



Roj: **STS 3308/2022 - ECLI:ES:TS:2022:3308**

Id Cendoj: **28079120012022100745**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/09/2022**

Nº de Recurso: **10043/2022**

Nº de Resolución: **765/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación penal**

Ponente: **VICENTE MAGRO SERVET**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 765/2022

Fecha de sentencia: 15/09/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10043/2022 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 14/09/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Procedencia: Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: MBP

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10043/2022 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 765/2022

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Vicente Magro Servet

D.ª Susana Polo García

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 15 de septiembre de 2022.



Esta sala ha visto los recursos de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuestos por las representaciones del acusado D. Miguel Ángel y de la Acusación Particular Dña. Virginia y D. Abelardo, contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 28 de septiembre de 2021, que declaró no haber lugar a los recursos de apelación formulados por indicado acusado y por la citada Acusación Particular y por el Ministerio Fiscal, contra sentencia de fecha 8 de junio de 2021 del Tribunal del Jurado de la Audiencia Provincial de Barcelona que condenó al anterior acusado por delitos de agresión sexual y asesinato, siendo parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente acusado representado por la Procuradora Dña. Rocío Martín Echagüe y bajo la dirección Letrada de D. Francisco Ariza Brugarolas y la Acusación Particular D. Abelardo y Dña. Virginia representados por el Procurador D. Javier Lorente Zurdo y bajo la dirección Letrada de D. Juan Carlos Zayas Sádaba.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Seguido por la Audiencia Provincial de Barcelona, Oficina del Jurado, el procedimiento del Tribunal del Jurado, dimanante de la causa instruida por el Juzgado de Instrucción nº 1 de DIRECCION000 bajo el nº 1/2018, se dictó sentencia con fecha 8 de junio de 2021, que contiene los siguientes Hechos Probados:

"Se declara probado que durante la tarde del día 4 de junio del año 2018 Miguel Ángel se encontraba en el domicilio de sus padres, sito en la AVENIDA000 nº NUM000 de DIRECCION000. Hacia las 18,52 horas Serafina, de trece años de edad, bajó sola las escaleras de dicho edificio, haciéndolo desde el piso de sus abuelos paternos situado en el NUM001, dirigiéndose hacia la calle en busca de su padre. Miguel Ángel, aprovechando que la menor bajaba sola las escaleras del edificio, la interceptó y la introdujo en su domicilio en contra de su voluntad. Seguidamente se abalanzó sobre ella con la intención de atentar contra su libertad sexual y accedió a su zona genital causándole una infiltración hemorrágica. Al mismo tiempo, con la intención de acabar con su vida, utilizó un cuchillo que le clavó en distintas partes del cuerpo -en la espalda, en el tórax y en el cuello-, le colocó una correa sobre el cuello y agarró fuertemente con sus manos el cuello y la garganta de la menor, hasta que le produjo la muerte por asfixia. Serafina no tuvo ninguna posibilidad de defenderse. En primer lugar debido a que el ataque se produjo de forma súbita e inopinada y, en segundo lugar, como consecuencia de la notable diferencia en la envergadura y la fuerza que podía desarrollar ella y Miguel Ángel. Miguel Ángel incrementó de forma deliberada e innecesaria el dolor de Serafina con los golpes que le propinó y las heridas cortantes que la produjo con el cuchillo. Antes del inicio del acto del juicio Miguel Ángel ha ido ingresando en la cuenta del Juzgado de Instrucción, en la medida de sus posibilidades, pequeñas cantidades de dinero que ha ido pudiendo ahorrar en el centro penitenciario, con la intención de intentar satisfacer la responsabilidad civil derivada de los hechos objeto de enjuiciamiento. También ha puesto a disposición de los familiares de la víctima importe total que le pueda corresponder de la herencia de su madre y la suma dineraria que le adeuda -por los trabajos que realizó para ella- la academia DIRECCION001 de DIRECCION000 (quinientos euros)".

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

"En atención a lo expuesto, y conforme al veredicto del Jurado, decido Condenar: Miguel Ángel como autor responsable de un delito de agresión sexual, ya definido, concurriendo la atenuante simple de reparación del daño, a las penas de siete años de prisión, la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, la pena diez años de inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido que conlleve contacto regular y directo con menores de edad, a (art. 192.3 del CP), y la medida de seis años de libertad vigilada. Condenar a Miguel Ángel como autor responsable de un delito de asesinato, ya definido, concurriendo la atenuante simple de reparación del daño, a la pena de prisión permanente revisable, la accesoria de inhabilitación absoluta, prohibición de comunicarse por cualquier medio y de aproximarse a Abelardo, Virginia, Ana María, Arturo, Agustín, Amadeo, María Teresa y María Inmaculada a una distancia no inferior a mil metros de su persona, domicilio, lugar de trabajo o cualquier lugar en que estos se encuentren por un periodo de tiempo de un año superior a la pena de prisión permanente revisable; y la medida de dos años de libertad vigilada. Condenar a Miguel Ángel a indemnizar a Abelardo y Virginia en la suma de ciento cincuenta mil euros para cada de ellos, a Agustín en la cantidad de cincuenta mil euros, a Amadeo, María Teresa y María Inmaculada en la cantidad de veinticinco mil euros para cada uno de ellos, y a Ana María y Arturo en la suma de diez mil euros para cada uno de ellos. Condenar a Miguel Ángel al pago de las costas procesales causadas, incluidas las de la Acusación Particular. Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de apelación, en el plazo de diez

días, para ante la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, de conformidad con los arts. 846 bis a) y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal".

Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por las representaciones del acusado Miguel Ángel y de la Acusación Particular Abelardo y Virginia, dictándose sentencia por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña con fecha 28 de septiembre de 2021, cuya parte Dispositiva es la siguiente:

"Fallamos, en atención a lo expuesto, no haber lugar a los tres recursos de apelación interpuestos por las representaciones procesales de Miguel Ángel, de Abelardo y Virginia, y el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, contra la sentencia de fecha 8 de junio de 2021 del Tribunal del Jurado de la Audiencia de Barcelona, cuya resolución confirmamos, declarando de oficio las costas de esta alzada. Notifíquese la presente resolución a las partes".

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

CUARTO.- I.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **D. Miguel Ángel**, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Se funda en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por vulneración del artículo 24, apartado 2 de la Constitución Española, que proclama el derecho a la presunción de inocencia.

Segundo.- Con carácter subsidiario al anterior. Se funda en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por vulneración del artículo 24.1, de la Constitución Española, que proclaman a la tutela judicial efectiva sin indefensión, así como de los artículos 9.3 y 120.3, también de nuestra Carta Magna, en su vertiente de derecho a obtener una respuesta razonable con proscripción de toda arbitrariedad de los poderes públicos.

Tercero.- Se funda en el nº 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción del artículo 139.1, apartado 3º, del Código Penal, por indebida aplicación del mismo.

II.- El recurso interpuesto por la representación de la Acusación Particular Dña. Virginia y D. Abelardo, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del número 4 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y art. 852 de la L.E.Criminal, en relación con el art. 24. 1 y 2 de la Constitución, por vulneración del principio de tutela judicial efectiva, en relación con la estimación de la atenuante de reparación del daño del art. 21, 5ª del C.Penal.

Segundo.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 L.E.Cr. por indebida aplicación de la atenuante de reparación del daño del art. 21.5º del C. Penal.

Tercero.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la L.E.Crim. por indebida aplicación del art. 57.1 del C. Penal.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, solicitó la inadmisión y desestimación de los dos recursos, dándose también por instruida la representación de la Acusación Particular quien impugnó la admisión del recurso del acusado.

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 14 de septiembre de 2022, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de casación el interpuesto por la representación del condenado Miguel Ángel y de la acusación particular ejercida por Abelardo y Virginia, contra la sentencia de 28 de septiembre de 2021 dictada por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

RECURSO DE Miguel Ángel



SEGUNDO.- 1.- Se funda en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por vulneración del artículo 24, apartado 2 de la Constitución Española, que proclama el derecho a la presunción de inocencia.

Entiende el recurrente que "se vulnera el derecho fundamental a la presunción de inocencia consagrado en el artículo 24.2 de nuestra Constitución, dicho sea con el debido respeto y en estrictos términos de defensa, al no existir prueba de cargo suficiente".

Hay que señalar, en primer lugar, que nos encontramos ante sentencia dictada por la Audiencia Provincial recurrida ante el TSJ en virtud de la apelación, por lo que la sentencia objeto de casación es la dictada por el TSJ.

Ante esto, y tras el examen de la valoración probatoria por este último Tribunal hay que señalar que, como ya hemos reflejado en otras ocasiones, (entre otras, Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 225/2018 de 16 May. 2018, Rec. 10476/2017) la misión de esta Sala casacional frente a las sentencias de los TSJ que resuelven recursos de apelación el recurso de casación se interpone contra la sentencia dictada en apelación, por lo que nuestro control se limita a la corrección de la motivación utilizada en la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia para rechazar la violación denunciada en la segunda instancia y que se reproduce en esta sede casacional".

En este caso, cuando se trata del recurso de casación, la valoración de la prueba efectuada por la Audiencia Provincial ya ha sido previamente revisada por el Tribunal Superior de Justicia al resolver el recurso de apelación. En consecuencia, ya se ha dado cumplimiento a la exigencia contenida en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que reconoce el derecho de toda persona declarada culpable de un delito a someter el fallo condenatorio y la pena a un Tribunal superior. De otro lado, la sentencia contra la que se interpone el recurso de casación es la dictada por el Tribunal Superior de Justicia, que no ha presenciado la práctica de la prueba y, por lo tanto, no ha dispuesto de la inmediación que sí ha tenido el Tribunal de instancia. Desde esta perspectiva, el control que corresponde al Tribunal Supremo, cuando se alega vulneración de la presunción de inocencia, se concreta, en realidad, en verificar si la respuesta que ha dado el Tribunal de apelación ha sido racional y ha respetado la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala Segunda sobre el alcance de la revisión, sobre la motivación y sobre la validez de las pruebas.

En definitiva, se concreta en cuatro puntos:

- a) en primer lugar, si el Tribunal Superior de Justicia, al examinar la sentencia de la Audiencia Provincial se ha mantenido dentro de los límites de revisión que le corresponden;
- b) en segundo lugar, si ha aplicado correctamente la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional sobre la necesidad de motivar la valoración de la prueba, tanto al resolver sobre la queja de falta de motivación, en su caso, como al fundamentar sus propias decisiones;
- c) en tercer lugar, si ha respetado la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional acerca de las garantías y reglas relativas a la obtención y práctica de las pruebas, con objeto de determinar su validez como elementos de cargo;
- d) en cuarto lugar, si el Tribunal de la apelación ha resuelto las alegaciones del recurrente sobre la existencia de prueba de forma racional, es decir, con sujeción a las reglas de la lógica, a las máximas de experiencia y a los conocimientos científicos.

Cierto y verdad es que existe una patente diferencia entre el análisis de la apelación y la casación, ya que en el primer tipo de recurso el Tribunal encargado de resolver, en este caso el TSJ, debe analizar la "suficiencia" de la prueba practicada y tenida en cuenta por el Tribunal de enjuiciamiento, mientras que en la casación se examina la legalidad, suficiencia y constitucionalidad de la prueba practicada, así como la razonabilidad de la prueba valorada por el Tribunal de apelación.

Pues bien, frente al alegato del recurrente, el TSJ ha llevado a cabo su proceso de análisis del grado de motivación suficiente de la sentencia, lo que es corroborado al comprobar el proceso llevado a cabo por el Tribunal de enjuiciamiento, quien ha analizado las pruebas practicadas a su presencia y ha evaluado el proceso de racionalidad en el análisis de la valoración probatoria. Y en la estructura actual de la casación, ese proceso valorativo es llevado a cabo por el TSJ ante el recurso de apelación interpuesto frente a la sentencia del Tribunal de instancia, debiendo analizarse en la casación si ese proceso del Tribunal que conoce de la apelación es adecuado, correcto y suficiente en el análisis del llevado a cabo por el órgano judicial ante el que se practicó la prueba.

En este caso concreto los hechos probados describen lo siguiente:



"Se declara probado que durante la tarde del día 4 de junio del año 2018 Miguel Ángel se encontraba en el domicilio de sus padres, sito en la AVENIDA000 n° NUM000 de DIRECCION000. Hacía las 18,52 horas Serafina, de trece años de edad, bajó sola las escaleras de dicho edificio, haciéndolo desde el piso de sus abuelos paternos situado en el NUM001, dirigiéndose hacia la calle en busca de su padre. Miguel Ángel, aprovechando que la menor bajaba sola las escaleras del edificio, la interceptó y la introdujo en su domicilio en contra de su voluntad. Seguidamente se abalanzó sobre ella con la intención de atentar contra su libertad sexual y accedió a su zona genital causándole una infiltración hemorrágica. Al mismo tiempo, con la intención de acabar con su vida, utilizó un cuchillo que le clavó en distintas partes del cuerpo -en la espalda, en el tórax y en el cuello-, le colocó una correa sobre el cuello y agarró fuertemente con sus manos el cuello y la garganta de la menor, hasta que le produjo la muerte por asfixia. Serafina no tuvo ninguna posibilidad de defenderse. En primer lugar debido a que el ataque se produjo de forma súbita e inopinada y, en segundo lugar, como consecuencia de la notable diferencia en la envergadura y la fuerza que podía desarrollar ella y Miguel Ángel. Miguel Ángel incrementó de forma deliberada e innecesaria el dolor de Serafina con los golpes que le propinó y las heridas cortantes que la produjo con el cuchillo. Antes del inicio del acto del juicio Miguel Ángel ha ido ingresando en la cuenta del Juzgado de Instrucción, en la medida de sus posibilidades, pequeñas cantidades de dinero que ha ido pudiendo ahorrar en el centro penitenciario, con la intención de intentar satisfacer la responsabilidad civil derivada de los hechos objeto de enjuiciamiento. También ha puesto a disposición de los familiares de la víctima importe total que le pueda corresponder de la herencia de su madre y la suma dineraria que le adeuda -por los trabajos que realizó para ella- la academia DIRECCION001 de DIRECCION000 (quinientos euros)".

Señaló el Tribunal del Jurado que: "Los hechos, tal como han sido declarados probados, son- constitutivos de un delito de agresión sexual de persona menor de dieciséis años del art. 183.2 del Código Penal y de un delito de asesinato del art. 140.1 1 y 2 del mismo cuerpo legal.... concurren dos de las circunstancias previstas en el art. 139 del Código Penal, concretamente la alevosía y el ensañamiento."

Sostiene, pues, el recurrente que no existe la suficiente prueba de cargo que avale el dictado de la sentencia condenatoria, cuestionando las conclusiones a las que llega la sentencia en base a la prueba de los médicos forenses, y que, por otro lado, "el relato fáctico a lo que remite es a una situación de ventaja del sujeto activo del delito -mi representado, Miguel Ángel - respecto del sujeto pasivo del mismo -la víctima, Serafina -, pero no de imposible defensa de ésta. Se trata de una actuación realizada con abuso de superioridad, aprovechando circunstancias de lugar y tiempo que debilitaron la defensa de la víctima y facilitaron la impunidad del agente. Ello no quiere decir que tal actuación no merezca reproche penal, pero al no determinar una imposibilidad de defensa no encuentra su encuadre en el apartado 1º del artículo 139.1 del Código Penal, sino en la circunstancia agravante 2º del artículo 22 del mismo texto legal."

Con ello, el recurrente plantea su disidencia respecto de la valoración de la prueba en cuanto al hecho de haber dado muerte a la menor en la forma que se relata en los hechos probados, por lo que la impugnación del recurrente se centra en el juicio sobre la suficiencia de la prueba y en el juicio de motivación y razonabilidad del veredicto y de la sentencia.

Pues bien, el recurrente mezcla cuestiones atinentes a presunción de inocencia y a infracción de ley ex art. 849.1 LECRI en relación con la concurrencia de la alevosía, debiendo dejar lo relativo al ensañamiento para dar respuesta al motivo nº 3, pero la técnica casacional empleada es incorrecta, porque no se puede bajo el abrigo de la presunción de inocencia cuestionar el relato de hechos probados en relación a la admisión de la alevosía.

En cualquier caso, vamos a analizar la existencia de prueba de cargo suficiente para la condena, y más tarde adentrarnos en si concurrió alevosía en la forma de perpetrar el crimen.

Hay que precisar, en primer lugar, que nos movemos en el terreno del juicio de inferencia y la conclusividad a la que llega el jurado cuando da una respuesta positiva a las cuestiones sometidas al veredicto. Y, ante ello, al no haber prueba directa nos movemos en el terreno de la prueba indiciaria y el juicio de inferencia que fue efectuado por el jurado y revisado por el TSJ en su sentencia al responder al motivo de presunción de inocencia en sede de apelación.

Porque en estas situaciones el control que ejerce el tribunal de casación ha de limitarse a la mera constatación de la racionalidad de la inferencia, debiendo respetar el razonamiento del órgano judicial que ha resuelto el recurso, en tanto no se evidencie ilógico, absurdo o arbitrario, y siempre con total independencia de la particular convicción a que llega en este caso el TSJ. Porque lo que deberá verificar el órgano de casación es si en la resolución recurrida se ha expuesto el razonamiento necesario que hace factible su labor de control; es decir, si se han indicado cuáles son los indicios o contraindicios y se expresa, a la vez, el proceso intelectual seguido por el tribunal, entendiendo, como ya hemos reflejado, que esa plasmación se ha realizado con suficiencia.

La confrontación de los indicios y contraindicios en el análisis de la subsistencia, o no, de prueba de cargo para enervar la presunción de inocencia.



En la "misión procesal" de las partes en el proceso penal de aportar pruebas de cargo, -la acusación- y de descargo -la defensa- a favor de sus respectivos intereses podemos destacar que en este caso se cumplieron con suficiencia las exigencias que llevaron a la admisibilidad del juicio de inferencia, dado que:

- 1.- Se contó con indicios probados y no con meras "probabilidades".
- 2.- El Tribunal explicó por qué la suma de los indicios determinan la condena, en su caso, así como la solidez y concatenación de esos indicios que son reseñados.
- 3.- La condena se ha fundado en la creencia del Tribunal de que "están convencidos" de que ocurrieron así, sin duda alguna, porque la suma de esos indicios "que explican con detalle" es lo que les lleva a esa convicción.
- 4.- Existe una adecuada motivación acerca de la concurrencia de los indicios y su "relevancia probatoria".
- 5.- Se relacionan los indicios con detalle en la sentencia.
- 6.- Los indicios reúnen el requisito de la pluralidad. Se explicitan en la sentencia.
- 7.- El Tribunal ha explicado no solo las conclusiones obtenidas, sino también los elementos de prueba que conducen a dichas conclusiones y el iter mental que le ha llevado a entender probados los hechos, a fin de que pueda enjuiciarse la racionalidad y coherencia del proceso mental seguido.
- 8.- En la explicación del Tribunal los indicios se alimentan entre sí para configurar la condena, y ello exige un alto grado de motivación, que en este caso se ha expuesto.
- 9.- Existe en la explicación dada en la sentencia un enlace lógico y racional entre el indicio o afirmación base y la afirmación consecuencia.
- 10.- Queda plasmado el proceso deductivo que lleva a cabo el Tribunal en toda su extensión, permitiendo así un control de la racionalidad del hilo discursivo mediante el que el órgano jurisdiccional afirma su inferencia.
- 11.- La inducción o inferencia es razonable, es decir, que no solamente no es arbitraria, absurda o infundada, sino que responde plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia.
- 12.- Los indicios expuestos mantienen una correlación de forma tal que forman una cadena que vaya conformando el iter para llegar al proceso mental de convicción.
- 13.- Existe una "probabilidad prevaleciente" con respecto a aquellas otras hipótesis explicativas de los mismos indicios.

En definitiva, resulta razonable la explicación de los datos indiciarios y el razonamiento deductivo que se esboza en la sentencia recurrida en relación a la conducta del recurrente que le hacen partícipe en el desarrollo operativo y que son los siguientes datos de indicios y juicio de inferencia concluyente que refleja el TSJ tras la disidencia del recurso y que sistematizamos en los siguientes extremos que avalan el acierto del juicio de inferencia que llevó al redactado de los hechos probados extraídos del veredicto del jurado:

- 1.- El acusado interceptó a la menor cuando bajaba por la escalera del edificio y la introdujo en su vivienda en contra de su voluntad, abalanzándose sobre ella con la intención de atentar contra su libertad sexual, ocasionándole seguidamente la muerte.
- 2.- La víctima -cuando fue encontrada en una de las habitaciones de la vivienda del acusado- no llevaba los pantalones puestos. Serafina estaba sin el pantalón, con la correa del perro puesta en forma de lazo corredero, se aprecia en las fotografías, presentaba múltiples lesiones en el cuerpo y en la zona genital un infiltrado hemorrágico, cuya etiología atribuyen los forenses en su afirmación a que tal lesión "se ha detectado con frecuencia en agresiones sexuales".
- 3.- Tenía lesiones en la zona genital.
- 4.- Llevaba puesta en el cuello una correa de perro, lo que sin duda remite a una idea bastante obvia de dominación sexual.
- 5.- Había intención de agredir sexualmente, (interceptación, encierro y falta de ropa) como para establecer que hubo un acceso a la zona genital que conlleva la calificación de agresión sexual (infiltración hemorrágica en la zona genital).
- 6.- En este contexto de violencia, la intercepta y se abalanza sobre ella, y la introduce en el piso, se realizan actos de carácter sexual, y en confluencia con los demás indicios le quitó los pantalones, le colocó la correa de perro al cuello, y le produjo las lesiones ya dichas. La presencia de estos indicios sostiene la corrección de la conclusión alcanzada sobre la conducta, y ésta integra el tipo penal.



7.- Los indicios que tuvo en cuenta para considerar que causó dolosamente la muerte de la menor fueron los siguientes:

- a) La menor fue encontrada en el interior del domicilio del acusado y este admitió expresamente haberle causado la muerte;
- b) El Jurado llegó al convencimiento de que la menor nunca se habría introducido en el domicilio del acusado por su propia voluntad y, mucho menos, lo habría hecho sin el permiso de su morador;
- c) La víctima presentaba lesiones causadas con un cuchillo y murió por asfixia, lo que descarta cualquier posibilidad de que la muerte fuera causada por alguna forma de imprudencia o negligencia.

8.- De la testifical expuesta por el TSJ se evidencia que la niña no se relacionaba con desconocidos, ni con personas que no fuesen de su ámbito familiar. Con ello, se descarta que la niña entrara por su voluntad en el piso y concluyen de las testificales practicadas que Serafina era una niña obediente y muy prudente y jamás incumplía las normas.

9.- También de la testifical que describe con detalle el TSJ se infiere que Serafina no entraría por sí misma en un piso ajeno, oscuro y sin ningún motivo aparente.

10.- La inferencia es absoluta: "Para concluir que el acusado la introduce en el domicilio, partiendo de que la puerta del piso normalmente estaba cerrada, (la ven cerrada inmediatamente después de que Serafina es echada de menos, y de que Serafina haya salido del piso de los abuelos), de que Serafina era una niña de rutinas y no le gustaba la oscuridad. Estructurados en el relato de los datos de percepción directa y conocimiento de los testigos y la inferencia en cada caso. Como se encontraba la puerta del piso del acusado, el carácter y costumbres de actuación de Serafina, de lo que se deduce la falta de iniciativa para un hecho de esas características."

11.- "La traslación a los hechos es impecable. En la argumentación desarrolla la inferencia al decir que la interceptó, y la introdujo en la vivienda contra su voluntad".

12.- "El jurado llega al convencimiento de que nunca se hubiera introducido en domicilio del acusado por su propia voluntad y menos sin permiso del morador. Lo cual es una consecuencia lógica y una inferencia natural de la prueba practicada y de las conclusiones a las que se llegan en el hecho tercero y que se especifican de forma idéntica, como hemos transcrito."

13.- "La niña baja de casa de los abuelos, un piso por encima del acusado, que su padre la está esperando en el portal, que la puerta del acusado estuviera cerrada, y que ella era una niña de rutinas, la inferencia es de sentido común. Dicho de otra forma, sabiendo Serafina que su padre la esperaba abajo, ¿qué razón habría para que, a su iniciativa, desviara el camino?. La inferencia de que es interceptada es completamente ajustada, la hace el jurado, y el magistrado presidente lo recoge en su razonamiento".

14.- "De la prueba médico forense y observando el reportaje fotográfico el acusado quitó los pantalones con la intención de agredir sexualmente a la víctima y causándole un infiltrado hemorrágico en la zona genital." El recurrente llega a una conclusión distinta en base a la prueba forense que expone, pero que no altera la conclusión del tribunal del jurado ni la del TSJ.

15.- La conclusión de que hay un acceso a la zona genital es una inferencia que se asienta sobre hechos demostrados. De lo expuesto no cabe deducir ninguna valoración arbitraria, ni que la versión del apelante pueda constituirse en alternativa frente a los abrumadores indicios unívocos que concurren y que debidamente anudados fijan la conclusión alcanzada por el jurado.

16.- Respecto a la imposibilidad de defensa alguna "los médicos forenses Demetrio e Dimas en su declaración: "Habían algunas lesiones de defensa, aunque hoy en día se prefiere hablar de protección, no defensa."

17.- En el Informe Médico forense del Levantamiento de Cadáver, en la página 383, en el apartado B de lesionología, apartado 2 concluyen que estas lesiones se suelen encontrar en situaciones de intentos de estrangulación manual y cuando están próximas a orificios de la cara y en la cara en un intento de acallar gritos.

18.- "Se concluye: Entendemos que la víctima no tuvo posibilidad de defensa dadas las diferencias físicas (altura y peso) con el agresor. Traslado a la sentencia: " Serafina no tuvo ninguna posibilidad de defenderse. En primer lugar, debido a que el ataque se produjo de forma súbita e inopinada y, en segundo lugar, como consecuencia de la notable diferencia en la envergadura y la fuerza que podía desarrollar ella y Miguel Ángel ."

19.- "La señal de defensa es una reacción al ataque. En el sentido que consta se refiere a que la víctima no tuvo opción real de defensa, para evitarlo. Los hechos están probados y la inferencia de que no pudo defenderse



por las circunstancias de lo sorpresivo del ataque y la diferencia física de envergadura corporal fuerza de cada persona, es razonable, y no encierra contradicción alguna con el hecho de que se hayan detectado señales de defensa. El ataque como se indica en otros pasajes era imprevisible, Serafina estaba bajando desde el segundo piso (casa de sus abuelos) a la portería donde le esperaba su padre, y fue interceptada por el acusado."

20.- Los jurados Concluyen: "Observamos que el acusado tenía en el momento de los hechos una notable diferencia de peso y altura, impidiendo que la víctima pudiera defenderse. Y además, creemos que Serafina en una situación anormal se quedaría bloqueada sin intención de reaccionar ni defenderse. Traslado a la sentencia: " Serafina no tuvo ninguna posibilidad de defenderse. En primer lugar debido a que el ataque se produjo de forma súbita e inopinada y, en segundo lugar, como consecuencia de la notable diferencia en la envergadura y la fuerza que podía desarrollar ella y Miguel Ángel ."

21.- "Los médicos forenses Demetrio e Dimas declaran: "La muerte por asfixia no es inmediata, lleva un tiempo. La persona es consciente del ataque. (Folio número 4 del acta testifical del día 16/04/2021). Así mismo, declaran: "Había dos tipos de lesiones, unas producidas por arma blanca y otras denominadas lesiones por contusiones, también había muestras de lesiones en el cuello compatibles con estrangulación y asfixia. "La víctima tenía una correa de perro al cuello... La causa de la muerte se describe por asfixia. La muerte por asfixia no es inmediata, lleva un tiempo. La persona es consciente del ataque. " (Folio número 4 del acta testifical del día 16/04/2021).

En el Informe Médico forense del Levantamiento de Cadáver, en la página 377, figura 29 donde se observa equimosis con placa erosiva lateral de lcm en rodilla izquierda y en la figura 30 se observa en cara posterior bandas erosivas en muslo izquierdo.

En el Informe Médico forense del Levantamiento de Cadáver, en la página 385, aparecen las conclusiones del forense, especificando que se trata de una muerte violenta.

Concluimos que la manera de acabar con una vida por asfixia es lenta, agonizante, consciente y cruel. Además, creemos que hubo crueldad por los que respecta a las contusiones, erosiones y heridas de arma blanca".

22.- El informe forense sobre el levantamiento del cadáver (el cual fue encontrado en casa del acusado), la documentación fotográfica de la escena del crimen, los informes de los médicos forenses, y las declaraciones testificales de los policías locales de DIRECCION000 que practicaron las primeras diligencias.

Con ello, vemos que hay suficiencia en la prueba valorada y reflejada en la sentencia y revisada por el TSJ. Hay una relación de indicios plurales y concomitantes que se alejan de arbitrariedad a la hora de fijar un pronunciamiento condenatorio. Existe prueba reflejada de que la introdujo a la fuerza en la casa, la agrede sexualmente y la acaba matando. El hecho fue cruel y despiadado acabando con la vida de una menor que bajaba por las escaleras y se encontró con la perversa actitud del recurrente que la introduce con violencia con el fin de atacarle sexualmente como lo lleva a cabo y la mata sin defensa alguna que pudiera haber realizado en base a los datos expuestos por el Tribunal y avalados por el TSJ. Porque los meros intentos de autoprotegerse la niña no excluyen la alevosía, porque no puede defenderse de ninguna manera del despiadado ataque rápido y fulgurante que sufrió, como se describe en los hechos probados resultante de la prueba practicada.

La prueba es contundente en torno a la concurrencia de los indicios expuestos y el juicio de inferencia. Y en cuanto a la concurrencia de la alevosía hay que exponer que aunque se articula por presunción de inocencia no puede desconectarse de que lo es por infracción de ley que exige el respecto de los hechos probados ex art. 849.1 LECRIM.

Los hechos probados refieren que:

"...Se abalanzó sobre ella con la intención de atentar contra su libertad sexual y accedió a su zona genital causándole una infiltración hemorrágica. Al mismo tiempo, con la intención de acabar con su vida, utilizó un cuchillo que le clavó en distintas partes del cuerpo -en la espalda, en el tórax y en el cuello-, le colocó una correa sobre el cuello y agarró fuertemente con sus manos el cuello y la garganta de la menor, hasta que le produjo la muerte por asfixia. Serafina no tuvo ninguna posibilidad de defenderse. En primer lugar debido a que el ataque se produjo de forma súbita e inopinada y, en segundo lugar, como consecuencia de la notable diferencia en la envergadura y la fuerza que podía desarrollar ella y Miguel Ángel ."

Es decir, que frente al alegato del recurrente la víctima no pudo defenderse. Además, se constata que la víctima pesaba unos 37 kilogramos y medía 1,52 centímetros, mientras que el acusado pesaba 95 kilogramos y medía 1,79 centímetros. Dada la diferencia de peso y altura entre la menor y el acusado (y teniendo en cuenta que aquel, utilizó un cuchillo con el que causó varias heridas a la menor), el Jurado llegó a la conclusión de que la víctima vio claramente disminuida su capacidad para defenderse de la agresión.

Por otro lado, no podemos confundir instinto de protección con "posibilidades ejecutivas de defensa", lo que en este caso no ocurrió, sino que es evidente que todo ser humano quiera protegerse o defenderse de un ataque, pero en este caso la convicción del tribunal del jurado validado por el TSJ es que la niña no tuvo ocasión alguna de defenderse. La existencia de una mínima protección en cualquier ser humano, incluida una niña de 13 años que ha sido introducida a la fuerza por una persona en la casa del autor del delito con la intención que de inmediato demuestra es reducida, y la que llevó a cabo en este caso fue del denominado "mínimo instinto de supervivencia".

En consecuencia, podemos fijar los parámetros que deben observarse en la apreciación de esta agravante que cualifica la causación de la muerte o su tentativa en asesinato, a saber:

1.- La alevosía como circunstancia constitutiva del delito de asesinato radica en la inexistencia de probabilidades de defensa por parte de la persona atacada.

2.- Los tipos de alevosía son:

Alevosía proditoria, alevosía súbita o inopinada, llamada también "sorpresa", alevosía de desvalimiento y alevosía convivencial.

3.- Debe valorarse.

a.- El punto de vista objetivo (Mayor antijuridicidad) en la conducta del autor por medio de una conducta agresora que, objetivamente, puede ser valorada como orientada al aseguramiento de la ejecución, en cuanto tiende a la eliminación de la defensa.

b.- El punto de vista subjetivo (Mayor culpabilidad) en cuanto el dolo del autor en su mecánica comisiva se proyecta no sólo sobre la utilización de los medios, modos o formas empleados, sino también sobre su tendencia a asegurar la ejecución y su orientación a impedir la defensa del ofendido, eliminando así conscientemente el posible riesgo que pudiera suponer para su persona una eventual reacción defensiva de aquél.

4.- La eliminación de toda posibilidad de defensa de la víctima que la alevosía exige ha de ser considerada desde la perspectiva de su real eficacia, y es compatible con intentos defensivos nacidos del propio instinto de conservación pero sin eficacia verdadera contra el agresor y la acción homicida.

5.- La alevosía -la elección de una forma que tienda a eliminar las posibilidades de defensa- ha de referirse a la agresión contemplada como un todo y no a sus últimos eslabones.

6.- Suele afirmarse que actúa con alevosía en quien "obra a traición y sobre seguro". Se enfatiza, así, el ánimo tendencial del sujeto, cuya acción homicida está filtrada por ese propósito más reprochable de obrar sobre seguro.

7.- Se trata de una inferencia del elemento intelectual que se puede deducir de las circunstancias concurrentes en la comisión que permite al juez o Tribunal la inferencia de ese dolo específico de cometer el delito con una intención dirigida a evitar o reducir las posibilidades de defensa, lo que se deduce por inferencia.

8.- En este tipo de casos puede apreciarse, por ejemplo, la intención del autor de evitar la huida de la víctima, asegurando la ejecución, como podría darse en un disparo por la espalda huyendo la víctima.

9.- La alevosía no requiere que la eliminación sea efectiva, bastando la idoneidad objetiva de los medios, modos o formas utilizados y la tendencia a conseguir tal eliminación, lo que a su juicio supone que la alevosía no se excluye en los casos de intento de defensa cuando es funcionalmente imposible y se debe a la reacción instintiva de quien no tiene escapatoria frente a la eficacia de un ataque ejecutado sobre seguro.

10.- La eliminación de toda posibilidad de defensa de la víctima que la alevosía exige ha de ser considerada desde la perspectiva de su real eficacia, y es compatible con intentos defensivos nacidos del propio instinto de conservación, pero sin eficacia verdadera contra el agresor y la acción homicida.

No desnaturalizaría la concurrencia de la alevosía el hecho de que la víctima se hubiera defendido de alguna manera, lo que no podría ser utilizado para evitar su apreciación si la agresividad desplegada, o el aseguramiento en la acción fueran circunstancias concurrentes. Por ello, aunque sea una circunstancia agravante calificada por la existencia de un aseguramiento del delito y una anulación de la defensa, operará también cuando concorra una "reducción de la defensa", por lo que aunque la víctima se hubiera defendido de alguna manera, ello no obstaculizará matemáticamente la construcción de la alevosía; es decir, no se trata de que se exija una absoluta anulación de la defensa, sino que, objetivamente, pueda apreciarse que las posibilidades de defensa se anulan o dificultan, por lo que habrá que apreciarlo caso por caso.



11.- En la alevosía sorpresiva el carácter sorpresivo de la agresión lo que suprime es la posibilidad de defensa, pues quien no espera el ataque difícilmente puede prepararse contra él y reaccionar en consecuencia, al menos en la medida de lo posible.

12.- La 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.

13.- En la proditoria o la traición destaca como elemento esencial el abuso de confianza o de una situación confiada en el que actúa el sujeto activo respecto al pasivo que no teme, dada la relación o la situación de confianza existente, una agresión como la efectuada.

14.- Se ha admitido en ocasiones una modalidad especial de alevosía convivencial basada en la relación de confianza proveniente de la convivencia, generadora para la víctima de su total despreocupación respecto de un eventual ataque que pudiera tener su origen en acciones del acusado (SSTS 1284/2009, 10 de diciembre y 86/1998, 15 de abril). Se trataría, por tanto, de una alevosía doméstica, derivada de la relajación de los recursos defensivos como consecuencia de la imprevisibilidad de un ataque protagonizado por la persona con la que la víctima convive día a día.

En este caso ha habido una evidente indefensión en la víctima, como se desprende de los hechos probados y la actuación que lleva a cabo el recurrente con una alevosía que fue sorpresiva en la forma ejecutiva, lo que permitió asegurar el crimen, ya que la niña no pudo defenderse.

El TSJ señaló al respecto que:

"En el caso que tratamos, el ataque fue sorpresivo inopinado y además el acusado llevaba cuchillos de cocina. Por tanto, la reacción de la víctima era inverosímil, no tuvo opción, ya dejando de lado que le pusiera la correa de perro al cuello. La diferencia de edad el acusado tenía más de cuarenta años, y ella trece, de peso y la altura, justifican con suficiencia la decisión que no es arbitraria ni irrazonable y que ha sido trasladada la sentencia que incluye los indicios que el jurado ha tomado en consideración. Así: "El Jurado tuvo en cuenta que la víctima pesaba unos 37 kilogramos y medía 1,52 centímetros, mientras que el acusado pesaba 95 kilogramos y medía 1,79 centímetros, sin olvidar que el agresor utilizó un cuchillo con el que causó varias heridas a la menor, y en base a todo ello llegó a la conclusión de que la víctima vio claramente disminuida su capacidad para defenderse de la agresión."

Nos remitimos a lo expuesto al tratar los hechos octavo y noveno del objeto del veredicto, a lo que añadimos que el agresor utilizó cuchillos con los que causó varias heridas a la menor, y en base a todo ello llegó a la conclusión de que la víctima vio claramente disminuida su capacidad para defenderse de la agresión."

El hecho se desarrolló con absoluta rapidez e incapacidad de la menor de poder prever lo que le iba a ocurrir. La menor estaba en casa de sus abuelos paternos y bajaba por las escaleras para encontrarse con su padre. Pero, desgraciadamente, con quien se encuentra es con el recurrente, quien la introdujo en el piso en donde este estaba para agredirla sexualmente, acabando con su vida, y en una conducta y actitud cruel que acaba con la vida de una niña de 13 años, con su futuro como ser humano, e, indudablemente, con la vida de sus familiares directos e indirectos que se encuentran con la inesperada pérdida de la vida de su hija menor de edad. No se trató de una muerte por un accidente, o por una enfermedad, sino por una conducta perversa de una persona que de forma rápida ve bajar a una niña por las escaleras y lo que lleva a cabo es introducirla en su casa, agredirle sexualmente y matarla en la forma descrita en los hechos probados empleando un cuchillo y asfixiándole, concurriendo ensañamiento. El hecho fue de una tremenda gravedad y con elevado reproche penal que el legislador ha querido y previsto en este tipo de casos.

En la sentencia del Tribunal Supremo 408/2019 de 19 Sep. 2019, Rec. 10168/2019 hemos recordado a este respecto que:

"La circunstancia agravante de alevosía se aplica a todos aquellos supuestos en los que por el modo de practicarse la agresión quede de manifiesto la intención del agresor de cometer el delito eliminando el riesgo que pudiera proceder de la defensa que pudiera hacer el agredido, es decir la esencia de la alevosía como circunstancia constitutiva del delito de asesinato, (art. 139.1) o como agravante ordinaria en otros delitos contra las personas (art. 22.1), radica en la inexistencia de probabilidades de defensa por parte de la persona atacada, por más que pueda ser compatible con intentos defensivos ínsitos en el propio instinto de conservación (STS. 13 de marzo de 2000).

La jurisprudencia también ha reconocido la alevosía no sólo en los casos anteriores sino cuando, aun habiendo mediado un enfrentamiento previo, se produce una alteración en la dinámica del hecho de forma que la víctima



no pueda esperar un resultado letal (SSTS. 53/2009 de 22 de octubre , 147/2007 de 19 de febrero , 640/2008 de 8 de octubre , 243/2004 de 24 de febrero), situación que viene denominándose como alevosía sobrevenida. Pero cuando el ataque a la persona se produce desarrollándose en varios actos ejecutados sin solución de continuidad, si en el inicio de la agresión no es posible apreciar la alevosía a causa de la ausencia de sus elementos característicos, tampoco podrá estimarse su concurrencia valorando el eventual desvalimiento o situación de inferioridad en la que se encuentra la víctima en los momentos finales de la acción, pues ésta sería una consecuencia natural de los primeros actos de agresión.

Como destaca la reciente STS 629/2018, de 12 de diciembre , "la 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 supresión de eventuales riesgos para el actor procedentes del agredido, lo que debe ser apreciado en los medios, modos o formas empleados; y que, subjetivamente, venga caracterizada por el conocimiento por parte del autor del significado de los medios, modos o formas empleados en la ejecución, en cuanto tendentes a asegurar el resultado, impidiendo la defensa del atacado y suprimiendo los riesgos que de ella pudieran derivarse para el agresor. Y según se recuerda en la STS 104/2014, de 14 de febrero , "para apreciar la alevosía que convierte en asesinato el homicidio hay que atender no tanto al mecanismo concreto homicida como al marco de la total acción".

Precisamente, con rotundidad, hemos expresado en sentencia del Tribunal Supremo 174/2020 de 19 May. 2020, Rec. 10402/2019 que:

"Dispone el artículo 22.1ª del Código Penal que es circunstancia agravante "ejecutar el hecho con alevosía" y que hay alevosía "cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido".

De acuerdo con esta definición legal, para apreciar la alevosía, es necesario:

- 1.- En primer lugar, un elemento normativo consistente en que se trate de un delito contra las personas.
- 2.- En segundo lugar, que el autor ejecute los hechos empleando medios, modos o formas que han de ser objetivamente adecuados para asegurar el resultado, precisamente mediante la eliminación de las posibilidades de defensa, sin que sea suficiente el convencimiento del sujeto acerca de su idoneidad.
- 3.- En tercer lugar, que el dolo del autor se proyecte no sólo sobre los medios, modos o formas empleados, sino también sobre su significado tendente a asegurar la ejecución y a impedir la defensa del ofendido, eliminando así conscientemente el posible riesgo que pudiera suponer para su persona una eventual reacción defensiva de aquél.
- 4.- Y en cuarto lugar, como consecuencia, que se aprecie una mayor antijuridicidad en la conducta derivada precisamente del modus operandi, conscientemente orientado a aquellas finalidades, (STS nº 1866/2002, de 7 noviembre).

De lo antes expuesto se desprende que la 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 supresión de eventuales riesgos para el actor procedentes del agredido, lo que debe ser apreciado en los medios, modos o formas empleados; y que, subjetivamente, venga caracterizada por el conocimiento por parte del autor del significado de los medios, modos o formas empleados en la ejecución, en cuanto tendentes a asegurar el resultado, impidiendo la defensa del atacado y suprimiendo los riesgos que de ella pudieran derivarse para el agresor.

La forma tradicional del ataque alevoso viene constituida por la agresión a traición, pues es claro que en esos casos la acción agresiva pretende principalmente la supresión de una posible defensa. Así, es ataque alevoso el realizado por sorpresa, de modo súbito e inopinado, imprevisto, fulgurante y repentino (STS nº 382/2001, de 13 de marzo y las que se citan en ella), ejecutado contra quien está confiado en que tal clase de ataque no se produzca. En estos casos es precisamente el carácter sorpresivo de la agresión, es decir, la acción a traición, lo que tiende a suprimir la posibilidad de defensa, pues quien, confiado, no espera el ataque difícilmente puede prepararse contra él, al menos en la medida de lo posible. Esta modalidad de la alevosía es apreciable en los casos en los que se ataca sin previo aviso.

Respecto de la llamada alevosía sobrevenida, decíamos en la STS nº 731/2017, de 15 de noviembre, con cita de la STS nº 86/2016, de 12 de febrero, que "esta Sala ha admitido la denominada alevosía sobrevenida, que adquiere forma en el transcurso de una agresión en cuyo arranque, sin embargo, todavía el agresor no exterioriza su actitud ventajista.



En efecto, dentro ya de la alevosía realizada por sorpresa, de modo súbito e inopinado, imprevisto, fulgurante y repentino, numerosos precedentes distinguen los casos en que se ataca en el momento inicial sin previo aviso, de aquellos otros que también se consideran alevosos pero en los que la alevosía se tilda de sobrevinida por aparecer en una segunda fase de la ejecución del hecho delictivo. Esta última modalidad de alevosía sobrevinida tiene lugar cuando, aun habiendo mediado un enfrentamiento previo sin circunstancias iniciales alevosas, se produce un cambio cualitativo en la situación, de modo que esa última fase de la agresión, con sus propias características, no podía ser esperada por la víctima en modo alguno, en función de las concretas circunstancias del hecho, especialmente cuando concurre una alteración sustancial en la potencia agresiva respecto al instrumento utilizado, el lugar anatómico de la agresión y la fuerza empleada (SSTS 178/2001, 13 de febrero ; 1214/2003, 24 de septiembre ; 147/2007 de 19 de febrero ; 949/2008, 27 de noviembre ; 640/2008 de 8 de octubre ; 965/2008, 26 de diciembre ; 25/2009 de 22 de enero ; 93/2009 de 29 de enero ; 282/2009 de 10 de febrero ; 527/2012 de 20 de junio ; 838/2014 de 12 de diciembre ; 90/2015 de 12 de febrero y 110/2015 de 14 de abril , entre otras varias)".

Además, frente a la pretensión del recurrente de reconducir la alevosía a un mero abuso de superioridad ya hemos reflejado en sentencia del Tribunal Supremo 824/2021 de 28 Oct. 2021, Rec. 10259/2021 que el abuso de superioridad:

"Es una alevosía menor o de segundo grado, y, en consecuencia, homogénea con aquella.

Es una alevosía imperfecta o alevosía menor ya que participa de la misma estructura que la agravante 1ª del art. 22 CP , pero sin llegar en sus consecuencias al mismo grado de indefensión y desamparo en que se sitúa a la víctima.

Esta situación de asimetría entre el modo de ataque y las posibilidades defensivas del ofendido debe ser deliberadamente ocasionada o, siendo conocida, exista un aprovechamiento de la misma.

Mientras que la agresión alevosa busca una indefensión total sobre la víctima, el abuso de superioridad se conforma con procurar debilitarla o limitarla, sin anularla por completo".

En el presente caso la anulación de la defensa fue completa ante la comparación entre agresor y agredida y la contundencia en la que se perpetra el hecho que no permitió actitud defensiva alguna. La rotundidad del ataque y su eficacia no deja amparo alguno a reducir la gravedad de las consecuencias de su conducta que se convierte en asesinato coexistiendo alevosía y ensañamiento al que más tarde tratamos.

La sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 16/2012 de 20 Ene. 2012, Rec. 10892/2011 incide en la clave de que *"se trata de una alevosía imperfecta o alevosía menor ya que participa de la misma estructura que la agravante 1ª del art. 22 CP , pero sin llegar en sus consecuencias al mismo grado de indefensión y desamparo en que se sitúa a la víctima."*

En la sentencia del Tribunal Supremo 716/2018 de 16 Ene. 2019, Rec. 10418/2018 se expone para poner el énfasis en la alevosía: *"viene aplicando la alevosía a todos aquellos supuestos en los que el modo de practicarse la agresión queda de manifiesto la intención del agresor o agresores de conectar el delito eliminando el riesgo que pudiera proceder de la defensa que pudiera hacer el agredido, es decir, la esencia de la alevosía como circunstancia constitutiva del delito asesinato (art. 139-1) o como agravante ordinaria en otros delitos contra las personas (art. 22-1), radica en la inexistencia de probabilidades de defensa por parte de la persona atacada.*

En cuanto a su naturaleza, recuerda esa resolución, aunque esta Sala unas veces ha destacado su carácter subjetivo, lo que supone mayor culpabilidad, y otras su carácter objetivo, lo que implica mayor antijuricidad, en los últimos tiempos, aun admitiendo su carácter mixto, ha destacado su aspecto predominante objetivo pero exigiendo el plus de culpabilidad, al precisar una previa escogitación de medios disponibles, siendo imprescindible que el infractor se haya representado su modus operandi suprime todo eventual riesgo y toda posibilidad de defensa procedente del ofendido y desea el agente obrar de modo consecuencia a la proyectado y representado.

En cuanto a la "eliminación de toda posibilidad de defensa de la víctima debe ser considerada desde la perspectiva de su real eficacia, siendo compatible con intentos defensivos ínsitos en el propio instinto de conservación".

Por ello, frente a esta graduación la agravante del nº 2 del art. 22 CP supone una "alevosía de menor grado" que no es la que concurre en el presente caso que se caracteriza por una alevosía absoluta de actuación sorpresa que deja a la víctima sin capacidad de reacción al introducirla en su casa, o la de sus padres, el recurrente por la fuerza de forma súbita e inesperada aprovechando, precisamente, esa falta de previsión y reacción de la menor, introducirla en la casa y allí, asegurándose de que la menor no podía salir de allí y de que la diferencia entre ambos era notoria, además para añadirle más indefensión a la que objetivamente había utiliza instrumentos



descritos en los hechos probados para hacer eficaz y efectiva la indefensión e inútil cualquier atisbo de defensa que pudiera llevar a cabo la víctima. Hubo alevosía en sus justos términos y no una mera "alevosía menor". Hemos referido en multitud de ocasiones que el crimen en un hogar no conlleva directamente la concurrencia de la alevosía, sino que hay que analizar caso por caso. Y en el presente, además, es que no se trató ni tan siquiera del hogar de la víctima, sino del recurrente al que atrajo con violencia el autor aprovechando que la menor bajaba por las escaleras para encontrarse con su padre, pero lejos de ello se encontró con quien iba a acabar con su vida de la forma tan despiadada y cruel como consta en los hechos probados y con un momento vivencial para la menor de sufrimiento relevante que conlleva el reproche penal que el legislador ha previsto para este tipo de casos con la prisión permanente revisable.

El motivo se desestima.

TERCERO.- 2.- Se funda en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por vulneración del artículo 24.1, de la Constitución Española, que proclaman a la tutela judicial efectiva sin indefensión, así como de los artículos 9.3 y 120.3, también de nuestra Carta Magna, en su vertiente de derecho a obtener una respuesta razonable con proscripción de toda arbitrariedad de los poderes públicos.

Se queja el recurrente de falta de motivación y de que "se le causa manifiesta indefensión al recurrente toda vez que desconoce por completo por qué el Jurado concluye que las lesiones punzantes se produjeron "ante mortem" y no "post mortem", o por qué los golpes tenían como finalidad aumentar de forma deliberada e inhumana el dolor de la víctima, o, finalmente, cómo fue el ataque y por qué se entiende que el mismo "se produjo de forma súbita e inopinada", lo que no sólo le impide conocer en su plenitud los motivos por los que ha sido condenado, sino que también ha limitado sus posibilidades de alegar en vía de recurso y, en definitiva, de defenderse."

Por ello, la motivación se despliega en este caso en dos direcciones:

1.- La motivación de las sentencias.

La motivación de una resolución judicial tiene que ver con la respuesta dada en derecho con los puntos que son objeto de la pretensión, bien sea ésta directa, o por vía impugnativa. Viene a constituirse como "el derecho a conocer" el postulante las razones de la respuesta judicial".

Se trata de un derecho a saber por qué el órgano judicial estima o desestima una pretensión, sin que la extensión de la motivación sea un derecho del recurrente, o la mayor explicación al aserto que explicita el Tribunal ante el tema suscitado ante el mismo.

La mejor doctrina apunta con acierto que este derecho del recurrente ante una impugnación de una resolución judicial en relación a la necesidad de que ésta sea motivada constituye el medio donde se exteriorizan las razones o argumentos de que se vale el órgano jurisdiccional, para decidir sobre la necesidad, o no, de privar o restringir la libertad de una persona, u otros derechos.

Estas razones que sirven para conocer si se condena o absuelve a una persona por la comisión de unos hechos delictivos, o si se le otorga un derecho que postula o reclama, o se opone a una decisión del juez o tribunal, no son caprichosas, sino que han de estar fundadas y sustentadas en el ordenamiento jurídico, y por tanto en la ley. De ahí, que la motivación de las resoluciones judiciales, sea concebido como un derecho subjetivo del justiciable incluido dentro del concepto de tutela judicial efectiva de jueces y tribunales (art. 24.1CE), y se defina de forma negativa por oposición al concepto de arbitrariedad (art. 9.3 CE), que es la frontera que no se debe rebasar al constituir la línea infranqueable que da luz a la legalidad.

Ahora bien, no cabe confundir este derecho subjetivo a la motivación con que ésta sea en la extensión, o en la forma que pretende el recurrente, ya que éste no tiene un derecho a que el juez motive en la medida que él reclama, sino que la motivación es la explicación fundada en derecho, pero no tiene que ser en el derecho que reclama quien impugna. Por ello, en ocasiones se confunde este derecho subjetivo con un derecho a que se motive en el esqueleto estructural o forma que pretende el recurrente.

La motivación de las resoluciones judiciales, no es un concepto unidireccional u homogéneo, Se trata de un derecho a la motivación de las resoluciones judiciales recogido en el art. 120.3 CE como parte esencial del Estado de Derecho, pero en ocasiones se produce un subjetivismo exacerbado acerca de cómo pretende el recurrente que tenga que ser la motivación, sobre todo cuando es contraria a sus pedimentos, con lo que llega a confundirse ausencia o carencia de motivación con la propia desestimación de aquellos.

La motivación también está relacionada con la publicidad de la respuesta judicial, en el sentido de que la notificación de la respuesta que se da en estos casos a una reclamación debe venir acompañada con una



explicación racional, que, hasta podría ser sucinta, pero explicativa en grado de "suficiencia" dando respuesta a lo que la parte reclama o cuestiona.

La motivación también viene a constituirse como el por qué de lo resuelto. Las razones expuestas en la resolución judicial, pero dadas con arreglo a derecho, no tienen que alcanzar la forma externa que pretenda el recurrente, por lo que la comprensión del que reclama no puede ampararse en un alegato de falta de motivación, sino que es el juez el que bajo los razonamientos jurídicos oportunos y aplicables al caso da respuesta a la pretensión, pero no con la forma que desea el recurrente, sino bajo el límite de que se adecúe a la razón del derecho, que es el norte de quien da respuesta jurídica a un problema de hecho planteado.

El derecho de la motivación judicial no es el derecho a la tutela particularizada de la respuesta que pretende el recurrente, a no confundir con la tutela judicial efectiva que viene relacionada con el derecho a la motivación judicial, pero no que se le dé la respuesta que pretende el recurrente.

2.- La motivación de las sentencias del tribunal del jurado.

En el caso que plantea el recurrente de falta de motivación hay que destacar la comparación entre los términos recogidos en la dicción del art. 61.1.d) LOTJ (elementos de convicción y sucinta explicación de las razones) y la exigencia de motivación de la sentencia, ya que ésta última es del Magistrado-Presidente y aquella del jurado, aunque ello no debe restar a la consideración de que el veredicto "debe ser motivado" mínimamente con esa sucinta explicación, pero teniendo en cuenta que la exigencia de la actividad del jurado es de una plasmación de "mínimos" y "suficiencia relevante" en la plasmación de su votación y reconocimiento de qué elementos de convicción le llevan a ese resultado votado en cada punto (con exclusión de los contradictorios) y qué razones lo producen.

Ahora bien, todo ello debe ser llevado a cabo con un relato sucinto, lo que incide en los límites de "exigibilidad" al jurado por su condición de no profesional; de ahí siempre la necesidad de destacar la importancia que tiene en estos casos la función del Magistrado-Presidente acerca de las instrucciones a dirigir al jurado explicándoles en qué consiste su función desde un primer momento para conseguir el éxito del desarrollo del juicio, aspecto éste fundamental y sobre el que sería preciso, incluso, una protocolización de actuaciones para conseguir en los juicios de jurado una homologación de instrucciones del Magistrado-Presidente que dar a los jurados para el buen éxito de su función. En este caso, sin embargo, no se apreció incorrección alguna.

Además, del resultado ofrecido en cuanto a la función del jurado y el desarrollo del proceso plasmado en lo que se le debe exigir la explicación ha sido suficiente para haber conocido la real función que debían desempeñar.

Respecto al alcance de las exigencias al jurado en su función hemos considerado que:

1.- El jurado especifique los elementos probatorios de cargo que sustentan su convicción para entender que el veredicto está fundamentado, sin que se precise un análisis específico y pormenorizado de los motivos concretos por los que, por ejemplo, un testigo es considerado fiable y creíble para el jurado (STS 139/2015 de 9 de marzo).

2.- Ello se satisface con la expresión, de forma comprensible, de las razones de la decisión, aunque sea al nivel de un profano en derecho (STS 652/2014 de 10 de octubre).

3.- La menor exigencia que se impone al jurado respecto de los tribunales técnicos viene impuesta: (STS 151/2014 de 4 de marzo).

1) por el carácter lego del jurado y

2) por ser una decisión adoptada por un colegio muy amplio y redactada sin concurrencia de un ponente -como sucede en los órganos colegiados profesionales- y es que las razones de la convicción de cada uno de los jurados pueden ser parcialmente divergentes, algunos pueden haber puesto el acento en una fuente de prueba a la que otro da menos crédito, obtenido su convicción a través de un razonamiento parcialmente diferente o unos pueden haber despreciado un dato incriminatorio que, para otros, es decisivo.

4.- Como hemos señalado en reiteradas resoluciones y recuerda la mejor doctrina, también, se han apuntado tres posibles interpretaciones del art. 61.1.d) en orden al nivel de justificación exigible al tribunal del jurado (STS 487/2008 de 17 de julio).

a.- La primera sería pretender una descripción detallada, minuciosa y crítica de la interioridad del proceso psicológico que conduce a dar por probados o no los hechos que se plasman en el objeto del veredicto, opción propia de juristas profesionales, que sobrepasa los niveles de conocimiento, preparación y diligencia exigible a los jueces legos.



b.- La segunda, una posición minimalista, estaría al conjunto de las pruebas practicadas, sin entrar en otras precisiones, limitándose a declarar probados unos hechos y no probados otros de los propuestos, opción insuficiente porque sólo expresaría que el jurado no se ha conducido irracionalmente, ni ha atentado contra el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

c.- La tercera, que es la preferible, sería la de una tesis razonable intermedia, en la que el jurado, en la concatenación de los hechos objeto del veredicto, individualiza las pruebas y cualesquiera otros elementos de convicción cuyo impacto psicológico le persuade o induce a admitir o rehusar la versión histórica de los acontecimientos.

5.- El deber de explicación o motivación tiene un doble aspecto a tener en cuenta:

a.- Un aspecto negativo, no puede exigirse a los ciudadanos que emitan el veredicto con el mismo grado de razonamiento intelectual y técnico que un juez profesional (STS 694/2014 de 20 de octubre, STS 467/2015 de 20 de julio) y

b.- Otro positivo, debe ser lo suficientemente explícita para que el magistrado-presidente pueda cumplir con la obligación de concretar la existencia de prueba de cargo que le impone el art. 70.2 LOTJ, completando aquellos aspectos que lo precisen (SSTS 816/2008, de 2 de diciembre; 300/2012, de 3 de mayo; 72/2014, de 29 de enero; 454/2014, de 10 de junio).

Sobre este deber de motivación hemos señalado en Sentencia 536/2018 de 8 Nov. 2018, Rec. 10176/2018 que "al Jurado ha de exigírsele siempre capacidad decisoria entre una solución de culpabilidad o no culpabilidad, decisión que necesita un grado explicativo o razonador para evitar previsibles fallos sorprendentes por tenerse que ceñir sin más a las preguntas que se le efectúan, colocándole "en insoportables incomodidades para expresar su opinión", y, por el contrario, al poder y deber hacer razonamientos, se completa la expresión de su voluntad eludiendo la contestación con simples monosílabos, aunque, eso sí, tales razonamientos o motivaciones de los argumentos decisorios "en modo alguno requieren especial artificio", amén de que el Jurado, como dice la Sentencia de esta Sala de 30 de mayo de 1998, en todo caso, tiene la posibilidad de instar el asesoramiento necesario. En conclusión, esta necesidad de motivación, aunque sea breve y sin expresar conceptos jurídicos que a las personas legas no les debe ser exigible, no es más que la obligación que a toda sentencia exige el artículo 120.3 de la Constitución, por muchas diferencias que puedan hallarse entre las técnicas judiciales y las populares."

Por ello, una de las cuestiones más importantes que es preciso explicar al jurado cuando se les va a dar el objeto del veredicto es que "deben motivarlo", pudiendo añadirse las siguientes precisiones:

a. No puede exigirse a los ciudadanos que emitan el veredicto el mismo grado de razonamiento intelectual y técnico que un juez profesional. (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 130/2016 de 23 Feb. 2016, Rec. 1283/2015).

b. La motivación de la sentencia del Tribunal del Jurado viene precedida del acta de votación, que constituye su base y punto de partida, pues contiene la expresión de los elementos de convicción y una sucinta explicación de las razones por las que el colegio decisorio ha admitido o rechazado determinados hechos como probados.

c. La suficiencia de la motivación del objeto del veredicto:

Señala la sentencia antes citada que la suficiencia de la motivación de una resolución judicial, no puede ser apreciada "a priori" con criterios generales, sino que es preciso examinar las circunstancias concurrentes en cada caso, y aunque el deber constitucional de motivarlas, no exige -dicen las Sentencias de esta Sala de 8 de octubre, 30 de mayo y 11 de marzo de 1998- que el órgano judicial exponga exhaustivamente todos los razonamientos que sustentan la resolución, puesto que una motivación concisa puede ser suficiente y no deja de ser una motivación, al cumplir con el precepto del artículo 61 d) de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, que obliga a los jurados a una "sucinta explicación de las razones por las que han declarado o rechazado declarar determinados hechos como probados".

d. El carácter "sucinto" de la motivación:

La expresión "sucinta" a que se refiere la LOTJ en el art. 61.1 d), debe interpretarse como breve o compendioso, aunque debe ser siempre suficiente, concepto jurídico indeterminado que servirá para valorar:

1. Si la explicación que se deja expuesta en dicho Acta, es bastante para conocer los elementos fácticos de la prueba desplegada ante los Jurados.

2. Elementos que sirvieron para reforzar su convicción acerca de la certeza de la ocurrencia de los hechos enjuiciados tal y como se declararon probados.



3. Que sea consecuencia de una exigencia racional del ordenamiento y que no sea fruto de la arbitrariedad.
4. Explicando las razones en que se apoya para adoptar su decisión.
5. Debiendo indicarse en qué declaraciones testimoniales, documentales o periciales apoyaron su convicción.
6. Ello debe servir para realizar un juicio sobre su razonabilidad y controlar así que se enervó correctamente el principio constitucional a la presunción de inocencia, que proclama el art. 24 de nuestra Carta Magna.
- 7.- Ello supone que no es necesario reseñar todos los medios de prueba tomados en consideración ni detallar todo el itinerario mental recorrido para llegar a la decisión.
- 8.- Basta con la expresión de forma sintética de las pruebas que han determinado la convicción, de manera que posteriormente pueda controlarse la razonabilidad de esas conclusiones y la suficiencia de las pruebas tomadas en consideración para fundar la responsabilidad penal (STS 72/2014 de 29 de enero y STS 151/2014 de 4 de marzo).
- 9.- La explicación de "las razones" puede ser sucinta, o sea, breve, pero debe producirse sin dejar duda de que las mismas existen como tales y están dotadas de seriedad suficiente.

6.- Las particularidades de la prueba indiciaria. En estos casos es importante que, una vez que el jurado ha fijado esos elementos de convicción, que, en casos como el presente, se sustentan en prueba indiciaria el Magistrado-Presidente cumpla con su función motivadora de la sentencia enlazando esos indicios, ya que, como hemos señalado en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 532/2019, de 4 de noviembre, de la doctrina de esta sala pueden fijarse una serie de reglas o principios para entender concurrente la prueba indiciaria como suficiente para dictar una sentencia condenatoria.

Y, así, como hemos precisado antes en el motivo precedente es preciso destacar las características de esta prueba que se nutre de la concatenación y unión de indicios que por sí solos no servirían para condenar, pero sí la suma de ellos y que llevan al Tribunal a la convicción de la autoría.

Y ello se admite por esta Sala, porque somos conscientes de que en muchos supuestos, como el presente caso, no existe prueba directa, pero sí una realidad de la suma de varios indicios que determinan que la única forma de entender el hecho es por la autoría del acusado, cuya presunción de inocencia queda enervada, no por una o varias pruebas directas, sino por varios indicios con entidad y peso suficiente como para concluir la convicción de la autoría.

Y esto fue reflejado por el jurado en su veredicto exponiendo las bases probatorias de "sucinta motivación" que hemos expuesto en el FD nº 3 con respecto a las pruebas de cargo que fueron tenidas en cuenta para sustentar la condena.

Así, se ha reflejado en la sentencia recurrida de forma clara e inobjetable que:

- 1.- La menor no tuvo ocasión de defenderse en ningún momento.
- 2.- El ataque fue súbito e inesperado.
- 3.- Existió una notable diferencia en la envergadura y la fuerza que podía desarrollar ella y Miguel Ángel .
- 4.- Incrementó de forma deliberada e innecesaria el dolor de Serafina con los golpes que le propinó en cara, mandíbula, cuello, tórax, brazos, cadera, piernas y espalda y las heridas que ejecutó en su cuerpo.
- 5.- Pese al distinto parecer del recurrente respecto a los informes de los médicos forenses y sus conclusiones lo identifica el tribunal para establecer como conclusión que la manera de acabar con su vida por asfixia es lenta, agonizante, consciente y cruel, añadiendo que hubo crueldad por lo que respecta a contusiones, erosiones y heridas de arma blanca.
- 6.- Pone en duda el recurrente de que exista prueba de que las lesiones punzantes se produjeran ante mortem y no post mortem. Pero hay que recordar, primero que señala el TSJ que "Los médicos forenses Demetrio e Dimas en su declaración: 'Habían algunas lesiones de defensa, aunque hoy en día se prefiere hablar de protección, no defensa.'" (Folio número 4 del acta testifical del día 16/04/2021).

En el Informe Médico forense del Levantamiento de Cadáver, en la página 383, en el apartado B de lesionología, apartado 2 concluyen que estas lesiones se suelen encontrar en situaciones de intentos de estrangulación manual y cuando están próximas a orificios de la cara y en la cara en un intento de acallar gritos.

Y concluye: Entendemos que la víctima no tuvo posibilidad de defensa dadas las diferencias físicas (altura y peso) con el agresor."



Pero, además, y más en concreto: "Respecto al hecho décimo (objeto del veredicto y traslación a la sentencia: Miguel Ángel incrementó de forma deliberada e innecesaria el dolor de Serafina con los golpes que le propinó en cara, mandíbula, cuello, tórax, brazos, cadera, piernas y espalda y las heridas cortantes que ejecutó en su cuerpo (Hecho desfavorable).

El jurado se ha basado para dar por probado el hecho, en la siguiente prueba:

Los médicos forenses Demetrio e Dimas declaran: La muerte por asfixia no es inmediata, lleva un tiempo. La persona es consciente del ataque. " (Folio número 4 del acta testifical del día 16/04/2021).

Así mismo, declaran: "Había dos tipos de lesiones, unas producidas por arma blanca y otras denominadas lesiones por contusiones, también había muestras de lesiones en el cuello compatibles con estrangulación y asfixia. "La víctima tenía una correa de perro al cuello... La causa de la muerte se describe por asfixia. La muerte por asfixia no es inmediata, lleva un tiempo. La persona es consciente del ataque. " (Folio número 4 del acta testifical del día 16/04/2021).

En el Informe Médico forense del Levantamiento de Cadáver, en la página 377, figura 29 donde se observa equimosis con placa erosiva lateral de 1 cm en rodilla izquierda y en la figura 30 se observa en cara posterior bandas erosivas en muslo izquierdo.

En el Informe Médico forense del Levantamiento de Cadáver, en la página 385, aparecen las conclusiones del forense, especificando que se trata de una muerte violenta.

Concluimos que la manera de acabar con una vida por asfixia es lenta, agonizante, consciente y cruel. Además, creemos que hubo crueldad por los que respecta a las contusiones, erosiones y heridas de arma blanca".

De lo que discrepa el recurrente es de la conclusividad de los informes expuestos, por lo que la diferencia de su percepción no puede arrastrar a "falta de motivación" que es lo que consta en el motivo, cuando es la realidad que, lejos de ellos, hemos visto en el FD nº 2 y en el presente que la explicación de las bases probatorias sobre las que se ha sentado la sentencia del Tribunal del jurado y la labor de revisión del TSJ ante los motivos expuestos, entre ellos, los que ahora se han traído en esta sede casacional de presunción de inocencia y defecto de motivación decaen por la existencia de prueba bastante y de cargo suficientemente valorada por el Tribunal del Jurado y validada por el TSJ en los términos de suficiencia que se han expuesto.

Las conclusiones de los médicos forenses fueron claras y ello llevó al tribunal del jurado a apreciar alevosía y ensañamiento en la forma de perpetrar el crimen. Y aunque el recurrente discrepe del proceso valorativo hay que tener en cuenta que la validez del juicio de inferencia ha sido validado por el TSJ, hay conclusividad en los extremos expuestos en torno a que la menor no pudo defenderse y los golpes y ataque deliberado e inhumano a la menor lo fue en vida no post mortem. La conducta fue inhumana y cruel en todo su proceso de ejecución y desarrollo.

El motivo se desestima.

CUARTO.- 3.- Se funda en el nº 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción del artículo 139.1, apartado 3º, del Código Penal, por indebida aplicación del mismo.

Se cuestiona la aplicación de la agravante de ensañamiento. El recurrente, así, alega que las pruebas practicadas no justifican suficientemente la concurrencia de este factum agravatorio, por lo que lo que se cuestiona es el hecho probado al tratarse ex art. 849.1 LECRIM.

Por ello, esta Sala ha reiterado (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 849/2013 de 12 Nov. 2013, Rec. 10038/2013, STS. 121/2008 de 26.2) que el recurso de casación cuando se articula por la vía del art. 849.1 LECrim. ha de partir de las precisiones fácticas que haya establecido el Tribunal de instancia, por no constituir una apelación ni una revisión de la prueba. Se trata de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es el enfoque jurídico que a unos hechos dados, ya inalterables, se pretende aplicar, en discordancia con el Tribunal sentenciador. La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el mas absoluto respeto a los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la juridicidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado.

Por ello, con harta reiteración en la práctica procesal, al hacer uso del recurso de casación basado en el art. 849.1 LECrim. se manifiesta el vicio o corruptela de no respetar el recurrente los hechos probados, proclamados por la convicción psicológica de la Sala de instancia, interpretando soberana y jurisdiccionalmente las pruebas, más que modificándolos radicalmente en su integridad, alterando su



contenido parcialmente, lo condicionan o desvían su recto sentido con hermenéutica subjetiva e interesada, o interpolarse frases, alterando, modificando, sumando o restando a la narración fáctica extremos que no contiene o expresan intenciones inexistentes o deducen consecuencias que de consuno tratan de desvirtuar la premisa mayor o fundamental de la resolución que ha de calificarse técnicamente en su tipicidad o atipicidad y que necesita de la indudable sumisión de las partes.

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

Señalan, así, los hechos probados que:

Miguel Ángel incrementó de forma deliberada e innecesaria el dolor de Serafina con los golpes que le propinó y las heridas cortantes que la produjo con el cuchillo.

El Tribunal del Jurado señaló en la sentencia que: "el Jurado declaró probado que el acusado incrementó de forma deliberada e innecesaria el dolor de la víctima y, para llegar a dicha conclusión tuvo en cuenta que según los informes forenses la menor murió por asfixia, presentaba múltiples lesiones producidas por un arma blanca y tenía colocada una correa de perro al cuello, de lo que infiere que actuó con crueldad, ocasionando a la menor contusiones, erosiones y heridas de arma blanca.

En el presente caso el Jurado también consideró probada la concurrencia de la agravante de ensañamiento al apreciar que la menor murió por asfixia, pero también presentaba múltiples lesiones producidas por un arma blanca y tenía colocada una correa de perro al cuello, de lo que dedujo que el agresor actuó con crueldad, ocasionando a la menor contusiones, erosiones y heridas de arma blanca."

Señala al respecto el TSJ que: "El argumento de la defensa sobre que no se especifica donde está el aumento deliberado del dolor, se contesta con el contenido del hecho, y con las explicaciones que dan los forenses sobre la asfixia, que es la causa mecánica de la muerte, de extensión temporal de varios minutos, lo cual desde luego no puede desvincularse del contexto en el que sucedieron los hechos, de la atadura con la correa, quitarle la ropa los pantalones pirata, las múltiples lesiones corporales, y manipulaciones incluido el acceso a su zona genital, que le infligió a Laia."

Por ello, el Jurado declaró probado que el acusado incrementó de forma deliberada e innecesaria el dolor de la víctima y para llegar a dicha conclusión tuvo en cuenta que según los informes forenses la menor murió por asfixia de forma lenta, presentaba múltiples lesiones producidas por un arma blanca y tenía colocada una correa de perro al cuello, de lo que infiere que actuó con crueldad, ocasionando a la menor contusiones, erosiones y heridas de arma blanca antes de producirse la muerte de la niña.

El cálculo del tiempo en que la víctima murió que expone en el motivo primero no altera la convicción del tribunal del jurado validado por el TSJ de que concurrió ensañamiento. El recurrente construye una duración de los hechos en base a una deducción que no puede admitirse contra la sólida construcción de que el ensañamiento concurrió. La menor tardó en morir y mientras tanto el recurrente ejecutó actos, modos y formas que llevaron a ensañarse con la menor mientras acaba con su vida.

Hemos expuesto la conclusividad del tribunal de que las heridas lo son ante mortem y no post mortem, y a esta conclusión llegan los forenses y queda suficientemente explicado por los mismos en juicio y reflejado en la sentencia del TSJ. Se trata de conocimientos científicos derivados de una ciencia que conocen y que no debe dudarse de su imparcialidad y buen hacer en su relato conclusivo en este caso que permite llegar a sostener que concurrió ensañamiento.

Pese a que el recurrente se queja de que se haya aplicado el ensañamiento hay que recordar que ello queda respaldado por la mención que consta en los hechos probados suficientemente descriptiva del ensañamiento manifestado con la expresión "aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito".

Y ello es lo que llevó a cabo el recurrente.

Se trató en este caso de una forma de actuar en la que el autor, en el curso de la ejecución del hecho, además de perseguir el resultado propio del delito, en el asesinato la muerte de la víctima, causa de forma deliberada otros males que exceden a los necesariamente unidos a la acción típica, por lo tanto innecesarios objetivamente para alcanzar el resultado buscando la provocación de un sufrimiento añadido a la víctima, "la maldad brutal sin finalidad".

Se trató de un acto cruel de principio a fin y con una maldad absoluta sabiendo lo que hacía, cómo lo hacía, lo que estaba sufriendo la niña, y que no se queda en la agresión sexual, sino que la acaba matando de una



forma despiadada asegurando el crimen, e incrementando el dolor que tuvo que sufrir la menor en la forma en la que la mató como si se tratara de un objeto, cosificándola a sabiendas de que se trataba de una niña indefensa que lo único que estaba haciendo era bajar las escaleras a encontrarse con su padre y que el cruel destino le hizo que en ese momento se encontrara allí, a su paso, el recurrente, en casa de sus padres y en un recorrido de la menor que pasaba de forma obligatoria por su puerta, que es lo que aprovechó el autor para introducirla por la fuerza, agredirla sexualmente y matarla de forma lenta y cruel con distintos métodos ya descritos en los hechos probados:

"... con la intención de acabar con su vida, utilizó un cuchillo que le clavó en distintas partes del cuerpo -en la espalda, en el tórax y en el cuello-, le colocó una correa sobre el cuello y agarró fuertemente con sus manos el cuello y la garganta de la menor, hasta que le produjo la muerte por asfixia. Serafina no tuvo ninguna posibilidad de defenderse. En primer lugar debido a que el ataque se produjo de forma súbita e inopinada y, en segundo lugar, como consecuencia de la notable diferencia en la envergadura y la fuerza que podía desarrollar ella y Miguel Ángel. Miguel Ángel incrementó de forma deliberada e innecesaria el dolor de Serafina con los golpes que le propinó y las heridas cortantes que le produjo con el cuchillo."

La descripción del relato es cruel y brutal conllevando la pena de prisión permanente revisable. Precisamente, el TSJ concluye señalando que:

"Es innecesario decir, a la vista de los hechos que ocurrieron, que hubo ensañamiento incluso excluyendo algunas de las lesiones con arma blanca (cuchillo en la pabellón auricular, bolígrafo en la tráquea, y algún corte.)

Justamente, partiendo de la base de que iba armado como el condenado reconoce (llevaba cuchillos, -dice-, porque iba a defenderse) el método empleado es intencionadamente lento, y fue con el que se causó la muerte.

Por ello la aplicación del art. 140 CP no puede obviarse, ya que tratándose de un asesinato y siendo la víctima menor de 16 años procede la calificación y la aplicación penológica de la prisión permanente revisable."

El recurrente actuó en todo momento de una forma cruel y despiadada y en ese contexto le era irrelevante causar más daño a la víctima como le causó. Lo asumía como probable y lo llevó a cabo sin importarle en absoluto el sufrimiento que en ese momento estaba sintiendo la menor de edad, siendo inimaginable el dolor que tuvo que padecer la niña con la absoluta indiferencia del autor, el cual podría haberle dejado marchar, pero no lo hizo y en su perversidad y lejos de dejarle, al menos, con vida, optó por seguir infligiéndole un daño mayor, lo que denota el acto cruel que desarrollaba y su indiferencia y asunción de sus resultados por el autor. No le produjo reacción alguna darse cuenta de que era una menor, sino que se aprovechó de ello y su corta edad para perpetrar el acto sexual y el posterior crimen. El ensañamiento quedó acreditado.

Sobre esta agravante del art. 139.1.3º CP ya especificamos en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 371/2018 de 19 Jul. 2018, Rec. 10067/2018 que:

"De acuerdo a nuestros precedentes jurisprudenciales el ensañamiento es un concepto jurídico precisado de interpretación cuyo contenido no coincide necesariamente con una conceptualización coloquial o, incluso gramatical, de la propia expresión, de modo que -decíamos en la STS. 775/2005 de 12.4 - los Tribunales hemos de sujetarnos a los términos en los que el Legislador lo ha definido, para determinar si, en el caso concreto sometido a enjuiciamiento, concurre o no la referida circunstancia de agravación, bien entendido que el derecho penal español está sujeto al principio de legalidad, de forma que nadie puede ser condenado sino por una conducta tipificada por Ley, previa y cierta, norma jurídica que no podrá ser objeto de interpretación extensiva o aplicación analógica, en contra del reo. Es por ello que el ensañamiento no solo es ejecutar el hecho causal a la muerte con saña, sino que se requiere una disposición en la ejecución que pretenda aumentar deliberadamente e intencionadamente el dolor del ofendido. En otros términos, no solo es el número de puñaladas sino que para su configuración ha de expresarse en el hecho que el autor pretende causar un dolor innecesario al hecho de la muerte. Como hemos dicho en nuestra jurisprudencia (STS 15.6.2012 que recoge esta expresión como clásica) el ensañamiento supone que la conducta dirigida a matar a una persona se realice con un "lujo de males", lo que comporta una selección de medios y una dinámica de actuación dirigida a procurar ese padecimiento innecesario.

El art. 139 CP se refiere al ensañamiento como agravante específica del asesinato con la expresión "aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido", y por su parte, el art. 22.5ª, sin utilizar el término, considera circunstancia agravante genérica "aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito". En ambos casos la norma hace referencia a una forma de actuar en la que el autor, y a una intención en el curso de la ejecución del hecho, además de perseguir el resultado propio del delito, en el caso la muerte de la víctima, debe perseguir, de forma deliberada, otros males que exceden a los necesariamente unidos a la acción típica, por lo tanto innecesarios objetivamente para alcanzar el resultado buscando la provocación de un sufrimiento añadido a la víctima, "la maldad brutal sin



finalidad". La doctrina penalista ha aludido a males innecesarios causados por el simple placer de hacer daño, lo que supone una mayor gravedad del injusto típico.

En nuestra jurisprudencia, en una interpretación del ensañamiento apegada al principio de taxatividad, hemos declarado que requiere (por todas las SSTs. 357/2005 de 20.4 ; 713/2008 de 13.11), dos elementos: uno objetivo, constituido por la causación de males objetivamente innecesarios para alcanzar el resultado típico, que aumentan el dolor o sufrimiento de la víctima. Y otro subjetivo, consistente en que el autor debe ejecutar, de modo consciente y deliberado, unos actos que ya no están dirigidos de modo directo a la consumación del delito, sino al aumento del sufrimiento de la víctima (STS. 1553/2003 de 19.11 , 775/2005 de 12.4). Este último, elemento ha de ser inferido racionalmente de los propios elementos objetivos que han concurrido en el caso, toda vez que esa intención no se exterioriza normalmente (STS. 147/2007 de 19.2)".

En esta sentencia se rechazó la alegación de que no concurría la agravante específica de ensañamiento, al fijar que "el hecho probado es claro en la expresión de una causación de la muerte teñida de especial gravedad, reiteración y duración con una combinación de golpes y cuchilladas que revela una gravedad inusitada. La introducción del cuchillo por el conducto auditivo es revelador de la saña. La prueba pericial, ha expresado la secuencia de los hechos y la potencialidad lesiva de cada una de las cuchilladas, no obstante se prosiguió en la conducta para aumentar el mal, con tal intensidad que se llegó a romper uno de los cuchillos en tanto que otro fue introducido en la cavidad craneal a través del conducto auditivo. El fallecido no ha podido expresar, obviamente el sufrimiento padecido, pero el relato fáctico refleja esa situación que el jurado ha declarado probado "aumentó deliberadamente e inhumanamente el dolor ocasionándoles un sufrimiento innecesario" y ese juicio lo han deducido de los datos objetivos expuestos, de la conducta desarrollada después del primer golpe, concausa de la muerte, de la duración de la conducta y de las peticiones de auxilio oídas por los vecinos ... El razonamiento es lógico y ningún error procede declarar".

Es decir, que esta Sala acude al dato del "relato fáctico" del hecho probado para, de ahí, deducir la existencia de la agravación por concurrencia de ensañamiento.

También en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 856/2014 de 26 Dic. 2014, Rec. 10569/2014 se señala que "Se requiere, pues, -precisan las SSTs. 357/2005 de 20.4 ; 713/2008 de 13.11 - dos elementos: uno objetivo, constituido por la causación de males objetivamente innecesarios para alcanzar el resultado típico, que aumentan el dolor o sufrimiento de la víctima. Y otro subjetivo, consistente en que el autor debe ejecutar, de modo consciente y deliberado, unos actos que ya no están dirigidos de modo directo a la consumación del delito, sino al aumento del sufrimiento de la víctima (STS 1553/2003 de 19.11 , 775/2005 de 12.4). Y esto último puede inferirse racionalmente de los propios elementos objetivos que han concurrido en el caso, en cuanto el sujeto no suele exteriorizar su ánimo de incrementar deliberada e innecesariamente el sufrimiento y dolor de su víctima (STS 147/2007 de 19.2) La mayor antijuridicidad del hecho y la mayor reprochabilidad del autor, que habrían de derivar en ese aumento deliberado e inhumano del dolor del ofendido, nada tienen que ver con esa frialdad de ánimo o ese acaloramiento que la realización del hecho puede producir en el autor del delito. Hay quien controla más y quien controla menos sus sentimientos. Y hay quien los mantiene disimulados en su interior. Y de esto no puede hacerse depender la existencia o no de ensañamiento (STS. 775/2005 de 12.4): entendiendo, en definitiva, "el término" deliberadamente como el conocimiento reflexivo de lo que se está haciendo, y la expresión "inhumanamente" como comportamiento con el impropio de un ser humano (SSTs. 1760/2003 de 26.12 , 1176/2003 de 12.9).

La STS. 1232/2006 de 5.12 tras recordar que: "La agravante de ensañamiento exige un propósito deliberado, previamente configurado o bien ejecutado en el momento de la comisión de los hechos. Es necesario que denote el deseo de causar sufrimientos adicionales a la víctima, deleitándose en la metódica y perversa forma de ejecutar el delito de homicidio, de manera que la víctima experimente dolores o sufrimientos que antecedan a la muerte y que sea un prolegómeno agónico del desenlace final".

En este caso también se desestimó el mismo motivo, cuestionando la agravante de ensañamiento, apuntando que "se han producido heridas múltiples pero con un concreto propósito: causar sufrimientos adicionales, hasta lograr su muerte, con un desenlace agónico rápido pero no instantáneo que permite afirmar la concurrencia tanto del elemento objetivo como el subjetivo del acusado de aumentar deliberadamente el dolor de la víctima ejecutado en el momento de la comisión de su muerte de forma perversa y brutal".

Recordar que el Tribunal de jurado puso de manifiesto que los hechos, tal como han sido declarados probados, son constitutivos de un delito de agresión sexual de persona menor de dieciséis años del art. 183.2 del Código Penal y de un delito de asesinato por la vía del art. 139.1.1 y 3 CP y del art. 140.1 1 y 2 del mismo cuerpo legal.

Hay alevosía, ensañamiento, y con ello asesinato a menor de 16 años de edad y crimen subsiguiente a delito contra la libertad sexual.



La gravedad del hecho es palmaria. Ni tan siquiera la secuencia de los hechos da lugar a los problemas doctrinales que llegaron a suscitarse en los casos de si en los crímenes a menores de edad existía prohibición del bis in idem y que ya fue resuelto en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, Pleno, 585/2022 de 14 de Jun. 2022, Rec. 10317/2021.

De la misma hay que señalar, también, que se desprenden los siguientes argumentos en los casos de ataques criminales a menores de edad donde confluya la alevosía y el castigo a la prisión permanente revisable por ser menor de 16 años la víctima y que podemos sistematizar en los siguientes extraídos de la doctrina de esta Sala del Tribunal Supremo acerca de esta pena y su aplicabilidad en casos de crímenes de menores.

1.- Sobre estos asesinatos el legislador agrava un grupo de ellos por la mayor protección en atención al bien jurídico protegido.

2.- El asesinato al menor de edad lleva una punición agravada.

3.- El sujeto pasivo es especial y se trata de menores de edad dignos de especial protección como ya adelantó la LO 8/2021.

4.- El tipo penal así lo establece expresamente en el art. 140.1.1º CP.

5.- Solo en casos en los que se admita la posibilidad de defensa, (por ejemplo, lo podría haber sido en este caso, con 13 años, pero no lo fue al final tampoco) y esta haya existido impediría ir al asesinato y por ende a la prisión permanente revisable, salvo que concurra otra circunstancia del art. 139 CP.

6.- En estos casos existe un mayor desvalor de la acción y del resultado, y ello hace más reprochable la conducta. Por ello, esta es más "desvaliosa" y la alevosía es más grave.

7.- Es más grave el resultado de un ataque a un menor indefenso que en otras situaciones.

8.- El legislador opta en estos casos, (pese a que la regulación era mejorable) por un número de asesinatos y les asigna penalidad diferente, y ello hace desaparecer el peligro del bis in idem.

9.- La muerte de un menor de edad de 16 años no siempre será asesinato, pero si lo es lleva aparejada prisión permanente revisable ex art. 140.1.1º CP. Es una opción de política criminal.

10.- La prisión permanente revisable no se identifica y construye por "agravaciones sucesivas", sino que el legislador le otorga una pena mayor.

11.- El medio ejecutivo puede ser alevoso, pero es que, además, la muerte es de un menor de edad y a ello se refiere el tipo penal como consecuencia punitiva con la prisión permanente revisable.

12.- La alevosía se configura aisladamente y la prisión permanente revisable es un plus respecto a un dato objetivo.

13.- El art. 140 CP fija unas reglas de "punición especial".

En el presente caso la menor es de 13 años y concurre la pena de prisión permanente revisable, pero es que, además, concurrió la circunstancia del art. 140.1.2º de que el crimen fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que quedó probado.

Señala el art. 140.1.2 CP que:

"1. El asesinato será castigado con pena de prisión permanente revisable cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

...

2.ª Que el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima."

Sobre la condena a la prisión permanente revisable asociada a un crimen al que ha precedido un delito contra la libertad sexual lo hemos referido en cuatro sentencias de esta Sala del Tribunal Supremo: Así:

1.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 418/2020 de 21 Jul. 2020, Rec. 10703/2019

"El legislador convierte el homicidio en asesinato y castiga éste con la pena de prisión de 15 a 25 años cuando la muerte se ejecuta para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra (arts. 138.1 y 139.1.4 CP). Pero impone la pena de prisión permanente revisable cuando la muerte fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima (art. 140.1.2 CP).

La controversia, desde luego, está presente en el análisis de una reforma que aborda con trazo grueso la regulación de uno de los delitos más graves de nuestro sistema penal. El tono crítico frente a las carencias



técnicas de la reforma campea en buena parte de las aportaciones dogmáticas sobre la materia. Voces autorizadas han llamado la atención acerca de la desproporción que late en el juego combinado de esos preceptos. La agravación no obedecería a un mayor contenido de injusto, ni a un juicio de reproche formulado en estrictos términos jurídicos. Se trataría, por el contrario, de abrir la puerta al derecho penal de autor que convierte el reproche moral en el débil sostén de una injustificada agravación. Estaríamos en presencia, además, de una defectuosa técnica legislativa que manosea la prohibición del *bis in idem*, con una errónea delimitación de los tipos penales, en la medida en que si la muerte es subsiguiente a la agresión sexual, lo normal será que busque evitar su descubrimiento, circunstancia que, por sí sola, ya convierte el homicidio en asesinato del art. 139.1.4 del CP.

Tampoco falta razón a quienes han puesto el acento en el contrasentido que representa el hecho de que la conversión del delito de homicidio en asesinato -por la vía del art. 139.1.4 del CP - ni siquiera matice la exasperación punitiva a la vista de la gravedad del delito que quiere cometerse o cuyo descubrimiento pretende evitarse. Y está cargada de lógica la queja derivada del hecho de que la prisión permanente revisable a que obliga el art. 140.1.2 del CP sea imponible, siempre y en todo caso, cuando la muerte fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual, sin discriminar la distinta gravedad de los delitos acogibles bajo esa rúbrica.

El legislador ha querido agravar el homicidio cometido con la finalidad de ocultar un delito, convirtiéndolo en asesinato (arts. 139.1.4 CP). Al propio tiempo, ha considerado que entre todos los delitos susceptibles de comisión, si se trata de un delito contra la libertad sexual perpetrado contra la misma víctima, el asesinato se convierte en un tipo hiperagravado castigado con la pena de prisión permanente revisable (art. 140.1.2 CP). Es cierto -venimos subrayándolo- que ambas decisiones de política legislativa no ofrecen una solución satisfactoria a numerosos supuestos de hecho imaginables. A todos ellos la Sala deberá dar respuesta conforme vayan suscitándose en futuros recursos de casación. Se entiende mal, por ejemplo, que la decisión agravatoria fundada en la naturaleza del bien jurídico menoscabado -en este caso, la libertad sexual- deje fuera de su ámbito ataques a la libertad deambulatoria seguidos de un delito contra la vida -piénsese, por ejemplo, en una detención ilegal o secuestro a la que subsigue la ejecución del secuestrado-.

La Sala estima que, aun con las grietas que el legislador no ha sabido cubrir cuando ha querido dar forma a una decisión de política criminal, la agravación del art. 139.1.4 del CP puede encontrar su justificación en la insoportable banalización de la vida humana, de la propia existencia, que el autor del hecho convierte en una realidad prescindible cuando se trata de facilitar la comisión de otro delito o de evitar que se descubra el que ya ha sido cometido. Jose Luis privó dolosamente de la vida a Rosario porque representaba un obstáculo para su patológica tranquilidad, al haber intentado, sin lograrlo, agredirla sexualmente, con el consiguiente riesgo de que fuera identificado por la víctima en su posterior denuncia. La necesidad de una protección reforzada de la vida como bien jurídico, en esas situaciones de especial peligro en las que el autor de un delito precedente está dispuesto a matar con tal de sortear el riesgo de ser descubierto, justifica la agravación. Se trata, por tanto, de castigar con mayor pena aquellos supuestos en los que la huida de la propia responsabilidad se persigue aun al precio de la muerte de otra persona.

6.4.- El asesinato previsto en el art. 139.1.4 del CP experimenta una especial agravación en aquellos casos en los que " el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima" (art. 140.1.2 CP).

El legislador ha querido -también ahora con deficiente técnica y bordeando los límites impuestos por la proscripción del *bis in idem*- que el delito de asesinato cometido con vocación de impunidad, cuando es subsiguiente a un delito contra la libertad sexual, sea castigado con la máxima pena prevista en el Código Penal. Ha asociado la pena de prisión permanente revisable a la mayor reprochabilidad que representa la convergencia de un ataque prácticamente simultáneo a bienes jurídicos del máximo rango axiológico, la libertad sexual y la vida. De todos aquellos asesinatos cualificados por haber servido como instrumento para facilitar u ocultar un delito precedente, el legislador ha estimado que si el delito inicial es un delito contra la libertad sexual, la respuesta penal sea la más severa.

La Sala es consciente de que sólo una interpretación restrictiva de ese juego de preceptos tan mal combinados, puede ofrecer respuestas ajustadas a la gravedad del hecho y que no desborden la medida de la culpabilidad. Es previsible, por tanto, que la exacerbación punitiva que ha querido el legislador sea contemplada conforme a criterios restrictivos que descarten el riesgo de afectación del principio de proporcionalidad. Así, por ejemplo, una interpretación del vocablo subsiguiente a que se refiere el art. 140.1.2 del CP , que excluya paréntesis cronológicos especialmente abiertos entre el delito de asesinato y el delito que quiera encubrirse, podría estar más que justificada.

Pero nada de esto acontece en el supuesto de hecho que nos ocupa.



En el presente caso, el acusado Jose Luis ejecutó dos hechos secuencialmente unidos, con un dolo inicial de agredir sexualmente a Rosario y una voluntad sobrevenida de acabar con su vida ante el riesgo de ser identificado. El acusado cosificó a su víctima, la convirtió en un instrumento para su inmediata satisfacción sexual y cuando constató que no podía culminar su propósito y que podía ser descubierto, decidió matarla".

2.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 636/2020 de 26 Nov. 2020, Rec. 10447/2020

"Esta Sala ya ha expuesto, entre otras, en la sentencia del Tribunal 601/2020, de 12 de Noviembre que "hasta tocamientos fugaces son constitutivos de un delito contra la libertad sexual, por lo que no se exigen actos más graves atentatorios contra la misma para constituir el delito contra la libertad sexual al que se refiere el art. 140.1.2º CP para acudir a la pena de prisión permanente revisable, con lo que la convicción del Tribunal revisada en su racionalidad valorativa por el TSJ cumple la ratio mínima exigida para concluir que por mínimo que fuera ese ataque a la libertad sexual el hecho estaría incluido en el citado precepto que conlleva la punibilidad agravada que se le ha impuesto.

Este carácter de "mínimos" permite subsumir la conducta en un delito contra la libertad sexual que admite aplicarlo al presente caso construido en virtud de la inferencia de que, con la prueba practicada, el juicio deductivo llevó al jurado a admitir que tan conducta, "aunque de mínimos", como aquí señalamos, lo que ya ha sido expuesto en la muy reciente sentencia de esta Sala antes citada, donde se expone que:

"Con la STS 524/2020, de 16 de octubre, hemos dicho recientemente que los tocamientos fugaces son constitutivos de delito de abuso sexual. En efecto, la STS 331/2019, de 27 de junio, mantiene que el tocamiento sorpresivo y fugaz o momentáneo no excluye el abuso sexual, sino que, por el contrario, ha de ser considerado como delictivo en el tipo penal de abusos sexuales, apreciado caso por caso, y tomando en consideración el contexto del supuesto concreto.

También se analiza esta cuestión en la STS 38/2019, de 30 de enero. En este caso, el acusado con ánimo libidinoso, llevó a cabo dos acciones de indudable contenido sexual, tal y como recoge la jurisprudencia, que ha considerado como delito de abuso sexual "los tocamientos de diversa índole siempre que afecten a zonas erógenas o a sus proximidades" (STS 1709/2002 de 15 de octubre), como "los tocamientos en zona vaginal o pectoral" (STS 490/2015, de 15 de mayo). Naturalmente, tienen que tratarse de actos de inequívoco contenido sexual.

Hay que recordar que esta Sala del Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre esta cuestión, en la Sentencia siguiente: Sentencia del Tribunal Supremo 396/2018, de 26 de julio de 2018, Rec. 2194/2017, que señala que:

"De constar en el factum de la resolución recurrida, con la claridad necesaria, la naturaleza sexual de la acción del recurrente y el ánimo tendencial de la misma, el hecho, aun cuando hubiera sido momentáneo, sería subsumible en el delito de abuso sexual del artículo 181 CP y no en el delito leve de coacciones castigado en el artículo 172.3 CP.

Cualquier acción que implique un contacto corporal in consentido con significación sexual, en la que concurra el ánimo tendencial ya aludido, implica un ataque a la libertad sexual de la persona que lo sufre y, como tal, ha de ser constitutivo de un delito de abuso sexual previsto y penado en el artículo 181 CP; sin perjuicio de que la mayor o menor gravedad de dicha acción tenga reflejo en la individualización de la pena.

La segunda, fue la sentencia de esta Sala, la nº 615/2018, de 3 de diciembre, en un caso de víctima menor, y en la que se incide en que: "Los actos de tocamientos a menores en sus órganos sexuales que queden perfectamente descritos en los hechos probados con un evidente contenido sexual no pueden ser calificados en modo alguno como coacciones o vejaciones, sino como delito de abusos sexuales a menores, debiendo adoptarse, como se ha expuesto, la observancia y prevenciones oportunas para detectar este tipo de casos, evitando el sufrimiento de los menores que sean víctimas de estos actos y adopten silencio ante conductas que no comprenden por venir de personas que tienen sobre ellos ascendencia familiar o educativa, destacando el debido reproche y sanción penal de estas conductas con la gravedad que al efecto marca el texto penal.

No puede minimizarse penalmente una conducta tal como la que consta en el hecho probado de que un hombre aborde a una niña por detrás agarrándole el pecho derecho por encima de la ropa. Esta conducta es grave y es abuso sexual. Sea, o no, puntual, el acto de tocamiento a una parte sexual de la mujer es un delito de abuso sexual, no una coacción.

Sentencia nº 632/2019, de 18 de diciembre. En dicha Sentencia se declara que, de conformidad con la jurisprudencia de esta Sala -STS 345/2018, de 11 de julio, con cita de otras- el tipo penal del abuso sexual se configura en nuestro ordenamiento enmarcado en los siguientes requisitos: de una parte, un elemento objetivo de contacto corporal, tocamiento impúdico, o cualquier otra exteriorización o materialización con significación sexual. Este elemento objetivo, de contacto corporal, puede ser ejecutado directamente por el sujeto activo sobre



el cuerpo del sujeto pasivo o puede ser ordenado por el primero para que el sujeto pasivo lo realice sobre su propio cuerpo siempre que el mismo sea impuesto. De otra parte, el subjetivo o tendencial que se incorpora a la sentencia con la expresión del ánimo, o propósito de obtener una satisfacción sexual a costa de otro (...) Cualquier acción que implique un contacto corporal inconsciente con significación sexual, en la que concurra el ánimo tendencial ya aludido, implica un ataque a la libertad sexual de la persona que lo sufre y, como tal, ha de ser constitutivo de un delito de abuso sexual previsto y penado en el artículo 181 CP ; sin perjuicio de que la mayor o menor gravedad de dicha acción tenga reflejo en la individualización de la pena.

En consecuencia, un contacto corporal inconsciente que tenga una significación indudablemente sexual implica un ataque a la libertad sexual. No puede compelerse a soportar un acto no deseado, sino que la propia configuración del acto, el ánimo tendencial que persigue y la naturaleza de la acción desarrollada, interesando zonas erógenas, constituye un ataque a la libertad sexual.

Ha de tenerse en cuenta que el ataque a la intimidad sexual, a la indemnidad sexual, constituye una manifestación del atentado a la dignidad de la persona y al derecho al correcto desarrollo de la sexualidad, sin intervenciones forzadas, traumáticas o solapadas en la esfera íntima de los menores que pueden generar huellas indelebles en su psiquismo.

Como dijimos en la citada sentencia 615/2018, de 3 diciembre, esta Sala incluye en las conductas sancionadas por el tipo del art. 183. 1º del Código Penal , los actos de inequívoco carácter sexual, incluidos tocamientos en la zona vaginal o pectoral, idóneos para menoscabar la indemnidad sexual de las víctimas, es decir su derecho a no verse involucradas en un contexto sexual, y a quedar a salvo de interferencias en el proceso de formación y desarrollo de su personalidad y su sexualidad."

Ello evidencia que no se exigía un "plus" de conducta atentatoria a la libertad sexual, y que cualquiera que fuera el acto sexual, - por mínimo que fuera- que desplegara en su acción el recurrente forzándola a desnudarla y quitándole su ropa interior para después de hacerlo matarla y arrojarla desnuda al pozo integra la conducta acertadamente tipificada, por ello, en el art. 140.1.2º CP ."

3.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 97/2020 de 5 Mar. 2020, Rec. 10492/2019

En este caso se trató de un caso de abusos sexuales con acceso carnal sobre persona privada de sentido por el previo consumo de drogas y alcohol. Se condenó por asesinato por existencia de ánimo de matar con apreciación de la alevosía al hallarse la mujer inconsciente y, por tanto, indefensa. Esta Sala entendió que la inexistencia de error en la valoración de la prueba para acreditar la secuencia del hecho, esto es, que primero se produjo el abuso y después el asesinato, ya que el recurrente reclamó que no había prueba del orden de los delitos y que el art. 140.1.2º CP solo aplica la prisión permanente revisable en el caso de que primero se cometa el delito contra la libertad sexual y luego el crimen, pero se reseña que existe suficiente motivación al respecto de la existencia del previo ataque a la libertad sexual y a continuación el crimen.

4.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 391/2020 de 15 Jul. 2020, Rec. 10659/2019

En este caso el condenado entró en el domicilio de su ex pareja sentimental, se abalanzó sorpresivamente sobre ella mientras dormía y la agredió sexualmente en contra de su voluntad. Fue condenado por asesinato porque le propinó varios golpes y heridas cortantes sobre la perjudicada, llegando a mutilarle la lengua, y aprovechando que se encontraba debilitada, le realizó varios cortes en el cuello con un cuchillo, provocando su fallecimiento. Fue condenado a la pena de prisión permanente revisable por concurrir ataque a la libertad sexual y matar a su víctima además siendo condenado por asesinato lo que elevaba la pena a la de prisión permanente revisable.

"Termina explicando el Tribunal Superior de Justicia que todo lo manifestado por el Jurado de esconder objetos y lavar el cadáver, lleva a la conclusión de que el designio primero del recurrente era sexual, derivado tanto la propia conducta desarrollada por él, como del hecho de la última agresión que cometió sobre el cuerpo de la víctima, al mutilarle parte de sus genitales, siendo solo después de cometer la agresión sexual, cuando se planteó poner fin a la vida de Doña Marí Trini con la única finalidad de hacer desaparecer los vestigios de aquella previa agresión sexual.

Todo ello pone de manifiesto, tal y como expresa el Tribunal Superior de Justicia, cómo el Tribunal de instancia ha procedido a realizar una valoración ponderada, racional y razonable de todas las pruebas lícitas practicadas con la intervención de las partes."

La pena impuesta fue la de prisión permanente revisable en atención a lo anteriormente expuesto en los casos similares.

De esta manera debemos concluir que:



- 1.- La existencia de un previo delito contra la libertad sexual asociado a un asesinato posterior conlleva la aplicación de la pena de prisión permanente revisable.
- 2.- El hecho previo de atentado a la libertad sexual debe ser cualquiera de los contemplados en el Título VIII del Libro II del Código Penal. No se exige que se trate de agresión sexual siempre y en todo caso.
- 3.- Puede ser en grado de consumado o tentativa. En modo alguno si existe forma imperfecta de ejecución se excluye la prisión permanente revisable si después del hecho acaba con su vida y existe un asesinato.
- 4.- Puede ser partícipe en cualquiera de las formas previstas en el art. 28 CP, ya que el art. 140.1.2º CP lo que señala es que "El hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual".

Con ello, si existe participación en el delito contra la libertad sexual y en el crimen la pena es de prisión permanente revisable.

5.- Es de aplicación en el caso de existir un único proyecto criminal pluriofensivo que abarque la secuencia de un delito contra la libertad sexual y un asesinato, y siempre que el hecho típico constitutivo del asesinato se cometa no de forma coetánea, sino sucesiva a la consumación del delito contra la libertad sexual. No cabría aplicar la pena de prisión permanente revisable en caso de interrupción de la mecánica delictiva sexual y que tras el lapso temporal relevante y en momento distinto acabe con la vida de la víctima del delito contra la libertad sexual.

Por todo ello, se desestima también este motivo y el recurso interpuesto por el condenado.

En cualquier caso, para construir el asesinato concurrirían dos circunstancias: alevosía y ensañamiento y para construir la prisión permanente revisable otras dos: La del art. 140.1.1º y la del 140.1.2º CP. Pocas veces un mismo hecho determina la aplicación de tal relevante arsenal de agravaciones y posibilidades de aplicación de la pena prevista en el art. 140 CP que solo se explica por el desvalor grave de la acción y del resultado que en este caso se produjo y que provocó que el recurrente dejara sin vida y sin futuro a la víctima de estos hechos y en gran medida también a su familia.

El motivo se desestima.

RECURSO DE LA ACUSACIÓN PARTICULAR EN REPRESENTACIÓN DE Abelardo y Virginia

QUINTO.- 1.- RECURSO DE CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL, al amparo del número 4 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y art. 852 de la L.E. Criminal, en relación con el art. 24. 1 y 2 de la Constitución, por vulneración del principio de tutela judicial efectiva, en relación con la estimación de la atenuante de reparación del daño del art. 21. 5ª del C.Penal.

Formula queja casacional el recurrente "para alcanzar la convicción de que el condenado Sr. Miguel Ángel efectivamente reparó el daño causado que, recordémoslo es la muerte de una menor en el marco de una comportamiento especialmente violento y subsiguiente a una agresión sexual."

Con respecto a la apreciación del jurado en relación a la atenuante de reparación del daño hay que recordar que el propio Ministerio fiscal recurrió la admisión de la consideración de la atenuante de reparación del daño del art. 21.5 CP por no cumplirse los presupuestos de esta atenuante, además, en un caso de la gravedad del declarado probado con un crimen con agresión sexual previa de una niña de 13 años de edad.

Señala el TSJ que en el Hecho del objeto del veredicto se recogió que:

"El acusado a fecha anterior del juicio ha ingresado una insignificante parte con la intención de reparar el daño causado. Por esto, el Jurado dictamina a favor por unanimidad que el acusado antes de la celebración del acto del juicio procedió a reparar el daño ocasionado a los familiares de la víctima o a disminuir sus efectos.

En el documento 1104 de la página 261 el acusado afirma que: "pese a que su salario es destacadamente inferior al salario mínimo interprofesional, es la intención del Sr. Miguel Ángel la de ir ingresando una parte de ese salario en la cuenta de consignaciones de este juzgado, en concepto de reparación de daño y con el objeto de ir satisfaciendo en la medida que le es posible, la responsabilidad civil derivada de los hechos investigados en el presente procedimiento Siendo el documento con fecha de 25 abril del 2019, fecha anterior al juicio.

El acusado declara: "ingresa en la cuenta del juzgado lo que puede ahorrar desde el momento en que fue consiente del daño que había hecho. Paga 30C al mes, " (Folio número 3 del acta testifical del 20/04/2021).

Traslado a la sentencia: El magistrado presidente lo traslada a la sentencia indicando en el hecho probado ultimo: Antes del inicio del acto del juicio Miguel Ángel ha ido ingresando en la cuenta del Juzgado de Instrucción, en la medida de sus posibilidades, pequeñas cantidades de dinero que ha ido pudiendo ahorrar en el centro



penitenciario, con la intención de intentar satisfacer la responsabilidad civil derivada de los hechos objeto de enjuiciamiento."

Y respecto de los derechos hereditarios hay una realidad que es incontestable y razón tiene en ello el recurrente y es que respecto de los derechos hereditarios del condenado se constata que "es cierto que se dictó el decreto por el juzgado de DIRECCION000 para embargar los derechos hereditarios, incluidos de la legítima, que pudieran corresponderle".

Hay que hacer constar que la referencia que se hace de que la defensa ayudara a esa aportación de la legítima que le pudiera corresponder se hace en el seno de un embargo de los derechos citados y ello, como expone con acierto la acusación particular, excluye que pueda considerarse hábil para dar lugar a la apreciación de esta atenuante.

Señala el TSJ que *"consta que se pidió perdón, a los familiares de la víctima (fols. 628 a 637), en los términos "que quiere pedir perdón mucho perdón a la familia.. que no sabe cómo pedir perdón que se cambiaría por ella. Esta declaración consta adjunta al acta del juicio correspondiente al día 20/4/21, y tal declaración es de fecha 5 de julio de 2018 en Vilanova. Y finaliza esa declaración diciendo que pide perdona al familia"*

Y que: *"también consta escrito de la defensa (25 de abril de 2019) para que se requiera a Ignacio para que deposite los 500 euros que reconoce adeudar a acusado." Y que "Cabe también consignar que en la declaración (fol. 357) transcripción de la declaración del acusado, acta de fecha 20 de abril, sesión del juicio oral, consta concretamente que pone a disposición de la acusación particular las indemnizaciones que pueda recibir por la agresión que ha tenido, le han operado, y lo que le pertenezca de responsabilidad civil lo pone a disposición de la acusación particular."*

Ante ello hay que considerar que el pago que consta en el reconocimiento que hace el jurado es de 30 euros al mes que es lo que percibe en el centro penitenciario. Y consta en la sentencia del TSJ. Y esto es reconocido en los siguientes términos por el jurado: *ha ingresado una insignificante parte con la intención de reparar el daño causado.*

Y aparte de ello se complementa por el Magistrado del jurado fuera de lo asumido por el jurado que "También ha puesto a disposición de los familiares de la víctima el importe total que le pueda corresponder de la herencia de su madre y la suma dineraria que le adeuda -por los trabajos que realizó para ella la academia DIRECCION001 de DIRECCION000 (quinientos euros)."

Por ello, nos encontramos que lo que el jurado asume es lo que es, es decir, los ingresos que recibe de 30 euros al mes, y que hay otra realidad que es incontestable, como es que "se dictó el decreto por el juzgado de DIRECCION000 para embargar los derechos hereditarios, incluidos de la legítima, que pudieran corresponderle", lo que desnaturaliza poder considerar que ello lleva consigo la admisión de una atenuante de reparación del daño del art. 21.5 CP, habida cuenta que el citado embargo lo excluye por muchos que sean los actos colaborativos que hubiera habido posteriores a ello.

Con ello, pese a que el TSJ trata de rebajar la referencia a que hubiera habido embargo sobre esos derechos hereditarios se trata de algo incuestionable, como es que esos derechos fueron embargados, y ello excluye la posibilidad de construir sobre ello la atenuante de reparación del daño del art. 21.5 CP. Además, el importe de la deuda que se alega tienen con él de 500 euros también resulta insignificante en el contexto en el que estamos y con la gravedad de los hechos.

Cierto y verdad es que la Fiscalía de esta Sala refleja ante esta atenuante que la posible supresión de esta atenuante no tiene efecto alguno en la penalidad impuesta, y eso lo reconoce también el TSJ, ya que hay que recordar que fue condenado por un delito de agresión sexual del art. 183.2 CP concurriendo la atenuante simple de reparación del daño, a las penas de siete años de prisión... y por el asesinato a la prisión permanente revisable, por lo que el marco de la pena no se modificaría con la supresión de esta atenuante. Pero ante el recurso formulado debe entenderse razonable y procedente la queja casacional habida cuenta que:

1.- La condena en materia de responsabilidad civil lo es de "indemnizar a Abelardo y Virginia en la suma de ciento cincuenta mil euros para cada de ellos, a Agustín en la cantidad de cincuenta mil euros, a Amadeo , María Teresa y María Inmaculada en la cantidad de veinticinco mil euros para cada uno de ellos, y a Ana María y Arturo en la. suma de diez mil euros para cada uno de ellos."

2.- La cantidad asumida para consignar es, como reconoció el propio jurado es "insuficiente".

3.- Los derechos hereditarios de la legítima fueron embargados lo que excluye la aplicación de la atenuante.

4.- Las otras partidas que refiere el condenado son insignificantes en un contexto de unos hechos tan graves como los relatados.



Pues bien, hay que tener en cuenta que nos encontramos ante unos hechos sumamente graves, que se trata de una agresión sexual a una niña de 13 años a la que la acaba asesinando con alevosía y ensañamiento. No olvidemos estos datos de relevancia.

Las cantidades que se están abonando son insignificantes. Lo reconoce el jurado con claridad y lo que consta entregado no llega sino a una ínfima cantidad que en ningún caso tendrá posibilidades ni de acercarse por aproximación a la cuantía fijada en la sentencia ni tan siquiera a un mínimo porcentaje del total que se adeuda. Además, existe embargo sobre derechos hereditarios que excluye la consideración de este concepto, y la circunstancia de que "se arrepienta" no tiene efectos en la viabilidad del tema que se está analizando porque lo que se exige es la materialización de la reparación que no ha existido en ningún caso en un hecho tan grave como el aquí analizado. La atenuante, por ello, no puede prosperar.

Sobre esta atenuante a los efectos que aquí nos interesan hemos señalado que:

1.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 460/2020 de 15 Sep. 2020, Rec. 10756/2019

"Es posible una contribución parcial pero relevante a la disminución del daño, lo que ha sido admitido por la jurisprudencia de esta Sala como suficiente para integrar la atenuante del artículo 21.5 (entre otras las SSTS 601/2008 de 10 de octubre ; 668/2008 de 22 de octubre ; 626/2009 de 9 de junio y 251/2013 de 20 de marzo)."

Con ello, la contribución parcial se admite en estos casos, pero debe ser "relevante", lo que dista mucho de cumplirse en el presente caso.

2.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 757/2018 de 2 Abr. 2019, Rec. 2326/2017

"Tiene establecida la jurisprudencia de esta Sala una doctrina que, entre otras, resumen las sentencias 94/2017, de 16 de febrero o 239/2010, de 24 de marzo , que a su vez se remiten a otras resoluciones anteriores (SSTS 225/2003 de 28 de febrero ; 1517/2003, de 28 de noviembre ; 701/2004, de 6 de mayo ; 809/2007, de 11 de octubre ; 78/2009, de 11 de febrero ; 1238/2009, de 11 de diciembre), que se condensa en los siguientes párrafos:

"... la reparación del daño causado por el delito o la disminución de sus efectos se contemplaba en el C.P. anterior en el ámbito de la atenuante de arrepentimiento espontáneo, configurándose en el C.P. de 1995 como una atenuante autónoma de carácter objetivo fundada en razones de política criminal.

Por su naturaleza objetiva esta circunstancia prescinde de los factores subjetivos propios del arrepentimiento, que la jurisprudencia ya había ido eliminando en la atenuante anterior. Por su fundamento de política criminal se configura como una atenuante " ex post facto ", que no hace derivar la disminución de responsabilidad de una inexistente disminución de la culpabilidad por el hecho, sino de la legítima y razonable pretensión del legislador de dar protección a la víctima y favorecer para ello la reparación privada posterior a la realización del delito.

Como consecuencia de este carácter objetivo su apreciación exige únicamente la concurrencia de dos elementos, uno cronológico y otro sustancial.

a.- El elemento cronológico se amplía respecto de la antigua atenuante de arrepentimiento y la actual de confesión, pues no se exige que la reparación se produzca antes de que el procedimiento se dirija contra el responsable sino que se aprecia la circunstancia siempre que los efectos que en el precepto se prevén se hagan efectivos en cualquier momento del procedimiento, con el tope de la fecha de celebración del juicio. La reparación realizada durante el transcurso de las sesiones del plenario queda fuera de las previsiones del legislador, pero según las circunstancias del caso puede dar lugar a una atenuante analógica.

b.- El elemento sustancial de esta atenuante consiste en la reparación del daño causado por el delito o la disminución de sus efectos, en un sentido amplio de reparación que va más allá de la significación que se otorga a esta expresión en el artículo 110 del Código Penal , pues el artículo 110 se refiere exclusivamente a la responsabilidad civil, diferenciable de la responsabilidad penal a la que afecta la atenuante. Cualquier forma de reparación del daño o de disminución de sus efectos, sea por la vía de la restitución o de la indemnización de perjuicios, puede integrar las previsiones de la atenuante. Ahora bien, la consistente en la reparación del daño moral en ciertos delitos (libertad sexual, honor o dignidad, entre otros), ofrece los contornos que se recogen en la STS 1112/2007 de 27 de diciembre .

Como se ha expresado por la jurisprudencia de esta Sala (STS. 285/2003, de 28-2 , entre otras muchas posteriores) lo que pretende esta circunstancia es incentivar el apoyo y la ayudas a las víctimas, lograr que el propio responsable del hecho delictivo contribuya a la reparación o disminución del daño de toda índole que la acción delictiva ha ocasionado, desde la perspectiva de una política criminal orientada por la victimología, en la que la atención a la víctima adquiere un papel preponderante en la respuesta penal. Para ello resulta conveniente primar a quien se comporta de una manera que satisface el interés general, pues la protección de los intereses

de las víctimas no se considera ya como una cuestión estrictamente privada, de responsabilidad civil, sino como un interés de toda la comunidad".

Difícilmente puede, con ello, entenderse cumplidos los presupuestos de esta atenuante con una consignación fijada por el jurado que no cubre en modo alguno ninguna compensación económica a las víctimas, y que son los familiares de la niña asesinada y agredida sexualmente por el autor. La cantidad fue "insignificante" y así se reconoció.

Por otro lado, se prescinde de elementos subjetivos de arrepentimiento del autor y añade la citada sentencia que:

"La atenuante precisa de una actuación objetiva y personal del acusado, normalmente integrada por el resarcimiento o por la minoración de los perjuicios materiales derivados de la acción que se enjuicia, que responda a la liberalidad de aquel a quien se atribuye el hecho dañoso, y que coloque al perjudicado en mejor situación que aquella a la que estaba sumido tras el delito, con independencia del cual sea el resultado imperativo del proceso penal.

Eliminado el contenido subjetivo inherente a la antigua atenuante de arrepentimiento, corresponde al acusado apreciar cuando considera que su comportamiento, más allá del significado penalmente antijurídico que pueda tener, ha podido generar determinados perjuicios en otros individuos, estando por ello dispuesto a abordar un proceder libre e irrevocable de compensación a los damnificados. "

3.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 708/2021 de 20 Sep. 2021, Rec. 10108/2021

"En la STS 1346/2009, 29 de diciembre , se subraya que "(...) cuando la reparación o disminución tiene un contenido económico, ésta debe ser suficientemente significativa y relevante, pues no se trata de conceder efecto atenuatorio a acciones ficticias, que únicamente pretenden buscar la aminoración de la respuesta punitiva sin contribuir de modo eficiente y significativo a la efectiva reparación del daño ocasionado (sentencias núm. 1990/2001, de 24 octubre , 1474/1999 de 18 de octubre , 100/2000 de 4 de febrero y 1311/2000 de 1 de julio)."

Debemos entender que es preciso algo más que el mero "esfuerzo" que se constate de forma material, porque en casos como el presente supondría una burla a las víctimas del delito afirmar que "cualquier forma de reparación" por mínima que sea, como en este caso ha ocurrido, daría lugar a la apreciación de esta atenuante, lo que en este caso no se cumple con el compromiso de ingresar 30 euros al mes, más un crédito que tiene 500 euros, ya que los derechos hereditarios surgen de un embargo judicial para ello, y esto es incuestionable sea cual sea la conducta posterior del condenado.

La atenuante de reparación del daño, aplicable en los delitos de resultado, requiere un acto reparador que va más allá de la mera indemnización civil y que, de consistir en una cuantía económica, tiene que ser suficientemente significativa. Y en este caso no lo es ni por aproximación. La objetivación de lo consignado es insignificante e irrelevante. No se puede apreciar "reparación del daño", incluso, en el sentido técnico jurídico del término a la cantidad que se refiere de los 30 euros al mes, e incluso las referidas ante un quantum indemnizatorio tan elevado como el fijado en la sentencia y que recordemos que es de "indemnizar a Abelardo y Virginia en la suma de ciento cincuenta mil euros para cada de ellos, a Agustín en la cantidad de cincuenta mil euros, a Amadeo , María Teresa y María Inmaculada en la cantidad de veinticinco mil euros para cada uno de ellos, y a Ana María y Arturo en la suma de diez mil euros para cada uno de ellos."

4.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 661/2020 de 3 Dic. 2020, Rec. 10397/2020

Insistiendo en la "relevancia" de la cantidad a abonar en estos casos se recoge que:

"Como indica el Tribunal Supremo en S. 7 de diciembre de 2017, reiterando lo anteriormente expuesto en S. 23 de diciembre de 2013 entre otras, el fundamento de la atenuante de reparación del daño, incluida como tal en el art. 21.5ª del Código Penal , es la constatación de que el acusado viene a reconocer la infracción de la norma con la consiguiente compensación de la reprochabilidad, reconocimiento que se materializa mediante un acto reparador; intervienen así también razones de política criminal, tratándose de favorecer en lo posible la protección de la víctima mediante el resarcimiento del daño causado a la misma (en el mismo sentido, SS. 17 de octubre de 2005 y 16 de enero de 2007). Por ello, la reparación, aun no siendo indispensable que sea total y admitiéndose el consecuencia la reparación parcial, ha de ser suficientemente relevante, ya que en caso contrario no generaría un resarcimiento mínimamente acorde a los fines que se persiguen. La anteriormente citada sentencia de 23 de mayo de 2018 concreta que, para apreciar la relevancia en los supuestos de reparación meramente parcial, ha de atenderse al daño causado y, también, a las circunstancias del autor."

Pero en cualquier caso, la irrelevancia de la suma es patente y manifiesta, ya que se excluyen los derechos hereditarios sobre los que recayó embargo, como se reconoce en la sentencia y reclama con acierto su exclusión la acusación particular.



Y se añade: "La atenuante procede si hay reparación (aunque sea por el motivo exclusivo de beneficiarse de la rebaja de pena y se haga por ello en el último momento -en las puertas de la Sala del Tribunal-, y cuando ya quizás se percibe la condena como inminente). Puede decirse que el legislador bendice, en aras del interés de la víctima, lo que podría calificarse de forma cruda como la compra de una atenuante.

No nos corresponde evaluar la legitimidad de esa decisión de política criminal. A ella nos atenemos.

El legislador solo establece un condicionante cronológico: la reparación ha de llegar antes de la celebración del juicio.

"El elemento sustancial de esta atenuante, desde la óptica de la política criminal, -señala la jurisprudencia- radica en la reparación del daño causado por el delito o la disminución de sus efectos, en un sentido amplio de reparación que va más allá de la significación que se otorga a esta expresión en el artículo 110 del Código Penal ". "Cualquier forma de reparación del daño o de disminución de sus efectos, sea por la vía de la restitución, de la indemnización de perjuicios, o incluso de la reparación del daño moral puede integrar las previsiones de la atenuante. Lo que pretende esta circunstancia es incentivar el apoyo y la ayuda a las víctimas, lograr que el propio responsable del hecho delictivo contribuya a la reparación o curación del daño de toda índole que la acción delictiva ha ocasionado, desde la perspectiva de una política criminal orientada por la victimología, en la que la atención a la víctima adquiere un papel preponderante en la respuesta penal. Para ello resulta conveniente primar a quien se comporta de una manera que satisface el interés general, pues la protección de los intereses de las víctimas no se considera ya como una cuestión estrictamente privada, de responsabilidad civil, sino como un interés de toda la comunidad (SSTS 285/2003, de 28 de febrero ; 774/2005, de 2 de junio ; y 128/2010, de 17 de febrero)."

5.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 437/2022 de 4 May. 2022, 2658/2020

Debemos tener en cuenta que en este caso la indemnización que se fija lo es en la condición del daño moral sufrido por las víctimas familiares de la menor que se ven abocadas a la pérdida definitiva de la niña en unas condiciones tales como las producidas. Ello nos lleva a que en este escenario se puedan manejar dos tesis relevantes expuestas en la citada sentencia, como son:

1.- La tesis del daño moral irreversible.

2.- La tesis del antes y el después.

En este sentido, refleja la sentencia:

"1.- La tesis del daño irreversible

Existen supuestos en los que esta posición de regreso al antes es imposible, lo que ocurre también en el orden penal, por ejemplo, en los casos de delitos contra la libertad e indemnidad sexual en los que ese regreso de la víctima a la situación que tenían antes de ser víctimas, -mujeres y menores de edad, sobre todo-, es imposible, por cuanto el daño dejado por el autor o autores es tan grande e irreversible que no puede satisfacerse con ninguna indemnización ese terrible daño causado que deja a las víctimas en la imposibilidad de regresar a un antes en el que no habían sido víctimas todavía, ya que el terrible hecho sufrido les supone un impacto brutal y una estigmatización permanente de la que no podrán regresar a una situación de previctimización.

Ello debe ser indemnizable en atención al carácter irreversible de la situación, porque haber sido víctima no puede convertirse por medio del dinero en dejar de serlo de repente, por la circunstancia de que el autor del hecho pague una determinada cantidad de dinero, lo que debe ser tenido en cuenta en el quantum indemnizatorio, por la sencilla razón de la agravación de la irreversibilidad de la situación, lo que debe tener su reflejo en el monto de la indemnización a recibir por el perjudicado.

Con ello, estos criterios fijados pueden ser relevantes a la hora de que las partes puedan exponer ante el juez una serie de parámetros a ser tenidos en cuenta para llegar a fijar una indemnización lo más aproximada posible a lo que sufrió la víctima o perjudicado por el ilícito causante del daño.

Claro que hubiera sido deseable para aquellos que el hecho no hubiera ocurrido, pero una vez acontecido éste emerge un derecho indemnizatorio que debe ajustarse al máximo por el juez sin desdeñar ni apartar ningún derecho de quienes tienen derecho a recuperar lo perdido. Pero en muchos casos la recuperación física es imposible transformarla de manera económica por devolverle al antes, y, así, hemos visto que son muchos los casos en los que esa recuperación real resulta imposible.

Cuando esto ocurre la imposibilidad del regreso al antes es evaluable en dinero, porque aunque nunca pueda devolverse una vida, o nunca pueda regresar una víctima de un delito de contenido sexual al estatus en el que no lo había sido en su momento, el Estado de derecho debe fijar una justa compensación por hechos en los que la persona ya no podrá ser la misma. Bien porque ha sufrido la pérdida de un familiar cercano, bien porque ha sido



agredida sexualmente, o porque ha sufrido un hecho que le marcará personalmente para el futuro, lo cual debe tener por el juez la debida traducción económica por esa irreversibilidad, que hará que quien sufre el daño ya no podrá ser la misma persona. Y esto debe ser tenido en cuenta en el terreno de la responsabilidad civil como compensación a la circunstancia de no poder regresar a la situación del antes.

El denominado "daño irreversible" como aquél que supone que la persona perjudicada "ya no volverá a ser como antes". Aquella situación que consiste en la "inhabilitación permanente para realizar determinadas actividades de la vida".

Aquellas personas a las que se les ha diagnosticado un "daño irreversible" deben asumir que ya nada volverá a ser como antes, y que la vida se le presenta al perjudicado, o víctima, como una carrera de obstáculos que deberá ir superando cada uno de los días de su vida.

La indemnización que se concederá por daño irreversible es daño moral, porque este es el concepto en el que se enmarca la razón de ser de la reclamación por el peso que tendrá que asumir el resto de su vida de un "sufrimiento" que da lugar a que se le indemnice por esa "irreversibilidad" del daño causado por el ilícito doloso o culposo.

2.- La tesis del antes y el después.

La cuestión se trata de poder establecer el canon concreto de determinación del quantum y fijar el haz de criterios para establecer una exacta concreción de la cantidad que se debe ajustar al daño producido al perjudicado y que el autor del ilícito debe responder en la indemnización que se fije en la sentencia.

Pues bien, debemos fijar esta cuestión bajo la tesis del antes y después a la hora de concretar la situación que existía antes del ilícito sin existir el perjuicio y la que se genera después de su comisión, para en este después poder tener la certeza y seguridad jurídica de estar en condiciones de regresar al antes.

Cierto y verdad es que en muchos casos, quizás en la mayoría de ellos, puede que no sea posible regresar en la misma medida al antes al hecho causante del daño. Pero si esto es así, lo que corresponde, y es esencia de la función judicial, es la de fijar con la mayor exactitud posible cuál es ese perjuicio cuantificado que debe ser resarcido, para que si, al menos, no es posible llegar a la misma situación del antes, que sea posible llevar a cabo un esfuerzo de cuantificación para poder conseguir la "mayor aproximación" posible.

Quizás, sobre esta finalidad giraría el objetivo que debe perseguirse en estos casos cuando existe una reclamación, tanto en el orden civil como en el penal. Y ello, a fin de que las partes aporten todos los datos de que dispongan para que en esa función de "hacer justicia" se pueda conseguir este fin de que el perjudicado sea repuesto en una medida lo más aproximada a la situación en la que estaba antes de que ocurriera el evento dañoso que ha producido la situación del perjuicio cuantificable.

Se suele decir, también, que hay daños que tienen difícil cuantificación, y eso es cierto, porque no todo daño tiene una concreta y determinada cuantificación económica con exactitud que se corresponda al canon del coste real de lo que debe reponerse. Y ahí entran cuestiones como el daño moral, que se desdobra en daño moral psicológico y daño moral psíquico, en las que el daño no se puede cuantificar, en principio, económicamente atendiendo a un denominado "coste de reposición", ya que cuando hablamos de daño moral la reposición al antes es muy difícil o imposible.

Las indemnizaciones en estos casos no pueden producir nunca el efecto de poder regresar a la situación anterior al hecho grave, por lo que no puede compensarse con dinero aquello que provoca un dolor tan grande en la víctima que hace impensable e imposible que una cantidad económica, sea la que sea, pueda recompensar o devolver el dolor y daño producido en víctimas y perjudicados.

Aunque materialmente resulte indudable que se produce un enriquecimiento patrimonial en el perjudicado y un empobrecimiento patrimonial en el autor del hecho, en determinados casos solo queda ahí en la posición del perjudicado, pero porque ese pago no tiene la capacidad de traspasar el mero efecto económico del pago y cobro, pero sin poder tener un efecto mayor, ya que el resarcimiento moral en muchos casos de daños no es compensado ni tan siquiera por el mero concepto en el que se llama a ese mismo daño moral, que tiene como función recompensar moralmente a la víctima o perjudicado, pero sin que tenga la potencialidad y eficacia suficiente como para poder hacerlo.

Podemos fijar como criterios en materia de indemnización por daño moral en este caso los siguientes:

1.- En materia de responsabilidad civil por ilícito debe ahondarse, en primer lugar, en si es posible la compensación que traslade la situación del después al antes de la comisión del hecho. Es el principal objetivo del juez. El de restaurar al 100% la situación del perjudicado siempre que ello sea posible.

2.- Se trata de procurar que el perjudicado "regrese" a la situación del antes.



- 3.- En la determinación del antes y el después hay que valorar si es posible físicamente conseguir el regreso al antes en las mismas condiciones y situación, ya que si la compensación puede satisfacerse mediante la concreta indemnización que permita esa exactitud en el regreso es lo que debe pretenderse con la determinación del quantum en ejecución de sentencia para conseguir que el perjudicado recupere esa situación idéntica a la que tenía antes del hecho.
- 4.- Podemos aplicar la tesis del antes y después a la hora de fijar la situación que existía antes del ilícito sin existir el perjuicio y la que se genera después de su comisión, para en este después poder tener la certeza y seguridad jurídica de estar en condiciones de regresar al antes.
- 5.- Existe, en ocasiones, una especie de incapacidad de reparar determinados hechos que por su gravedad y circunstancias hacen que sea imposible regresar al antes. Ello no quiere decir que no haya que compensar, sino que la compensación se encuentra en base a muchas circunstancias personales y objetivas que se unen para poder extraer una conclusión indemnizatoria de máximo ajuste económico.
- 6.- Pero si el regreso al antes es materialmente imposible, la indemnización a satisfacer deberá tener en cuenta el perjuicio moral que le supone al perjudicado no poder recuperar la misma situación anterior al hecho dañoso, y esa imposibilidad de regreso al antes deberá ser un dato a tener en cuenta a la hora de fijar la indemnización, porque ello supone un daño moral adicional al quantum que debe tenerse en cuenta a la hora de llevar a efecto la cuantificación.
- 7.- Así, si el regreso al antes es posible en las mismas condiciones se realizará el cálculo de esa indemnización en su coste de regreso más el daño moral sufrido de entenderse concurrente u otros gastos que fueren probados.
- 8.- La imposibilidad de regreso siempre conllevará, pues, una indemnización mayor en la que se añaden otros factores a valorar con la prueba correspondiente a practicar en el proceso judicial adicionando un daño moral de imposibilidad de regreso que es evidente y que debe ser tasado.
- 9.- Objetivo es, también, la restauración máxima y la más acercada a esa situación previa a la comisión del ilícito. Ciertamente es que en ocasiones será difícil, pero debe trazarse como objetivo el acercarnos en la mayor medida posible a la exactitud de la restauración.
- 10.- Es preciso que en el cálculo indemnizatorio no se caiga en el error de "pecar" ni por exceso ni por defecto.
- 11.- Si no es posible ajustarse al antes con exactitud es preciso llevar a cabo un esfuerzo de cuantificación para poder conseguir la "mayor aproximación" posible.
- 12.- Hay daños que tienen difícil cuantificación como el daño moral, y en estos casos es preciso "ponerse el juez" en la posición del perjudicado para atender a cuál es la traslación a dinero.
- 13.- Ante el daño moral este tipo de daño no se puede cuantificar, en principio, económicamente atendiendo a un denominado "coste de reposición", ya que cuando hablamos de daño moral la reposición al antes es muy difícil o imposible. No hay baremo indemnizatorio que fije el "coste del daño moral".
- 14.- Daño moral y daño psicológico. El daño moral puede desdoblarse en daño psicológico a probar según la redacción de los hechos y la percepción del juez del estado de zozobra, ansiedad, inquietud e incertidumbre que el hecho le haya provocado en su sufrimiento personal cuantificable a tenor de las circunstancias, y, también, el daño moral psíquico a acreditar por prueba pericial médica en atención a la afectación a la psique del sujeto perjudicado por el hecho.
- 15.- Existen situaciones en las que el dinero no opera como criterio de restauración al antes, ya que, si se indemniza con una cantidad económica, aunque materialmente resulte indudable que se produce un enriquecimiento patrimonial en el perjudicado y un empobrecimiento patrimonial en el autor del hecho, en determinados casos solo queda ahí en la posición del perjudicado en el cobro, pero porque ese pago no tiene la capacidad de traspasar el mero efecto económico del pago y cobro, pero sin poder tener un efecto mayor de carácter personalísimo en el perjudicado.
- 16.- La responsabilidad civil en la fijación del quantum viene exigida de estar rodeada de la debida motivación reflejada en la sentencia. Resulta indudable que tanto quien reclama como quien es reclamado tienen derecho a saber y conocer las razones de la estimación o desestimación de sus pretensiones y los argumentos que está obligado a exponer el juez acerca de los motivos por los que se ha fijado esta cantidad como indemnización, y no otra.
- 17.- Hay situaciones en las que nos encontramos con una imposibilidad física y material de regresar del después al antes. Porque no existen mecanismos materiales que puedan compensar por la vía de los instrumentos jurídicos que habilitan, tanto las leyes procesales como sustantivas, poder recuperar lo que ya se ha perdido, por cuanto es insustituible e irrecuperable la pérdida.



18.- El objetivo real que debe enfocarse en el procedimiento judicial es el de conseguir en la sentencia el mayor "ajuste económico" que pueda alcanzarse, una vez que los distintos medios probatorios se hayan propuesto y practicado en el juicio para permitir que el juez tenga estos mecanismos probatorios para poder calcular con la mayor exactitud posible la recuperación del antes, si ello es posible, en el examen del después de producido el ilícito.

19.- El autor del daño no es quien tiene el derecho de proponer cómo y de qué manera se debe satisfacer la indemnización, si regresar al antes o fijar el después con una mera satisfacción económica, porque ello puede ser más doloroso para el perjudicado que hubiera deseado ser posible regresar al antes.

20.- El regreso al antes se centra en el valor de la identidad para conseguir no un "acercamiento" al antes, sino una exactitud. Se centra en la reparación que deberá tener un contenido de exactitud para conseguir el regreso idéntico y absoluto a lo que antes existía. Se trata de buscar la verdadera y absoluta identidad en el antes, para llegar a ello después del daño causado.

21.- El regreso al antes no tiene por qué quedar eximido de la indemnización de daños y perjuicios si se acreditaran estos y no quedara total y absolutamente satisfecho.

22.- El carácter irreversible del regreso al antes debe ser indemnizable, lo que debe ser tenido en cuenta en el quantum indemnizatorio, por la sencilla razón de la agravación de la irreversibilidad de la situación, lo que debe tener su reflejo en el monto de la indemnización a recibir por el perjudicado.

23.- El daño moral se ubica, precisamente, por la imposibilidad física de la recuperación del antes y se cuantificará en atención al valor de la pérdida de la imposibilidad de regreso y cómo le afectará en el futuro al perjudicado. Así, en la medida en la que esa ausencia de lo que había antes esté en condiciones de causar una mayor afectación personal, psicológica y psíquica al perjudicado la indemnización será mayor.

Con ello, nos encontramos con dos factores relevantes cuales son:

a.- En el presente caso, el daño causado a los familiares de la menor asesinada es "irreversible". Y esto es una realidad incontestable.

b.- Los familiares de la menor no podrán nunca "regresar al antes" del hecho producido.

Cierto y verdad es, por ello, que aunque el importe de una indemnización no permitiría regresar al "antes", al menos restaura el daño moral producido. Pero lo que no es admisible es que cualquier cantidad, por mínima que sea, pueda tenerse en cuenta para apreciar la atenuante, sobre todo en casos como el presente de ataques a la libertad sexual y de asesinato a una menor de 13 años de edad, en los que no basta "cualquier esfuerzo", y menos aún el en este caso realizado, y que ha sido calificado por el propio jurado como "El acusado a fecha anterior del juicio ha ingresado una insignificante parte con la intención de reparar el daño causado".

6.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 868/2021 de 12 Nov. 2021, Rec. 5093/2019

La oferta para reparar de los bienes que el penado tenía embargados en la pieza de responsabilidad civil fue considerada como insuficiente en cualquier medida para atenuar la pena en las SSTs 529/ 2006 o 229/2017 ambas de 3 abril; y la reciente STS 126/2020 de 6 de abril rechazó expresamente la posibilidad de que se aplicara la atenuante sobre la fianza constituida para garantizar responsabilidades civiles.

Si ha habido embargo se excluye cualquier opción de considerar aplicable la atenuante de reparación del daño de ese concepto, por lo que los derechos hereditarios no pueden incluirse en la oferta indemnizatoria a los efectos de la atenuante del art. 21.5 CP.

7.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 29/2021 de 20 Ene. 2021, Rec. 10489/2020

La citada STS 1028/2010, indicaba que la jurisprudencia tiene señalado que, en la actual redacción de la atenuante, se prescinde de la existencia del arrepentimiento y que se trata de cumplir una función de reforzar la protección de las víctimas. Aun así, aparece claramente en el Código que la reparación debe proceder del culpable.

En idéntico sentido, la STS 733/2012, de 4 de octubre, señala que debe tratarse de actos personales y voluntarios del responsable del delito, o al menos atribuibles al mismo a través de su participación activa, por lo que quedan excluidas las indemnizaciones entregadas o consignadas por las compañías aseguradoras (por ejemplo, STS nº 1787/2000 y STS nº 218/2003) en cumplimiento de las obligaciones legales o contractuales que les competen. Así, en la STS nº 1006/2006, se señalaba que "Desde una perspectiva subjetiva, la atenuante contempla una conducta "personal del culpable". Ello hace que se excluyan: 1.-los pagos hechos por compañías aseguradoras en cumplimiento del seguro obligatorio 2.-supuestos de constitución de fianza exigidos por el juzgado. 3.-conductas



impuestas por la Administración. 4.-simple comunicación de la existencia de objetos buscados, cuando hubieran sido descubiertos necesariamente.

En este sentido, una cantidad objeto de embargo no puede aceptarse como válida a los efectos de valorar la atenuante del art. 21.5 CP.

Es por todo ello, por lo que en atención a las consideraciones expuestas debe estimarse el motivo, pero como ya se reconoció en las sentencias y reconoce el fiscal de Sala, ello no tiene efecto alguno sobre las penas impuestas en la medida en que se han fijado las de siete años de prisión por la vía del art. 183.2 CP y la prisión permanente revisable.

El motivo se estima.

SEXTO.- 2.- RECURSO DE CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY, al amparo del art. 849.1 de la L.E. Crim. por indebida aplicación de la atenuante de reparación del daño del art. 21, 5º del C.Penal.

Nos remitimos a lo ya expuesto anteriormente.

Se estima el motivo.

SÉPTIMO.- 3.- RECURSO DE CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY, al amparo del art. 849.1 de la L.E. Crim. por indebida aplicación del art. 57.1 del C.Penal.

Señala el recurrente que "No es proporcionada la imposición de una medida de alejamiento de un año después de cumplir la pena de privación de libertad, aun cuando se haya impuesto la máxima pena de prisión permanente revisable."

La pena que se ha impuesto en este punto es la de "prohibición de comunicarse por cualquier medio y de aproximarse a Abelardo, Virginia, Ana María, Arturo, Agustín, Amadeo, María Teresa y María Inmaculada a una distancia no inferior a mil metros de su persona, domicilio, lugar de trabajo o cualquier lugar en que estos se encuentren por un periodo de tiempo de un año superior a la pena de prisión permanente revisable".

Se queja, pues, el recurrente de la imposición de la pena de un año superior a la de prisión permanente por la vía del art. 57 CP.

Señala este precepto que:

"1. Las autoridades judiciales, en los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio, el orden socioeconómico y las relaciones familiares, atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias la imposición de una o varias de las prohibiciones contempladas en el artículo 48, por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave, o de cinco si fuera menos grave.

No obstante lo anterior, si la persona condenada lo fuera a pena de prisión y el Juez o Tribunal acordara la imposición de una o varias de dichas prohibiciones, lo hará por un tiempo superior entre uno y diez años al de la duración de la pena de prisión impuesta en la sentencia, si el delito fuera grave, y entre uno y cinco años, si fuera menos grave. En este supuesto, la pena de prisión y las prohibiciones antes citadas se cumplirán necesariamente por la persona condenada de forma simultánea.

El recurrente formula las siguientes consideraciones:

" La aplicación del término concreto de prohibición de aproximación entre el año y los 10 años que contempla el art. 57 del C.P. debe hacerse en proporción o atendiendo a la gravedad del hecho enjuiciado. En este caso, teniendo en cuenta que la condena lo ha sido por el hecho más grave que contempla nuestro ordenamiento penal, la prohibición de aproximación no puede fijarse en el término mínimo de un año que constituye el límite inferior del periodo por el que se puede interponer la medida privativa de derechos.

El razonamiento seguido por la sentencia de la larga duración de la pena privativa de libertad, no ha tenido en cuenta la posibilidad de que en el futuro pueda haber una reforma de esta pena de prisión permanente revisable que la elimine de nuestro ordenamiento o acorte los plazos para la primera revisión de la situación de prisión. Por tanto, previendo estas eventualidades esta acusación interesa que la fijación del periodo de no aproximación se determine en el máximo legal de diez años desde el final del cumplimiento de la pena privativa de libertad, sea cual sea la duración de ésta última.

No es intrascendente recordar que estos hechos constituyen la agresión mortal de un vecino respecto a una niña que tiene sus abuelos en el mismo inmueble y cuyos restante familiares (los padres de la menor) siguen habitando en el misma localidad que el autor, y que se trata de una población pequeña, DIRECCION000, en la



que, de acceder al Sr. Miguel Ángel al régimen de libertad es prácticamente seguro que coincidirá físicamente con los familiares de Serafina, por lo que se impone la adopción de esta medida de alejamiento en el término legal máximo posible".

Pues bien, el TSJ rechazó ampliar la pena del art. 57 en relación con el art. 48 CP de aproximación a los familiares tratándose como se trata de un delito grave señalando que:

"No solo está la condena a prisión permanente revisable, que de conformidad con lo que dispone el art. 36 CP, que se remite para su revisión al art. 92 CP, el cual exige, para los supuestos de suspensión, "que el penado haya cumplido 25 de su condena sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 78 bis.

Por tanto, a los años mínimos de cumplimiento de prisión que impedirían la progresión a tercer grado, hay que sumar los seis años de condena de libertad vigilada, (art. 92CP) que establece el fallo de la sentencia dictada; siendo que en el art. 106 del mismo texto, se establece la posibilidad de adoptar medidas que implican también alejamiento, incomunicación, prohibición de residir en determinados lugares, entre otras. Por tanto entendemos que la resolución es plenamente ajustada. La legislación brinda instrumentos para la ejecución de la pena, que respondan a la finalidad de la misma y garanticen todos los derechos de la víctima, en este caso los familiares de Serafina que cita la propia sentencia."

El motivo debe estimarse, ya que no puede fundarse la aplicación de una reducida pena al mínimo previsto legalmente de un año de prohibición de aproximación por "lo que pueda ocurrir en la ejecución de la pena", sino por las circunstancias concurrentes en el caso y la gravedad del delito. Estos son los parámetros legales a tener en cuenta.

Debemos tener en cuenta que el art. 57.1 prevé para los delitos graves la pena de hasta diez años de prohibición de comunicarse y aproximación a los familiares de la menor que se citan si es grave el delito y hasta cinco si es menos grave.

Debemos volver a recordar cuáles son los hechos probados y cuáles son los delitos y penas por los que se ha condenado en este caso, por lo que razón tiene el recurrente cuando sostiene la insuficiencia de la individualización judicial de la pena en un año que es el arco mínimo de delitos graves y menos graves en el CP, por lo que debería elevarse la pena en este caso a la de "prohibición de comunicarse por cualquier medio y de aproximarse a Abelardo, Virginia, Ana María, Arturo, Agustín, Amadeo, María Teresa y María Inmaculada a una distancia no inferior a mil metros de su persona, domicilio, lugar de trabajo o cualquier lugar en que estos se encuentren por un periodo de tiempo de cinco años superior a la pena de prisión permanente revisable".

La razón se ubica en que no puede producirse a la hora de individualizar la pena en estos casos a un "adelantamiento" de lo que podría ser la ejecución de la pena impuesta, ya que la pena se fija en atención a la gravedad de los hechos y circunstancias concurrentes y pocos hechos pueden llegar a ser tan graves como el aquí ocurrido como para poner esta pena en el grado mínimo de un año cuando el arco lo prevé hasta los diez años en el caso de delitos graves.

Se interesó, así, en el juicio la imposición de esta pena "por un periodo de tiempo de diez años superior a la pena de prisión que finalmente se le imponga".

En la sentencia de instancia se recoge la escueta motivación de esta pena al señalar que *En el presente caso no cabe duda alguna que concurre el requisito previsto por el art. 57 del CP de la gravedad de los hechos, siendo esta la razón que justifica la imposición de dicha pena de prohibición de aproximación y comunicación con los familiares directos de la víctima. Ahora bien, dada la duración de la pena privativa de libertad que se le impone (prisión permanente revisable), creo que carece de sentido fijar una duración de diez años superior a la pena privativa de libertad impuesta.*

Sin embargo, teniendo en cuenta que la prisión permanente revisable no excluye la posibilidad de que el penado (pasado el tiempo mínimo exigido por la ley) pueda obtener algún permiso de salida, considero necesario garantizar que mientras el Miguel Ángel está cumpliendo dicha pena privativa de libertad no pueda aproximarse a dichas personas, ni comunicarse con ellas por cualquier medio.

Para garantizar dicha finalidad resulta imprescindible imponer la pena con la duración mínima de un año prevista en el segundo párrafo del art. 57.1 del Código Penal.

Ello fue confirmado por el TSJ, pero debe estimarse el motivo, por cuanto no puede fijarse la pena en este caso ex art. 57.1 y 48 CP en las circunstancias de la ejecución de la pena, porque en este momento no se conoce lo que puede ocurrir y, además, no puede hacerse depender la duración de una pena de cumplimiento ex post a la libertad en lo que pueda ocurrir, sino en lo que fija el precepto del art. 57 CP, es decir, atendiendo a la gravedad del hecho, y en este caso, como se ha expuesto, el hecho es sumamente grave, lo que exige que se fije la penalidad en los citados cinco años superior a la pena de prisión permanente revisable.



La finalidad de esta pena es proteccionista de los familiares de las víctimas en casos de crímenes que no desean que el penado tenga ningún tipo de contacto con ellos ni por comunicación ni físico. Se trata de una medida proteccionista de la "tranquilidad" visual y comunicativa de los familiares de la víctima que no quieren verse sorprendidos por ver al condenado, o recibir un mensaje de él, o por cualquier tipo de comunicación. Se trata de preservar esa tranquilidad que se impone de no volver a saber nada de quien en este caso agredió sexualmente y asesinó a una niña de 13 años de edad, por lo que no existe proporcionalidad entre los hechos objeto de condena e imponer la pena mínima de un año de prohibición por la patente y clara desproporción entre la gravedad de los hechos y la pena impuesta, ya que si en los delitos menos graves se prevé poder imponer hasta cinco años de prohibición carece de sentido poner en este caso la pena de tan solo un año.

La debida proporcionalidad en la determinación de la pena nos lleva a corregir la disfunción sobre la que se queja la acusación particular y fijarla en la de cinco años, ya que no se sabe cuáles serán las circunstancias de la ejecución de la pena privativa de libertad.

La pena a que se remite el art. 57.1 CP es la del art. 48.2 CP de la "prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal", que "impide al penado acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos, quedando en suspenso, respecto de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena". A ello se añade la de prohibición de comunicación por cualquier medio del art. 48.3 CP.

Junto a la función asegurativo-cautelar que indudablemente tiene la pena cuestionada, y que no es exclusiva de ella sino predicable también del resto de las penas asociadas a estos tipos penales, la medida contenida en el art. 57.1 CP tiene como finalidad inmediata o directa la de proteger los bienes jurídicos tutelados por los tipos penales en relación con los cuales se contempla la imposición de la pena de alejamiento, y en este caso también de prohibición de comunicación, una función ésta que no sólo corresponde a la norma que prohíbe la realización de la conducta típica, sino también a la que prevé para tal caso la imposición de una determinada pena o de una concreta combinación de penas.

Asimismo, junto a esta finalidad directa o inmediata, la configuración que del alejamiento realiza el art. 57.1 CP tiene también otras finalidades secundarias como la creación de un espacio de confianza capaz de generar libertad en el disfrute de las posiciones en las que se concretan esos bienes jurídicos, así como la de eliminar la venganza privada y, con ello, evitar futuras lesiones de esos u otros bienes jurídicos.

El propio Fiscal de Sala recoge en este motivo que:

"Resulta lógico que a la hora de fijar el quantum punitivo de esa pena se tengan en cuenta la gravedad de los hechos y muy particularmente la ejecución previa al asesinato de una agresión sexual. En esta tesitura encontraría plena justificación que, teniendo en consideración la enorme gravedad del delito cometido, la pena de prohibición de aproximación se impusiera no en una duración propia de delitos menos graves sino por un mínimo de 5 años, valorando la gravedad del injusto típico (tanto de las acciones como de los resultados) e integrando el art. 57.1 con lo dispuesto por el art. 33.2.i) CP:"

Con ello, nos encontramos con una pena que trata de preservar esa *tranquilidad* a que tienen derecho los familiares de víctimas en estos casos, si puede llamarse así al estado en el que van a quedar estas personas tras haber sido asesinada su hija en las dramáticas circunstancias reflejadas en los hechos probados. Pero, aun así, debe entenderse el objeto del motivo interpuesto en esa *reivindicación punitiva* de ajustar la proporcionalidad de esta pena del art. 57.1 CP en relación con las del art. 48.2 y 3 CP que en este caso se fija en la de cinco años por encima del cumplimiento de la prisión permanente revisable en atención a cuáles fueran las circunstancias de ejecución de la misma.

El motivo se estima.

OCTAVO.- Desestimándose el recurso del recurrente Miguel Ángel, las costas se le imponen incluidas las de la acusación particular, siendo declaradas de oficio las de esta última por su estimación del recurso.

FALLO

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

DECLARAR HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación de la Acusación Particular Abelardo y Virginia, con estimación de sus motivos primero, segundo y tercero; y, en su virtud, casamos y anulamos la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 28 de septiembre de 2021, que declaró no haber lugar a los recursos de apelación



formulados por indicado acusado y por la citada Acusación Particular y por el Ministerio Fiscal, contra sentencia de fecha 8 de junio de 2021 del Tribunal del Jurado de la Audiencia Provincial de Barcelona que condenó al acusado Miguel Ángel por delitos de agresión sexual y asesinatos. Se declaran de oficio las costas procesales ocasionadas en su recurso, con devolución del depósito constituido.

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

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

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Vicente Magro Servet Susana Polo García

Eduardo de Porres Ortiz de Urbina Ángel Luis Hurtado Adrián

RECURSO CASACION (P) núm.: 10043/2022 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Vicente Magro Servet

D.ª Susana Polo García

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 15 de septiembre de 2022.

Esta sala ha visto el rollo de apelación nº 6/2021, dimanante de la Oficina del Jurado de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el Procedimiento de Jurado nº 20/2020, procedente del Juzgado de Instrucción nº 1 de DIRECCION000, que fue recurrida en apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, contra el acusado Miguel Ángel, con D.N.I. nº NUM002, hijo de Carlos José y de Hortensia, natural de DIRECCION000 y vecino de DIRECCION000, sin antecedentes penales, cuya solvencia no consta, en situación de prisión provisional por esta causa desde el día 8 de junio del año 2020, y en la que se dictó sentencia por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy, haciendo constar lo siguiente:

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

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se dan por reproducidos los Hechos Probados de la sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- De conformidad con nuestra Sentencia Casacional debemos mantener la condena impuesta al recurrente Miguel Ángel y la estimación del recurso de la acusación particular ejercida por Abelardo y Virginia suprimiendo la atenuante de reparación del daño del art. 21.5 CP, aunque sin repercusión directa en la pena impuesta y fijar la pena al condenado de prohibición de comunicarse por cualquier medio y de aproximarse a Abelardo, Virginia, Ana María, Arturo, Agustín, Amadeo, María Teresa y María Inmaculada a una distancia no inferior a mil metros de su persona, domicilio, lugar de trabajo o cualquier lugar en que estos se



encuentren por un periodo de tiempo de cinco años superior a la pena de prisión permanente revisable con costas causadas en este caso al condenado incluidas las de la acusación particular y con costas de oficio a la acusación particular.

FALLO

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

Que debemos mantener la condena al recurrente Miguel Ángel impuesta en la sentencia del Tribunal del Jurado y ratificada en la sentencia de 28 de septiembre de 2021 dictada por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y la estimación del recurso de la acusación particular ejercida por Abelardo y Virginia, suprimiendo la atenuante de reparación del daño del art. 21.5 CP aunque sin repercusión directa en la pena impuesta y fijar la pena al condenado de prohibición de comunicarse por cualquier medio y de aproximarse a Abelardo, Virginia, Ana María, Arturo, Agustín, Amadeo, María Teresa y María Inmaculada a una distancia no inferior a mil metros de su persona, domicilio, lugar de trabajo o cualquier lugar en que estos se encuentren por un periodo de tiempo de cinco años superior a la pena de prisión permanente revisable con costas causadas en este caso al condenado incluidas las de la acusación particular y con costas de oficio a la acusación particular.

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

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Vicente Magro Servet Susana Polo García

Eduardo de Porres Ortiz de Urbina Ángel Luis Hurtado Adrián