



Roj: **STS 3644/2022 - ECLI:ES:TS:2022:3644**

Id Cendoj: **28079120012022100785**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **05/10/2022**

Nº de Recurso: **10033/2022**

Nº de Resolución: **800/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación penal**

Ponente: **SUSANA POLO GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ ICAN 3203/2021,**  
**STS 3644/2022**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 800/2022**

Fecha de sentencia: 05/10/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10033/2022 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 04/10/2022

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Susana Polo García

Procedencia: T.S.J.CANARIAS SALA CIV/PE

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

Transcrito por: AGA

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10033/2022 P

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Susana Polo García

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

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 800/2022**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Antonio del Moral García

D.<sup>a</sup> Ana María Ferrer García

D.<sup>a</sup> Susana Polo García





D. Javier Hernández García

En Madrid, a 5 de octubre de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 10.033/2022-P interpuesto por **D. Bernardino**, representado por la procuradora, D<sup>a</sup>. Carmen Matoso Bentacor, bajo la dirección letrada de D. **Roberto Orive** Montesdeoca, contra Sentencia nº 136/2021, de fecha 26 de noviembre de 2021, y auto aclaratorio de fecha 14 de diciembre de 2021, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Sala de lo Penal, en el Procedimiento Recursos Ley Jurado nº 101/2021, por delitos de asesinato, agresión sexual y allanamiento de morada.

Ha sido parte recurrida el **Instituto Canario de Igualdad del Gobierno de Canarias**, representado por la procuradora D<sup>a</sup> Mercedes Ramírez Jiménez y defendido por la letrada D<sup>a</sup> Begoña Santana Vera.

Interviene el **MINISTERIO FISCAL**.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Susana Polo García.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.**- El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 6 de Puerto del Rosario, instruyó el procedimiento previsto en la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado 5/1995 con el nº 482/2018, por un delito de asesinato, agresión sexual y allanamiento de morada, contra D. Bernardino, y una vez abierto el juicio oral, lo remitió a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, en la que vista la causa por el Tribunal Jurado (Rollo núm. 32/2020), dictó sentencia nº 205/2021, de fecha 22 de junio de 2021, que contiene los siguientes Hechos Probados:

"PRIMERO: El Jurado ha declarado probados los siguientes hechos:

El acusado Bernardino, mayor de edad, la madrugada del día 4 de junio de 2018, se encontraba en su domicilio sito en el núm. NUM000 de la CALLE000 de la localidad del Valle de Santa Inés (municipio de Betancuria), residiendo su prima hermana D<sup>a</sup>. Laura, en el núm. NUM001 de la misma calle junto a sus padres D. Elías y D<sup>a</sup>. Manuela.

El acusado había estudiado y planificado los horarios laborales de los padres de Laura, y había observado la llegada de esta sobre las 4 de la madrugada, eligiendo una hora para introducirse en el domicilio de Laura, en la que aseguraba no ser observado, ni advertida su presencia, y así atacar de forma sorpresiva e impune a la víctima. De este modo, sobre las 7:15 horas del día antes indicado, el acusado, tras comprobar que su prima, quien había llegado a su domicilio sobre las 4 de la madrugada tras pasar la noche con su novio Fructuoso, se había quedado sola en el domicilio, al haber visto desde su ventana la salida de los padres de aquella, se dirigió a la vivienda de Laura llevando consigo un martillo con el mango de color amarillo así como dos navajas y una cuerda, vistiendo una chaqueta manga larga con capucha, la cual se colocó en la cabeza a fin de evitar ser reconocido. Una vez en la puerta de la vivienda de Laura, el acusado, utilizando la llave que tenía consigo al haberla sustraído del interior de la misma con anterioridad, entró en el inmueble y subió a la segunda planta, llevando puestos unos guantes de nitrilo con el fin de evitar dejar huellas y vestigios, entrando en el dormitorio de Laura cerrando la puerta, y sin encender la luz, se acercó a la cama donde dormía su prima, y con la intención de acabar con su vida, y aprovechando la circunstancia de encontrarse dormida Laura, le asestó varios golpes con el martillo en la cabeza lo que provocó que Laura se despertara gravemente herida y aturdida. El acusado, lejos de deponer su agresión, continuó propinándole violentos golpes de martillo sin dar tiempo de reacción a Laura, todos ellos en la cara y en la cabeza. Laura llegó a levantarse de la cama e intentó protegerse de los golpes tapándose la cara, a lo que el acusado respondió con más golpes de martillo en la cabeza. Laura, ya con las escasas fuerzas que le quedaban debido a la gravedad de las lesiones craneales sufridas, cayó al suelo, al tiempo que gritaba a su madre para que la ayudara, continuando el acusado asestando golpes con el martillo hasta un total aproximado de 30, de los cuales dos fueron idóneos para provocar la muerte de Laura, tanto por su intensidad como por las zonas vitales donde fueron propinados. Además el acusado en varias ocasiones, colocó un cinturón alrededor del cuello de Laura y lo presionó con fuerza impidiendo que respirara.

Cuando Laura se encontraba gravemente herida y desangrándose sin posibilidad de oponer resistencia alguna ni defenderse en los últimos momentos de vida, el acusado, guiado del ánimo de satisfacer sus deseos sexuales, cogió un objeto redondeado idóneo para ello que llevaba consigo, bien el mango del martillo, bien el mango de la navaja, ambos u otro objeto no identificado, le bajó las bragas a Laura y se los introdujo con fuerza por vía anal.

Como consecuencia de la agresión Laura sufrió distintos traumatismo craneo-encefálicos graves con fracturas de bóveda, base de cráneo y traumatismos faciales graves con hemorragia masiva, además





de lesiones en el cuello, que causaron su muerte tras producirse parada cardiorrespiratoria por shock hemorrágico.

SEGUNDO: El acusado después de cometer los hechos, intentó limpiar toda la sangre y ocultar el cuerpo sin vida de Laura , y al no poder hacerlo abandonó la vivienda a través de la puerta trasera de la misma que conduce a las terrazas o patios del resto de las viviendas adosadas de la urbanización, e introduciéndose en su propia vivienda, a través de una ventana de la caja de escalera que comunica con el patio, se dirigió al baño y se quitó todas las prendas que llevaba puestas y manchadas de sangre y las colocó en el interior de una bolsa de basura de color azul, olvidándose debajo del lavabo la chaqueta con capucha usada. El acusado depositó asimismo en el interior de la bolsa de basura azul el martillo empleado para terminar con la vida de Laura , una navaja que llevaba consigo, la cuerda y los guantes de nitrilo.

El acusado sufre de un retraso mental de carácter leve, sin que tal circunstancia suponga ningún tipo de alteración de su voluntad, capacidad de comprensión y conciencia de su actuar en el momento de los hechos.

El día 08 de junio del 2018 a las 11:30, el acusado voluntariamente reconoció los hechos ante agentes de la guardia civil, confesando ser el autor de la muerte de Laura .".

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

"En virtud del veredicto de CULPABILIDAD emitido por el Tribunal del Jurado, CONDENO al acusado Bernardino como autor de un delito de ASESINATO ya definido del artículo 139.1, 1ª y 3ª y 2 del Código Penal, con la concurrencia de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, agravante de disfraz y de aprovechamiento de las circunstancias de tiempo y lugar, previstas en el artículo 22. 2ª del CP, a la pena de VEINTICINCO AÑOS DE PRISIÓN, más la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.

Como autor de un delito de AGRESIÓN SEXUAL ya definido de los artículos 178, 179 y 180.1, 1ª y 5ª, y 2 del Código Penal, con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, agravante de alevosía, prevista en el artículo 22. 1ª del CP, a la pena de CATORCE AÑOS y SEIS MESES DE PRISIÓN, más la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.

Y Como autor de un delito de ALLANAMIENTO DE MORADA ya definido del artículo 202.1 del Código Penal, con la concurrencia de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, agravante de disfraz y de aprovechamiento de las circunstancias de tiempo y lugar, previstas en el artículo 22. 2ª del CP, a la pena de UN AÑO y SEIS MESES DE PRISIÓN, más la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Todo lo anterior con imposición de las costas al acusado.

Con arreglo al artículo 57 del Código Penal, impongo al acusado la prohibición de aproximarse durante 10 años, a menos de 500 a Manuela , Elias y Elias en cualquier lugar donde se encuentren, de su domicilio, centro de trabajo y de cualquier otro que frecuenten, y la pena accesoria 10 años de prohibición de comunicarse con los anteriores, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual.

Además y en base a las previsiones del artículo 192, con arreglo a lo interesado por la acusación, por el delito de agresión sexual por el que ha sido condenado se debe imponer al acusado la medida de seguridad de libertad vigilada que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad con una duración de cinco años, cuya concreción se llevará a cabo de acuerdo con las previsiones del artículo 106 del Código Penal.

En concepto de responsabilidad civil el acusado indemnizará a Manuela , en la cantidad de 130.000 euros, a Elias , en la cantidad de 130.000 euros, a Elias , en la cantidad de 60.000 euros, y a Fructuoso , en la cantidad de 30.000 euros, en todos los casos con los intereses legales del artículo 576 de la LEC.

Abónese al acusado el tiempo de prisión provisional sufrida por esta causa.

Notifíquese a las partes la presente, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Canarias en el plazo de diez días desde la última notificación."

**TERCERO.-** Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal del condenado, dictándose sentencia nº 136/2021 por la Sala de lo Penal, del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, en fecha 26 de noviembre de 2021, en procedimiento del Tribunal Jurado 101/2021, con el siguiente FALLO:

"Que debemos estimar y estimamos en parte el recurso de apelación presentado por la procuradora Dª. Carmen Dolores Matoso Betancor, en nombre y representación de D. Jose Pablo , contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Las Palmas en el rollo 32/2020, proveniente del procedimiento de Tribunal del Jurado nº 482/2012, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 6 de Puerto del Rosari





en cuanto a las penas a imponer por apreciación del concurso medial, en el delito de asesinato con el delito de allanamiento de morada, a la pena de VEINTICINCO años de privación de libertad, y demás accesorias consignadas en la sentencia recurrida, y a la pena de QUINCE años de prisión para el delito de agresión sexual con allanamiento de morada, con las mismas accesorias recogidas en la sentencia de instancia, confirmando el resto de los pronunciamientos de la resolución recurrida y sin efectuar condena en costas en la presente alzada.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y demás partes personadas, haciéndoles saber que no es firme y que contra la misma cabe interponer recurso de casación que deberá anunciarse ante esta Sala en el plazo de cinco días."

**CUARTO.-** La Sala de lo Penal, del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con fecha 14 de diciembre de 2021, dictó auto de aclaración con los siguientes Antecedentes de Hecho y Parte Dispositiva:

-ANTECEDENTES-

"ÚNICO.- En el procedimiento reseñado al margen recayó sentencia de fecha 26 de noviembre de 2021, por la que estimaba en parte el recurso de apelación presentado por la procuradora doña Carmen Dolores Matoso Betancor, en nombre y representación de don Bernardino, contra la sentencia dictada en fecha 22 de junio de 2021, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria en el procedimiento Tribunal del Jurado 32/2020."

-PARTE DISPOSITIVA-

"LA SALA ACUERDA Aclarar el fallo de la sentencia dictada por esta Sala de fecha 26 de noviembre de 2021 en el sentido de hacer constar que donde dice don Jose Pablo debe decir don Bernardino .

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y demás partes personadas.

Contra esta resolución no cabe recurso alguno."

**QUINTO.-** Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por la representación legal del condenado, D. Bernardino, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

**SEXTO.-** Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación legal del recurrente formalizó el recurso alegando los siguientes **motivos de casación**:

Motivo Primero.- Por infracción de ley al amparo del art. 852 LECrim y 5.4 LOPJ.

Motivo Segundo. - Por el cauce previsto en el art. 5.4 de la LOPJ en relación a lo previsto en el art. 852 de la LECrim, por infracción de precepto constitucional, vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia consagrado en el art. 24.2 de la CE CON RESPECTO A LA SENTENCIA CONDENATORIA DEL DELITO DE AGRESIÓN SEXUAL.

Motivo Tercero.- Al amparo de lo previsto en el art. 849 Primero de la LECrim, por infracción de ley, en relación al art. 741 de la LECrim. y el art. 9.3 de la CE, POR INDEBIDA INAPLICACIÓN DE LA ATENUANTE del artículo 21.4ª C. Penal:" La de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a CONFESAR LA INFRACCIÓN a las autoridades. ALTERNATIVAMENTE, la atenuante del artículo 21.7ª C. Penal: "Cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores." cuando se dan los requisitos exigidos por la doctrina, la atenuante de confesión tardía de los hechos, por suponer una facilitación importante para con la investigación judicial.

Motivo Cuarto.- Por infracción de ley, al amparo de lo previsto en el artículo 849.1 LECrim, por INDEBIDA INAPLICACIÓN del art 20. 1º y 3º del CP, la EXIMENTE COMPLETA DE ANOMALÍA O ALTERACIÓN PSÍQUICA y por alteraciones de la percepción de la realidad desde la infancia. De manera subsidiaria la EXIMENTE INCOMPLETA del art 21.1 en relación con el art 20.1 y 3.

Motivo Quinto.- Por infracción de ley, al amparo de lo previsto en el art. 849.1 de la LECrim., por infracción de precepto legal, artículo 22.2 del código penal, al apreciar indebidamente la agravante de aprovechamiento de lugar y tiempo.

Motivo Sexto.- Por infracción de ley, al amparo de lo previsto en el art. 849.1 de la LECrim. por infracción de precepto legal, artículo 22.2 del código penal, al apreciar indebidamente la agravante de disfraz.





Motivo Séptimo.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.2 LECrim., por error en la apreciación de la prueba, designándose a dichos efectos, sin razonamiento alguno, los particulares de los documentos que muestren el error en la apreciación de la prueba.

**SÉPTIMO.-** Conferido traslado para instrucción, la representación procesal del Instituto Canario de Igualdad del Gobierno de Canarias, se dio por instruido del recurso de casación, y se solicita su impugnación a la admisión del recurso, y subsidiariamente para el supuesto de su admisión, interesa la desestimación de los motivos.

El Ministerio Fiscal manifestó quedar instruido del recurso formulado, e interesó la desestimación del recurso; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**OCTAVO.-** Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 4 de octubre de 2022.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** 1. En el primer motivo se alega "infracción de ley al amparo del art. 852 LECrim y 5.4 LOPJ", y en su desarrollo afirma que se produce una indebida aplicación de los siguientes principios y normativa legal: a) Inaplicación de la atenuante del artículo 21.4ª C. Penal, la de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades; alternativamente, la atenuante del artículo 21.7ª C. Penal "cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores", b) Inaplicación del art 20. 1º y 3º del CP, eximente completa de anomalía o alteración psíquica y por alteraciones de la percepción de la realidad desde la infancia. De manera subsidiaria la eximente incompleta del art 21.1 en relación con el art 20.1 y 3, del mismo texto legal. c) Infracción de precepto legal, artículo 22.2 del Código Penal, al apreciar indebidamente la agravante de aprovechamiento de lugar y tiempo. d) Por infracción de precepto legal, artículo 22.2 del Código Penal, al apreciar indebidamente la agravante de disfraz.

Las mismas alegaciones son reiteradas en los motivos tercero, cuarto, quinto y sexto, por vía de infracción de ley, al amparo de lo previsto en el art. 849.1 de la LECrim, por lo que analizaremos los motivos conjuntamente con los anteriores.

2. En cuanto a la naturaleza del recurso de casación en relación a los juicios competencia del Tribunal del Jurado, conforme señala la sentencia de esta Sala Segunda núm. 811/2016, de 28 de octubre, con remisión expresa a las sentencias núm. 660/2000, de 12 de Diciembre, 1126/2003, de 19 de Septiembre; y las más recientes 41/2009, de 20 de Enero, 168/2009, de 12 de Febrero y 717/2009, de 17 de Junio, 85/2012, de 7 de febrero, 136/2012, de 6 de marzo, 903/2012, de 21 de Noviembre, 1027/2012, de 18 de Diciembre, 302/2013, de 27 de Marzo, 721/2013, de 1 de Octubre, y 127/2015, de 3 de marzo, en sus orígenes históricos, la casación no era sino un control de legalidad referido a la interpretación y aplicación de la Ley por los Tribunales, a efectuar por el Tribunal de Casación que en funciones de verdadera "policía jurídica" depuraba y eliminaba aquellas resoluciones judiciales que se apartaban de la interpretación correcta fijada precisamente por la Sala de Casación, que de este modo se convertía en garante y custodio del principio de seguridad jurídica, esencial en todo sistema jurídico y al que se refiere el artículo 9 apartado 3 de la Constitución en términos de existencia y de efectividad "...la Constitución garantiza... la seguridad jurídica...". De ahí su naturaleza de recurso extraordinario. Con ello se garantizaba el principio de igualdad ante la Ley, pues quedaba garantizada una idéntica interpretación y aplicación de la misma en todos los procesos.

Es precisamente en referencia a los juicios del Tribunal del Jurado que esa nota brilla con luz propia en la medida que la casación descansa sobre el recurso de apelación.

En acatamiento estricto al principio de doble instancia reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 1966 y también en el Protocolo VII al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 22 de Noviembre de 1984, ratificado por España el 15 de Octubre de 2009, se articula en la Ley del Jurado un recurso de apelación que, en palabras de la Exposición de Motivos, "...aspira a colmar el derecho al doble examen o doble instancia en tanto su régimen cumple suficientemente con la exigencia de que tanto el fallo condenatorio como la pena impuesta sean sometidas a un Tribunal Superior...", lo que permite resituar la casación en su propia función de control de la interpretación y aplicación de la Ley -principio de legalidad y seguridad jurídica-.

De lo expuesto deriva con claridad que la sentencia objeto del recurso de casación es la dictada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad correspondiente, y, por ello, no pueden ser objeto de denuncia cuestiones ajenas a lo debatido en el recurso de apelación o, dicho de otro modo, el marco de la disidencia en el recurso de casación queda limitado por lo que fue objeto del recurso de apelación. Lo que quedó fuera del ámbito de conocimiento de la apelación no puede ser objeto del recurso de casación en





medida que ello supondría obviar la existencia del previo control efectuado en la apelación. De este modo el control casacional se construye, precisamente, sobre lo que fue objeto del recurso de apelación.

En definitiva, el objeto del recurso de casación no está integrado por la sentencia dictada en la instancia, en la que se han valorado las pruebas con inmediatez, sino por la sentencia dictada por la Sala de Apelación del Tribunal Superior de Justicia, al resolver -y motivar- la queja sobre la insuficiencia o invalidez de las pruebas, así como sobre la falta de racionalidad con la que aquéllas han sido ponderadas. Es este proceso motivacional el que habrá de servir de base para el discurso impugnativo.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que en el motivo del artículo 849.1 de la LECRIM sólo se plantean y discuten problemas relativos a la aplicación de la norma jurídica, lo que exige ineludiblemente partir de unos hechos concretos y estables, que deberán ser los sometidos a reevaluación judicial. Es un cauce de impugnación que sirve para plantear discrepancias de naturaleza penal sustantiva, buscándose corregir o mejorar el enfoque jurídico dado en la sentencia recurrida a unos hechos ya definidos, el relato fáctico en su integridad mediante una reinterpretación unilateral de las pruebas o eliminando o introduciendo matices que lo que hacen es condicionar o desviar la hermenéutica jurídica aplicada y aplicable ( STS 511/2018, de 26 de octubre).

3. En primer lugar, invoca el recurrente, tanto por cauce de infracción de precepto constitucional, como de infracción de ley, la inaplicación de la atenuante del artículo 21.4ª C. Penal, la de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades; alternativamente, la atenuante del artículo 21.7ª C. Penal: "cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores".

Denuncia que la citada atenuante se acreditó por la propia declaración de los agentes de la Guardia Civil, que afirmaron, sin lugar a dudas, que existían hasta seis líneas de investigación diferentes, varias personas eran sospechosas, se solicitó expresamente la obtención de la prueba de ADN a todos y cada uno de ellos. Además, los miembros del Jurado inaplican la atenuante en base a una premisa cuanto menos absurda jurídicamente, "como existía un pantalón y ropa que demostrarían que era el condenado el autor de la muerte violenta de Laura , luego no se aplica la atenuante". Además, no ha sido valorado que el condenado no sólo reconoció su autoría ante un agente de la Guardia Civil sin asistencia Letrada, sino que luego ante la Magistrada reconoció la autoría, y un año después acudió al lugar de los hechos y realizó un detallado y exhaustivo relato de hechos en la reconstrucción, hasta tal detalle, que ha sido la prueba fundamental para condenarle en la autoría de varios hechos, hasta para aplicarle ciertas agravantes.

3.1. En el relato fáctico se hace constar que *"El día 08 de junio del 2018 a las 11:30, el acusado voluntariamente reconoció los hechos ante agentes de la guardia civil, confesando ser el autor de la muerte de Laura "*, y el tribunal de instancia en cuanto a los efectos de la citada confesión o la utilidad que la misma tuvo para el buen fin de la investigación afirma que *" Llegados a este punto es innegable que la confesión de los hechos por parte del acusado no ha sido veraz ni completa por cuanto que ha negado la comisión del delito de agresión sexual, reconociendo solamente el delito de asesinato y el delito de allanamiento de morada."*

En relación al delito admitido -el asesinato de Laura -, la Sala razona que confesión no fue determinante para el esclarecimiento de los hechos pues se llevó a cabo cuando el culpable conocía ya la existencia del descubrimiento de la ropa ensangrentada, y que a resultas de dicha averiguación fue instado a que autorizara la extracción de su ADN, lo cual confirmaría sin duda la autoría del citado delito por el acusado, teniendo en cuenta los argumentos del Jurado popular al declarar no probado el Hecho 11º quien apoyó su negativa en el hecho de que *" el reconocimiento de los hechos por el acusado se produjo cuando el culpable conocía ya la existencia del descubrimiento de la ropa ensangrentada, y que a resultas de dicha averiguación fue instado a que autorizara la extracción de su ADN"*, lo cual confirmaría sin duda la autoría del delito por el acusado.

Por otro lado, se afirma que estamos ante una confesión limitada y no cierta por cuanto el recurrente no ha reconocido nunca la agresión sexual a Laura , siendo inveraz en sus declaraciones, pretendiendo imputar la autoría a su primo Anibal , incluso a Fructuoso -novio de Laura -, concluyendo la Sala que *" comparte el criterio del Tribunal del Jurado en cuanto a la no apreciación de la atenuante de confesión por cuanto que no solo la misma no fue veraz, ni auténtica ni cierta, llegando a negar de forma expresa la comisión del delito, es más, pretendiendo imputar a personas, intentando sembrar dudas en la investigación en vez de disiparlas, e incluso inventando hechos para conseguir de ese modo su inimputabilidad, cual es la mención al demonio."*

3.2. Respecto de la circunstancia atenuante de confesión ( artículo 21.4º CP) hemos dicho que su apreciación exige la concurrencia de los siguientes requisitos: a) Tendrá que producirse un acto de confesión de la infracción delictiva. b) El sujeto activo de la confesión habrá de ser el culpable. c) La confesión habrá de ser veraz en lo sustancial. d) La confesión habrá de mantenerse a lo largo de las diferentes manifestaciones realizadas en el proceso, también en lo sustancial. e) La confesión habrá de hacerse ante autoridad, agente



la autoridad o funcionario cualificado para recibirla. f) Tendrá que concurrir el requisito cronológico, consistente en que la confesión tendrá que haberse hecho antes de conocer el confesante que el procedimiento se dirigía contra él, habiendo de entenderse que la iniciación de diligencias policiales ya integra procedimiento judicial, a los efectos de la atenuante. Por "procedimiento judicial" debe entenderse, conforme a la jurisprudencia de esta Sala, las diligencias policiales que, como meras actuaciones de investigación necesariamente han de integrarse en un procedimiento judicial ( STS 268/2016 , de 5 de abril, entre otras muchas).

Nuestra sentencia 460/2020, de 15 de septiembre, con cita de la STS 84/2020, de 27 de febrero, resume nuestra doctrina al respecto, afirmando que la atenuante de confesión del artículo 21.4º del Código Penal (CP) exige que el sujeto confiese la infracción a las autoridades antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él. No es preciso ningún elemento subjetivo relacionado con el arrepentimiento por el hecho cometido, pues lo que se valora en la configuración de la atenuante es, de un lado, la colaboración del autor a la investigación de los hechos, facilitando que se alcance la Justicia, y, de otro, al mismo tiempo, su regreso al ámbito del ordenamiento, mediante el reconocimiento de los hechos y la consiguiente aceptación de sus consecuencias. Cumpliéndose el elemento temporal, es suficiente con una confesión del hecho que pueda reputarse veraz, es decir, que no oculte elementos relevantes y que no añada falsamente otros diferentes, de manera que se ofrezca una versión irreal que demuestre la intención del acusado de eludir sus responsabilidades mediante el establecimiento de un relato que le favorezca, y que resulta ser falso según la valoración de la prueba realizada después por el Tribunal. En este sentido la STS 1072/2002, de 10 de junio; STS 1526/2002, de 26 de septiembre; y STS 590/2004, de 6 de mayo, entre otras.

La atenuante de confesión se ha apreciado como analógica en los casos en los que aún no respetándose el requisito temporal, sin embargo, el autor reconoce los hechos y aporta una colaboración relevante para la justicia, realizando así un acto contrario a su acción delictiva que de alguna forma contribuye a la reparación o restauración del orden jurídico vulnerado. Hemos señalado respecto a la circunstancia analógica al artículo 21.7 CP, que en todo caso debe exigirse que la confesión facilite de modo relevante el enjuiciamiento (entre otras STS 454/2019 de 8 de octubre).

3.3. En el supuesto, ha quedado probado, como pone de relieve el tribunal de instancia en una valoración lógica y racional de la prueba practicada, que la confesión del acusado no tuvo lugar antes de que el mismo conociera que el procedimiento se dirigía contra él, sino tras ser citado por la Guardia Civil y requerido para la práctica de la prueba de ADN, cuando fue informado por la Autoridad de que su ropa ensangrentada había sido descubierta.

Además, con su actuación no facilitó la investigación y resolución del delito como razona la Sala, ni el reconocimiento fue totalmente veraz ni completo negando la comisión de la agresión sexual a la víctima, intentado imputar la agresión a otras personas. En definitiva, la colaboración del acusado no fue relevante para la justicia, realizando un acto contrario a su acción delictiva o contribuyendo a la reparación o restauración del orden jurídico vulnerado.

En efecto, la confesión del acusado no resultó determinante, ni relevante, decisiva o eficaz, en tanto que, como razona el Tribunal Superior de Justicia, esa confesión tardía del acusado, tras encontrarse abiertas las diligencias policiales en las que se interesó al acusado la prueba de ADN por haber encontrado un pantalón ensangrentado que le pertenecía, no puede considerarse un acto de colaboración relevante que avale la concurrencia de la analógica de confesión, pues existían pruebas surgidas de la investigación criminal con respecto al delito de agresión sexual, en donde el acusado negó los hechos, que han posibilitado su condena, por lo que tal confesión no puede contar con el efecto atenuatorio pretendido.

4. También se discute por el recurrente- por la doble vía de infracción de precepto constitucional e infracción de ley- la inaplicación del art 20. 1º y 3º del CP, eximente completa de anomalía o alteración psíquica, por alteraciones de la percepción de la realidad desde la infancia. De manera subsidiaria, invoca la aplicación de la eximente incompleta del art 21.1 en relación con el art 20.1 y 3, del mismo texto legal.

Se afirma que no se valoró la declaración del psiquiatra D. Candido , que acudió a sede judicial, aseverando con rotundidad que había tratado psiquiátricamente como paciente al condenado durante los años 2011 a 2014 en el Servicio Canario de Salud. Que le había diagnosticado durante dicho periodo temporal, como que padecía de un retraso mental moderado. Tampoco se valora, ni se menciona, la declaración del psicólogo D. Cesar , que trató el acusado entre los años 2016 y 2018 quien manifestó que el acusado en el momento de los hechos padecía un trastorno mental grave.

4.1. Como hemos dicho en la sentencia 637/2019, de 19 de diciembre, ha señalado la jurisprudencia con respecto a la apreciación de las atenuaciones de la responsabilidad criminal por afectaciones mentales con reflejo en la capacidad de culpabilidad, que el sistema del Código Penal vigente exige no solo la existencia de un diagnóstico que aprecie una anomalía o alteración psíquica como elemento biológico o biopatológico, sino que a él debe añadirse la comprobación de que tal déficit impide al sujeto, o le dificulta en mayor o menor



medida, la comprensión de la ilicitud de la conducta o bien la actuación conforme a esa comprensión (elemento psicológico-normativo).

De modo que una base patológica, acreditada, que en realidad no supusiera condicionamiento para las referidas facultades psicológicas o que careciera de vinculación con el concreto campo de la conducta humana a la que el hecho típico se refería, no podía ser tenida en cuenta desde el punto de vista de la consideración de la imputabilidad.

Lo que, por otra parte, para los supuestos de exención incompleta de la responsabilidad, contruidos a partir de la atenuante 1ª del artículo 21, en relación con cualquiera de las eximentes señaladas y, respecto de sus efectos penales, con el 68 del mismo Código Penal, significa una semejante configuración estructural, si bien, en estos casos, la afectación de las facultades psíquicas no requiere una anulación total de alguna de ellas, sino, tan sólo, su severa limitación ( STS 60/2016, de 4 de febrero).

4.2. La sentencia de instancia analiza el objeto de veredicto y expone, en primer lugar, que no se declaran probados por el Jurado los hechos 8º, 9º y 10º, donde se recogían las preguntas relativas a la afectación total o parcial de las capacidades cognitivas y volitivas del acusado.

En cambio, se declara probada la pregunta 11ª, en el que se hace constar que *"El acusado sufre de un retraso mental de carácter leve, sin que tal circunstancia suponga ningún tipo de alteración de su voluntad, capacidad de comprensión y conciencia de su actuar en el momento de los hechos."*

*Este hecho los damos por probado con unanimidad (9 votos a favor) donde el Cuerpo Nacional de Médico psiquiatra-forense tras las diversas entrevistas con el acusado informan que sufre una discapacidad intelectual leve o psicopatía. En el que no influye en su capacidad cognitiva ni volitiva. Por esto mismo damos por desfavorables los hechos 8, 9 y 10 del apartado ". Extremo que desarrollan en el apartado B del objeto de veredicto reiterando lo argumentado por los médicos forenses- psiquiatras Dimas y Tamara .*

Con base a lo anterior concluye la Sala que los Jurados basan su valoración en prueba practicada en el Plenario y con argumentos suficientes y bastantes para fundamentar su decisión. Es cierto que contaron para ello con la opinión de diferentes profesionales de la materia y concluyeron que de las que presenciaron, la que le mereció más credibilidad fue la de los psiquiatras forenses, por el momento en que dicha prueba se desarrolló, por el perfil de los profesionales que estudiaron y valoraron al encausado y, finalmente, por el motivo de su examen, fue la de los médicos forenses que afirmaron que en el momento de ocurrir los hechos, sin desechar la existencia de la minusvalía que padece el acusado, tal minusvalía no le impedía comprender ni entender la "espeluznante" acción que llevó a cabo.

La anterior conclusión también es analizada por el Magistrado Presidente, reiterada en la sentencia recurrida, haciendo expresa mención a que el Jurado expresamente rechazó, con fundamento en lo sostenido por los médicos forenses, que el acusado sufriera alteración psíquica alguna, ni grave, ni moderada, ni leve, que disminuyera ni aun de modo leve, sus capacidades intelectivas o volitivas. Añadiendo que hay que tener en cuenta los actos preparatorios llevados a cabo por el acusado, así como aquellos destinados a ocultar las evidencias que se declaran acreditados que *" no se corresponden con alguien que pudiera tener afectadas de algún modo sus capacidades intelectivas y volitivas. El grado de discapacidad del 66% del acusado está referido a una limitación física-psíquica, pues tiene problemas de audición, así como en el habla, pero la incapacidad intelectual, es en todo caso leve."*

4.3. Por tanto, en la resultancia fáctica de la sentencia no se realiza mención alguna relacionada con el estado del acusado en el momento de la comisión de los hechos. Lejos de ello, lo que se afirma es que *" El acusado sufre de un retraso mental de carácter leve, sin que tal circunstancia suponga ningún tipo de alteración de su voluntad, capacidad de comprensión y conciencia de su actuar en el momento de los hechos."*

Además, por el tribunal de instancia se ha estudiado minuciosamente el tema planteado, sin que se aprecie error patente, manifiesto o notorio, o que se haya llegado a una conclusión absurda o contraria a los principios elementales de la lógica y la experiencia. Analizada la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia, se comprueba nuevamente que el Tribunal ha confirmado de forma racional la valoración de la prueba realizada por el Jurado llegando a idéntica conclusión en el sentido de que no puede ser apreciada la eximente invocada en ninguna de sus formas.

5. Se formulan dos motivos por Infracción de precepto legal y de valoración probatoria, en relación con el artículo 22.2 del Código Penal, al apreciar la sentencia de instancia indebidamente la agravante de aprovechamiento de lugar y tiempo.

En el desarrollo de los mismos se hace constar que el relato de hechos que declara el Jurado como probado se desprende que lo que buscaba el acusado era el aseguramiento del resultado, así como el momento idóneo





para cometer el delito toda vez que, por un lado, se aseguró que nadie lo pudiera descubrir, y de que la víctima estuviera sola en la vivienda al esperar hasta que los padres de aquella se fueran a trabajar, y por otro lado, se aprovechó de que la víctima se encontraba durmiendo, y en consecuencia, se encontrara en una situación de total indefensión.

Apunta el recurrente que las citadas circunstancias engloban el concepto de alevosía, pues el acusado empleó en la ejecución del delito todos aquellos medios idóneos para asegurar la comisión del mismo buscando una situación de total indefensión de la víctima, resultado imposible que se le aplique la agravante de aprovechamiento del lugar y tiempo pues ya se encuentran absorbidos por la alevosía.

5.1. Por lo que concierne a la compatibilidad de la agravante de aprovechamiento de lugar y tiempo, simultánea a la aplicación de la agravante de alevosía, hemos advertido su carácter problemático, así en la sentencia 351/2019, de 9 de julio, dijimos que "Y tratamos de fijar la delimitación en la concurrencia de la finalidad que en ésta se dirigiría la búsqueda de la impunidad, ausente en la alevosía. Impunidad que si bien es un fin normal dentro de la lógica delictiva, es lo cierto que cuando se observa en la ejecución del hecho que además de la neutralización de la defensa de la víctima se ha escogido/aprovechado un escenario especialmente idóneo para no dejar rastro delictivo, para facilitar la impunidad, habrá de convenirse que se está en presencia, en tales casos, de un desvalor de la acción delictiva que no está absorbida ni compensada con la alevosía, y por ende, sería posible la compatibilidad entre aquella y la de aprovechamiento del lugar como ha razonado fundadamente la sentencia sometida al presente control casacional. (vid la misma sentencia que acabamos de citar). No obstante, la doctrina jurisprudencial es oscilante y tributaria de la especificidad de cada caso enjuiciado. Por un lado, se ha estimado la compatibilidad en las Sentencias de este Tribunal Supremo 1340/2005 de 8 noviembre, 2047/2001 de 4 de febrero, 843/2002 de 13 de mayo, 700/2003 de 24 de mayo, 23 de marzo 1998 y 17 de noviembre 1998. Se opusieron a la compatibilidad, la de 8 de julio 1986 y las 803/2002 de 7 de mayo y 510/2004 de 27 de abril."

5.2. El Tribunal Superior de Justicia al respecto, tras transcribir el relato de hechos que se declara probado, y la jurisprudencia existente al respecto, apunta que el acusado al realizar su acción en el lugar y en la hora que los Jurados declararon probados, buscó no solo asegurar el resultado de su acción criminal, que afirma que ya le proporcionaba el martillo que llevaba consigo, el cinturón o cuerda que le ató al cuello y la navaja, y el encontrarse la víctima durmiendo, sino, además, proporcionarse su impunidad para llevarlo a cabo, para lo cual preparó el marco adecuado: esperando a que todos los moradores de la casa abandonaran el mismo, procurándose un escenario idóneo para evitar ser descubierto, programando hasta el más mínimo detalle a fin de dar una apariencia de inocencia tras la comisión del hecho y evitar ser visto durante la ejecución de los ilícitos por los que ha sido condenado y gestionar la huida aprovechando que la casa de la víctima se encontraba al lado de la suya lo que le permitía huir por la terraza hasta su propia vivienda sin ser visto.

5.3. Hay que tener en cuenta que conforme la jurisprudencia citada, la compatibilidad de ambas agravantes sin infracción del principio *bis in idem* radica en que cuando se observa en la ejecución del hecho que además de la neutralización de la defensa de la víctima se ha escogido/aprovechado un escenario especialmente idóneo para no dejar rastro delictivo, para facilitar la impunidad, no existe infracción alguna del citado principio.

Además, es doctrina reiterada de esta Sala, analizada entre otras en la STS 185/2017, de 23 de marzo, (Cfr. Sentencias 1240/2005, de 27 de octubre y 1592/1998, de 16 de febrero de 1999), que la circunstancia agravatoria de aprovechamiento de lugar ha de ser interpretada con un carácter restrictivo en aquellos delitos en los que la selección de un lugar es necesaria, o de alguna manera importante, para la comisión del hecho delictivo propuesto toda vez que por las características de la acción perseguida requieren generalmente para ser realizados de un alejamiento de cualquier tipo de publicidad o conocimiento directo del resto de los ciudadanos.

En el supuesto, resulta obvio, y es admitido por el recurrente, que nos encontramos ante una muerte alevosa, ahora bien, la comisión de unos hechos de una forma tan violenta y agresiva, resultaría totalmente incompatible con el hecho de que se iniciara en un lugar público y concurrido, o con la presencia del resto de los moradores de la vivienda, y que la salida del acusado se llevara a cabo por la puerta principal para poder ser visto, por lo que entendemos que no concurre la agravación del art. 22.2 del Código Penal, pues las condiciones de tiempo y lugar -de noche en la vivienda de la víctima, sin presencia de terceras personas-, si bien propiciaban que no fuera reconocido el acusado por terceros, no parece que fueran buscadas por el mismo, más allá de asegurar su ataque y de anular cualquier respuesta defensiva por parte de Laura o de otras personas que se pudieran encontrar en la vivienda, con lo que lógicamente también facilitaba la ejecución del hecho. Con ello, el recurrente eliminaba el riesgo de que otras personas pudieran acudir en auxilio de la víctima, anulando la última oportunidad de defensa y reforzando de esta forma el desvalimiento de la misma, lo que constituye precisamente el elemento central de la alevosía.





Es evidente, pues, que el plan del recurrente impidió una defensa mínimamente efectiva de la víctima que permita eliminar la concurrencia de la agravante de alevosía. La confianza de la víctima en la normalidad y tranquilidad del lugar, la traición por un sorpresivo e inopinado ataque, la superioridad de su atacante por la naturaleza del arma que portaba y la ausencia de riesgo para éste, son elementos que en su conjunto satisfacen las exigencias objetivas y subjetivas de la circunstancia agravante contemplada en el art. 22.1 CP, pero del citado plan no se desprende el plus de antijuridicidad que es exigible para la agravante cuya aplicación se discute con razón por el recurrente.

Los motivos referidos en este punto deben ser estimados.

6. Por último, discute el recurrente la aplicación de la agravante de disfraz, alegando infracción de precepto legal, artículo 22.2 del Código Penal.

El recurrente mantiene que no cabe la apreciación de la agravante de disfraz toda vez que el hecho de que el mismo se encontrara con la capucha puesta, en ningún momento impedía, y ni tan siquiera, dificultaba su identificación. Si no que por el contrario se le podía identificar con total facilidad puesto que se encontraba con la cara al descubierto a una corta distancia pues los hechos ocurrieron en el interior de una habitación. Además, el condenado mantuvo en su declaración realizada en la reconstrucción de los hechos, un año después, que tenía la cara descubierta.

6.1. En cuanto a la agravante de disfraz, la jurisprudencia de esta Sala, (por todas la STS 739/2022, de 20 de julio, con cita de la sentencia nº 347/2002, de 1 de marzo), ha entendido que esta agravante requiere para su apreciación que concurra "un elemento objetivo de utilización de un medio apto para desfigurar el rostro o apariencia habitual de una persona, que, aunque no sea de plena eficacia desfiguradora, no sea parcialmente imperfecto o demasiado rudimentario, por lo que para apreciarlo será preciso que sea descrito en los hechos probados de la sentencia, y un elemento subjetivo consistente en un propósito de buscar una mayor facilidad en la ejecución del delito o de alcanzar más segura impunidad por su comisión, y bien entendido que, en conexión con ambos requisitos, no es obstáculo a la apreciación de la agravante que el sujeto no consiga su propósito de no ser identificado y lo sea efectivamente en el caso ( sentencias, entre otras, de 9 de febrero de 1996, 20 de octubre de 1998, y, en particular, la de 3 de mayo de 2000). Además, se complementan esos dos requisitos con otro cronológico por el cual es precisa la utilización del disfraz al tiempo de la comisión del hecho ( sentencias de 11 de junio de 1997, 17 de junio de 1994, y 6 de abril y 10 de noviembre de 2000)".

6.2. Los miembros del Jurado declararon probado que en el Apartado C) del 7º) que: *"El acusado, en la comisión de los hechos, se puso la capucha de la chaqueta que portaba impidiendo así ser reconocido."*

La sentencia de instancia razona que en los Hechos Probados se recoge que el acusado en el momento de la fatídica agresión vestía *" una chaqueta manga larga con capucha, la cual se colocó en la cabeza"*, y que entró en el dormitorio de Laura *" cerrando la puerta y sin encender la luz se acercó a la cama donde dormía su prima"*, y que por tanto se cumple la razón de ser de la agravación de disfraz, en tanto en cuanto el agresor utilizó la sudadera con capucha con el fin de pasar inadvertido tanto para la víctima como también para evitar ser identificado en la huida.

6.3. No compartimos la inducción o inferencia que refrendó el Tribunal de apelación, sobre el hecho de que llevar una capucha, sin tapar el rostro, impida la identificación de una persona, sin que el citado hecho, como tal, lleve aparejado un mayor desvalor de la acción. Solo procederá la apreciación de la agravante de disfraz cuando en abstracto, el medio empleado sea objetivamente válido para impedir la identificación, y el hecho de llevar una chaqueta con una capucha puesta, no la impide, ni implica una clara desfiguración del rostro.

Recuerda la sentencia de esta Sala 492/2016, de 8 de junio, que la agravante de disfraz está integrada por un elemento objetivo (uso de un medio apto para desfigurar el rostro o la apariencia habitual de una persona) y otro subjetivo (el propósito de buscar una mayor facilidad en la ejecución del delito o una mayor impunidad).

Por cuanto antecede, procede la estimación de los motivos que acabamos de referir.

**SEGUNDO.-** 1. El segundo motivo se formula por el cauce previsto en el art. 5.4 de la LOPJ en relación a lo previsto en el art. 852 de la LECrim, por infracción de precepto constitucional, vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia consagrado en el art. 24.2 de la CE con respecto a la sentencia condenatoria del delito de agresión sexual.

Se explica por el recurrente que reconoció ante la Guardia Civil su participación en la muerte de su prima Laura , pero no que llevara a cabo agresión sexual alguna. Se realiza una valoración de la prueba para la condena basada únicamente en las afirmaciones de los médicos forenses, sin tener en cuenta las contradicciones en las declaraciones del novio de la víctima, rechazando por ello el Jurado únicamente la agresión vaginal, pero no la anal, sin explicación alguna, y sin tener en cuenta que el acusado padece una disforia de género, que no





se siente hombre, y que por tanto no tiene deseos sexuales hacia una mujer, lo que ratificó en el plenario el perito psicólogo Cesar , sin que exista prueba alguna sobre el hecho afirmado en el relato acerca de que el acusado le hubiera bajado las bragas, cuando fue encontrada la víctima las llevaba puestas. Toda la inferencia del tribunal sobre la prueba indiciaria la considera ilógica, irracional y excesivamente abierta.

2. Nuestra reciente sentencia número 546/2021, trayendo a colación lo ya señalado en nuestro auto número 172/2021, de 11 de marzo, ya señalaba: "Como hemos reiterado en casos de procedimiento ante el Tribunal del Jurado - STS 945/2009 de 29 de septiembre o STS 717/2009 de 17 de junio, con citación de otras-, la sentencia que se impugna en el recurso de casación es la dictada por el Tribunal Superior de Justicia. Cuanto se alegó en el recurso de apelación, y se alega en el de casación, las cuestiones relativas a la vulneración de la presunción de inocencia, y concretamente a la existencia de prueba, a su validez y a la racionalidad del proceso de valoración, en la medida en que han sido planteadas en el recurso de apelación, ya han sido examinadas en la sentencia que lo resuelve.

Esta Sala pues deberá verificar si los criterios utilizados y la doctrina aplicada por el Tribunal que resuelve la apelación son conformes con las exigencias contenidas en la doctrina de esta Sala y en la del Tribunal Constitucional sobre el particular.2.

Por otro lado, nos hemos pronunciado en diversas ocasiones sobre la validez de la prueba de indicios, recopiladas en la STS 532/2019, de 14 de noviembre, y así: "1.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 548/2009 de 1 Jun. 2009, Rec. 1644/2008: "La prueba indiciaria supone un proceso intelectual complejo que reconstruye un hecho concreto a partir de una recolección de indicios. Se trata, al fin y al cabo, de partir de la constatación de unos hechos mediatos para concluir otros inmediatos. Y como quiera que cuando se pone en marcha la cadena lógica, nos adentramos en el terreno de las incertidumbres, la necesidad de un plus argumentativo se justifica por sí sola. El juicio histórico y la fundamentación jurídica han de expresar, con reforzada técnica narrativa, la hilazón lógica de los indicios sobre los que se construye la decisión.

El proceso deductivo ha de quedar plasmado en toda su extensión, permitiendo así un control de la racionalidad del hilo discursivo mediante el que el órgano jurisdiccional afirma su inferencia. Ha de quedar al descubierto el juicio de inferencia como actividad intelectual que sirve de enlace a un hecho acreditado y su consecuencia lógica (cfr. SSTS 456/2008, 8 de julio y 947/2007, 12 de noviembre)".

2.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 1980/2000 de 25 Ene. 2001, Rec. 3869/1998: "Tanto el Tribunal Constitucional (SS 174/1985 y 175/1985 de 17 Dic ., 229/1988 de 1 Dic , entre otras), como esta misma Sala (TS SS 84/1995, 456/1995, 627/1995, 956/1995, 1062/1995, etc.), han declarado reiteradamente que el derecho a la presunción de "inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso penal pueda formarse sobre la base de una prueba de carácter indiciario, pero para que ésta pueda desvirtuar dicha presunción debe satisfacer, al menos, dos exigencias básicas:

- 1.º) los hechos base o indicios deben estar plenamente acreditados, no pudiendo tratarse de meras sospechas;
- 2.º) el órgano jurisdiccional debe explicitar el razonamiento a través del cual, partiendo de los indicios ha llegado a la convicción sobre el acaecimiento del hecho punible y la participación en el mismo del acusado. En estos casos el control casacional incluye tanto la constatación de que ha mediado una actividad probatoria válida como el examen del razonamiento que sirve de fundamento a la convicción judicial para constatar que responde a las reglas de la lógica y del criterio humano."

En definitiva, hay que tener en cuenta que la motivación de la sentencia del Tribunal del Jurado viene precedida del acta de votación, que constituye su base y punto de partida, en cuanto contiene la expresión de los elementos de convicción y una sucinta explicación de las razones por las que los jurados han declarado o rechazado declarar determinados hechos como probados. Que debe ser desarrollada por el Magistrado-Presidente al redactar la sentencia, expresando el contenido incriminatorio de esos elementos de convicción señalados por los jurados y explicitando la inferencia cuando se trate de prueba indiciaria o de hechos subjetivos. La exigencia de motivación, en cuanto elemento que permite la inteligibilidad y el control de la racionalidad de la decisión, no desaparece ni se debilita cuando se trata de una sentencia del Tribunal del Jurado y, por lo tanto, aunque no sea exhaustiva, debe ser suficiente para dar adecuada satisfacción a las necesidades que justifican su exigencia ( SSTS 2001/2002, de 28 noviembre, y 888/2013, de 27 de noviembre).

3. 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 - argumentos indiciarios del jurado desarrollados por el Magistrado Presidente- por quien ha analizado las pruebas practicadas a su presencia. Y en la estructura actual de la casación, ese proceso valorativo lo realiza 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.

3.1. Recordemos que es hecho probado que " *Cuando Laura se encontraba gravemente herida y desangrándose sin posibilidad de oponer resistencia alguna ni defenderse en los últimos momentos de vida, el acusado, guiado del ánimo de satisfacer sus deseos sexuales, cogió un objeto redondeado idóneo para ello que llevaba consigo, bien el mango del martillo, bien el mango de la navaja, ambos u otro objeto no identificado, le bajó las bragas a Laura y se los introdujo con fuerza por vía anal* ".

Frente a las alegaciones del recurrente que ahora reitera en la casación, en la sentencia de instancia se afirma que el hecho de que el acusado no confesara ser autor del delito de agresión sexual " *no le facilita un pasaporte para la inocencia*", ya que las pruebas practicadas a lo largo del Juicio oral, tanto testificales como periciales, demuestran lo contrario, la autoría del delito por el acusado.

En relación a la prueba pericial, se afirma que los forenses que exploraron el cadáver, el mismo día de los hechos, observaron la lesión en el ano de la fallecida, la cual fue necesariamente producida por la introducción muy violenta de un objeto redondeado, ratificando su informe en el plenario donde afirmaron, además, que en el momento de producirse, sin lugar a dudas, la víctima estaba viva, que había dilatación y con dilatación hay vida, siendo la causa de la muerte por desangre masivo, y que la víctima tardó en morir.

Añade el tribunal que el médico forense Dr. Matías manifestó que, en caso de que hubiera sido realizada en el marco de una relación consentida, -algo descartado por su pareja sentimental, ya que el testigo afirmó que nunca las tenían-, habría sido tan dolorosa y de tal magnitud que habría provocado el desmayo de la víctima por dolor insufrible y que nunca ese tipo de práctica, si es voluntaria, deja un vestigio lesivo de tal intensidad.

Se analiza la prueba practicada por los peritos Miguel , Matías e Pablo , que se ratificaron en sus informes y afirmaron que la penetración anal fue brusca y violenta, que se trataba de una relación sexual no consentida, lo que se aprecia porque el esfínter tarda mucho más en cerrar y que también encontraron lesiones que demuestran que la penetración no fue consentida.

También tiene en cuenta el tribunal que la huella del dedo hallada debajo de la braga, según depusieron los peritos Sres. Miguel , Matías y Pablo , acreditan como perfectamente factible que para llevar a cabo la penetración anal violenta el condenado retirara la braga de la víctima y posteriormente volviera a colocársela. La posición, boca abajo y con la cabeza girada hacia la izquierda, en la que se encontraba la víctima, facilita, como también expusieron los peritos citados en el párrafo anterior, el acceso a la penetración anal.

Tampoco le genera dudas al Tribunal del Jurado, ni al tribunal de apelación, el hecho alegado sobre el "trastorno de disforia de género" que padece el acusado, pues en nada desvirtúa los actos cometidos, como tampoco el rechazo del ánimo libidinoso que no va en contra de su alegada disforia.

3.2. En atención a lo que acabamos de exponer, hemos de concluir que el acusado es el autor del delito de agresión sexual por el que viene condenado. La inducción o inferencia que refrendó el Tribunal de apelación, por la que se llegó a la convicción respecto a la intervención del acusado no solamente no es arbitraria, absurda o infundada, sino que responde plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia, de manera que de los distintos hechos base acreditados, que el Tribunal de apelación escrutó, tal conclusión fluye con naturalidad, y por lo tanto debemos confirmar la rebatida conclusión.

A lo anterior debemos añadir que la doctrina de esta Sala ya ha excluido el ánimo libidinoso de los delitos de abusos sexuales, siendo lo relevante que el acto sexual en sí mismo considerado constituye un acto atentatorio contra la indemnidad sexual de la víctima, objetivamente considerado, cualquiera que sea el móvil que tuviera el autor de la acción ( SSTS 415/2017 de 8 de junio, 433/2018, de 28 de septiembre). Actos de inequívoco significado y contenido sexual, susceptibles de afectar negativamente a la indemnidad sexual, como ocurre aquí, sin duda, con la violenta penetración anal de la que fue objeto Laura por parte del acusado, sin que la disforia de género que afirma padecer sea obstáculo o impedimento para ello, por lo que no pueden prosperar las alegaciones del recurrente.

El motivo se desestima.

**TERCERO.-** Procede declarar de oficio las costas devengadas en esta instancia ( art. 901 LECrim.).

## FALLO

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

1º) HABER LUGAR PARCIALMENTE al recurso de casación interpuesto por la representación de Bernardino , contra Sentencia nº 136/2021, de fecha 26 de noviembre de 2021, y auto aclaratorio de fecha 14 de diciembre de 2021.





de 2021, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Sala de lo Penal, en el Procedimiento Recursos Ley Jurado nº 101/2021.

2º) Declarar de oficio las costas causadas en el presente recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION (P) núm.: 10033/2022 P

Ponente: Excm. Sra. D.ª Susana Polo García

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 Excmas. Sras.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Antonio del Moral García

D.ª Ana María Ferrer García

D.ª Susana Polo García

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 5 de octubre de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 10.033/2022-P interpuesto por **D. Bernardino**, representado por la procuradora, D.ª. Carmen Matoso Bentacor, bajo la dirección letrada de D. **Roberto Orive** Montesdeoca, contra Sentencia nº 136/2021, de fecha 26 de noviembre de 2021, y auto aclaratorio de fecha 14 de diciembre de 2021, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Sala de lo Penal, en el Procedimiento Recursos Ley Jurado nº 101/2021, por delitos de asesinato, agresión sexual y allanamiento de morada, que ha sido casada parcialmente por la sentencia pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen, hace constar lo siguiente:

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª Susana Polo García.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**ÚNICO.-** Se aceptan y se reproducen los Antecedentes de Hecho de Sentencia de fecha 26 de noviembre de 2021, y auto aclaratorio de fecha 14 de diciembre de 2021, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Sala de lo Penal.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se reproducen los de la primera sentencia dictada por esta Sala.

**SEGUNDO.-** Que por las razones expresadas en el Segundo de los Fundamentos Jurídicos de la sentencia de casación procede la estimación parcial del recurso interpuesto por la representación procesal de Bernardino, en el sentido de que no cabe apreciar en el delito de asesinato por el que viene condenado el recurrente las agravantes del art. 22.2 del CP -tiempo y lugar, así como disfraz- por lo que es de aplicación lo dispuesto en el art. 66.6 del citado texto legal, que dispone que " *Cuando no concurren atenuantes ni agravantes aplicaran la pena establecida por la ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho*".

La gravedad del hecho a que se refiere el precepto no es la gravedad del delito, toda vez que esta "gravedad" habrá sido ya contemplada por el Legislador para fijar la banda cuantitativa penal que atribuye a tal delito.

Para determinar ese mayor o menor gravedad del hecho ha de valorarse el propio hecho en sí, con arreglo a la descripción que se contenga en el relato de hechos, es decir, con arreglo al verdadero hecho real, y así concretamente



el supuesto culpable, por cuanto la gravedad del hecho aumentará o disminuirá en la medida que lo haga la cantidad del injusto (antijuricidad o el grado de culpabilidad del delincuente, la mayor o menor reprochabilidad que merezca).

Como hemos dicho en nuestra sentencia 17/2017, de 20 de enero, el legislador, al establecer el marco penal abstracto, ya ha valorado la naturaleza del bien jurídico afectado y la forma básica del ataque al mismo, la mayor o menor gravedad del hecho dependerá, entre otros factores, de las circunstancias concurrentes en el mismo, que sin llegar a cumplir con los requisitos necesarios para su apreciación como circunstancias atenuantes o agravantes, ya genéricas, ya específicas, modifiquen el desvalor de la acción o el desvalor del resultado de la conducta típica.

Se trata en definitiva de un ejercicio de discrecionalidad reglada, y en este caso, si bien es cierto que no se pueden apreciar las agravantes de aprovechamiento de lugar y tiempo, ni de disfraz, las circunstancias tenidas en cuenta por el Jurado y por el tribunal de instancia al respecto, deben ser valoradas a la hora de individualizar la pena, puesto que sin duda modifican y agravan el desvalor del resultado de la acción, por lo que procede imponer al acusado por el delito de asesinato la pena de 23 años de prisión, que se encuentra dentro de la mitad inferior de la pena tipo a imponer - 22 años y 6 meses a 25 años de prisión- ( art. 139.2 CP, en relación con el 77 CP, delito de asesinato en concurso con delito de allanamiento de morada). Manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia recurrida.

## FALLO

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

1º Condenar a Bernardino , como autor de un delito de asesinato del art. 139.1, 1ª y 3ª, y 2, en concurso con un delito de allanamiento de morada, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad a la pena de VEINTITRES AÑOS DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena; manteniéndose el resto de los pronunciamientos decretados por la Sentencia de instancia en sus propios términos.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

