



Roj: **STS 1153/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:1153**

Id Cendoj: **28079120012019100237**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **02/04/2019**

Nº de Recurso: **10287/2018**

Nº de Resolución: **177/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 11968/2018,**
STS 1153/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 177/2019

Fecha de sentencia: 02/04/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10287/2018 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 19/02/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Julian Sanchez Melgar

Procedencia: Sala civil y penal TSJ de Madrid

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

Transcrito por: BDL

Nota:

*

*

RECURSO CASACION (P) núm.: 10287/2018 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Julian Sanchez Melgar

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 177/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julian Sanchez Melgar

D. Francisco Monterde Ferrer



D. Alberto Jorge Barreiro

D^a. Carmen Lamela Diaz

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 2 de abril de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional interpuesto por la representación legal del **encusado DON Bienvenido y por la Acusación popular COMUNIDAD DE MADRID**, contra Sentencia núm. 23/2018, de 1 de marzo de 2018 de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictada en el recurso de apelación 176/2017 formulado frente a la Sentencia núm. 477/2017, de 21 de julio de 2017 del Tribunal del Jurado constituido en el ámbito de la Sección 27^a de la Audiencia Provincial de Madrid dictada en el Rollo 745/2017 dimanante del Procedimiento del Jurado núm. 1/2016 del Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm.11 de Madrid, seguido por delito de asesinato contra Don Bienvenido. Los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación, votación y fallo bajo la presidencia del primero de los indicados. Han sido parte en el presente procedimiento el Ministerio Fiscal, y como recurrentes el encausado Don Bienvenido representado por el Procurador de los Tribunales Don José Gonzalo Santander Iller y defendido por la Letrada Doña María de los Milagros Vergara Medina, y la Abogacía General de la Comunidad de Madrid representada por el Letrado Don Salvador Fernando Sanz Iglesia.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Julian Sanchez Melgar.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 11 de Madrid incoó Procedimiento del Tribunal del Jurado núm. 1/2016 por delito de asesinato contra **DON Bienvenido** y una vez concluso lo remitió a la Sección 27^a de la Audiencia Provincial de Madrid que con fecha 21 de julio de 2017 dictó Sentencia núm 477/2017, que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

<< EL TRIBUNAL DEL JURADO HA EMITIDO VEREDICTO DECLARANDO PROBADOS LOS SIGUIENTES HECHOS:

El Tribunal del Jurado ha declarado probado que: Entre las 10:00 y las 15:00 h del día 03 de enero de 2016, en el domicilio sito en la c/ DIRECCION000, NUM000, NUM002 - NUM001, de Madrid, que compartían Bienvenido (de nacionalidad serbia, con ME NUM003, mayor de edad, con antecedentes penales no computables en esta causa a efectos de reincidencia), y Africa (de nacionalidad rumana), se produjo una discusión entre ambos.

En un momento dado, Bienvenido, con ánimo de menoscabar su integridad física, golpeó en la cara a Africa, quien llevaba puestas unas gafas graduadas, haciéndolo con fuerza e intensidad tal que Africa quedó en estado de obnubilación o de inconsciencia, desplomándose por ello.

Africa sufrió lesiones consistentes en contusión a nivel de la pirámide nasal, que se extiende hacia el ala nasal izquierda, con hematoma y herida contusa lineal más marcada en el ala nasal izquierda que derecha, hundimiento del tabique nasal, fractura de huesos nasales propios con restos hemáticos secos en ambas fosas nasales, pequeña herida en el ángulo bucal derecho con restos hemáticos secos, lesiones petequiales a nivel de la conjuntiva de ambos ojos, lesiones petequiales repartidas por toda la superficie encefálica.

El Tribunal del Jurado ha declarado probado que: Desplomada Africa, hallándose en estado de obnubilación o de inconsciencia, y sin posibilidad de defensa, fue colocada por Bienvenido en la cama, boca arriba y con los brazos en paralelo al cuerpo, algo separados del tronco, para, tras ello, colocarse el referido Bienvenido sobre Africa, a horcajadas, procediendo a estrangularla con sus dos manos en la cara anterior del cuello apretando fuertemente con sus dedos pulgares en la zona media de la referida cara anterior del cuello hasta que le causó la muerte por asfixia mecánica.

A resultas de lo anterior se informaron en Africa las siguientes lesiones:

A) En el cuello: Placa apergaminada de forma alargada en sentido horizontal de 15 por 6 cms de tamaño en la cara anterior del cuello en la región más alta, por debajo de la mandíbula, placa apergaminada de forma redondeada de 0,5 cms de diámetro localizada 2 cms debajo del tercio medio de la rama mandibular izquierda; infiltrado sanguíneo en los colgajos cutáneos, discreto infiltrado hemorrágico a nivel del esternocleidomastoideo del lado derecho, rotura del arco del cartílago cricoideo (cara anterior), con infiltrado hemorrágico asociado que se aprecia en la mucosa.



B) En miembros superiores: Tonalidad morada de falanges distales de 1º, 2º, 3º y 4º dedos de la mano izquierda, misma tonalidad a nivel del 2º dedo de la mano derecha.

C) En el tórax: Infiltrados petequiales a nivel del pulmón derecho, edema pulmonar bilateral.

El Tribunal del Jurado ha declarado probado que: El acusado Bienvenido mantenía desde 2003 una relación sentimental de análoga afectividad a la matrimonial con Africa, con quien convivía como pareja sentimental en el mismo domicilio, relación generadora de confianza de la que se aprovechó en la realización de los hechos.

El Tribunal del Jurado ha declarado probado que: Han sido efectuados ingresos en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones, para en relación con la responsabilidad civil interesada por las Acusaciones a Bienvenido, en las fechas y cantidades siguientes: 16.05.17: 3.000,00 euros, 07.06.17: 1.000,00 euros, 28.06.17: 9.985,00 euros, 28.06.17: 5.015,00 euros.

El Tribunal Del Jurado ha declarado probado que: Sobre las 18:00 horas del día 04 de enero de 2016 Bienvenido acudió a la Comisaría de Policía del Distrito de Hortaleza manifestando "He hecho algo muy malo", colocando en el mostrador de atención al público un llavero con varias llaves, que incluían las de su domicilio.

Tras verificar los agentes que le atendieron posibles antecedentes, agentes de la referida Comisaría (yendo Bienvenido con aquéllos en el vehículo policial), acudieron al lugar de residencia de Bienvenido, siendo guiados por éste, y en tanto Bienvenido permanecía en el interior del vehículo policial, habiendo autorizado la entrada a su domicilio, dos agentes accedieron al domicilio (a del mismo, hallando sobre la cama el cadáver de Africa).

El Tribunal del Jurado ha declarado probado que: En el momento de los hechos Bienvenido presentaba trastorno por consumo grave de cocaína que perturbaba levemente, sin anularlas, sus facultades intelectiva y volitiva.

EL TRIBUNAL DEL JURADO HA EMITIDO VEREDICTO DECLARANDO NO PROBADOS LOS SIGUIENTES HECHOS

En el momento de los hechos Bienvenido se encontraba bajo los efectos del consumo de Alcohol, Cocaína, Lorazepan y Benzodiazepinas, lo que le produjo una muy profunda perturbación que disminuyó gravemente, sin anularlas totalmente, sus facultades intelectivas y volitivas, afectando necesariamente su estructura cerebral y particularmente el área de la voluntad.>>

SEGUNDO.- El Tribunal de instancia dictó el siguiente **pronunciamiento**:

<<Conforme al Veredicto de Culpabilidad expresado por el Tribunal del Jurado en el proceso 745/2017:

Que DEBO CONDENAR y CONDENO al acusado Bienvenido, con NIE NUM003 (f 32), como autor criminalmente responsable de un delito de asesinato previsto en el art. 139.1.1º CP, concurriendo las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal mixta de parentesco, prevista en el art. 23 CP, a valorar como agravante y atenuante de dependencia a sustancias estupefacientes, prevista en el art. 21.2a CP, a la pena de 22 años de prisión, con la accesoria genérica (art. 56 CP), de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.

En concepto de responsabilidad civil Bienvenido indemnizará a Nemesio, a Teofilo, a Victorino y a Milagros en las cantidades y en los términos fijados en el Fundamento de Derecho Séptimo de la presente sentencia, sin que en ningún caso puedan superar las cantidades resultantes las interesadas por ambas Acusaciones, cantidades que devengarán igualmente el interés legal previsto en el art. 576 LECi y concordantes.

Se decreta el abono, para el cumplimiento de la pena, de todo el tiempo de privación de libertad que Bienvenido haya permanecido por razón de esta causa.

Dese cumplimiento a lo interesado por Otrosí I y IV en escrito de Conclusiones Definitivas por el Ministerio Fiscal (f 499). Sin perjuicio de la formación de Pieza Separada de Responsabilidad Civil con Oficio a la AEAT, a los correspondientes y debidos efectos, procédase a la inmediata remisión de testimonio de la sentencia recaída al Juzgado de Violencia sobre la Mujer que instruyó la presente causa; expídanse y remítanse las certificaciones correspondientes por la Letrada de la Administración de Justicia al Instituto Nacional de la Seguridad Social para suspensión de la tramitación de la pensión de viudedad, y procédase a su inscripción en el Registro Central de Víctimas de Violencia Doméstica, dando cuenta al INSS y demás organismos normativamente establecidos.

Procede (art. 69 LO 1/04), el mantenimiento de las medidas acordadas durante la tramitación de los recursos que eventualmente se interpongan contra la presente resolución y hasta que recaiga sentencia firme.

Notifíquese la presente resolución a las partes personadas, a las que se hará saber las indicaciones que contiene el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Asimismo llévense a efecto las anotaciones,



inscripciones, comunicaciones y/o remisiones, en el modo y en los términos normativamente establecidos, a las personas y/o a/en los órganos correspondientes, con arreglo a la normativa vigente.

Esta sentencia no es firme. Contra ella cabe interponer recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en la forma, tiempo y términos previstos en los artículos 846 bis a), 846 bis b), 846 bis e) LECr y concordantes. Únase a esta resolución el Acta del Veredicto del Jurado.>>

TERCERO.- Contra la anterior resolución la representación legal del encausado DON Bienvenido interpuso **recurso de apelación** ante la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que con fecha 1 de marzo de 2018 dicta Sentencia núm. 23/2018, en el Rollo de apelación 176/2017 , cuyo **Fallo** es el siguiente:

<<1°.- ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso de apelación interpuesto en nombre y representación de D. Bienvenido contra la Sentencia nº477/2017, de 21 de julio , dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado Don MIGUEL FERNÁNDEZ DE MARCOS y MORALES, designado en la Sección Vigésimo-Séptima de la Audiencia Provincial de Madrid, en la causa nº 745/2017, procedente del Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 11 de Madrid (procedimiento del Tribunal del Jurado nº 1/2016), y, en su virtud, CONDENAR al acusado D. Bienvenido como autor de un delito de asesinato, previsto y penado en el art. 139.1.1 del Código Penal , con la concurrencia de la circunstancia mixta de parentesco (art. 23 CP), como agravante, de la atenuante de confesión, valorada como muy cualificada (art. 21.4 CP), y de la atenuante simple de dependencia a sustancias estupefacientes (art. 21.2 CP) a la pena CATORCE AÑOS DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de condena; confirmando los restantes pronunciamientos condenatorios de la Sentencia apelada.

2°.- DECLARAR DE OFICIO las costas de este recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que puede ser interpuesto, dentro del plazo de cinco días, mediante escrito autorizado por un Abogado y suscrito por un Procurador.>>

CUARTO.- Notificada la anterior resolución a las partes personadas se preparó recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional por **la COMUNIDAD DE MADRID** y por la representación legal de **DON Bienvenido** , que se tuvo anunciado; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución formándose el correspondiente Rollo y formalizándose el recurso.

QUINTO.- El recurso de casación formulado por la representación legal de DON Bienvenido se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

Motivo primero.- Por infracción de Ley, del precepto constitucional de presunción de inocencia, amparado en el art. 24.2 de la CE en relación con el art 5.4 de la LOPJ y el art. 849.1 de la LECrim . toda vez que mediante la prueba practicada en el plenario no quedó acreditada la circunstancia agravante de alevosía que cualifica el delito de homicidio del art. 138.1°, transformándolo en delito de asesinato del art. 139.1°, ambos del Código penal .

Motivo segundo.- Por infracción de precepto constitucional del art. 24.1° del derecho a la tutela judicial efectiva, en relación a lo dispuesto en el art. 852 de la LECrim . así como por infracción de precepto legal conforme a lo previsto en el art. 849.1° de la LECrim ., por inaplicación del art. 21.5° del CP toda vez que de la prueba practicada en el acto del plenario quedó acreditada la concurrencia de la atenuante de reparación del daño.

Motivo tercero.- Por infracción de Ley conforme a lo previsto en el art. 849.1° de la LECrim ., por inaplicación del art. 21.1 en relación con el 20.2° del CP toda vez que de la prueba practicada en el acto del plenario quedó acreditada la concurrencia de la eximente incompleta o atenuante muy cualificada de drogadicción en mi defendido.

El recurso de casación formulado por la **COMUNIDAD DE MADRID** , se basó en el siguiente **MOTIVO DE CASACIÓN:**

Motivo único.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1 de la LECrim ., al entender que se ha producido una infracción del ordenamiento penal sustantivo, ya que, dados los hechos declarados probados en la Sentencia impugnada, se ha infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que debería ser observada en la aplicación de ley penal.

SEXTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto no estimó necesaria la celebración de vista para su resolución y se opuso e impugnó todos los motivos del recurso del encausado, y apoyó el único motivo del recurso de la Abogacía General de la Comunidad de Madrid, por las razones expuestas en su informe de fecha



30 de octubre de 2018; la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Por Providencia de esta Sala de fecha 1 de febrero de 2019 se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 19 de febrero de 2019; prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid estimó el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Bienvenido contra la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Vigésimo-Séptima, constituida como Tribunal del Jurado, y en su virtud, dicho órgano de apelación apreció la atenuante de confesión con la conceptualización de muy cualificada, juntamente con la atenuante simple de dependencia a sustancias estupefacientes, y la agravante mixta de parentesco, condenándole a la pena de 14 años de prisión, con la accesoria de inhabilitación absoluta.

Frente a dicha resolución judicial, han formalizado este recurso de casación, tanto la representación procesal del acusado Bienvenido , como por la acusación popular que defiende los intereses de la Comunidad Autónoma de Madrid, personada en la causa.

Recurso de Bienvenido .

SEGUNDO. - Mediante el primer motivo, formalizado por la vía de vulneración constitucional, al amparo de lo autorizado en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , invocando como vulnerado el derecho a la presunción de inocencia, pero en lo que respecta a la circunstancia agravante de alevosía, que cualifica el delito de asesinato, conforme a lo dispuesto en el art. 139-1º del Código Penal .

La alevosía, como circunstancia que tiene trascendencia de cualificar el homicidio dando lugar al tipo de asesinato, existe cuando el autor emplea en su ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarlo, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido (art. 22-1º del Código Penal).

Al respecto se ha venido distinguiendo tres hipótesis en los que concurre ese aseguramiento de ejecución sin riesgo: 1ª) La alevosía proditoria o traicionera, como trampa, celada, emboscada o traición. Aquí el sujeto pasivo no teme una agresión como la efectuada y el agresor se aprovecha de tal confianza. 2ª) La alevosía sorpresiva consistente en una actuación súbita, repentina o fulgurante. En tal caso, la celeridad con que actúa el autor no permite a la víctima reaccionar ni eludir el ataque. Y 3ª) la alevosía por desvalimiento, caracterizada porque la especial situación en que se encuentra la víctima, muy disminuida en sus posibilidades de defensa (niños, ancianos, inválidos, persona dormida, sin conciencia, etc.) es procurada y aprovechada para ejecutar el delito de manera tan fácil, como a salvo de cualquier defensa de la víctima (STS 25-11-2011).

Esta alevosía por desvalimiento consiste en el aprovechamiento de una especial situación de desamparo de la víctima, como acontece en los casos de niños de corta edad, ancianos debilitados, enfermos graves o personas inválidas, o porque se hallaran accidentalmente privadas de aptitud para defenderse: persona dormida, drogada o ebria en la fase letárgica o comatosa (STS 26-1-2016).

Sobre la concurrencia de la alevosía 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 siendo agredida por su pareja, hay que recordar que, como ya ha declarado esta Sala del Tribunal Supremo en Sentencia 183/2018, de 17 de abril , 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.

Además, ya dijimos en la Sentencia de esta Sala 247/2018, de 24 de mayo , que atendiendo a cada caso concreto, es posible apreciarlos desde una perspectiva de género, ante la forma de ocurrir los hechos en el ataque del hombre sobre la mujer que es su pareja o ex pareja, y con un mayor aseguramiento de la acción agresiva por las circunstancias concurrentes que reducen la capacidad defensiva de la víctima, como en este caso ocurrió ante un ataque sorpresivo en su propio hogar.

Partiendo de esa definición legal, la jurisprudencia de esta Sala viene exigiendo los siguientes elementos para apreciar la alevosía:

1. En primer lugar, un elemento normativo consistente en que se trate de un delito contra las personas.



2. En segundo lugar, como requisito objetivo que el autor utilice en la ejecución medios, modos o formas que han de ser objetivamente adecuados para asegurarla mediante la eliminación de las posibilidades de defensa, sin que sea suficiente el convencimiento del sujeto acerca de su idoneidad.
3. En tercer lugar, en el ámbito subjetivo, que el dolo del autor se proyecte no solo 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
4. En cuarto lugar, que se aprecie una mayor antijuridicidad en la conducta derivada precisamente del *modus operandi*, conscientemente orientado a aquellas finalidades.

En la sentencia 467/2015, de 20 de julio se estableció, al tratar sobre la naturaleza de la alevosía, que si bien esta Sala unas veces ha destacado su carácter subjetivo, lo que supone mayor culpabilidad, y otras su carácter objetivo, lo que implica mayor antijuridicidad, en los últimos tiempos, aun admitiendo su carácter mixto, ha resaltado su aspecto predominantemente objetivo, pero exigiendo un plus de culpabilidad, al precisar una previa excogitación de medios disponibles, siendo imprescindible que el infractor se haya representado que su *modus operandi* suprime todo eventual riesgo y toda posibilidad de defensa procedente del ofendido, y queriendo el agente obrar de modo consecuente a lo proyectado y representado (SSTS 632/2011, de 28-6 ; 599/2012, de 11-7 ; y 314/2015, de 4-5).

En el caso enjuiciado, recoge la sentencia de apelación literalmente los hechos 1º y 2º del objeto del veredicto. Destaca en el hecho primero que Bienvenido golpeó en la cara a Africa que llevaba puestas unas gafas graduadas, haciéndolo con fuerza e intensidad tal que quedó en estado de obnubilación o de inconsciencia desplomándose. En esta situación se declara en el hecho segundo que la colocó "en la cama boca arriba y con los brazos en paralelo al cuerpo, algo separados del tronco, para tras ellos, colocarse el referido Bienvenido sobre Africa , a horcajadas, procediendo a estrangularla con sus dos manos en la cara anterior del cuello apretando fuertemente con sus dedos pulgares en la zona media de la referida cara anterior del cuello hasta que le causó la muerte por asfixia mecánica".

En el caso examinado el Tribunal del Jurado apreció alevosía por la situación de indefensión en la víctima que quedó privada de sentido o seminconsciente en el suelo más o menos próxima a la cama, donde yacía sin vida cuando llegaron los agentes.

Es claro que en el caso que juzgamos la víctima presentaba el cuadro característico del desvalimiento que facilita la actuación del agresor y excluye todo riesgo proveniente de cualquier eventual defensa por parte de la misma. No de otro modo se explica que pudiera trasladarla a la cama, en la que forma que fue encontrada estrangulada, sin que presentara el cadáver, de acuerdo con el testimonio de los agentes que acudieron al domicilio y de conformidad con el informe médico forense del facultativo que igualmente acudió al levantamiento del cadáver y realizaron la autopsia, ningún signo de oposición lucha o forcejeo. Al golpe en el rostro que, siempre según informe médico, probablemente fue un fuerte impacto con la propia cabeza, de tal intensidad que debió provocar su pérdida de consciencia sucede el traslado del cuerpo inerte a la cama, donde ya sin resistencia, ni defensa de la víctima, pudo lograr su propósito.

El informe médico forense, tanto el de la autopsia como el emitido con posterioridad en el acto del juicio ante los jurados es concluyente: en la fuerza e intensidad del golpe en la cara por el resultado lesivo que presentaba con hundimiento del tabique nasal y fractura de los huesos, que necesariamente debió producir su inconsciencia, y que en ese estado fue colocada en la cama donde se produce el estrangulamiento. Permanece inconsciente, y como ponen de manifiesto los facultativos informantes en el plenario, el cadáver no presentaba otras lesiones que las de la cara y el cuello. La muerte por asfixia mecánica produce tal sufrimiento.

En efecto, la sentencia de apelación al responder a esta propia alegación del recurrente, hace un exhaustivo análisis de la prueba y los razonamientos que, en sustento de los hechos declarados probados por el jurado, realiza el Magistrado Presidente. La situación en que se encuentra el cadáver, las gafas rotas que no están en la cama, la ausencia de vestigios en ella de forcejeo alguno, el resultado de la autopsia y los informes médicos, las declaraciones de testigos, agentes y vecinos... son detalladamente atendidos en la sentencia de primera instancia y constatada la corrección de su valoración en la revisión del TSJ. De igual modo se examina en la que ahora es objeto de apelación, el fundamento de exclusión de posibilidad de defensa. Sin que resulte acreditación del origen de los arañazos que el acusado refiere, ni siquiera el único testigo que dijo haberse percibido de ellos, pudo precisar nada en el juicio oral al ser interrogado por video conferencia.

El Jurado ha declarado probado por unanimidad los hechos 1º y 2º del objeto del veredicto, que, juntamente con las lesiones de la víctima, describen la dinámica comisiva :

Hecho 1º:



"Entre las 10:00 y las 15:00 h del día 03 de enero de 2016, en el domicilio sito en la c/ DIRECCION000 , NUM000 , NUM002 - NUM001 de Madrid, que compartían Bienvenido (de nacionalidad serbia, con NIE NUM003 , mayor de edad, con antecedentes penales no computables en esta causa a efectos de reincidencia), y Africa (de nacionalidad rumana), se produjo una discusión entre ambos.

En un momento dado, Bienvenido , con ánimo de menoscabar su integridad física, golpeó en la cara a Africa , quien llevaba puestas unas gafas graduadas, haciéndolo con fuerza e intensidad tal que Africa quedó en estado de obnubilación o de inconsciencia, desplomándose por ello.

Hecho 2°.

Desplomada Africa , hallándose en estado de obnubilación o de inconsciencia, y sin posibilidad de defensa, fue colocada por Bienvenido en la cama, boca arriba y con los brazos en paralelo al cuerpo, algo separados del tronco, para, tras ello, colocarse el referido Bienvenido sobre Africa , a horcajadas, procediendo a estrangularla con sus dos manos en la cara anterior del cuello apretando fuertemente con sus dedos pulgares en la zona media de la referida cara anterior del cuello hasta que le causó la muerte por asfixia mecánica.

En el Anexo del Acta del Veredicto de 11 de julio de 2017 el Jurado expresa los elementos de prueba en que funda su convicción en los siguientes términos:

Hecho 1 °: "La fecha y hora aproximada de la discusión (el día 3.1.2016, antes de las 10:00 horas) entre el acusado y la víctima la confirma en su declaración ante el Jurado el día 29/06/2017 el testigo Mauricio (registrada en el Acta del Tribunal de esa misma fecha, págs. 390 y 391).

Por otra parte, en su declaración de 04/07/2017 los médicos forenses D. Patricio y 134° Piedad , ratifican su informe de autopsia (folios 423 a 426). En él se especifican tanto la fecha de la defunción como las lesiones sufridas por la fallecida.

En las conclusiones de dicho informe se cita: 'Data de la muerte: se estima que aproximadamente entre las 10:00 horas y las 15:00 horas del día 3 de enero del año 2016' (pág. 426). Además los forenses también declaran que el golpe fue de gran intensidad y la señora quedó obnubilada', según se registra en el acta del día".

Hecho 2°: "Quedando ya especificado el estado de 'obnubilación o inconsciencia' de la fallecida por parte de los forenses... en cuanto a la imposibilidad de defenderse la víctima, el forense Patricio , apoyándose en la foto 6594 y siguientes, aseveró que 'no hubo defensa por no existir lesiones' en los dedos de las manos de la fallecida. Además, en la autopsia no surge ningún rasgo de sufrimiento en la mujer, lo que viene a demostrar, según el médico, que se encontraba inconsciente en el momento del estrangulamiento".

Por otra parte, ninguno de los profesionales que atendió al acusado ha reconocido ver lesiones en él y, aunque ciertamente, existen unas imágenes del inculpado en que se aprecian varios arañazos y/o pequeñas heridas en su cuerpo, no se pueden achacar a una posible pelea entre ambos y, en cualquier caso, no quedaron grabadas en ningún tipo de documento oficial (el propio forense no les da validez, puesto que no se habían registrado ni analizado por ningún forense).

De hecho, el oficial que sí apreció las mencionadas heridas (el agente NUM004 de la Policía Científica), preguntado por videoconferencia en la sesión del día 30/06/2017 por la naturaleza de las lesiones que nos atañen dijo que él 'no es médico forense para valorarlas' y, además, no se ha podido demostrar que fueran causadas por una supuesta disputa específica del día 3/01/2016".

El Magistrado-Presidente, nos dice al respecto (FJ 1°):

"... La pretendida agresión mutua no ha sido probada. Los arañazos en el acusado relatados por su Defensa en su Escrito de Conclusiones Definitivas (f 504), fueron referidos por el PN NUM004 , -como exponen los miembros del Tribunal del Jurado- siendo también referido por dicho agente que él no era médico forense para valorarlas (f 429). El agente en cuestión las indica a las 00:10 del 05.01.17 (f 269), y lo hace indicándolas como "al parecer" (f 266). Sin embargo Bienvenido nada refirió en dependencias policiales (f 58), manifestando incluso no querer ser reconocido por facultativo (f 55), sin que nada conste sobre aquéllas en el informe médico forense (f 93). Es claro, además, que las "al parecer" erosiones informadas desde luego por sí mismas no se erigen en prueba indubitada y excluyente de su único posible origen, ni de su exacta hora y data de causación, ni del concreto lugar, ni, desde luego, de su/s autor/es. Debe reseñarse que ambos médicos forenses no les dieron validez (f 460)".

"...Adquiere clara relevancia la pericial de autopsia llevada a efecto por los ya referidos médicos forenses..., quienes en modo contundente, sin ambages, expusieron, entre otros esenciales extremos (ff 453 y ss, 424 y 392), que no objetivaron lesiones ni en tórax, ni en abdomen ni en miembros inferiores de la víctima (f 424). Asimismo informaron que en la región facial se objetivó contusión a nivel de la pirámide nasal, con hematoma y herida contusa en el ala nasal, con hundimiento del tabique nasal y fractura de huesos nasales propios (f 423),



compatibles con fuerte traumatismo sobre la nariz, presentando características vitales de tal intensidad como para producir un estado de obnubilación transitoria (f 425). Que en relación a las lesiones descritas en el cuello son marcas compatibles con estrangulación con las dos manos, de forma simétrica, sobre ambos lados de la región cervical anterior, sin que se aprecien en el cadáver de Africa lesiones macroscópicas de defensa por parte de la fallecida". Los resaltados son nuestros.

"Pericialmente autopsiado (sic) el cadáver de Africa , se considera por los médicos forenses que 'la secuencia de los hechos debió ser:

1° La contusión nasal, de tal intensidad que produce la lesión nasal y un estado de obnubilación dejando a la lesionada en situación física que la impide defenderse de posteriores agresiones.

2° La segunda lesión es la estrangulación a mano con resultado de muerte" (f 425), informando que los resultados del análisis histopatológico confirman los hallazgos de la autopsia, la vitalidad de las lesiones observadas y así el mecanismo de estrangulación a mano (f 425).

"En el acto del plenario (grabación j. o.), tanto el Dr. Patricio como la Dra. Piedad , informaron que el cadáver no tenía más lesiones, por lo que la discusión sería verbal, que en la discusión se le propina a Africa un golpe en la nariz, bien puñetazo, bien cabezazo, considerando más compatible un cabezazo de gran intensidad, que un puñetazo, pues el puñetazo hubiera dejado marcas de los dedos y aquí todo es uniforme y la única manera de no dejar dichas marcas es con la cabeza; que Africa quedó obnubilada, con gran intensidad, o inconsciente (f 458), sin saber dónde estaba; que luego hubo de ser llevada inconsciente a la cama, donde se produjo el estrangulamiento con las dos manos, reiterando que Africa al tiempo de ser estrangulada estaba inconsciente, explicando que ello hubo de ser así porque el estrangulamiento es un mecanismo de muerte en el cual se sufre y se produce una gran angustia, porque no entra aire y no puedes respirar e intentas defenderte moviendo los brazos, las piernas, pero que en el cadáver de Africa no había más lesiones que las propias del cabezazo (f 454), en cuello y nariz 455). Que el cabezazo fue propinado en modo tal que hizo desplomarse a Africa (f 457), concluyendo los médicos forenses que debió ser llevada o trasladada o colocada, porque ella no pudo llegar a la cama y en la cama no hubo pelea de ningún tipo (f 461)".

"... Informaron la creencia pericial de que el golpe en la zona nasal fue producido estando autor y víctima de pie. La Dra. Piedad señaló que en la autopsia vieron que Africa tenía infiltrado hemorrágico, lo que les hizo considerar que la lesión era vital, que luego se mandó a Toxicología y se confirmó que eran lesiones vitales, así como que le fueron ocasionadas estando viva la víctima (f 456)".

"Es claro que el acusado (quien -ya hemos dicho- en fase de instrucción afirmó que no entró nadie), no ha expresado ni acreditado lo acaecido en el lapso de tiempo transcurrido entre el traumatismo nasal y el estrangulamiento cervical, siendo así que necesariamente hubo de producirse el transcurso de un tiempo aun cuando no lo fuera prolongado en exceso, esto es, cuando menos el necesitado para tras hacer que Africa cayera desplomada, obnubilada o inconsciente, proceder a su traslado y colocación sobre la cama, en la posición en que fue habida (siendo así que aun cuando Africa se hubiera desplomado sobre la cama, es claro -y no se ha desvirtuado en los términos legal y jurisprudencialmente exigibles- que hubo de procederse a su colocación antes de proceder a su estrangulamiento). Ello siendo claro lo sorpresivo del ataque (o instantáneo, que tanto daría), es claro que por ante la relación de confianza proveniente de la convivencia entre acusado y víctima, y con/por ello la evidencia de la imprevisibilidad para la víctima del referido ataque del acusado con su agresión facial/nasal, al no presentar, tampoco, ningún signo de defensa, tampoco por el traumatismo nasal, con mayor reproche, si cabe, si consideramos que llevaba puestas unas gafas, con, por tanto, un claro mayor riesgo incluso también para los ojos, ni -ya se ha expuesto- por el estrangulamiento cervical en informado estado de importante obnubilación, informando el Dr. Patricio que cuando fue estrangulada Africa estaba "totalmente inconsciente" (f 459), lo que pone de manifiesto un actuar alevoso, por ante una situación de desvalimiento y desamparo de su víctima. Desvalimiento y desamparo que, es claro, sobrevino cuando Bienvenido con su inopinado y brutal golpe propició la tal situación de indefensión en Africa , quien quedó en estado de inconsciencia, estando en el que procedió a estrangularla hasta provocar su muerte, aprovechamiento que, por otra parte, y además, potenció su agresividad dada la fuerza empleada por el acusado, que lo fue tal que marcó la mandíbula y la zona cervical, que lo es vital".

"Su tal proceder, que se considera acreditado, revela un comportamiento perverso y un actuar sin riesgo, siendo querido el homicidio (atendida la zona vital objeto de agresión), trasladando/colocando el cuerpo inconsciente, situándose a horcajas sobre el cuerpo, asegurándose con la inconsciencia de Africa y con su posición (de Bienvenido), una aún mayor anulación de una posible defensa, precisamente por ante la situación corporal de dominio (buscada, querida y aprovecha), ello durante un tiempo de alrededor de dos minutos (120 segundos), f 456, grabación j. o., sesión 04.07.17, siendo además obvia la diferente corpulencia del acusado y de Lorena ".

Existe prueba suficiente, racionalmente valorada.



El Ministerio Fiscal invoca la STS 761/2007, en la cual se apreció igualmente alevosía en un estrangulamiento, destacando, entre otros factores, que el cuerpo de la víctima no presentaba signos de violencia -lesiones defensivas que aquí tampoco existen-, y mediando un informe forense muy explícito sobre la dinámica comisiva del estrangulamiento, pues señalaba que *la muerte había tenido lugar de forma fulminante, sin permitir movimientos de defensa a partir del momento de la agresión excepto algunas convulsiones*. Por lo demás, en este caso también se pondera la eventual superioridad física del atacante -como sucedía en el resuelto por la STS 162/2009-, en que también se apreció alevosía por estrangulamiento.

Como dice el Fiscal, lo argumentado en el recurso no se corresponde en absoluto con lo declarado por los peritos y creído por el Jurado cuando afirma que en el plenario no fue posible acreditar que la víctima quedase *'obnubilada o semi-inconsciente' en ningún momento, ni por tanto indefensa*. Muy por el contrario, si en algo son categóricos los Dres. Piedad y Patricio es en que, tras el golpe con fractura de tabique nasal infligido a Africa, ésta no estaba en condiciones de defenderse ni de desplazarse hasta la cama donde fue hallada. Cierto (f. 461) que la Dra. Piedad afirma que el traslado a la cama es una suposición *"pues en la cama no hubo pelea de ningún tipo porque la ropa no estaba revuelta y el cadáver estaba depositado en la cama"*, y las gafas que llevaba Africa, rotas a resultas de la primera agresión, estaban bastante retiradas de la cama -la patilla fue hallada en otra habitación-. Mas este alegato del recurso sobre el carácter poco concluyente de la pericia deviene inane, en las circunstancias del caso, porque, si bien se mira, el relato de hechos probados no hace referencia a ese traslado sino a la colocación de la víctima sobre la cama en una determinada postura para situarse el agresor a horcajadas sobre ella: *háyase producido o no ese traslado, esto es, aunque tuviera lugar la primera agresión de pie al lado de la cama, lo cierto es que Africa fue colocada sobre la misma en estado tal de obnubilación que, mientras era estrangulada, no reaccionó*.

En suma, la mecánica comisiva descrita por los forenses, interpretada y valorada por el Jurado y por el Magistrado-Presidente sin sombra de arbitrariedad -sin lesión alguna del derecho a la presunción de inocencia- revela justo lo contrario, a saber: que no estamos ante un estrangulamiento que constituye el último acto ejecutivo de una agresión con forcejeos en que la estrangulación vence la resistencia de la víctima como acto final -v.gr., intentando evitar que la víctima grite, STS 1068/2010-; estamos ante un estrangulamiento alevoso porque, cuando se inicia -con una duración aproximada, dicen los forenses, de dos minutos-, la resistencia de Africa ya había sido vencida por una agresión previa que ha provocado su desvalimiento, su imposibilidad de oponer la menor defensa ante cualquier ataque subsiguiente.

El motivo no puede prosperar.

TERCERO.- En el motivo segundo, y por vulneración constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), invocando también la infracción legal del art. 21.5º del Código Penal, el recurrente reclama la atenuante de reparación del daño.

Se interesa por el recurrente la aplicación de la atenuante de reparación del daño. También esta queja fue objeto del recurso ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid. Y, asimismo, es objeto de una amplia y fundamentada respuesta, que atiende a los extremos que se declaran probados en la sentencia del Magistrado Presidente del Tribunal del Jurado, partiendo de acta del veredicto y los hechos probados y no probados para este.

Como precisa el recurrente las cantidades entregadas por el procesado fueron: 3.000 euros el 16 de mayo de 2017. 1.000 euros el 7 de junio de 2017. 9.985 euros el 28 de junio de 2017. 5.015 euros el 28 de junio de 2017.

La atenuante fue rechazada por el Tribunal del Jurado y el criterio confirmado en apelación.

Nuestra jurisprudencia declara que la reparación moral o simbólica, sin entidad significativa, no puede servir para fundamentar una atenuante de reparación del daño, pues nada repara.

En el caso, la desproporción existente entre el importe de lo abonado, 19.000 euros, frente al importe de la indemnización por responsabilidad civil se le solicitaba, esto es, 209.000 euros, es bien elocuente de su insignificancia, y no alcanza ni al 10 por 100 de ese importe.

Esta idea, con unos u otros matices, en función de la naturaleza del delito por el que se formulaba acusación, ha sido proclamada en numerosos pronunciamientos de esta Sala, de los que las SSTS 545/2012, 22 de junio; 73/2009, 29 de enero; 1215/1999, 29 de septiembre; 1013/2002, 31 de mayo, no son sino elocuentes ejemplos.

El motivo no puede prosperar.

CUARTO. - En el motivo tercero, y por la vía del "error iuris", al amparo de lo autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por el que denuncia la indebida inaplicación del art. 20.2º CP por entender que quedó acreditada la concurrencia de la eximente incompleta o atenuante muy cualificada de drogadicción.



El Tribunal del Jurado declara **probado** que "en el momento de los hechos Bienvenido presentaba trastorno por consumo grave de cocaína que perturbaba levemente, sin anularlas, sus facultades intelectual y volitiva". En tanto que declaró expresamente **no probado** que "en el momento de los hechos Bienvenido se encontraba bajo los efectos del consumo de alcohol, cocaína, lorazepan y benzodiazepinas lo que le produjo una muy profunda perturbación que disminuyó gravemente, sin anularlas totalmente, sus facultades intelectivas y volitivas, afectando necesariamente su estructura cerebral y particularmente el área de su voluntad".

En la sentencia de primera instancia se aprecia la concurrencia de una atenuante simple del art. 21.2 CP .

De este modo la sentencia del Magistrado Presidente rechaza la interesada apreciación de una eximente completa o incompleta. Posteriormente, en apelación el TSJ de Madrid reitera el examen de la prueba y confirma el rechazo de la pretendida exención de responsabilidad.

En el caso examinado los hechos son concluyentes, el Jurado solo estimó probada una alteración leve de las facultades de querer y entender del recurrente por la ingesta que realizaba de drogas.

El motivo no puede prosperar.

Recurso de la Comunidad de Madrid.

QUINTO.- Mediante un motivo único, por la vía autorizada en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia la indebida apreciación de la atenuante de confesión.

El Ministerio Fiscal apoya parcialmente el motivo, en tanto sostiene la procedencia de la atenuante, pero discrepa del carácter de muy cualificada que le ha concedido la sentencia de segundo grado jurisdiccional.

En el caso, Bienvenido acudió a la policía nada más producirse los hechos, les entregó las llaves de su casa y los acompañó a ella.

Como dice el Ministerio Fiscal, el hecho de comparecer ante los agentes y ponerse a disposición de la autoridad no se ve enturbiado porque permaneciera en el coche patrulla, sin subir a la vivienda, lo cual es una reacción psicológica comprensible y nada le obligaba a hacer lo contrario. Tampoco puede obstar a la apreciación de la atenuante que rechazara someterse a la prueba de ADN, lo que puede obedecer a diversas razones y para lo que está amparado constitucionalmente. Pero extraer las consecuencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que proclama la atenuante de confesión como muy cualificada, no puede ser compartido por esta Sala Casacional.

Por ello, no puede dudarse la pertinencia de apreciar la atenuante de confesión, lo que no se comparte es que persista el fundamento de atenuación, que vaya más allá de la atenuante simple y que la actuación del acusado merezca el privilegiado tratamiento que ofrece la estimación de la atenuante privilegiada.

La STS 56/2018, de 1 de febrero, declara lo siguiente: "La Sala de instancia aplicó la atenuante analógica de confesión y la defensa interesa ahora que se aprecie con el carácter de muy cualificada. Argumenta al respecto la parte recurrente que concurren todos los requisitos para su aplicación como muy cualificada, dado que la confesión del acusado fue anterior a cualquier detención, siendo su objetivo desde el origen entregarse como así hizo, y siendo su confesión plena, veraz, y sin alteración en su contenido. Y especifica que cuando confesó los hechos no se había practicado ninguna actividad policial previa, la víctima todavía no había declarado a nadie quién le había agredido, la agresión fue en su lugar de trabajo, un centro sanitario sin grabaciones, sin que nadie viese entrar o salir al acusado de allí y sin que la víctima pudiese declarar de forma rápida dado su estado de salud, unido a que las analíticas de ADN y huellas tardaron meses en disponerse de las mismas. Por todo lo cual, es evidente que el agresor podía haberse puesto lejos de la justicia, prefiriendo en cambio colaborar. Todo este cúmulo de circunstancias considera la defensa que son suficientes para concluir que no estamos ante una mera atenuante simple sino ante una atenuante muy cualificada.

La sentencia citada dice literalmente que la pretensión del recurrente no puede acogerse, dadas las circunstancias que se dan en el caso concreto. Pues, aun siendo cierto que el acusado se personó en el cuartel de la Guardia Civil nada más cometer la acción homicida, su confesión carece de la enjundia y entidad necesarias para que pueda ser considerada como muy cualificada, y no meramente simple u ordinaria como fue catalogada en la sentencia de la Audiencia.

En efecto, cuando se trata de hechos ejecutados con unas connotaciones y en un contexto en que todo apunta de forma clara hacia una persona concreta como único posible autor de la acción homicida, como es este caso, no puede estimarse que el hecho de presentarse a la media hora en las dependencias de la policía haya facilitado de forma muy notable y sustancial la averiguación y la investigación del delito.



A ello ha de sumarse que tampoco el acusado ha realizado una confesión sincera y completa de los hechos, toda vez, tal como ya se argumentó en su momento, ha cuestionado y negado la forma alevosa en que agredió a su excompañera.

Por todo lo cual, no estamos ante un supuesto en que la confesión haya tenido una intensidad especial en el desenlace del proceso, como viene exigiendo la jurisprudencia para adquirir la condición de muy cualificada (STS 161/2013, de 20-2).

La atenuante de confesión, superada ya su antigua configuración que la vinculaba al arrepentimiento del culpable, encuentra hoy su fundamento en razones de política criminal, en la medida que ahorra esfuerzos de investigación y facilita la instrucción de la causa. Además del elemento cronológico se exige de ella que sea sustancialmente veraz, aunque no una coincidencia total con el hecho probado. El requisito de la veracidad parte de su propio fundamento como atenuante. La confesión (resaltan entre otras SSTS 832/2010, de 5 de octubre ; 240/2012, de 26 de marzo ; 764/2016, de 14 de octubre ; 118/2017, de 23 de febrero) supone un reconocimiento de la vigencia de la norma y un aquietamiento a las previsiones de penalidad previstas en el ordenamiento para su conducta. Si lo que pretende el confesante no es posibilitar la actuación instructora sino la defensa ante un hecho delictivo, no se cumple con esa finalidad que fundamenta la atenuación. Ahora bien, eso no implica que, puesta sobre la mesa la veracidad de los hechos, no pueda el confesante poner también de relieve aquellos elementos de donde deducir cualquier género de comportamiento atenuatorio de su responsabilidad penal.

De ahí que la atenuante no resulte incompatible con el mantenimiento de versiones defensivas en aspectos que no sean sustanciales, como en este caso ocurre. Pero no hay razón alguna que justifique la aplicación de esa atenuante con el carácter de muy cualificada. Esta Sala no ha dudado en admitir la atenuante de confesión como muy cualificada en aquellos supuestos en los que el *actus contrarius* del imputado encierra una intensidad especial. Es evidente que si el fundamento de la atenuación no es otro que el objetivo de política criminal de favorecer el esclarecimiento de los hechos delictivos, la mayor o menor intensidad de la confesión deberá estar relacionada con el logro de ese objetivo. Decíamos en las STS 250/2014, 14 de marzo , que quien renuncia a su derecho a guardar silencio, quien abdica del derecho a no confesarse culpable y acude a las autoridades narrando la verdad de lo acontecido y confesando su participación en unos hechos delictivos, merece un tratamiento singularizado por la jurisdicción penal. Pero el efecto de la degradación de la pena inicialmente prevista en el tipo ha de vincularse a la influencia que ese testimonio autoinculpatario haya podido tener en el desenlace del proceso.

En base a la jurisprudencia citada, en este caso, queda acreditado el requisito temporal para poder apreciar la atenuante del art. 21.4 del Código Penal , que consiste en que la confesión tendrá que haberse hecho antes de conocer el confesante que el procedimiento se dirigía contra él, habiendo de entenderse que la iniciación de diligencias policiales ya integra procedimiento judicial, a los efectos de la atenuante, según nuestra jurisprudencia por "procedimiento judicial" debe entenderse, conforme a la jurisprudencia de esta Sala, las diligencias policiales que, como primeras actuaciones de investigación necesariamente han de integrarse en un procedimiento judicial, como ocurre en el presente caso, sobre lo que no existe ninguna duda.

Y, cumplido el anterior requisito, para valorar la mayor intensidad de la confesión, y por tanto para poder calificarla como simple o cualificada, se deben tener en cuenta las siguientes circunstancias: 1º) Las connotaciones y el contexto, para determinar si ello, al margen de la confesión llevada a cabo, apunta de forma clara hacia una persona concreta como único autor de la acción, lo que hace que la investigación sea menos dificultosa, cobrando en este aspecto especial relevancia el hecho de que el mismo sea pareja de la víctima. 2º) Que la confesión sea veraz, sincera y completa de los hechos (sin excluir la aplicación de la atenuante el mantenimiento de versiones defensivas en aspectos que no sean sustanciales), pero sí se debe tener en cuenta la deriva autodefensiva para valorar la intensidad de la atenuación. 3º) Intensidad superior a la atenuante genérica, esto es, que "que el *actus contrarius* del imputado encierra una intensidad especial", para poder distinguirla no ya de la analógica, sino de la atenuante genérica.

Ha quedado probado que "sobre las 18.00 h del día 04 de enero de 2016 Bienvenido acudió a la Comisaría de Policía del Distrito de Hortaleza manifestando "he hecho algo muy malo", colocando en el mostrador de atención al público un llavero con varias llaves, que incluían las de su domicilio. Tras verificar los agentes que le atendieron posibles antecedentes, agentes de la referida Comisaría (yendo Bienvenido con aquellos en el vehículo policial), habiendo autorizado la entrada a su domicilio, dos agentes accedieron al domicilio del mismo, hallando sobre la cama el cadáver de Africa " .

También consta que el acusado había sido denunciado con anterioridad por la víctima por agresión, y que el juicio se celebró en el año 2015, según se desprende de la declaración policial y de la documental, y que de las declaraciones del acusado a lo largo de la instrucción, incluso en el juicio, no se puede llegar a la



conclusión de cómo ocurrieron los hechos, no aporta ningún dato, ni qué ocurrió desde que la golpeó hasta el estrangulamiento, ni lo que hizo después, afirma no recordar nada al respecto, ni qué hizo desde el día anterior hasta que acudió a Comisaría, apuntando en un primer momento que se despertó y vio a la mujer y se fue a Comisaría, para posteriormente, cuando de la prueba practicada -visionado y testifical sobre cámaras de vigilancia- se desprende que se fue del domicilio sobre las 15.20 horas del día 3 y vuelve sobre las 12.20 del día 4, contesta a las preguntas de su defensa afirmando que sí cree estaba con vida cuando la dejó pero que le entró miedo y "salió corriendo", no dando explicación alguna, ni facilitando datos, sobre lo ocurrido.

En suma, ni dijo toda la verdad sobre lo sucedido, ni la investigación iba a ser muy dificultosa, ya que la víctima era su pareja durante 13 años, convivía ella, y había sido denunciado previamente por ella por malos tratos.

El hecho de ser extranjero y haber podido huir no puede privilegiarle a estos efectos de forma automática, con una atenuante cualificada.

Por ello, el motivo será parcialmente estimado, en tanto que no puede mantenerse la atenuante como muy cualificada, aunque sí con el carácter de simple, con los efectos penológicos que se determinarán en la segunda instancia que ha de dictarse a continuación de ésta.

Costas procesales.

SEXTO.- Las costas procesales de la defensa de Bienvenido se imponen a dicha parte, al haber sido desestimadas sus pretensiones, y las correspondientes a la acusación popular de la Comunidad de Madrid, se declaran de oficio, todo ello conforme se disciplina en el art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

FALLO

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

1º.- DESESTIMAR el recurso de casación interpuesto por la representación legal del **encausado DON Bienvenido** contra Sentencia núm. 23/2018, de 1 de marzo de 2018 de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictada en el recurso de apelación 176/2017 formulado frente a la Sentencia núm. 477/2017, de 21 de julio de 2017 del Tribunal del Jurado constituido en el ámbito de la Sección 27ª de la Audiencia Provincial de Madrid . **CONDENAR** a dicho recurrente al pago de las costas procesales ocasionadas en la presente instancia casacional por su recurso.

2º.- ESTIMAR el recurso de casación interpuesto por **la Acusación popular COMUNIDAD DE MADRID** , contra Sentencia núm. 23/2018, de 1 de marzo de 2018 de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictada en el recurso de apelación 176/2017 formulado frente a la Sentencia núm. 477/2017, de 21 de julio de 2017 del Tribunal del Jurado constituido en el ámbito de la Sección 27ª de la Audiencia Provincial de Madrid . **DECLARAR DE OFICIO** las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por su recurso.

3º.- CASAR y ANULAR , en la parte que le afecta, la referida Sentencia núm. 23/2018, de 1 de marzo de 2018 de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid , que será sustituida por otra más conforme a Derecho.

4º.- COMUNICAR la presente resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal de procedencia a los efectos procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

Julian Sanchez Melgar Francisco Monterde Ferrer Alberto Jorge Barreiro

Carmen Lamela Diaz Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

RECURSO CASACION (P) núm.: 10287/2018 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Julian Sanchez Melgar

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. y Excma. Sra.

D. Julian Sanchez Melgar

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Alberto Jorge Barreiro

D^a. Carmen Lamela Diaz

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 2 de abril de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional interpuesto por la representación legal del encusado DON Bienvenido , nacido el día NUM005 de 1975, de nacionalidad serbia, con NIE - NUM003 con antecedentes penales no computables en esta causa , **y por la Acusación popular la COMUNIDAD DE MADRID** , contra Sentencia núm. 23/2018, de 1 de marzo de 2018 de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictada en el recurso de apelación 176/2017 formulado frente a la Sentencia núm. 477/2017, de 21 de julio de 2017 del Tribunal del Jurado constituido en el ámbito de la Sección 27^a de la Audiencia Provincial de Madrid . Sentencia que ha sido casada y anulada, en la parte que le afecta, por la dictada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, al estimar el recurso de a Acusación popular. Por lo que los mismos Magistrados que formaron Sala y bajo idéntica Presidencia, proceden a dictar esta Segunda Sentencia con arreglo a los siguientes Antecedentes de Hecho y Fundamentos de Derecho.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Julian Sanchez Melgar.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- ANTECEDENTES DE HECHO.- Se dan por reproducidos los antecedentes de hecho de la Sentencia de instancia, que se han de completar con los de esta resolución judicial.

SEGUNDO.- HECHOS PROBADOS.- Damos por reproducidos los hechos probados de la Sentencia recurrida, en su integridad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- De conformidad con lo razonado en nuestra anterior Sentencia casacional, debemos estimar la atenuante de confesión con la conceptualización de simple, juntamente con la atenuante, igualmente simple, de dependencia a sustancias estupefacientes, y la agravante mixta de parentesco, condenándole a la pena de 19 años de prisión (art. 66.1.7^a del Código Penal), con la accesoria de inhabilitación absoluta, dada la extrema crueldad en la realización de los hechos. Se impone pena inferior a la de primera instancia, al haberse estimado la atenuante de confesión como simple, pero no como cualificada, como se conceptualizó por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

FALLO

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

Que debemos condenar y condenamos a Bienvenido como autor criminalmente responsable de un delito de asesinato, previsto y penado en el art. 139.1.^a del Código Penal , con la concurrencia de la agravante de parentesco, y las atenuantes de confesión y dependencia a sustancias estupefacientes, ambas conceptualizadas como simples, a la pena de DIECINUEVE AÑOS DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, costas procesales, manteniéndose la responsabilidad civil y demás determinaciones ejecutivas que se decretan en la sentencia de primera instancia.

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

Así se acuerda y firma.

Julian Sanchez Melgar Francisco Monterde Ferrer Alberto Jorge Barreiro

Carmen Lamela Diaz Eduardo de Porres Ortiz de Urbina