



Roj: **STS 2481/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:2481**

Id Cendoj: **28079120012020100412**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/07/2020**

Nº de Recurso: **10703/2019**

Nº de Resolución: **418/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **MANUEL MARCHENA GOMEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal Sentencia núm. 418/2020

Recurso Nº: 10703/2019

Fecha de sentencia: 21/07/2020

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P) Número del procedimiento: 10703/2019 P

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria Parcial Fecha de Votación y Fallo:

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

Procedencia: Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: OVR Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10703/2019 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal Sentencia núm. 418/2020

Excmos. Sres.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Pablo Llarena Conde

D. Vicente Magro Servet

En Madrid, a 21 de julio de 2020.

Esta sala ha visto recurso de casación nº 10703/2019, interpuesto por Sabino representado por la procuradora Sra. D.ª Rocio Nieto Martínez y bajo la dirección letrada de D. Juan de Dios Ramírez Sarrión, contra Sentencia de Apelación dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla de fecha 4 de octubre de 2019 que estimaba parcialmente el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha 22 de abril de 2019 dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla que le condenaba como autor de un delito de agresión sexual en grado de tentativa y un delito de asesinato. Ha sido parte recurrida Teodulfo ., Vicente . y Aida . representados por la procuradora Sra. D.ª Isabel Ferrer Amigo y bajo la dirección letrada de D. Enrique Manuel Guerra Huertas. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 1 de DIRECCION001 , instruyó Procedimiento Jurado nº 18/2018, y una vez concluso, fue elevado al Tribunal Jurado de la Audiencia Provincial de Sevilla, en el Procedimiento número 9708/2018, que con fecha 22 de abril de 2019 dictó sentencia que contiene los siguientes hechos probados: «La mañana del 12 de marzo de 2017 en (DIRECCION002) Sevilla, en torno a las 8 de la mañana, el acusado Sabino , abordó a Candida por sorpresa con la intención de mantener relaciones sexuales contra la voluntad de ella, empleando la fuerza y un arma blanca para doblegar la voluntad de la víctima.

El acusado no logró finalmente su propósito, aunque sí llegó a despojar, u obligó a la víctima a despojarse, del sujetador y la camiseta que vestía y consiguió bajarle hasta las rodillas las mallas y bragas.

Sabino decidió matar a Candida tras constatar que no podía lograr su propósito de mantener relaciones sexuales con ella, dada la fuerte oposición de la víctima, y para evitar que ella le denunciara por haber intentado agredirla sexualmente, logrando así que no se descubriera la comisión de tales hechos.

El acusado mató a Candida sin que ella pudiera realmente defenderse, al atacarla por sorpresa con un arma blanca, hallándose la víctima desarmada y desprevenida. Sabino mató a Candida , tras golpearla repetidamente, en cara y cabeza y realizarle varios pinchazos con el arma blanca que portaba en el abdomen y un muslo. En sus intentos por defenderse, Candida sufrió diversos cortes también en manos y antebrazo izquierdo. El acusado asestó asimismo a Candida , varios pinchazos con el arma blanca en la zona del cuello, uno de los cuales le seccionó la tráquea y varios vasos sanguíneos. El acusado sabía que con todo ello ocasionaba a Candida un sufrimiento innecesario para matarla.

Cuando mató a Candida , Sabino tenía su capacidad para controlar los impulsos levemente disminuida, como consecuencia del retraso mental ligero que padece y de la ingesta de alcohol y cocaína que había realizado antes de cometer los hechos.»

SEGUNDO.- En la citada sentencia se dictó el siguiente Fallo: «Que debo condenar y condeno, conforme al veredicto del Jurado, a Sabino , como autor de un delito de asesinato y un delito de agresión sexual en grado de tentativa ya definidos, con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal atenuante analógica de actuar con su capacidad para controlar sus impulsos levemente mermada por padecer un retraso mental ligero y haber consumido alcohol y cocaína antes de la ejecución de los hechos, por el delito de asesinato, a la pena de prisión permanente revisable y accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena; y por el delito de agresión sexual en grado de tentativa, a la pena de 8 años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y libertad vigilada durante 10 años a tenor del art. 192.1 del CP.

Se impone asimismo al acusado la pena de prohibición del derecho de residir en el lugar en que residan o trabajen D. Teodulfo ., D. Vicente . y Da. Aida ., así como de acercarse a ellos a menos de 1000 metros en cualquier lugar en que se encuentren y a comunicarse con ellos por cualquier medio por tiempo superior en 10 años al de la duración de la pena privativa de libertad.

Se impone asimismo a Sabino el abono costas causadas, incluidas las devengadas por la acusación particular.

El acusado deberá indemnizar al esposo de la fallecida, Teodulfo ., en 162.240 euros, a la hija Aida . en 31.800 euros y al hijo de la fallecida, Vicente . en 60.840 euros, con aplicación del artículo 576 de la LEC Para el cumplimiento de la pena impuesta, es de abono al acusado el tiempo que ha permanecido y permanezca privado provisionalmente de libertad por esta causa,

Contra esta sentencia cabe interponer recurso de apelación para ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, a interponer ante esta Audiencia Provincial en el plazo de diez días siguientes a la última notificación, y por alguno de los motivos previstos en el artículo 846 bis de la Ley de enjuiciamiento Criminal.»

TERCERO.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó Recurso de Apelación por el acusado Sabino , remitiéndose las actuaciones a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, que dictó Sentencia, con fecha 4 de octubre de 2019 con la siguiente Parte Dispositiva:

«Que estimando parcialmente el recurso interpuesto por la defensa de Sabino contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada-presidente del Tribunal del Jurado, en el ámbito de la Ilma. Audiencia Provincial de Sevilla, se revoca ésta en el único sentido de considerar al acusado autor de un delito de asesinato con alevosía y sin ensañamiento, subsiguiente a un delito de agresión sexual en grado de tentativa y como medio



para evitar que se descubriera la comisión de éste, con la circunstancia atenuante analógica de actuar con su capacidad para controlar sus impulsos levemente mermada por padecer un retraso mental ligero y haber consumido alcohol y cocaína antes de la ejecución de los hechos, confirmando el resto de pronunciamientos, incluidas las penas impuestas.

Notifíquese esta Sentencia al ministerio Fiscal y a las demás partes a través de sus Procuradores, habiendo de proceder éstos a comunicarla a sus representados o a informar a la Sala de la imposibilidad, en la forma prevenida en el art. 248.4 de la LO 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial, instruyéndoles de que contra la misma cabe interponer recurso de casación ante la sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que, en su caso, deberá prepararse ante esta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Supremo, que, en su caso, deberá prepararse ante esta Sala de lo Civil y Penal en el término de cinco días a partir de la última notificación de la misma. Únase certificación al correspondiente Rollo de esta Sala".

CUARTO.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de Ley y precepto constitucional, interpuesto por el recurrente, 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, alegando los motivos siguientes:

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

Motivo segundo.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECrim y 5.4 LOPJ por vulneración del art. 24.2 CE.

Motivo tercero.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECrim y 5.4 LOPJ por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE.

Motivo cuarto.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECrim. por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE.

Motivo quinto.- Al amparo de lo previsto en el art. 852 de la LECrim y 5.4 de la LOPJ, por infracción de precepto constitucional vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia consagrado en el art. 24.2 de la CE.

Motivo sexto.- 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.

Motivo séptimo.- 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.

Motivo octavo.- Por infracción de ley, al amparo de lo previsto en el artículo 849.1 LECrim, por la indebida aplicación de los arts. 139.1,1º y 4º, y 140.1.2º del CP.

Motivo noveno.- Por infracción de ley, al amparo de lo previsto en el art. 849.1 de la LECrim., por indebida aplicación de los arts. 179, 180.5º, 16 y 62 del CP.

Motivo décimo.- Por infracción de ley, al amparo de lo previsto en el art. 849.1 LECrim. por indebida aplicación del art. 138 del CP.

Motivo undécimo.- Al amparo de lo previsto en el artículo 849.1 LECrim, por infracción de ley, por la indebida inaplicación del artículo 21.4ª del CP.

Motivo duodécimo.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.2 LECrim., por error en la apreciación de la prueba.

Motivo décimo tercero.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim., por indebida aplicación de los arts. 139.1 y 4º y 140.1 y 2 del CP.

Motivo décimo cuarto.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1, por indebida aplicación de los arts. 109 al 116 del CP.

Motivo décimo quinto.- Al amparo de lo previsto en el art.850 de la LECrim. por quebrantamiento de forma previsto en los apartados 3º y 4º del referido precepto, en relación a las preguntas realizadas al Agente de la Guardia Civil con TIP NUM000 .

QUINTO.- El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso interpuesto solicitando su inadmisión y subsidiaria desestimación. La representación legal de la parte recurrida igualmente lo impugnó. La Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.



SEXTO.- Realizado el señalamiento para Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 25 de marzo de 2020. Al quedar en minoría la tesis defendida en la ponencia presentada por el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral, se acordó la sustitución del ponente en los términos establecidos en el art. 206 de la LOPJ. La ponencia fue asumida por el Presidente de la Sala, Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- La sentencia dictada en grado de apelación por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con fecha 4 de octubre de 2019, estimó parcialmente el recurso promovido contra la dictada en primera instancia por la Audiencia Provincial de Sevilla, en el procedimiento especial del Jurado elevado por el Juzgado de instrucción núm. 1 de DIRECCION001 , resolución fechada el 22 de abril de 2019.

El acusado Sabino fue condenado, a partir del veredicto de culpabilidad dictado por el Tribunal del Jurado, como autor de un delito de asesinato y un delito de agresión sexual en grado de tentativa, con la concurrencia de la atenuante analógica de actuar con su capacidad para controlar sus impulsos levemente mermada por padecer un retraso mental ligero y haber consumido alcohol y cocaína antes de la ejecución de los hechos. Se le impuso, por el delito de asesinato, la pena de prisión permanente revisable y accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena; y por el delito de agresión sexual en grado de tentativa, la pena de 8 años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y libertad vigilada durante 10 años, a tenor del art. 192.1 del CP. Asimismo fue condenado a la pena de prohibición del derecho de residir en el lugar en que vivan o trabajen D. Teodulfo ., D. Vicente . y Da. Aida ., así como a la de acercarse a ellos a menos de 1000 metros en cualquier lugar en que se encuentren y a comunicarse con ellos por cualquier medio por tiempo superior en 10 años al de la duración de la pena privativa de libertad.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía estimó parcialmente el recurso promovido por la defensa y revocó la dictada por el Magistrado- Presidente en el ámbito de la Audiencia Provincial, en el sentido de considerar al acusado autor de un delito de asesinato con alevosía y sin ensañamiento, subsiguiente a un delito de agresión sexual en grado de tentativa y como medio para evitar que se descubriera la comisión de éste, con la circunstancia atenuante analógica de actuar con su capacidad para controlar sus impulsos levemente mermada por padecer un retraso mental ligero y haber consumido alcohol y cocaína antes de la ejecución de los hechos, confirmando el resto de pronunciamientos, incluidas las penas impuestas, que no sufrieron alteración pese a la estimación parcial del recurso.

2.- La representación legal de Sabino formaliza quince motivos. Algunos han sido desistidos -séptimo o undécimo-. Otros -décimo tercero y décimo cuarto- son vicarios de motivos precedentes. Su suerte está ligada a los que les sirven de presupuesto. Por eso carecen de desarrollo específico. Sólo habría que entrar a analizarlos si se estimase aquel que condiciona su viabilidad.

Los motivos segundo y décimo quinto, en la medida en que suscitan idéntica cuestión, a saber, la posibilidad de valorar las manifestaciones efectuadas por el recurrente ante los agentes de policía, al margen de un interrogatorio formal, han de ser abordados conjuntamente.

El motivo undécimo reclamaba la apreciación de la atenuante de confesión (art. 21.4 CP en relación con el art. 849.1º LECrim). Finalmente fue desistido.

Los restantes motivos giran en torno a la presunción de inocencia, por más que algunos se valgan de un enunciado equívoco (art. 849.2: motivo duodécimo). Los motivos primero, tercero (valoración de hipótesis alternativas), octavo, noveno, décimo y duodécimo (art. 849.2º) atacan de forma directa la atribución al recurrente de la muerte de Candida . Algunos de ellos (octavo a décimo), de hecho, no se desarrollan: se limitan a la remisión a argumentos de motivos anteriores. Los reagrupamos por obvias razones sistemáticas, con el fin de evitar repeticiones innecesarias que dificultan la lectura.

El motivo cuarto hace valer también la presunción de inocencia pero en relación a un concreto elemento: la alevosía. Sucede lo mismo con los motivos quinto y sexto centrados ahora en la agresión sexual. Cada uno de esos dos temas exigirá un tratamiento específico.

Alteramos también en alguna medida la sistemática del recurrente. Si dos motivos -segundo y décimo quinto- protestan por haberse conferido valor probatorio a un elemento que a juicio de la defensa debería ser excluido, la resolución de tal cuestión se convierte en presupuesto previo ineludible para ventilar los motivos por presunción de inocencia. Antes de ponderar si se contaba con material probatorio suficiente para alcanzar las conclusiones a que llegó el jurado, será preciso acotar qué material es el utilizable para, en su caso, excluir lo que eventualmente pudiera considerarse inidóneo para ser valorado.



3.- Considera la parte recurrente que se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia consagrado en el art. 24.2 CE, por no concurrir prueba de cargo suficiente para fundamentar una sentencia condenatoria -motivo primero-. A esa conclusión llega, en parte, desde su pretensión de expulsar del bagaje probatorio las manifestaciones vertidas por el acusado en sede policial -motivos segundo y décimo quinto-, cuando, según se argumenta, estaba ya detenido y los investigadores albergaban sospechas frente a él. Se habrían realizado sin asistencia letrada y sin previa información de sus derechos. Por tanto, debieron expulsarse del cuadro probatorio y no habrían sido admisibles preguntas en el juicio oral a los agentes policiales sobre esa incidencia que quedó reflejada en una diligencia del atestado no firmada por el manifestante y que, además, no fue incluida en el conjunto de testimonios puestos a disposición del jurado como consecuencia de la normativa específica de este tipo de procedimiento.

Sobre las declaraciones espontáneas que imputados y testigos pueden aportar a los agentes policiales, fuera del escenario de una declaración oficial protocolizada, existe una amplia jurisprudencia relativamente consolidada. A ella se refiere el documentado y elaborado escrito de impugnación de la acusación particular.

Una primera puntualización resulta obligada. De lo contrario, se corre el riesgo de tratar como similares supuestos netamente diferenciados. No nos movemos en el marco que analizaba el acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 3 de junio de 2015 al que se refiere el recurrente. Este acuerdo, relacionado con el valor probatorio de la autoincriminación en la declaración oficial incorporada al atestado, no fue concebido para dar respuesta a las manifestaciones espontáneas u oficiosas. Respecto de éstas es otra la doctrina que hay que manejar para aclarar su virtualidad probatoria.

Son muchos los precedentes.

La STS 16/2014, 30 de enero -doctrina que reiterará la STS 597/2017, de 24 de julio-, con cita de las SSTS 1236/2011, 22 de noviembre y 878/2013, 3 de diciembre, diferencia entre las manifestaciones espontáneas de un sospechoso a terceros o ante los agentes policiales; y una declaración oficial efectuada en sede policial, con asistencia de Letrado y previa lectura de derechos. No existe inconveniente en admitir como medio probatorio el testimonio de referencia de los terceros o de los funcionarios policiales receptores de esos comentarios espontáneos, siempre que no sean inducidos. Se enfatiza, sin embargo, que en cualquier caso, se trata de un testimonio de referencia - *auditio alieno* - y así debe ser tratado en cuanto al contenido de la manifestación. No aporta fehaciencia en cuanto a la realidad o veracidad de lo manifestado, lo que es ajeno al conocimiento del testigo. Es directo - *auditio proprio* - en cuanto al hecho en sí de haberse producido esa manifestación y de las circunstancias que la rodearon.

Según explican las SSTS 418/2006, 12 de abril y 667/2008, 5 de noviembre, el derecho a no declarar del imputado no impide las declaraciones libres y espontáneas que quiera realizar. Lo prohibido es la indagación antes de la información de derechos o cuando ya se ha ejercido el derecho a guardar silencio, pero no la audición de manifestaciones del detenido. Las manifestaciones que fuera del atestado efectúa el detenido, voluntaria y espontáneamente, no pueden considerarse contrarias al ordenamiento jurídico (STS 25/2005, 21 de enero). Gozan, por tanto, de aptitud para ser valoradas y confluir con los fines de la justicia y, en definitiva, del interés social.

Las SSTS 156/2000, 7 de julio y 844/2007, 31 de octubre, contemplan comentarios surgidos de forma espontánea y no provocada en dependencias policiales por quien ya ha sido detenido y antes de ser advertido de sus derechos: son aprovechables. No sería correcto -se apostilla- recogerlos por escrito en el atestado instruido para que los suscriba el detenido. Los instructores del atestado no pueden plasmar por escrito este tipo de declaraciones hechas sin la previa información de los derechos que asisten al detenido, «... pero si así se hiciera la ilegalidad consiguiente tendría carácter de ordinaria y por lo tanto la prueba habría de conceptuarse de irregular, de manera que no deberá afectar a las restantes diligencias practicadas con pleno respeto a las exigencias legales y constitucionales».

Queda así rebatida la queja del recurrente de que la diligencia donde se hace constar esa incidencia no fue firmada por el acusado. En efecto, no se le conminó a firmar (folio 58) y al no hacerlo los agentes obraron con la corrección exigible.

La STS 1266/2003, 2 de octubre, admite la validez probatoria de la confesión extrajudicial, siempre que acceda al juicio oral (STS 13 mayo de 1984 y 1282/2000, 25 de septiembre), mediante la declaración de quien la oyó. Esa testifical de referencia deberá ser sometida a debate contradictorio, de forma que las partes puedan interrogar sobre ese extremo. Eso es lo sucedido aquí.

También ha de ser traída a colación la STS 365/2013, 20 de marzo. Es, como muchas de las citadas, reseñada en el dictamen en casación de la acusación particular. Resume la doctrina jurisprudencial sobre el tratamiento



de las manifestaciones espontáneas del detenido a los agentes policiales. Considera material probatorio utilizable esas declaraciones prestadas incluso antes de la asistencia letrada.

La STS 1571/2000, 17 de octubre, es otro exponente de ese criterio. Admite la validez de las declaraciones prestadas en el acto del juicio oral por los agentes policiales que testimoniaron acerca de las manifestaciones espontáneas realizadas por el acusado tras su detención y una vez informado verbalmente de sus derechos («... no encontrarían nada en el registro de su vehículo porque la droga la traían los otros coimputados», lo que se comprobó posteriormente).

Idéntica doctrina es reproducida, en cuanto a sus líneas generales, en las SSTS 112/2015, 10 de febrero y 667/2008, 5 de noviembre).

La reciente sentencia 679/2019, 23 de enero de 2020, hace un recorrido por los pronunciamientos más destacados de esta Sala, algunos de los cuales ya han sido glosados *supra*. A su fundamentación jurídica, confirmatoria de la consolidada línea jurisprudencial que venimos exponiendo, nos remitimos. En la relación sistematizada de precedentes de esta Sala se incluye la STS 1030/2009 que, aunque se trata de un mero '*obiter dicta*' y no la causa decisiva de estimación del recurso, insinúa un criterio disidente : «...las manifestaciones realizadas de forma espontánea a agentes policiales por un imputado, ya detenido, no pueden ser valoradas como prueba de cargo si no son reiteradas ante la autoridad judicial en declaración prestada con todas las garantías (SSTC 51/1995 y 206/2003 , entre otras muchas). En primer lugar, porque la declaración del imputado, y con mayor razón si está detenido, sólo es válida, a cualquier efecto, si viene rodeada de las garantías que impone la Constitución y la ley: previa y adecuada información de sus derechos y asistencia letrada, previsiones orientadas a garantizar que la declaración se presta de forma voluntaria y libre. En segundo lugar, porque solamente ante el Juez es posible preconstituir prueba, lo que conduce a negar valor probatorio, propio y autónomo, a cuantas diligencias de declaración sean prestadas ante agentes de la autoridad, si luego no son ratificadas ante la autoridad judicial con todas las garantías exigibles». Pero nótese, que lo que no es valorable es la manifestación inicial; no su reiteración posterior .

Por último, otros dos precedentes, como fiel reflejo de la importancia de los valores en juego, recuerdan la necesidad de obrar con prudencia. Se trata de la STS 655/2014, 7 de octubre, cuando advierte de la validez de esa prueba, sin perjuicio de ser cautos: «... nos encontramos ante manifestaciones espontáneas del acusado, que no ha ratificado a presencia judicial. Se trata de un material probatorio que ha de ser valorado con cautela, de manera que resulte inobjetable que se ha obtenido sin vulneración de los derechos del acusado». Y el ATS 637/2014, de 13 de marzo proclama la prohibición de toda indagación antes de la información de derechos o cuando ya se ha ejercido el derecho a no declarar; aunque no la audición de manifestaciones por los funcionarios policiales.

Los agentes dieron cuenta en el juicio oral de esas manifestaciones, refirieron que no obedecían a un interrogatorio al hoy recurrente. Y así ha sido entendido por la sentencia. En materia de bases fácticas determinantes de la nulidad de una prueba, el respeto a la valoración probatoria en la instancia ha de ser el mismo que rige respecto de los hechos constitutivos de la infracción penal.

Sin perjuicio de ello, como concluimos *infra*, incluso suprimidas esas iniciales manifestaciones del cuadro probatorio, éste no perdería su fuerza convictiva.

Los motivos segundo y decimoquinto son desestimados.

4.- El primer motivo alega vulneración del principio de presunción de inocencia (art. 24.2 CE). Las pruebas practicadas -aduce la defensa- no conformarían un soporte suficiente para la convicción de culpabilidad que emitió el Jurado. En el tercer motivo, complementario del anterior, se incide en que la prueba indiciaria no sería concluyente por cuanto se ofreció a la consideración del Jurado una hipótesis alternativa que daría explicación a los indicios (el crimen fue cometido por otra persona probablemente por encargo del viudo de la víctima). Los motivos octavo a décimo se refunden con los anteriores. El cuarto incide en la alevosía. El duodécimo ha de vincularse al quinto en cuanto se refiere en exclusiva al delito de agresión sexual.

Con el fin de facilitar la exposición, vamos a abarcar en nuestro análisis los siguientes bloques sistemáticos: a) presunción de inocencia en cuanto a la participación del acusado en la muerte (motivos primero, tercero y octavo a décimo); b) presunción de inocencia proyectada sobre la alevosía (motivo cuarto); c) presunción de inocencia en relación al ataque a la libertad sexual (motivos quinto, sexto y duodécimo).

4.1.- Desde la óptica de la presunción de inocencia, en el recurso de casación promovido frente a una sentencia dictada en el procedimiento del Jurado, nuestro espacio valorativo ha sido definido de forma reiterada por la jurisprudencia de la Sala. La verificación de la existencia de prueba de cargo bastante -recuerdan las SSTS 97/2020, 5 de marzo; 196/2019, 9 de abril; 45/2014, 7 de febrero y 154/2012, 29 de febrero, con cita de la STS 390/2009, 21 de abril- requiere una triple comprobación. En primer lugar, que el Tribunal de instancia ha



apoyado su relato fáctico en pruebas relativas a la existencia del hecho y a la participación del acusado en él. En segundo lugar, que las pruebas son válidas, es decir, que han sido obtenidas e incorporadas al juicio oral con respeto a los derechos fundamentales y con arreglo a las normas que regulan su práctica. Y en tercer lugar, que la valoración realizada para llegar a las conclusiones fácticas que son la base de la condena, teniendo en cuenta el contenido probatorio de la prueba de cargo disponible, no se aparta de las reglas de la lógica, de las máximas de experiencia y de los conocimientos científicos, y que no es, por lo tanto, irracional, inconsistente o manifiestamente errónea.

Cuando se trata del recurso de casación en procedimientos seguidos conforme a la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, la valoración de la prueba efectuada por el jurado y concretada por el Magistrado Presidente en la sentencia del Tribunal, ya ha sido previamente revisada por el Tribunal Superior de Justicia al resolver el recurso de apelación, donde deberá haber procedido a las comprobaciones antes mencionadas. En consecuencia, en estos aspectos, ya se ha dado cumplimiento a la exigencia contenida en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en cuanto 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 del jurado.

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 del Tribunal del Jurado, 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.

4.2.- En el FJ 2º de la sentencia de apelación queda plasmada la prueba de cargo sobre la que el Jurado fundó su convicción.

Su lectura ya anticipa su holgada suficiencia incriminatoria.

« El acusado nunca ha reconocido haber sido autor de los hechos, aunque ha ofrecido versiones diferentes: inicialmente, declarando como testigo, afirmó que los hechos los llevaron a cabo unos rumanos que escaparon en una furgoneta, y con posterioridad precisó que fue una mujer rumana, que identificaba como persona relacionada con el marido de la víctima, quien habría sido la autora material de los hechos, y siendo él testigo presencial de los hechos, que se limitó a intentar defenderla.

Existe, sin embargo, prueba suficiente de que fue el acusado la única persona que realizó el acto de agresión sobre la víctima. Tales pruebas, de carácter indiciario, son, en síntesis las siguientes:

A) La declaración de tres mujeres que declararon en calidad de testigos y que situaron al acusado en la hora y lugar aproximados de los hechos con actitud o conductas sugerentes de intentar una agresión sexual;

B) El hecho indubitado de su presencia en el lugar de los hechos (acreditado por sus propias manifestaciones y por el hallazgo de restos biológicos del acusado en cuerpo y prendas de la víctima), contrastado con la falta de vestigios que acrediten la presencia de terceras personas;

C) La inverosimilitud de su versión, que no ha sido creída por el Jurado, y que resulta incompatible con la resultancia de la prueba pericial, pues en ésta se determinó de manera no dubitada que la herida sufrida por la víctima le habría impedido hablar (sólo emitir sonidos), mientras que el acusado manifestó que cuando la vio ya había sido agredida y, sin embargo, se dirigió a él pidiéndole ayuda y pronunciando frases concretas; a lo que deben añadirse otras contradicciones sobre el grado de conocimiento que tenía con la víctima (desmentido por sus familiares) y la nula credibilidad que logró, tanto en los investigadores como finalmente en el Jurado, su versión inculpatoria del esposo de la víctima y de una mujer.

D) La declaración, como testigo de referencia, del agente NUM000, quien aseguró que, estando Sabino en situación de libertad (no detenido), dijo espontáneamente, por consejo o ruego de su hermano, que "no quería



hacer eso", aludiendo al arma que portaba y dónde la escondió (aunque no fue encontrada) y que el golpe en la cabeza se lo había hecho en el forcejeo con una rama de olivo.

Tales indicios combinados suministran el grado de convicción suficiente como para considerar al acusado único autor material de los hechos que ocurrieron en la mañana del 12 de marzo 2017 y que concluyeron con la muerte de doña Candida ».

Apartamos ahora los argumentos que contiene el motivo en relación a la agresión sexual para unificarlos con los comprendidos en motivos posteriores. Limitamos este fundamento a lo atinente a la muerte de la víctima.

En ese terreno el tercero de los motivos expone que no ha sido tomada en consideración la hipótesis alternativa que adujo el recurrente y que justificaría su presencia allí, así como la aparición de vestigios biológicos suyos en la indumentaria de la víctima.

La explicación es alambicada y cambiante. Además está tan huérfana de elementos corroboradores que no exige grandes esfuerzos argumentales para descartar su procedencia. El recurrente no sólo alteró esa versión - primero una furgoneta de la que salieron varios rumanos; después una supuesta amante del viudo, en relato tan imaginativo, como ofensivo-, sino que, además, se ha mostrado incapaz de justificar el cúmulo de elementos que la contradicen abiertamente. Existieron indagaciones en esa dirección. Pero fueron pronto abandonadas por resultar patente que suponían dilapidar esfuerzos en comprobar lo que aparecía con claridad como una fabulación tan interesada como torpemente trabada («... él se limitó a acudir en auxilio de Candida ante sus gritos» -gritos difícilmente emisibles por una garganta ya seccionada).

La acusación particular lamenta, con toda justicia, que se siga blandiendo esa tesis defensiva de cariz calumnioso.

Por cuanto antecede, los motivos primero, tercero, octavo, noveno y décimo se desestiman.

5.- En el cuarto motivo se hace valer otra vez la presunción de inocencia pero en relación a la agravación determinada por la alevosía.

La apreciación de la agravante de alevosía exige un equilibrado esfuerzo de ponderación que nos aparte de una conclusión excesivamente formal, que excluya la alevosía cuando existen pruebas de que la víctima tuvo posibilidad de una infructuosa reacción defensiva o autoprotectora.

A esta idea nos hemos referido en la reciente sentencia 5 de mayo de 2020, recaída en el recurso de casación núm. 10461/2019. Decíamos entonces que la prueba de señales de defensa no es incompatible con la agravante de alevosía. Una cosa es la defensa del ofendido y otra la actividad de mera autoprotección del mismo. Dicha protección no puede ser considerada, en el sentido legal dispuesto, como defensa del ofendido, pues en nada compromete la integridad física de aquél, ni le pone en ninguna clase de riesgo (cfr. SSTS 25/2009, 22 de enero y 37/2010, 22 de enero). Acerca de la indefensión que en cualquiera de las tres formas está presente en la alevosía, se ha de destacar que su apreciación no requiere que su eliminación sea efectiva, bastando la idoneidad objetiva de los medios, modos o formas utilizados y la tendencia a conseguir su eliminación, lo que supone que la alevosía no se excluye en 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 (STS 895/2011, 15 de julio).

Con otras palabras, la alevosía «... no desaparece por la posible existencia de hematomas o rasgos defensivos, pues una cosa es la defensa activa que se realice o pueda realizarse y otra cosa es la que podríamos llamar defensa pasiva o simple autoprotección equiparable a lo que comúnmente suele llamarse instinto de autoprotección» (SSTS 472/2002, 14 de febrero y 417/2008, 30 de junio, entre otras muchas).

Pero en nuestro esfuerzo metódico por situar la aplicación de la agravante en sus justos términos, debemos recordar que para la apreciación de la alevosía, que convierte en asesinato el homicidio, hay que atender, no tanto al mecanismo concreto homicida, como al marco total de la acción. La alevosía -la elección de una forma dirigida a eliminar las posibilidades de defensa- ha de referirse a la agresión homicida contemplada como un todo y no a sus últimos eslabones. Hay que fijarse en el episodio en su conjunto y no solo en los avatares que preceden inmediatamente al fallecimiento o en aquellos que son antesala de un dolo homicida aún no apreciado. Es el episodio homicida, en concreto, el que debe merecer la catalogación de alevoso. Ni momentos anteriores en los que no había surgido aún un propósito homicida; ni tampoco exclusivamente los instantes inmediatamente precedentes al último aliento vital.

Si fuese de otra forma sería más que infrecuente un homicidio consumado que no pudiese ser calificado de asesinato. Si se ha alcanzado el objetivo buscado es que finalmente se han superado los eventuales mecanismos de defensa que, al haber sido inutilizados, habrían hecho la defensa un empeño inútil e ineficaz. Pero defensa ineficaz no equivale a anulación de las posibilidades de defensa. El fallecimiento constituirá la



prueba de que se han laminado las posibilidades defensivas. Si pudieron existir, han sido abolidas. Pero eso no es sinónimo de alevosía.

Hay que valorar la alevosía en un juicio *ex ante*: situarnos al inicio de la agresión homicida. El último « navajazo » que, después de una larga serie de ellos y un reñido enfrentamiento, se propina cuando la víctima ha sido despojada del arma que también portaba, y yace en el suelo malherida y ya sin la menor capacidad de reacción, no convierte en alevosa esa agresión que comenzó frente a frente y con ambos contendientes armados. El ataque que se inicia sin alevosía no se torna alevoso como consecuencia de los lances o circunstancias que pueden ir sobreviniendo; salvo cuando se produce una solución de continuidad, una ruptura entre el inicial episodio y un nuevo acometimiento (alevosía sobrevenida); o un inesperado e inesperable cambio cualitativo.

Por el otro extremo conviene reiterar que la alevosía ha de referirse al acto concreto de dar muerte, no al inicial acometimiento con finalidad sexual. Resulta errado el planteamiento de la sentencia de instancia que defiende la alevosía fijándose en el inicial abordaje, repentino e inesperado, pero que no se dirigía a provocar una muerte inmediata mientras pervivía la sorpresa e incapacidad de reacción.

La víctima es inicialmente abordada ciertamente de forma sorpresiva. Pero no se produce en ese marco el ataque contra la vida. Es conducida a un paraje solitario -lo que podría constituir otra agravación distinta de la alevosía-. Solo después, si atendemos al relato dado como probado, surgirá el dolo homicida en circunstancias que desconocemos en sus detalles. Solo puede saberse que hubo reacción defensiva por parte de la víctima aunque resultase infructuosa. Y también es constatable -y así lo proclama el hecho probado- que la resistencia -defensa- ofrecida por la víctima impidió que el acusado culminase su intención inicial.

La sentencia de instancia pone el acento en el primer abordaje sorpresivo. No es posible construir sobre esa base la alevosía respecto del homicidio.

La de apelación cambia la perspectiva. Pero tampoco alcanza a definir de forma sólida esa indefensión que supone, pero que no está probada. En último término viene a suponerse, pues no puede adivinarse ni la modalidad de reacción de la víctima ni la forma en que se desarrolló, ni las circunstancias en que se inició el ataque homicida.

Es una deducción demasiado abierta concluir que existió alevosía ante la falta de elementos que permitan esclarecer las circunstancias concretas del acometimiento mortal. Con seguridad hubo prevalimiento de una situación de superioridad -paraje solitario buscado a propósito, uso de un arma...-, pero no existe prueba inequívoca de que alcanzase la intensidad necesaria para colmar las exigencias normativas de la alevosía. Hubo reacción defensiva. Eso consta. Se abren paso así las dudas sobre la alevosía.

Este motivo cuarto ha de estimarse parcialmente.

Suprimida la alevosía deberemos apreciar, sin embargo, la agravación por abuso de superioridad. Es homogénea y así lo hemos declarado en numerosos precedentes. Para su apreciación sobrevinida no existe obstáculo derivado del derecho a ser informado de la acusación. Decíamos en la STS 555/2015, 28 de septiembre, que «... ningún riesgo existe de quiebra del principio acusatorio. La homogeneidad entre las agravantes de alevosía (art.22.1 CP) y abuso de superioridad (art. 22.2 CP) ha sido reiteradamente proclamada por esta Sala. En efecto, como ya hemos apuntado en la STS 850/2007, 18 de octubre , con cita de la STS 600/2005, 10 de mayo , la jurisprudencia se ha pronunciado a favor de la homogeneidad, desde la perspectiva del principio acusatorio, entre las agravantes de alevosía y abusos de superioridad. La STS 1458/2004, 10 de diciembre , afirmó que no se había vulnerado el principio acusatorio, al tratarse la agravante finalmente apreciada por el Tribunal de una circunstancia claramente homogénea con la alevosía, pues, en realidad, 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. De este modo ha sido reconocido por la jurisprudencia de esta Sala en multitud de sentencias, alguna de las cuales cita la recurrida, por ejemplo, la STS 357/2002, 4 de marzo , cuando declara que "aplicar tal agravante, cuando no ha sido pedida por las acusaciones que sí solicitaron la apreciación de la alevosía, no viola el principio acusatorio, pues esta última puede ser considerada a estos efectos, como una modalidad agravada de aquélla, un abuso de superioridad que no debilita la defensa del ofendido sino tiende a eliminarla". Igualmente la STS 1340/2000, 25 de julio , que excluye la alevosía pero aprecia el abuso de superioridad subrayando que "esta apreciación no produce indefensión alguna para el acusado, pues la imputación de alevosía recoge todos los elementos de hecho constitutivos de esta otra agravante de abuso de superioridad"».

6.- Los motivos quinto y sexto cuestionan, también desde la óptica de la presunción de inocencia, la condena por un delito de agresión sexual. Su eventual estimación acarrearía consecuencias ligadas a la tipificación de la acción de matar. En efecto, si se ha calificado como asesinato agravado es por la presencia de un delito contra la libertad sexual del que sería consecutiva la muerte (art. 140.1.2ª CP). Más aún, descartada la alevosía, como



efecto de la estimación del motivo cuarto, también la misma tipicidad como asesinato depende de comprobar que el homicidio perseguía ocultar una previa acción delictiva.

6.1.- Conviene primeramente hacer notar -en ello insiste la acusación particular al impugnar el recurso- que la sentencia no achaca al recurrente una agresión sexual consumada, sino sólo en grado de tentativa. Con ello se desmorona buena parte de los argumentos en que de forma infructuosa emplea el recurrente. Carece por ello de trascendencia el resultado negativo de los informes forenses y del Servicio de Biología de la Guardia Civil sobre restos reveladores de un acto sexual -motivo duodécimo-. No hay desarmonía alguna entre ese dato y los hechos que se dan como probados, tentativa de agresión sexual.

El delito de agresión sexual exige el empleo de violencia o intimidación con finalidad de lesión de la libertad sexual. El primer tramo objetivo del delito está indudablemente acreditado: exhibición del arma, empleo de fuerza. Hay, por tanto, un inicio de ejecución capaz de integrar la tentativa

Lo que cuestiona el recurrente es la presencia de propósito sexual: no habría prueba suficiente para alcanzar tal conclusión.

La Sala no puede compartir ese razonamiento.

El jurado ha contado con elementos de juicio sobrados para deducir de forma concluyente -prueba indiciaria- que ese era el ánimo que guiaba al acusado. Esos elementos indiciarios son muy elocuentes: a) antes abordó a tres mujeres. Alguna exteriorizó su íntima convicción de que le movía un propósito lascivo. Solo con una violenta oposición consiguió zafarse de él; b) el horario y lugar elegidos son congruentes con esa finalidad; c) no se alcanza a vislumbrar qué otro propósito podría impulsar al acusado en esa cuádruple acción: abordaje de cuatro mujeres. Tras frustrarse tres, el cuarto acaba con la muerte de la mujer casi desnuda; d) el lugar al que condujo a la víctima alimenta todavía más esa certeza; e) la desnudez de la víctima -bragas y mallas caídas, y despojada de la parte superior de la indumentaria- es dato más que elocuente. La excusa aducida para neutralizar el poderoso significado incriminatorio de este dato es tan legítima, desde la perspectiva del derecho de defensa, como insostenible: el forcejeo o el arrastre pudieron provocar el desprendimiento de esas prendas; f) fueron hallados restos biológicos del acusado en ropas de la víctima; g) también fueron hallados restos biológicos de la víctima en los calzoncillos del acusado; h) manifestaciones espontáneas del acusado en sede policial admitiendo que quería realizar el acto sexual con la víctima.

El cuadro probatorio no deja margen para la duda. Solo desde la hipótesis dada como probada, todos los hechos adquieren plena coherencia. Fuera de esa hipótesis no es explicable la acción de abordar y luego dar muerte a la víctima.

No es tampoco asumible la alternativa sugerida por el recurrente sobre la aparición del propósito libidinoso con posterioridad a la muerte, lo que excluiría el delito de agresión sexual. Es evidente por el conjunto de elementos que era esa la finalidad que presidía su actuación. Un dolo sobrevenido, surgido cuando ya -sin saberse por qué- se ha dado muerte a la víctima, es algo descartable por insólito.

El motivo ha de ser rechazado. La desestimación de la petición principal de estos motivos hace decaer igualmente los motivos décimo tercero y décimo cuarto.

6.2.- El problema que aparece a continuación está insinuado en motivos anteriores e implícito en los motivos décimo tercero y décimo cuarto. Cobra una nueva dimensión -no captada lógicamente por el recurso-, desde el momento en que hemos suprimido la agravación basada en la alevosía, lo que redefine la calificación como asesinato haciéndola depender, ahora de forma exclusiva, del número 4º del art. 139.1 del CP -homicidio perpetrado «... para facilitar la comisión de otro delito o para impedir que se descubra»-.

La exclusión de la alevosía, razonada en el FJ 5º al estimar el cuarto de los motivos hechos valer por el recurrente, hace descansar el asesinato sobre la reduplicada intencionalidad delictiva.

Y es aquí donde hay que dar respuesta a uno de los problemas -no el único, desde luego- suscitados por la reforma operada por la LO 1/2015, 30 de marzo, que dio nueva redacción a la regulación histórica de los delitos contra la vida. Se trata, al fin y al cabo, de justificar una hiperagravación a partir de la intencionalidad que lleva al autor de acabar con la vida de la víctima para hacer posible u ocultar otro delito, en este caso, contra la libertad sexual.

Esta Sala no ha sido ajena, en alguno de sus precedentes, a una línea doctrinal de intensa crítica al valorar los efectos jurídicos de la aplicación de la prisión permanente revisable. Hemos advertido de los inconvenientes acarreados por una decisión de política legislativa representada por la LO 1/2015, 30 de marzo, que implicaba -decíamos entonces- la resurrección de un denostado precedente legislativo que hundía sus raíces históricas en el código penal de 1848. Aludíamos también a la equívoca cobertura del derecho comparado, invocada por el legislador para justificar su reforma, que prescindía de otros datos que singularizan, frente al nuestro,



algunos de esos modelos comparados (cfr. SSTS 716/2018, 16 de enero y 5 de mayo de 2020, recaída en el recurso núm. 10461/2019).

En el presente caso, de lo que se trata es de dar respuesta al interrogante acerca de si la intencionalidad reduplicada que anima al autor puede justificar la imposición de la más grave de las penas previstas en nuestro sistema. Y hacerlo sin erosionar los principios que informan la aplicación del derecho penal.

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.

6.3.- Nuestra aproximación al hecho justiciable, sin embargo, no puede tener como objeto terciar en una polémica doctrinal ni avalar los visibles defectos de técnica legislativa que están dificultando el juicio de subsunción.

Desde esta perspectiva, el hecho probado da cuenta de cómo, mediante la exhibición de una navaja, el acusado Sabino abordó a Candida con la intención inicial de forzar su libertad sexual. Describe también que la activa oposición de la víctima impidió a su agresor consumir su propósito, «... aunque sí llegó a despojar, u obligar a la víctima a despojarse, del sujetador y la camiseta que vestía y consiguió bajarle hasta las rodillas las mallas y bragas». Ante la imposibilidad de mantener relaciones sexuales con Candida, golpeó a ésta de forma repetida en la cara y la cabeza, propinándole varias puñaladas en el abdomen y en uno de los muslos con el arma que portaba. Finalmente, con el propósito de acabar con su vida le asestó varios pinchazos «... en la zona del cuello, uno de los cuales le seccionó la tráquea y varios vasos sanguíneos». Candida falleció como consecuencia de las heridas sufridas.

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. Sabino privó dolosamente de la vida a Candida 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 Sabino ejecutó dos hechos secuencialmente unidos, con un dolo inicial de agredir sexualmente a Candida 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. El recurrente vio en Candida la persona sobre la que podía volcar su incontrolada pulsión sexual y una vez se percató de que no podía satisfacer su propósito inicial, decidió matarla. La víctima sólo fue para su agresor un momentáneo instrumento de placer interrumpido que no merecía seguir viviendo.

La queja de la defensa ha de ser desestimada (art. 885.1 LECrim).

7.- Resta por examinar el motivo undécimo que con la base del art. 849.1º LECrim quería introducir la atenuante de confesión basada en las manifestaciones espontáneas a que nos hemos referido antes (FJ 4º).

El recurrente no formaliza ese motivo: se desiste. Su prosperabilidad era nula. No es coherente que pida esa atenuante quien ha negado en todas sus declaraciones los hechos y, todavía en casación, niega su responsabilidad en varios motivos que reivindicaban el derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE, insinuando de forma tan maliciosa como contumaz la implicación de otras personas.

8.- Conforme al art. 901 de la LECrim, procede la declaración de oficio de las costas procesales.

FALLO

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

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR al recurso de casación promovido por la representación legal de Sabino , por estimación parcial del cuarto de los motivos formalizados contra la sentencia dictada en grado de apelación por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con fecha 4 de octubre de 2019, que estimó parcialmente el recurso promovido contra la dictada en primera instancia por la Audiencia Provincial de Sevilla, en el procedimiento especial del Jurado elevado por el Juzgado de instrucción núm. 1 de DIRECCION001 . Casamos y anulamos dicha resolución, procediendo a dictar segunda sentencia, con declaración de oficio de las costas procesales.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

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.



D. Manuel Marchena Gómez, presidente D. Antonio del Moral García D. Andrés Palomo Del Arco
D. Pablo Llarena Conde D. Vicente Magro Servet

RECURSO CASACION (P) núm.: 10703/2019 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal Segunda Sentencia

Excmos. Sres.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Pablo Llarena Conde

D. Vicente Magro Servet

En Madrid, a 21 de julio de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 10703/2019 contra sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con fecha 4 de octubre de 2019, que estimó parcialmente el recurso promovido contra la dictada en primera instancia por la Audiencia Provincial de Sevilla, en el procedimiento especial del Jurado elevado por el Juzgado de instrucción núm.

1 de DIRECCION001, sentencia que ha sido casada y anulada por pronunciada el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la ponencia del Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia de instancia con la única variación de referir en los hechos probados que no se ha podido acreditar que la víctima estuviese totalmente impedida para defenderse frente al acometimiento que acabaría con su vida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Los hechos son constitutivos de un delito de asesinato de los arts. 139.1.4º y 140.1.2 del CP, según se explica en la anterior sentencia, con la agravante de abuso de superioridad (art. 22.7º CP), además de un delito de agresión sexual en grado de tentativa de los arts. 178 y 180.1.5º, 16 y 62 CP.

No concurriendo alevosía sí es evidente, el prevalimiento de una superioridad derivada tanto del uso de un arma frente a quien está desarmada como la búsqueda de un lugar solitario que imposibilitaba o hacía muy improbable el auxilio de terceros. Tal agravante ha de ponderarse junto a la atenuante por analogía apreciada en la instancia y que se mantiene. De cualquier forma no afectando la agravación al delito sexual (para el que, lógicamente, no se reclamaba la alevosía) y resultando que la pena de prisión permanente revisable no admite graduaciones internas, la eficacia de este correctivo circunstancial será nula en la concreción penológica que se ha de mantener inalterada.

FALLO

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

Que DEBEMOS CONDENAR y CONDENAMOS al acusado Sabino como autor de un delito de asesinato cometido para evitar el descubrimiento de un delito contra la libertad sexual, con la agravante de abuso de superioridad, y a un delito de agresión sexual en grado de tentativa.



Se mantienen las penas impuestas en la instancia, así como el resto de los pronunciamientos de la sentencia dictada en la instancia en lo que no se oponga a la presente.

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

Así se acuerda y firma.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente D. Antonio del Moral García D. Andrés Palomo Del Arco

D. Pablo Llarena Conde D. Vicente Magro Servet

VOTO PARTICULAR

QUE FORMULAN LOS EXCMOS. SRES. MAGISTRADOS D. ANTONIO DEL MORAL GARCÍA Y D. ANDRÉS PALOMO DEL ARCO A LA SENTENCIA RECAÍDA EN EL RECURSO DE CASACIÓN Nº 10703/2019.

I.-

La valoración jurídico-penal de la trágica muerte de Candida a manos del acusado ha atravesado las siguientes vicisitudes:

Recurso Nº: 10703/2019

a) La acusación particular calificaba el hecho como asesinato cualificado por la alevosía, el ensañamiento y la finalidad encubridora (art. 139.1.1ª, 3ª y 4ª CP) e hiperagravado por ser consecutivo a un delito sexual (art. 140.1.2ª CP), con la agravante de lugar (art. 22.2 CP). *Solicitaba prisión permanente revisable*: la penalidad fijada en el Código Penal para tal tipificación.

b) La sentencia emanada del Tribunal del Jurado asume esa calificación con dos variantes: descarta la agravante genérica y aprecia una atenuante (disminución leve de las capacidades volitivas). Esas variaciones no autorizaban modulación alguna en la penalidad: se impone como pena *prisión permanente revisable*.

c) En apelación desaparecerá el ensañamiento: no había base para su apreciación. ¿Traducción penológica? Ninguna: la pena imponible es *prisión permanente revisable*.

d) En casación se ha evaporado la alevosía. No concurrió. Ninguna consecuencia penológica deriva la sentencia de la mayoría de esa adicional minoración de la gravedad de la acción: se ratifica como pena asignable al hecho la de *prisión permanente revisable*.

¿Tiene lógica esa secuencia? ¿Es racional que ese progresivo descenso en gravedad no vaya acompañado de una correlativa disminución de la penalidad? ¿Es corregible esa anomalía interpretativamente? Este voto se propone contestar esos interrogantes en discrepancia con la opinión de la mayoría. Pensamos que los mecanismos exegéticos al uso no es que permitan escapar de esa disfuncional uniformidad, sino que obligan a esquivarla y atemperar algunas consecuencias paradójicas y disfunciones, poco comprensibles, que pueden surgir al hilo de la última reforma de los delitos contra la vida. La sentencia mayoritaria no se recata al resaltarlas e incluso en algún momento roza la crítica acerada haciéndose eco de la generada en ámbitos académicos. Luego, empero, se muestra a nuestro juicio un tanto timorata a la hora de limar las aparentes contradicciones.

Algunas deficiencias solo son corregibles mediante cirugía legislativa. Para otras, en nuestra opinión, basta el bisturí de la técnica interpretativa ordinaria, sin forzar las cosas. No debe un Tribunal abdicar de su función de encajar cada reforma penal en el sistema global del ordenamiento para, a través de la ponderación de principios y aplicación de reglas interpretativas, identificar lo que se perfila como *voluntas legis* que no siempre coincide con lo que quiso ese, tan mencionado como anónimo, legislador (figura mítica que no es propiamente nadie y son muchos), ni con lo que deriva de un examen aislado, descontextualizado y literalista de la norma modificada.

Antes de adentrarnos en el laberinto de tipicidades, con solapamientos y entrecruzamientos, que ha alumbrado el legislador de 2015 al reformular los delitos de homicidio y asesinato, no sobra como preámbulo consignar otras comparaciones, ahora hipotéticas. Su toma en consideración ayuda a alumbrar una interpretación ponderada, que tenga en cuenta no solo el resultado final en el caso concreto, sino también las consecuencias de futuro de un determinado posicionamiento.

a) Pensemos en idénticos hechos con una única variación: el autor da muerte a la víctima exclusivamente por crueldad, por un perverso y patológico placer. Pues bien, en ese escenario la pena no sería prisión permanente



revisable sino una significativamente inferior (!). Estaríamos no ante el asesinato hiperagravado; sino ante un homicidio agravado (el mínimo penológico sería de quince años y un día: art. 138.2.a).

b) Añadamos al relato alevosía, precio y ensañamiento, y desplazamos solo unas horas, pocas (bastaría una), el homicidio perpetrado también con el objetivo de evitar la denuncia. Más aún, despreciamos la atenuante: el autor actúa en pleno uso de sus facultades. También eludiría la pena de prisión permanente revisable. La pena sería alta (al menos, veinte años de prisión), pero no la más severa del arsenal punitivo. Si se asume el entendimiento de la mayoría la conclusión es que esos hechos serían sensiblemente menos graves que los ahora enjuiciados.

Nadie discutirá la escasa coherencia de este panorama.

Es posible que alguna incongruencia sea inevitable a la vista del texto legal. Pero otras palmarias disfunciones, como la que desconcierta al analizar los hechos enjuiciados y compararlos con otros, pueden disolverse introduciendo ligeras dosis de racionalidad interna en el entendimiento de los preceptos legales, valiéndonos de elementales instrumentos interpretativos. Una lectura plana, apegada a la literalidad, que ignora o minusvalora herramientas interpretativas básicas (proporcionalidad, criterio sistemático, concursos normativos) aboca a soluciones que, amén de poco comprensibles, se nos antojan no plenamente ajustadas a la legalidad, entendida ésta como una realidad para cuya inteligencia última no basta con la gramática. La fidelidad a la legalidad exige algo más que una estricta y alicorta literalidad.

Se critica la novedosa penalidad -prisión permanente revisable-, entre otras cosas, por ser refractaria a cualquier graduación: opera como *un agujero negro*. Una vez se es absorbido por la *prisión permanente revisable* (no siempre su previsión se empareja con los crímenes más graves; sí con los que provocan una solidaria indignación social muchas veces justificada y, otras, además, azuzada), es difícil tanto escapar de ella (solo si concurren dos atenuantes o alguna privilegiada), como introducir matiz alguno: es indiferente que haya una atenuante o que concurren varias agravantes; que la intensidad de la culpabilidad esté mitigada o reforzada; que la antijuricidad del hecho sea *in casu* mayor o menor. La respuesta está estandarizada: prisión permanente revisable.

Topes penológicos altos por encima de los cuales han de quedar equiparados supuestos diferentes, a veces muy diferentes, en gravedad son inevitables cuando pensamos en concursos de delitos: a partir de un punto no caben adicionales incrementos punitivos y resultará que de *facto* la penalidad es idéntica si estamos ante cinco homicidios o ante diez. Se agota la severidad punitiva que puede administrar un Derecho Penal democrático.

Cuando pensamos en delitos aislados es menos comprensible esa *igualación por lo alto* que impone la concreta regulación de la prisión permanente revisable. No se contempla una penalidad alternativa (como sucedía tradicionalmente con la más grave de las penas de los Códigos históricos y como enseña el derecho comparado), o alguna posibilidad de dosificación interna.

Es una opción legislativa. A ella hemos de atenernos. No nos cabe duda. Pero obliga a ser especialmente escrupulosos con los instrumentos exegéticos a manejar. Entre ellos, una lógica de coherencia interna del propio cuerpo legal ha de tener un peso destacado. Hay que presumir que la ley quiere evitar resultados irracionales o poco o nada comprensibles.

Paradojas punitivas encontramos en diversos pasajes del Código Penal. Ahí están. A veces solo la intervención del legislador puede solventarlos. Otras, el aplicador del derecho puede -¡y debe!- manejando las reglas propias del sistema, contribuir a la coherencia de la respuesta penal. Aquí, en nuestra modesta opinión, nos encontramos ante uno de estos casos.

No es lógico que la pena no sufra ni siquiera una ligera disminución ante la desaparición de la alevosía, el ensañamiento y una agravante genérica, junto a la aparición de una atenuante. Como tampoco es lógico que el supuesto hubiera merecido una pena menos grave si hubiese ido adornada de ingredientes que suponen mayor gravedad (dar muerte por simple placer). Pues bien, nos parece que no solo no es lógico, sino que tampoco es en rigor ajustado a la legalidad rectamente interpretada según entendemos.

III.-

La supresión en casación de la alevosía deja la calificación como asesinato prendida en exclusiva del número 4º del art. 139.1 CP (*homicidio perpetrado para evitar que se descubra otro delito*). La sentencia del Magistrado-Presidente intuye la problemática derivada de la aplicación conjunta de los arts. 139.1.4ª y 140.1.2ª CP (asesinato subsiguiente a un delito contra la libertad sexual). Explícitamente la orilla. En cuanto apreciaba otros dos títulos que convierten el homicidio en asesinato, el peligro de *bis in idem* quedaba conjurado: bastaba construir el asesinato sobre el ensañamiento o la alevosía.



En apelación se esfumó el ensañamiento. En casación, la alevosía. Solo nos queda la reduplicada intencionalidad delictiva (*homicidio ratione criminis o criminis causa*) para sostener el asesinato (art. 139.1.4ª CP).

¿Podemos aplicar a un asesinato construido en exclusiva sobre esa intencionalidad (encubrir un previo delito: homicidio ideológica o consecucionalmente conexo con otro delito) la circunstancia 2ª del art. 140.1 CP (asesinato subsiguiente a un delito contra la libertad sexual) que nos sitúa en el asesinato hiperagravado y ante la pena de prisión permanente revisable?

Nuestra respuesta a ese interrogante es negativa: la aplicación simultánea de ambas erosiona el *non bis in idem*. La sentencia mayoritaria menciona ese peligro, pero acaba por considerar o que no llega a cristalizar o que no podría eludirse.

Desarrollemos la argumentación que nos lleva a esa tesis.

Una primera premisa a destacar: la singular carga aflictiva de la pena invita a extremar las cautelas en la exégesis. Se impone una interpretación restrictiva (vid., en un marco de discusión paralelo, Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 21 de junio de 1977: la grave consecuencia penológica -cadena perpetua- autoriza una interpretación, que más que restrictiva, llega a ser correctora y reductora del delito equivalente previsto en ese ordenamiento llegando a exigirse planificación - *Überlegung*-; o STS Alemán de 19 de mayo de 1981, que también para dulcificar las severas consecuencias penales de la regulación del asesinato da cabida mediante un fórceps interpretativo a una posibilidad de atenuación genérica). No es este un posicionamiento alentado por un *buenismo* metajurídico y carente de rigor. La proporcionalidad -también la comparativa- es una exigencia interpretativa de raíces constitucionales (STS 716/2014, de 29 de octubre).

Si combinamos ese punto de partida principal con criterios de coherencia y racionalidad interna del Código Penal, el intérprete se verá empujado a la interpretación restrictiva -que no correctora- que postulamos. Desde ella se evitan despropósitos poco inteligibles: un asesinato en que concurren las cuatro circunstancias cualificadoras (art. 139.2) merecería una pena inferior a aquél en que solo aparece una de ellas (art. 139.1.4ª), pero referida a un delito contra la libertad sexual (art. 140: prisión permanente revisable); incluso también cuando el delito sexual fuese un abuso, y, por supuesto, manteniéndose en todo caso por separado la penalidad correspondiente al delito sexual.

IV.-

En una primera aproximación superficial y atendiendo a la pura literalidad parece factible la aplicación acumulativa de los arts. 139.1.3ª (asesinato) y 140.1.2 (asesinato hiperagravado). Nos obligaría al doble salto agravatorio (asesinato, y asesinato agravado), que da la sentencia mayoritaria, en virtud de la concurrencia de una única circunstancia (finalidad encubridora de un delito sexual inmediatamente antecedente). Una sola circunstancia, dos peldaños penológicos. O, bien miradas las cosas, tres escalones penológicos. En efecto, cuando el homicidio sigue a un delito sexual, además de la pena correspondiente al delito sexual, tendremos:

Uno. El homicidio simple (prisión de diez a quince años) se convierte en homicidio agravado del art. 138.2 (prisión de quince años y un día, a veintidós años y seis meses).

Dos. No nos quedamos ahí: muta en asesinato por virtud del art. 139.1.4ª (prisión de quince a veinticinco años).

Tres. Pero, además, saltando el escalón intermedio del asesinato agravado (prisión de veinte a veinticinco años art. 139.2º), nos situaremos en el asesinato hiperagravado (prisión permanente revisable).

Una única circunstancia, de naturaleza concursal y cronológica (el homicidio sigue a un delito sexual), llevaría a ascender tres escalones punitivos, dejando además subsistentes las reglas dosimétricas concursales (pena por separado del delito sexual).

V.-

Una exégesis más detenida y meditada desacredita, a nuestro juicio, esa inicial y precipitada conclusión.

Desde el *punto de vista lógico-formal* (apartamos de momento cualquier elemento interpretativo de signo finalista), no parece existir incompatibilidad absoluta entre el art. 139.1.4ª y el art. 140.1.2ª. No todos los casos ubicables en el art. 140.1.2ª, lo serán a la vez en el art. 139.1.4ª; ni, mucho menos, a la inversa.

El legislador agrava el homicidio cometido con la finalidad de ocultar un delito, convirtiéndolo en asesinato; y estima todavía más grave la conducta si es un delito sexual recién perpetrado por el autor contra la misma víctima. En este caso, le es indiferente la finalidad: basta con que la muerte siga al ataque sexual, sea cual sea el objetivo perseguido por el autor.



Formalmente -solo formalmente- esta lectura ahuyenta el peligro de afectación del *bis in ídem*. Se establece un tipo agravado y, sobre ese, otra agravación en virtud de un elemento diferencial (naturaleza sexual del delito previo) que para el legislador supondría un plus de gravedad siempre que exista *consecutividad*. Cuando al delito sexual sigue un homicidio con propósito autoencubridor se agrava el asesinato. Cuando no existe esa finalidad (lo que pudiera parecer paradójico: alguien podría estimar más repudiable una muerte "gratuita", un *matar por matar*), es el homicidio básico el que es objeto de una penalidad incrementada (art. 138.2 CP).

Ese plus no quedaría abarcado por la aplicación de las reglas concursales (art. 76 CP) y merecería mucho más que la suma de las penas correspondientes a cada uno de los dos delitos (delito sexual más homicidio).

Otra cosa es que surjan dificultades para captar en qué radica ese *plus* tan relevante que lleva a convertir dos penas, por ejemplo, de multa (abuso sexual) y prisión de diez años (homicidio) en ¡prisión permanente revisable!, acompañada, además, de la pena que corresponda por separado al delito sexual. Un delito de abuso sexual más el homicidio de la víctima podría merecer una pena de diez años (art. 138 CP) y multa (art. 181 CP) si no existe esa relación secuencial inmediata (la muerte se produce días -¡u horas!- después). Sin embargo, se castiga con prisión permanente revisable más multa si aparecen vinculadas cronológica y causalmente (primero ataque sexual; a continuación, muerte para encubrirlo). No es fácil encontrar explicación convincente a tal exasperación establecida para una concreta modalidad de concurso real. Esta perplejidad nos llevará de la mano al otro nivel exegético antes anunciado: el teleológico. Y es que el plano interpretativo lógico formal es insuficiente; demasiado tosco. No basta con constatar que son imaginables casos en que siendo aplicable el art. 140.1.2º, no lo es el art. 139.1º.4º (el homicidio no es consecutivo al delito sexual; o no tiene una finalidad autoencubridora).

Los problemas de inherencia, o *de bis in ídem*, o concursos aparentes no se solventan solo a base de imaginar casos en que no aparezcan fatalmente enlazadas las circunstancias de cuya compatibilidad se duda. A veces pudiendo hipotetizarse con supuestos en que solo se detecta una de ellas (relaciones entre la falsedad en documento privado y la estafa), hay que negar la doble punición o la doble agravación en tanto lo natural, lo ordinario, es la aparición conjunta (v.gr. la agravante de precio no se aplica al delito contra la salud pública en tanto que, pese a que son reales supuestos de distribución gratuita de estupefacientes y conductas encajables en el art. 368 no guiadas por un ánimo de lucro, se considera que éste es algo tan ordinario y habitual que está ya naturalmente contemplado en ese tipo y abarcado por la penalidad genérica establecida para él).

El fenómeno criminológicamente significativo en la morfología de asesinato que ahora contemplamos consiste en que el delincuente pretende eludir su responsabilidad. Eso es lo ordinario también cuando se trata de un delito sexual.

VI.-

No es correcto prescindir de ese otro instrumento exegético anunciado: en materia de interpretación de normas las conclusiones que arroja un *enfoque teleológico* siempre son las más fecundas, profundas y enjundiosas. Anima a indagar sobre el fundamento de cada una de las agravaciones con las que estamos jugando. No es tarea simple. Ni el legislador se entretuvo en la exposición de motivos de la reforma en incluir alguna indicación, por mínima que fuera; ni resulta sencillo encontrar la ratio de cada una de esas novedosas agravaciones. En las que tienen algún paralelismo con el derecho comparado (Alemania, Italia, Francia, Portugal) contamos, con algunos materiales y reflexiones. Tampoco faltan precedentes en nuestros Códigos históricos (Códigos de 1822 y de 1928 donde encontramos algún paralelismo con el actual 139.1.4º).

Para dar solución al problema que nos ocupa es indispensable identificar el fundamento de cada una de las dos agravaciones y proyectarlo a la disciplina concursal: delito contra la libertad sexual seguido del homicidio de la víctima para evitar que el delito se descubra. Solo si encontramos una justificación autónoma para cada una de esas dos circunstancias cualificadoras (intención encubridora -que supone pasar del homicidio al asesinato- y el carácter subsiguiente a un delito sexual que el autor ha cometido sobre la víctima -que aboca a la pena de prisión permanente revisable-) estará legalmente habilitada la doble (triple en rigor) agravación.

La mayoría entiende compatibles ambas: el autor debe ser condenado, por el delito sexual cometido en concurso real con un asesinato "hipercualificado".

Esa calificación penal de los hechos con su grave consecuencia parece poco proporcionada en una aproximación puramente intuitiva y por comparación con otros supuestos. Pero también dogmáticamente la reputamos incorrecta.

A la hora de identificar el fundamento de esos dos subtipos agravados (139.1. 4ª - *homicidio criminis causa*- y 140.1.2ª -asesinato hiperagravado-) se ha hablado de razones de prevención especial o de necesidad de la pena (mayor peligrosidad) con argumentos no siempre conciliables con premisas irrenunciables desde los principios constitucionales. La sentencia mayoritaria insinúa alguna reminiscencia del derecho penal de



autor, aunque no deriva de ahí consecuencia interpretativa alguna, limitándose al apunte crítico. Y, en efecto, probablemente, al redactarse la norma se pretendía castigar un concreto tipo criminológico. Solo así se alcanza a intuir por qué el art. 140.1.2ª CP no contempla, en principio, ni al mero partícipe del delito sexual; ni al homicidio no subsiguiente, sino coetáneo o posterior; ni el homicidio de un eventual testigo; ni otros delitos de igual o mayor gravedad (del secuestro se habla en la sentencia de la mayoría).

Es muy frecuente, aunque no unánime, en los comentaristas que se han asomado a este problema negar la compatibilidad de estas dos agravaciones por exigencias del *non bis in idem*. La circunstancia cualificadora (autoencubrimiento) debería quedar consumida en el delito sexual a modo de un acto posterior co- penado. Y es que, en efecto, no es sencillo identificar una *ratio* de la agravación del art. 140.1.2ª (que no figuraba en el anteproyecto legislativo inicial) diferenciable de aquélla en que se apoya el art. 139.1.4ª. No se entiende por qué es mayor el desvalor; o por qué es mayor la culpabilidad cuando el delito previo es un delito contra la libertad sexual, salvo que se quiera descubrir en esa *hiperagravación* un signo de mayor peligrosidad o de temibilidad que implicarían mayor necesidad de pena, por razones más sociológicas o de apaciguamiento de alarma social que de racionalidad. Pero ese tipo de fundamento es pedestal muy frágil: se desliza por una pendiente que conduce a consecuencias penológicas vinculadas a la pura peligrosidad -y no a la reprochabilidad- lo que traiciona exigencias implícitas e irrenunciables del principio de culpabilidad.

Desde nuestro sistema de derecho penal hay que buscar necesariamente los *porqués* ya en una mayor culpabilidad (móviles especialmente abyectos: instrumentalización o devaluación del bien jurídico "vida" supeditándolo a intereses propios especialmente reprobables: así lo sugiere la STS 102/2018, de 1 de marzo y con esa idea sintoniza el texto de la mayoría); ya en un acrecentado desvalor por el mayor contenido del injusto. Late en esos comportamientos que ponen la vida humana al servicio del fin egoísta de eludir la reacción de la justicia un móvil de especial desprecio de la vida. Aunque se ha objetado, no sin cierta razón, que detrás de todo ataque a la vida está presente habitualmente esa actitud despectiva frente a la dignidad del otro y no serán extrañas motivaciones igualmente viles (egoísmo, codicia...) a la que no se anuda ese efecto agravador. Casi cabe replicar que más grave podría considerarse el homicidio sin motivación alguna.

Si partimos de esta idea asumible -es, quizás, la que brinda una mejor explicación racional y constitucional de las agravaciones- no habría nada diferencial en la *ratio* entre las dos circunstancias agravadoras sobre cuya compatibilidad debatimos. La identidad de fundamento llevaría a afirmar la imposibilidad de concurrencia simultánea en un mismo hecho. Solo si lográsemos descubrir un fundamento diferenciado habría que revisar esta conclusión.

En relación al inciso final del art. 139.1.4ª CP algunos han hablado de otro bien jurídico colectivo comprometido (la administración de justicia). Eso introduciría una *ratio* específica. Frente a esa idea, sugerente, se ha objetado, sin embargo, y se ha objetado con acierto, que el ordenamiento al determinar el marco penal de cada infracción pondera ya también la lesión del bien jurídico "administración de justicia" que, por lo general, llevarán a cabo los intervinientes en el delito. Tras cometerlo querrán eludir sus consecuencias penales. De ahí la tópica proclamación de impunidad de las acciones de *autoencubrimiento*. No es, así pues, aceptable ubicar el fundamento de estos tipos cualificados de asesinato (art. 139.1.4ª inciso final) en la conculcación indirecta de ese otro bien jurídico que no estaría necesariamente presente en el art. 140.1.2ª. Hay una parte de la pena de cada delito que se corresponde con el desvalor inherente a la obstrucción de la administración de justicia que *típicamente lo acompañará*, como algo naturalmente inherente (retenemos esta locución - *naturalmente inherente*- que nos parece clave para solventar el problema de compatibilidad de los arts. 139.1.4ª y 140.1.2ª). La presencia de una atenuante consistente en la confesión por el autor de la infracción ante las autoridades apoya esa conclusión: cuando, en el caso concreto, el delito cometido no es seguido por un ataque a la administración de justicia en forma de auto-encubrimiento, una parte de la pena simplemente desaparece.

No pudiendo hallarse un fundamento diferenciado o un incremento del desvalor o mayor antijuricidad que separe al art. 140.1.2ª del art. 139.1.4ª (la especial *perversidad* del delincuente sexual no es motivación congruente con nuestro sistema de principios) habrá que concluir, como sugería la sentencia del Magistrado Presidente, que ambos preceptos son incompatibles entre sí: uno excluye al otro; en tanto la finalidad autoencubridora es naturalmente inherente al hecho descrito en el art. 140.1.2ª lo que significa utilizar una única circunstancia para agravar doblemente, sin un doble fundamento.

Partiendo de la incompatibilidad, la calificación correcta, sería, según algunas propuestas doctrinales, la de homicidio agravado por la concurrencia de una de las circunstancias del apartado 1 del art. 140 CP (art. 138.2.a) en concurso real con el delito sexual. Esa tesis no parece compatible con la dicción actual del art. 139.1.4ª: mengua la pena cuando el delito encubierto (arts 139.1.4ª) es sexual. No es coherente ni acorde con la expresa voluntad del legislador (art. 140.1.2ª).



Pensamos, por nuestra parte, que los hechos contemplados merecen una doble calificación: o un delito de homicidio agravado del art. 138.2.a) en relación con el art. 140.1.2ª -con una pena comprendida entre quince años y un día y veintidós años y seis meses-; o un delito de asesinato del art. 139.1.4ª -castigado con pena de quince a veinticinco años-. En ambos casos ha de castigarse por separado el delito sexual. Ambas calificaciones gozan del mismo grado de especialidad (junto a una base común -causación de la muerte-, una destaca la finalidad de encubrir un delito; la otra, la naturaleza sexual del delito previo). El principio de alternatividad (art. 8.4 CP) constituiría la herramienta exegética adecuada para solventar la disyuntiva.

Consideramos legalmente correcta la segunda calificación (art. 139.1.4º CP), aunque con la cautela lógica de que la pena no podrá quedarse nunca en quince años. Operaría como mínimo de bloqueo, en cuanto esa concreta duración no sería imponible con arreglo a la calificación más leve excluida. (STS de 6 de abril de 1988): al menos quince años y un día (art. 138.2). En el supuesto concreto, dado que concurre una agravante de abuso de superioridad, además de una atenuante, no parece que pudiésemos movernos por debajo de los diecisiete años, en el bien entendido que a partir de esa duración y a la vista de la pena de ocho años señalados para el delito sexual, nos quedaríamos siempre en un máximo de cumplimiento efectivo de veinticinco años.

Antonio del Moral García Andrés Palomo del Arco

FONDO DOCUMENTAL CEN