



Roj: **STS 2254/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2254**

Id Cendoj: **28079120012022100543**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **08/06/2022**

Nº de Recurso: **10003/2022**

Nº de Resolución: **560/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación penal**

Ponente: **JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 560/2022**

Fecha de sentencia: 08/06/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10003/2022 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 07/06/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Procedencia: T.S.J.COM.VALENCIANA SALA CIV/PE

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

Transcrito por: MMD

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10003/2022 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

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

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 560/2022**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D.ª Ana María Ferrer García

D. Vicente Magro Servet

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 8 de junio de 2022.



Esta sala ha visto el recurso de casación nº 10003/2022, interpuesto por **Hernan**, representado por la procuradora D<sup>a</sup>. Susana de la Peña Gutiérrez, bajo la dirección letrada de D. Daniel Felipe Sánchez Ramírez, contra la sentencia nº 336/2021, de fecha 3 de diciembre de 2021, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el Rollo de Apelación nº 293/2021. Ha intervenido el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.**- El Juzgado de Instrucción nº 1 de Valencia, instruyó causa nº 21/2020, contra **Hernan**, por delitos de **asesinato** y robo con violencia y, una vez concluso, lo remitió a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Valencia, que en la causa de Procedimiento Jurado nº 58/2021, dictó sentencia nº 347/2021, con fecha 3 de junio de 2021, que contiene los siguientes **hechos probados**:

<<De conformidad con el veredicto del jurado, se declara probado:

Sobre las 22:00 horas del día 19 de agosto de 2018, el acusado **Hernan**, mayor de edad, llamó por teléfono a **Eduerne**, a quien conocía, pues había trabajado en su casa en varias ocasiones, y le dijo que tenía que verla para hablar con ella acerca de unas facturas.

**Eduerne**, que confiaba en el acusado, accedió y, minutos después, **Hernan** se presentó en la AVENIDA000 nº NUM000 de Valencia, donde vivía la anciana. **Eduerne**, que vivía sola, le abrió la puerta y **Hernan** accedió al domicilio.

Una vez en el interior de la vivienda, **Hernan** aprovechó un descuido de la anciana y, súbitamente le tapó la cara con una almohada, o algo similar, hasta que falleció asfixiada.

La causa de la muerte de **Eduerne** fue insuficiencia respiratoria aguda, causada por asfixia mecánica por sofocación.

**Hernan** aprovechó su superioridad física para matar sin dificultad a **Eduerne**, que contaba 82 años, pues había nacido el NUM001 de 1936, medía 1,52 m y pesaba 60 kilos, por lo que no pudo defenderse.

Muerta **Eduerne**, el acusado se apoderó de diversas joyas que aquella guardaba en una caja y, después de dejarlo todo en orden y el cadáver de **Eduerne** en la cama, como si estuviera dormida, abandonó la vivienda.

Tres días después, el 22 de agosto de 2018, el acusado vendió parte de las joyas en el establecimiento " DIRECCION000 ", percibiendo 2.313 euros.

**Eduerne** era viuda y tenía dos hijas mayores de edad, **Paula**, nacida el NUM002 /1059 y **Purificacion**, nacida el NUM003 /1960, sin que ninguna de ellas conviviera con la fallecida.

**Hernan** decidió confesar, aunque tardíamente, haber causado la muerte a **Eduerne**. >>

**SEGUNDO.**- La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Valencia, dictó el siguiente pronunciamiento:

<<Que conforme al veredicto de culpabilidad emitido por el Jurado de la presente causa, DEBO CONDENAR Y CONDENO:

A **Hernan** como autor criminalmente responsable de un delito de **asesinato** agravado, con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, atenuante de toxicomanía, a la pena de **prisión permanente revisable**, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, y libertad vigilada durante tres años; al pago de las costas de este procedimiento, incluidas las de la acusación particular; y a que indemnice a **Paula** y a **Purificacion**, en la cantidad de 30.000 euros, a cada una de ellas y a los herederos de **Eduerne**, en la cantidad de 5.713,30 euros, en ambos casos con el interés legalmente previsto.

Asimismo, y conforme a lo dispuesto en el artículo 504.2 párrafo segundo, acuerdo PRORROGAR LA **PRISIÓN PROVISIONAL**, comunicada y sin fianza, del acusado, ya condenado, **Hernan**, por tiempo de 15 AÑOS, duración a que podemos estimar que asciende la mitad de la pena impuesta, considerando que la pena inferior en grado a la **prisión permanente revisable**, conforme dispone el artículo 70.4 CP, es la **prisión** de 20 a 30 años.

Únase a esta resolución el acta de votación del Jurado y dedúzcase testimonio de la misma que se unirá a los autos. Notifíquese a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de esta Comunidad Valenciana, el cual podrá ser interpuesto dentro del plazo de los 10 días siguientes a la última notificación. >>



**TERCERO.-** Mediante Auto de fecha 28 de junio de 2021 se acordó complementar el fallo de la sentencia en el sentido siguiente:

<<DEBO CONDENAR Y CONDENO: A Hernan como autor criminalmente responsable de un delito de robo con violencia, en concurso medial con un delito de **asesinato** agravado, con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, atenuante de toxicomanía, a la pena de **prisión permanente revisable**, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, y libertad vigilada durante tres años; al pago de las costas de este procedimiento, incluidas las de la acusación particular; y a que indemnice a Paula y a Purificación, en la cantidad de 30.000 euros, a cada una de ellas y a los herederos de Edurne, en la cantidad de 5.713,30 euros, en ambos casos con el interés legalmente previsto. >>

**CUARTO.-** Contra la mencionada sentencia, se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de Hernan, remitiéndose las actuaciones a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que en el Rollo de Apelación nº 293/2021, dictó sentencia nº 336/2021, de fecha 3 de diciembre de 2021, cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

<<No ha lugar al recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Hernan contra la Sentencia número 347/2021, de 3 de junio, pronunciada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado constituido en el ámbito de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia en la Causa núm. 58/2021, que se confirma en su integridad. Con imposición de costas. >>

**QUINTO.-** Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación, por infracción de ley, y de precepto constitucional, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

**SEXTO.-** La representación del recurrente, basa su recurso en los siguientes motivos:

Motivos aducidos en nombre del recurrente Hernan:

**Primero.-** Al amparo del art 849.1º LECrim, por inaplicación del art 61.1. d) LOTJ.

**Segundo.-** Al amparo del art 849.1º LECrim, por inaplicación de los art 24. 1 y 2 CE. por entender vulnerado el derecho de defensa y a un proceso con todas las garantías.

**Tercero.-** Al amparo del art 849.1º LECrim, por indebida aplicación del art. 140 CP y, en consecuencia, de la **prisión permanente revisable**.

**SÉPTIMO.-** Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**OCTAVO.-** Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 7 de junio de 2022.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO Hernan

**PRELIMINAR.-** Contra la sentencia nº 336/2021, de 3-12-2021, de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que desestimó el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Hernan, contra la sentencia nº 347/2021, de 3-6-2021, dictada en el Procedimiento del Tribunal del Jurado, seguido en la Audiencia Provincial de Valencia, Causa 58/2021, y auto complementario de 28-6-2021, que condenó al hoy recurrente como autor de un delito de robo con violencia, en concurso medial con un delito de **asesinato** agravado con la concurrencia de la circunstancia modificativa, atenuante de toxicomanía, a la pena de **prisión permanente revisable**, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, y libertad vigilada durante tres años; al pago de las costas de este procedimiento, incluidas las de la acusación particular, y a que indemnice a Paula y a Purificación, en la cantidad de 30.000 €, a cada una de ellas y a los herederos de Edurne, en la cantidad de 5.713,30 €, en ambos casos con el interés legalmente previsto; se interpone el presente recurso de casación por tres motivos: el primero por quebrantamiento de normas y garantías procesales causantes de indefensión, al amparo del art. 849.1 LECrim por infracción de ley por inaplicación del art. 61.1 d) LOTJ, falta de fundamentación del acta de votación del Jurado; el segundo con fundamento en el art. 849.1 LECrim por infracción de ley, por inaplicación de los arts. 24.1 y 2 CE por entenderse vulnerado el derecho a la defensa, así como el derecho a un proceso con todas las garantías procesales; y el tercero por infracción de ley ( art. 849.1 LECrim) por indebida aplicación del art. 140 CP y consecuente aplicación de la **prisión permanente revisable**.



Debemos por ello, recordar la doctrina jurisprudencial en orden al alcance de este recurso en los juicios procedentes del Tribunal del Jurado. En este sentido decíamos que si bien la falta de desarrollo de la segunda instancia -ya subsanada por Ley 41/2015, de 5-10- había implicado un ensanchamiento de los límites impugnativos del recurso de casación para hacer realidad en nuestro sistema el derecho a la doble instancia, art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, es evidente que cuando el objeto del recurso no está ya constituido por una sentencia dictada en primera y única instancia, sus límites valorativos no pueden ser los mismos.

De esta jurisprudencia, SSTS 856/2014, de 26-12; 40/2015, de 12-2; 497/2016, de 9-6; 240/2017, de 21-6; 225/2018, de 16-5; 698/2018, de 26-12; 655/2020, de 3-12; 114/2021, de 11-2; 791/2021, de 19-10, se desprende una doble reflexión:

La primera que la casación en sus orígenes históricos 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 art. 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, igualmente 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, al contrario de lo que ocurría en los delitos competencia de las Audiencias articuladas sobre la instancia única y la casación antes de la reforma operada por Ley 41/2015, de 5 de octubre, bien que esta cumplía con la exigencia de una segunda instancia tal como exige el art. 14-5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 ratificado por España el 16 de junio de 1977 en la medida que, como afirman las SSTC 42/82, 76/86, 110/85 y 140/85, se permite a través de la Casación que el fallo condenatorio y la pena puedan ser revisados por un Tribunal Superior, y en idéntico sentido Sentencia de esta Sala 325/98 o la más reciente 90/2007, así como las referencias jurisprudenciales en ellas citadas. Más recientemente las SSTC 105/03 de 2 de junio y 116/2006 de 24 de abril, volvieron a reiterar la suficiencia del recurso de casación español desde las exigencias del art. 14-5 de PID Civiles y Políticos.

En acatamiento estricto al principio de doble instancia reconocido en el Pacto Internacional citado, 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, 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...", y en la actualidad, como ya hemos referido, en las sentencias dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales, 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, se deriva con claridad que la sentencia objeto del recurso de casación es, precisamente, 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, y por tanto, lo que quedó fuera del ámbito de la apelación, no puede ser objeto del recurso de casación, en la medida que ello supondría obviar la existencia del previo control efectuado en la apelación, por tanto el control casacional se construye, precisamente, sobre lo que fue objeto del recurso de apelación. En tal sentido STS 255/2007 ó 717/2009 de 17 de mayo y 1249/2009 de 9 de diciembre.

Como segunda reflexión, enlazada con la anterior hay que reconocer, y así se ha dicho en varias sentencias de esta Sala --SSTS 439/2000, 678/2008, 867/2004 ó 1215/2003, que en este control casacional cabe la revisión de los juicios de inferencia que haya alcanzado el Jurado, pero solo a través del análisis que de esta cuestión haya efectuado y valorado el Tribunal de apelación en el caso de que esta cuestión haya dado lugar a un motivo sustentador del previo recurso de apelación, de suerte que, en definitiva el ámbito del control casacional en esta cuestión se debe efectuar sobre la ponderación y argumentación que sobre esta cuestión haya llegado el Tribunal de apelación en respuesta a las alegaciones del apelante para coincidir o no con tales argumentaciones y con la conclusión a que se llega. Esto es, se debe insistir en que el recurso de casación lo es contra la sentencia dictada en apelación, es decir la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de fecha 10 de septiembre de 2019, por lo que nuestro control debe reducirse a las argumentaciones de la sentencia de apelación para rechazar la apelación que se reproduce en esta sede casacional. Estamos en



consecuencia, ante un control de legalidad, es decir de la corrección de la apreciación del derecho que efectuó el tribunal de apelación, ya que esta casación descansa sobre la previa sentencia de apelación.

La casación que surge de esta nueva concepción ha de tener un contenido distinto al hasta ahora dispensado por el Tribunal Supremo, más respetuosa con sus orígenes, ser un remedio democrático para asegurar la sujeción de los jueces al principio de legalidad, y asegurar, al tiempo, la unidad en la interpretación del derecho, en cada supuesto concreto sometido a la jurisdicción penal y, de manera general, declarar el sentido de la norma. La ley como mandato general requiere ser interpretada no sólo para conocer su inteligencia y alcance, también en su aplicación al caso concreto sometido a la jurisdicción. Se hace preciso, para asegurar la igualdad y la seguridad jurídica, una unificación de la interpretación de la ley a desarrollar por el Tribunal Supremo, Sala II, que es el órgano jurisdiccional superior del orden penal, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales ( art. 123 CE).

En el sentido indicado son muchas las Sentencias que refieren la nueva posición de la Sala de casación. De esa jurisprudencia extraemos los siguientes postulados: "la sentencia objeto del recurso de casación es, precisamente, la dictada en apelación por el tribunal Superior de Justicia y, por ello, no pueden ser objeto de denuncia cuestiones ajenas a lo debatido en el recurso de apelación", y debe "realizar un control de legalidad referido a la interpretación y aplicación de la ley por los tribunales encargados de la apelación" ( STS 236/2017, de 5 de abril, 882/2016, de 23 de noviembre). Ahora bien, nos recuerda la STS 308/2017, de 28 de abril, tras reiterar los anteriores asertos, "que tampoco puede extremarse ese dogma tantas veces enfatizado extrayendo de él derivaciones no asumibles. En la medida en que la sentencia de apelación refrenda errores de la sentencia de instancia también el recurso de casación viene a fiscalizar ésta, aunque sea con el filtro de un pronunciamiento de apelación. No cabrá invocar motivos distintos a los previstos para la casación ( arts. 849 a 852 LECrim). Pero si es viable reproducir la queja que ya fue rechazada en apelación en la medida en que su convalidación por el Tribunal Superior perpetúa el defecto".

**PRIMERO.-** Expuesto lo anterior, analizando el motivo primero, se articula por quebrantamiento de normas y garantías procesales causantes de indefensión, al amparo del art. 849.1 LECrim, por infracción de ley del art. 61.1 d) LOTJ, por entender que los miembros del Tribunal del Jurado no actuaron con el mínimo exigido que se les requiere sobre la fundamentación del acta de votación, en la cual deben reflejar los elementos de convicción y deben reflejar los elementos de convicción y una sucinta explicación de las razones por las que se han declarado o rechazado declarar como probados unos determinados hechos, entendiéndose que el veredicto no fue fundamentado con el mínimo exigible y con la mínima explicación para cumplir la exigencia legal y evitar con eso que la valoración del Jurado pueda ser o resultar arbitraria.

En el caso presente, el acta que emitió el Jurado omite la sucinta explicación del porqué de su decisión y se limitó a considerar al recurrente, culpable de un delito de **asesinato**. Nos encontramos con un acta sin ningún tipo de motivación, que solo hace referencia al informe de autopsia realizado por los médicos forenses Bernardino y Berta como única exposición de hechos por los que considera cometido el ilícito penal.

**1.1.-** El motivo deviene improsperable.

En efecto, en cuanto a la motivación de las resoluciones del Tribunal del Jurado, las SSTS 580/2021, de 1-7 y 791/2021, de 19-10, recuerdan como las SSTS 960/2020, de 29-5; 1240/2000, de 29-6 y 1046/2005, de 13-9, ya declararon que: "la motivación de la sentencia se integra como un requisito esencial de toda resolución judicial. A través de la necesaria motivación no sólo se va a satisfacer la necesaria tutela judicial efectiva, explicando las razones que llevan al Tribunal sentenciador a dictar la resolución, sino que va a permitir al Tribunal Superior, en virtud de la impugnación, que pueda comprobar la lógica y la racionalidad de la función jurisdiccional. Ambas direcciones de la motivación tienen como destinatario el ciudadano que requiere la actuación judicial, y el pueblo del que emana la Justicia. Además, a través de la motivación, el propio Tribunal de instancia podrá comprobar, a manera de autocontrol jurisdiccional, si el ejercicio de esa función responde a los presupuestos legales que permite la adopción de la resolución, pues la exteriorización de la decisión, a través de la motivación, permite la comprobación de la concurrencia de los presupuestos de la aplicación de la norma penal. ( STS 1658/99 de 15 de noviembre).

En esta exigencia hemos de distinguir, de una parte, la motivación sobre los hechos y la motivación sobre la aplicación del derecho, o motivación de la subsunción, cuyas exigencias son distintas. La motivación sobre los hechos supone la parte esencial de la exigencia motivadora en tanto es aquella por la que se conoce el proceso de convicción del órgano jurisdiccional sobre la culpabilidad de una persona, en el sentido de participación en el hecho delictivo imputado, la que justifica el ejercicio de la jurisdicción. Esta función sólo la puede realizar el órgano jurisdiccional que ha percibido la prueba con la intermediación derivada de la práctica de la prueba. En este sentido la STS. 12.3.2003 declara que en el caso de juicios con jurado, la decisión en materia de hechos incumbe exclusivamente a éste, y con la decisión, también al deber de motivar ex art. 120.3 CE. La Ley, (art.



61.1 d)) precisa ese imperativo exigido a los jurados que fijen los "elementos de convicción" y que expliquen de forma sucinta "las razones" por las que entienden que determinados hechos han sido o no probados. La imputación, el "thema probandum" propuesto por la acusación, por lo general, no se prueba de una vez, ni conjuntamente en todos sus extremos, ya que el resultado de los diversos medios probatorios puestos en juego, suele verter sobre los distintos elementos o aspectos de aquél, que, por lo común, describe una conducta con diferentes segmentos de acción, es decir, más o menos compleja.

Y, por otro lado, de los medios de prueba suelen obtenerse contenidos informativos no siempre unívocos, ni rigurosamente coincidentes, a los que quepa remitirse de manera global y sin matices. Esto hace necesario que los tribunales identifiquen con algún detalle los elementos de prueba obtenidos de cada una de las fuentes de prueba examinadas, y precisen las razones de asignarles algún valor probatorio....La identificación de los elementos de convicción ha de darse con el imprescindible detalle y no ser meramente ejemplificativa; y la explicación de "las razones" puede ser sucinta, o sea, breve, pero debe producirse sin dejar duda de que las mismas existen como tales y están dotadas de seriedad suficiente.

Ahora bien, la motivación de la sentencia del tribunal de 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.

Por ello decíamos en STS. 1168/2006 de 29.11 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. ( STS nº 2001/2002, de 28 noviembre), pues no se trata solo de un deber impuesto a los Tribunales, sino de un derecho de los ciudadanos, orientado de un lado a facilitar la comprensión de las decisiones judiciales y de otro a permitir su control a través de los recursos pertinentes.

En consonancia con esta última doctrina, recuerdan las SSTS 919/2010, de 14-10; y 454/2014, de 10-6, hay que puntualizar la dosis de motivación que debe asistir a las afirmaciones o negaciones del Jurado sobre la prueba de los hechos que constituyen el objeto del veredicto. La explicación sucinta de razones que el art. 61.1 d) de la Ley manda incluir en el correspondiente apartado del acta de votación, puede consistir en una descripción detallada, minuciosa y crítica de la interioridad del proceso psicológico que conduce a dar probados o no los hechos que se plasman en el objeto del veredicto. Esta opción, solo accesible a juristas profesionales, sobrepasa los niveles de conocimiento, preparación y diligencia que cabe esperar y exigir a los componentes del Jurado.

A esta postura se contrapone una posición minimalista de que estando al conjunto de las pruebas practicadas, el Jurado se abstiene de otras precisiones y así las cosas, declaraba probados unos hechos y no probados otros de la totalidad de los propuestos. Esta opción podría entenderse insuficiente porque al adoptarla sólo expresa que no se ha conducido el Jurado irracionalmente, ni ha atentado contra el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

Cabe finalmente una tesis razonable intermedia, en la que el Jurado, en la sucesiva concatenación de los hechos objeto del veredicto, individualiza las pruebas y cualesquiera otros elementos de convicción cuyo impacto psicológico le persuade o induce a admitir o rehusar la versión histórica de los respectivos acontecimientos.

Esta es la opción más razonable. Es cierto que, cuando se trata de sentencias dictadas por el Tribunal de Jurado, no puede exigirse a los ciudadanos que integran el Tribunal el mismo grado de razonamiento intelectual y técnico que debe exigirse al Juez profesional y por ello la Ley Orgánica del Tribunal de Jurado sólo requiere en el art. 61.1 d) que conste en el acta de votación la expresión de los documentos de convicción y una sucinta explicación de las razones por las que han declarado o rechazado declarar como probados unos determinados hechos.

Siendo así, no es necesario que el Jurado haga una ponderación argumentada de los medios de prueba, sino que ponga en conocimiento del público, del acusado y, eventualmente del Tribunal que tenga facultades para revisar el fallo, los elementos que permitan juzgar sobre la racionalidad del juicio realizado, reconstruyendo el proceso mental que conduce a la condena. A tales efectos, dice la STS. 5.12.2000, basta con la enumeración de los medios de prueba de los que el jurado ha partido, pues con ello ya es posible comprobar la corrección o incorrección del juicio sobre los hechos ocurridos. Y en similar sentido la STS. 13.12.2001 " la exigencia del art. 120.3 CE debe ser necesariamente puesta en relación con las peculiaridades del Jurado. Un tribunal éste integrado por personas no sólo carentes de conocimientos jurídicos, sino, asimismo, inexpertas en el manejo de las habituales complejidades de un cuadro probatorio. De lo que resulta que si no es posible exigirle



un juicio técnico, tampoco cabe esperar de él un análisis depurado de los distintos elementos de prueba y la razonada valoración sintética del conjunto. Es verdad que en estas afirmaciones se expresa algo en cierto modo contradictorio -dado el carácter general del deber de motivar ( art. 120.3 CE)-, pero también lo es que ese ingrediente de contradicción está en la propia realidad procesal-institucional resultante de instauración del Jurado, cuyas particularidades imponen como inevitable, cuando de él se trata, la aceptación de un estándar de motivación de las resoluciones ( art. 61 d) LOTJ) bastante menos exigente que el que rige para los demás tribunales. Así lo ha entendido esta sala, entre otras en sentencia 1240/2000, de 11 de septiembre, en la que se mantiene que el Jurado cumple el deber impuesto por el precepto que aquí el recurrente considera infringido mediante la enumeración de las fuentes de conocimiento tomadas en consideración, de forma que sea posible apreciar que la decisión tiene un fundamento razonable y no fruto de la mera arbitrariedad.

Con ello se integra la motivación del veredicto que debe ser lo suficientemente explícita para que el Magistrado Presidente pueda cumplir con la obligación de concretar la existencia de prueba de cargo que le impone el art. 70.2 de la Ley, completando aquellos aspectos ( SSTS 956/2000, de 24-7; 1240/2000, de 11-9; 1096/2001, de 11-6; 454/2014, de 10-6).

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

En esta dirección la STS. 1116/2004 de 14.10 precisa: "...La necesidad de motivación de la sentencia ( artículos 120.3 y 24 C.E.), también alcanza al Jurado, dándose la peculiaridad de que quién dicta la sentencia, el Magistrado-Presidente, no ha participado en la decisión de aquél sobre los hechos. Si el veredicto fuese de culpabilidad, conforme dispone el artículo 70.2 citado, la sentencia concretará la existencia de prueba de cargo exigida por la garantía constitucional de presunción de inocencia, lo que corresponde al Magistrado-Presidente. Este mandato debe ponerse en relación con el artículo 61.1.d), que establece, en relación con el acta de votación, la existencia de un cuarto apartado que deberá contener una sucinta explicación de las razones por las que los jurados han declarado o rechazado declarar determinados hechos como probados. De ambos preceptos se deduce que el Magistrado-Presidente debe señalar en este apartado de la presunción de inocencia los elementos de convicción que ha tenido en cuenta el Jurado y además añadir sus propias consideraciones sobre la concurrencia en el caso de la prueba de cargo que técnicamente deba ser considerada como tal. Debemos señalar además al respecto que si el Juez técnico decidió someter al Jurado el objeto del veredicto ello es porque ya había entendido que no procedía la disolución anticipada del Jurado a que se refiere el artículo 49 L.O.T.J., por falta de existencia de prueba de cargo que pueda fundar una condena del acusado. El Magistrado-Presidente debe pues tener en cuenta las explicaciones sucintas expresadas por el Jurado que complementará con sus propias consideraciones sobre la prueba de cargo tenida en cuenta por aquél. Lo que no es coherente es que dichas consideraciones sean contradictorias o divergentes con la decisión del Jurado".

Corolario de cuanto antecede es que no puede medirse el nivel de exigencia de motivación con parámetros generales y abstractos, sino en función de cuales fueron los debates, las dudas, las incertidumbres y las tesis contrapuestas en el caso concreto, de tal modo que un observador imparcial y ajeno a la deliberación esté en condiciones de "apreciar que la decisión tiene un fundamento razonable y no es fruto de la mera arbitrariedad ( SSTS. 29.5.2000, 22.11.2000).

Las afirmaciones precedentes no deben llevar, sin embargo, a la confusión entre el juicio sobre la existencia (y suficiencia) de la motivación y el juicio sobre la razonabilidad de la valoración de los elementos de convicción llevada a cabo por el Jurado. Debemos precisar que una cosa es que el razonamiento o motivación del veredicto sea, no ya más o acertado, sino arbitrario o carente de toda razonabilidad -que es lo que podría implicar la falta de motivación alegable por la vía del apartado a) del art. 846 bis c)- y otra muy distinta que, al amparo del mismo, pueda entrarse a discutir si el Jurado estuvo o no acertado en la valoración de la prueba", criterio



marcado por la sentencia de esta Sala 25.10.99, conforme al cual " a pretexto de una falta de motivación no puede intentar cuestionarse la valoración alcanzada por el Tribunal de Jurado", bien entendido que la STS. 384/2001 de 1.3, en un caso también de absolución declaraba haber lugar al recurso, entre otras razones, porque hacer "descansar la motivación en la totalidad de la prueba practicada no puede ser en realidad motivación alguna".

Así, en efecto, añadimos ahora, si la motivación, por estar clara, pone al descubierto que el Jurado ha valorado las pruebas de manera manifiestamente equivocada, entonces el reproche que puede hacerse no es el de falta de motivación, sino el de arbitrariedad del veredicto en si, pudiendo llegarse a alterarlo por la vía del apartado e) del art. 846 bis c) o incluso, en algunos casos, por la vía del apartado b); si, en cambio, el veredicto no es en si mismo irrazonable (es decir es defendible), pero se ofrecen razones completamente periféricas y alegadas de lo que constituyó el debate entre las partes y el ámbito de divergencia entre unas tesis y otras, o simplemente son explicaciones "carentes de toda razonabilidad", entonces el Tribunal no podrá revisar el relato fáctico (pues pudiera estar bien fundado y no puede esta Sala suplantar la competencia del Tribunal "a quo" más que en los casos en que el veredicto en si carezca de toda base razonable) pero si acordar, por el insubsanable defecto de falta de motivación adecuada, la repetición del juicio oral con nuevo Tribunal de Jurado".

Por ello, no resulta ocioso recordar las palabras de la STS. 1466/2005 de 28.1, en relación a "...que el sistema de implantación del Jurado debe descansar en la confianza en el mismo, de modo que no puede por la vía de la defectuosa motivación, anularse indiscriminadamente juicios celebrados por los cauces de la LOTJ, por lo que no basta simplemente con no compartir su criterio, aunque se juzgue desacertado, del colegio popular sobre la valoración de los elementos de prueba que tuvo en consideración, sino que se ha de detectar un auténtico vacío motivador del veredicto, cuya sucinta explicación debe intentar comprenderse por encima de las rituales formas en que pueda ésta expresarse por los integrantes del Jurado, al levantar el correspondiente acta.

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

**1.2.-** En el caso presente, tal cuestión fue planteada en el previo recurso de apelación, denunciando específicamente la vulneración del art. 61.1 d) LOTJ en referencia a la exposición de hechos para considerar probado el hecho número tres, referente al informe de autopsia realizada por los médicos forenses, carecía de motivación necesaria y exigible para poder desvirtuarse la presunción de inocencia, y analizada por la sentencia recurrida, fundamento de derecho segundo, desestimando tal pretensión dado que: "Las argumentaciones que obran en su recurso conducen a rechazar que el Sr. Hernan se hubiera visto privado, total o parcialmente, de la facultad de alegar lo que a su derecho conviniera y mucho menos despojado del ejercicio efectivo de su derecho al recurso en relación con la decisión objeto de ataque.

Por consiguiente, los déficits en la motivación del veredicto que pudieran existir y que de forma parcial, solo en lo que afecta al hecho tres, y con gran generalidad se denuncian no han impedido a la parte apelante conocer y cuestionar las razones que llevaron al Jurado a decidir como lo ha hecho. Y en estas condiciones, no hace falta insistir, no procederá la declaración de nulidad de actuaciones que desde tales quejas y sin la relevancia precisa se pretende."

Añadiendo que tampoco desde la perspectiva de una eventual lesión del derecho fundamental a la motivación de las resoluciones judiciales cabe acceder a la nulidad solicitada, dado que "se comprueba que la narración fáctica de la sentencia surge de forma natural ante las informaciones probatorias que con contundencia ofrecen las pruebas practicadas y a las que hace mención el Acta del Veredicto. Entre ellas, no se olvide, se encuentra esa confesión tardía en la que se reconocen parcial e interesadamente los hechos, las testificales sobre la fragilidad de la víctima y la relación de confianza existente con el acusado, la autopsia reflejando una muerte violenta y de naturaleza homicida o la testifical y documental sobre la venta de las joyas que el acusado admite habérselas llevado pero como pago de una deuda.





Así las cosas, no cabe tachar a la motivación de insuficiente toda vez que enumera unos elementos de convicción de nítido contenido probatorio e innegable fuerza acreditativa. Unos elementos que ni siquiera llegan a enfrentarse por tener sentidos no coincidentes y que desde luego sirven para tener por acreditados hechos articulados y apoyados de forma recíproca y sucesiva. Y unos hechos que se van individualizando y encadenando en su declaración como probados y que no solo son de autoría única sino que responden a una sencilla ejecución.

Precisamente, la falta de grandes complejidades en la dinámica comisoría y la conexión indudable entre los distintos indicios que se van exponiendo y acreditando en perfecto orden lógico permiten conocer sin dificultad alguna el iter discursivo y conclusivo, la convicción en definitiva, que alcanza el Jurado y que explica con detalle la Magistrada-Presidente.

Por tanto y con independencia de que los jurados formalmente pudieran haber omitido en algún momento esa sucinta explicación, no puede en el presente caso entenderse que esa omisión sea causante de la violación del artículo 24.1 de la CE y determinante de una nulidad de actuaciones. Lo impide la facilidad con la que se accede a las razones de la decisión desde la mera comprobación de las informaciones probatorias de los medios enumerados en el veredicto, de la inexistencia de testimonios o pericias contradictorios y de la ausencia, más allá de lo declarado por el acusado, de explicación y acreditación de una hipótesis alternativa."

**1.3.-** Razonamiento que debe asumirse en esta sede casacional, pues no puede sostenerse que el Jurado no explicó suficientemente su razón y convicción ni la extensión del texto elaborado por el Jurado, ni la forma en la que identifica las pruebas en las que se basa para sus conclusiones puede decirse que sean incomprensibles ni adolezcan de falta de concreción. Los hechos, con independencia de su gravedad, no son complejos y el jurado los comprendió perfectamente, entendiendo que resultaban plenamente acreditados a través de la prueba practicada en el acto de la vista oral y elaboró su relato basándose en los términos del objeto del veredicto que le sometió el Magistrado-Presidente e identificó las pruebas concretas sobre las cuales alcanza ese resultado de su convicción. Como hemos dicho, no se necesita ninguna reflexión especial ni de ningún esfuerzo para captar cuando ha valorado el Jurado.

**SEGUNDO.-** El motivo segundo con fundamento en el art. 849.1 LECrim, por infracción de ley por inaplicación de los arts. 24.1 y 24.2 CE, por entenderse vulnerado el derecho a la defensa, así como el derecho a un proceso con todas las garantías procesales.

Ello por entenderse limitado el ejercicio del derecho a la defensa del abogado defensor, cuando en vía de informe, tras cuatro sesiones de juicio oral, y con una petición de pena de **prisión permanente revisable**, se limitó el ejercicio de su palabra en vía de informe, todo ello en presencia de los miembros del Jurado y, tras haber escuchado los alegatos finales, tanto del Ministerio Fiscal como de la acusación particular, hecho que pudo denotar o entrever ante los miembros del Jurado, un claro posicionamiento por parte del Magistrado-Presidente hacia las acusaciones, generando esto un grave perjuicio en el entonces acusado.

**2.1.-** El motivo, se adelanta, debe ser desestimado.

El Magistrado-Presidente tiene encomendadas las facultades y funciones que en general se atribuyen al Juez o al Presidente del Tribunal en cuanto a la dirección y desarrollo del juicio oral. Si bien como enfatiza la Exposición de Motivos de la LO 5/95, de 22-5, del Tribunal del Jurado, se encuentra una de las claves del éxito de la institución.

De ahí que cuando se tratare del enjuiciamiento por el Tribunal del Jurado, la previsión de iniciativa oficiosa del Presidente resulta más deseable, para ordenar los distintos momentos de cada sesión con la finalidad de preservar la función de los Jurados, facilitándoles instrumentos o criterios que se sobrepongan a un resultado -maliciosamente buscado o no- poco fructífero del debate probatorio, y resguardándose de cualquier influencia indebida o anticipación de juicios o valoraciones de las partes a la práctica de la prueba y a las intervenciones en los respectivos informes.

En cuanto a la extensión de los informes orales, en su regulación, art. 734 y ss LECrim, -y en concreto para la defensa en el art. 737: "...los informes de los defensores de las partes se acomodarán a las conclusiones que definitivamente hayan formulado..."- no se hace referencia expresa a su duración, que quedará al arbitrio del Juez o Presidente del Tribunal, como los responsables de dirigir el juicio oral, quienes en cada caso concreto marquen las directrices en cuanto a este extremo, dado que entre las funciones de ordenación del debate que competen al Presidente del Tribunal también se encuentran la de evitar intervenciones interminables, reiterativas o abusivas en atención al interés de todas las partes, por lo que constituye un uso prudente de las facultades presidenciales interesar moderación en el uso de la palabra limitando razonablemente las intervenciones reiterativas, más aun en el juicio de Jurados al ser éstos, por regla general, personas legas en cuestiones estrictamente jurídicas.



**2.2.-** En el caso que se analiza, el motivo reitera lo ya alegado en el recurso de apelación por quebrantamiento de normas o garantías procesales: falta de parcialidad de la Magistrada Presidenta, y que fue desestimado por la sentencia recurrida en el fundamento de derecho tercero, que destacó: " Las críticas formuladas, revestidas de pérdida de imparcialidad, deben desecharse de raíz.

- Primeramente, la discrepancia anotada nada tiene que ver con una posible pérdida de imparcialidad. Por eso, tal vez, no recusó y se conformó con que continuara presidiendo quien le instó a terminar. Y es que ni en una interpretación amplia cabría incardinar la conducta de la Magistrada Presidente en una de las causas de abstención y recusación dispuestas en el artículo 219 de la LOPJ.

- En segundo lugar, tampoco puede vislumbrarse una desigualdad de trato respecto a las dos acusaciones o percibirse una privación de su derecho de defensa. Ni siquiera mínimamente.

Es verdad que ninguna de las partes acusadoras fue interrumpida por la Magistrada Presidente. Pero lo que silencia el recurrente y se comprueba desde las grabaciones del juicio es que la exposición del Ministerio fiscal fue de 25 minutos, la de la letrada de la acusación particular de 10 minutos y esa interrupción al abogado del acusado se produjo cuando ya había excedido del tiempo global utilizado por el Ministerio fiscal. Llevaba informando aproximadamente 30 minutos y se añadieron 10 más. Tiempo que utilizó: continuando con el uso de la palabra, pidiendo perdón por el exceso y con la advertencia de que era necesario, y finalizando cuando así lo consideró.

Y al hilo de lo anterior, importa llamar la atención sobre un dato algo tergiversado. Quien presidía el juicio sí le interrumpió con un ruego: le pediría que fuera terminando, la atención de todo tiene un límite y se puede perder en una exposición muy larga. Fue justamente tras expresar su disconformidad, que no protesta, en atención a que se trataba del alegato de la defensa y las sesiones del juicio se desarrollaron durante cuatro días, cuando la Magistrada Presidente le dio 10 minutos haciéndole ver que las cuestiones a debate no eran tantas, que, en realidad, había repetido el mismo argumento varias veces y que terminara su informe con aquello que considerara relevante y que no hubiera introducido con anterioridad.

En estas condiciones, ninguna objeción cabe hacer a la actuación de la Magistrada Presidente, que nunca dejó de ser imparcial o neutral con el ruego referido, que no comprometió la igualdad de las partes y que menos aún violentó su derecho de defensa. Las grabaciones del juicio así lo demuestran y no hace falta recordar que exordios demasiado extensos no siempre conducen al resultado exitoso pretendido.

- Finalmente, ninguna norma procesal de carácter legal se ha visto quebrantada. Ni el legislador previó una duración determinada para informar ni el Tribunal Supremo ha fijado un criterio objetivo con pretensiones de generalidad al respecto. Y es lógico. Siempre dependerá de las circunstancias del caso. Y las presentes nos conducen a afirmar que el hoy recurrente sí dispuso de tiempo suficiente para efectuar su informe y cumplir con los fines perseguidos por la norma ordenante de este trámite."

**2.3.-** Razonamiento acertado que debe ser asumido en esta sede casacional.

En efecto, hemos señalado en SSTs 461/2020, de 9-9; 655/2020, de 3-12; 580/2021, de 1-7, es constante la doctrina que fija que la indefensión constitucionalmente prohibida es aquella que supone una privación real, efectiva y actual, no potencial, abstracta o hipotética de los medios de alegación y prueba, pues, como reiteradamente ha afirmado el TC (por todas, STC 133/2003, de 30 de junio): "el dato esencial para que pueda considerarse vulnerado el derecho fundamental analizado consiste en que las irregularidades u omisiones procesales efectivamente verificadas hayan supuesto para el demandante de amparo una efectiva indefensión, toda vez que la garantía constitucional contenida en el art. 24.2 CE únicamente cubre aquellos supuestos en que la prueba es decisiva en términos de defensa ( STC núm. 25/1991, de 11 de febrero; también SSTC 1/1996, de 15 de enero; 219/1998, de 16 de noviembre)". Decía el Tribunal Constitucional en su sentencia 62/1998 de 17 marzo, que "Para que pueda estimarse una indefensión con relevancia constitucional, que sitúa al interesado al margen de toda posibilidad de alegar y defender en el proceso sus derechos, no basta con una vulneración meramente formal, siendo necesario que de esa infracción formal se derive un efecto material de indefensión, un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa ( STC 149/1998, FJ 3.º), con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses afectados ( SSTC 155/1988, FJ 4.º; 112/1989, FJ 2.º) ".

En los mismos términos se ha manifestado la jurisprudencia de esta Sala (vid. STS 253/2017, de 6 de abril) indicando que para apreciar la existencia de una indefensión, con transcendencia de lesión de un derecho fundamental, debe advertirse una efectiva y real privación del derecho de defensa. Es obvio que no basta con la realidad de una infracción procesal para apreciar una situación de indefensión, ni es bastante tampoco con invocarla para que se dé la necesidad de reconocer su existencia, sino que debe constatarse un impedimento a la facultad de alegar y demostrar en el proceso los derechos propios para pretender su reconocimiento, o de



replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del indispensable principio de contradicción ( SSTC 106/83, 48/84, 48/86, 149/87, 35/89, 163/90, 8/91, 33/92, 63/93, 270/94, o 15/95).

Siendo así, el recurrente no ha concretado de qué manera el tiempo que duró su informe -alrededor de 40 minutos- le impidió sustentar sus alegaciones en relación a las cuestiones debatidas, ocasionándole vulneración de su derecho de defensa, causante de grave indefensión.

**TERCERO.-** El motivo tercero por infracción de ley, art. 849.1 LECrim, por indebida aplicación del art. 140.1.1 CP, mediante el cual se condena al recurrente por un delito de **asesinato** hiperagravado, a la pena de **prisión permanente revisable**.

Se alega en el motivo que tal aplicación infringe el principio non bis in idem, dado que del resultado del procedimiento nos encontramos en el escalón del art. 139, precisamente por las circunstancias del hecho y concretamente por la edad de la víctima (82 años) no nos encontramos ante un delito de homicidio del art. 138 CP, pero no por ello podría aplicarse el doble reproche penológico que establece el art. 140 CP con la **prisión permanente revisable**. Cita en su apoyo diversas sentencias de esta Sala Segunda y considera que, en todo caso, no podemos entender que la víctima sea una anciana desvalida, sino que la misma sea una anciana de 82 años que no se encontraba bajo enfermedad ni dolencia que mermase sus condiciones, y destaca que en el informe de autopsia en los hisopos extraídos de la zona subungueal de las uñas se obtuvo ADN y perfil genético de Yuniur, lo que evidencia que hubo un ejercicio de defensa por parte de Eduerne .

**3.1.-** Previamente, en cuanto a la concurrencia de la agravante de alevosía, en SSTS 703/2013, de 8-10 y 114/2021, de 11-2, hemos dicho que su aplicación se impone en todos aquellos supuestos en los que por el modo de practicarse la agresión quede de manifiesto la intención del agresor de cometer el delito eliminando el riesgo que pudiera proceder de la defensa que pudiera hacer el agredido, es decir la esencia de la alevosía como circunstancia constitutiva del delito de **asesinato**, (art. 139.1) o como agravante ordinaria en otros delitos contra las personas (art. 22.1), radica en la inexistencia de probabilidades de defensa por parte de la persona atacada.

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

En definitiva, en síntesis, puede decirse que la alevosía es una circunstancia de carácter predominantemente objetivo que incorpora un especial elemento subjetivo, que dota a la acción de una mayor antijuricidad, denotando todo riesgo personal, de modo que el lado de la antijuricidad ha de apreciarse y valorarse la culpabilidad ( STS 16-10-96) lo que conduce a su consideración como mixta ( STS 28-12-2000).

En cuanto a la "eliminación de toda posibilidad de defensa de la víctima debe ser considerada desde la perspectiva de su real eficacia, siendo compatible con intentos defensivos ínsitos en el propio instinto de conservación, pero sin capacidad verdadera de surtir efectos contra el agresor y la acción homicida" ( STS 51/2016, de 3-2).

Por ello, esta Sala arrancando de la definición legal de la alevosía, refiere invariablemente la concurrencia de los siguientes elementos ( SSTS. 155/2005 de 15.2, 375/2005 de 22.3):

- a) En primer lugar, un elemento normativo. La alevosía solo puede proyectarse a los delitos contra las personas.
- b) En segundo lugar, un elemento objetivo que radica en el "modus operandi", que el autor utilice en la ejecución medios, modos o formas que han de ser objetivamente adecuados para asegurarla mediante la eliminación de las posibilidades de defensa, sin que sea suficiente el convencimiento del sujeto acerca de su idoneidad.
- c) En tercer lugar, un elemento subjetivo, que el dolo del autor se proyecte no sólo sobre la utilización de los medios, modos o formas empleados, sino también sobre su tendencia a asegurar la ejecución y su orientación a impedir la defensa del ofendido, eliminando así conscientemente el posible riesgo que pudiera suponer para su persona una eventual reacción defensiva de aquél. Es decir, el agente ha de haber buscado intencionadamente la producción de la muerte a través de los medios indicados, o cuando menos, aprovechar la situación de aseguramiento del resultado, sin riesgo.
- d) Y, en cuarto lugar, un elemento teleológico, que impone la comprobación de si en realidad, en el caso concreto, se produjo una situación de total indefensión, siendo necesario que se aprecie una mayor antijuricidad en la conducta derivada precisamente del modus operandi, conscientemente orientado a aquellas finalidades ( STS. 1866/2002 de 7.11).



De lo antes expuesto se entiende que la esencia de la alevosía se encuentra en el aniquilamiento de las posibilidades de defensa; o bien en el aprovechamiento de una situación de indefensión, cuyos orígenes son indiferentes ( STS. 178/2001 de 13.2).

Entre las distintas modalidades ejecutivas de naturaleza alevosa, esta Sala por ejemplo S. 49/2004 de 22.1, viene distinguiendo:

a) alevosía proditoria, equivalente a la traición y que incluye la asechanza, insidia, emboscada o celada, situaciones en que el sujeto agresor se oculta y cae sobre la víctima en momento y lugar que aquélla no espera.

b) alevosía súbita o inopinada, llamada también "sorpresiva", en la que el sujeto activo, aun a la vista o en presencia de la víctima, no descubre sus intenciones y aprovechando la confianza de aquélla actúa de forma imprevista, fulgurante y repentina. En estos casos es precisamente el carácter sorpresivo de la agresión lo que suprime la posibilidad de defensa, pues quien no espera el ataque difícilmente puede prepararse contra él y reaccionar en consecuencia, al menos en la medida de lo posible. Esta modalidad de alevosía es apreciable en los casos en los que se ataca sin previo aviso.

c) alevosía de desvalimiento, que consiste en el aprovechamiento de una especial situación de desamparo de la víctima, como acontece en los casos de niños de corta edad, ancianos debilitados, enfermos graves o personas invalidas, o por hallarse accidentalmente privada de aptitud para defenderse (dormidas, drogada o ebria en la fase letárgica o comatosa).

En estos casos, hay una mayor peligrosidad y culpabilidad en el autor del hecho, que revela con estos comportamientos un ánimo particularmente ruin, perverso, cobarde o traicionero (fundamento subjetivo) y también una mayor antijuricidad por estimarse más graves y más lesivas para la sociedad este tipo de conductas en que no hay riesgo para quien delinque (fundamento objetivo).

d) En cuanto a la alevosía sobrevenida se produce cuando no se halla presente en el comienzo de la acción, pero tras una interrupción temporal se reanuda el ataque, aunque sea de distinta forma o modo, durante el que surge el aprovechamiento de la indefensión del agredido, propiciada por la intervención de terceros o también por el propio agente ( SSTS. 1115/2004 de 11.11, 550/2008 de 18.9, 640/2008 de 8.10, 790/2008 de 18.11). Existe cuando aun habiendo mediado un enfrentamiento previo sin circunstancias iniciales alevosas, se produce un cambio cualitativo en la situación, de modo que esa última fase de la agresión, con sus propias características, no podía ser esperada por la víctima en modo alguno, en función de las concretas circunstancias del hecho, especialmente cuando concurre una alteración sustancial en la potencia agresiva respecto al instrumento utilizado, el lugar anatómico de la agresión y la fuerza empleada.( SSTS. 53/2009 de 22.10, 147/2007 de 19.2, 640/2008 de 8.10, 243/2004 de 24.2).

e) A estas formas o modalidades clásicas de alevosía, junto a ellas, la última jurisprudencia contempla también la modalidad denominada convivencial o doméstica, que se ha designado como una modalidad especial de alevosía, basada en la relación de confianza, proveniente de la convivencia, generadora para la víctima de su total despreocupación respecto de un eventual ataque que pudiera tener su origen en acciones del acusado. Se trata por tanto de una alevosía derivada de la relajación de los recursos defensivos como consecuencia de la imprevisibilidad de un ataque protagonizado por la persona con la que la víctima convive día a día y en la que confía plenamente. En palabras de la STS 39/2017, de 31- 1, cuando el autor pretende atacar a la mujer con la que convive, aprovechando la despreocupación de la víctima cuando se encuentra en su propio domicilio y no espera un ataque de la persona con la que vive a diario ( SSTS 161/2017, de 14-3; 299/2018, de 19-6; 698/2018, de 26-12; 720/2018, de 30-12; 215/2019, de 24-4).

**3.2.-** En el caso presente, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia, ante el planteamiento de esta misma cuestión en apelación, considera la argumentación del recurrente confusa al discutir la aplicación del art. 140 CP desde dos perspectivas distintas e incompatibles entre sí. De un lado, argumenta sobre la prohibición del bis in idem en clara referencia a la alevosía por desvalimiento y a su doble aplicación, primero, como fundamento para tipificar los hechos como **asesinato** ( art. 139 CP), después para imponer la pena de **prisión permanente revisable** ( art. 140.1.1 CP) y por ello interesa que se elimine la hiperagravación resultante. Pero de otra parte y sin solución de continuidad, introduce en su argumentación un reproche diverso, que pone en duda la propia situación de desvalimiento, ya que la víctima "no se trataba de una anciana debilitada, ni enferma, ni inválida, ni accidentalmente privada de aptitud para defenderse (dormida, drogada o ebria)."

El problema estriba en que tal cuestionamiento orbita exclusivamente sobre la calificación de **asesinato** hiperagravado ex art. 140 CP, lo que parece significar que para el recurrente sí concurriría la modalidad de alevosía sorpresiva.

Partiendo de ello la sentencia recurrida desestima este motivo por entender que dados los hechos probados confluyen dos agravaciones distintas, la numerada como tres en el objeto del veredicto ("una vez en el interior



de la vivienda, Hernan aprovechó un descuido de la anciana y, súbitamente le tapó la cara con una almohada, o algo similar, hasta que falleció asfixiada") y la número cinco ("Hernan aprovechó su superioridad física para matar sin dificultad a Edurne, que contaba 82 años, pues había nacido el NUM001 de 1936, medía 1,52 m y pesaba 60 kilos, por lo que no pudo defenderse") y razona que esa confluencia de dos agravaciones distintas, la correspondiente a la alevosía sorpresiva que se mueve en el ámbito del artículo 139.1.1ª del CP y la especial vulnerabilidad de la víctima por su edad y fragilidad que se sitúa en la esfera del artículo 140.1.1ª de ese mismo cuerpo legal resulta indiscutible. Y es esa presencia de dos fundamentos jurídicos diferentes, ontológicamente y por el injusto que cubren, lo que impide apreciar el *bis in idem* denunciado, recogiendo jurisprudencia de esta Sala Segunda TS 31-10-2018, 18-7-2019, 30-4-2021, 27-5-2021.

**3.3.-** Asimismo rechaza la alegación del recurrente sobre la inexistencia del desvalimiento, razonando que: "Por más que tenga razón en que no cabe la vinculación automática de la edad al desamparo, al menos en ciertas franjas de juventud y madurez, en el presente caso los años y padecimientos que acompañaban a la víctima sí nos permiten hablar de persona desvalida. Que viviera sola no es elemento suficiente para equilibrar una balanza que mantiene en el otro extremo a un joven sano y corpulento. La fragilidad derivada de los 82 años que tenía o de las limitaciones funcionales que derivan de la poliartritis reumatoide que padecía lo impide. Y de muestra, y solo en relación con la edad, servirían los 85 años de la víctima que aparecen en la STS 2952/2021, de 14 de julio, los 84 que se recogen en la STS 1037/2017, de 14 de marzo, o los 80, 71 y 65 a los que alude la STS 4175/2016, de 27 de septiembre.

Por consiguiente, no ha habido vulneración del principio *non bis in idem* pues junto a la sorpresa e imprevisibilidad de la acción que cualifica el hecho como **asesinato** -se partía de una singular relación de confianza y se trató de un ataque súbito e inesperado-, concurre un elemento adicional y distinto la edad avanzada de la víctima, que justifica la aplicación del **asesinato** agravado ex artículo 140.1.1ª del CP (STS 2177/2021, de 30 de abril)."

**3.4.-** Necesariamente hemos de partir de que la jurisprudencia ha señalado que debe considerarse **asesinato** la muerte de una persona desamparada por razón de su edad, enfermedad o discapacidad, pues por encima de que tal posición de vulnerabilidad sea inherente a su estado y no hubiera sido buscada de propósito por su autor, en todos los casos, según pacífica doctrina jurisprudencial, siempre habría sido aprovechada para cometer el delito. En este la STS 80/2017, de 10-2, ya adelantó que la tradicional interpretación del **asesinato** alevoso no iba a cambiar con la reforma normativa de 2015. La citada sentencia entendió que cuando la víctima sea un **niño** de corta edad (o anciano/a desvalido/a) seguirá existiendo **asesinato** alevoso, en todo caso y con independencia de que, entre varias alternativas, no se haya elegido por el sujeto activo precisamente a la persona que presenta una especial minusvalía, incapacidad, condición física o edad, que garantice así la falta de resistencia. La STS 520/2018, de 31-10, citando lo argumentado en la s. 80/2017, reiteró que el apartado 1.1ª del artículo 140 suscita problemas de deslinde con la alevosía (vid. STS 80/2017, de 10 de febrero). Pero la solución no pasa inevitablemente por un reformateo del concepto actual de la alevosía o un replanteamiento de sus fronteras o perfiles, ni por el vaciado de contenido en la práctica del art. 140.1.1ª CP.

Una buena parte de los casos en que la víctima es menor de edad o persona especialmente vulnerable serán supuestos de alevosía. Pero no todos necesariamente. De lo contrario carecería de sentido la previsión del homicidio agravado que recoge el vigente art. 138.2 a) CP. El homicidio agravado por razón de las condiciones de la víctima ha de tener su propio campo de acción: aquel en que no exista alevosía.

Son imaginables sin excesivo esfuerzo supuestos en que pese a ser la víctima menor de 16 años o vulnerable por su enfermedad o discapacidad no concurrirá alevosía. Sería entonces aplicable el homicidio agravado del art. 138.2. a) CP (homicidio sobre un adolescente de 15 años capaz ya de desplegar su propia defensa, o en niños en compañía de personas que las protegen ...).

En los supuestos en que la edad de la víctima (niños de escasa edad o ancianos) o la enfermedad o discapacidad física o mental, determinan por sí solas la alevosía, nos encontraremos, entonces sí, ante el tipo básico de **asesinato** (art. 139.1.1ª). No cabrá apreciar además el **asesinato** agravado del art. 140.1.1ª pues las condiciones de la víctima basan ya la alevosía. Lo impide la prohibición del *bis in idem*.

Pero cuando a la alevosía, basada en otros elementos, se superpongan circunstancias del apartado 1ª del art. 140.1 no contempladas para calificar el ataque como alevoso será posible la compatibilidad. Así, el acometimiento por la espalda de un menor de 15 años se calificará de **asesinato** alevoso del art. 138.1 CP (el ataque por la espalda integra la alevosía) y especialmente grave del art. 140.1.1ª (por ser la víctima un menor) (vid STS 80/2017, de 10 de febrero).

La muerte de un ser desvalido que suponga por sí sola alevosía, habrá de resolverse a través de la herramienta del concurso de normas otorgando preferencia al **asesinato** alevoso (139.1.1ª CP con **prisión** de 15 a 25 años)



frente al homicidio agravado por las circunstancias de la víctima (138.2.a) con **prisión** de 15 años y 1 día a 22 años y 6 meses), por aplicación de las reglas de especialidad y alternatividad ( art. 8. reglas 1 y 4 CP).

Pero cuando, como sucede aquí, el ataque se concreta en una modalidad alevosa, totalmente independiente de la condición de la víctima, su avanzada edad o su enfermedad o discapacidad pueden operar con nueva agravación a través del art. 140.1.1ª.

**3.5.-** Por ello sobre esa compatibilidad se advierten posiciones distintas en la doctrina de esta Sala Segunda, que se decanta recientemente por la segunda.

A) Una primera que vendría representada por las sentencias dictadas en el recurso, especialmente la STS 716/2018, de 16-1-2019 -a la que se refiere la STS 462/2021, de 27-5-, que contempla un caso en el que el acusado se presentó en el domicilio de la víctima, y de forma sorpresiva e inesperada se abalanzó sobre él, portando un cuchillo y empujándolo ... lo que provocó que cayera al suelo y quedara tumbado boca arriba y consciente de que con todo ello se aseguraba deliberadamente causarle la muerte sin el peligro que para su integridad física pudiera provenir de una defensa por parte de la víctima, le propinó más de 30 puñaladas en zonas vitales que le causaron la muerte.

La víctima, que tenía 66 años de edad, padecía una discapacidad consecuencia de un ictus isquémico lo que le provocaba, entre otras secuelas, marcha inestable, siendo su capacidad de reacción más lenta y torpe, lo que era conocido por el acusado.

La sentencia citada, razonó que un simple empujón aunque sorpresivo, no determina una situación de indefensión aunque el autor porte un cuchillo, si no media a la vez una enorme inestabilidad de la víctima y facilidad para caerse al suelo. Y que restara la víctima boca arriba, tras caer al suelo, sin reaccionar defensivamente u poner resistencia alguna, ni siquiera para variar o adoptar postura más recogida o que le cubriera la cara (como indica la intensidad de los descarnados y lacerantes vestigios resultantes de los golpes y puñaladas propinadas), de igual modo, también se explica por la dificultad de movilidad de la víctima, derivada del ictus sufrido. Mientras que la enorme dificultad para hablar le impidió gritar y demandar socorro.

De modo que en autos, la situación de desvalimiento, o si se prefiere la especial vulnerabilidad de la víctima por razón de su enfermedad o discapacidad, tal como resulta del contenido de la resolución recurrida, integraba de modo inescindible junto al ataque sorpresivo, la situación de indefensión que posibilitó la estimación de la circunstancia de alevosía.

La consecuencia es, que no es dable estimar la hiperagravación del art. 140.1.1ª, la situación de vulnerabilidad, so pena de incurrir en proscrita doble valoración. También, o más precisamente, las mismas circunstancias de la enfermedad y la discapacidad, son las que han determinado la indefensión ponderada en la alevosía que cualificó el **asesinato**.

Ya advertía el Consejo General del Poder Judicial en su Informe al Anteproyecto que daría lugar a la reforma operada por LO 1/2015 que la circunstancia primera del art. 140.1, evidenciaba una tendencia al *non bis in idem*, pues buena parte de los supuestos a los que se refiere (menor de edad o persona especialmente vulnerable) terminarán en la alevosía en atención a la construcción jurisprudencial de la misma.

Conviene precisar, ahora en abstracta consideración, que esta conclusión no resultaría alterada, si las modalidades de alevosía por desvalimiento se consideraran abuso de superioridad, una vez que concurriera una muerte alevosa en sus modalidades sorpresiva o proditoria, pues para la apreciación de la hipercualificación el autor debía conocer al vulnerabilidad de la víctima y precisamente ese conocimiento, aunado al aprovechamiento de la vulnerabilidad para darle muerte, fue ya ponderado, valorado y sancionado con la cualificación alevosa (aunque se apellidara sorpresiva o proditoria); lo que abocaría a una proscrita doble ponderación; y si el autor desconocía la situación de vulnerabilidad, la hipercualificación no sería aplicable.

Tampoco resulta posible escindir las diversas modalidades de la alevosía, para entender que sorpresiva y proditoria cualifican el **asesinato** y la de desvalimiento lo hipercualifica; el sustrato fáctico y el injusto de ésta ya habría sido ponderado al estimar aquellas. De otra parte, la reforma no ha introducido modificación en la definición de la alevosía, donde procurarse y aprovecharse de la situación de indefensión de la víctima, integra su esencia.

Por ende, en el caso de autos, dada la inescindibilidad descrita del ataque sorpresivo con el desvalimiento o vulnerabilidad de la víctima en la causación de la indefensión, al haber sido buscada por el autor para asegurar la ejecución del delito sin riesgo propio, tanto si la indefensión que genera la especial vulnerabilidad de la víctima, autónomamente considerada, resulta subsumible en abuso de superioridad, como en alevosía, una vez apreciada la alevosía que cualifica el **asesinato**, no puede volver a ponderarse esa vulnerabilidad en evitación de doble ponderación de la situación de indefensión, con quiebra del principio *non bis in idem*.



Lo expuesto hasta hora, también impide que para evitar las incoherencias de la reforma descritas, que la especial situación de vulnerabilidad desplazara la alevosía y calificáramos los hechos de autos atendiendo al principio de alternatividad, a través de considerarlos como **asesinato** cualificado por el ensañamiento e hipercualificado por la vulnerabilidad de la víctima por su enfermedad y discapacidad.

En primer lugar, por razones de especialidad, donde el art. 139.2, nos indica el criterio a seguir cuando concurren más de una circunstancia cualificante; en segundo lugar, porque el art. 139, que contempla alternativamente las cuatro circunstancias que determinan su concurrencia, en definitiva atiende a la estructura de tipos mixto alternativos, de modo que tanto si se realiza una de las modalidades de comisión prevista como varias o incluso todas se comete en todo caso una sola unidad típica; donde por ende, no es posible escisión o desgaje de ninguna de las circunstancias cualificantes, donde una sola cualificase y el resto se ponderara autonomamente; en tercer lugar, el sistema escalonado de hipercualificación previsto, también abona a considerar que sólo una vez agotado el escalón cualificador, con todas las circunstancias cualificantes que concurren es posible pasar a las hipercualificaciones; y cuarto lugar y más esencial, porque la espacial situación de vulnerabilidad, en abstracto dadas las diversas modalidades recogidas y en concreto desde la consideración del caso de autos, no conlleva por sí sola la situación de indefensión y por ende, no abarca todo el injusto de alevosía.

B) Una segunda línea jurisprudencial compatibiliza, haciendo prevalecer el principio de exhaustividad sobre el principio de proporcionalidad, la alevosía basada exclusivamente en la edad de la víctima con la hipercualificación del art. 140.1.1º CP.

Esta línea jurisprudencial fue iniciada por la STS 814/2018, de 5-5, que aún referida a la muerte de un **niño**, podría ser extensiva al resto de personas protegidas por razón de edad -como ancianos y personas inválidas-, en la que se argumenta lo siguiente: "(...) Más allá del debate acerca de la naturaleza objetiva o subjetiva de la alevosía y de la ineludible presencia de un elemento intencional, la Sala estima que la redacción del tipo hipercualificado del art. 140.1.1 del CP es el resultado de una política criminal orientada a la protección de los menores de edad y de las personas más vulnerables por padecer alguna discapacidad física o mental. Y ese enunciado -pese a sus deficiencias técnicas- es algo más que un mecanismo de protección de las personas a las que el autor mata prevaliéndose de su imposibilidad de defensa. Como ya hemos dicho en la citada STS 367/2019, 18 de julio, la condición de la víctima menor de 16 años de edad supone un fundamento jurídico distinto que justifica la decisión del legislador, y que no implica un mecanismo duplicativo (bis in idem) que impida la calificación en el art. 140.1. 1.º del Código Penal de los hechos referidos. No todas las víctimas desvalidas están incluidas en esa previsión agravada. Son perfectamente imaginables supuestos paradigmáticos de desvalimiento y que, sin embargo, no son encajables en el art. 140.1.1 del CP. Piénsese, por ejemplo, en la persona dormida, embriagada o narcotizada que, en atención a ese estado, carece de toda capacidad de reacción defensiva. La agravación que el legislador contempla en ese precepto no es la que corresponde, siempre y en todo caso, a la muerte alevosa por desvalimiento. No toda víctima de un **asesinato** ejecutado sobre seguro, con esta modalidad de alevosía por desvalimiento, ha sido sobreprotegida hasta el punto de incluir su muerte entre los supuestos de singular agravación. Desde esta perspectiva, de lo que se trata es de responder a la cuestión de si la muerte alevosa de un menor cuya edad le inhabilita para cualquier defensa -hay menores que sí pueden defenderse-, impide un tratamiento agravado acorde con su mayor antijuridicidad. Y la respuesta ha de ser negativa. La consideración del **asesinato** de un **niño** como un presupuesto para sumar al desvalor inherente al medio ejecutivo la mayor reprochabilidad de la muerte a edad temprana, no suscita, a nuestro juicio, insuperables problemas de inherencia.

De acuerdo con esta idea, el art. 140.1.1 del CP no agrava lo que ya ha sido objeto de agravación en el art. 139.1, esto es, la muerte de un menor ejecutada con alevosía por desvalimiento. El legislador ha seleccionado, entre las distintas modalidades de **asesinato** en las que el autor se aprovecha de la natural incapacidad de reacción defensiva de la víctima, un grupo social muy singular, a saber, el de las personas más vulnerables y, precisamente por ello, más necesitadas de protección. Conforme a la interpretación que ahora postulamos, la muerte alevosa de un **niño** siempre será más grave que la muerte alevosa de un mayor de edad que es asesinado mientras duerme o se encuentra bajo los efectos de sustancias que le obnubilan. Y siempre será más grave porque el desvalor de la conducta es también mucho más intenso, sin que lo impida la regla prohibitiva de inherencia que proclama el art. 67 del CP(...)."

Posteriormente ha seguido esta línea jurisprudencial la STS 367/2019, de 18-7, que recordó: "Existen dos hechos diferenciados, uno que convierte el homicidio en **asesinato** y otro que agrava el **asesinato**, y por consecuencia de ello, no nos hallamos en el caso de que una única circunstancia sea valorada dos veces para agravar doblemente la punición de la conducta del acusado. Nosotros consideramos también que concurre un diferente fundamento jurídico para la agravación que determina la **prisión permanente revisable**. Y así lo hemos declarado ya con anterioridad en nuestra STS 520/2018 de 31 de octubre, en donde leemos que



concorre un fundamento diferente para cada una de las dos cualificaciones (alevosía, vulnerabilidad) que, por tanto, resultan compatibles: a) la alevosía se aprecia en virtud de la forma de comisión delictiva (sorpresa e inopinada), un estrangulamiento inesperado con un cable, que no dejaba capacidad de reacción. Habrá alevosía fuese cual fuese la edad y condición de la víctima. b) La condición de especial vulnerabilidad se basa en la ancianidad y situación de la víctima"; 129/2020, de 5-5; 180/2020, de 19-5; 678/2020, de 11-12; 701/2020, de 16-12 y 367/2021, de 30-4, que destacaron:

"[...] En el caso, concurren una serie de circunstancias bien definidas, intencionadamente utilizadas y aprovechadas por la acusada para su fin, matar al menor, sin riesgo para ella, que conjuntamente consideradas, determinan una situación de total indefensión del **niño**. Así, el ataque se produce en el marco de una relación de confianza, en un lugar solitario y alejado, a donde el menor se dirigió a propuesta de la acusada, sin tener la más mínima previsión de riesgo, de lo contrario no hubiera aceptado acompañarla. Una vez en aquel lugar, de manera "súbita y repentina" (no hubo prolegómenos o actos previos de los que deducir tal reacción, los hechos no los describen), lanzó al **niño** contra el suelo o pared y le tapó la boca y la nariz con fuerza, hasta que le causó la muerte. En tal situación de confianza, soledad, e imprevisión del ataque, el menor, dadas sus características físicas, no tuvo posibilidad de defensa [...]"

En esta Sentencia, siguiendo la línea expuesta en la STS 367/2019, de 18 de julio, considera que la **prisión permanente revisable** tiene un fundamento distinto de las agravaciones que dan lugar al delito de **asesinato**. Sobre esta cuestión, la sentencia expone:

"[...] Por decisión del legislador, al incorporar tal pena a nuestro catálogo delictivo, como consecuencia de una decisión de política criminal, ha establecido que cuando en un delito de **asesinato** concorra alguna de las circunstancias detalladas en tal precepto, corresponderá la imposición de la pena de **prisión permanente revisable**, y ello ocurrirá en tres clases de supuestos: 1º) por razón de la especial vulnerabilidad de la víctima, que se predica con carácter general para los menores de 16 años; 2º) por razón de que el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima; y 3º) cuando el delito se hubiera cometido por quien perteneciere a un grupo u organización criminal.

Se trata de un diverso fundamento para la aplicación de tal precepto que agrava el delito de **asesinato**; por un lado, un hecho cualificado como tal delito de **asesinato**, y de otro, una mayor protección a un tipo de víctimas, como ocurre en el caso enjuiciado.

Son dos bases diferentes para dos agravaciones diferentes: no hay bis in idem sino un legítimo bis in altera.

La reforma derivada de la LO 1/2015 introduce varias hipercualificaciones en el delito de **asesinato**, que se enumeran en el nuevo art. 140, siendo la primera de ellas, que la víctima sea menor de dieciséis años de edad, o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad.

Ya hemos dejado expuesta la intención del legislador en el Preámbulo de la LO 1/2015, al que ya hemos hecho referencia. Por ello, el fundamento de la **prisión permanente revisable** radica en la especial protección de los menores de 16 años (o resto de personas vulnerables) más que sancionar el mayor reproche derivado del aseguramiento buscado por el autor frente a posibles reacciones defensivas, que es el fundamento de la alevosía [...]"

C) Postura esta que ha sido matizada por una tercera que acoge un criterio mixto que afirma que el **asesinato** cualificado por alevosía y la vulnerabilidad por razón de edad, enfermedad o discapacidad son compatibles si en el **asesinato** concurren otras circunstancias no vinculadas a la condición más vulnerable de la víctima.

1) En los supuestos en que la edad de la víctima (niños de escasa edad y la vulnerabilidad por razón de edad, enfermedad o discapacidad física o mental, determinan por sí solas la alevosía, se aplica el tipo básico de **asesinato** y no cabe apreciar el tipo hiperagravado, pues las condiciones de la víctima basan ya la alevosía.

2) Cuando concurre una circunstancia que se base en otros elementos que no sean la edad o la vulnerabilidad, se aplicará la modalidad superagravada.

3) Esta circunstancia puede ser una circunstancia cualificadora del **asesinato** distinta de la alevosía, p.e. cuando concurre el ensañamiento ( STS 180/2020, de 19-5).

4) Esa circunstancia puede ser una modalidad de alevosía distinta (y añadida) a la alevosía por desvalimiento. Ejemplos:

1º Ataque súbito a una persona de 88 años sentada en el salón de su casa ( STS 520/2018, de 31-10).

2º Empleo sustancia tóxica en la comida de un **niño** de 3 años ( STS 700/2018, de 9-1-2019).





3º Arrojar a un menor de 17 meses por un balcón, de manera sorpresiva y sin que su madre pudiera evitarlo ( STS 367/2019, de 18-7).

4º Causar la muerte de una niña de 9 años de edad, mediante la administración de medicamentos y además, para asegurarse de que fallezca, oprimir sobre su cara una almohada para producirle asfixia ( STS 180/2020, de 19-5).

5º Muerte de un menor de 11 años de edad por parte de la compañera sentimental de su padre, de manera que, de forma intencionada, súbita y repentina, cogió al menor y lo lanzó contra el suelo o pared de su habitación ( STS 701/2020, de 16- 12).

6º El acusado, con ánimo de acabar con la vida de un menor, de forma sorpresiva, atacándolo por la espalda y utilizando un cuchillo, le asestó 16 puñaladas en diversas partes del cuerpo, así como finalmente colocándole un fular alrededor del cuello para acelerar y asegurar su muerte ( STS 367/2021, de 30-4).

**3.6.-** En el caso actual, como resulta de las proposiciones del objeto del veredicto declaradas probadas, las sentencias de instancia y apelación han estimado que concurren la alevosía sorpresiva -agresión por la espalda cuando la víctima no esperaba el ataque, dado que conocía al acusado y confiaba en él- lo que configura el **asesinato** alevoso ( art. 138.1 CP). No desnaturalizaría la concurrencia de la alevosía el hecho de que la víctima se hubiera defendido de alguna manera, lo que no podría ser utilizado para evitar su apreciación si la agresividad desplegada, o el aseguramiento en la acción fueran circunstancias concurrentes. Por ello, aunque sea una circunstancia agravante calificada por la existencia de un aseguramiento del delito y una anulación de la defensa, operará también cuando concorra una "reducción de la defensa", por lo que aunque la víctima se hubiera defendido de alguna manera, ello no obstaculizará matemáticamente la construcción de la alevosía; es decir, no se trata de que se exija una absoluta anulación de la defensa, sino que, objetivamente, pueda apreciarse que las posibilidades de defensa se anulan o dificultan, por lo que habrá que apreciarlo caso por caso.

Así, por ejemplo, la Sentencia del TS Sala 455/2014 de 10 Jun. 2014, Rec. 10094/2014 ha señalado que

"En cuanto a la existencia de lesiones en antebrazos lo que denota que la víctima pudo defenderse, lo que impediría la aplicación de la alevosía, es reiterada la jurisprudencia de esta Sala -STS 106/2012 de 22.2- que tiene declarado que por lo que se refiere a la defensa pasiva de la víctima, entendiéndose, por ello, lo que hace la víctima para, como consecuencia del natural instinto de conservación, tratar de autoprotegerse, lo que en el presente caso estaría constituido por levantar los brazos para intentar evitar los golpes, en tales casos, decimos, es posible la aplicación de la alevosía porque tal acción defensiva no supone ningún obstáculo para que la acción del agresor se lleve a cabo sin riesgo para él. En tal sentido, SSTS 743/2002 de 26 de abril. Y en el mismo sentido, SSTS 1378/2004 de 29 de noviembre para la que la alevosía no es incompatible con la existencia de "heridas de defensa" en la víctima, como cubrirse con manos y brazos para eludir los golpes, o la STS 1472/2005 de 7 de diciembre, y es que en tal escenario no existen posibilidades de defensa para la víctima, ni por tanto riesgo para los agresores".

Suelen darse con frecuencia situaciones en las que la víctima se ha defendido, notándose arañazos en el cuerpo del autor del delito, pero ello no desnaturaliza la concurrencia de la alevosía.

Y además como elemento adicional: la edad de la víctima (82 años) y sus circunstancias físicas (anciana de 1,52 estatura y 60 kg peso) y que posibilitó el estrangulamiento, lo que justifica la aplicación del art. 140.1.1º, como persona especialmente vulnerable por razón de la edad e incluso la alevosía por desvalimiento. En este sentido la STS 367/2019, de 18-7, ya recordó que la situación de desvalimiento integraría la situación de indefensión que posibilitó la estimación de la circunstancia de alevosía, y en todo caso, como parece apuntar la sentencia recurrida, cabría escindir las diversas modalidades de alevosía para entender que, en todo caso, la sorpresiva siempre podría calificar el **asesinato**.

**CUARTO.-** Desestimándose el recurso, procede condenar en costas al recurrente ( 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) Desestimar** el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de **Hernan** , contra la sentencia nº 336/2021, de fecha 3 de diciembre de 2021, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el Rollo de Apelación nº 293/2021.

**2º) Imponer** las costas al recurrente.



Comuníquese la presente resolución, a la mencionada Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, con devolución de la causa en su día remitida.

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.

Andrés Martínez Arrieta Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Ana María Ferrer García Vicente Magro Servet Ángel Luis Hurtado Adrián

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ