la sentencia exige una explicitación suficiente de la concreta pena que se vaya a imponer a la persona concernida. En tal sentido basta citar la doctrina constitucional en esta materia concretada en la reciente sentencia del Tribunal Constitucional, en su sentencia 21/2008 de 31 de Enero .

"...Este Tribunal ha declarado reiteradamente que el deber general de motivación de las sentencias que impone el art. 120.3 C.E ., y que se integra en el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 C.E . -- conforme al cual las decisiones judiciales deben exteriorizar los elementos de juicio sobre los que se basan y su fundamentación jurídica ha de ser una aplicación no irracional-- resulta reforzado en el caso de las sentencias penales condenatorias, por cuanto en ellas el derecho a la tutela judicial efectiva se conecta con otros derechos fundamentales y, directa o indirectamente, con el derecho a la libertad personas (por todas, entre otras muchas, SSTC 43/1997 de 10 de Marzo ; 108/2001, de 23 de Abril ; 20/2003 de 10 de Febrero ; 170/2004, de 18 de Octubre ; 76/2007, de 16 de Abril).

Un deber de motivación que incluye no sólo la obligación de fundamentar los hechos y la calificación jurídica, sino también la pena finalmente impuesta en concreto (por todas, SSTC 108/2001, de 23 de Abril ; 20/2003, de 10 de Febrero ; 148/2005, de 6 de Junio ; 76/2007, de 16 de Abril)".

"...El fundamento de extender el deber reforzado de motivación a las decisiones judiciales relativas a la fijación de la pena radica en que el margen de discrecionalidad del que legalmente goza el Juez no constituye por sí mismo justificación suficiente de la decisión finalmente adoptada, sin que, por el contrario, el ejercicio de dicha facultad viene condicionado estrechamente por la exigencia de que la resolución esté motivada, pues sólo así puede procederse a su control posterior en evitación de toda arbitrariedad. De este modo, también en el ejercicio de las facultades discrecionales que tiene reconocidas legalmente el Juez penal en la individualización de la pena, es exigible constitucionalmente, como garantía contenida en el derecho a la tutela judicial efectiva, que se exterioricen las razones que conducen a la adopción de la decisión....".

Reiteradamente ha señalado esta Sala -por todas STS. 809/2008 de 26.11 - que la obligación constitucional de motivar las sentencias expresadas en el artículo 120.3 de la Constitución comprende la extensión de la pena. El Código Penal en el artículo 66 establece las reglas generales de individualización, y en el artículo 72 concluye disponiendo que los Jueces y Tribunales razonaran en la sentencia el grado y la extensión de la pena concretamente impuesta. La individualización realizada por el tribunal de instancia es revisable en casación no solo en cuanto se refiere a la determinación de los grados o mitades a la que se refiere especialmente el citado artículo 66, sino también en cuanto afecta al empleo de criterios inadmisibles jurídico- constitucionalmente en la precisa determinación de la pena dentro de cada grado o de la mitad superior o inferior que proceda.

Es cierto que en ocasiones también ha recordado esta Sala (STS. 27.9.2006), que el Tribunal Constitucional interpretando los arts. 24 y 120 CE . ha señalado que una motivación escueta y concisa no deja, por ello, de ser tal motivación, así como una fundamentación por remisión no deja tampoco de serlo, ni de satisfacer



la indicada exigencia constitucional (SSTC, 5/87 , 152/87 y 174/87), no exigiéndose que las resoluciones judiciales tengan un determinado alcance o intensidad en el razonamiento empleado, pero también lo es que esta Sala ha dicho, SSTS. 976/2007 de 22.11 , 349/2008 de 5.6 , que la sentencia impugnada no individualiza la pena impuesta en los términos que exige el art. 120 de la Constitución y 66 y 72 del Código Penal , cuando el Tribunal tan sólo alude a la gravedad del hecho y a la proporcionalidad, sin explicar, de forma racional, el concreto ejercicio de la penalidad impuesta. Y, en otras ocasiones, se ha precisado (STS de 18-6-2007, nº 599/2007), que aún habiéndose hecho genéricamente referencia a la gravedad del hecho, sin embargo, debió justificarse su individualización en cuanto no se impuso la mínima legal.

Se trata en definitiva, de un ejercicio de discrecionalidad reglada, que debe ser fundamentadamente explicado en la propia resolución judicial y controlable en casación, incluso por la vía del art. 849.1 LECrim . para la infracción de Ley.

Pues bien en el caso de concurrencia de agravantes y atenuantes el Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 27.3.98, obliga a la aplicación de la actual regla 7ª art. 66, en la que unas y otras deben ser objeto de compensación y ponderación. A partir de ahí puede ser que permanezca un fundamento cualificado de atenuación, y entonces se aplicará la pena inferior en grado, conforme la regla 2ª, o que subsista una atenuación ordinaria, como fruto de la compensación, en cuyo caso se aplica la regla 1ª, mitad inferior. Y si se mantiene un fundamento cualificado de la agravación la pena se aplicará conforme la regla 3ª, en la mitad superior.

2º En el caso presente la sentencia recurrida si motiva la concreta pena a imponer a Iván (fundamento jurídico 11º), conforme las reglas antedichas. Así parte de la concurrencia de la circunstancia agravante de parentesco y la atenuante de intoxicación etílica y de que la pena, conforme a los arts. 138 y 66.7º, puede oscilar entre 10 y 15 años de prisión, y procede valorar y compensar racionalmente circunstancias apreciadas, ponderando "las circunstancias personales del delincuente y la mayor o menor gravedad del hecho" (art. 66.6 CP).

a) Y a tal fin realiza las siguientes apreciaciones: La intensidad de la circunstancia de parentesco prevalece sobre la de la atenuante de intoxicación etílica. De hecho, no ha sido preciso ningún razonamiento complicado para percatarse de la evidencia de que se trata de un acto de violencia desencadenada por una incidencia sentimental, derivado de la frustración, enojo o incapacidad de asumir una decisión de la víctima tan legítima como contraria a las expectativas del acusado sobre la relación de pareja existente entre ambos, mientras que la apreciación de la atenuante de intoxicación etílica se ha efectuado sin poder determinar un grado importante de afectación o limitación de la capacidad de controlar los impulsos. En definitiva, mayor que la atenuación de la pena por la merma de facultades ha de ser la reprobación de haber acabado voluntariamente con la vida de una persona con la que se estaba conviviendo en pareja

b) Sobre la gravedad del hecho, por más que la alevosía, como circunstancia cualificadora, se ha suprimido, puede y debe ponderarse el que cuando la víctima está vencida, y satisfecho el primer impulso vindicativo y agresor del acusado, éste no desiste de su acción y asegura el resultado de muerte asfixiando a quien ya habla quedado inconsciente. No es, pues, *un* golpe instantáneo y brutal, sino vados golpes y después una acción que, para ser eficaz, tuvo que prolongarse un tiempo;

c) No deja de ser reprochable también el que el acusado a continuación buscase la destrucción del cadáver, acaso para procurarse impunidad, lo que hace aún más execrable su conducta por incrementar el dolor de los familiares de la víctima. Sin que pueda objetarse que la provocación del incendio ya está contemplada en el otro delito por el que se le condena, pues el bien jurídico del delito de incendio, en la modalidad apreciada, nada tiene que ver con esta consideración.

Por todo lo expuesto, la Sala entiende que la pena ha de imponerse en su mitad superior, pareciendo razonable la de trece años y seis meses de prisión, por cuanto la edad, la atenuante apreciada y la ausencia de antecedentes penales en el acusado son circunstancias que impiden aproximarse más al tope máximo.

Motivación suficiente y que colma los requisitos de motivación del art. 72 CP . No siendo ocioso recordar que la sentencia recurrida al apreciar la circunstancia de embriaguez lo hace como analógica y no como muy cualificada, pronunciamiento que no ha sido recurrido por el acusado, lo que impediría , en todo caso, y por remisión a la regla 2ª, la imposición de la pena inferior en grado.

SEXTO: El motivo sexto al amparo del art. 5.4 LOPJ , en relación con el art. 852 LECrim , por infracción de precepto constitucional concretada en vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), derivada de la incorrecta aplicación de la regla 7ª del art. 66 CP , en la compensación y valoración de la concurrencia de la atenuante de intoxicación etílica y la agravante de parentesco en la comisión del delito de homicidio ya que, ante el concurso de tales circunstancias, debió imponerse la pena inferior en grado a



la señalada para el delito de homicidio o subsidiariamente, con aplicación de la regla 6ª, compensando la atenuante y agravante, la pena en su mitad inferior.

Dado que el recurrente se remite a lo alegado y razonado en el motivo anterior, tales cuestiones ya han sido analizadas en el fundamento jurídico precedente que damos por reproducido en aras a la brevedad.

SEPTIMO: El motivo séptimo al amparo de los arts. 5.4 LOPJ , y 852 LECrim . por infracción de los derechos fundamentales del acusado a la presunción de inocencia, a la tutela judicial efectiva y a la proscripción de la arbitrariedad (arts. 24 y 9 CE), en relación con el delito de incendio por el que ha sido condenado ya que debió ser absuelto del mismo.

A juicio del recurrente Bartolomé fue condenado por este delito sobre la base de la total y absoluta inexistencia de pruebas inculcatorias o de cargo alegadas o aportadas por las acusaciones que acreditasen, bien por vía directa o indiciaria, que fue él, con proceder doloso, el autor del incendio provocado en el salón de la vivienda que compartía con Nieves .

1º Con carácter previo es preciso efectuar una doble reflexión sobre la naturaleza del recurso de casación en relación a la función competencia del Tribunal del Jurado, debemos recordar que en sus orígenes históricos, la casación no era sino un *control de legalidad* referido a la interpretación y aplicación de la ley por los Tribunales, a efectuar por el Tribunal de Casación que en funciones de verdadera "policía jurídica" depuraba y eliminaba aquellas resoluciones judiciales que se apartaban de la interpretación correcta fijada, precisamente, por la Sala de Casación, que de este modo se convertía en *garante y custodio del principio de seguridad jurídica*, esencial en todo sistema jurídico y al que se refiere el art. 9 apartado 3 de la Constitución en términos de existencia y de efectividad "*...la Constitución garantiza... la seguridad jurídica...*" de ahí su naturaleza de recurso extraordinario. Con ello se garantizaba, igualmente el principio de igualdad ante la Ley, pues quedaba garantizada una idéntica interpretación y aplicación de la misma en todos los procesos.

Es precisamente en referencia a los juicios del Tribunal del Jurado que esa nota brilla con luz propia en la medida que la casación *descansa sobre el recurso de apelación* , al contrario de lo que ocurre en los delitos competencia de las Audiencias articuladas sobre la instancia única y la casación, bien que esta supla y cumpla con la exigencia de una segunda instancia tal como exige el art. 14-5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 ratificado por España el 16 de junio de 1977 en la medida que, como afirman las SSTC 42/82 , 76/86 , 110/85 y 140/85 , se permite a través de la Casación que el fallo condenatorio y la pena puedan ser revisados por un Tribunal Superior, y en idéntico sentido Sentencia de esta Sala 325/98 o la más reciente 90/2007, así como las referencias jurisprudenciales en ellas citadas. Mas recientemente las SSTC 105/03 de 2 de Junio y 116/2006 de 24 de Abril , vuelven a reiterar la suficiencia del recurso de casación español desde las exigencias del art. 14-5 de PID Civiles y Políticos.

En acatamiento estricto al principio de doble instancia reconocido en el Pacto Internacional citado, y también en el Protocolo VII al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 22 de Noviembre de 1984 y no ratificado por España, se articula en la Ley del Jurado un recurso de apelación que en palabras de la Exposición de Motivos "*...aspira a colmar el derecho al doble examen o doble instancia en tanto su régimen cumple suficientemente con la exigencia de que tanto el fallo condenatorio como la pena impuesta sean sometidas a un Tribunal Superior...*" , lo que permite resituar la casación en su propia función de control de la interpretación y aplicación de la Ley –principio de legalidad y seguridad jurídica– máxime en casos como el presente en el que los motivos son por Infracción de Ley.

De lo expuesto, se deriva con claridad que la sentencia objeto del recurso de casación es, precisamente, la dictada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad correspondiente, y por ello, no pueden ser objeto de denuncia cuestiones ajenas a lo debatido en el recurso de apelación, o dicho de otro modo, *el marco de la disidencia en el recurso de casación, queda limitado por lo que fue objeto del recurso de apelación* , y por tanto, lo que quedó fuera del ámbito de la apelación, no puede ser objeto del recurso de casación, en la medida que ello supondría obviar la existencia del previo control efectuado en la apelación, por tanto el control casacional se construye, precisamente, sobre lo que fue objeto del recurso de apelación. En tal sentido STS 255/2007 ó 717/2009 de 17 de Mayo y 1249/2009 de 9 de Diciembre .

Como segunda reflexión , enlazada con la anterior hay que reconocer, y así se ha dicho en varias sentencias de esta Sala – SSTS 439/2000 , 678/2008 , 867/2004 ó 1215/2003 , que en este control casacional *cabe la revisión de los juicios de inferencia* que haya alcanzado el Jurado, pero *solo* a través del análisis que de esta cuestión haya efectuado y valorado el Tribunal de apelación en el caso de que esta cuestión haya dado lugar a un motivo sustentador del previo recurso de apelación, de suerte que, en definitiva el ámbito del control casacional en esta cuestión se debe efectuar sobre la ponderación y argumentación que sobre esta cuestión haya llegado el Tribunal de apelación en respuesta a las alegaciones del apelante para coincidir o no con tales argumentaciones y con la conclusión a que se llega.



Al respecto, basta recordar la doctrina del Tribunal Constitucional que incluye dentro del ámbito del Recurso de Amparo la verificación de la consistencia y razonabilidad de los juicios de inferencia alcanzados en la instancia que se refieren, de ordinario, a la existencia de hechos subjetivos conectados con el dolo en el doble aspecto de prueba del conocimiento y prueba de la voluntad y todo ello en el marco de una actividad probatoria de naturaleza indiciaria.

Declara el Tribunal Constitucional – SSTC 135/2003 ó 263/2005 entre otras– que dicho examen debe efectuarse:

- a) Desde el *canon de la lógica* o de la coherencia de la conclusión para verificar que esta no sea irrazonable, y
- b) Desde el *canon de su suficiencia* o carácter excluyente eliminando las conclusiones débiles o imprecisas en las que quepan otras muchas hipótesis.

Realmente no podría ser de otra manera porque la garantía de la interdicción de la arbitrariedad en toda decisión judicial – art. 9- 3º C.E. – integra el núcleo reforzado de todo control jurisdiccional singularmente en el orden penal por la naturaleza de los bienes que pueden quedar afectados con la decisión judicial –singularmente la libertad individual– lo que convierte la verificación en comprobar que la razón está en la decisión judicial y es la que le da consistencia.

Efectuadas estas previas reflexiones hay que recordar, que el ámbito del control casacional cuando se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, exige de la Sala Casacional una triple verificación.

- a) En primer lugar, debe analizar el "*juicio sobre la prueba*", es decir, si existió prueba de cargo, estimando por tal aquella que haya sido obtenida con respeto al canon de legalidad constitucional exigible, y que, además, haya sido introducida en el Plenario de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y sometido al cedazo de la contradicción, intermediación e igualdad que definen la actividad del Plenario.
- b) En segundo lugar, se ha de verificar "*el juicio sobre la suficiencia*", es decir si constatada la existencia de prueba de cargo, ésta es de tal consistencia que tiene la virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia y
- c) En tercer lugar, debemos verificar "*el juicio sobre la motivación y su razonabilidad*", es decir si el Tribunal cumplió por el deber de motivación, es decir si explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia, ya que la actividad de enjuiciamiento es por un lado una actuación individualizadora, no seriada, y por otra parte es una actividad razonable, por lo tanto la exigencia de que sean conocidos los procesos intelectuales del Tribunal sentenciador que le han llevado a un juicio de certeza de naturaleza incriminatoria para el condenado es no sólo un presupuesto de la razonabilidad de la decisión *intra processum* , porque es una necesidad para verificar la misma cuando la decisión sea objeto de recurso, e *incluso, extra processum* , ya que la motivación fáctica actúa como mecanismo de *aceptación social de la actividad judicial* .

En definitiva, el ámbito del control casacional en relación a la presunción de inocencia se concreta en verificar si la motivación fáctica alcanza el estándar exigible y si, en consecuencia, la decisión alcanzada por el Tribunal sentenciador, *en sí misma considerada* , es lógico, coherente y razonable, de acuerdo con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, aunque puedan existir otras conclusiones porque *no se trata de comparar conclusiones sino más limitadamente, si la decisión escogida por el Tribunal sentenciador soporta y mantiene la condena*, – SSTC 68/98 , 85/99 , 117/2000 , 4 de Junio de 2001 ó 28 de Enero de 1002 , ó de esta Sala 1171/2001 , 6/2003 , 220/2004 , 711/2005 , 866/2005 , 476/2006 , 548/2007 , 1065/2009 , 1333/2009 , 104/2010 , 259/2010 de 18 de Marzo , 557/2010 de 8 de Junio , 854/2010 de 29 de Septiembre , 1071/2010 de 3 de Noviembre , 365/2011 de 20 de Abril y 1105/2011 de 27 de Octubre , entre otras–.

No es misión ni cometido de la casación ni decidir ni elegir, sino controlar el razonamiento con el que otro Tribunal justifica su decisión . Por ello, queda fuera, extramuros del ámbito casacional verificado el canon de cumplimiento de la motivación fáctica y la razonabilidad de sus conclusiones alcanzadas en la instancia, la posibilidad de que esta Sala pueda sustituir la valoración que hizo el Tribunal de instancia, ya que esa misión le corresponde a ese Tribunal en virtud del art. 741 LECriminal y de la intermediación de que dispuso, *intermediación que no puede servir de coartada para eximirse de la obligación de motivar* .

Para concluir, y en palabras del Tribunal Constitucional –últimamente en la STC 68/2010 –: "*....no le corresponde revisar (al T.C.) la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, sustituyendo de tal forma a los Juzgados y Tribunal ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el art. 117-3º de la C.E. , sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta...."*.



Así acotado el ámbito del control casacional en relación a la presunción de inocencia, bien puede decirse que los Tribunales de apelación, esta Sala de Casación o incluso el Tribunal Constitucional en cuanto controlan la motivación fáctica de la sentencia sometida a su respectivo control, actúan verdaderamente como *Tribunales de legitimación de la decisión adoptada* en la instancia, en cuanto verificar la solidez y razonabilidad de las conclusiones alcanzadas, confirmándolas o rechazándolas -- SSTS de 10 de Junio de 2002, 3 de Julio de 2002, 1 de Diciembre de 2006, 685/2009 de 3 de Junio, entre otras--, y por tanto controlando la efectividad de la interdicción de toda decisión inmotivada o con motivación arbitraria.

A lo dicho hay que tener en cuenta el recordatorio de que *el recurso de casación lo es contra la sentencia dictada en apelación*, es decir contra la expresada sentencia de 22.10.2012, por lo que nuestro control debe reducirse a las argumentaciones de la sentencia de apelación para rechazar tal violación que se reproduce en esta sede casacional. Estamos en consecuencia ante un *control de legalidad*, es decir de la corrección de la aplicación del derecho que efectuó el Tribunal de apelación ya que esta casación descansa sobre la previa sentencia de apelación.

2º Bien entendido que a falta de prueba directa de cargo -se dice en las SSTS. 714/2014 de 12.11 y TC. 133/2011 de 18.7, la prueba indiciaria es valida para enervar el derecho a la presunción de inocencia siempre que exista una mínima actividad probatoria realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales de la cual quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en los mismos (por todas SSTC. 1/2009 de 12.1, 108/2009 de 11.5, y 25/2011 de 14.3).

La prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento condenatorio, sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre que: **1)** el hecho o los hechos bases (o indicios) han de estar plenamente probados; **2)** los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos base completamente probados; **3)** se pueda controlar la razonabilidad de la inferencia, para lo que es preciso, en primer lugar, que el órgano judicial exteriorice los hechos que están acreditados, o indicios, y, en segundo lugar, se explique el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia; y, finalmente, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común (por todas STC. 25/2011 de 14.3).

Ahora bien tiene afirmado el Tribunal Constitucional -entre otras SS. 111/2008 de 22.9, 111/2011 de 4.7-, que el control de constitucionalidad de la racionalidad y solidez de la inferencia en que se sustenta la prueba indiciaria puede efectuarse tanto desde el canon de su lógica o coherencia (de modo que será irrazonable si los indicios acreditados descartan el hecho que se hace desprender de ellos o no llevan naturalmente a él), como desde su suficiencia o calidad concluyente (no siendo, pues, razonable la inferencia cuando sea excesivamente abierta, débil o imprecisa), si bien en este último caso el Tribunal Constitucional ha de ser especialmente prudente, puesto que son los órganos judiciales quienes, en virtud del principio de inmediación, tienen un conocimiento cabal, completo y obtenido con todas las garantías del acervo probatorio. Por ello se afirma que sólo se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia en este ámbito de enjuiciamiento "cuando la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada" (SSTC. 229/2003 de 28.12, 109/2009 de 11.5, 70/2010 de 18.109).

Bien entendido -hemos dicho en SSTS. 577/2014 de 12.7, 732/2013 de 16.10, y 700/2009 de 18.6- que es claro "desde la perspectiva del razonamiento presuntivo seguido por el Tribunal a quo, que no toda inferencia que vaya del *hecho conocido* al *hecho ignorado* ofrece, sin más, la prueba de este último. Las inferencias deben ser descartadas cuando sean dudosas, vagas, contradictorias o tan débiles que no permitan la proclamación del hecho a probar. Sin embargo, es perfectamente posible que la prueba se obtenga cuando las inferencias formuladas sean lo suficientemente seguras e intensas como para reducir el margen de error y de inaceptabilidad del razonamiento presuntivo. Y la seguridad de una inferencia, su precisión, se produce cuando aquélla genera la conclusión más probable sobre el hecho a probar. En el fondo, esta idea no es ajena a una probabilidad estadística que se presenta como la probabilidad prevaleciente. En suma, resultará probada la hipótesis sobre el hecho que se fundamente sobre diversas inferencias presuntivas convergentes cuando esa hipótesis esté dotada de un grado de confirmación prevaleciente respecto de otras hipótesis a las que se refieren otras inferencias presuntivas, mucho más débiles y por tanto incapaces de alterar la firmeza de aquella que se proclama como predominante.

Pero conviene insistir en que la validez de unos indicios y la prevalencia de la inferencia obtenida de ellos, no puede hacerse depender de que no existan indicios que actúen en dirección contraria. En términos generales, la suficiencia de unos indicios no exige como presupuesto la exclusión total y absoluta de la hipótesis contraria. La concordancia de las inferencias puede no ser necesaria. Incluso si uno o varios juicios de inferencia son suficientes por sí solos para justificar las hipótesis sobre el hecho, mientras que otras presunciones se refieren a hipótesis distintas pero les atribuyen grados débiles o insuficientes de confirmación, es siempre posible una elección racional a favor de la hipótesis que goza de una probabilidad lógica prevalente, aunque exista



la posibilidad de otras inferencias presuntivas, incapaces por sí solas de cuestionar la validez probatoria de aquella que permite, más allá de cualquier duda razonable, respaldar la que se impone como dominante".

3º En el caso presente la sentencia del Tribunal Superior de Justicia, fundamento jurídico décimo, analiza la vulneración de la presunción de inocencia denunciada por el acusado, al amparo de los apartados b y c del art. 846 bis c) LECrim, por haber sido condenado como autor de un delito de incendio, sin prueba alguna de su autoría y lo desestima razonando como el vacío probatorio que se denuncia es, de nuevo, una artificiosa construcción dialéctica de la representación del recurrente, que tergiversa el sentido de la prueba practicada y de la motivación ofrecida por el veredicto y (en paralelo) por la sentencia.

Que se produjo un incendio en el interior de la vivienda de Nieves, y que en su causación no pudo intervenir ninguna tercera persona (pues la vivienda quedó cerrada con llave desde fuera al abandonarla Bartolomé con Nieves ya fallecida) es hecho no susceptible de discusión. Lo que sostiene la defensa de Bartolomé es que el fuego se inició accidentalmente como consecuencia de un cigarrillo abandonado en el sillón o en el sofá, y que el fuego tardó en propagarse cerca de dos horas después de que Bartolomé abandonase la vivienda. A tal fin invoca la hora en que la testigo Carina dijo cruzarse con Bartolomé en la escalera (las 3.10) y la hora en que el incendio fue percibido desde fuera, según las declaraciones del testigo Rafael y del Policía Local NUM003 fue en torno a las 4.30, lo que le hace deducir que el modo de combustión no fue el de llama directa, sino el de un cigarrillo dejado en el sofá o en el sillón.

Lo que pretende en definitiva el recurrente es convencer a la Sala de una *alternativa* a su juicio más razonable de valorar la prueba, y eso no está permitido en este extraordinario recurso de apelación equiparado a la casación. Es verdad que lo intenta de manera dialécticamente hábil, proponiendo como premisa lo que no es más que una hipótesis que más bien parece desmentida por la prueba practicada: que Bartolomé abandonó *definitivamente* la vivienda de Nieves a las 3,10, cuando se cruzó con la vecina. Si ello fuera así, podría resultar relevante la hora en que se declaró o se percibió por los vecinos el incendio, pero lo cierto es que no puede partirse de tal premisa, por cuanto más bien todo indica que el acusado, aunque fuera cierto que se cruzó con la testigo Carina a las 3.10, volvió al domicilio con posterioridad y no lo abandonó hasta pocos momentos antes de declararse el incendio. así, el testigo Florentino dijo con claridad que *"alguien bajó las persianas cuando ya había fuego en el piso"*, lo que permite inferir de manera absolutamente razonable que el acusado se hallaba dentro de la vivienda en el momento en que ya podían percibirse las llamas; el testigo Luis Antonio dijo haber visto a Bartolomé conduciendo, solo, el vehículo de Nieves, e inmediatamente vio que había fuego en un piso de la urbanización; y el testigo Julián manifestó haber oído aquella noche *"varias veces entrar y salir"* (*"hasta tres veces que su mujer había visto al acusado salir y tomar el ascensor, que "cada vez que se entraba y salía se cerraba con llave", y, finalmente, que "desde que escuchó cerrar la puerta hasta que oyó el ruido de escombros" y ver que "salía humo por la puerta", "pasaron unos diez minutos"*).

No hay pues, vacío probatorio sobre la autoría del incendio, ni la valoración de la prueba, que realiza el Tribunal de Jurado (la declaración inicial del acusado al agente NUM004) el día del accidente en la que la de forma espontánea y libre la manifestó, entre otros hechos, que le había prendido fuego al piso; declaración del policía Nacional NUM005, perteneciente a la policía científica y especialista en incendios, que manifiesta que el fuego se produjo por llama directa, la declaración de Florentino que manifestó haber visto bajar las persianas con normalidad, cuando el incendio ya estaba iniciado, la declaración de Carina que sitúa al inculpado en el lugar de los hechos, puede calificarse de arbitraria, solo hay una versión diferente, pero no más razonable que la creída por el Jurado.

Siendo así no cabe sino ratificar las conclusiones alcanzadas por el Tribunal de instancia, ya que se basó en prueba suficiente, válidamente obtenida y practicada, ajustándose el juicio de inferencia realizado a tal fin por el tribunal de instancia a las reglas de la lógica y a los principios de la experiencia, y a los parámetros de racionalidad y modificación exigibles, quedando extramuros de la competencia de esta Sala censurar el criterio de dicho Tribunal sustituyéndole mediante otra valoración alternativa del significado de los elementos de prueba disponibles, por lo que no se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia de los hoy recurrentes quienes en su argumentación critican la fuerza de convicción de las pruebas de apoyo en sus exclusivas manifestaciones exculpatorias, olvidando que el problema no es que no haya mas pruebas de cargo, o incluso que existan pruebas de descargo que la Sala no haya creído, sino determinar si las pruebas de cargo en las que se ha apoyado la Sala de instancia para condenar son suficientes y han sido racional y lógicamente valoradas.

Y en este caso no puede considerarse que la valoración de la Sala haya sido manifiestamente errónea. Por el contrario ha contado con suficiente prueba de carácter incriminatorio con aptitud para enervar la presunción de inocencia. Convicción de la Sala lógica y racional y conforme a las máximas de experiencia común, y que conlleva la desestimación del motivo, por cuanto - como recuerda la STS. 849/2013 de 12.11 - "el hecho de que la Sala de instancia dé valor preferente a aquellas pruebas incriminatorias frente a la versión que pretende



sostener el recurrente, no implica, en modo alguno, vulneración del derecho a la presunción de inocencia, antes al contrario, es fiel expresión del significado de la valoración probatoria que integra el ejercicio de la función jurisdiccional, y se olvida que el respeto al derecho constitucional que se dice violado no se mide, desde luego, por el grado de aceptación por el órgano decisorio de las manifestaciones de descargo del recurrente".

RECURSO INTERPUESTO POR Celestina y Juan Miguel (acusación Particular).

OCTAVO: El motivo primero al amparo del art. 24.1 CE por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, como autoriza el art. 5.4 LOPJ, al no apreciar la existencia de alevosía, que fue estimada por el Jurado por unanimidad a tenor de los hechos probados de la sentencia, priva a esta parte de la tutela judicial efectiva.

El motivo no debe ser estimado.

1º.- La tutela judicial efectiva, desde el prisma de la parte acusadora, sólo se instala en el ámbito propio de la mera legalidad, lo cual significa que tiene derecho a acudir a los Jueces y Tribunales para obtener la justicia que demanda, pero una decisión en cualquier sentido, clara y no vinculada necesariamente a la versión y criterio interesado de dicha parte, por lo que no equivale a que, en todo caso, la pretensión haya de ser atendida, cualquiera que sea la razón que asista al postulante, esto es, que la tutela judicial efectiva la concede el Texto Constitucional in genere y que, por ello, no habrá denegación de justicia cuando las pretensiones de las acusaciones no prosperan, máxime cuando los órganos jurisdiccionales, forzosamente han de fallar en pro de una de las partes, sin que el acogimiento de las formuladas por la parte contraria entrañen falta de tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos.

Por ello, no existe un derecho constitucional a obtener la condena penal de otra persona en los términos interesados por la acusación que puede esgrimirse frente al Legislador o frente a los órganos judiciales SSTC 199/96 de 3.12, 41/97 de 10.3, 74/97 de 21.4, 67/98 de 18.3, 215/99 de 29.11, 21/2000 de 31.1).

La protección constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva no otorga su derecho a la condena del imputado (SSTS. 258/2007 de 24.4, 1024/2007 de 30.11).

2º.- Que la acusación particular tiene derecho a obtener una respuesta razonable y fundada en Derecho, lo que además ya venía preceptuado en el art. 142 LECrim. está prescrito en el art. 120.3 CE, y se deduce implícitamente de la prohibición de la arbitrariedad que impone el art. 9.3 de la misma Supra Ley.

Por ello, podrá considerarse que la resolución judicial impugnada vulnera el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, cuando no sea fundada en derecho, lo cual ocurre en estos casos:

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

b) Cuando la motivación es solo aparente, es decir, el razonamiento que la funda es arbitrario, irrazonable e incurrir en error patente. Es cierto como ha dicho el ATC. 284/2002 de 15.9 que "en puridad lógica no es lo mismo ausencia de motivación y razonamiento que por su grado de arbitrariedad e irrazonabilidad debe tenerse por inexistente, pero también es cierto que este Tribunal incurriría en exceso de formalismo si admitiese como decisiones motivadas y razonadas aquellas que, a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueba que parten de premisas inexistente o patentemente erróneas o siguen sin desarrollo argumental que incurrir en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas". (STS. 770/2006 de 13.7).

El Tribunal Constitucional, SS. 165/93, 158/95, 46/96, 54/97 y 231/97 y esta Sala SS. 626/96 de 23.9, 1009/96 de 30.12, 621/97 de 5.5 y 553/2003 de 16.4, han fijado la finalidad y el alcance y límites de la motivación. La finalidad de la motivación será hacer conocer las razones que sirvieron de apoyatura a la decisión adoptada, quedando así de manifiesto que no se ha actuado con arbitrariedad. La motivación tendrá que tener la extensión e intensidad suficiente para cubrir la esencial finalidad de la misma, que el Juez explique suficientemente el proceso intelectual que le condujo a decidir de una manera determinada.



En este sentido la STC. 256/2000 de 30.10 dice que el derecho a obtener la tutela judicial efectiva "no incluye un pretendido derecho al acierto judicial en el selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, salvo que con ellas se afecte el contenido de otros derechos fundamentales distintos al de tutela judicial efectiva (SSTC. 14/95 de 24.1 , 199/96 de 4.6 , 20/97 de 10.2).

En el caso presente es cierto que la sentencia del Jurado estimó la concurrencia de la alevosía en la actuación del acusado, mientras que la sentencia del Tribunal Superior de Justicia, vía recurso de apelación, entendió que no cabía apreciar la misma, pero expresó las razones por las que entendía que los hechos probados no integraban el supuesto típico de la alevosía, que el ataque físico de Bartolomé a Nieves que le llevó desde la inicial discusión, sin solución de continuidad, a quitarle la vida, no permite estimar la concurrencia de indefensión inicial ni sobrevenida en los términos que razona la sentencia de apelación.

Dicha motivación debe entenderse suficiente, a los efectos de satisfacer el derecho a la tutela judicial efectiva, cuestión distinta es si es conforme con el art. 139.1 en relación con el art. 22.1 CP , lo que es objeto del motivo por infracción de Ley, articulado en tercer lugar.

NOVENO: Analizando, congruentemente el motivo tercero al amparo del art. 849.1 LECrim , por infracción de Ley e indebida aplicación del art. 139.1 CP .

Considera el motivo que en base al relato de hechos probados no se puede compartir las conclusiones de la sentencia recurrida, dado que se distinguen dos fases en la actuación del acusado contra la víctima. En la primera le proponía diversos y fuertes golpes en la cabeza, cara, cuello y tórax, lo que hizo que Nieves perdiera la conciencia y cayera al suelo. Y en la segunda fase posterior, la acción del acusado, situándose encima de Nieves , apretándole fuertemente el cuello con las manos, quien no podía defenderse ni hacer frente a la agresión porque estaba inconsciente, momento en el que puede decirse que empezó el plan homicida. Se trata en definitiva, de dos acciones que, aunque próximas en la sucesión temporal, aparece claramente la alevosía en la segunda fase en que la víctima está en el suelo e inconsciente, a merced del acusado y en situación de absoluta indefensión.

1º En relación a la alevosía en SSTs. 703/2013 de 8.10 , 599/2012 de 11.7 y 632/2011 de 28.6, hemos dicho que el Tribunal Supremo viene aplicándola 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.

2º En cuanto a la alevosía sobrevenida se produce cuando no se halla presente en el comienzo de la acción, pero tras una interrupción temporal se reanuda el ataque, aunque sea de distinta forma o modo, durante el que surge el aprovechamiento de la indefensión del agredido, propiciada por la intervención de terceros o también por el propio agente (SSTS. 1115/2004 de 11.11 , 550/2008 de 18.9 , 640/2008 de 8.10 , 790/2008 de 18.11). Existe cuando aun habiendo mediado un enfrentamiento previo sin circunstancias iniciales alevosas, se produce un cambio cualitativo en la situación, de modo que esa última fase de la agresión, con sus propias características, no podía ser esperada por la víctima en modo alguno, en función de las concretas circunstancias del hecho, especialmente cuando concurre una alteración sustancial en la potencia agresiva respecto al instrumento utilizado, el lugar anatómico de la agresión y la fuerza empleada.(SSTS. 53/2009 de 22.10 , 147/2007 de 19.2 , 640/2008 de 8.10 , 243/2004 de 24.2).

3º Ahora bien cuando el ataque a la persona se produce desarrollándose en varios actos ejecutados sin solución de continuidad, si en el inicio de la agresión no es posible apreciar la alevosía a causa de la ausencia de sus elementos característicos, tampoco podrá estimarse su concurrencia valorando el eventual desvalimiento o situación de inferioridad en la que se encuentra la víctima en los momentos finales de la acción, pues ésta sería una consecuencia natural de los primeros actos de agresión. Por lo tanto, solo será posible apreciar la alevosía cuando la acción se haya interrumpido, para reanudarla posteriormente aprovechando la situación creada (STS. 1089/2007 de 19.12).

En igual sentido la STS. 357/2002 de 4.3 , en un caso en que el acusado cogió a su esposa por el cuello presionando *hasta que quedó desvanecida* y como observó que seguía con vida la remató estrangulándola, no se apreció la alevosía sobrevenida, porque es preciso que se inicie una acción delictiva sin carácter alevoso y se continúe después otra distinta contra el mismo sujeto pasivo, lo que no ocurrió en el caso examinado, en el que hubo una única acción.



Es cierto que no faltan sentencias de esta Sala que entienden hay alevosía, en la modalidad de sobrevenida, en la acción de seguir golpeando a la víctima ya en el suelo e inconsciente y por tanto totalmente desvalida (SSTS. 1346/2005 de 21.10 , 1271/99 de 20.9).

Esta doctrina ha sido matizada en la reciente STS. 104/2014 de 14.2 que recuerda que "Para apreciar la alevosía que convierte en asesinato el homicidio hay que atender no tanto al mecanismo concreto homicida como al marco de la total acción. Aunque a algunas modalidades específicas parece connatural la alevosía -el veneno v.gr.- ni siquiera en esos casos son inimaginables supuestos en que no hay alevosía: -violento forcejeo en el que se acaba por reducir a la víctima para hacerle ingerir por la fuerza el veneno-. En concordancia con esta premisa general no puede afirmarse apriorísticamente que un estrangulamiento sea siempre alevoso. De hecho en la jurisprudencia encontramos casos de asfixia por estrangulamiento catalogados como alevosos frente a otros en que se calificó como homicidio (SSTS 1068/2010, 2 de diciembre y 20 de diciembre de 2006 , 1279/2006 ó STS 76172007, de 26 de septiembre, 162/2009, de 12 de febrero por recoger un par de precedentes en cada dirección).

La alevosía -la elección de una forma que tienda a eliminar las posibilidades de defensa- ha de referirse a la agresión contemplada como un todo y no a sus últimos eslabones; hay que fijarse en el episodio en su conjunto y no solo en los avatares, que preceden inmediatamente al fallecimiento. Si fuese de otra forma sería harto infrecuente un homicidio consumado que no pudiese ser calificado de asesinato. Si se ha alcanzado el objetivo buscado es que finalmente se han superado los eventuales mecanismos de defensa; en definitiva que se han anulado. El fallecimiento será la prueba de que se han laminado las posibilidades defensivas. Si pudieron existir, han sido abolidas. Hay que valorar la alevosía en un juicio *ex ante*: situarnos al inicio de todo el episodio. El último "navajazo", que después de una larga serie de ellos y un reñido enfrentamiento, se propina cuando la víctima ha sido despojada del arma que también portaba, y yace en el suelo malherida y ya sin la menor capacidad de reacción, no convierte en alevosa esa agresión que comenzó frente a frente y con ambos contendientes armados. El ataque que se inicia sin alevosía no se torna alevoso como consecuencia de los lances o circunstancias que pueden ir sobreviniendo, salvo cuando se produce una solución de continuidad, una *cesura* entre el inicial episodio y un nuevo acometimiento (alevosía sobrevenida); o un inesperado e inesperable cambio cualitativo.

En un estrangulamiento que ha alcanzado su objetivo letal siempre obviamente hay un momento en que la víctima está totalmente indefensa y desvalida. Pero eso no es definitivo. El factor decisorio es cómo se ha llegado a esa situación. Si se hace de forma sorpresiva e inopinada, cuando la víctima no puede esperar ese ataque; o a traición, abordándola por la espalda; o cuando la víctima se encuentra (se supone inicialmente, es decir sin que haya mediado ningún tipo de ataque o agresión) durmiendo o inconsciente (desvalimiento), habrá un asesinato. Cuando el estrangulamiento es el último acto ejecutivo de una agresión que comenzó de frente, con forcejeos, y, venciendo la resistencia opuesta por la víctima, se consigue doblegar sus esfuerzos por zafarse y postrarla sujetándole la garganta para asfixiarla, no hay alevosía. Esta ha de predicarse -con las salvedades hechas- de todo el episodio y no del instante final".

En el caso contemplado en la STS. 104/2014 , la agresión se produjo en el curso de una fuerte discusión, con golpes, empujones y agarrones, que constituyeron el preámbulo del estrangulamiento, punto de partida de la acción homicida en que no está acreditada la alevosía, por lo que resultaba procedente negar tal cualificación a todo el episodio en la medida en que no se ha producido solución de continuidad. Situación similar a la y que conlleva la desestimación del motivo.

DECIMO: El motivo segundo al amparo de los arts. 120.3 y 4 CE , con base a lo dispuesto en el art. 5.4 LOPJ , por motivación insuficiente de la sentencia recurrida al apreciar la concurrencia de la circunstancia analógica de embriaguez, y el motivo cuarto al amparo del art. 849.1 LECrim , por infracción de Ley e indebida aplicación de la referida atenuante del art. 21.7 en relación con la del art. 20.1 y 20.2 CP , deben ser analizados conjuntamente en cuanto denuncian la falta de motivación suficiente de la sentencia recurrida en orden a su apreciación y consiguientemente de infracción de Ley derivada de tal aplicación.

Se sostiene que por los recurrentes que la atenuación por consumo de alcohol requiere no solo el elemento objetivo de su ingesta, sino también la influencia de dicho consumo sobre las condiciones de imputabilidad, y discrepan de la argumentación de la sentencia del Tribunal Superior que, de una parte, aprecia la atenuante por cuanto sí, siendo un hecho objetivo que el acusado había ingerido una importante cantidad de alcohol en momentos anteriores a los hechos, debe considerarse probado también que las facultades volitivas tuvieron que quedar al menos levemente afectadas; y de otra cuestiona el razonamiento seguido por el Jurado en su veredicto -que no estimó concurrente referida atenuante- al basarse exclusivamente en el informe pericial de los forenses Eloisa y Faustino , cuando dicho informe resulta inexpresivo sobre este particular, pues lo que vino a establecer es que resultaba imposible determinar la cantidad exacta de alcohol ingerida y por tanto tampoco en qué medida les facultades del acusado estaban afectadas en el momento de los hechos.



Razonamiento del Tribunal Superior que no comparten al resultar contradictorio con el propio fundamento jurídico quinto de la sentencia que al desestimar el motivo articulado en apelación por la defensa del acusado sobre la falta de motivación del veredicto, consideró muy importante la referencia del Jurado a las "declaraciones de los médicos forenses", destacando, como uno de ellos, Sr. Faustino se mostró claramente a favor de considerar que al tiempo de la comisión de los hechos "no cree que entrase en un estado de obnubilación tal que le impidiera saber lo que hacía", para concluir que del resultado de la prueba y hechos probados de la sentencia si bien está acreditado que acusado y víctima en la tarde de 12 octubre a primeras horas del día 13 consumieron bebidas alcohólicas, no se constata que dicha ingesta afectara a la capacidad volitiva e intelectual del acusado, sino más bien lo contrario, tal como resulta de las declaraciones de los testigos, de los Agentes de la Guardia Civil y de la propia conducta del acusado tras los hechos.

Con carácter previo debemos recordar (SSTS. 300/2012 de 3.5 , 454/2014 de 10.6 , que "...el Tribunal de apelación solamente puede revisar aquellos juicios de inferencia que, **en su vertiente jurídica** , sean manifiestamente carentes de lógica y racionalidad. Cuando esta revisión pueda perjudicar al reo, ha de realizarse partiendo exclusivamente de los datos objetivos obrantes en el propio relato fáctico, manteniendo inmutables estos hechos, y sin apoyar la revisión en ninguna otra prueba, pues la valoración conjunta de la prueba compete exclusivamente al Jurado.

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

Desde estas premisas procede ahora analizar si a la vista de la actividad probatoria llevada a cabo en el juicio oral y de los argumentos de la tesis del recurso -apoyada por el Ministerio Fiscal- se cumplieron las exigencias de explicación del veredicto en orden a las razones por las que el Jurado no consideró probada la influencia del consumo del alcohol, ni las facultades intelectivas y volitivas, a pesar de considerar probado que el día 12.10.2012 el acusado y su pareja Nieves , después de comer en el restaurante "La Estación" de Úbeda, pasaron la tarde en diferentes bares y pubs tanto de Úbeda como de Baeza, consumiendo diversas bebidas alcohólicas como cervezas, vinos, combinados de ginebra, así como comiendo distintas tapas y raciones, hasta que sobre las 2,15 horas del día 13.10.2012, llegaron al pub "Badana" de Úbeda, donde igualmente consumieron dos combinados de ginebra y donde iniciaron una discusión, exigencias que la sentencia del Tribunal Superior de Justicia entendió no cumplidas, y sí por el contrario es esta última sentencia al no observar la coherencia, concordancia, lógica y racionalidad exigibles, se adentra en el terreno de la arbitrariedad proscrita por nuestra doctrina y jurisprudencia y por ende, determina la indefensión de las partes acusadoras, también sujetos a los efectos y mandatos de la tutela judicial efectiva, de acuerdo con el art. 24 CE . (STS. 753/2008 de 19.11).

Efectuada esta precisión previa se ha de partir necesariamente de que no basta el consumo de bebidas alcohólicas para que se entienda siempre disminuida la imputabilidad y la responsabilidad penal del sujeto, por ello, cuando se trata de la ingesta de bebidas alcohólicas es necesario determinar de alguna forma no solo los líquidos ingeridos o al menos la existencia del consumo junto con datos que permitan su valoración, sino además, precisar suficientemente los efectos que ha causado en la capacidad del sujeto para entender la ilicitud del hecho o para actuar conforme a esa comprensión (STS. 1424/2005 de 5.12), y en este sentido es particularmente útil acudir a la conducta del sujeto no solo en relación a los concretos hechos constitutivos del delito, sino también a todos aquellos otros periféricos al mismo que pueden aportar datos sobre su estado (STS. 631/2004 de 13.5). La influencia de la embriaguez debe ser de tal intensidad que anula considerablemente la capacidad de comprender la ilicitud del hecho o de actuar conforme a esa comprensión. No es, desde luego, un resorte automático para dulcificar la necesidad de la pena, en todo caso (STS. 136/2007 de 8.2).

En el caso presente la sentencia del Tribunal Superior de Justicia, no procede a examinar el relato de hechos probados -que al no considerar probadas por unanimidad las proposiciones II A, B y C, y si probada la D- no



contiene referencia alguna a que el consumo de bebidas alcohólicas hubiese afectado a las facultades volitivas e intelectivas del acusado, sino que realiza una nueva valoración de la prueba y sustituyendo la realizada por el Tribunal de Jurado, considera que Bartolomé tenía tales facultades alteradas, basándose en el informe pericial de Doña. Eloisa y Faustino, efectuado el 8.1.2013, sobre la base de "los documentos obrantes en las diligencias" en el que se dice que Bartolomé, consumió en aquella jornada, en diversos lugares, y a lo largo de unas doce horas, un Martín blanco, cuatro vinos blancos, otras seos o siete copas de vino y cinco combinados de tónica con ginebra, y en que cuatro horas después de los hechos el acusado fue sometido a una prueba de alcohol (Drage alcotest 7110 E) y el resultado fue de 0,48 mg/l. y 0,51 mgr/l. y que en el cadáver de la víctima se apreció 1,65+/-0,08 g/l. de alcohol etílico, para concluir que conforme a las reglas de la experiencia la ingesta de una gran cantidad de alcohol, comporta al menos la afectación de la facultad de autocontrol por cuanto, sobre la base de la gran ingesta de alcohol, lo razonable es tener por acreditada la merma de facultades a menos que se hubieran aportado pruebas que evidenciasen un comportamiento normal en el momento de los hechos, para seguidamente analizar determinadas manifestaciones de testigos, y estimar el motivo de apelación y apreciar la concurrencia de la atenuante analogía de embriaguez.

Razonamiento de la Sala de apelación, sustituyendo la valoración realizada por el Jurado que no puede ser compartido.

-En cuanto al informe medico-forense no ampara ni la afectación ni la no afectación de las facultades, lo único que supone es tener como acreditada la afectación de facultades, al no poder aseverar los forenses el grado de afectación o no de estas, tal es así que la propia sentencia, fundamento jurídico quinto, recoge textualmente: de manera que si es cierto que los forenses no llegaron a conclusiones rotundas sobre la concurrencia o no de afectación de facultades en el momento de los hechos, lo que si está claro es que esos peritos no consideraron probada la afectación de las facultades cognitivas o volitivas del acusado, lo que es justamente lo que el Jurado refleja al no considerar probados los hechos en los que se basaban las atenuantes y las agravantes".

-Respecto a la prueba de alcoholemia, realizada cuatro horas después de los hechos, con independencia de que el resultado fue inferior al marcado por la Ley para determinar la existencia del delito contra la seguridad del tráfico del art. 379.2 CP, que exige una tasa superior a 0,60 miligramos de alcohol en litro de aire espirado, resulta significativo -como precisa el Ministerio Fiscal en su escrito de apoyo al motivo- que tal prueba diera un primer resultado de 0,48 mgr/l inferior al segundo de 0,51 mgr de alcohol, lo que evidencia que estaba en un periodo de absorción presentando una curva ascendente, es decir el acusado se encontraba bajo el efecto creciente de la ingesta realizada, lo que apunta a que había bebido después de cometidos los hechos. Estudios médico legales acreditan que la cantidad de alcohol en sangre aumenta rápidamente (fase ascendente). En un determinado momento unos 30-90 minutos tras la última copa, la curva parece estabilizarse durante un corto periodo de tiempo. Y a partir de ahí la alcoholemia comienza a bajar lentamente (fase descendente) hasta la completa eliminación.

Siendo igualmente relevante el testimonio en el plenario de los agentes de la Guardia Civil que practicaron la prueba en el sentido de que no apreciaron signos de alcohol en el acusado "que no le notaron síntomas externos de haber bebido" y "que no estaba afectado por bebidas alcohólicas cuando declaró".

-El resto de la prueba testifical ninguno de los testigos que vio a Bartolomé la tarde noche de los hechos, Carina, Luis Antonio, Benjamín, Custodia y Matilde, apreciaron síntomas claros de embriaguez, siendo particularmente relevante el testimonio de Carina, persona que se cruzó con el acusado en la escalera del edificio cuando acababa de cometer los hechos, que solo manifestó que "olía a alcohol" pero que "iba normal".

-Por último hay otros datos que avalan que el acusado, pese al alcohol ingerido, no tenía afectadas sus capacidades intelectivas y volitivas, cuales son la conducta que desarrolló después de cometer los hechos: primero, con el fin de ocultar los mismos prendiendo fuego de forma deliberada a un sillón o sofá existente en el salón, situado junto al cadáver de Nieves; y segundo, que fuese capaz de conducir su vehículo, de noche, desde Úbeda hasta la población de Guijar Sierra (Granada), domicilio de su padre, durante varias horas y efectuando numerosas llamadas desde su teléfono móvil a su padre y amigos, comentando a uno de ellos, Jesús Manuel, que se había liado y se dirigía a Granada a verlo.

En este punto resulta evidente que si la impregnación alcohólica hubiera sido importante la aptitud para conducir su vehículo de motor se hubiese visto muy disminuida, impidiendo su conducción o provocando el accidente en momentos próximos al inicio de la marcha.

En definitiva lo único acreditado es que el acusado consumió diversas bebidas alcohólicas, como cervezas, vino y combinados de ginebra, pero en un plazo muy amplio -10 ó 12 horas- y comiendo diversas tapas y raciones. Ello permitió la metabolización del alcohol ingerido, con lo que al tiempo de realizar la conducta delictiva, el sujeto agente era consciente de lo que hacía -En este sentido la STS. 753/2008 de 19.11.



Consecuentemente los motivos deben ser estimados al no constar acreditada la concurrencia de la atenuante referida, cuya carga compete a la defensa y la valoración del Tribunal de apelación, sustituyendo a la realizada por el Tribunal de Jurado, carece de un soporte lógico en cuanto considera que la ingesta de alcohol necesariamente, sin prueba que lo acredite debió producir una disminución de la capacidad de culpabilidad de Bartolomé .

DECIMO PRIMERO: El motivo quinto por infracción de Ley, art. 849.2 LECrim , por haberse producido error en la apreciación de la prueba derivado de documentos auténticos que obran en la causa y no controvertidos que imponen tener por acreditada la concurrencia de la circunstancia atenuada analógica de embriaguez, designa como documento la prueba pericial de los médicos forenses, las declaraciones testificales de diversos testigos y el informe policial de las llamadas realizadas por Bartolomé a su padre entre las 2,30 y 7,30 horas y de éste a aquel, así como informe policial sobre llamadas telefónicas y ubicación teléfonos folio 342.

El motivo, estimado que ha sido el precedente carece de efectos prácticos, no obstante retomando lo ya expuesto en el análisis del motivo segundo del recurso interpuesto por el acusado Bartolomé , quedan excluidos del concepto de documento a efectos casacionales, todos aquellos que sean declaraciones personales aunque aparezcan documentadas, como son las testificales y periciales, y el informe policial sobre llamadas, con independencia de que no evidencie el estado del acusado, como parte del atestado carece de naturaleza documental (STS. 796/2000 de 8.5).

RECURSO INTERPUESTO POR LA JUNTA DE ANDALUCÍA

DECIMO SEGUNDO: El motivo primero por infracción de Ley previsto en el art. 849.1 LECrim . por indebida aplicación del art. 21 . 78 en relación con el art. 21.1 en relación con el art. 20.2 CP , al haber apreciado la sentencia la concurrencia de la circunstancia analógica de embriaguez.

Coincidiendo las alegaciones del motivo con las contenidas en el motivo cuarto del recurso formulado por la acusación particular, nos remitimos a lo ya expuesto en orden a la prosperabilidad del motivo.

DECIMO TERCERO: El motivo segundo por infracción de Ley previsto en el art. 849.2 LECrim . por existencia de error en la valoración de la prueba, designa el informe pericial de 8.1.2013, y declaraciones de testigos que permiten no tener por acreditada la afectación de facultades del acusado.

El motivo se formaliza por la misma vía y con argumentos similares al motivo quinto interpuesto por la acusación particular, por lo que reitera lo ya manifestado para evitar repeticiones innecesarias.

DECIMO CUARTO: El motivo tercero por infracción de Ley previsto en el art. 849.1 LECrim , por no aplicación de la circunstancia 1 del art. 139 CP , concurrencia de la alevosía.

El motivo se corresponde con el motivo cuarto del recurso de la acusación particular por lo que nos remitimos a lo ya argumentado en orden a su desestimación.

DECIMO QUINTO: El motivo cuarto por infracción de precepto constitucional, art. 24 CE y 852 LECrim , conculcación del derecho de la parte a la tutela judicial efectiva, en cuanto a la apreciación de la atenuante analógica de embriaguez y la no concurrencia de la alevosía en el hecho causante de la muerte de Nieves .

El motivo resulta asimismo coincidente con las alegaciones del motivo primero del recurso interpuesto por la acusación particular, por lo que nos remitimos a lo ya argumentado en orden a su improsperabilidad.

DÉCIMO SEXTO: Desestimándose el recurso interpuesto por el acusado se le imponen las costas; y estimándose parcialmente el interpuesto por la Acusación Particular y la Junta de Andalucía se declaran de oficio.

III. FALLO

Que debemos **declarar y declaramos haber lugar parcialmente a los recursos de casación**, interpuestos por la Acusación Particular de **Juan Miguel Y Celestina , y la JUNTA DE ANDALUCÍA**, contra sentencia de 5 de mayo de 2014, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala Civil y Penal; y en su virtud **CASAMOS** y **ANULAMOS** parcialmente meritada resolución dictando segunda sentencia, con declaración de oficio de las costas de ambos recursos.

Y debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por Bartolomé , contra la misma sentencia condenándole al pago de las costas del recurso.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta 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. Joaquin Gimenez Garcia D. Julian Sanchez Melgar D. Jose Ramon Soriano Soriano D. **Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre** D. Perfecto Andres Ibañez

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a doce de Diciembre de dos mil catorce.

En la causa que en su día fue tramitada por el Tribunal Superior de Justicia, Sala Civil y Penal de Andalucía (Granada), que desestimó el recurso de apelación contra la sentencia nº 8/2014 el Tribunal de Jurado, dictada por la Audiencia Provincial de Jaén, Sección Segunda, de fecha seis de Febrero de dos mil catorce , en causa seguida contra Bartolomé , con DNI. NUM006 , nacido en Linares el día NUM007 de 1991, hijo de Ismael y de Socorro , declarado insolvente por el juzgado instructor, en prisión por esta causa desde el 13 de octubre de 2012 hasta el día de hoy, sin antecedentes penales, por delitos de Asesinato y otros; se ha dictado sentencia que ha sido CASADA Y ANULADA PARCIALMENTE por la pronunciada en el día de hoy, por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, hace constar los siguientes:

I. ANTECEDENTES

Se aceptan los de las sentencias de instancia incluyendo los hechos probados.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

primero.- Tal como se ha razonado en el fundamento de derecho 10º de la sentencia precedente no concurre la atenuante analógica de embriaguez art. 21.7 en relación 20.1 y 20.2 CP .

segundo.- En orden a la nueva individualización de la pena a imponer la Sala asume la motivación de la sentencia contenida en su fundamento jurídico 11º, y al no concurrir ya la atenuante analógica de embriaguez, y si una agravante (art. 66.1.3º) la pena debe ser impuesta en su mitad superior, 12 años y 6 meses a 15 años y valorando la brutalidad y persistencia de la acción homicida, rayana en la alevosía, considera adecuada la de 14 años y 6 meses prisión.

III. FALLO

Manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 5 de mayo de 2014 , **debemos condenar y condenamos a Bartolomé** como autor responsable de un delito de homicidio con la agravante de parentesco a la pena de **14 años y 6 meses**, con inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Joaquin Gimenez Garcia D. Julian Sanchez Melgar D. Jose Ramon Soriano Soriano D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre D. Perfecto Andres Ibañez

PUBLICACIÓN .- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.