



Roj: **STS 530/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:530**

Id Cendoj: **28079120012020100089**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/02/2020**

Nº de Recurso: **10301/2019**

Nº de Resolución: **53/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **VICENTE MAGRO SERVET**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO CASACION (P) núm.: 10301/2019 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 53/2020

Excmos. Sres.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Julián Sánchez Melgar

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Vicente Magro Servet

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 17 de febrero de 2020.

Esta sala ha visto los recursos de casación por infracción de ley, interpuestos por las representaciones de la Acusación Particular D. Fidel y del acusado D. Florian, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 21ª, que condenó al anterior acusado por delitos de tentativa de homicidio y de amenazas, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando la Acusación Particular D. Fidel representada por el Procurador D. Nuño Segundo Blanco y bajo la dirección Letrada de Dña. Alejandra Suárez Alonso y el acusado D. Florian representado por el Procurador D. Aníbal Bordallo Huidobro y bajo la dirección Letrada de D. W. Tarragó, y los recurridos Acusación Particular GRECOJOC representado por el Procurador D. Ramón Blanco Blanco y bajo la defensa Letrada de D. José Riba Ciurana; del Responsable Civil directo Securcaixa, S.A. representada por el Procurador D. Carlos Blanco Sánchez y bajo la dirección Letrada de D. Pedro García Alba y el también recurrido Responsable Civil Subsidiario SPORT 333, S.A. representado por la Procuradora Dña. Mª Jesús González Vizcaíno y bajo la dirección Letrada de Dña. Marta Lluís Dixon.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 4 de Santa Coloma de Gramanet instruyó sumario con el nº 1 de 2015 contra Florian, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 21ª, que con fecha 13 de octubre de 2018 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:



"Se declara probado que don Florian , mayor de edad, sin antecedentes penales, nacional de Albania, con pasaporte número NUM000 , que carece de autorización para residir en España según certificación de la Brigada Provincial de Extranjería y Fronteras de 8 de julio de 2015 y en prisión provisional por esta causa desde el 9 de julio de 2015, era cliente habitual aproximadamente desde febrero de 2015 de la sala de juegos SPORT 333, sita en la avenida Francesc Maciá número 86 (avenida Pallaresa número 75) de Santa Coloma de Gramanet, propiedad de "SPORT 333, S. A.", administrada solidariamente por don Justo y don Leoncio , quien en fecha de 1 de julio tenía contratada póliza de responsabilidad civil con la compañía aseguradora "SEGURCAIXA, S. A. DE SEGUROS Y REASEGUROS" que cubría un riesgo por un importe máximo por víctima de 150.000.-euros. El acusado, don Florian , a mediados de junio de 2015 empezó a perder en las máquinas de la sala de juegos SPORT 333 entre 3000 y 7000.-euros diarios ante lo cual reclamó en diversas ocasiones a SPORT 333, S. A. a través de don Fidel , responsable de la sala SPORT 333, la devolución del 10% de las cantidades jugadas y perdidas para lo que le reiteró en varias ocasiones que quería hablar con sus jefes, don Justo y don Leoncio , de modo que llegó a proferir a don Fidel amenazas de muerte respecto a don Justo y don Leoncio caso de que no se atendieran sus reclamaciones. Don Fidel comunicó las reclamaciones y amenazas de muerte a don Justo quien le manifestó que no eran extrañas tales reclamaciones sin que les diera especial importancia dado que tenían seguridad contratada para la sala SPORT 333 y que no le constaba que amenazas de esa naturaleza se hubieran llevado a efecto nunca en España. El día 1 de julio de 2015 sobre las 19 horas, el acusado, don Florian , se encontraba en el interior del establecimiento SPORT 333 jugando desde la hora de apertura y pidió hablar con el responsable de la sala, don Fidel , quien en ese momento no estaba en la sala, siendo que, cuando llegó a esta, le comunicaron la solicitud del acusado, don Florian , quien se encontraba jugando en una de las máquinas de la sala y tras mantener una breve conversación mientras el acusado seguían jugando en una de las máquinas y tras informarle don Fidel que no se le iba a devolver cantidad alguna, de repente, de forma súbita y sorpresiva, el acusado, don Florian , se sacó un arma, corta de fuego del interior de la parte delantera de los pantalones que ocultaba con la camiseta que llevaba colgando por fuera del pantalón, apuntó a la cara de don Fidel y, sin mediar palabra y sin posibilidad de defensa de don Fidel , le disparó alcanzando a este en la cara, quien cayó desplomado de espaldas al suelo donde quedó semi inconsciente. Acto seguido, el acusado, don Florian , se apuntó a su propia cabeza y efectuó un disparo sin que el arma detonara por un defecto en el muelle del cargador tras lo cual el acusado hizo el gesto de tirar el arma al suelo si bien la retuvo en la mano para seguidamente con ánimo de menoscabar la paz y sosiego de otro cliente que jugaba en otra máquina al lado y que se había girado, don Ricardo , apuntó a este a la cara de este sin que consta que llegara a disparar siendo que, atemorizado, don Ricardo pudo salir huyendo corriendo hacia la puerta de salida donde cayó de rodillas al suelo. Igualmente, a continuación, el acusado, don Florian , volvió a apuntar y disparar con el arma corta de fuego a la cara de don Fidel , quien se encontraba en el suelo mal herido, indefenso y semiinconsciente, alcanzándole de nuevo. Seguidamente, el acusado, don Florian , miró hacia la caja central de la sala, donde cruzó su mirada con doña Begoña , empleada de la sala, y con ánimo de menoscavar la paz y sosiego de esta le apuntó con el arma ocultándose esta inmediatamente bajo el mostrador, si bien el acusado no llega a disparar tampoco en esta ocasión y de nuevo dirige el arma corta de fuego hacia su propia cabeza y se dispara si bien tampoco el arma llega a detonar, tras lo cual la tira, de nuevo, al suelo si bien, vuelve a cogerla, manipula la corredera, y apunta con ella, por tercera vez, a don Fidel , que seguía en igual estado en el suelo y le intenta disparar por la espalda sin éxito de modo que el arma definitivamente al suelo y, finalmente, el acusado, don Florian abandona la sala a pie. El arma corta de fuego será aprehendida por la fuerza actuante al lado de don Fidel quien yacía en el suelo mal herido. El acusado, don Florian , en fecha de 8 de julio de 2015 se presentó voluntariamente ante el Juzgado de Guardia de Santa Coloma de Gramanet, si bien ya había sido identificado, y reconoció en parte los hechos. A resultas de los hechos descritos, don Fidel , nacido el NUM001 de 1984, sufrió lesiones consistentes en herida por arma de fuego con afectación facial, orofaríngea, base del cráneo y oídos medio y externo, con presencia de múltiples fragmentos de proyectil dispersos por todo el hueso temporal (en peñasco I, paladar blando anterior a clivus) con orificio de entrada en zona facial D (comisura labial) y orificio en oído interno; fractura del hueso temporal I; fractura completa de la parte anterior del CAE oído izquierdo (proceso condilar I y apófisis estiloides homolateral, ocupación de la cavidad nasal y celdillas etmoidales); pequeña hemorragia subaracnoidea peribulbopontina I; y afectación de los siguientes pares craneales (facial VII, auditivo VIII, glossofaríngeo IX, recurrente=rama del Vago X, y Hipogloso XII) para cuya sanidad precisó de tratamiento médico-quirúrgico consistente en TAC facial y craneal, otoscopia, extubación, ingreso en UCI, angiótico, valoración por máxilo-facial, valoración por ORL, cirugía plástica, electromiografía, psiquiátrico y psicológico, cirugía de reconstrucción facial, cirugía en cuerdas vocales y colocación de implantes, llegando a ser intervenido de mastoidectomías el 27 de noviembre de 2015 para extraerle dos fragmentos de proyectil alojados en la mastoides y en el oído medio izquierdo. Por todo ello tardó en curar 341 días impeditivos más 52 días de ingreso hospitalario, y le quedaron como secuelas una incapacidad para arrugar la frente, mala oclusión ojo I (signo de Bell), asimetría facial con desviación de la boca hacia el lado sano que es compatible con una Parálisis del nervio facial (VII PC); dificultad para pronunciar los fonemas linguales que es compatible



en analogía con una Parálisis del nervio Hipoglosos (XII PC); Disfagia a sólidos y a líquidos, alteración gustativa que es compatible en analogía con afectación del nervio Glossofaríngeo (IX PC); Disfonía/afonía por parálisis de las cuerdas vocales que es compatible en analogía con una Parálisis del nervio recurrente (rama del vago=X PC); Sordera I neurosensorial completa I con inestabilidad ocasional que es compatible en analogía con una Parálisis del nervio Auditivo (VIII PC); Stress postraumático; prótesis palpebral izquierda; implante auditivo; prótesis de Montgomery; falta de flujo de la arteria carótida interna izquierda; falta de flujo de la vena yugular; y Perjuicio estético importante (mala oclusión párpado I, desviación de la boca con asimetría facial, cicatriz en comisura labial D, forma de emitir sonidos). Además presenta incapacidad para realizar cualquier trabajo que requiera relacionarse con el público (miedos, disfonía, sordera...), por teléfono (disfonía) y que requiera de la fuerza de ambos brazos para levantar objetos, herramientas... y a fecha del informe forense seguía realizando tratamiento de las secuelas consistente en rehabilitación del hombro I, logopeda y psiquiatra y psicólogo, además de estar pendiente de un injerto facial y con posibilidad de cirugía de pesa de oro en párpado superior del ojo. A resultas de la localización, naturaleza y entidad de las lesiones descritas, don Fidel vio comprometida su vida que pudo salvarse al ser atendido en centro hospitalario, así, presentava fragmentos de proyectil en base del cráneo de los que si bien le extrajeron una parte, los más accesibles, respecto a otros albergados tanto en la zona de la carótida y como pegados a la columna vertebral no se pudo plantear su extracción por comportar un riesgo para la vida del lesionado, Don Fidel reclama por las lesiones, secuelas y perjuicios sufridos. El acusado, don Florian , adquirió el arma corta de fuego ilegalmente el día inmediatamente anterior a los hechos, se trata de una pistola semiautomática, marca CZ Ceska Zbrojovka, modelo 83, calibrada para disparar cartuchos del 7,65 por 17 milímetros Browning que tiene el número de serie borrado y es un arma reglamentada si bien tiene un deficiente funcionamiento operativo por una disfunción en el muelle del cargador que, en ocasiones, interrumpe el proceso de alimentación. El acusado carece de licencia de armas que le habilite para el uso o manejo del arma que poseía y usó. El acusado, don Florian , con anterioridad a empuñar y disparar el arma corta de fuego había ingerido alcohol, en concreto, como mínimo una cerveza y no menos de dos chupitos. Igualmente, los días inmediatamente anteriores al de los hechos consumía alcohol, hasta en alguna ocasión 8 "cubatas" y no comía. Finalmente, el acusado tenía diagnosticado un problema de abuso de alcohol y de cocaína desde agosto de 2012 que parecía arrastrar desde 2010 y que se ha extendido al consumo de marihuana todo lo cual en el momento de los hechos le afectaba. levemente a sus capacidades intelectivas y volitivas. El acusado" don. Florian , con anterioridad a empuñar y disparar el arma corta de fuego, en agosto de 2012, había sido diagnosticado de una dependencia patológica a los juegos de azar que parecía arrastrar desde 2010, constando desde el 30 de septiembre de 2014 inscrito en el Registre de personas que tenen prohibit l'accés a salons de joc, casinos i sales de bingo de forma voluntaria i reforçada para toda Catalunya, igualmente, tras la comisión de los hechos de autos se le ha diagnosticado de un trastorno de ludopatía. El acusado, don Florian , hizo pago, en concepto de responsabilidad civil, antes del juicio por un importe total de 5.100.-euros".

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

"Que debemos de CONDENAR Y CONDENAMOS al acusado, don Florian , como autor penalmente responsable de un delito en grado de tentativa del artículo 16 y 62 del Código Penal contra las personas en su modalidad de asesinato con alevosía del artículo 139.1.1a del Código Penal, con la concurrencia de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en forma de atenuante analógica de toxicomanía del artículo 21.7ª en relación al 20.2º del Código Penal, a la pena de 8 AÑOS, 6 MESES y 7 días de prisión, así como de un delito de tenencia ilícita de armas del artículo 564.1.1º y 564.2.1ª y 570.1, del Código Penal sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 2 años de prisión así como la privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo superior a 1 año a la pena de prisión impuesta, y a dos delitos de amenazas del artículo 169.2º del Código Penal con la concurrencia de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en forma de atenuante analógica de toxicomanía del artículo 21.7º en relación al 20.2º del Código Penal por los que se le imponen sendas penas de prisión de 6 meses, en todo caso, las penas de prisión llevaran aparejada la correspondiente inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, más costas. Procede acordar la libertad vigilada por tiempo de 2 años del condenado, don Florian . Procede, acordar la prohibición del condenado, don Florian , de aproximarse a menos de 1000 metros de don Fidel , su domicilio o residencia, lugar de trabajo o cualquier lugar en el que se encuentre y prohibición de comunicarse o relacionarse por cualquier medio por un tiempo de seis años superior al de duración de la pena de prisión; así como prohibición del condenado, Florian , de aproximarse a menos de 1000 metros de don Ricardo y doña Begoña , su domicilio o residencia, lugar de trabajo o cualquier lugar en el que se encuentre y prohibición de comunicarse o relacionarse por cualquier medio por un tiempo de un año superior al de duración de la pena de prisión. Se condena al acusado, don Florian , a pagar a don Fidel , la cantidad de 307429,55.-euros en concepto de responsabilidad civil, cantidad que devengará el interés legal del dinero. Que debemos absolver y absolvemos a SPORT 333, S.A. y a SEGURCAIXA, S. A. de las pretensiones formuladas en su contra. Provéase respecto de la solvencia del condenado. Notifíquese esta resolución a las



partes, informándoles que la misma no es firme y que contra ella cabe recurso de casación por infracción de ley o quebrantamiento de forma en el plazo de cinco días a partir de su notificación".

Por Auto de 3 de diciembre de 2018 se aclaró la anterior sentencia, conteniendo el siguiente Fallo:

"Aclarar la Sentencia dictada en la presente causa en el sentido de, en el Fallo, penúltimo párrafo, donde dice: "...habiéndoles saber que contra la presente causa cabe la interposición de recurso de apelación ante la Sala de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya que deberá, en su caso, interponerse, en el plazo de diez días desde su última notificación", debe decir: "...habiéndoles saber que contra la presente causa cabe la interposición de recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo que deberá, en su caso, interponerse, en el plazo de cinco días desde su última notificación".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de ley, por las representaciones de la Acusación Particular **D. Fidel** y del acusado **D. Florian**, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- I.- El recurso interpuesto por la representación de la Acusación Particular **D. Fidel**, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Por infracción de ley conforme al art. 849.2º L.E.Cr. Error en la valoración de la prueba produciéndose vulneración por indebida aplicación de los arts. 66.6º del código penal en relación con el art. 139.1.1º del Código Penal y vulneración del art. 21.7ª en relación al 20.2º del Código Penal. Asimismo vulneración por indebida aplicación del art. 66.6º del código penal en relación con el art. 169.2º código penal del Código Penal y vulneración del art. 21.7ª en relación al 20.2º del Código Penal, y ello, por cuanto de los hechos probados y pruebas obrantes en las actuaciones se denota que el condenado en el momento de cometer los hechos delictivos no concurren circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal.

Segundo.- Infracción de ley conforme al art. 849.2º L.E.Cr. Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º LECriminal, se produce vulneración de lo dispuesto en art. 66.6º del código penal en relación con el art. 139.1.1º del Código Penal y vulneración del art. 21.7ª en relación al 20.2º del Código Penal. Asimismo vulneración del art. 66.6º del código penal en relación con el art. 169.2º código penal del Código Penal y vulneración del art. 21.7ª en relación al 20.2º del Código Penal. Vulneraciones que se produce por cuanto se está aplicando por la Sentencia atenuante analógica de toxicomanía, cuando dicho hecho en modo alguno consta acreditado que en el momento de los hechos el acusado actuara bajos los efectos de abuso de alcohol, sustancias psicotrópicas o por abstinencia a dichas sustancias, siendo que sus capacidades intelectivas y volitivas en ningún momento se encontraban afectadas. Y, asimismo, en todo caso, los delitos que comete el condenado no son para satisfacer o como consecuencia de dichas adicciones, sino que bien al contrario ninguna conexión tienen los delitos cometidos con dichas supuestas adicciones. Por lo que, debe condenarse a **Florian** aplicando las penas atendiendo a la NO CONCURRENCIA DE CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL en todos los delitos por los que ha sido condenado.

Tercero.- Infracción de ley al amparo del art. 849.1 L.E.Cr. Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º LE Criminal, se produce vulneración de lo dispuesto en el art.117 y 120.3º del código penal, así como el Reglamento General de Policía de Espectáculos y Actividades Recreativas aprobado por Real Decreto 2816/1982, de 27 de agosto y los artículos 5, 6 y 31 de Llei 11/2009 de 6 de julio, sobre Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas de la Generalitat de Catalunya. Del mismo modo, también se produce en la Sentencia de autos vulneración en todo caso, de los arts. 117 y 120.4 del Código Penal en relación a los artículos 2, 50 y siguientes del Reglamento de Salones recreativos aprobado por Decreto 37/2010, así como los artículos 14 y siguientes de la Ley de prevención de riesgos laborales. Y, en todo caso vulneración de la Responsabilidad civil patronal art. 117 del código penal y art. 1902 y 1903 del código civil y art. 76 de la Ley de contrato de seguro.

II.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **D. Florian**, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Al amparo del art. 852 L.E.Cr., señalándose como infringido por inaplicación el art. 24.1 de la C.E. y el art. 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos y de las Libertades Fundamentales en el que se consignan el derecho a la tutela judicial efectiva.

Segundo.- Al amparo del nº 1 del art. 849 de la L.E.Cr., por aplicación indebida del art. 139.1º y 62 del C. Penal -delito de asesinato intentado- e inaplicación de los arts. 147 y 148.1º del C. Penal -delito de lesiones con uso de arma- o del art. 138 y 16.1 y 62 del C. Penal -delito de homicidio intentado-.

Tercero.- Por infracción de ley al amparo del nº 2 del art. 849 L.E.Cr., al haber existido error en la apreciación de la prueba por el Tribunal sentenciador, basado en documentos que obran en autos y que no resultan



contradichos por otros elementos probatorios, no apreciando el Tribunal, por errónea interpretación de las pruebas practicadas la eximente incompleta del art. 21.1ª en relación con el art. 20.2ª del C. Penal y ello en relación a los tres delitos por los que ha sido condenado.

Cuarto.- Por infracción de ley, al amparo del nº 1 del art. 849 L.E.Cr., por inaplicación de la eximente incompleta del art. 21.1ª del C. Penal en relación con el art. 20.2ª C.P. o en su caso, por inaplicación del art. 21.7ª en relación con el art. 21.2ª del C. P. atenuante de anomalía psíquica derivada de la ludopatía.

Quinto.- Por infracción de ley, al amparo del nº 1 del art. 849 L.E.Cr., por inaplicación del art. 2º.4ª del C. Penal -atenuante de confesión- o en su caso por inaplicación del art. 21.7ª en relación con el art. 21.4ª del C. P. -atenuante analógica de confesión-.

Sexto.- Por infracción de ley, al amparo del nº 1 del art. 849 L.E.Cr., por infracción del art. 21.5º del C. P. -atenuante de reparación del daño-.

Séptimo.- Por infracción de ley, al amparo del nº 1 del art. 849 de la L.E.Cr., por aplicación indebida del art. 169.2º del C. Penal (delitos de amenazas).

Octavo.- Por infracción de ley, al amparo del nº 1 del art. 849 L.E.Cr., por aplicación indebida del art. 169.2º C. Penal al considerar la existencia de dos delitos de amenazas y no de un único delito de amenazas.

Noveno.- Por infracción de ley, al amparo del nº 1 del art. 849 L.E.Cr., por aplicación indebida del art. 564.2.1º C. Penal.

QUINTO.- Instruido el ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, solicitó su inadmisión e impugnación subsidiaria, e igualmente la inadmisión de la adhesión al recurso del recurrido Acusación Particular GRECOJOC, dándose asimismo por instruidas las representaciones de la Acusación Particular GRECOJOC, impugnando el recurso del acusado Florian y adhiriéndose a los motivos primero y segundo del recurso de la Acusación Particular Fidel y el recurrido Responsable Civil directo Segurcaixa, S. A. quien impugnó los dos recursos y el Responsable Civil subsidiario Sport 333, S.A. que también los impugnó.

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 11 de febrero de 2020, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de casación el interpuesto por la representación procesal de Florian y de Fidel contra la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona Sección Vigésimo Primera de fecha 13 de octubre de 2018.

El Tribunal consideró al recurrente Florian como "autor penalmente responsable de un delito en grado de tentativa del artículo 16 y 62 del Código Penal contra las personas en su modalidad de asesinato con alevosía del artículo 139.1.1ª del Código Penal, con la concurrencia de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en forma de atenuante analógica de toxicomanía del artículo 21.7a en relación al 20.2º del Código Penal, a la pena de 8 AÑOS, 6 MESES y 7 días de prisión, así como de un delito de tenencia ilícita de armas del artículo 564.1.1º y 564.2.1a y 570.1, del Código Penal sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 2 años de prisión así como la privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo superior a 1 año a la pena de prisión impuesta, y a dos delitos de amenazas del artículo 169.2º del Código Penal con la concurrencia de -las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en -forma de atenuante analógica de toxicomanía del artículo 21.7a en relación al 20.2º del Código Penal por los que se le imponen sendas penas de prisión de 6 meses, en todo caso, las penas de prisión llevarán aparejada la correspondiente inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, más costas.

Procede acordar la libertad vigilada por tiempo de 2 años del condenado, don Florian .

Procede, acordar la prohibición del condenado, don Florian , de aproximarse a menos de 1000 metros de don Fidel , su domicilio o residencia, lugar de trabajo o cualquier lugar en el que se encuentre y prohibición de comunicarse o relacionarse por cualquier medio por un tiempo de seis años superior al de duración de la pena de prisión; así como prohibición del condenado, Florian , de aproximarse a menos de 1000 metros de don Ricardo y doña Begoña , su domicilio o residencia, lugar de trabajo o cualquier lugar en el que se encuentre y prohibición de comunicarse relacionarse por cualquier medio por un tiempo de un año superior al de duración de la pena de prisión.

Se condena al acusado, don Florian , a pagar a don Fidel , la cantidad de 307429,55.-euros en concepto de responsabilidad civil, cantidad que devengará el interés legal del dinero.



Que debemos absolver y absolvemos a SPORT 333, S.A. y a SEGURCAIXA, S. A. de las pretensiones formuladas en su contra".

RECURSO DE Florian

SEGUNDO.- 1.- Al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, señalándose como infringido por inaplicación el artículo 24. 1º de la Constitución Española y el artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos y de las Libertades Fundamentales en el que se consigna el derecho a la tutela judicial efectiva.

Posiciona el recurrente su queja inicial en este motivo en cuanto al proceso de notificación de dos sentencias, la segunda más perjudicial en la que sostiene que se rectifica la primera, siendo más gravosa la definitivamente notificada que la primera, ya que se alega que *de una comparación de las dos sentencias, puede observarse que en la segunda sentencia, se añaden tres párrafos finales en el factum y en las páginas 22 y 26 con unos razonamientos muy parecidos con respecto a la primera de las sentencia (páginas 25 y 27), en la que se justifica la no apreciación de la atenuante de ludopatía y la atenuante de reparación del daño.*

No obstante, en el presente caso, más que un proceso de rectificación de sentencias, que no es posible, lo ocurrido es más una disfunción en el proceso de transcripción de la sentencia real que resulta del proceso de votación, deliberación y fallo de los magistrados que componen el Tribunal, y así lo certifica el letrado de la Administración de Justicia, cuando tras interesarse la aclaración de sentencia para modificar que el medio de impugnación que cabía contra la misma era el recurso de casación, y no el de apelación ante el TSJ se cercioran que se había notificado la sentencia que era un borrador, y no la definitiva real resultante del proceso de deliberación. De suyo, como sostiene el Ministerio Fiscal, al objeto de aclarar lo ocurrido se interesó que, como diligencia para mejor proveer, testimonio del libro de sentencias. Y el 16 de octubre de 2019, cumplimentando el exhorto, el Letrado de la Administración de Justicia, cumplimentando el exhorto, insiste en considerar a la primera "borrador", al tiempo que *remite testimonio de la "primera y única sentencia obrante en el Libro de Sentencias definitivas", sentencia en la que consta la firma de los tres magistrados.* Además, consta en el Rollo de Sala en el cumplimiento de la diligencia que consta al folio nº 748 de las actuaciones el error detectado y resuelto.

Ello evidencia que no se notifica la sentencia que resultó de la deliberación, sino un mero borrador que no es firmado por los tres magistrados y que no alcanza a llegar al libro de sentencias, por lo que se trata de un mero error material de gestión y funcionamiento de la oficina al notificar el primer texto, que no era el que resultó de la deliberación, y que se detecta más tarde, situando la disfunción en el ámbito de la documentación y notificación de las resoluciones judiciales, no en el jurisdiccional, no en lo que afecta a la tutela judicial efectiva. Es por ello, por lo que el cumplimiento de la diligencia para mejor proveer acredita que la sentencia que alcanzó el libro de sentencias fue la ahora recurrida, y no la anterior, que en el proceso de transcripción se llevó a cabo de un mero borrador, que no era la voluntad final del proceso de deliberación. Por ello, no se trata de un quebrantamiento del art. 267 LOPJ, que señala que *1. Los tribunales no podrán variar las resoluciones que pronuncien después de firmadas, pero sí aclarar algún concepto oscuro y rectificar cualquier error material de que adolezcan*, sino de un mero error al notificarse una sentencia que no era la que se había deliberado, sino que dimanaba de un mero error de transcripción de un primer borrador que no era el resultado final de la deliberación, y así se constata con la diligencia para mejor proveer en cuanto se certifica que la sentencia que consta en el libro es la ahora recurrida y no lo que constituía el borrador que, por error, se notifica. No se trata, con ello, de una cuestión jurisdiccional de tutela judicial efectiva, sino de un error de transcripción y del proceso de notificación detectado en la secretaría, y en cuanto la que es firmada por los tres magistrados es la ahora recurrida, que fue la finalmente votada por los mismos.

Consta, así, al folio 808 la diligencia de ordenación del letrado de la AJ dando cuenta del error informático en el proceso de generación del documento de sentencia que se hace del borrador y no del original, con lo que se notifica la sentencia definitiva que es la firmada por los tres magistrados y es la que consta a los folios 809 y ss de las actuaciones de la sección nº 21 de la AP. Consta también el Decreto de fecha 14 de Enero de 2019 del Letrado de la AJ en cuanto a que no existe rectificación de sentencia y vulneración del art. 267 LOPJ, sino que el primer texto no reunía los requisitos de la LOPJ como se indica en la resolución recurrida, ya que se trataba, por error, de un borrador, no la resolución final.

El motivo se desestima.

TERCERO.- 2.- Al amparo del nº 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 139 1º y 62 del Penal -delito de asesinato intentado- e inaplicación de los artículos 148 y 148 del Código Penal -delito de lesiones con arma- o del artículo 138 y 16. 1º del Código Penal, delito de homicidio intentado.



Las cuestiones objeto de este motivo se centran en tres direcciones, a saber:

- 1.- La concurrencia de la alevosía que cualifica el hecho en asesinato.
- 2.- No aplicación del delito de lesiones con arma
- 3.- No aplicación del delito de homicidio intentado.

1.- La concurrencia de la alevosía es descrita con detalle en el resultado de hechos probados.

1.- Previas amenazas de muerte a los dueños del local por pérdida de dinero por juego.

Consta en los hechos probados que:

"El acusado, don Florian , a mediados de junio de 2015 empezó a perder en las máquinas de la sala de juegos SPORT 333 entre 3000 y 7000.-euros diarios ante lo cual reclamó en diversas ocasiones a SPORT 333, S. A. a través de don Fidel , responsable de la sala SPORT 333, la devolución del 10% de las cantidades jugadas y perdidas para lo que le reiteró en varias ocasiones que quería hablar con sus jefes, don Justo y don Leoncio , de modo que llegó a proferir a don Fidel amenazas de muerte respecto a don Justo y don Leoncio caso de que no se atendieran sus reclamaciones.

Don Fidel comunicó las reclamaciones y amenazas de muerte a don Justo quien le manifestó que no eran extrañas tales - reclamaciones sin que les diera especial importancia dado que tenían seguridad contratada para la sala SPORT 333 y que no le constaba que amenazas de esa naturaleza se hubieran llevado a efecto nunca en España".

En este sentido, el recurrente ya había advertido la intención de matar a los responsables para que le devolvieran parte del dinero perdido. Existía un aviso de la intención de matar.

b.- Conducta descrita en los hechos probados que estima la conducta alevosa en la ejecución de los hechos.

No obstante, el día de autos consta en los hechos probados la conducta que describe la existencia de la alevosía a la hora de cometer el delito, ya que para operar el proceso de subsunción jurídica de los hechos probados en el delito de asesinato por la concurrencia de la alevosía se refiere que:

"...Tras informarle don Fidel que no se le iba a devolver cantidad alguna, de repente, de forma súbita y sorpresiva, el acusado, don Florian , se sacó un arma, corta de fuego del interior de la parte delantera de los pantalones que ocultaba con la camiseta que, llevaba colgando por fuera del pantalón, apuntó a la cara de don Fidel y, sin mediar palabra y sin posibilidad de defensa de don Fidel , le disparó alcanzando a este e la cara , quien cayó .desplomado de espaldas al suelo donde quedó semi inconsciente".

En segundo lugar se describe que:

"A continuación, el acusado, don Florian , volvió a apuntar y disparar con el arma corta de fuego a la cara de don Fidel , quien se encontraba en el suelo mal herido, indefenso y semiinconsciente, alcanzándole de nuevo".

Y por tercera vez:

"Manipula la corredera, y apunta con ella, por tercera vez, a don Fidel , que seguía en igual estado en el suelo y le intenta disparar por la espalda sin éxito de modo que el arma definitivamente al suelo y, finalmente, el acusado, don Florian abandona la sala a pie".

Es decir, que la concurrencia de la alevosía resulta evidente por la forma de ejecutar el hecho en un estado de absoluta indefensión de la víctima y de aseguramiento del hecho en el medio, modo y forma empleado por el autor para llevarlo a cabo.

Esta Sala ya ha destacado reiteradamente (entre otras, Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 247/2018 de 24 May. 2018, Rec. 10549/2017) que se recuerda el criterio uniforme de la jurisprudencia de la Sala Segunda cuando distingue entre las distintas modalidades ejecutivas de naturaleza alevosa:

- 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 y



c) alevosía de desvalimiento, en que el sujeto agente aprovecha una situación de absoluto desamparo de la víctima, como acontece en los casos de niños de corta edad, ancianos debilitados, enfermos graves o personas ebrias en fase letárgica o comatosa, dormidas o privadas de conocimiento".

Resulta evidente la concurrencia de la alevosía en los hechos probados en la forma de acometer el hecho ante la víctima, y el aseguramiento de su ejecución, pese a lo cual no murió la víctima, pero a consecuencia de que, como consta en los hechos probados *A resultas de la localización, naturaleza y entidad de las lesiones descritas, don Fidel vio comprometida su vida que pudo salvarse al ser atendido en centro hospitalario, así, presentaba fragmentos de proyectil en base del cráneo de los que si bien le extrajeron una parte, los más accesibles, respecto a otros albergados tanto en la zona de la carótida y como pegados a la columna vertebral no se pudo plantear su extracción por comportar un riesgo para la vida del lesionado.*

c.- Prueba que determina la concurrencia de la alevosía.

El Tribunal argumenta la concurrencia de la alevosía en la declaración de la propia víctima, en primer lugar, ya que apunta que:

a.- Fidel declaró en el acto del juicio oral que el día de los hechos "el acusado ya le estaba buscando, se lo dijo una camarera, de nacionalidad china" añadiendo que "iba simplemente a hablar con el acusado y que este se sacó una pistola y le disparó directamente, aunque el testigo pensó que no le iba a disparar que solo iba a amenazarle" añadiendo que "que le dio en la cara".

b.- El testigo don Eusebio, cliente de la Sala que conocía al acusado de ser cliente de otros días, declaró en el acto del juicio oral que "el acusado estaba jugando [...] que se puso en dos máquinas a la vez a jugar el testigo junto al acusado [...] y que vio como el acusado sacó el arma de dentro del pantalón y le apuntó y le disparó como a un metro como mucho de distancia, que le disparó al cuerpo, arriba, pero no vio donde y que Fidel cayó y que él salió corriendo" precisando que "tras hablar le disparó" y que "cuando salía por la puerta escuchó un segundo tiro".

2.- Grabación de lo ocurrido. Señala el Tribunal que además de las declaraciones expuestas ha podido visionar lo realmente ocurrido, lo que eleva el proceso valorativo, ya que apunta que "Lo anterior ha sido puesto en relación por la Sala con la documental relativa al DVD de las imágenes captadas en el interior de la sala de juegos Sport 333 que obra al folio 75 de la causa visionadas parcialmente en el acto del juicio oral".

Y así se describe por el Tribunal que:

"Al respecto la Sala ha podido visionar las imágenes en las que se ve con absoluta nitidez cómo:

1.- El acusado, don Florian, está jugando en una de las máquinas de la sala con cierto estado de nerviosismo, llegando hasta a golpear en una ocasión a la máquinas.

2.- Igualmente se puede ver con en un momento dado, el testigo, don Felipe, vigilante de seguridad de la sala, se acerca al acusado, mira cómo juega e intercambian unas palabras;

3.- También puede verse cómo la testigo, doña Begonia le recoge y le sirve una consumición que parece ser un chupad;

4.- Sobre el minuto 12:30 del DVD se ve llegar al testigo y víctima, don Fidel junto a don Felipe y cómo ambos se quedan mirando cómo juega el acusado y don Fidel intercambia algunas palabras con el acusado para, al poco, tras recoger una consumición, alejarse don Felipe y, seguidamente, levantarse del asiento en la que estaba jugando el acusado quien, sin mediar palabra, *el acusado de forma rápida, súbita y sorpresiva se saca un arma corta de fuego que llevaba oculta en la parte delantera del pantalón tapada con la camiseta que le colgaba por fuera, apunta con ella a don Fidel quien no tiene tiempo sino de apartarse levemente para atrás recibiendo un disparo en la cara a menos de un metro de distancia que le hace desplomarse al suelo.*

5.- Seguidamente, dos de los tres clientes que estaban al lado del acusado y la víctima salen corriendo mientras el acusado, cabizbajo, se dirige el arma a su sien derecha y hace un gesto como de disparar (ladeando cabeza, mano y arma súbitamente en la dirección del arma) mientras uno de ellos, don Ricardo, permanece mirando cómo el acusado parece que va a dejar el arma en el suelo pero la vuelve a coger, golpea la culata contra la palma de su mano, mueve la corredera y apunta con ella a don Ricardo quien en ese momento se da la vuelta y sale corriendo mientras el acusado le sigue apuntado.

6.- Seguidamente, el acusado, don Florian se gira hacia don Fidel que queda a su espalda caído en el suelo haciendo leves movimientos con manos y pies, y, sin dudarle, le acerca el arma; incluso flexionándose, a apenas medio metro de la cara y *le vuelve a disparar percibiéndose claramente como a resultas de dicho nuevo disparo la víctima, don Fidel, ve sacudido levemente todo su cuerpo.*



7.- A continuación, el acusado, don Florian , vuelve a girarse dejando a su espalda a la víctima y dirige el arma extendiendo el brazo hacia la cabina de caja en cuyo interior, tras un mostrador y una mampara de cristal, se encuentra la testigo doña Begoña , pudiendo apreciarse como esta se agacha y desaparece tras el mostrador.

8.- Finalmente, el acusado, don Florian , de nuevo se dirige el arma a su sien derecha y parece que vuelve a intentar dispararse sin conseguirlo tirando acto seguido el arma a los pies de la víctima que sigue extendida y rebotando esta hasta quedar junto a los pies de la víctima mientras el acusado, don Florian , se lleva ambas manos a la cabeza mientras mira al suelo da algunos pasos para, por tercera vez, coger al arma del suelo, mover la corredera y *apuntar a un escaso metro con el brazo extendido a la víctima, don Fidel quien en ese momento se mueve y llega a girar el cuerpo dando la espalda al acusado quien parece que intenta dispararle sin conseguirlo* tras lo que tira el arma al suelo que queda junto a la espalda de la víctima mientras el acusado se dirige alzando ambas manos y sin prisa hacia la salida a la calle de la sala de juegos girando en una ocasión la cabeza para mirar a la víctima y se le pierde de vista en el minuto 14:18 del DVD visionado".

Tras esta serie de extremos, el Tribunal concluye la valoración de la responsabilidad en la medida fijada en la calificación jurídica con respecto a:

- 1.- Imágenes grabadas.
- 2.- Testifical practicada.
- 3.- Informe forense.

Por ello, apunta que:

"Las imágenes complementado por las testificales referidas así como por el citado informe pericial de don Norberto y de las aclaraciones que se realizaron por este perito, por los médicos forenses y por don Ovidio en el acto del juicio oral resulta' que se aprecian dos orificios en mejilla derecha y en el trago, parte del oído izquierdo, que consta que en los informes de urgencias no se diferencia entre orificio de entrada y/o salida, así como que se detectaron fragmentos importantes que evidencian la desintegración de los proyectiles que, por consiguiente, no llegaron a 'salir y que se fragmentaron en mitad derecha de lengua y en la parte izquierda del oído, es decir, a una distancia que hace difícil pensar que se trate de un único proyectil, de modo que la Sala coincide con don Norberto y da por probado, como se ve claramente en las imágenes descritas, que se trata de dos orificios de entrada de dos proyectiles y ninguno de salida, reiterando que hay fragmentos de proyectil en dos zonas, tanto en la mitad anterior de lengua derecha y como en la zona de oído que en relación a las imágenes evidencian dos impactos de bala en la cabeza de con Fidel ".

Admite, pues, el Tribunal de forma acertada que concurre "ese plus de antijuricidad y culpabilidad referido a los elementos subjetivos a fin de exigir la presencia del ánimo tendencia en la conducta del acusado como demostración de cobardía y vileza en el obrar y dentro de la resonancia social de la ilícita conducta, de modo que se genere una mayor repulsa en la actividad desarrollada".

Las acciones llevadas a cabo por el recurrente se describen en tres episodios que desvelan una clara situación de indefensión de la víctima que no se esperaba la actuación del recurrente, quien entró con el arma y ejecutó la acción con la que consta probado que había amenazado, y sin que pueda defenderse la víctima la lleva a cabo en dos ocasiones conseguidas y una en la que el arma no se dispara, lo que lleva al Tribunal a afirmar que:

"La situación propicia no es solo conocida sino buscada por el acusado que sin llegar a entablar discusión con la víctima más allá de una simple conversación sacó sorpresivamente el arma que portaba oculta en la parte delantera de su cuerpo, entre la ropa, y encañona apuntando directamente a la cara y a escasa distancia a la víctima y sin mediar palabra le dispara sin que esta ni ninguna otra persona de entre las que se encontraban a escasa distancia tuviera tiempo para reaccionar" Así, añade que "no hubo forcejeo, y que hubo eliminación de posibilidades de defensa, así como que existe una mayor peligrosidad y culpabilidad en el autor del hecho, que revela en este modo de actuar un ánimo particularmente ruin, perverso, cobarde, o traicionero (fundamento subjetivo), y también una mayor antijuricidad por. estimarse más graves y más lesivos para la sociedad este tipo de comportamientos en que no hay riesgos para quien delinque (fundamento objetivo)".

Con respecto a la intención de quitarse la vida el recurrente el Tribunal no le otorga un rango tal que disminuya el plus de antijuricidad de su conducta alevosa frente a la víctima, y ello es acertado, porque esa intención, aun en el caso de ser cierta no supone una reducción de la gravedad de la conducta llevada a cabo con la víctima, que el Tribunal valora con acierto ciertamente alevosa.

No puede estimarse tampoco que suprime la alevosía la existencia de las previas amenazas de que acabaría con la vida de los que cita en los hechos probados, por cuanto ello no minusvalora la gravedad del ataque proferido y la inexistencia de defensa alguna por la víctima, tal y como se refleja en los hechos probados, por cuanto éste no pudo reaccionar de ninguna manera ante lo inopinado y sorpresivo, así como rápido, del



ataque llevado a cabo y el aprovechamiento de que estaba indefenso en el suelo para atacarle por segunda vez, disparándole, y una tercera en la que falló.

2.- Respecto a la no admisión del delito de lesiones, ni del delito de homicidio intentado que se postula hay que señalar que el Tribunal valora en base a la prueba antes citada que había evidente "intención de matar". Y así, además de la prueba antes referida de las previas amenazas de muerte y la testifical practicada antes citada se recoge el informe forense:

a.- El informe forense de 5 de mayo de 2016 relativo a las lesiones sufridas por don Fidel .

El Tribunal fija en los hechos probados que: "A resultas de la localización, naturaleza y entidad de las lesiones descritas, don Fidel vio comprometida su vida que pudo salvarse al ser atendido en centro hospitalario, así, presentaba fragmentos de proyectil en base del cráneo de los que si bien le extrajeron una parte, los más accesibles, respecto a otros albergados tanto en la zona de la carótida y como pegados a la columna vertebral no se pudo plantear su extracción por comportar un riesgo para la vida del lesionado".

b.- Las declaraciones testificales antes expuestas llevan a la correcta calificación de los hechos como delito de asesinato por la concurrencia de la alevosía. En modo alguno queda acreditado que no hubo intención de matar. Y concurrente este *animus necandi* declarado probado, la existencia de la alevosía ya reflejada eleva los hechos y su calificación jurídica a la categoría de asesinato. Así, y además:

a.- Las características del arma reflejadas en los hechos probados,

b.- La distancia,

c.- La zona a la que se apunta,

d.- La existencia de varios disparos antes citado,

e.- Las previas amenazas.

Todo ello desemboca en admitir la concurrencia de la alevosía y una clara intención de matar, no disminuido por la circunstancia de que se quisiera quitar la vida, ni por el alegato de que solo existía una intención de lesionar, lo que no se coteja con los hechos acreditados que, confirmando el propósito de matar, excluyen el de causar lesiones. No puede sustentarse la inexistencia de la alevosía en que había consumido alcohol, aspecto que se trata posteriormente, o el alegato de que padece ludopatía, aspectos que deben conectarse con la forma de ejecución de los hechos, y que inciden en las circunstancias que alega el recurrente afectantes a la imputabilidad, pero en el presente hecho probado queda acreditada la concurrencia de la indefensión que sufre el sujeto pasivo.

En el caso que nos ocupa debemos valorar dos aspectos:

1.- El punto de vista objetivo en la conducta del autor por medio de una conducta agresora que, objetivamente, puede ser valorada como orientada al aseguramiento de la ejecución, en cuanto tiende a la eliminación de la defensa. Y en este caso tal aseguramiento existe, dado cómo se describe el ataque de forma sorpresiva, dado que la víctima en ningún momento pensó que pudiera llegar a realizar la conducta que realizó posteriormente el recurrente.

2.- El punto de vista subjetivo, en cuanto el dolo del recurrente en su mecánica comisiva se proyecta 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. Y en este caso ese riesgo no existió y sí el aseguramiento de lo que pretendía hacer, como es acabar con la vida de la víctima, ya que el hecho probado así lo describe.

Ya dijimos en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 282/2018 de 13 Jun. 2018, Rec. 10776/2017 que "Sobre la concurrencia de la alevosía que convierte el hecho en tentativa de asesinato en base al aseguramiento del hecho mortal que pretendía con total claridad al ahora recurrente, como se desprende de la secuencia narrada de los hechos probados en cuanto a su conducta de preparación y aseguramiento del hecho, así como la sorpresa y el grado inesperado que suponía para la víctima encontrarse de repente al autor con un arma con intención de matarla, hay que recordar que, como ya ha declarado esta Sala del Tribunal Supremo en Sentencia 183/2018 de 17 Abr. 2018, Rec. 10713/2017 , la propia esencia de la alevosía se encuentra en el desarrollo de una conducta agresora que, objetivamente, puede ser valorada como orientada al aseguramiento de la ejecución en cuanto tiende a la eliminación de la defensa, y, correlativamente, a la suspensión de eventuales riesgos para su aporte procedentes del agredido, lo que debe ser apreciado en los medios, modos o formas empleados, que en este caso son evidentes para asegurar el resultado y las nulas posibilidades de defensa, dado lo sorpresivo del acto del condenado ahora recurrente".



Y esta conducta está perfectamente descrita en los hechos probados y acertadamente valorada por el Tribunal. No puede minusvalorarse la gravedad del hecho por el resultado, ya que disparó con un arma de fuego apta para causar la muerte y que el resultado no fuera de muerte se debió a otras circunstancias, no a su desistimiento, o que tuviera otra intención, porque el relato de hechos describe claramente una conducta con plena intención de matar. Que no lo consiguiera es cuestión ya de la aplicación de la tentativa.

No puede admitirse, por ello, que el alegato de la intención del recurrente de acabar con su vida pueda concatenarse con el hecho mismo alevoso que comete a la hora de disparar con un arma a la víctima, ya que existe una desconexión jurídica evidente entre la tentativa de asesinato y el hecho de intentar acabar con su vida, ya que este último no puede en caso alguno producir una disminución técnica de la calificación jurídica de los hechos probados como de tentativa de asesinato. La circunstancia de que una persona pueda tener intención de acabar con su vida a la hora de perpetrar un delito no supone una merma de la gravedad del hecho ejecutado, como en este caso. Si bien es cierto que la ejecución de un suicidio conlleva la inexistencia de responsabilidad por la propia muerte del autor del delito, las formas imperfectas de ejecución del delito, como ocurre con la tentativa, no conlleva en modo alguno una modificación de las circunstancias que determinan la calificación jurídica de un hecho, y en este caso del delito de tentativa de asesinato. La tipicidad correcta del hecho no puede alterarse por las circunstancias personales que al mismo tiempo de cometer el delito puede llevar a cabo el autor del mismo, como un intento de suicidio posterior a la comisión de una tentativa de asesinato.

El motivo se desestima.

CUARTO.- 3.- Por infracción de ley, al amparo del nº 2 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al haber existido error en la apreciación de la prueba por el tribunal sentenciador, basado en documentos que obran en autos y que no resultan contradichos por otros elementos probatorios, no apreciando el Tribunal, por errónea interpretación de las pruebas practicadas la eximente incompleta del artículo 21.1º, en relación con el artículo 20.2º del Código Penal y ellos en relación a los tres delitos por los que ha sido condenado.

Esta Sala se ha pronunciado sobre el valor del documento a efectos casacionales, entre otras, en la sentencia del Tribunal Supremo 1159/2005 de 10 Oct. 2005, Rec. 2295/2004, donde recogemos que el art. 849.2 LECrim recoge los motivos basados en error en la apreciación de la prueba, respecto de los que exige que dicho error se encuentre basado en "documentos que obren en autos", que tales documentos demuestren la equivocación del Juzgador, y que tales documentos no resulten "contradichos por otros elementos probatorios". Así pues, en el recurso debe designarse el documento que acredite el error en la apreciación de la prueba que se alega (art. 855, párrafo 3º LECrim).

La jurisprudencia exige para que el motivo basado en error de hecho del art. 849.2 LECrim. puede prosperar los siguientes requisitos:

- 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; y
- 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 (Sentencias de 24 de enero de 1991; 22 de septiembre de 1992; 13 de mayo y 21 de noviembre de 1996; 11 de noviembre de 1997; 27 de abril y 19 de junio de 1998; STS nº 496/1999, de 5 de abril).

Quedan, por tanto, excluidos del concepto de documento a efectos casacionales, todos aquellos que sean declaraciones personales aunque aparezcan documentadas. La razón se encuentra en que las pruebas personales como la testifical y la de confesión, están sujetas a la valoración del Tribunal que con intermediación la percibe (STS. 1006/2000 de 5.6). Por ello esta Sala no admite que pueda basarse un motivo en error de hecho cuando se indica que el documento en el que consta el error es el atestado policial (STS. 796/2000 de 8.5), tampoco tienen el carácter de documento las diligencias policiales en las que se contienen las manifestaciones de los agentes o de quienes declaran ante ellos; ni la confesión, la declaración de un imputado o coimputado, las declaraciones testificales y el acta del juicio oral (SSTS. 28.1.2000, 1006/2000 de 5.6, 1701/2001 de 29.9).



Como ya hemos expuesto en otras resoluciones (entre otras, Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 182/2000 de 8 Feb. 2000, Rec. 404/1999) la propia relevancia de los dictámenes periciales, justifica la consolidada doctrina de la Sala relativa a la excepcionalidad de los mismos para entenderlos incluíbles en el apartado segundo del artículo 849, siempre y cuando se den las siguientes condiciones:

- a) La existencia de un único o varios dictámenes periciales absolutamente coincidentes, sin que existan otras pruebas sobre los hechos que constituyen su objeto, de forma que la Audiencia no disponga de otros medios que le permitan apreciar divergencias o desviaciones capaces de contradecir lo constatado en aquéllos; y
- b) Dándose lo anterior, tratándose de hechos relevantes en relación con los efectos jurídicos pretendidos por las partes, siempre que el Tribunal haya omitido los mismos o introducido en la premisa histórica conclusiones divergentes o contradictorias sin expresar motivación alguna de ello. Concurriendo los requisitos anteriores la prueba pericial debe ser incluida en el supuesto del artículo 849.2 (también S.T.S. de 22/11/1999).

Lo que habrá que valorar es si los informes periciales que se invocan han sido contrarrestados por otros medios probatorios que han llevado a la convicción del Tribunal de que el relato de hechos se evidencia y desprende de la prueba practicada, y que ésta queda debidamente explicada en contradicción a los documentos que como pericial refiere la parte recurrente.

En la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 1172/2011 de 10 Nov. 2011, Rec. 11536/2011 se recoge que:

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

En el caso presente 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".

Pues bien, dicho esto se postula la existencia de una afectación en la imputabilidad del sujeto en base al consumo de alcohol y drogas, pero sobre ello es importante destacar que en la aplicación de esta vía del art. 849.2 LECRIM se determina que los documentos referidos, aunque no tengan el carácter de litero suficiencia, deben ponerse en relación con las otras pruebas que han sido valoradas por el tribunal. Y así, el Tribunal señala que como prueba de las personas que vieron a acusado el día de los hechos, que es donde y cuando se debe valorar la apreciación de la circunstancia modificativa de la responsabilidad penal que se alega se sostiene que:

1.- El testigo, don Fidel en el acto del juicio oral declaró en cuanto al día de los hechos que "no notó al acusado borracho cuando habló con él, que le entendió perfectamente, que hablaron brevemente, sin discusión ni pelea, pregunta y respuesta sin más, sin diálogo" y, en general, añadió "que había visto beber al acusado, no sabe que bebía, si whisky...".

2.- El testigo y víctima, don Ricardo declaró que "vio al acusado muy tranquilo, cree que pensaba que iba a hacer, el próximo movimiento, lo vio frío, mirándole fijamente, cree que se anticipaba su pensamiento a lo que hacía".

3.- Doña Begoña declaró que "el acusado le pidió una cerveza y ella volvió a su taquilla, no le sirvió un chupito" añadiendo que "al servirle la cerveza no se fijó en el estado del acusado".

4.- Por su parte, el testigo, don Felipe, en cuanto al día de los hechos declaró que "no le notó borracho. Él recogió una cerveza y dos vasitos de chupito y una copa al lado de la máquina del acusado, pero no vio si los consumió él" añadiendo, en general, que el acusado "consumía café, Coca-cola, zumo, agua, alcohol...".

5.- Igualmente, el testigo don Eusebio declaró que el día de los hechos él "llegó al local sobre .18 o.18:30h [...] que el acusado estaba jugando como normalillo pero raro, nervioso por ir perdiendo [...] que el acusado



no gritó ni nada [...] lo vio tranquilo [...] que vio normal al acusado, que de siempre bebía, no mucho, pero sus chupitos siempre los tomaba que lo vio beber alcohol, no se fijaba qué cantidad".

6.- Doña Marta, trabajadora de la Sala, declaró en el acto del juicio oral que "conoce al acusado como cliente del trabajo y que el día de los hechos llegó a las 11 h" añadiendo que el acusado "había tomado chupitos pero no recuerda cuantos".

El Tribunal motiva al efecto para rechazar la concurrencia de la eximente incompleta por afectación grave de alcohol y/o drogas, y sí solo una atenuante analógica del art. 21.7 CP que:

"Los peritos, sin embargo, entiende la Sala que se exceden en su cometido desde el momento que manifiesta que en su informe "hacen prospección sobre el estado del acusado en el momento de los hechos pese a que ellos no pueden saberlo y lo que manifiesta lo intuyen en base a lo que les refiere el acusado (ideas de suicidio, huida del lugar...).

Igualmente, los peritos don Jesus Miguel y doña Noelia diagnostican al acusado un "Trastorno de ludopatía".

Finalmente, la Sala ha de tener en cuenta que el acusado, don Florian, huyo del lugar de los hechos.

De todo lo expuesto la Sala ha de estimar que resulta evidente que no existe prueba cierta del grado de afección del acusado, don Florian, por la previa ingestión de alcohol u otro tipo de sustancias tóxicas el día de los hechos aunque no es menos cierto que sí consta probado que con carácter previo a los hechos el acusado ingirió, cuanto menos, bebidas alcohólicas desconociéndose la concreta cantidad y naturaleza del alcohol ingerido (no menos de una cerveza y dos chupitos), como tampoco lo es que no existe fuente de prueba cierta alguna de que el acusado se encontrara en el momento de cometer los hechos afecto gravemente por la previa ingestión de alcohol y otras sustancias tóxicas por cuanto ninguno de -los testigos que lo vieron el día de [os hechos, antes y después, pudo percibir grado alguno de afección por lo que la reclamada concurrencia de una eximente incompleta del artículo 20.1° del Código Penal debe ser rechazada de plano por la Sala que, en todo caso, sí puede apreciar a la vista de la prueba cierta de la previa ingestión de alcohol declarada probada así como del contenido de los informes periciales sobre las adicciones del acusado al alcohol y a drogas tales como la cocaína y la marihuana que este en el momento de los hechos pudo actuar tanto bajo algún efecto propio de ya sea de la previa ingesta de alcohol o por la abstinencia de tales sustancia- a resultados del trastorno que por abuso o dependencia a tal sustancia, alcohol, y a otras como la cocaína o el cannabis; tiene diagnosticado desde, al menos, 2012-2013, y siendo que respecto a estas sustancias estaba activo los meses antes a los hechos según resulta del informe forense y de la pericial de cabello practicada, por lo que la Sala estima concurrente una circunstancia atenuante analógica del artículo 21.7 en relación al artículo 20.2° del Código Penal al estar acreditado no, solo el consumo el día de los hechos y su dependencia a tales sustancias, sino que, además, el día de los hechos estaba mínimamente afectado, ya sea por ese consumo, o por la falta de él por efecto del síndrome de abstinencia. Dicha circunstancia atenuante entiende la Sala que concurre respecto al delito de tentativa de asesinato, así como respecto al delito de amenazas, pero en ningún caso respecto al delito de tenencia ilícita de armas que ya se había consumado con anterioridad a la comisión de los hechos constitutivos de los dos delitos citados.

Además, el hecho probado sólo determina que *El acusado, don Florian, con anterioridad a empuñar y disparar el arma corta de fuego había ingerido alcohol, en concreto, como mínimo una cerveza y no menos de dos chupitos.*

Con ello, no existe en los hechos probados una constancia y/o reflejo de una "grave afectación de alcohol o drogas", por lo que la circunstancia modificativa de responsabilidad criminal alegada resulta que debe ponerse en relación con el mismo momento en que el hecho se perpetra, y en esa circunstancia en modo alguno se puede elevar a la categoría de una eximente incompleta, que plantea el recurrente, ya que no consta su grave afectación al momento comisivo de los hechos, por lo que el tribunal en modo alguno declarado probado la grave afectación de la conciencia y voluntad del sujeto activo.

Al respecto hemos declarado de forma reiterada que el hecho de ser drogadicto o consumidor de alcohol no implica automáticamente la exención o atenuación de la pena, sino que ésta ha de determinarse en función de la incidencia que la ingestión de droga produzca en las facultades intelectuales y volitivas del individuo "al momento de los hechos". No puede disponerse, así, de una especie de "cheque en blanco", o "pasaporte" para delinquir, teniendo atribuida una directa disminución de la responsabilidad penal por aplicación de una eximente del art. 20.2 CP o incompleta del art. 21.1 en relación con el art. 20.2 CP por la existencia de esa adicción, o circunstancias que se aleguen del pasado, sino que la prueba que debe valorar el Tribunal es la circunscrita a la grave afectación al momento de los hechos.

En este sentido, la STS de 7 de marzo de 2005 apunta que "es, asimismo, doctrina reiterada de esta Sala (...), que el consumo de sustancias estupefacientes, aunque sea habitual, no permite por sí solo la aplicación de una atenuación. No se puede, pues, solicitar la modificación de la responsabilidad criminal por el simple hábito



de consumo de drogas, ni basta con ser drogadicto en una u otra escala, de uno u otro orden para pretender la aplicación de circunstancias atenuantes, porque la exclusión total o parcial o la simple atenuación de estos toxicómanos, ha de resolverse en función de la imputabilidad, o sea de la evidencia de la influencia de la droga en las facultades intelectivas y volitivas del sujeto".

En definitiva, si la anomalía o alteración psíquica, el estado de intoxicación o el síndrome de abstinencia no perturban de forma completa la capacidad intelectual y volitiva del sujeto, no cabrá la exención de responsabilidad de los mismos, pero los tribunales tendrán la posibilidad de aplicar esta eximente incompleta".

Pero tampoco provoca el reconocimiento de una eximente incompleta, como gradación siguiente a las eximentes y anterior a las atenuantes, si no se acredita que esa afectación grave de la conciencia y voluntad se verifica al momento de los hechos. Con ello, en esta sede lo que se verifica es el proceso valorativo del Tribunal y su adecuación con la realidad de la prueba practicada, siendo acertada la conclusión valorativa expuesta por el Tribunal.

Como vemos, resultará una cuestión de la prueba que se practique en los casos de alegación de eximente incompleta del art. 20.1, 20.2 o 20.3 CP para comprobar si, al menos, existe una incidencia en las facultades intelectuales y volitivas del individuo, que no sea plena, pero sí afecte al sujeto en la comisión del delito al momento de su ejecución, no antes del mismo.

En el resto de circunstancias del art. 20 CP habrá que valorar qué requisitos se exige para su apreciación y el mayor o menor valor de los que falten para poder integrar, al menos, una eximente incompleta. Pero en este caso el proceso de motivación del Tribunal se estima suficiente para la desestimación, no apreciándose error en el proceso valorativo conforme a lo expuesto.

Señala, así, esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Auto 262/2017 de 19 Ene. 2017, Rec. 10461/2016 que:

"La doctrina jurisprudencial sobre la embriaguez viene resumida en la STS 520/2012, de 19 de junio, entre otras muchas, donde expone:

"La consideración jurídica de embriaguez permite ser encajada en distintas situaciones:

- a) La embriaguez plena y fortuita, determinará la aplicación de la eximente completa (art. 20.2).
- b) Cuando es fortuita pero no es plena puede determinar la aplicación de la eximente incompleta cuando se produce una afectación seria o profunda de las facultades psíquicas, intelectivas o volitivas (art. 21.1).
- c) Si no es habitual ni provocada para delinquir y determina o influye en la realización del hecho delictivo, podrá ser de aplicación la atenuación del art. 21.2 del Código Penal.
- d) La atenuante del art. 21.7, de análoga significación, para aquellos supuestos de embriaguez relevante productora de una leve afectación de las facultades psíquicas".

Cabe añadir, por otro lado, que una cosa es el consumo de alcohol o drogas, y otra distinta el efecto que el mismo produzca en la imputabilidad del sujeto en el momento de la ejecución de los hechos. Ahora bien, que pueda incidir no es suficiente pues deberá afirmarse que efectivamente ha incidido (STS 461/2016, de 31 de mayo).

El motivo se desestima.

QUINTO.- 4.- Por infracción de ley, al amparo del nº 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación de la eximente incompleta del artículo 21. 1º del Código Penal en relación con el artículo 20. 2º del Código Penal, o, en su caso, por inaplicación del artículo 21. 7º en relación con el artículo 21. 2º del Código Penal, atenuante de anomalía psíquica derivada de la ludopatía.

Con respecto a la incidencia de la alegada ludopatía y la producción de una alteración psíquica en el sujeto activo del delito el tribunal lo descarta que en modo alguno el ansia del juego pueda provocar una disminución de la responsabilidad a la hora de cometer la tentativa de asesinato, ya que la existencia de esa circunstancia referida en relación con el juego no puede tener incidencia alguna en la comisión de un delito que atenta contra las personas, como en este supuesto se declara probado, a la hora de disparar al sujeto pasivo del delito con clara intención de matarle y con una conducta descrita como declarada probada.

La existencia de una dependencia y relación con el juego por parte del sujeto activo del delito no supone que ella pueda afectar a la imputabilidad del sujeto a la hora de perpetrar un delito de la gravedad que supone el disparar contra una persona con la intención clara de acabar con su vida. Ello puede tener incidencias en el orden patrimonial, o de afectación a la disponibilidad económica en orden a declaración civilística de la prodigalidad desde el punto de vista civil. Pero no puede provocar una cuestión afectante a la disponibilidad



patrimonial del sujeto activo del delito con una minoración de la responsabilidad penal en un caso de un delito contra las personas como lo es una tentativa de asesinato, salvo que de modo expreso conste que el sujeto tiene mermada su conciencia y voluntad a la hora de cometer el delito y exista una mezcla de la ludopatía con otras enfermedades mentales debidamente diagnosticadas y probadas en el plenario, lo que conlleva que la admisión de la eximente incompleta, en su caso, no vendría tanto por la concurrencia de la ludopatía, sino por su inserción en un proceso mental de afectación de la psique del sujeto que le provoca una grave disminución de la conciencia y voluntad de sus actos.

De no ser así, nos encontraríamos, al igual que en el caso anterior, con que la existencia de la ludopatía supondría, según tal y como se expone, un "cheque en blanco" para cometer un delito y alegar la afectación de la imputabilidad del sujeto, cuando no es esta la que provoca la admisión de la circunstancia modificativa de la responsabilidad penal del art. 20.1 CP, o del art. 21.1 en relación con el art. 20.1 CP, sino su mezcla con una enfermedad de la psique que así determine la concurrencia de la estimación que se postula.

Con respecto a las afectaciones a la alteración psíquica esta Sala del Tribunal Supremo señala en Sentencia 1172/2011 de 10 Nov. 2011, Rec. 11536/2011 que: "No basta la existencia de un diagnóstico para concluir que en la conducta del sujeto concurre una afectación psíquica. El sistema mixto del CP está basado en esos casos en la doble exigencia de una causa biopatológica y un efecto psicológico: la anulación o grave afectación de la capacidad de comprender la ilicitud del hecho o de determinar el comportamiento con arreglo a esa comprensión, siendo imprescindible el efecto psicológico en los casos de anormales o alteraciones psíquicas, ya que la enfermedad es condición necesaria pero no suficiente para establecer una relación causal entre la enfermedad mental y el acto delictivo (STS 314/2005, de 9-3) y sigue insistiéndose en que "es necesario poner en relación a la alteración mental con el acto delictivo concreto" (STS 437/2001, de 22-3 -, 332/97 de 17-3), declarando que "al requerir cada uno de los términos integrantes de la alteración de imputabilidad prueba específica e independiente, la probanza de uno de ellos no lleva al automatismo de tener imperativamente por acreditado el otro" (STS 937/2004, de 19-7), y se puntualiza que "cuando el autor del delito padezca cualquier anomalía o alteración psíquica , no es tanto su capacidad general de entender y querer, sino su capacidad de comprender la ilicitud del hecho y de actuar conforme a esa comprensión" (STS 175/2008, de 14-5). No obstante, se considera aplicable este segundo elemento "cuando los presupuestos biológicos de la capacidad de culpabilidad (las enfermedades mentales, las graves alteraciones de la conciencia o la debilidad mental) se dan en un alto grado" (STS 258/2007, de 19-7)".

Y en lo que respecta a la apreciación de la ludopatía, incluso asociada al consumo de alcohol se recoge en la sentencia antes citada que:

"En relación al trastorno del control de los impulsos: juego patológico asociado al consumo de alcohol; se ha definido el jugador patológico como aquella persona que fracasa, progresiva y reiteradamente en su intento de resistir el impulso de jugar, aunque tal implicación en el juego lo provoque problemas en su vida personal, familiar y socioprofesional.

La característica fundamental la constituye la pérdida de control o pérdida de la habilidad para dejar de jugar.

Para estos individuos el juego pasa de ser un entretenimiento a una necesidad, causada o no por un intento de disminuir la ansiedad, la tensión, o por ser una huida del vacío interior. Este aumento de la necesidad y de la preocupación por jugar empuja al juego, en forma de adición o de urgencia obsesiva.

El jugador patológico se diferencia del jugador social en que este último tiene capacidad de poner límites a la cantidad de dinero que pueda perder. El patológico no tiene esa capacidad, juega más allá de sus posibilidades, y hasta el fin, solo le preocupa jugar.

Los criterios diagnósticos en el DSM -IV-TR, son los siguientes:

A) El comportamiento desadaptativo, persistente y recurrente, debe de quedar contenido en, al menos, cinco de las siguientes situaciones:

- Preocupación por el juego (por ejemplo, preocupación por revivir experiencias pasadas de juego, compensar ventajas entre competidores o planificar la próxima aventura o pensar en formas de conseguir dinero con el que jugar).
- Necesidad de jugar con cantidades crecientes de dinero para conseguir el grado de excitación deseado.
- Fracaso repetido de los esfuerzos para controlar, interrumpir o detener el juego.
- Inquietud o irritabilidad cuando intenta interrumpir o detener el juego.
- El juego se utiliza como estrategia para escapar de los problemas o para aliviar la disforia (por ejemplo, sentimientos de desesperanza, culpa, ansiedad, depresión).



- Después de perder dinero en juego, se vuelve otro día para intentar recuperarlo (tratando de "cazar" las propias pérdidas).
- Se engaña a los miembros de la familia, terapeutas u otras personas, para ocultar el grado de implicación en el juego.
- Se cometen actos ilegales, como falsificación, fraudes, robos o abusos de confianza, para financiar el juego.
- Se han arriesgado o perdido relaciones interpersonales significativas, trabajo y oportunidades educativas o profesionales, debido al juego.
- Se confía en que los demás proporcionen dinero que alivie la desesperada reiteración financiera causada por el juego.

B) El comportamiento de juego no se explica mejor por la presencia de un episodio maníaco.

Se señala en la doctrina médica que los problemas que pueden surgir en estas personas van en un continuo, desde los que no presentan ningún tipo de problemas a los que resultan con repercusiones psicopatológicas importantes.

Estas personas presentan de forma asociada a otros trastornos, como consumo, abuso o dependencia al alcohol, estados depresivos, estados de ansiedad, etc...

En relación a la asociación con la dependencia del alcohol se expone:

- La frecuencia con que se advierten componentes psicopatológicos en la persona con adicción al juego de azar, unas veces a título de trastornos psíquicos precedentes, otras veces coexistentes y otras consecuentes.
- La frecuencia con que se dan cita en la misma persona y en el mismo ambiente social, predisponiéndose recíprocamente, fenómenos de dependencia múltiple, por asociación entre el juego y las drogodependencias, principalmente la alcohólica.
- La frecuencia con la que el juego se adopta como hábito tras la rehabilitación, principalmente, del alcohol, en sustitución de su dependencia con claro riesgo de desestabilización y de recaída en el consumo de alcohol y asimismo la posibilidad de que el jugador patológico recurra al alcohol como mecanismo de suplencia tras suprimir el juego de azar.

En cuanto a sus efectos sobre la imputabilidad hemos declarado STS 27-7-1998, 11-3-2002, 19-11-2002, que la característica nosológica de la manifestación neurótica de los ludópatas o jugadores patológicos radica en su compulsión al juego, en el que participan de forma ansiosa, sin poder cortar con el hábito que ha creado en ellos una dependencia psicológica.

Por eso y sin entrar en si constituye o no una enfermedad o es una forma de neurolisis, lo trascendente en estos casos es determinar la forma en que esa tendencia patológica a jugar se manifiesta en el caso concreto, las repercusiones que tiene en la capacidad de raciocinio o volición del agente. Dado que la compulsión del ludópata actúa en el momento en que la oportunidad del juego se presenta y domina la voluntad entorno al acto concreto de jugar, su relevancia afectará a la valoración de las acciones temporal e inmediatamente dirigidas a ratificar tal compulsión en el ámbito lúdico, mientras que en otros actos más lejanos obrará sólo como impulsos organizado para lograr el futuro placer del juego, impulso que es en esos momentos racional y dominable; y será por completo intrascendente respecto a las acciones no determinadas por el impulso patológico de la ludopatía y ejecutadas por motivos o fines distintos al juego ansiado. STS 426/2002, de 11-3, 1948/2001, de 29-10, 262/2001 de 23-2, 54/2000 de 18-1.

Sentencias que parten de una inicial prevención acerca de su excesiva generalización tal como señala la STS 1597/99 de 15-11, y recuerda las STS 659/2003 de 9-5 en el sentido de que la adicción al juego puede considerarse una dependencia psíquica que, cuando es grave y determinada de modo directo e inmediato la comisión de hechos delictivos funcionalmente dirigidos a la obtención de fondos para satisfacer la compulsión al juego, permite -ordinariamente- la apreciación de una atenuante analógica del art. 21-6 en relación con el 2-12 por tener análoga significación que otras adicciones graves prevenidas como atenuantes en el citado párrafo 2 del art. 21.

Cuando es leve y en consecuencia fácilmente controlable, no debe producir efecto alguno sobre la responsabilidad penal, pues el legislador ha establecido claramente en el art. 21.2 las adicciones o dependencias que no sean graves no constituyen causa de alternación en estos es así incluso en casos de adicciones que crean dependencia física, como sucede con las sustancias estupefacientes, en mayor medida ha de aplicarse en supuestos de mera dependencia psíquica como ocurre con la adicción al juego".



En efecto, el propio Tribunal recuerda que "Para la aplicación de cualquier expediente ya de irresponsabilidad o de atenuación de la misma, hace falta no solo la realidad del padecimiento del trastorno o alteración psíquica, sino que además es preciso que la misma haya tenido relevancia en la ejecución del hecho analizado, es decir, junto con el diagnóstico médico, debe acreditarse la incidencia del trastorno en el hecho, esto es que exista una adecuada relación de causalidad y de dependencia entre el trastorno y su incidencia en el hecho analizado.

Y también hemos dicho que (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Auto 1205/2017 de 20 Jul. 2017, Rec. 633/2017) "aunque hemos admitido la atenuación analógica de adicción al juego por vía del artículo 21.2 del Código Penal , en todo caso, hemos exigido la concurrencia de los requisitos propios de la referida circunstancia atenuante, es decir, que la adicción se a grave y que "que esa adicción se convierta en causa de actuar delictivo, es decir que se trate de la denominada delincuencia funcional, entendiéndose por tal, aquella cuya ejecución se dirige a dar respuesta a las demandas que acucian al sujeto por razón de la adicción" (STS 617/2014, de 23 de septiembre, entre otras muchas). En el caso concreto, no existió prueba alguna concreta de que el recurrente hubiese realizado los hechos por los que fue condenado a causa de su adicción al juego (es decir, que en el mismo momento en que cometió los hechos estaban afectadas sus capacidades volitivas o intelectivas a causa de la referida adicción), como tampoco prueba alguna sobre la eventual gravedad de la adicción"

Dicho más claramente, la ejecución del mismo debe ser consecuencia del trastorno por ello debe tratarse de una delincuencia funcional, esto es provocada por la necesidad del sujeto de proveerse de dinero para satisfacer su ludopatía. Se trata de la misma estructura que la existente en el drogodependiente que comete el delito para satisfacer su adicción a las drogas". Con ello, la concurrencia de la ludopatía no permite al recurrente una especie de "salvoconducto directo" a una disminución de la responsabilidad penal al no quedar clara su concurrencia con una enfermedad subsistente y que incida de forma relevante en la conciencia y voluntad del sujeto, porque el hecho de padecer una ludopatía no es en sí mismo considerado, una circunstancia modificativa de responsabilidad, y en tal medida el Tribunal motiva adecuadamente su desestimación, al punto de reseñar que "La Sala no aprecia que concurra la necesaria "adecuada relación de causalidad y de dependencia entre el trastorno y su incidencia en el hecho analizado", no existe siquiera relación funcional, es decir, en este supuesto entre la ludopatía del acusado y la tentativa de asesinato".

El motivo se desestima.

SEXTO.- 5.- Por infracción de la ley, al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación del artículo 21.4º del Código Penal, atenuante de confesión o, en su caso, por inaplicación del artículo 21.7º en relación con el artículo 21.4º del Código Penal, en atenuante analógica de confesión.

Se sostiene por el recurrente que "En el factum de la sentencia -página 4- se declara probado que en fecha 8 de julio de 2015- el acusado se presentó voluntariamente ante el Juzgado de Guardia de Santa Coloma de Gramenet, si bien ya había sido identificado y reconoció en parte los hechos".

Pero sí que admite que *la defensa no planteó en el plenario la apreciación de dicha circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal.*

Ello es importante porque se admite que el Tribunal de instancia no fundamenta en modo alguno esta atenuante del art. 21.4 CP y se pretende "per saltum" sostenerla ahora en sede casacional, cuando el Tribunal ha hecho caso omiso a esta consideración por ausencia absoluta de planteamiento y de motivación en la instancia, lo que debe llevar a su desestimación. Por ello, no pueden introducirse *per saltum* cuestiones diferentes, hurtándolas del necesario debate contradictorio en la instancia y de una respuesta que, a su vez, podría haber sido objeto de impugnación por las otras partes (SSTS. 545/2003 de 15 de abril, 1256/2002 de 4 de julio, 344/2005 de 18 de marzo o 157/2012 de 7 de marzo).

En cualquier caso, debemos recordar los requisitos para la estimación de esta atenuante, a saber:

- 1.- La confesión, en principio, exige que no exista investigación y el autor incida en descubrir la autoría con su confesión, evitando un trabajo policial y judicial.
- 2.- Lo que debe valorarse es "la efectiva colaboración en el descubrimiento de los hechos previa a la investigación.
- 3.- La confesión del autor de los hechos debe tener la suficiente relevancia para conseguir reducir o evitar la investigación al máximo. Con ello, una confesión parcial o no relevante no tiene virtualidad para producir la atenuación de responsabilidad, ni como atenuante analógica.

Sin embargo, tal confesión se descarta en torno a la oposición relevante del recurrente a la forma en que ocurren los hechos y por qué ocurren, además de que ya existía una plena identificación del mismo y la



confesión no es total, y la parcial no tiene relevancia facilitadora, cuando introduce reiterados mecanismos sobre la realidad de los hechos probados.

La confesión del autor de los hechos debe tener la suficiente relevancia para conseguir reducir o evitar la investigación al máximo. Con ello, una confesión parcial o no relevante no tiene virtualidad para producir la atenuación de responsabilidad, ni como atenuante analógica.

Señala esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 425/2017 de 13 Jun. 2017, Rec. 1551/2016 que:

"En el supuesto de la atenuante del artículo 21.4ª CP nos encontraríamos ante la confesión antes de que conozca la existencia del procedimiento judicial y la contemplada en el artículo 21.7 daría cobijo a la atenuante de confesión tardía de los hechos, que aunque no viene mencionada así en el Código Penal, viene siendo aplicada como atenuante analógica dentro del artículo 21.7 CP.

No resulta de aplicación ninguna de las atenuantes pretendidas, y así se estimó por la Sala, puesto que en ambos casos se requiere que la confesión sea útil para la investigación, facilite el desenlace de la investigación.

No queda justificado que cualquier confesión, incluida la tardía, sirva como atenuante cuando nada aporta a la investigación por tratarse de un caso de características absolutamente claras y diáfanas.

La justificación de estas atenuantes contempladas en el Código Penal es la colaboración con la Administración de Justicia, razón por la que resulta fundamental que la confesión se realice ante las autoridades y antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra el que confiesa. Como ha reiterado la jurisprudencia de esta Sala esta confesión ha de ser útil, excluyendo los supuestos en los que la aparente confesión se produce cuando ya no existe posibilidad de ocultar la infracción o de eludir la acción de la justicia. Tampoco se valorará como atenuante cuando se ofrezca una versión irreal que demuestre la intención del acusado de eludir sus responsabilidades".

Con ello, se exige una confesión de los hechos clara, contundente y eficaz que termine con la investigación, no surtiendo ningún tipo de efecto una confesión parcial o sesgada de los hechos que exija a la autoridad a continuar con la investigación. La ineficacia, o eficacia parcial no sirve ni como atenuante analógica.

La confesión como colaboración activa y útil

La primera característica de la confesión a realizar es que ha de ser de *colaboración activa y útil, tiene que servir para el esclarecimiento de los hechos*, por cuanto es entonces cuando se cumple su objetivo de cooperación con la Administración de Justicia.

Por lo tanto, no son válidas determinadas conductas como:

1.- La de entregarse a las autoridades, pero no confesar ni efectuar declaraciones (SSTS, Sala 2.ª, núm. 432/2004, de 7 abril; núm. 330/2004, de 12 marzo; núm. 709/2003, de 14 mayo y, núm. 1517/2003, de 18 noviembre).

2.- O cuando su colaboración es inocua por tratarse de la simple aceptación de unos hechos que van a ser descubiertos inevitablemente y sin efectos colaboradores relevantes (SSTS, Sala 2.ª, núm. 323/2004, de 10 marzo; núm. 2196/2002, de 21 febrero 2003 y, núm. 1076/2002 de 6 junio)".

En cualquier caso, plantear ahora, ex novo, sin haberlo hecho de forma motivada ante el Tribunal de enjuiciamiento una circunstancia como la que ahora nos ocupa ha hurtado del oportuno debate contradictorio, y de su examen por el Tribunal a la hora de valorar la incidencia que pueda tener en el ámbito penológico la comparecencia que lleva a efecto el recurrente ante el juzgado de instrucción varios días ya después de los hechos, y cuando los agentes policiales ya habían iniciado la investigación además de quedar perfectamente identificado por los testigos que había en el lugar de los hechos, lo que lleva a la desestimación de la alegación.

El motivo se desestima.

SÉPTIMO.- 6.- Por infracción de ley, al amparo del nº 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación del artículo 21. 3º del Código Penal, atenuante de reparación del daño.

Se postula la apreciación de esta atenuante en base a la redacción del hecho probado de que "el acusado Florian hizo pago de responsabilidad civil antes del juicio por un importe total de 5.100 euros".

Sin embargo, el Tribunal rechazó su admisión apuntando que:

"La Sala ha de tener en cuenta que consta consignado en autos por el acusado, don Florian , la cantidad total de 5.100.-euros en ingresos fraccionados que se inician el 25 de mayo de 2017 hasta el 28 de agosto de 2017, todos ellos antes del inicio del juicio oral lo que se ha de poner en relación con el montante total de las



responsabilidad civil objeto de condena en la presente causa, exclusivamente, respecto al delito de asesinato así como al patrimonio e ingresos del acusado respecto al que no se ha acreditado extremo alguno, por lo que la Sala estima que no cabe apreciar una atenuante simple de reparación del daño del artículo 21.5ª del Código Penal, dado el significado objetivo de esta circunstancia y la gran desproporción cuantitativa entre lo consignado y la responsabilidad declarada de 307.429,55.-euros y cualitativa por la gravedad del hecho en sí que se ha evidenciado en los efectos relativos a la gravedad de las lesiones y las secuelas, a lo que suma que pese a las importantes cantidades de que se proveía el acusado para satisfacer su adicción al juego la cantidad consignada era inferior a lo que venía perdiendo en un solo día de juego, al menos, respecto a los inmediatos al día de los hechos, tal y como han declarado los testigos".

La argumentación del Tribunal es concluyente, porque se sostiene que esa cantidad la perdía en un solo día el recurrente, por lo que ante la elevadísima suma que debe abonar no puede sostenerse en modo alguno que pueda existir una desconexión absoluta, como aquí se pretende, entre la suma consignada y el quantum total fijado en la sentencia. Y ello, por cuanto para la apreciación de esta atenuante esta conexidad es importante, y, sobre todo, el elemento determinante de la constancia por el Tribunal de las sumas que consumía el recurrente cada día.

Una frase relevante que debe destacarse en este caso es que "La reparación absoluta y colectiva" es la plasmación de la misma situación provocada entre el "antes" y el "después". Y ello se consigue mediante la íntegra reparación del daño que o vuelve a la situación anterior al perjudicado o le compensa por el causado. No puede tener, por ello, el mismo efecto penológico que se condene al acusado al pago de una responsabilidad civil a la víctima del delito que aquél satisfaga de forma voluntaria la cantidad que se estime procedente y adecuada para que la víctima, de alguna manera, tenga una pronta e inmediata satisfacción del daño moral y físico producido por el delito cometido.

Y ante los casos de reparación parcial, como aquí ha ocurrido, y de una suma absolutamente distante de la que es objeto de condena hay que reseñar que en cualquier caso, debe tratarse de un pago relevante del daño causado.

Señala esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Auto 117/2019 de 10 Ene. 2019, Rec. 1168/2018 que:

"Recordábamos en la STS 125/2018, de 15 de marzo que: "La interpretación jurisprudencial de la atenuante de reparación prevista en el art. 21.5 del CP -decíamos en la STS 988/2013, 23 de diciembre -, ha asociado su fundamento material a la existencia de un *actus contrarius* mediante el cual el acusado reconoce la infracción de la norma cometida, con la consiguiente compensación de la reprochabilidad del autor (cfr. SSTS 319/2009, 23 de marzo, 542/2005, 29 de abril).

Su razón de ser, pues, está íntimamente ligada a la existencia de un acto reparador que, en buena medida, compense el desvalor de la conducta infractora. Y ese fundamento no es ajeno a la preocupación legislativa, convertida en pauta de política criminal, por facilitar la protección de la víctima, logrando así, con el resarcimiento del daño causado, la consecución de uno de los fines del proceso.

Por su fundamento político criminal se configura como una atenuante "ex post facto", que no hace derivar la disminución de responsabilidad de una inexistente disminución de la culpabilidad por el hecho, sino de la legítima y razonable pretensión del legislador de dar protección a la víctima y favorecer para ello la reparación privada posterior a la realización del delito (SSTS 2068/2001, 7 de diciembre; 2/2007, 16 de enero; 1171/2005, 17 de octubre).

Y hemos acogido un sentido amplio de la reparación, que va más allá de la significación que se otorga a esta expresión en el art. 110 del CP, pues dicho art. 110 se refiere exclusivamente a la responsabilidad civil, diferenciable de la responsabilidad penal, a la que afecta la atenuante.

Cualquier forma de reparación del delito o de disminución de sus efectos, sea por la vía de la restitución, de la indemnización de los perjuicios, o de la reparación moral, puede integrar las previsiones de la atenuante (SSTS 545/2012, 22 de junio; 2/2007, 16 de enero; 1346/2009, 29 de diciembre y 50/2008, 29 de enero, entre otras).

No obstante, también tenemos declarado que la aplicación de la circunstancia atenuante de reparación del daño solo es aplicable cuando la referida reparación es suficientemente significativa y relevante, pues no procede conceder efecto atenuatorio a acciones fácticas, que únicamente pretenden buscar la minoración de la respuesta punitiva sin contribuir de modo eficiente y significativa a la efectiva reparación del daño ocasionado (STS, 544/2016 de 21 de junio, entre otras).

Aunque la propia ley prevé como supuesto de atenuación de la responsabilidad la disminución del daño y, por lo tanto, su reparación parcial, ha de tratarse en todo caso de una contribución relevante (STS núm. 601/2008,



de 10 de octubre; 668/2008, de 22 de octubre; 626/2009, de 9- 6 ; y 251/2013, de 20-3 , entre otras), para lo que ha de tenerse en cuenta el daño causado y las circunstancias del autor".

Señala el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 268/2016 de 5 Abr. 2016, Rec. 1343/2015 que "Hemos de tener presente que la atenuante resulta operativa como ordinaria, cuando se reparan parcialmente los daños o perjuicios causados a la víctima, aunque también es cierto que la reparación parcial ha de ser relevante y notoria, y no meramente simbólica".

No puede apreciarse admitir la atenuante postulada con la cantidad que se consigna y la que es objeto de condena en la responsabilidad civil. Nótese que la sentencia fija como responsabilidad civil que "Se condena al acusado, don Florian , a pagar a don Fidel , la cantidad de 307.429,55.-euros en concepto de responsabilidad civil, cantidad que devengará el interés legal del dinero".

Con ello, la suma consignada es absolutamente irrelevante y no apta para configurar una atenuación de responsabilidad por este motivo.

El motivo se desestima.

OCTAVO.- 7.- Por infracción de ley, al amparo del nº 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 169. 2º del Código Penal (delito de amenazas).

Dicta el Tribunal condena por "dos delitos de amenazas del artículo 169.2º del Código Penal con la concurrencia de -las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en -forma de atenuante analógica de toxicomanía del artículo 21.7a en relación al 20.2º del Código Penal por los que se le imponen sendas penas de prisión de 6 meses, en todo caso, las penas de prisión llevaran aparejada la correspondiente inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, más costas".

Y al respecto señala en la sentencia que:

"Finalmente, en cuanto a los delitos de amenazas del artículo 169.2º del Código Penal los hechos declarados probados resultan de:

1.- Las testimoniales de las víctimas:

a.- Don Ricardo quien declaró que el acusado, don Florian , "levantó la mano, le apuntó disparó pero fallo entonces se dio cuenta del hecho, de lo que sucedía, y salió corriendo"-añadiendo que "Sintió pánico al darse cuenta que le dispararon con un arma, el notó que accionó el gatillo".

b.- Así como de doña Begoña quien declaró que el acusado le apuntó con la pistola, así como que "ella se agachó, que tuvo miedo, si puso debajo de una silla. Cuando llegó la policía ella se levantó".

Añade la Sala que no debe olvidarse que tales hechos se cometieron por parte del acusado, don Florian , tras haber disparado este de forma efectiva contra otra persona, contra don Fidel , viendo don Ricardo caer al suelo a este, y oyendo doña Begoña el disparo, pues disparó hasta en cuatro ocasiones el acusado, y viendo cómo a continuación salía mucha gente corriendo del local, aun no sabiendo con certeza lo sucedido ni el alcance de los disparos.

En cualquier caso, en el contexto de hechos y circunstancias declarado probado, sin entrar a apreciar la posible mayor gravedad de los hechos cometidos respecto a don Ricardo , lo cierto es que la amenaza debe tenerse como objetivamente grave aun respecto a doña Begoña pese a encontrarse esta en el interior de una sala recubierta por cristales presumiblemente blindados, extremo no afirmado ni acreditado en autos.

Finalmente, la Sala debe igualmente acudir al visionado de las imágenes del DVD de la sala SPORT 333 donde se puede apreciar no solo cómo el acusado, don Florian , apunta claramente y con el brazo extendido a las víctimas, don Ricardo y doña Begoña , así como al primero incluso le hace un seguimiento mientras le apunta y aquél huye sino, fundamentalmente, la secuencia de tales conductas claramente amenazantes, por cuanto ambas víctimas son testigos y conscientes de que *las propias amenazas se producen inmediatamente después de que el acusado, don Florian , haya ejecutado una amenaza de igual naturaleza* , ciertamente más intensa por su prolongación en el tiempo al iniciarse días atrás, sobre la persona de uno de los presentes, don Fidel , por lo que la seriedad y firmeza de la amenaza resulta indubitada".

Señala el art. 169.2º CP que:

El que amenazar a otro con causarle a él, a su familia o a otras personas con las que esté íntimamente vinculado un mal que constituya delitos de homicidio, lesiones, aborto, contra la libertad, torturas y contra la integridad moral, la libertad sexual, la intimidación, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, será castigado:

...



2.º Con la pena de prisión de seis meses a dos años, cuando la amenaza no haya sido condicional.

Consta en los hechos probados que tras haber disparado a su víctima, como antes se ha descrito "Acto seguido, el acusado, don Florian , se apuntó a su propia cabeza y efectuó un disparo sin que el arma detonara por un defecto en el muelle del cargador tras lo cual el acusado hizo el gesto de tirar el arma al suelo si bien la retuvo en la mano para (1) seguidamente con ánimo de menoscabar la paz y sosiego de otro cliente que jugaba en otra máquina al lado y que se había girado, don Ricardo , apuntó a este a la cara de este sin que consta que llegara a disparar siendo que, atemorizado, don Ricardo pudo salir huyendo corriendo hacia la puerta de salida donde cayó de rodillas al suelo.

Igualmente, a continuación, el acusado, don Florian , volvió a apuntar y disparar con el arma corta de fuego a la cara de don Fidel , quien se encontraba en el suelo mal herido, indefenso y semiinconsciente, alcanzándole de nuevo.

Seguidamente, el acusado, don Florian , miró hacia la caja central de la sala, donde cruzó su mirada con (2) doña Begoña , empleada de la sala, y con ánimo de menoscabar la paz y sosiego de esta le apuntó con el arma ocultándose esta inmediatamente bajo el mostrador, si bien el acusado no llega a disparar tampoco en esta ocasión y de nuevo dirige el arma corta de fuego hacia su propia cabeza y se dispara si bien tampoco el arma llega a detonar, tras lo cual la tira, de nuevo, al suelo si bien, vuelve a cogerla, manipula la corredera, y apunta con ella, por tercera vez, a don Fidel , que, seguía en igual estado en el suelo y le intenta disparar por la espalda sin éxito de modo que el arma definitivamente al suelo y, finalmente, el acusado, don Florian abandona la sala a pie".

Sostiene el recurrente que "el acto de apuntar con un arma de fuego a Ricardo y a Begoña , ésta a considerable distancia y dentro de una cabina de seguridad con mampara de cristal, - no es constitutiva del delito de amenazas.... se estima que la conducta descrita en el factum solo sería merecedora de un único reproche punitivo leve previsto en el artículo 171.7 del Código Penal".

En modo alguno puede admitirse la consideración que apuntar, como se describe en el hecho probado, con un arma a dos personas, pero, sobre todo, después de que estos han visto cómo ha hecho lo mismo con otra y le ha disparado, tal y como se describe en los hechos probados, no constituya un delito de amenazas del art. 169.2º CP, y sí una amenaza de carácter leve, ya que el propio empleo del arma de fuego desnaturaliza la devaluación de la gravedad del hecho que propone el recurrente.

Y, así, ya desde antiguo esta Sala ha admitido que el hecho de apuntar con un arma de fuego a una persona en clara actitud de disparar, como aquí consta, es un delito de amenazas, ya que en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia de 19 Feb. 1997, Rec. 1261/1995 señalamos que: "Parece fuera de toda duda el que haya de reputarse amenaza el hecho de apuntar con un arma a otra persona...". No se trata aquí que pudieran quedar embebidas en otro delito más grave las amenazas, sino que el recurrente postula que, o bien desaparezca de la sanción dos acciones claramente delictivas con la que el recurrente apuntó a dos personas con una pistola, y, lo que es más relevante, después, de haber disparado a otra, o bien que se degrade la gravedad del hecho cuando la acción se perpetra nada menos que con arma de fuego, lo que excluye por su propia naturaleza la consideración de levedad de la acción.

Hay que recordar, como señalamos en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 692/2014 de 29 Oct. 2014, Rec. 10432/2014 que:

"El delito de amenazas se comete por el anuncio consciente de un mal futuro, injusto, determinado y posible, con el único propósito de crear una intranquilidad de ánimo, inquietud o zozobra en el amenazado, pero sin la intención de dañar materialmente al sujeto mismo (STS 16-4-2003), siendo el bien jurídico protegido la libertad y la seguridad, es decir, "el derecho que todos tienen al sosiego y a la tranquilidad personal en el desarrollo normal y ordenado de su vida".

Dicho delito, tipificado en los arts. 169 a 171 se caracteriza, según reiterada jurisprudencia (por todas STS 14-2-2003) por los siguientes elementos:

1º) una conducta del agente integrada por expresiones o actos idóneos para violentar el ánimo del sujeto pasivo, intimidándole con la comunicación de un mal injusto, determinado y posible, de realización más o menos inmediata, que depende exclusivamente de la voluntad del sujeto activo;

2º) es un delito de simple actividad, de expresión o de peligro, y no de verdadera lesión, de tal suerte que si ésta se produce actuará como complemento del tipo;

3º) que la expresión de dicho propósito por parte del agente sea serio, firme y creíble, atendiendo a las circunstancias concurrentes;



4º) que estas mismas circunstancias, subjetivas y objetivas, doten a la conducta de la entidad suficiente como para merecer una contundente repulsa social, que fundamente razonablemente el juicio de la antijuridicidad de la acción y la calificación como delictiva".

Todas las circunstancias que se relacionan concurren en el presente caso, dado que apuntar con un arma a alguien, tal y como se describe en los hechos probados, y con la secuencia previa reflejada, es obvio que produzca la intranquilidad en el sujeto pasivo, además de que es por ello, por lo que las víctimas vivieron con auténtico terror esa escena, dado que previamente había disparado ya a una persona, siendo, pues, el acto de entidad suficiente. Por ello, no puede predicarse la atipicidad de la conducta y su impunidad, o que sea de carácter leve por el propio contexto en el que se cometen ambas.

El caso que nos ocupa no importa que las amenazas de apuntar con el arma no tuviera intención de cumplirlas el sujeto agente, sino que basta que transmita a los amenazados la sensación de que va en serio, y existen razones derivadas del contexto para creer que tales pronósticos de causar males se realizarán.

Los amenazados pudieron percatarse de que el sujeto había sido capaz de cometer otro delito grave, lo que hacía presumir fundadamente que si era capaz de cometer ese delito previo podría hacerlo con ellos. Es acertada, por ello, la subsunción de los hechos probados en el tipo penal.

El motivo se desestima.

NOVENO.- 8.- Por infracción de ley, al amparo del nº 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 169.2 al considerar la existencia de dos delitos de amenazas y no de un delito de amenazas.

Defiende el recurrente que los dos hechos que se han tipificado como sendos delitos de amenazas han de contemplarse como un supuesto de "unidad natural de acción".

No puede apelarse a la teoría de la unidad de acción ante distintos sujetos pasivos, ya que el recurrente realiza dos conductas ante distintos sujetos pasivos, y aunque lo sea en la misma ejecución seguida de varios hechos, pero el recurrente atenta contra la víctima a la que da dos disparos, y amenaza a dos sujetos pasivos en dos acciones distintas entre sí, aunque aproveche el mismo escenario, pero no puede tener el mismo reproche penal si se amenaza con una pistola con la que ha disparado ya a una persona en el mismo escenario, y, luego, apunta con la misma arma a dos personas distintas. Lo que pretende el recurrente es la impunidad de uno de los actos amenazantes con el arma, entendiéndose que sería irrelevante desde el punto de vista penal que amenace a una persona, o que lo haga con varias en el mismo acto.

Se producen dos exhibiciones del arma apuntando a dos personas distintas con acciones distintas, aunque en la misma escena, pero el hecho probado describe dos conductas ante sujetos distintos y plenamente identificados.

Sostiene, sin embargo, el recurrente que "En el caso enjuiciado, apuntar a dos personas con un arma de fuego en un mismo espacio temporal, no puede ser conceptualizado más que como una sola acción a efectos típicos, habida cuenta que la realización de dos acciones integran un solo delito, siempre, naturalmente, que tales acciones sean consideradas dentro de un componente espacio temporal reducido y alentado, de forma idéntica, por el mismo dolo del autor, como ocurre en el presente caso".

No puede admitirse la unidad de acción que se postula, porque tal unidad no se predica en modo alguno del hecho probado, sino todo lo contrario, como se ha expuesto.

A tal efecto, hemos señalado en sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 845/2012 de 10 Oct. 2012, Rec. 10233/2012 que:

"En este sentido, expresaba la STS núm. 1295/2006, de 13 de diciembre, que existirá unidad natural de acción cuando la actuación delictiva se reitere en el mismo lugar y en un escaso período de tiempo, siempre bajo el mismo designio y afectando al mismo sujeto pasivo. En tal caso, el acto delictivo no puede descomponerse en tantos hechos como reiteraciones de la misma conducta, afirmándose la existencia de una sola infracción criminal."

Sobre la teoría de la unidad de acción que propugna el recurrente hemos señalado en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 262/2019 de 24 May. 2019, Rec. 1924/2017 que:

"Existen distintos supuestos:

- 1.- Unidad natural de acción.
- 2.- Unidad típica de acción o unidad jurídica de acción.



3.- Delito continuado.

Se nutren de la cualidad de conformar un único delito, y a los que han de resultar ajenos el instituto de la conexión, y su reverso la desconexión procesal, así como la pluralidad procesal tanto real como potencial, tanto de origen como de destino.

Al respecto de estas categorías (unidad natural de acción, unidad jurídica de acción y delito continuado), caracterizadas por conformar un único delito, refiere una reiterada doctrina jurisprudencial (STS 91/2016) que:

1.- Se habla de unidad de acción en sentido natural cuando el autor del hecho realiza un solo acto entendido en un sentido puramente ontológico o naturalístico.

2.- En cambio, se habla de unidad natural de acción cuando, aunque ontológicamente concurren varios actos, desde una perspectiva socio-normativa se consideran como una sola acción. Así, la jurisprudencia de esta Sala aplica la unidad natural de acción cuando los actos que ejecuta un sujeto presentan una unidad espacial y una estrechez o inmediatez temporal que, desde una dimensión socio-normativa, permiten apreciar un único supuesto fáctico subsumible en un solo tipo penal.

3.- En cambio, concurre una unidad típica de acción cuando la norma penal engarza o ensambla varios actos o varias unidades naturales de acción en un único tipo penal, pues la unidad típica de acción se da cuando varios actos son unificados como objeto único de valoración jurídica por el tipo penal. De forma que varios actos que contemplados aisladamente colman las exigencias de un tipo de injusto, se valoran por el derecho desde un punto de vista unitario.

4.- Por último, el delito continuado aparece integrado por varias unidades típicas de acción que, al darse ciertos supuestos objetivos y subjetivos previstos en el art. 74, se integran en una unidad jurídica de acción. Aparece constituido, por tanto, el delito continuado por varias realizaciones típicas individuales que acaban siendo abrazadas en una unidad jurídica a la que, por su intensificación del injusto, se aplica una pena agravada con respecto al delito único propio de la unidad típica de acción".

Pero la existencia de una multiplicidad de sujetos pasivos no permite aplicar esta tesis, ya que comete el sujeto activo los actos con personas perfectamente identificadas.

También en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia de 2 Mar. 1998, Rec. 2628/1997 se añade que: "Lo determinante es la variedad de los sujetos pasivos sobre los que recaen los efectos de la acción -TS S 20 Dic. 1988-."

También esta Sala ha admitido la teoría de la unidad de acción en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 1295/2006 de 13 Dic. 2006, Rec. 519/2006, donde se recoge que: "La unidad de acción ha sido estimada en casos en los que la acción delictiva se reitera en el mismo lugar y en un escaso periodo de tiempo, siempre bajo el mismo designio y afectando al mismo sujeto pasivo, en su caso. Se dice entonces que el acto delictivo no puede descomponerse en tantos hechos como reiteraciones de la misma conducta, afirmándose la existencia de una sola infracción criminal. La determinación de la existencia de una unidad de acción no solo debe atender a la naturaleza de la conducta, sino también a su configuración penal".

No es este el caso, donde los hechos no se suceden sobre el mismo sujeto pasivo, sino que la acción se lleva a cabo con dos sujetos, lo que hace inaplicable la tesis sostenida por el recurrente, como hemos visto, con lo que la impunidad de una de las amenazas resulta inviable.

El motivo se desestima.

DÉCIMO.- 9.- Por infracción de ley, al amparo del nº 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 564. 2º. 1 del Código Penal (agravación específica número borrado).

Señala el recurrente que "No podemos asumir la tipificación en el subtipo agravado previsto en el apartado 2º circunstancia 1ª - número borrado- ya que no consta que mi representado hubiera llevado a cabo tal conducta ni que tuviera conocimiento de tal ausencia cuando la adquirió [...] No basta, en consecuencia, que estuviera borrado el número de identificación de la pistola y que dicha circunstancia fuese perceptible, es necesario que el acusado lo conociese".

Supone el motivo un ataque a la intangibilidad del hecho probado y de la corrección del proceso de subsunción jurídica del hecho probado, ya que consta en los mismos que:

"El acusado, don, Florian, adquirió el arma corta de fuego ilegalmente el día inmediatamente anterior a los hechos, se trata de una pistola semiautomática, marca CZ Ceska Zbrojovka, modelo 83, calibrada para disparar cartuchos del 7,65 por 17 milímetros Browning que tiene el número de serie borrado".



Pues bien, el Tribunal ha condenado por la vía del art. 564.2.1º CP señalando que:

"La prueba de los hechos relativa a la tenencia del arma por parte del acusado, don Florian , a la clase de arma resulta incontrovertida, no solo por la declaración de la principal víctima y testigo, don Fidel , sino también por lo declarado por los testigos don Ricardo o doña Begoña constando además acta de recogida del arma con fotografía así como el informe pericial de balística obrante- a los folios 335 a 354 junto a: las aclaraciones de los peritos, los agentes de los mossos de los mossos d'esquadra con carnet profesional número NUM002 y NUM003 donde se concluye que se trata, efectivamente, de un arma de fuego corta, tipo pistola semiautomática, de la marca CZ Ceska Zbrojovka, modelo 83, arma reglamentada con un deficiente funcionamiento operativo debido a una disfunción del muelle del cargador que en ocasiones interrumpe el proceso de alimentación del arma sin modificaciones en las características técnicas originales, con la que se percutieron las cuatro vainas recogidas en el lugar de los hechos aclarando en el acto del juicio oral los peritos que el arma tenía un buen estado de conservación que era correcto, no impecable, y que realizaron disparos con el arma, dispararon el cartucho entero que intervinieron (punto 5 de su informe) siendo que la citada anomalía en el muelle del cargador que a veces hacía saltar el cartucho sin hacer el recorrido adecuado, no impedía el disparo, pues siempre disparaba pues hicieron 5/6 disparos y no se encasquilló ninguno si bien por el problema del muelle podría haberse encasquillado en alguna otra ocasión.

Sin perjuicio de todo ello, tampoco puede desconocer la Sala el valor probatorio respecto a esta infracción penal del visionado de las imágenes del IDVD de la sala SPORT 333 por cuanto se ve con toda claridad la tenencia, el arma y cómo esta tiene capacidad para disparar. La Sala por otro lado, debe apuntar por cuanto la defensa parece insinuar que el acusado, don Florian , desconocía que el arma tenía el número de serie borrado que el informe pericial balístico declara que *el número de identificación ha sido eliminado constando fotografías al folio 340 de la causa de ambos lados del arma donde se evidencia claramente tal extremo que, por tanto, no podía ser desconocido por el acusado quien, por otro lado, tampoco ha declarado que de haber sabido que el arma carecía de número de identificación no la hubiera comprado igualmente*, en cualquier caso, el acusado cuanto menos podía haber comprobado fácilmente que el arma carecía de número de identificación por cuanto este aparece grabado en la propia superficie del arma y *la Sala a simple vista no ya del arma sino de las fotos del informe balístico puede percibir tal extremo por lo que cuanto menos cabe dar por probado que de haber conocido tal extremo igualmente habría adquirido y tenido en su posesión tal arma por lo que concurre cuanto menos un dolo eventual* sin perjuicio de que la Sala visto el estado del arma y que el número de serie aparece grabado y visible a simple vista, además de la forma de adquisición por el acusado, estima probado un dolo directo al respecto".

Con ello, para el Tribunal es evidente la agravación y tipificación del hecho, aplicándose la teoría del dominio del hecho, por cuanto no es preciso la autoría del borrado, por cuanto el tipo penal lo que castiga es la tenencia de armas y que "las armas carezcan de marcas de fábrica o de número, o los tengan alterados o borrados", no que quien las tiene haya llevado a cabo ese proceso de borrado o alteración, con lo que se trata de un delito que se comete por la mera tenencia, y agravado por esta característica que consta probada en el arma.

Esta Sala descarta la exigencia de la autoría del borrado de la numeración por el autor de la disposición del arma en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 770/2012 de 9 Oct. 2012, Rec. 1898/2011, donde señalamos que:

"1. Se discute la aplicación de la agravación específica de borrado del número del arma, por entender que no lo abarcaba el dolo del autor.

2. Realmente, esta circunstancia agravante específica debe ser valorada con criterio culpabilístico, entendiéndose que el dolo del tenedor debe abarcar los elementos objetivos de la agravación, tal como se desprende del art 65 CP. No basta, en consecuencia, que esté borrado el número de identificación de la pistola y que dicha circunstancia sea perceptible, es necesario que el acusado lo conozca (Cfr. SSTS 20-3-2002; 28-10-2003, 1042/2004, de 24 de septiembre; 8 de noviembre de 2006). La jurisprudencia de esta Sala, de acuerdo con el principio de culpabilidad no ha aceptado aplicaciones automáticas de tipos agravados como el que nos ocupa, sin previa acreditación de que el autor era conocedor de dicha circunstancia o él mismo era el autor de la eliminación de la numeración (Cfr STS 14-10-2010, nº 895/2010).

Ahora bien, el cauce casacional elegido por error iuris, exige respetar los hechos probados, y estos proclaman en su apartado octavo que: "También en la indicada diligencia fue ocupada una pistola semiautomática marca CZ, modelo 75B de doble y simple acción, apta para el disparo de proyectiles de fuego real, pistola que el procesado Alejo había adquirido y conservaba personalmente a sabiendas de que la misma presentaba borrado con útiles abrasivos su numeración de serie, impidiendo su identificación, a pesar de que carecía de la preceptiva licencia de armas y guía de pertenencia para su tenencia y posesión, 15 cartuchos y un mangual o rompecabezas".



Por otra parte, también ha dicho esta Sala que *procede la aplicación de la agravante específica cuando la posesión material y directa del arma permite advertir necesariamente que tenía su numeración borrada* (Cfr. STS 29-1-2006), *no exigiéndose que el tenedor de la pistola sea quien haya borrado el número identificativo; basta con que el autor del delito tenga conciencia de que la pistola poseída carece de numeración o la tiene borrada.*

Para ello no es preciso acreditar una conciencia reflexiva sobre ese elemento del tipo agravado, bastando con la constatación de la existencia de una indiscutible percepción sensorial de aquél, lo cual puede obtenerse de datos fácticos variados (Cfr STS - 6-2006, nº 660/2006)". Y ello es lo que consta probado, siendo evidente esta circunstancia, como ha declarado probado el Tribunal por su evidencia. Así, frente a lo alegado por el recurrente de que lo desconocía, el Tribunal ha señalado que "se evidencia claramente tal extremo que, por tanto, no podía ser desconocido por el acusado quien, por otro lado, tampoco ha declarado que de haber sabido que el arma carecía de número de identificación no la hubiera comprado igualmente".

El motivo se desestima.

RECURSO DE Fidel

DÉCIMO PRIMERO.- 1.- Por infracción de ley, conforme al artículo 849. 2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y ello, por cuanto de los hechos probados y pruebas obrantes en las actuaciones se denota que el condenado en el momento de cometer los hechos delictivos no concurren circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal.

Ya se ha hecho mención en el FD nº 4 a la doctrina de la Sala en torno a la vía utilizada del art. 849.2 LECRIM cuando al Tribunal le consta la convicción de la existencia en este caso de prueba suficiente para estimar la atenuante, a lo que nos remitimos, ya que frente a lo que se postulaba por el anterior recurrente de "dar un paso más" y extender la atenuación por analogía a una exigente incompleta del art. 21.1 CP y una mayor rebaja penal, el actual recurrente postula su desaparición "por abajo", lo que debe dar lugar a su desestimación por la probanza que el Tribunal entiende concurrente, al menos, para estimar la atenuante por analogía.

Así, el recurrente impugna la aplicación de la atenuante analógica de toxicomanía del artículo 21.7ª en relación al 20.2 del Código Penal; lo hace por dos vías, en el presente motivo, por el artículo 849.1º; en el siguiente, por el artículo 849.2º.

Señala el Tribunal que: "tiene diagnosticado desde, al menos, 2012-2013, y siendo que respecto a estas sustancias estaba activo los meses antes a los hechos según resulta del informe forense y de la pericial de cabello practicada, por lo que la Sala estima concurrente una circunstancia atenuante analógica del artículo 21.7 en relación al artículo 20.2º del Código Penal al estar acreditado no, solo el consumo el día de los hechos y su dependencia a tales sustancias, sino que, además, el día de los hechos estaba mínimamente afectado, ya sea por ese consumo, o por la falta de él por efecto del síndrome de abstinencia. Dicha circunstancia atenuante entiende la Sala que concurre respecto al delito de tentativa de asesinato, así como respecto al delito de amenazas, pero en ningún caso respecto al delito de tenencia ilícita de armas que ya se había consumado con anterioridad a la comisión de los hechos constitutivos de los dos delitos citados".

Es decir, que al menos se le aplica esta atenuación, aunque no una mayor gradación de su afectación, lo que ha conllevado la desestimación del tercer motivo del anterior recurrente. Ha sido tratado ya este tema en el FD nº 4 al que nos remitimos.

El motivo se desestima.

DÉCIMO SEGUNDO.- 2.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, vulneraciones que se producen por cuanto se está aplicando por la Sentencia atenuante analógica de toxicomanía.

Se pretende alterar el hecho probado, donde consta que "El acusado, don Florian , con anterioridad a empuñar y disparar el arma corta de fuego había ingerido alcohol, en concreto, como mínimo una cerveza y no menos de dos chupitos. Igualmente, los días inmediatamente anteriores al de los hechos consumía alcohol, hasta en alguna ocasión 8 "cubatas" y no comía. Finalmente, el acusado tenía diagnosticado un problema de abuso de alcohol y de cocaína desde agosto de 2012 que parecía arrastrar desde 2010 y que se ha extendido al consumo de marihuana todo lo cual en el momento de los hechos le afectaba levemente a sus capacidades intelectivas y volitivas".

Nos remitimos al precedente fundamento jurídico que aboca a la desestimación por la correcta argumentación del Tribunal en cuanto a la estimación de la atenuante analógica cuestionada.

El motivo se desestima.



DÉCIMO TERCERO.- 3.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se produce vulneración de lo dispuesto en el art. 117 y 120. 3º del código penal, así como el Reglamento General de Policía de Espectáculos y Actividades Recreativas aprobado por Real Decreto 2816/1982, de 27 de agosto y los artículos 5, 6 y 31 de Llei 11/2009 de 6 de julio, sobre Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas de la Generalitat de Catalunya. Del mismo modo, también se produce en la Sentencia de autos vulneración en todo caso, de los arts. 117 y 120.4 del Código Penal en relación a los artículos 2, 50 y siguientes del Reglamento de Salones recreativos aprobado por Decreto 37/2010, así como los artículos 14 y siguientes de la Ley de prevención de riesgos laborales. Y, en todo caso vulneración de la Responsabilidad civil patronal art. 117 del código penal y art. 1902 y 1903 del código civil y art. 76 de la Ley de contrato de seguro.

Postula el recurrente la aplicación del art. 120.3 CP y la responsabilidad empresarial en el caso fijado en los hechos probados.

Señala que:

1."Don Fidel comunicó las reclamaciones y amenazas de muerte a don Justo quien le manifestó que no eran extrañas tales reclamaciones sin que les diera especial importancia dado que tenían seguridad contratada para la sala SPORT 333 y que no le constaba que amenazas de esa naturaleza se hubieran llevado a efecto nunca en España" (párrafo 2º y 3º de la Sentencia de autos)".

2.- Cita el " art. 5 de la Ley 11/2019 de 6 de julio, de regulación administrativa de los espectáculos públicos y las actividades recreativas, relativo a "Derechos y obligaciones de los espectadores y los usuarios" apartado c) Comportarse cívicamente y evitar acciones que puedan crear situaciones de peligro o incomodidad para los demás espectadores o usuarios o para el personal al servicio del establecimiento abierto al público o del espectáculo, o que puedan impedir o dificultar que el espectáculo o la actividad se lleve a cabo. Por lo que, en modo alguno es normativa que excluya de protección a los trabajadores".

3.- Omisión grave y negligencia grave cometida por SPORT 333, S.A.. Por lo que, ninguna medida de seguridad se acredita por la empresa se adoptara y por óbice tampoco su adecuado cumplimiento.

4.- La única persona encargada de la seguridad en el local que sucedieron los hechos, Don Felipe : "Por su parte, don Felipe , encargado de seguridad y controlador de la sala de juegos, declaró que le correspondía evitar la entrada de menores de edad o de personas que causen problemas en la sala para lo que solo se pedía el DNI a quien no parecía mayor de edad y que solo se pedía siempre el DNI a quien entrara en la zona de máquinas especiales para ver si la persona no tiene prohibido el acceso, ..." (segundo párrafo folio 43 de la Sentencia de autos).

5.- La empresa no sigue ningún protocolo de actuación en cuanto al control de acceso de personas adultas en el local, no cerciorándose por tanto si la persona que entra tiene en vigor alguna autoprohibición, o no, o si ya ha tenido problemas anteriormente en dichos locales, o existe alguna restricción respecto a su actuar, y tampoco, como ocurrió en el presente supuesto, para controlar una persona que había amenazado en varias ocasiones en una semana a algunos empleados del establecimiento. Por lo que, ninguna medida de seguridad y de prevención a evitar los riesgos que eran conocidos por el gerente de la empresa se adoptaron a raíz de las graves amenazas. Total omisión que desencadenó el fatal desenlace, omisión que supone grave negligencia civilmente relevante de sport 333,s.a. en los perjuicios sufridos por su trabajador, don Fidel .

6.- Se incumple la jurisprudencia en cuanto a las víctimas-perjudicados que pueden reclamar la responsabilidad civil conforme a los artículos 120.3º y 120.4º del código penal.

7.- Responsabilidad civil directa de "SEGURCAIXA, S.A. DE SEGUROS Y REASEGUROS" debemos estar a la póliza Segurcaixa negocio NUM004 . Consta asegurada la RESPONSABILIDAD CIVIL PATRONAL, la cual es definida jurisprudencialmente como "aquella que para el asegurado resulte de lesiones o muerte sufridas por sus empleados a su servicio como consecuencia de un accidente de trabajo que reúne las características que en la póliza se detallan... Responsabilidad que consta expresamente cubierta en el contrato de seguro, folio 439 de autos condiciones particulares y folio 1510 de autos apartado 2.5.3 condiciones generales, definiéndose "Se entiende por responsabilidad civil derivada de accidentes de trabajo, la responsabilidad civil extracontractual imputable al asegurado derivada de los daños personales sufridos por los trabajadores con ocasión de accidentes de trabajo ocurridos en el desempeño de su trabajo...", cobertura por la que llegaríamos a la misma conclusión de abono de la responsabilidad civil de forma directa por la referida compañía aseguradora a favor de mi representado por los daños y perjuicios ocasionados a raíz de los hechos de autos.

8.- Entendemos concurren los requisitos tanto legales como determinados por la jurisprudencia para determinar la responsabilidad civil subsidiaria de la empresa SPORT 333, S.A. y la responsabilidad civil directa de la compañía aseguradora "SEGURCAIXA,S.A. DE SEGUROS Y REASEGUROS" a favor de mi representado en la cuantía determinada en Sentencia de autos y, ello, en aplicación del art.117 y 120.4 del Código Penal



en relación a los artículos 2, 50 y siguientes del Reglamento de Salones recreativos aprobado por Decreto 37/2010, así como los artículos 14 y siguientes de la Ley de prevención de riesgos laborales.

Y, en todo caso vulneración de la Responsabilidad civil patronal art. 117 del código penal y art. 1902 y 1903 del código civil y art. 76 de la Ley de contrato de seguro, reiterando que consta expresamente la cobertura RC PATRONAL en el contrato de seguro que mantiene a la fecha de los hechos SPORT 333,S.A. con "SEGURCAIXA,S.A. DE SEGUROS Y REASEGUROS".

En consecuencia, hay que precisar que el Tribunal declara probado en los hechos probados que:

1.- El acusado, don Florian , a mediados de junio de 2015 empezó a perder en las máquinas de la sala de juegos SPORT 333 entre 3000 y 7000.-euros diarios ante lo cual reclamó en diversas ocasiones a SPORT 333, S. A. a través de don Fidel , responsable de la sala SPORT 333, la devolución del 10% de las cantidades jugadas y pérdidas para lo que le reiteró en varias ocasiones que quería hablar con sus jefes, don Justo y don Leoncio , de modo que llegó a proferir a don Fidel amenazas de muerte respecto a don Justo y don Leoncio caso de que no se atendieran sus reclamaciones.

2.- Don Fidel comunicó las reclamaciones y amenazas de muerte a don Justo quien le manifestó que no eran extrañas tales -reclamaciones sin que les diera especial importancia dado que tenían seguridad contratada para la sala SPORT 333 y que no le constaba que amenazas de esa naturaleza se hubieran llevado a efecto nunca en España.

Teoría de la responsabilidad civil causal del "but for test" en los casos de la responsabilidad civil subsidiaria del art. 120 CP

Responsabilidad objetiva, aunque sin olvidar la eficacia causal en el hecho.

Algunos autores en la doctrina han postulado que se subjetivice el ámbito de la responsabilidad civil del art. 120 CP, huyendo de la actual concepción de la responsabilidad civil objetiva, o por riesgo, que prima en la interpretación conceptual de la responsabilidad civil subsidiaria del citado art. 120 CP.

Debemos recordar que en la doctrina norteamericana se aplica en el ámbito de la responsabilidad civil la tesis del conocido *but for test*, que es una prueba comúnmente utilizada, tanto en el derecho de daños como en el derecho penal, para determinar la causalidad real, pero que debe aplicarse en la responsabilidad civil subsidiaria que recoge el art. 120 CP en sus justos términos para exigir el mínimo nexo causal entre ese incumplimiento y el resultado, pero sin una exigencia fáctica que la haga que la infracción es la verdadera causa del resultado, porque ello sería tener una concepción de la responsabilidad civil subsidiaria bajo un enfoque penal de la culpa subjetiva en la tesis que se le conoce con la fórmula del "*si no hubiera sido por...*" para traducir que se busca un parámetro subjetivo de modo exclusivo, cuando en el ámbito de la responsabilidad civil subsidiaria se trata más de uno objetivo, aunque en relación mínima causal con el hecho producido, ya que resulta evidente que la infracción, en este caso del art. 120.3 CP de las normas administrativas tiene una relación causal con el resultado producido, aunque sin exigir un carácter absoluto que convertiría en subjetiva la responsabilidad del art. 120 3 y 4 CPO, que, no olvidemos, que es responsabilidad civil subsidiaria, y no penal.

Esta tesis de origen anglosajón está próxima a lo que en el derecho penal español se denomina *teoría de la equivalencia de las condiciones o de la conditio sine qua non*, según la cual todos los actos que intervienen son equivalentes y, en consecuencia, el autor es responsable del daño, porque este no se habría producido sin su intervención. La hemos configurado como aquella en la que "se reputa como causa toda condición que hubiere contribuido a la producción del resultado, entendido condicionalmente en el aforismo "conditio sine qua non", es decir que el resultado no se hubiera producido si la condición no se hubiere dado".

A la hora de fijar la "eficacia" de la acción en razón al resultado producido se introducen por los anglosajones dos correctores, a saber:

a.- En determinadas circunstancias basta con demostrar que la causa contribuyó de forma sustancial al resultado ("material contribution test")

b.- O que aumentó de forma sustancial el riesgo de que este se produjera ("material increase in the risk test").

En la tesis del *but for test*, totalmente subjetiva, los Tribunales americanos plantean diferentes tesis para introducir la teoría de la responsabilidad en la causalidad. Y, así, aplican las siguientes:

a.-Probabilidad de prueba de supervivencia

Esto indica que, ante un crimen, si las acciones del responsable (en este caso en el ámbito de la responsabilidad civil sería la empresa y la aseguradora) disminuyeron las posibilidades de supervivencia de la víctima, entonces a quien se le imputa responsabilidad es culpable.

b.- Teoría de la aceleración

Esto indica que si la acción del responsable causó que una víctima muriera antes de lo que la víctima hubiera muerto, entonces el acusado es culpable

c.- Causa próxima

Algunos tribunales han descartado por completo la causa, y simplemente aplican la doctrina de la causa próxima.

Esta teoría se pregunta si las acciones del responsable están lo suficientemente relacionadas con el resultado para hacer al acusado responsable. También lo denominan como *la causa inmediata*, a la que llaman *causa legal*, o lo que se reconoce como el *factor principal de la lesión*.

La prueba más común de causa próxima bajo el sistema legal estadounidense es la previsibilidad. Determina si el daño resultante de una acción podría haberse predicho razonablemente.

d.- Enfoque del Código Penal Modelo (MPC)

Algunos tribunales han desechado tanto la causa inmediata como la inmediata, eligiendo confiar en el enfoque de MPC para la causalidad, que determina que el responsable lo es si el resultado de su acción involucra el mismo tipo de lesión o daño que el resultado probable, y el resultado no es demasiado remoto o accidental en su ocurrencia que, en realidad, no tiene nada que ver con su responsabilidad, o la gravedad de su delito.

e.- Causalidad directa

La causalidad directa es una prueba minoritaria, que aborda solo el concepto metafísico de causalidad. No importa cuán previsible sea el resultado siempre que la actividad física de la parte negligente pueda estar vinculada a lo que realmente sucedió. El objetivo principal de la causalidad directa es que no hay causas intermedias entre un acto y el daño resultante. Una causa que interviene tiene varios requisitos: debe 1) ser independiente del acto original, 2) ser un acto humano voluntario o un evento natural anormal, y 3) ocurrir a tiempo entre el acto original y el daño.

La causalidad directa es la única teoría que aborda solo la causalidad y no tiene en cuenta la culpabilidad del actor original.

f.- Mejora de riesgo / vínculo causal

El demandante debe demostrar que la acción del responsable aumentó el riesgo de que ocurriera el daño particular sufrido por el demandante. Si la acción se repitiera, la probabilidad del daño aumentaría correspondientemente. Esto también se llama riesgo previsible.

g.- Daño dentro del riesgo

La prueba de daño dentro del riesgo (HWR) determina si la víctima estaba entre la clase de personas que previsiblemente podrían sufrir daños, y si el daño era previsible dentro de la clase de riesgos. Es la prueba de causalidad más estricta.

Sin embargo, no podemos introducir en el ámbito de la responsabilidad civil subsidiaria del CP una tesis absolutamente subjetiva de la culpa en la responsabilidad civil del art. 120 CP, ya que se nutre de otros parámetros, aunque sin olvidar la incidencia de esa causa en el resultado, pero bajo la tesis de la responsabilidad por riesgo, más que en un puro contexto subjetivo.

Por ello, se aplicaría la *teoría de la imputación objetiva* en la responsabilidad civil del art. 120 del Código Penal, de tal manera que no sería tanto una incidencia de responsabilidad subjetiva en el nexo causal entre la acción y el resultado dañoso, sino más bien una responsabilidad objetiva al margen de la culpa, en tanto en cuanto que la constancia del incumplimiento objetivo de las normas o reglamentos de policía por parte de la entidad a que alude el art. 120.3 CP es lo que cualifica el arco de la responsabilidad del n° 3 del art. 120 CP, aunque sin olvidar, obviamente, que se trata, también, de una conducta con incidencia causal en el resultado producido.

En orden a diferenciar la existencia entre causalidad e imputación objetiva, el derecho anglosajón diferencia entre el *factual causation* y el *legal causation*, pudiendo atribuirse la imputación objetiva al segundo de los citados. En consecuencia, nos encontraremos con una *legal causation* establecida desde el punto de vista de la imputación objetiva sin hacer especial incidencia en la culpa subjetiva en la vía del art 120.3 CP como sostiene la doctrina más autorizada.

Con ello, no puede exigirse una relación de causalidad desde el punto de vista subjetivista de la responsabilidad civil, sino un mero incumplimiento objetivo de las normas de policía a que se refiere el n° 3 del art. 120 CP, en conexión también causal en ese incumplimiento y el resultado, pero sin hacer exigible un absoluto nexo



causal entre la acción y el resultado para poder derivar la responsabilidad civil a la empresa y a la compañía de seguros, sino una mera constancia probada de que las normas se han incumplido por la empresa, y que ello ha facilitado que el delito se haya cometido, como así ocurrió. Lo que se afirma, como veremos luego que recoge la doctrina reiterada de esta Sala, es que no es precisa la existencia de una relación de causalidad entre el incumplimiento de las normas reglamentarias y la producción de un delito que responde, exclusivamente, a la acción de su autor, sino que, tan sólo, se encuentre relacionado el incumplimiento de las normas, de claro carácter preventivo, con el acaecimiento de la infracción penal. Esta es la relación causal que acompaña a la explicación que sostenemos, pero no con el carácter de relevancia que sí se requiere en la culpa penal.

Es por ello, que en el orden del derecho penal no se puede concebir una tesis subjetivista de la culpa en el ámbito de la responsabilidad civil subsidiaria del art. 120 CP asociada a la relación de causalidad que establezca que el resultado se produce porque hay un nexo causal entre la acción u omisión y el daño producido. Esa "*causa relevante*", "*próxima*" o "*sustancial*" no forma parte del campo de la responsabilidad civil subsidiaria del art. 120 CP, aunque sin poder olvidar, como no podía ser de otra manera, que ese incumplimiento también es causa del resultado, aunque no con el carácter de relevancia que pueda exigirse en la culpa.

En esta misma línea, esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 279/2012 de 9 Abr. 2012, Rec. 531/2011 señala en un caso de casación de la sentencia de instancia que no admitía la responsabilidad civil subsidiaria del art. 120.3 CP, y por la que se declara la responsabilidad civil subsidiaria de las entidades financieras en aplicación del art. 120.3 del Código Penal, al interpretar que el incumplimiento de la normativa de prevención de blanqueo de capitales por parte de las entidades financieras fue determinante para la comisión de un delito de blanqueo de capitales. Así, se recogía por esta Sala que si bien la Audiencia Provincial, tras exponer con toda claridad y precisión la actuación de las entidades financieras y requisitos para la aplicación de esta responsabilidad civil subsidiaria a tenor del art. 120.3.º del Código Penal, había confundido la causalidad penal con la civil, que se rigen por criterios completamente distintos, que es, precisamente, lo que hemos expuesto anteriormente

Señalaba en este caso la Audiencia Provincial la inexistencia de la responsabilidad civil de las entidades financieras, pues aunque se *constata el incumplimiento de las normas de policía financiera*, (lo mismo que en el presente caso) no pueden concluir que la aplicación de las mismas habría evitado la comisión del delito ya que, aunque se hubiera advertido a las autoridades administrativas de tales operaciones sospechosas, no se hubiera podido afirmar concluyentemente la existencia de indicios del ilícito penal, habida cuenta de que el perjudicado por el delito origen de los fondos de "blanqueo" aún no conocía la existencia de aquel. Señalaba, así, esta Sala que:

"En este supuesto nos hallamos ante una responsabilidad civil, de segundo grado o subsidiaria, derivada de las previsiones del art. 120.3.º del Código Penal, que es interpretado por ésta con carácter cuasi objetivo y tendente esencialmente a la satisfacción de las víctimas del delito en cuanto a los perjuicios económicos sufridos en los que tuvo intervención el abandono por parte del titular del establecimiento de sus deberes en orden al cumplimiento por sus dependientes o empleados de los reglamentos o disposiciones relacionados con el hecho punible cometido, de modos que este hecho no se hubiera producido sin dicha infracción.

...

En el caso presente *no existe duda de que el incumplimiento de tales disposiciones se produjo* y de que el delito se cometió en el seno de los establecimientos de los que las entidades de referencia eran titulares, en tanto que la vinculación entre esa comisión y el referido incumplimiento, analizada correctamente y no en términos estrictamente penales en los que la argumentación de la recurrida discurre, es decir, desde el punto de vista de que *no es precisa la existencia de una relación de causalidad entre el incumplimiento de las normas reglamentarias y la producción de un delito que responde, exclusivamente, a la acción de su autor*, sino que, tan sólo, se encuentre relacionado el incumplimiento de las normas, de claro carácter preventivo, con el acaecimiento de la infracción penal, de modo que sea plausible la afirmación, como es lógico siempre meramente hipotética por su carácter de juicio "ex post", de que el delito podría haberse evitado caso de llevarse a cabo una correcta aplicación de las normas reglamentarias vigentes respecto de la actividad del establecimiento."

Evidentemente, nunca será posible conocer, con plena certeza, lo que hubiera ocurrido si aquellas normas se hubieran aplicado y si, con tan sólo ellas, se hubiera impedido absolutamente el acaecimiento ilícito. Pero lo que sí se puede afirmar es que la inobservancia de lo legalmente previsto, indudablemente, facilitó la comisión delictiva, circunstancia que, sin duda, en este caso concurrió. Y aquí se encauza ese obligado nexo causal no relevante, pero sí relacionado con la responsabilidad por riesgo a que se refiere este art. 120.3 CP, e, igualmente, el art. 120.4 CP.

Con ello, se pueden fijar 10 parámetros en este punto que se deben destacar, a raíz de lo expuesto, a saber:



- 1.- Que no es precisa la existencia de una relación de causalidad absoluta entre el incumplimiento de las normas reglamentarias y la producción de un delito que responde, exclusivamente, a la acción de su autor en el derecho penal, ya que aquí nos movemos en la responsabilidad civil subsidiaria, aunque sin olvidar que hay un factor causal a continuación.
- 2.- Por ello, se añade que se encuentre relacionado el incumplimiento de las normas, de claro carácter preventivo, con el acaecimiento de la infracción penal
- 3.- Y ello, de modo que sea plausible la afirmación, como es lógico siempre meramente hipotética por su carácter de juicio "ex post", de que el delito podría haberse evitado caso de llevarse a cabo una correcta aplicación de las normas reglamentarias vigentes respecto de la actividad del establecimiento.
- 4.- No puede producirse una confusión entre la causalidad civil y penal, las cuales se rigen por criterios distintos.
- 5.- La relación exigida en el art. 120.3 CP entre infracción y hecho punible no es similar a la causalidad en el ámbito civil de infracción y daño, pues en el proceso causal del art. 120.3 CP aparece un hecho perturbador ajeno al binomio de causalidad civil, como es la existencia de un tercero ajeno al incumplimiento que comete un hecho delictivo.
- 6.- Este tipo de responsabilidad civil subsidiaria puede surgir ante la inexistencia o insuficiencia de medidas de prevención obligatorias, que se cifran básicamente en el despliegue de los deberes de vigilancia y control exigibles.
- 7.- En los supuestos en que se pueda inferir que el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de las obligaciones exigibles por descuido o negligencia hayan generado un riesgo que es precisamente el que se quiere evitar, se identificará el fundamento de este tipo de responsabilidad civil, que requiere no una directa relación de causalidad entre la infracción y la comisión del ilícito, sino una relación simplemente adecuada entre la infracción y el ilícito que se quiera prevenir por la norma infringida.
- 8.- Como apunta la doctrina en estos casos, la norma específica que se ha incumplido es la prevención ex ante, no la represión ex post.
- 9.- No se requiere que la omisión de la diligencia en el cumplimiento de la norma sea la causa eficiente de la comisión del delito, sino simplemente, que haya posibilitado ésta.
- 10.- El binomio infracción-daño no se puede construir con total nitidez, pues la doctrina entiende que la infracción de los reglamentos ha de tener una relación simplemente adecuada, de manera que el resultado se vea propiciado por ella. En estos casos del art. 120.3 CP no puede dejarse al margen que esa infracción causal primera del responsable subsidiario que se basa en infracción de reglamentos, se enmarca en el seno de una intervención delictiva -dolosa o imprudente- que ha cometido un tercero autor material del delito, y que es lo que desencadena, a su vez, el descubrimiento, o afloramiento, de ese incumplimiento de las normas que es el que atrae la responsabilidad civil subsidiaria del art. 120.3 CP

Advertencias previas y previsibilidad de lo que podría ocurrir. Necesidad de adoptar medidas de protección, no adoptadas por los responsables de la empresa donde trabajaba el recurrente.

Con todo ello, y aplicado al caso que nos ocupa, tenemos que:

- 1.- Consta el proceder del condenado al entrar en el local según se ha reflejado en los fundamentos precedentes al desestimar los motivos del recurrente en cuanto al ataque directo al ahora recurrente, y al que previamente ya había advertido de lo que podía suceder, y que finalmente llevó a cabo.
- 2.- El Tribunal recoge en su fundamentación jurídica que: "La víctima manifestó que el acusado "reclamaba dinero por todo lo perdido, dos semanas antes [...] que había jugado mucho y quería recuperar algo de dinero [...] dijo que si no le pego un tiro a su jefe y luego se lo pegaba a él mismo" así como "que le iba a pegar un tiro al responsable, que era él, y que semanas antes lo dijo respecto a los jefes" añadiendo el testigo al respecto que "se sintió amenazado por la actitud del investigado" si bien no es menos cierto que el testigo en algún momento también declara que "a él directamente no le amenazó sí a [os responsables]" lo que la Sala debe entender como que no le amenazó directamente a él con nombre y apellidos sino como responsable, pues el testigo era el responsable de la sala de juegos donde sucedieron los hechos, extremo corroborado por el testigo don Justo , gerente, administrador solidario, y copropietario junto a su hermano de Sport33, S.A. quien manifestó que " Fidel era trabajador, encargado de la Sala de los hechos y técnico de máquinas".
- 3.- Añade el Tribunal que "El testigo, don Felipe , seguridad y controlador de la sala, declaró que "sí estaba preocupado por las cosas que les dijo, que un día que le iba a disparar al jefe y luego él, que no sabía si era verdad o no, que temía por poder ser él también víctima, y que también Fidel temía eso, que se lo dijo".



4.- El hecho no era tan imprevisible como se sostiene en la impugnación, ya que las amenazas existían y están probadas, pese a lo cual se desoyen. Existe responsabilidad civil ex art. 120.3 CP, no 4.

Con ello, pese a que existían unas previas advertencias de que el ataque podría ocurrir, como se ha reconocido en los hechos probados, el propio Fidel comunicó las reclamaciones y amenazas de muerte a don Justo "quien le manifestó que no eran extrañas tales -reclamaciones sin que les diera especial importancia dado que tenían seguridad contratada para la sala SPORT 333 y que no le constaba que amenazas de esa naturaleza se hubieran llevado a efecto nunca en España".

Sin embargo, no se adoptó medida o protocolo de seguridad alguno al respecto, ya que pese a estas advertencias de muerte, lo cierto es que no consta probado que la empresa adoptara medidas de seguridad o protección, no solo respecto a los propios jefes, de estar allí cuando entrara él, sino del propio recurrente, que fue la persona a la que de forma indirecta le dirige las amenazas, aunque, finalmente, lo ejecuta contra él, con un resultado lesional gravísimo que consta en los hechos probados, y que es y debe ser indemnizado por la empresa y la aseguradora que cubre su responsabilidad civil hasta el límite de cobertura.

Es, precisamente, la ausencia de medidas de protección lo que establece y fija el nexo causal que hace derivar la responsabilidad a la empresa y a la aseguradora.

Pues bien, como decimos, se le debe dar la razón al recurrente en este motivo, dado que fijamos recientemente en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 530/2019, de 31 de Octubre los criterios diferenciadores entre la responsabilidad civil del art. 120.3 y 120.4 CP, para señalar que:

"El Tribunal ha fijado la responsabilidad civil ex art. 120.4 CP, y no 120.3 CP.

Señala sobre sus diferencias la sentencia de esta sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 168/2017 de 15 Mar. 2017, Rec. 1549/2016 que:

"Se hace necesario exponer la doctrina jurisprudencial sobre la aplicación del art. 120.3 CP precepto, que como hemos dicho en SSTs. 229/2007 de 27.3, 768/2009 de 16.7, 370/2010 de 29.4, 357/2013 de 29.4, 61/2014 de 11.2, mucho más amplio que los artículos 21 y 22 del Código Penal de 1973, y que, para lo que aquí se resuelve, distingue entre el número cuarto que es la clásica concepción de dicha responsabilidad civil subsidiaria por los delitos cometidos por los empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus funciones o servicios, a cargo de sus -principales- (personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio), y que se fundamenta en la "culpa in vigilando", "culpa in eligendo", o la "culpa in operando", que había sido interpretada por esta Sala Casacional con gran amplitud y generalidad, al punto de llegar a una cuasi-objetivación basada en la teoría del riesgo, o bien del aprovechamiento de su actividad ("cuius commoda eius incommoda"), y la responsabilidad civil subsidiaria que surge ahora del citado apartado tercero del art. 120 del Código Penal, que dispone: "las personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos o faltas cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o administren, o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción".

Los requisitos legales que son necesarios para el nacimiento de dicha responsabilidad civil, son los siguientes:

- a) que se haya cometido un delito o falta;
- b) que tal delito o falta haya ocurrido en un determinado lugar, un establecimiento dirigido por persona o empresa contra la cual se va a declarar esta responsabilidad, esto es, el sujeto pasivo de dicha pretensión;
- c) que tal persona o empresa o alguno de sus dependientes, haya realizado alguna "infracción de los reglamentos de policía o alguna disposición de la autoridad", debiendo entenderse estos reglamentos como normas de actuación profesional en el ramo de que se trate abarcando cualquier violación de un deber impuesto por ley o por cualquier norma positiva de rango inferior, incluso el deber objetivo de cuidado que afecta a toda actividad para no causar daños a terceros);
- d) que dicha infracción sea imputable no solamente a quienes dirijan o administren el establecimiento, sino a sus dependientes o empleados. No es necesario precisar qué persona física fue la infractora de aquél deber legal o reglamento. Basta con determinar que existió la infracción y que ésta se puede imputar al titular de la empresa o cualquiera de sus dependientes, aunque por las circunstancias del hecho o por dificultades de prueba, no sea posible su concreción individual; e) que tal infracción esté relacionada con el delito o falta cuya comisión acarrea la responsabilidad civil examinada, es decir, que, de alguna manera, tal infracción penal haya sido propiciada por la mencionada infracción reglamentaria (SSTs. 1140/2005 de 3.10 1546/2005 de 29.12, 204/2006 de 24.2, 229/2997 de 22.3).



Estas personas, naturales o jurídicas, han de ser conscientes del deber de velar por la observancia de las prescripciones reglamentarias o de consagrado uso que regulan las actividades que tienen lugar en el seno de los establecimientos o empresas de su pertenencia o titularidad. La omisión o desentendimiento, aparte de guardar relación con el lamentable suceso, tienen que ser de probada significación en la suscitación del "hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción". Relación causal que no de alcanzar necesariamente un grado de exclusividad, bastando llegar a una conclusión de propiciación y razonabilidad en la originación del daño.

La responsabilidad civil subsidiaria a que atiende el art. 120.3 CP parte necesariamente del reconocimiento judicial de haberse perpetrado un delito o falta generador de un daño, ya sea a título de dolo o de culpa.

La sentencia penal incorporará un dictado de condena indemnizatoria a cargo del acusado, primer y directo responsable civil (art. 116 CP). Comprobados cuantos requisitos condicionan la responsabilidad antedicha, subseguirá el pronunciamiento declarativo de la misma, condenando a la persona natural o jurídica considerada como titular del establecimiento en cuya sede tuvo lugar el hecho criminal. Condena cuya efectividad se halla subordinada a la insolvencia del autor material. Los responsables civiles subsidiarios son tales "en defecto de los que lo sean criminalmente". La expresión "personas naturales o jurídicas" es eminentemente amplia y abarcadora: cualquier entidad pública o privada habrá de tener cabida en ella.

El art. 120 CP proclama una responsabilidad civil del tipo de la subsidiaria en contra de las personas naturales o jurídicas a que hace referencia, titulares de una actividad empañada en su dinámica por las infracciones a que se alude, sobre el presupuesto de que el hecho punible cometido "no se hubiera producido sin dicha infracción". Más debemos reparar que el binomio infracción-daño no se puede construir con semejante nitidez. La doctrina entiende que la infracción de los reglamentos ha de tener una relación simplemente adecuada, de manera que el resultado se vea propiciado por ella. Sobre la base de la infracción causal primera del responsable subsidiario, se incrusta o interfiere una intervención delictiva dolosa o imprudente de un tercero -autor material del hecho-. Con acierto se apunta que esta relación de ocasionalidad necesaria entre infracción y hecho punible no equivale, al menos en todo caso, a relación de causalidad entre infracción y daño, no hay que olvidar que en el supuesto contemplado por el art. 120.3, el proceso causal que media entre ambos elementos se ve interferido por un factor de singular trascendencia, como es la comisión de un hecho delictivo por parte de un tercero, es decir, un sujeto distinto del propio titular y ajeno, por hipótesis, al círculo de personas de cuya actuación ha de responder aquél. En todo caso ha de constatarse una conexión causal -más o menos directa- entre la actuación del titular o de sus dependientes y el resultado dañoso cuyo resarcimiento se postula. Ante la inexistencia o insuficiencia de las medidas de prevención adoptadas entre ellas, básicamente el despliegue de los deberes de vigilancia y de control exigibles, podrán acordarse las resoluciones oportunas para llegar a la efectivación de la responsabilidad civil subsidiaria. Aquella inhibición o descuido genera un riesgo que es base y sustento de la responsabilidad (SSTS. 963/2010 de 21.10 768/2009).

La tendencia de la jurisprudencia de esta Sala ha sido objetivar en la medida de lo posible la responsabilidad civil subsidiaria de tales titulares de los establecimientos en donde se cometan los delitos o faltas, marcando dos ejes en su interpretación: el lugar de comisión de las infracciones penales (en tanto su control es mayor por producirse precisamente tales ilícitos en espacios físicos de su titularidad dominical) y la infracción de normas o disposiciones de autoridad que están relacionados causalmente con su misma condición (SSTS. 140/2004 de 9.2, 51/2008 de 6.2), y por lo demás continúan vigentes los tradicionales criterios empleados por esta Sala Casacional en materia de responsabilidad civil subsidiaria, que se fundamentan en la "culpa in eligendo" y en la "culpa in vigilando", como ejes sustanciales de dicha responsabilidad civil.

No nos movemos, pues, en este ámbito en puro derecho penal, sino precisamente en derecho civil resarcitorio de la infracción penal cometida, como acción distinta, aunque acumulada, al proceso penal por razones de utilidad y economía procesal, con finalidad de satisfacer los legítimos derechos (civiles) de las víctimas, de modo que como precisa la STS. 1192/2006 de 28.11, las acciones civiles no pierden su naturaleza propia por el hecho de ejercitarse ante la jurisdicción penal, por lo que es evidente que en la interpretación y aplicación de las correspondientes normas jurídicas está permitida la aplicación del principio de analogía (v. art. 4.1 C.C), que, lógicamente, está vedado cuando de normas penales se trata (v. art. 4.2 C.C).

De modo que la infracción reglamentaria debe ser enjuiciada con criterios civiles, y no propiamente extraídos de la dogmática penal estrictamente, por más que su regulación se aloje de ordinario en los códigos penales.

Siendo así, de una parte, la infracción podrá ser tanto por acción como por omisión y las normas que sean infringidas pueden haber adoptado tanto la forma general de reglamentos de policía, entendiéndose por ello el orden y buen gobierno, como, la más especial y concreta, de simple disposición adoptada por quien sea autoridad -en sentido de jerarquía- y, evidentemente, obre en cumplimiento de sus funciones (STS. 9.2.2004);



y de otra, la expresión legal, referida a la infracción de reglamento, no puede entenderse en sentido tan estricto que excluya aquella vulneración o desentendimiento de una norma de rango legal.

En definitiva en la evolución progresista que ensancha este tipo de responsabilidad se ha aplicado la teoría del riesgo y aunque no puede hablarse en sentido estricto en que esta esfera impere su criterio de absoluta responsabilidad objetivo, lo que impera es el carácter denominado de un "ponderado objetivismo" y si bien se ha dicho que la infracción de reglamento incluye incluso el deber objetivo de cuidado que afecta a toda actividad para no causar daños a terceros, ha de constar acreditada la vulneración de la norma reglamentaria aplicable al caso y si no es así no es posible decretar la responsabilidad civil subsidiaria.

Consecuentemente esta modalidad de responsabilidad civil subsidiaria ex art. 120.3 CP se justifica por dos notas: una positiva y otra negativa: a) El escenario donde se comete el hecho delictivo, y b) Como nota negativa la ausencia de cualquier vínculo laboral administrativo entre el agente del hecho delictivo y el responsable civil subsidiario, esto es no ha de guardar el titular del establecimiento ninguna relación con el autor del delito para que se pueda declarar su responsabilidad civil, si se debe detentar con quien se haya infringido uno de los reglamentos de policía o disposiciones de autoridad, tratándose de una responsabilidad locativa: la conexión con el delito se circunscribe a que el responsable civil subsidiario es el titular del lugar en el que se cometió".

También, la sentencia Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 882/2014 de 19 Dic. 2014, Rec. 884/2014 señala que:

"El artículo 120 del CP contempla distintos casos de responsabilidad civil subsidiaria o de segundo grado, que opera en defecto de la de los penalmente responsables.

1.- *Art. 120.4 CP* : El del apartado 4º responde a la clásica concepción la responsabilidad civil subsidiaria por los delitos cometidos por los empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus funciones o servicios, a cargo de sus principales (personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio), y que se fundamenta en la "culpa in vigilando", "culpa in eligendo", o la "culpa in operando", que ha sido interpretada por esta Sala casacional con gran amplitud y generalidad, al punto de llegar a una cuasi-objetivación basada en la teoría del riesgo, o bien del aprovechamiento de su actividad (entre otras SSTS STS 91/2005, de 11 de abril, 229/2007 de 22 de marzo o 370/2010 de 29 de abril).

Se trata de una responsabilidad que abarca incluso los supuestos de extralimitación en el ejercicio de sus funciones por parte del dependiente y que queda delimitada con arreglo a la teoría de la apariencia. Según ésta, en palabras de la STS 532/2014 de 28 de mayo, el principal ha de responder si el conjunto de funciones encomendadas al autor del delito le confieren una apariencia externa de legitimidad en su relación con los terceros, en el sentido de permitirles confiar en que el autor del delito está actuando en su condición de empleado o dependiente del principal, aunque en relación a la actividad concreta delictiva el beneficio patrimonial buscado redundase exclusivamente en el responsable penal y no en el principal.

2.- Por su parte, el apartado 3º del artículo 120 del CP, prevé la responsabilidad subsidiaria de "las personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos o faltas cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o administren, o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción".

Se trata de un supuesto de diferente configuración, cuya vinculación lo es exclusivamente con el delito, y no con su autor, y cuyos presupuestos son que aquél se haya cometido en el establecimiento dirigido por persona o empresa contra la cual se va a declarar esta responsabilidad, y que tal persona o empresa o alguno de sus dependientes, haya realizado alguna "infracción de los reglamentos de policía o alguna disposición de la autoridad".

Los contornos del término "reglamentos" esta Sala los ha reconducido al de las normas de actuación profesional en el ramo de que se trate, que abarcan cualquier violación de un deber impuesto por ley o por cualquier norma positiva de rango inferior, incluso el deber objetivo de cuidado que afecta a toda actividad para no causar daños a terceros (entre otras la STS 768/2009 de 16 de julio que el recurrente cita).

No es necesario precisar qué persona física fue la infractora de aquel deber legal o reglamento, puede ser imputable a quienes dirijan o administren el establecimiento, o a sus dependientes o empleados. Basta con determinar que existió la infracción y que ésta se puede imputar al titular de la empresa o cualquiera de sus dependientes, aunque por las circunstancias del hecho o por dificultades de prueba, no sea posible su concreción individual. Por último es imprescindible que tal infracción esté relacionada con el delito o falta cuya comisión acarrea la responsabilidad civil examinada, es decir, que, de alguna manera, tal infracción penal haya sido propiciada por la mencionada infracción reglamentaria (SSTS 1140/2005 de 3 de octubre, 1546/2005 de 29 de diciembre, 204/2006 de 24 de febrero y 229/2007 de 22 de marzo).



El eje central de la acción que acoge el artículo 120.3 del CP es la infracción de las prescripciones reglamentarias o de consagrado uso que regulan las actividades que tienen lugar en el seno de los establecimientos o empresas. Estas personas, naturales o jurídicas, que los regentan han de ser conscientes del deber de velar por la observancia de las mismas y su omisión o desentendimiento, aparte de guardar relación con el lamentable suceso de que se trate, tienen que ser de probada significación en la suscitación del hecho punible cometido.

De manera reiterada ha señalado la jurisprudencia de esta Sala que las acciones civiles no pierden su configuración como tales por el hecho de que se ejercite el procedimiento penal. En palabras de STS, Sala 1ª, 771/2011 de 27 de octubre "la causa petendi (causa de pedir), como elemento que permite identificar la acción, es el conjunto de hechos esenciales para el logro de la consecuencia jurídica pretendida por la parte actora (STS de 7 de noviembre de 2007, RC n.º 5781/2000), si bien la calificación jurídica alegada por las partes, aunque los hechos sean idénticos, puede ser también relevante para distinguir una acción de otra cuando la calificación comporta la delimitación del presupuesto de hecho de una u otra norma con distintos requisitos o efectos jurídicos (STS de 16 de diciembre de 1995, RC n.º 1544/1999). Por ello la jurisprudencia alude en ocasiones al título jurídico como elemento identificador de la acción, siempre que sirva de base al derecho reclamado (SSTS de 27 de octubre de 2000 y 15 de noviembre de 2001)".

Con ello, la responsabilidad no es la del art. 120.4 CP, porque no hay ilícito de empleado, sino del art. 120.3 CP, por incumplimiento de las normas de policía, en razón a que ante la comunicación de la existencia de las amenazas, que consta probado, la empresa debió acometer medidas de protección y vigilancia, y, sin embargo, no consta en modo alguno que le transmitiera al encargado de vigilancia tal circunstancia, a fin de que tuviera las precauciones oportunas respecto al condenado, lo que no se hizo, ni consta medida ni orden alguna, ni que impidiera el acceso a la sala del condenado, lejos de lo cual pudo acceder, y seguir gastando la escalofriante suma que consta en los hechos probados de entre 3.000 y 7.000 euros diarios.

Con ello, hay un interés en que continúe accediendo el autor del delito y un desinterés en proteger al encargado que, al final, recibe los disparos del condenado, y al que se le debe indemnizar por la empresa y su aseguradora ex art. 120.3 CP.

Se comete infracción de los reglamentos de policía o alguna disposición de la autoridad a que alude el art. 120.3 CP en cuanto a:

a.- Artículo 52 Decreto 112/2010, de 31 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de espectáculos públicos y actividades recreativas en Cataluña en cuanto a las limitaciones generales de acceso de las personas titulares de los establecimientos abiertos al público, las organizadoras de los espectáculos públicos y de las actividades recreativas, o los responsables designados por éstas, que están obligadas a impedir el acceso a quienes se encuentren en un caso como el aquí ocurrido, pese a lo cual guardaron omisión absoluta.

b.- Ley 11/2019 de 6 de julio, de regulación administrativa de los espectáculos públicos y las actividades recreativas, art. 6.2 en cuanto a las obligaciones de los empresarios y el control del derecho de admisión.

c.- Reglamento de Salones recreativos aprobado por Decreto 37/2010, art.26.

d.- Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales. Art. 14 que recoge en su apartado 1º que 1 . *Los trabajadores tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo. El citado derecho supone la existencia de un correlativo deber del empresario de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales....2.-A estos efectos, en el marco de sus responsabilidades, el empresario realizará la prevención de los riesgos laborales mediante la integración de la actividad preventiva en la empresa y la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, con las especialidades que se recogen en los artículos siguientes en materia de plan de prevención de riesgos laborales, evaluación de riesgos, información, consulta y participación y formación de los trabajadores, actuación en casos de emergencia y de riesgo grave e inminente, vigilancia de la salud, y mediante la constitución de una organización y de los medios necesarios en los términos establecidos en el capítulo IV de esta ley.*

El empresario desarrollará una acción permanente de seguimiento de la actividad preventiva con el fin de perfeccionar de manera continua las actividades de identificación, evaluación y control de los riesgos que no se hayan podido evitar y los niveles de protección existentes y dispondrá lo necesario para la adaptación de las medidas de prevención señaladas en el párrafo anterior a las modificaciones que puedan experimentar las circunstancias que incidan en la realización del trabajo.

Además, el art. 15 que lleva por rúbrica *Principios de la acción preventiva* añade que:

1. El empresario aplicará las medidas que integran el deber general de prevención previsto en el artículo anterior, con arreglo a los siguientes principios generales:



- a) Evitar los riesgos.
- b) Evaluar los riesgos que no se puedan evitar.
- c) Combatir los riesgos en su origen...

Con ello, existió infracción de la normativa que exige esmerar esas medidas de protección que no se adoptaron y por las que las acusaciones sostienen la condena, por lo que no puede dejarse al margen la responsabilidad civil de la empresa y la aseguradora, ex art. 120.3 CP, la primera subsidiaria y la de la aseguradora por la cobertura aseguradora ante la empresa.

Así pues, una vez que el recurrente dio traslado de las amenazas de muerte, como consta en los hechos probados, la empresa no tuvo que hacer caso omiso, como hizo, de las mismas, sino que debió adoptar medidas de protección antes citadas para proteger a sus empleados y demás usuarios, ya que consta probada la amenaza a dos personas más, y pudo acabar la secuencia en hechos de mayor gravedad si les hubiera disparado, tal y como amenazó llevar a cabo. Pese a ello, la empresa no hizo nada, y lejos de actuar no lo tuvo en cuenta, o no le dio credibilidad a la amenaza. Ese no actuar es determinante de la responsabilidad, cuando debió hacerlo en garantía de la protección de empleados y usuarios, por cuanto visto el desenlace el resultado pudo ser peor. La omisión en el hacer y cumplir las normas de vigilancia y policía antes citadas determina la aplicación del art. 120.3 CP

Surgió también en este caso la *culpa in vigilando* y la omisión de las medidas de protección hacia los empleados, como el recurrente, que por su carácter de encargado ya había advertido de la amenaza, y, sin embargo, no se adoptan medidas de protección "por no considerar seria la amenaza", que ex post se ejecutó. Y, además, creó un estado de riesgo que conllevó el ataque, por lo que la fijación del riesgo consumado por el ataque determina el arco de la responsabilidad por la constatación objetivable de la infracción de la creación del estado de riesgo, cuando existían datos objetivos por los que la empresa debió adoptar medidas, tales como la no entrada del sujeto, o similares, como la fiscalización de su acceso, o control de armas, en su caso, y, pese a ello, nada se adoptó, pudiendo acceder tranquilamente al local y, además, con un arma de fuego, cuando un mero registro del vigilante de seguridad, una vez identificado, y con los antecedentes que existían de la amenaza, hubiera evitado el desenlace grave que posteriormente se produce. Todo ello, con el grave resultado lesional que le queda al recurrente perjudicado, cuando con la precaución necesaria podría no haber ocurrido. Dados los antecedentes, el ejercicio del derecho de admisión, o una vigilancia y registro en el acceso hubiera sido una medida mínima de control que hubiera evitado el hecho.

La responsabilidad de la empresa dimana de su carácter de titular del local y de la aseguradora de la existencia de su aseguramiento con el límite fijado en los hechos probados al cubrir hechos como los aquí reflejados en torno a la responsabilidad civil patronal que en este caso lo es vía art. 120.3 CP. Por ello, fijada la responsabilidad civil de la empresa con la que existe la cobertura, deviene aplicable la condena al ser viable la acción directa frente a la aseguradora ex art. 76 Ley contrato de seguro.

Así, consta en los hechos probados que:

"Se declara probado que Florian , mayor de edad, sin antecedentes penales, nacional de Albania, con pasaporte número NUM000 , que carece de autorización para residir en España según certificación de la Brigada Provincial de Extranjería y Fronteras de 8 de julio de 2015 y en prisión provisional por esta causa desde el 9 de julio de 2015, era cliente habitual aproximadamente desde febrero de 2015 de la sala de juegos SPORT 333, sita en la avenida Francesc Maciá número 86 .-(avenida Paliarsa número 75) de Santa Coloma de Gramanet, propiedad de "SPORT 333, S. A.", administrada solidariamente por don Justo y don Leoncio , quien en fecha de 1 de julio tenía contratada póliza de responsabilidad civil con la compañía aseguradora "SEGURCAIXA, S. A. DE SEGUROS Y REASEGUROS" que cubría un riesgo por un importe máximo por víctima de 150.000,-euros".

Por todo ello, debe fijarse la responsabilidad civil en la condena extensiva a SPORT 333, S.A. como responsable civil subsidiario y a "SEGURCAIXA, S.A. DE SEGUROS Y REASEGUROS" como responsable civil directo al abono de la cantidad de 307.429,55.-Euros a pagar a don Fidel en concepto de responsabilidad civil, cantidad que devengará el interés legal del dinero respecto a SPORT 333, S.A. y el interés del art. 20 de la Ley del Contrato de Seguro respecto a SEGURCAIXA, S.A. DE SEGUROS Y REASEGUROS con el límite en la responsabilidad para la aseguradora de 150.000 euros.

Se estima el motivo.

DÉCIMO CUARTO.- Al proceder la estimación parcial del recurso formulado por **Fidel** , se está en el caso de declarar de oficio las costas procesales de esta instancia casacional, junto a la posición institucional del Ministerio Fiscal en el ámbito de este recurso de casación (art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) con costas causadas a la parte a la que se le desestima Florian .



FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Declarar **HABER LUGAR PARCIALMENTE AL RECURSO DE CASACIÓN** interpuesto por la representación de la Acusación Particular **Fidel**, con estimación de su motivo tercero y desestimación del resto; y, en su virtud, casamos y anulamos la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 21ª, de fecha 13 de octubre de 2018, en causa seguida contra el acusado Florian por delitos de tentativa de homicidio y de amenazas. Se declaran de oficio las costas procesales ocasionadas en su recurso, con devolución del depósito constituido.

Asimismo, **DEBEMOS DECLARAR NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN** interpuesto por la representación del acusado Florian, contra indicada sentencia. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas procesales ocasionadas en su recurso. Y, comuníquese esta resolución, y la que seguidamente se dicte, a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION (P) núm.: 10301/2019 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Julián Sánchez Melgar

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Vicente Magro Servet

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 17 de febrero de 2020.

Esta sala ha visto la causa dimanante del sumario número 1/2015, del Juzgado de Instrucción nº 4 de Santa Coloma de Gramanet, seguido por delitos de tentativa de homicidio y de amenazas, contra el acusado **Florian**, mayor de edad, sin antecedentes penales, de nacionalidad albanesa, con pasaporte número NUM000, que carece de autorización para residir en España según certificación de la Brigada Provincial de Extranjería y fronteras de 8 de julio de 2015, y en prisión provisional por esta causa desde el 9 de julio de 2015, y en cuya causa se dictó sentencia por la mencionada Audiencia, con fecha 13 de octubre de 2018, que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen, hacen constar lo siguiente:

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se dan por reproducidos los hechos probados de la sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- De conformidad con nuestra Sentencia Casacional debemos fijar la responsabilidad civil en la condena extensiva a SPORT 333, S.A. como responsable civil subsidiario y a "SEGURCAIXA, S.A. DE SEGUROS Y REASEGUROS" como responsable civil directo al abono de la cantidad de 307.429,55.-Euros a pagar a don Fidel en concepto de responsabilidad civil, cantidad que devengará el interés legal del dinero respecto a SPORT



333, S.A. y el interés del art. 20 de la Ley del Contrato de Seguro respecto a SEGURCAIXA, S.A. DE SEGUROS Y REASEGUROS con el límite en la responsabilidad para la aseguradora de 150.000 euros.

FALLO

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

Que manteniendo en los mismos términos la sentencia condenatoria dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona Sección Vigésimo Primera de fecha 13 de octubre de 2018 debemos fijar la responsabilidad civil en la condena extensiva a SPORT 333, S.A. como responsable civil subsidiario y a "SEGURCAIXA, S.A. DE SEGUROS Y REASEGUROS" como responsable civil directo al abono de la cantidad de 307.429,55.-Euros a pagar a don Fidel en concepto de responsabilidad civil, cantidad que devengará el interés legal del dinero respecto a SPORT 333, S.A. y el interés del art. 20 de la Ley del Contrato de Seguro respecto a SEGURCAIXA, S.A. DE SEGUROS Y REASEGUROS con el límite en la responsabilidad para la aseguradora de 150.000 euros. Al proceder la estimación parcial del recurso formulado por **Fidel**, se está en el caso de declarar de oficio las costas procesales de esta instancia casacional, junto a la posición institucional del Ministerio Fiscal en el ámbito de este recurso de casación (art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) con costas causadas a la parte a la que se le desestima **Florian**.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Julián Sánchez Melgar

Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Vicente Magro Servet

Eduardo de Porres Ortiz de Urbina