

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ063167

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 119/2018, de 13 de marzo de 2018

Sala de lo Penal

Rec. n.º 10351/2017

SUMARIO:

Apelación de sentencia del Tribunal del jurado. Alcance. Tutela judicial efectiva. Atenuante de arrebató u obcecación. Quebranto del derecho a una tutela judicial efectiva, por cuanto el Tribunal de apelación extralimita sus funciones al realizar una revalorización de la prueba practicada ante el Tribunal de Jurado; inclusive de pruebas personales, careciendo de inmediación. La motivación de la sentencia del Tribunal del Jurado viene precedida del acta de votación, que constituye su base y punto de partida, en cuanto contiene la expresión de los elementos de convicción y una sucinta explicación de las razones por las que los jurados han declarado o rechazado declarar determinados hechos como probados. Pero debe ser desarrollada por el Magistrado-Presidente al redactar la sentencia, expresando el contenido incriminatorio de esos elementos de convicción señalados por los jurados. No es dable prescindir del desarrollo que de la valoración probatoria contenida en el veredicto, realiza el Magistrado Presidente. En el marco del recurso de apelación contra sentencias dictadas por el Tribunal del Jurado, acerca del control pertinente cuando se alega vulneración de la presunción de inocencia, el Tribunal de apelación extravasa su función de control cuando realiza una nueva valoración -legalmente inadmisibles- de una actividad probatoria que no ha percibido directamente, quebrantando con ello las normas del procedimiento ante el Jurado. No puede el Tribunal de apelación revisar la valoración de pruebas personales directas practicadas ante el Jurado (testificales, periciales o declaraciones de los imputados o coimputados) a partir exclusivamente de su fragmentaria documentación en el Acta, vulnerando el principio de inmediación, o ponderar el valor respectivo de cada medio válido de prueba para sustituir la convicción racionalmente obtenida por el Jurado por la suya propia. Para apreciar la atenuante de arrebató u obcecación, es necesario que exista proporcionalidad entre el estímulo precedente y la reacción delictiva del perjudicado; de modo que si la reacción resulta absolutamente discordante por notorio exceso con el hecho motivador, no cabe aplicar la atenuación.

Por último señalar que la rehabilitación en casación en contra del reo de una previa condena luego suprimida o atenuada en apelación, no tropieza con obstáculo alguno derivado de la jurisprudencia constitucional y del TEDH (ya que no es una condena ex novo).

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 5/1995 (LOTJ), art. 3.

Constitución Española, art. 24.

Ley Orgánica 10/1995 (CP), art. 21.2.ª, 3.ª y 7.ª.

Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, art. 846 bis c).

PONENTE:*Don Andrés Palomo del Arco.***RECURSO CASACION (P) núm.: 10351/2017 P**

Ponente: Excmo. Sr. D. Andres Palomo Del Arco

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

TRIBUNAL SUPREMO



Sala de lo Penal

SENTENCIA

Excmos. Sres.

D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca
D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre
D. Luciano Varela Castro
D. Antonio del Moral Garcia
D. Andres Palomo Del Arco

En Madrid, a 13 de marzo de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley número 10351/17-P, interpuesto por el MINISTERIO FISCAL y por la acusación particular, ejercida por D.^a Nicolasa representada por el procurador D. Eduardo de la Torre Lastres y bajo dirección letrada de D. Francisco José Fernández-Cruz Sequera contra la sentencia de fecha 4 de mayo de 2017 dictada por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid , que estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del condenado, D. Borja .

Interviene como parte recurrida, D. Borja representado por la procuradora D.^a Noelia Nuevo Cabezuelo y bajo dirección letrada de D. Santiago Arévalo Samaniego.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andres Palomo Del Arco.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El Juzgado de Instrucción núm. 3 de Alcobendas instruyó el procedimiento previsto en la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado 5/1995 con el núm. 1/2015 por delitos de asesinato y robo con fuerza en las cosas contra D. Borja , y una vez abierto el juicio oral, lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Séptima, en la que vista la causa por el Tribunal del Jurado (Rollo núm. 1788/2015) dictó sentencia en fecha 26 de octubre de 2016 que contiene los siguiente hechos probados:

«2.- El día 31 de octubre de 2014, ya habiendo anochecido, en hora no determinada, el acusado Borja junto a Celia , en aquella fecha pareja sentimental del primero, acudieron al domicilio de Florencio , sito en la CALLE000 n° NUM000 , NUM001 NUM002 , de la localidad de Alcobendas (C de Madrid)

3 A.- Estando en dicho domicilio Borja , Celia y Florencio , consumieron alcohol y fumaron cigarrillos.

5 b).- Borja no abandonó la vivienda, decidiendo junto a Celia acostarse en una de las habitaciones de la vivienda, haciendo lo propio Florencio , en otra habitación.

6.- Entre las 03:00 y las 08:00 horas del día 1 de noviembre de 2014, habiendo acudido Florencio a la habitación donde dormían Borja y Celia y despertándose esta al comprobar que Florencio le había subido el sujetador y bajado la braga, efectuando algunos tocamientos de carácter sexual, despertó a su vez a Borja , iniciándose una discusión entre el acusado y Florencio .

7.- Borja , en el transcurso de dicha discusión golpeó repetidamente a Florencio , sin darle tregua, con la intención de acabar con su vida o asumiendo la alta probabilidad de que así ocurriera, causándole las siguientes lesiones:

a.- En la cabeza:



- Contusión malar izquierda con hematoma, que ocupa toda esta región nasogeniana izquierda y malar izquierda.

- Contusión orbitaria izquierda con hematoma que ocupa toda la órbita izquierda.

- Contusión nasal con marcada crepitación y movilidad sugerente de fractura de huesos propios nasales.

- Contusión oral con herida contusa en tercio externo del labio inferior izquierdo de bordes infiltrados, apreciándose en la mucosa de la cara interna de los labios zonas de infiltrado hemorrágico tanto en labio superior como en labio inferior, con pérdida de pieza dentaria 32, por rotura de la corona.

- Herida contusa en cola de la ceja derecha de 2,5 cms., de bordes infiltrados y retracción cutánea.

- Contusión submentoniana de 3 x 3 cms.

- Dos placas lineales eritematosas apergaminadas en región malar izquierda, que se cruzan, de 8 cms. y 5 cms.

- Contusión con tumefacción a nivel occipital con hundimiento lineal.

b.- En el hombro derecho:

- En cara anterior dos placas eritematosas apergaminadas paralelas entre sí, la interna de 12 cms. y la externa de 9 cms.

c.- En el codo izquierdo:

- En la cara posterior, hematoma de 1 x 0,5 cms., así como una placa eritematosa a nivel de epicondilo medial.

d.- En el tobillo izquierdo:

- Dos erosiones cutáneas a nivel del maleolo externo, una superior circular de 1 cm. y otra alargada de 1 cm.

e.- En tórax:

- Eritema centrotorácico redondeado de 3 cms. de diámetro.

- fracturas esternales y costales seriadas bilaterales. Desarticulación costo esternal de forma bilateral.

- Rotura traumática del corazón y un traumatismo torácico severo. Heridas que le causaron finalmente la muerte.

8.- Florencio falleció como consecuencia de la rotura traumática del corazón, como causa inmediata, siendo también causa fundamental de la muerte el traumatismo torácico cerrado severo provocado.

9.- Florencio había consumido con anterioridad a dicha discusión y ser golpeado abundante alcohol, detectándose en el mismo las siguientes tasas: 1'69 gramos de alcohol etílico por litro de sangre, así como 2'80 gramos de alcohol etílico por litro en humor vítreo, lo que le suponía tener sus facultades cognitivas u volitivas alteradas, lo que disminuía su capacidad de reacción.

10.- Borja ejecutó su actuación de golpear a Florencio , prevaleciendo de sus conocimientos de artes marciales, aplicando así una llave que le inmovilizó el brazo.

11.- Borja al ejecutar directa y materialmente por sí la acción de golpear sistemática y repetidamente en diversas partes del cuerpo a Florencio , le causó intencionada y previamente a la lesión mortal, y con ánimo de aumentar su sufrimiento, diversas lesiones no mortales.

12.- Borja , con la intención de hacerlos suyos y obtener un beneficio para sí, se apoderó de varios objetos: una caña de pescar, dos ordenadores portátiles, propiedad de Florencio , así como de edredón, un televisor de 22", un teléfono móvil MOTOROLA, una TDT y un radiocasete, propiedad éstos de Nicolasa , hermana del fallecido, abandonando el domicilio.

13.- Dichos objetos han sido valorados en 354 €, habiéndose recuperado el radiocasete.

15.- Florencio , de cincuenta y siete años de edad, vivía en el citado domicilio con su hermana Nicolasa y tenía dos hijos mayores de edad: Sabina (de treinta y siete años) y Jose María (de treinta y un años), que no convivían con él.

16.- Efectivamente se causó la muerte de Florencio .



17.- Efectivamente se produjo el apoderamiento de los objetos sustraídos del domicilio sito en CALLE000 n° NUM000 , NUM001 NUM002 , de la localidad de Alcobendas.

18.- Borja ejecutó directa y materialmente por sí, la acción de golpear sistemática y repetidamente, en diversas partes del cuerpo, a Florencio , causándole, además de lesiones no mortales, fracturas esternales y costales seriadas bilaterales, que sí resultaban mortales, así como la rotura traumática del corazón, que fue la causa inmediata del fallecimiento.

19.- Borja se apoderó con intención de hacerlos suyos, ejecutándolo directa y materialmente, de los objetos siguientes: una caña de pescar, dos ordenadores portátiles, un edredón, un televisor de 22 ", un teléfono móvil MOTOROLA, una TDT y un radiocasete.

20.- Entre Borja y Florencio , a quien el primero conocía como "Lolillo", existía una especial relación de amistad y confianza, que hizo que el acusado pudiera acceder al domicilio de la víctima.

21 b).- Borja había ingerido el día de los hechos drogas (heroína) o alcohol en cantidad importante, lo que alteraba de forma no grave su capacidad.

22.- Borja golpeó a Florencio como medio para evitar la culminación de las acciones de tocamientos de carácter sexual, que había realizado a Celia ».

Segundo.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

«QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS A Borja , como autor criminalmente responsable de un delito de asesinato, con la concurrencia de la circunstancia atenuante analógica de la responsabilidad, de embriaguez, a la pena de DIECISIETE AÑOS de prisión y accesoria legal de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena. Asimismo, como autor responsable de una falta de hurto a la pena de UN MES Y DIEZ DÍAS de multa, con una cuota diaria de 6 euros y la responsabilidad personal subsidiaria, en caso de impago, prevista en el art. 53.1 C. Penal .

El condenado deberá indemnizar a Dª Nicolasa en la cantidad de VEINTICINCO MIL euros (25.000 e); y a Dª. Sabina y D. Jose María en la cantidad de QUINCE MIL euros (15.000 e) a cada uno.

Dichas cantidades devengarán el interés legal previsto en el art. 576.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Se imponen al condenado las costas causadas en este juicio; incluidas las de la Acusación Particular.

Y para el cómputo de la pena privativa de libertad impuesta, se abonará el tiempo que el condenado haya estado privado provisionalmente de libertad por esta causa».

Tercero.

Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal del condenado, D. Borja y por la acusación particular ejercida por D.ª Nicolasa , dictándose sentencia por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Madrid, en fecha cuatro de mayo de 2017, en el Rollo de Apelación del Tribunal del Jurado núm. 25/2017 , cuyo Fallo es el siguiente:

« ESTIMAMOS PARCIALMENTE el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de de D. Borja , y DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de DÑA. Nicolasa , contra la sentencia dictada por el Magistrado Presidente del Tribunal del Jurado, perteneciente a la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Madrid, D. Francisco José Goyena Salgado, de fecha 26 de octubre de 2016, en el Procedimiento del Tribunal del Jurado 1788/2015, causa procedente del Juzgado de Instrucción n° 3 de Alcobendas, y la revocamos parcialmente, en el sentido de considerar al acusado autor de un delito de asesinato del art. 139 del CP , con la concurrencia de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal analógica de embriaguez y de arrebató u obcecación, a las penas de CATORCE AÑOS DE PRISIÓN, y accesoria legal de inhabilitación absoluta durante el mismo tiempo, manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia recurrida; sin especial imposición de las costas del recurso».

Cuarto.

Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por el Ministerio Fiscal y por la acusación particular, D.ª Nicolasa 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.

Quinto.

Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, el Ministerio Fiscal y la representación procesal de la acusación particular formalizaron el recurso alegando los siguientes motivos de casación:

Recurso del Ministerio Fiscal

Motivo Único.- Por infracción de ley, por indebida aplicación de la atenuante de arrebató u obcecación del nº 3 del art. 21 del CP .

Recurso de D.ª Nicolasa

Motivo Único.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4. LOPJ y del art. 852 de la LECr ., por infracción de los artículos 24.1 y 24.2 de la CE , respecto del derecho a la tutela judicial efectiva, a recibir una resolución fundada en Derecho y a un proceso con todas las garantías, en relación con la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, establecido en nuestra norma fundamental. Y ello por cuanto la sentencia dictada en apelación, al añadir el hecho probado número 23, al considerar concurrente la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal de obcecación o arrebató concurrente en la comisión de un delito de asesinato, en contradicción con el veredicto del Jurado y la Sentencia dictada por la Sección 7ª de la Audiencia Provincial en todo coincidentes, en los que se fundamenta, sin contradicción alguna con las reglas de la sana crítica, la no apreciación de las circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal apreciadas en la Sentencia dictada en apelación, con modificación de la declaración de hechos probados contenida en la Sentencia ad quo y el veredicto.

Sexto.

Conferido traslado para instrucción, la acusación particular no se opuso y no impugnó la admisión del motivo aducido por el Ministerio Fiscal; el condenado D. Borja formuló oposición a los recursos interpuestos y el Ministerio Fiscal apoyó el motivo aducido por la acusación particular, en razón a las consideraciones expuestas en su escrito de fecha 3 de octubre de 2017; la Sala los admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

Séptimo.

Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 1 de marzo de 2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Preliminar.

1. La sentencia dictada por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Madrid en el juicio ante el Tribunal del Jurado tras considerar como no probado, conforme a lo expresado en el número 23 del veredicto, que el acusado hubiera sufrido un estímulo o impulso tan poderoso, que le llevara a golpear y causar la muerte de la víctima, condena al acusado, Borja , como autor de un delito de asesinato cualificado por alevosía, "concurriendo la atenuante analógica de responsabilidad de embriaguez", entre otras penas y pronunciamientos sobre responsabilidad y civil y costas, a la pena de diecisiete años de prisión.

2. La cuestión propuesta en ese número 23, que el Jurado declaró no probada, era si Borja , como consecuencia de las acciones de tocamiento sexual que había realizado la víctima a Celia , sufrió un estímulo o impulso tan poderoso, que le llevó a golpear y causar la muerte de Florencio .



3. En la sentencia dictada como consecuencia del recurso de apelación interpuesta por el condenado, el Tribunal Superior de Justicia, estima parcialmente el motivo formulado al amparo del apartado e) del art. 846 bis c), vulneración del "derecho de presunción de inocencia, porque, atendida la prueba practicada en el juicio, carece de toda base razonable la condena impuesta", en cuya consecuencia suprime el Hecho 23 del objeto del veredicto; tras la siguiente argumentación:

(...) con respecto al hecho 23 del objeto de veredicto que dispone que " Borja , como consecuencia de las acciones de tocamiento sexual que había realizado la víctima a Celia , sufrió un estímulo o impulso tan poderoso, que le llevó a golpear y causar la muerte de Florencio " que se declara no probado por el Jurado, y que el recurrente entiende en clara contradicción con el hecho 22 " Borja golpeó a Florencio como medio para evitar la culminación de las acciones de tocamientos de carácter sexual, que había realizado a Celia ", estimamos que las razones esgrimidas por los Jurados para declarar no probado que ello no fuera un estímulo poderoso que le llevó a golpear y causar la muerte de la víctima, son erróneas, puesto que lo argumentado para ello es que "el acusado declara que el hecho de que su pareja mantenga relaciones sexuales con otra persona no le ocasionaría ningún problema, declarándolo en su primera declaración y en su exposición final, por lo que consideramos este hecho no probado", argumento que si bien sería plenamente aplicable a un supuesto en el que se invocara que el autor actuaba por celos -al margen de no ser los celos justificación del arrebato u obcecación, salvo los supuestos que los mismos sean síntoma de enfermedad patológica STS 909/2016, de 30 de noviembre -, el argumento es ilógico en relación con el supuesto que es declarado probado, que el acusado golpeó a Florencio como medio para evitar la culminación de las acciones de tocamientos de carácter sexual que había realizado a Celia -lo que se declara probado en el Hecho 6º y en el 22º-, ya que, al margen del carácter más o menos libre de una relación sexual o sentimental existente entre Borja y Celia , al menos para el primero, el cual manifestó que no le importaba que su pareja tuviera relaciones sexuales con otra persona, en este caso ello no ocurre, puesto que el intento de las relaciones sexuales era en contra de la voluntad de Celia , por lo que ello implicaba una agresión a la misma, y la actuación del acusado fue consecuencia directa de las acciones de tocamientos de carácter sexual, no consentidas, actuación ilícita contraria a los criterios de convivencia social.

4. Con posterioridad, la sentencia de apelación, en el motivo formulado por infracción de precepto legal, al amparo del apartado b) del art. 846 bis c), concretamente por indebida inaplicación de los arts. 20 y 21, se analiza la consecuencia de la supresión del hecho 23, donde se concluye la procedencia de la estimación de la atenuante de arrebato u obcecación del art. 21.3ª, que no había sido instada. Así motiva:

En el presente supuesto lo declarado acreditado es -haciendo una labor integradora de los hechos que no realiza el Magistrado Presidente pues el mismo se limita a transcribir los hechos probados y no probados, sin llevar a cabo un relato fáctico correlativo en el tiempo y coherente-, que el acusado tras acudir Florencio a la habitación donde dormía el mismo con Celia , tras despertarse ésta y comprobar que Florencio le había subido el sujetador y bajado las bragas, efectuándole algún tocamiento sexual -lo que ya había intentado con anterioridad-, despertó al acusado iniciándose una discusión entre los mismos, reaccionado el acusado como consecuencia de los tocamientos sexuales a Celia . En consecuencia de los hechos probados se desprende la base fáctica para estimar que la conducta de Borja es una reacción producida por una previa actuación de la víctima que conforme a unos obvios valores predominantes en la sociedad -la libertad sexual- le produjo una sensible alteración de su personalidad de tipo temperamental ante estímulos externos que incidieron sin duda en su inteligencia y voluntad, mermando la misma, existiendo una clara relación causa efecto en conexión temporal entre lo ocurrido y la reacción del acusado -al margen del exceso en la misma-, la cual excede de una simple o mera reacción colérica o de acaloramiento, ante la gravedad de la conducta llevada a cabo por la víctima con respecto a Celia , y ello con independencia que el ataque no fuera necesario, al haber cesado la situación, tal y como hemos analizado en el estudio de la eximente alegada de legítima defensa.

5. Derivado de la estimación de esta segunda atenuante, cuando ya se había apreciado una analógica, la pena de prisión la fija el Tribunal Superior de Justicia por el referido delito de asesinato en catorce años.

6. En base a la estimación del motivo basado en el apartado e) del art. 846 bis c), el Tribunal de apelación, al final del fundamento primero de su resolución, se limita a suprimir el Hecho 23 del veredicto; pero en la declaración de hechos probados, añade uno nuevo: " Borja , como consecuencia de las acciones de tocamiento sexual que



había realizado la víctima a Celia , sufrió un estímulo o impulso tan poderoso, que le llevó a golpear y causar la muerte de Florencio ".

Primero.

- Contra esta resolución formulan recurso de casación la representación procesal de la acusación particular, que formula un único motivo por "infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4. LOPJ y del art. 852 de la LECr ., por infracción de los artículos 24.1 y 24.2 de la CE , respecto del derecho a la tutela judicial efectiva, a recibir una resolución fundada en Derecho y a un proceso con todas las garantías, en relación con la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos".

1. Reseña que el apartado e) del art. 846 bis c) de la LECr ., no puede implicar una valoración de la prueba, sino un control de la interpretación de los resultados probatorios, ámbito de revisión que no es observado por el Tribunal de apelación.

Indica que frente a la Sentencia dictada tras el veredicto del Tribunal del Jurado, la Sala de apelación ignora los razonamientos extensos del Magistrado Juez, plenamente acordes y contestes con la valoración del Jurado acerca de la inexistencia de tal arrebató u obcecación, para, directamente, considerar que por ser contradictorio con el hecho 22 del veredicto (Borja golpeó a Florencio como medio para evitar la culminación de las acciones de tocamientos de carácter sexual, que había realizado a Celia), dado que ello de por sí supondría el elemento desencadenante del estado de arrebató, lo hace mediante un razonamiento inconsistente. Especialmente, por cuanto declarar como cierto el hecho 22 no conlleva declarar como cierto el hecho 23. El agresor golpeó a Florencio para evitar la culminación de las acciones de tocamientos, pero en modo alguno existe elemento para afirmar de lo dicho anteriormente que la presencia de los tocamientos (que ya habían cesado) motivare en el agresor ese estado de arrebató.

Vulneraciones, concluye que afectan al derecho fundamental a obtener la tutela efectiva de jueces y tribunales.

2. También recurre el Ministerio Fiscal, aunque funda su motivo en error iuris, abunda en los mismos argumentos anteriores; de modo que censura que para obviar que la base fáctica de la atenuante de arrebató está expresamente declarada no probada por los Jurados, el Tribunal de apelación, estimando un motivo anterior -el primero-, modifica el sentido del veredicto y lo da por probado, lo que entiende que va más allá de la función encomendada al Tribunal Superior en el recurso extraordinario, que, en lo que a este apartado del artículo 846 bis c) se refiere, que ha de limitarse a controlar que ha existido una verdadera actividad probatoria, que ésta se ha introducido en el proceso y se ha practicado con todas las garantías y a la observación por el Tribunal de las reglas de la lógica en su valoración, no pudiendo realizar una valoración de la prueba que depende, sustancialmente, de la intermediación.

Reitera, que la Sala del Tribunal Superior de Justicia analiza directamente la prueba y sustituye la valoración del Jurado por la propia, haciendo caso omiso de la motivación no sólo de sus miembros, sino la del Magistrado Presidente a la que ni siquiera se refiere en la sentencia, limitándose a reprocharle que no hace una labor integradora, transcribiendo los hechos probados y no probados sin llevar a cabo un relato fáctico correlativo en el tiempo y coherente.

Reprocha en definitiva, que la sentencia de apelación reinterprete la voluntad de los jurados y considere que, como se trataba de tocamientos de carácter sexual no consentidos y estamos ante una actuación ilícita, contraria a los criterios de la convivencia social, ello colocó al acusado en un estado de arrebató, pues le produjo una alteración de su personalidad de tipo temperamental ante estímulos externos que incidieron sin duda en su inteligencia y voluntad, mermando la misma, existiendo una clara relación causa efectos en conexión temporal entre lo ocurrido y la reacción del acusado, y concluyen que ello excede de una simple reacción colérica, pese a reconocer que la agresión había terminado y el ataque no era necesario como ellos mismos sostienen al desestimar la aplicación de la legítima defensa cuya aplicación insta también el recurrente. De esta forma la Sala da por probado que el acusado, tiene una personalidad de tipo temperamental, que su inteligencia y su voluntad estaban mermadas y que la agresión va más allá de una simple reacción colérica. Y ello pese a que la defensa se limitó a invocar la circunstancia como alternativa a la absolución en el trámite de calificación definitiva de los hechos, no habiéndose practicado prueba alguna tendente a demostrar las características, de la personalidad del acusado y, en consecuencia, la incidencia que un ataque como el recibido por Celia pudiera desencadenar en él.

Y por último, destaca, que a ello hay que añadir que la Sala se limita a analizar el razonamiento de los miembros del Jurado, sustituyendo su percepción de las pruebas, pero, hace caso omiso de la motivación del



Magistrado Presidente a quien también le corresponde hacer una valoración de la existencia o no de prueba suficiente y que también podría apreciar atenuantes si entendiera que los hechos lo justifican, pues, en definitiva, participa de la intermediación de su práctica. En la sentencia de instancia el Magistrado Presidente razona extensamente sus motivos para entender que no es aplicable la circunstancia.

3. Efectivamente el Magistrado Presidente había integrado la motivación denegatoria del presupuesto fáctico de la atenuación de arrebató, luego estimada en apelación:

Más allá de que el acusado, despertado por Celia , lo hiciera sorprendido por la razón de ello -los previos tocamientos realizados por la víctima- y que respondiera como lo hizo, repetimos que de forma necesaria a tal fin de evitar que siguiera, en su caso en su afán Florencio , lo cierto es que pudo representarse de manera inmediata lo que pasaba y alcance de lo que había pasado.

Pues bien, como ya hemos igualmente señalado, el acusado reconoció que sabía que Celia , a la sazón su pareja, había tenido relaciones con Florencio , lo cual no le impidió aceptar la invitación de Florencio para acceder a su domicilio a beber, aunque él no lo hiciera. Del relato que da, en el que admite que estuvo en el domicilio y hasta que dice que lo abandona, no se aprecia ningún resentimiento por que Florencio y Celia hubieran mantenido relaciones, pese a ser, como hemos indicado pareja. Es más, habla de que Celia esta "despistolada" y que se había bajado los pantalones hasta la rodilla, viéndosele el tanga amarillo. Dicha circunstancia no le alteró lo más mínimo si abandona el domicilio en su versión, es por otras razones ajenas, relacionadas con una orden de alejamiento que tenía respecto a Celia y por si venía la policía.

El acusado manifestó que no se enfadó con Florencio porque quiso mantener relaciones con Celia y como última palabra igualmente manifestó, que si hubiera visto que Celia se estaba acostando con Florencio , se hubiera levantado y se hubiera ido.

Dicha conducta y asunción de una posible relación de Celia y de la víctima, casan mal con un episodio de arrebató, que supone una reacción emocional, fulgurante y rápida, motivada por un estímulo exterior, que determine dicha reacción, que no podemos vincular con el acto de realizar la víctima unos tocamientos de carácter sexual a su pareja, que ya habían cesado, cuando el propio acusado se resignaba a aceptar la relación, incluso apartándose y yéndose.

Podemos admitir que le molestase la situación y que reaccionara en un principio sorprendido al despertarse por lo que le contara Celia que había pasado, pero no se acredita que dicha situación fuera un factor determinante de un estado arrebató, tan intenso, que le llevara a golpear a Florencio hasta causarle la muerte. El acusado, a la vista de lo que le dice Celia , decide de forma consciente y con serenidad golpear a Florencio , consciente de la antijuridicidad de su acción y queriendo o representándose como posible el resultado mortal, sin que su culpabilidad, salvo en lo que estuviera afectado por la previa ingesta de alcohol y/o heroína, se viera afectada por ningún estímulo externo capaz de provocar en él un arrebató.

Basta su lectura, para entender que la afirmación de que no resultaba probado que Borja , hubiera sufrido un estímulo o impulso tan poderoso que le llevó a golpear y causar la muerte a Florencio , no carecía de toda base razonable. Esta conclusión, derivada sustancialmente de las previas relaciones entre las partes, las declaraciones del propio recurrente, la nimia relevancia que le había otorgado Celia a episodio similar en esa misma noche, no cabe tildarla de irracional, que era el ámbito que autorizaba examinar a la Sala del Tribunal Superior de Justicia, las atribuciones que le venían deferidas en el motivo formulado, al amparo del apartado e) del art. 846 bis c).

4. Como expresa la STS 240/2017, de 5 de abril , "el Tribunal de apelación primero, y esta Sala casacional después no solo debe respetar la valoración probatoria del Jurado en lo que se refiere a los hechos declarados probados, en sentido estricto, sino que atendiendo a que dicho relato está muy condicionado en sus términos literales por la redacción de las proposiciones fácticas que se proponen al Jurado como objeto del veredicto, el Tribunal de Apelación debe también respetar los elementos fácticos que se desprenden de la motivación que los jurados incluyen en cada uno de los hechos y en el caso de que esta motivación se realice por referencia al resultado de determinadas pruebas en el acto del juicio, la motivación complementaria que realice el Magistrado Presidente explicitando los resultados de dichas pruebas en el juicio que justifican el criterio del Jurado. Es decir, que si el Jurado motiva un apartado del relato fáctico remitiéndose a la declaración de un testigo en el juicio oral, y el Magistrado Presidente complementa dicha motivación expresando que el criterio del jurado es lógica consecuencia de que efectivamente el referido testigo efectuó determinadas manifestaciones en el juicio que justifican la valoración probatoria del jurado, el Tribunal de apelación no puede prescindir de dichas manifestaciones testificales explicitadas por el Magistrado Presidente, y debe considerarlas como integradas en el propio relato fáctico".

De ahí, que al atender exclusivamente a la motivación del acta del veredicto, donde el Jurado explica que declara no probado el hecho 23 porque "el acusado declara que el hecho de que su pareja mantenga relaciones



sexuales con otra persona no le ocasionaría ningún problema, declarándolo en su primera declaración y en la exposición final"; sin atención a la extensa complementación de la valoración del Magistrado Presidente, que contextualiza dichas expresiones y sentimientos del acusado con el momento de autos, conlleva una preterición indebida, con el resultado de una indebida valoración por truncamiento del objeto a ponderar.

5. Hemos de recordar con la STS 132/2004 de 4 de febrero que la motivación de la sentencia del Tribunal del Jurado viene precedida del acta de votación, que constituye su base y punto de partida, en cuanto contiene la expresión de los elementos de convicción y una sucinta explicación de las razones por las que los jurados han declarado o rechazado declarar determinados hechos como probados. Pero debe ser desarrollada por el Magistrado-Presidente al redactar la sentencia, expresando el contenido incriminatorio de esos elementos de convicción señalados por los jurados y explicitando la inferencia cuando se trate de prueba indiciaria o de hechos subjetivos. Se trata de una responsabilidad que la Ley impone a quien puede cumplirla, pues el Magistrado-Presidente, que ha debido asistir atento al juicio y a sus incidencias; que ha entendido en el momento procesal correspondiente que existe prueba valorable que impide la disolución anticipada; que ha redactado el objeto del veredicto, y que ha debido impartir al Jurado instrucciones claras sobre su función y la forma de cumplirla adecuadamente, debe estar en condiciones de plasmar con el necesario detalle en cada caso, cuáles son las pruebas tenidas en cuenta por los jurados y cuál es su contenido incriminatorio, así como, en caso de prueba indiciaria y de elementos subjetivos, cuál es el proceso racional que conduce de forma natural desde unos hechos ya probados hasta otros hechos, objetivos o subjetivos, necesitados de prueba.

No es dable prescindir del desarrollo que de la valoración probatoria contenida en el veredicto, realiza el Magistrado Presidente; como expresa la STS 1043/2010, de 11 de noviembre : El Tribunal del Jurado constituye un único órgano jurisdiccional. La resolución definitiva del mismo viene constituida por la sentencia que dicta el Magistrado Presidente. La vinculación de ésta al veredicto del Jurado, en los términos que impone la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, constituye un presupuesto de validez. Pero no hace del Jurado un órgano diverso del Tribunal del Jurado en que se inserta. De ahí que, cuando se regulan los recursos, se establezca que lo recurrible es la sentencia dictada por el Magistrado Presidente (véase el artículo 846 bis a) apartado primero de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Incluso, cuando se denuncian defectos en el veredicto (artículo 846 bis c; apartado a) párrafo segundo LOTJ).

6. Por otra parte, ni aún cuando se entendiere que el razonamiento para considerar no probado el hecho 23 fuere irracional, ello conlleva necesariamente que deba tenerse declarado por probado.

Y en autos, la adición en apelación del hecho probado, Borja , como consecuencia de las acciones de tocamiento sexual que había realizado la víctima a Celia , sufrió un estímulo o impulso tan poderoso, que le llevó a golpear y causar la muerte de Florencio , no cuenta con otro sustento argumental que la supresión de su declaración como no probado, al final del primer fundamento.

Salto en el razonamiento lógico de la sentencia de apelación, que quiebra su conclusión probatoria. Afirmarlo probado, necesariamente conlleva una revalorización de la prueba practicada ante el Tribunal del Jurado, incluidas las manifestaciones del acusado y de Celia , careciendo de toda intermediación.

Cuando afirma la resolución recurrida, que "de los hechos probados se desprende la base fáctica para estimar que la conducta de Borja es una reacción producida por una previa actuación de la víctima que conforme a unos obvios valores predominantes en la sociedad -la libertad sexual- le produjo una sensible alteración de su personalidad de tipo temperamental ante estímulos externos que incidieron sin duda en su inteligencia y voluntad, mermando la misma, existiendo una clara relación causa efecto en conexión temporal entre lo ocurrido y la reacción del acusado -al margen del exceso en la misma-"; muestra ese improcedente salto lógico, pues una cuestión es que golpear para evitar la culminación de las acciones de tocamientos que Florencio había realizado a Celia ; otra que esa situación naturalmente pueda originar una situación de arrebató; y otra, que efectivamente en el caso de autos, le hubieran ocasionado a Borja una alteración anímica propia de esta atenuante, una conmoción psíquica de furor, una especial carga emocional; ésta, solo puede afirmarse como existente, al margen de los hechos declarados probados por el Jurado, con adición fáctica consecuente a una revalorización de la prueba practicada ante el Tribunal del Jurado, prueba personal incluida; el estado psíquico del acusado, pudo desenvolverse tanto con frialdad de ánimo como altamente perturbado, de donde la aseveración de "una sensible alteración de su personalidad de tipo temperamental ante estímulos externos que incidieron sin duda en su inteligencia y voluntad", implica una nueva inferencia valorativa, que en la sentencia de instancia, no constaba ni implícita ni explícitamente.

Cuando es jurisprudencia reiterada que en el marco del recurso de apelación contra sentencias dictadas por el Tribunal del Jurado, acerca del control pertinente cuando se alega vulneración de la presunción de inocencia, "el Tribunal de apelación extravasa su función de control cuando realiza una nueva valoración -legalmente inadmisiblemente- de una actividad probatoria que no ha percibido directamente, quebrantando con ello las normas del procedimiento



ante el Jurado (art. 3º LOTJ) así como del procedimiento ordinario (art. 741 LECr), de las que se deduce que es el Tribunal que ha presenciado el Juicio Oral el que debe valorar la prueba, racionalmente y en conciencia. Concretamente, no puede el Tribunal de apelación revisar la valoración de pruebas personales directas practicadas ante el Jurado (testificales, periciales o declaraciones de los imputados o coimputados) a partir exclusivamente de su fragmentaria documentación en el Acta, vulnerando el principio de inmediación, o ponderar el valor respectivo de cada medio válido de prueba para sustituir la convicción racionalmente obtenida por el Jurado por la suya propia" (STS núm. 555/2014, de 10 de julio , con abundante cita de otras anteriores).

7. Consecuentemente, debe ser estimado el recurso formulado por quebranto del derecho a una tutela judicial efectiva, por cuanto el Tribunal de apelación, por una parte prescinde absolutamente de la complementación y desarrollo que el Magistrado Presidente realiza de la motivación de la prueba que indicaron los jurados; por otra, realiza un salto lógico al concluir que la desaparición de la declaración como no probado un hecho, supone que el mismo resulta acreditado; y además, porque extralimita sus funciones al realizar una revalorización de la prueba practicada ante el Tribunal de Jurado; inclusive de pruebas personales, careciendo de inmediación.

Cuya consecuencia no es la declaración de nulidad, sino simplemente la rehabilitación de la sentencia de la Audiencia Provincial constituida en Tribunal de Jurado.

Segundo.

- El Ministerio Fiscal, por su parte, formula también un único motivo, infracción de ley, por indebida aplicación de la atenuante de arrebató u obcecación del nº 3 del art. 21 del CP .

1. Motivo, que resta sin objeto, una vez estimado el anterior; aunque sin la adición probatoria que el motivo anterior suprime, es obvia su estimación. No media presupuesto fáctico que lo avale.

2. Pero además, es reiterada jurisprudencia, incluso la invocada por el Tribunal de apelación, la que exige para su apreciación (STS 118/2017, de 23 de febrero), que exista proporcionalidad entre el estímulo precedente y la reacción delictiva del perjudicado; de modo que si la reacción resulta absolutamente discordante por notorio exceso con el hecho motivador, no cabe aplicar la atenuación.

En el contexto de autos, ya descrito, aunque mediaran desaprobados tocamientos de carácter sexual a su pareja que antes lo fue de la víctima y en cuyo domicilio habían aceptado consumir alcohol y quedarse a dormir, cuando los tocamientos ya habían cesado, no resulta admisible entender como proporcionada la reacción tan violenta y extrema, que ocasiona las lesiones, descritas en séptimo hecho probado (énfasis ahora añadido) y por último la muerte:

a.- En la cabeza:

- Contusión malar izquierda con hematoma, que ocupa toda esta región nasogeniana izquierda y malar izquierda.

- Contusión orbitaria izquierda con hematoma que ocupa toda la órbita izquierda.

- Contusión nasal con marcada crepitación y movilidad sugerente de fractura de huesos propios nasales .

- Contusión oral con herida contusa en tercio externo del labio inferior izquierdo de bordes infiltrados, apreciándose en la mucosa de la cara interna de los labios zonas de infiltrado hemorrágico tanto en labio superior como en labio inferior, con pérdida de pieza dentaria 32, por rotura de la corona.

- Herida contusa en cola de la ceja derecha de 2,5 cms., de bordes infiltrados y retracción cutánea.

- Contusión submentoniana de 3 x 3 cms.

- Dos placas lineales eritematosas apergaminadas en región malar izquierda, que se cruzan, de 8 cms. y 5 cms.

- Contusión con tumefacción a nivel occipital con hundimiento lineal.

b.- En el hombro derecho:

- En cara anterior dos placas eritematosas apergaminadas paralelas entre sí, la interna de 12 cms. y la externa de 9 cms.



c.- En el codo izquierdo:

- En la cara posterior, hematoma de 1 x 0,5 cms., así como una placa eritematosa a nivel de epicondilo medial.

d.- En el tobillo izquierdo:

- Dos erosiones cutáneas a nivel del maleolo externo, una superior circular de 1 cm. y otra alargada de 1 cm.

e.- En tórax:

- Eritema centrotorácico redondeado de 3 cms. de diámetro.

- Fracturas esternales y costales seriadas bilaterales. Desarticulación costo esternal de forma bilateral.

- Rotura traumática del corazón y un traumatismo torácico severo. Heridas que le causaron finalmente la muerte.

3. Por último, como relata entre otras la STS 308/2017, de 28 de abril , resulta de difícil compatibilidad, la estimación conjunta de esta atenuante y la estimada por el Tribunal de Jurado y mantenida en apelación, por consumo de heroína y alcohol, como analógica del art. 21.7ª en relación con el 21.2ª CP , cuando el fundamento de ambas es similar, alteración de la conciencia y de la voluntad; cuando ni la embriaguez ni la mera ingesta de sustancias tóxicas son ya atenuantes típicas en el CP de 1995 y hay que acudir a la atenuante analógica para contemplar esas situaciones; y cuando la disminución del control de impulsos y la afectación de la conciencia y voluntad del acusado provocada por el consumo de heroína y alcohol se describe como no grave, de leve disminución de culpabilidad; de donde no cabría, al margen de la manifestación atenuatoria preponderante que se eligiese (generalmente la típica frente a la analógica), la doble atenuación.

Tercero.

- La consecuencia de las precedentes estimaciones, no es la declaración de nulidad, sino simplemente la rehabilitación de la sentencia de la Audiencia Provincial constituida en Tribunal de Jurado, con la única salvedad de la supresión del hecho probado núm.11, cuestión no recurrida.

No empece a la estimación de los recursos de las acusaciones, la doctrina constitucional y jurisdiccional que con base en el derecho a un proceso con todas las garantías y al derecho de defensa, impide las condenas o resoluciones peyorativas ex novo , como consecuencia de un recurso de las acusaciones sin práctica de prueba ni oír al acusado.

En primer lugar, porque basta para estimar casación y retornar al pronunciamiento de la sentencia del Tribunal del Jurado, la estimación del motivo del Ministerio Fiscal, donde se dirime estrictamente una cuestión jurídica y sin alteración del factum establecido en la sentencia de apelación, se concluye la indebida subsunción en el artículo 21.3ª CP , que posibilitaría la estimación de la atenuante de arrebató u obcecación.

En segundo lugar, porque en cualquier caso, la rehabilitación en casación en contra del reo de una previa condena luego suprimida o atenuada en apelación, no tropieza con obstáculo alguno derivado de la jurisprudencia constitucional y del TEDH a tenor de la cual la revocación de una sentencia absolutoria por razones probatorias exigiría la audiencia del acusado en la fase de recurso, y en su caso, la reproducción de prueba. En este supuesto no nos enfrentamos a una decisión de condena que adoptaría ex novo esta Sala Segunda por vía de recurso. El enjuiciamiento inicial lo llevó a cabo el Tribunal del Jurado que encontró al acusado culpable de intentar entrar en la vivienda de la recurrente. Esa inicial apreciación jurisdiccional ha emanado de un Tribunal que ha oído personalmente al acusado, escuchando su versión de los hechos, atendiendo a sus explicaciones.

Tampoco en esta sede casacional se "efectúa una nueva valoración de los hechos considerados probados en primera instancia y los reconsidera" ni se "procede a una nueva valoración de los elementos de hecho" (expresión del asunto Spínu c. Rumanía , nº 32030/02, § 55, 29 de abril de 2008, luego muy reiterado). Ahora en casación, no se trata ya de verificar un nuevo juicio sobre la prueba, sino tras el examen de las razones dadas por el Tribunal de apelación para atenuar el pronunciamiento condenatorio, examinar si se ajustó a las facultades que el singular recurso de apelación en el ámbito del jurado le facultaba, que se limitaban a examinar si mediaba prueba de cargo con suficiencia para destruir la presunción de inocencia, restando fuera de los límites del recurso una nueva revalorización del marco probatorio. El Jurado ya oyó al acusado. Ahora la acusación (particular) meramente insta que en casación se reponga la valoración probatoria efectuada por el jurado (STS 299/2013 de 27 de febrero).



Ya anteriormente la STS 1385/2011, de 22 de diciembre , decía: "la estimación del recurso y consiguiente casación de la sentencia de apelación, no es la resolución que, por primera vez y como fruto de la valoración de la prueba, impone la condena a los acusados que permanecían hasta ahora absueltos por razón de la apelación. La reposición a la condición de penados deriva de la inicial sentencia y de la consideración como incorrecta de su revocación en apelación. Por ello, tal hipótesis cae al margen del ámbito en el que la doctrina constitucional y la del TEDH exige la directa audiencia del así penado. Doctrina reiterada en las SSTS 615/2013, de 11 de julio y 555/2014 de 10 de julio ó 44/2018, de 25 de enero .

FALLO

Por todo lo expuesto,

EN NOMBRE DEL REY

y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

DECLARAMOS HABER LUGAR a los recursos de casación formulado por el Ministerio Fiscal y el formulado por la representación de D.^a Nicolasa , en su condición de acusación particular, contra la sentencia de fecha 4 de mayo de 2017 dictada por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictada en su rollo 25/2017 , casando y anulando la referida sentencia y confirmando la dictada por el Tribunal del Jurado en el ámbito de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Séptima de fecha 26 de octubre de 2016 , en su procedimiento 1788/2015, seguido por delito de asesinato y falta de hurto, contra D. Borja , con la única salvedad de la supresión como probado de su hecho undécimo; ello, con declaración de oficio de las costas causadas por ambos recursos.

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

Así se acuerda y firma.

Miguel Colmenero Menendez de Luarda Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

Luciano Varela Castro Antonio del Moral Garcia Andres Palomo Del Arco

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.