

RECURSO CASACION (P) núm.: 10461/2019 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

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

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Penal

Sentencia núm. /

Excmos. Sres.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Julián Sánchez Melgar

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Vicente Magro Servet

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 5 de mayo de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de preceptos constitucionales, infracción de Ley y quebrantamiento de forma, con el nº 10461/2019, interpuesto por la representación procesal de los acusadores particulares D. George Gunther Santos Americo, y D. Walfrank Campos Nogueira, y la representación del acusado y condenado D. Francois Patrick Nogueira Couveia, contra la sentencia de fecha 13 de junio de 2019, dictada por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, en el Procedimiento Jurado número 1/2019, conociendo del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha 15 de noviembre de 2018, dictada por el Tribunal del Jurado de la Audiencia Provincial de Guadalajara (Sección 1), que condenó al acusado como autor de cuatro delitos de asesinato, en el Procedimiento Jurado número 20/2018, correspondiente al procedimiento del Tribunal Jurado número 1/2016, del Juzgado de Instrucción

número 1 de Guadalajara. Ha intervenido el Ministerio Fiscal; estando los recurrentes y acusadores particulares Sr. Santos Americo, representados por el procurador D. Carlos Piñeira de Campos, y el Sr. Campos Nogueira, por la procuradora D^a Silvia de la Fuente Bravo, y el acusado Sr. Nogueira Gouveia, representado por la procuradora D^a Inés García de la Cruz. Los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que al margen se expresan se han constituido para votación y fallo.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 1 de Guadalajara, instruyó Procedimiento del Tribunal Jurado con el nº 1/2016, y una vez concluso, fue elevado al Tribunal Jurado de la Audiencia Provincial de Guadalajara, en el Procedimiento número 20/2018, que con fecha 15 de noviembre de 2018 dictó sentencia que contiene los siguientes hechos probados: «FRANCOIS PATRICK NOGUEIRA GOUVEIA, con pasaporte brasileño xxxx mayor de edad, nacido en Altamira (Brasil) el día 6 de noviembre de 1996, entre las 15,30 horas del día 17 y las 6 horas del día 18 de agosto de 2016, mató a su tic MARCOS CAMPOS NOGUEIRA, a la esposa de éste, JANAINA SANTOS AMERICO, y a los dos hijos de ambos: M. de tres años y 10 meses, nacida el día 18 de octubre de 2012, y D. de 18 meses, nacido el 23 de febrero de 2015, en la vivienda dónde residían sita en la localidad de Pioz (Guadalajara), C/ XXX, propiedad de L., siendo descubiertos los cadáveres la madrugada del día 18 de septiembre, tras aviso dado a la Guardia Civil por los empleados de la urbanización, alertados por los vecinos por el olor nauseabundo que emanaba de la vivienda.

El día 17 de agosto de 2016, Patrick fue al domicilio de sus tíos con una mochila que contenía una navaja o cuchillo muy afilado, de unos 30 mm de ancho, guantes, bolsas de basura y cinta americana de precintar, que había adquirido días antes.

Llegó a la vivienda sin previo aviso, encontrándose JANAINA en compañía de sus dos hijos, quien le permitió acceder por su relación familiar.

Estando JANAINA en la cocina, Patrick, con la intención de acabar con la vida de su tía, la profirió dos cortes en el cuello con la navaja o cuchillo que había llevado, causándole una herida inciso-penetrante en la cara lateral derecha del cuello de 4 cms, que llegaba hasta el área ósea prevertebral cervical, y otra incisa en la zona medial formada por dos heridas

unidas en un punto, de 2,5 y 3 cms de longitud, que afectan a piel y plano muscular superficial, produciéndole la muerte por shock hipovolémico.

Patrick apuñaló en el cuello a su tía cuando estaba desprevenida fregando los platos, de forma sorpresiva, sin que ella pudiera oponer defensa eficaz alguna.

Seguidamente, Patrick se dirigió a M. con la intención de acabar con su vida, a quien, con el mismo cuchillo o navaja, dio un corte en el cuello que le causó una herida inciso penetrante en la cara lateral derecha, que impresionaba ser la unión de dos heridas, una de 6 cms, de dirección transversal, y otra punzante de 1 x 2 cms en el extremo medial, afectando a piel, paquete vascular, vía aérea superior y plano muscular completo, que le ocasionó la muerte por shock hipovolémico, sin que la menor pudiera oponer defensa eficaz alguna.

Después, Patrick clavó el mismo cuchillo o navaja en el cuello de D., con la intención de acabar con su vida, causándole tres heridas en la cara lateral derecha del cuello: la primera inciso-penetrante, de unos 6 cms, que afectó a la piel, plano muscular completo y vía aérea superior con sección completa del esófago y del paquete vascular; la segunda incisa, de 0,5 cms, a nivel del área C7-D1; y la tercera punzante, no penetrante, a nivel supramario izquierdo, que le ocasionaron la muerte por shock hipovolémico, sin que el menor por su edad pudiera oponer defensa eficaz alguna.

Patrick dio muerte a Janaina en presencia de sus hijos, M. y D., aumentando con ello de forma deliberada, consciente e innecesaria el sufrimiento de los niños, que gritaron, se abrazaron y quedaron paralizados por el miedo.

Cuando MARCOS regresó a casa, en hora no determinada, pero alrededor de las 21 horas, su sobrino Patrick, con ánimo de acabar con su vida, le propinó 14 cortes en el cuello con el cuchillo o navaja, que provocaron su muerte por shock hipovolémico. Marcos presentó un total de 14 heridas en el cuello: seis en la zona laterocervical izquierda de 2, 3, 5, 5, 1 y 6 cms que afectaron a la piel, músculo y tres al plano óseo; y ocho en la zona laterocervical derecha de 5, 4, 5, 6, 2, 2, 2 y 3, cms, que afectaron a la piel y músculo y una de ellas al paquete vasculo-nervioso y a la vía aérea superior; así como tres heridas en la mano izquierda que afectaron a casi toda la falange del primer dedo, desde la uña hasta la articulación interfalángica, seccionando dicha falange por la mitad, con afectación ósea; al dorso de la 2ª falange del segundo dedo; y al dorso de la 1ª falange del cuarto dedo.

Patrick apuñaló a su tío cuando éste se dirigía al interior de la casa, de forma sorpresiva, sin que Marcos pudiera oponer defensa eficaz alguna.

Patrick, con la intención de ocultar los cadáveres, seccionó el cuerpo de JANAINA y MARCOS, por la mitad, a nivel del piso abdominal inferior, e introdujo cada una de las partes en un total de cuatro bolsas de plástico puestas cada una dentro de la anterior, para reforzar el envoltorio, y las cerró con la cinta americana. Asimismo, introdujo el cuerpo de cada uno de los niños en cuatro bolsas dispuestas y precintadas de la misma manera.

Tras limpiar la casa para no dejar rastro y asearse, esperó a que se hiciera la hora para coger el primer autobús de vuelta, llevándose y ocultando el cuchillo o navaja empleado para cometer los hechos y otros vestigios que no han sido hallados.

El día 20 de septiembre, dos días después del hallazgo de los cadáveres, Patrick abandonó España, volando a Río de Janeiro, adelantando la fecha del billete de vuelta a Brasil

que tenía para unos meses después, si bien regresó a España el 19 octubre, siendo detenido al desembarcar del avión.

Si bien Patrick padece una anomalía cerebral, en el momento de los hechos no tenía limitada ni forma importante ni leve su capacidad de saber y entender lo que estaba haciendo y/o de actuar conforme a esa comprensión.

El procedimiento penal, desde el momento de la detención de Patrick, el 19 de octubre de 2016, hasta el inicio de la celebración del juicio oral, el 24 de octubre de 2018, se ha prolongado dos años y 4 días.

II.- En cuanto a los hechos afectantes a la responsabilidad civil, la Magistrada-Presidente declara probado lo siguiente:

A Marcos Campos Nogueira le sobrevivió su madre, D^a María Das Gracias Campos, y 4 hermanos Walfran, Jacqueline, Ana María y Lilian Cristina Campos Nogueira mayores de edad, sin que convivieran con él ni dependieran económicamente de él, quienes reclaman por estos hechos.

Por otra parte, a Janaina Santos Américo le sobrevivió su padre D. Wilton Diniz Américo, y 4 hermanos, G., D., AA. y G, esta última menor de edad, sin que ninguno de ellos conviviera con ella o dependieran económicamente de ella, quienes reclaman por estos hechos.

D. L., propietario de la vivienda sita en la C/ XX que tenía alquilada a Marcos Campos Nogueira desde el 18 de junio de 2016, pactando una renta de 650 euros mensuales, precisó, como consecuencia de los hechos, limpiar, desinfectar y pintar toda la vivienda, así como montar la cocina completa, con muebles, encimeras y aparatos, para eliminar los restos orgánicos y olores, abonando por ello la cantidad de 17.436,10 euros, para lo que tuvo que solicitar un préstamo a la entidad financiera BBVA, debiendo abonar por ello unos intereses de 1.878,92 euros. La vivienda no pudo ser ocupada hasta pasado el mes de diciembre.» (sic)

SEGUNDO.- En la citada sentencia se dictó el siguiente Fallo:
«Conforme al veredicto de culpabilidad expresado por el Tribunal del Jurado y de los demás pronunciamientos y declaraciones contenidos en el mismo:

a). CONDENO al acusado FRANÇOIS PATRICK NOGUEIRA GOUVEIA como autor responsable de:

1. Un delito de asesinato con alevosía del art. 139.1.1' sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 25 años de prisión con la accesoria de inhabilitación absoluta por el tiempo de condena;

2. Dos delitos de asesinato con ensañamiento y víctima especialmente vulnerable en atención a su edad del art. 139.1.3a en relación con el art. 140.1.1a, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de prisión permanente revisable por cada uno de ellos, con la accesoria de inhabilitación absoluta por el tiempo de las condenas;

3. Y un delito de asesinato con alevosía del art. 139.1.1' en relación con el art. 140.2 del CP, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de prisión permanente revisable con la accesoria de inhabilitación absoluta por el tiempo de condena.

Se decreta el abono, para el cumplimiento de la pena, de todo el tiempo de privación de libertad que ha sufrido por razón de esta causa, desde el 19 de octubre de 2016, manteniéndose la situación de prisión provisional para Francois Patrick Nogueira Gouveia en los términos ya acordados.

b) Condono al acusado al pago de las costas procesales, incluidas las de las acusaciones particulares y del actor civil.

c) En concepto de responsabilidad civil se CONDENA así mismo al acusado Francois Patrick Nogueira Gouveia a que indemnice a D^a María Das Gracias Campos y a D. Wilton Diniz Américo, en la cantidad de 120.000 euros a cada uno de ellos; a Walfran Campos Nogueira, Jacqueline Campos Nogueira, Ana María Campos Nogueira, Lilian Cristina Campos Nogueira, George Gunther Santos Américo, Deyse Dannyelle Santos Américo y Alyne Julia Santos Américo en la cantidad de 18.000 euros a cada uno de ellos, y a en la cantidad de 24.000 euros. Asimismo, deberá indemnizar a D. L., en el importe de 21.915,02 euros.

Dichas cantidades devengarán el interés legal de conformidad con lo establecido en el artículo 576 de la LEC, desde la fecha de la presente resolución hasta su completo pago.

Una vez firme, procédase el comiso y, en su caso, la destrucción de las piezas de convicción.

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma pueden interponer Recurso de apelación, ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, en el plazo de DIEZ DIAS, a contar desde la última notificación.» (sic)

TERCERO.- La sentencia dictada por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, recurrida ante esta Sala, dictó la siguiente Parte Dispositiva: «Que DEBEMOS ESTIMAR Y ESTIMAMOS SOLO EN PARTE, el recurso de apelación interpuesto por la representación de FRANÇOIS PATRICK NOGUEIRA GOUVEIA contra la Sentencia de fecha 15 de Noviembre de 2018 dictada en la Causa 1 de 2016 (Ley del Jurado) del Juzgado de Instrucción n°1 de Guadalajara por la Magistrada Presidenta del Tribunal del Jurado constituido en la Audiencia Provincial de Guadalajara Y ÚNICAMENTE en lo que se refiere a la calificación y penas correspondientes a los dos delitos de asesinato con ensañamiento y víctima especialmente vulnerable en atención a la edad de los artículos 139. 1, 3^a del CP en relación con el artículo 140.1, 1^a de dicho CP, que se aprecian respecto de la muerte de los menores M Y D. calificación y penas que revocamos y dejamos sin efecto, • absolviéndole de dichos delitos de asesinato super cualificado, y sustituimos por la calificación de estos hechos como dos delitos de asesinato con alevosía, previstos y penados en el artículo 139. 1, l' del CP, sin la concurrencia de

circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, con las penas que fijamos a continuación; DESESTIMAMOS EL RECURSO DE APELACION EN TODO LO DEMÁS manteniendo los demás pronunciamientos y condenas que se señalan en dicha Sentencia que se confirma EN DICHOS RESTANTES PRONUNCIAMIENTOS, incluso la responsabilidad civil, y con la precisión que en cuanto a la forma de extinguir las penas impuestas en la Sentencia que haremos al final.

En consecuencia, ASUMIENDO EN LO DEMÁS DICHOS PRONUNCIAMIENTOS DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS AL ACUSADO FRANÇOIS PATRICK NOGUEIRA GOUVEIA

1º. Como autor criminalmente responsable de tres delitos de asesinato con alevosía del artículo 139. 1, 1ª, del CP en las personas de JANAINA SANTOS AMERICO, M. Y , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal por cada uno de ellos a la pena de VEITICINCO AÑOS DE PRISION, con la accesoria de inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena.

2º. Como autor de un delito de asesinato con alevosía del art 139.1.1ª en relación con el art. 140.2 del CP, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, en la persona de MARCOS CAMPOS NOGUEIRA, a la pena de PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE, con la accesoria de inhabilitación absoluta por el tiempo de condena.

Se decreta el abono, para el cumplimiento de la pena, de todo el tiempo de privación de libertad que ha sufrido por razón de esta causa, desde el 19 de octubre de 2016.

En aplicación del artículo 78 bis del CP fijamos que la pena de prisión a extinguir por el condenado FRANÇOIS PATRICK NOGUEIRA GOUVEIA será la de PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE con la previsión de que la progresión a tercer grado requerirá del cumplimiento de un mínimo de 22 de años de prisión y de que la suspensión de la ejecución del resto de la pena requerirá de un mínimo de 30 años de prisión.

Debemos confirmar y confirmamos todos los demás pronunciamientos de la Sentencia apelada en cuanto a costas, responsabilidad civil y comiso y destrucción de las piezas de convicción.

Todo ello sin expresa imposición de las costas procesales de esta apelación.

Notifíquese la presente con indicación a las partes que no es firme, ya que contra la misma cabe recurso de casación de conformidad con el artículo 847 de la LECRIM, cuya preparación debe solicitarse dentro de los cinco días siguientes al de su última notificación, a tenor de los artículos 855 y 856 de la referida Ley.» (sic)

CUARTO.- Notificada la sentencia a las partes, la representación de los recurrentes, prepararon sus recursos de casación por infracción de ley,

quebrantamiento de forma y de precepto constitucional que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para sus sustanciación y resolución, formándose el rollo y formalizándose los recursos.

QUINTO.- Por medio de escritos, que tuvieron entrada en la Secretaría de este Tribunal el 30 de julio de 2019, el procurador D. Carlos Piñeira de Campos, el 1 de agosto de 2019, la procuradora D^a Silvia de la Fuente Bravo y el 2 de septiembre de 2019, la procuradora D^a Inés García de la Cruz, interpusieron los anunciados recursos de casación articulados en los siguientes motivos:

Recurso de las acusaciones particulares: D. George Gunther Santos Americo y D. Walfrank Campos Nogueira

Único.- Por infracción de ley al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1^o de la LECrim, por indebida aplicación del art. 140.1.1^o del CP.

Recurso del acusado D. Francois Patrick Nogueira Gouvela

Primero, tercero, y quinto.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ y art. 852 LECrim por vulneración del derecho a la tutela efectiva (ausencia de motivación) a la presunción de inocencia, y a un proceso con todas las garantías del art. 24.1 y 2 y art. 9.3.

Segundo y séptimo.- Al amparo del art. 849.1 LECrim por indebida aplicación del art. 139.1.1^o en relación a las muertes de Marcos y Janina, y del art. 140.2 CP en relación la muerte de Marcos.

Cuarto.- Al amparo del art. 849.2 LECrim, por indebida inaplicación del art. 21.1 del CP, en relación con el art. 20.1 y con carácter subsidiario por indebida inaplicación del art. 21.7 en relación al 21.1. y 20.1 CP.

Sexto.- Al amparo del art. 849.1 LECrim por indebida inaplicación del art. 21.7 en relación con el art. 21.4 CP.

Octavo.- Al amparo del art. 849.1 LECrim por indebida aplicación de los arts. 109 y 116 CP.

SEXTO.- Instruido el Ministerio Fiscal, de los recursos interpuestos, interesó la inadmisión o subsidiariamente la desestimación del recurso interpuesto por el condenado y apoyó los motivos interpuestos por la acusación particular. Asimismo, los acusadores particulares impugnaron el recurso de casación, presentado por la representación de Francois Patrik Nogueira. La Sala admitió a trámite los mismos, quedando conclusos los autos para su deliberación y decisión cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 11 de febrero de 2020 con el resultado que se refleja a continuación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- Se interponen distintos recursos de casación contra la sentencia núm. 16/19, fechada el 13 de junio de 2019, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, en grado de apelación, en el recurso promovido contra la sentencia núm. 3/18, 15 de noviembre, recaída en el procedimiento del Tribunal del Jurado que fue tramitado con el núm. 20/2018 por el Juzgado de instrucción núm. 1 de Guadalajara y resuelto por la Audiencia Provincial en sentencia de fecha 15 de noviembre de 2018.

La defensa del procesado Francois Patrick Nogueira formaliza siete motivos en un elaborado y minucioso escrito en el que se sistematizan, con

notable rigor técnico, las razones de la discrepancia. Tales motivos van a ser objeto de tratamiento individualizado, sin perjuicio de las remisiones sistemáticas que se consideren convenientes para la más adecuada atención de las alegaciones del recurrente.

También impugna la sentencia la acusación particular ejercida por la representación legal de George Gunther Santos Americo y Walfrank Campos Nogueira. En ambos casos, aunque con distinto recorrido argumental, se hace valer un único motivo, relacionado con la infracción legal que representaría el hecho de no haber impuesto al acusado la pena de prisión permanente revisable.

El Ministerio Fiscal impugnó los motivos formalizados por la defensa y apoyó expresamente los respectivos recursos de las acusaciones particulares.

Recurso de François Patrick Nogueira

2.- El primero de los motivos se formula al amparo de los arts. 5.4 y 852 de la LECrim, por vulneración de los derechos fundamentales a la presunción de inocencia, la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, previstos en los arts. 24.1 y 2, así como el principio de interdicción de la arbitrariedad del art. 9.3, todos ellos de la CE.

A juicio de la defensa, se habría vulnerado el derecho a la presunción de inocencia por la valoración irracional, equivocada e inmotivada de los presupuestos fácticos que llevaron a la apreciación de la alevosía en las muertes de Marcos Campos Nogueira y Janaina Santos.

Lamenta la defensa que la muerte de cuatro personas, dos de ellas, niños de corta edad, haya sido analizada en un clima tan emocional y sentimental, con un amplio tratamiento mediático que hacía imposible una aproximación objetiva a los hechos. Censura el hecho de que el veredicto fuera alcanzado en un plazo record de tres horas. Califica de grotesco lo acontecido en la sesión del día 2 de octubre y duda de la imparcialidad de los jurados. Considera que la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de

Justicia no ha dado respuesta a sus alegaciones, añadiendo así la quiebra del derecho a la tutela judicial efectiva.

Es precisamente la subsanación de esa deficiencia lo que se solicita ante esta Sala, un examen de la racionalidad con la que se han sentado las bases fácticas de la agravante de alevosía en la sentencia dictada en la instancia.

2.1.- Conviene hacer una precisión que, por sabida, no debe ser minusvalorada. De lo contrario, se corre el riesgo de desenfocar la metodología con la que ha de abordarse el recurso de casación frente a una sentencia dictada al resolver la apelación promovida en un procedimiento del Tribunal del Jurado.

La verificación de la existencia de prueba de cargo bastante – recuerdan las SSTS 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.

2.2.- En los primeros apartados que integran el desarrollo del motivo, la Letrada de la defensa -con cita de precedentes de esta Sala- censura el impacto que las informaciones sobre el hecho justiciable pudieron llevar al ánimo de los integrantes del colegio de ciudadanos y critica, con especial énfasis, la falta de comprensión de sus alegaciones al resolver el recurso de apelación. Entiende también que la sentencia del Tribunal Superior de Justicia

no se ha detenido -como podía y debía haber hecho- en el examen de la suficiencia incriminatoria de la prueba de cargo que llevó al Jurado a estimar que la muerte de Marcos y Janaina se cometió con los presupuestos fácticos que definen jurídicamente la agravante de alevosía. Y advierte de que *«...no nos resultaría de recibo obtener una vez más, otra Sentencia en las que se nos dijera que la misión el Tribunal no es valorar nuevamente la prueba, basándose en la libre valoración de la prueba que ostenta el Jurado, y que ello ya ha sido revisado por el TSJCM, pues, como decimos, ni ha sido revisado debidamente, obteniendo una respuesta fundada en Derecho, ni esta parte valoró ni lo va a hacer ahora, interesadamente la prueba ni pretende que este Tribunal lo haga. Tan solo, y eso sí lo vamos a hacer, vamos a cuestionar el proceso de valoración que ha conducido al Jurado, desde tal insuficiencia probatoria, hasta su veredicto. La inferencia realizada, en otras palabras, la estructura racional de valoración, que debiera haber sido fiscalizada y no lo fue por el TSJCM»*.

Ya hemos apuntado en el fundamento jurídico precedente el ámbito de conocimiento y fiscalización de esta Sala para examinar la queja sobre vulneración del derecho a la presunción de inocencia en el procedimiento ante el Tribunal del Jurado. Y ahí hemos precisado que nuestra capacidad abarca -cómo no- el examen de la racionalidad y la suficiencia de la respuesta del Tribunal Superior de Justicia a la queja sobre la valoración de la prueba suscrita por lo ciudadanos integrados en el Jurado.

Se alega que carece de apoyo probatorio la afirmación de que Patrick se valió de la confianza que inspiraba la relación familiar entre acusado y víctimas. Antes al contrario, *«...Marcos y Janaina habían huido de Patrick y se habían instalado a escondidas de él, sin decirle nada, precisamente porque no confiaban en él, porque no querían saber nada de él, motivo justamente por el que Patrick se sintió traicionado y enfadado»*.

No tiene razón la defensa cuando apoya el rechazo a la apreciación de la alevosía por el Jurado en la existencia de tensiones familiares anteriores que deberían haber prevenido a las víctimas adultas. La concurrencia de la agravante de alevosía no puede hacerse depender de tensiones emocionales

anteriores que -a juicio de la defensa- deberían haber colocado sobre aviso a la víctima. No es coherente sostener que un clima anterior enrarecido entre agresor y víctima o unas diferencias motivadas por una u otra razón, deben colocar a aquélla, siempre y en todo caso, en una actitud preventiva de defensa frente a un ataque contra su vida. No toda discusión, por elevado que haya sido su tono, obliga a la víctima a prevenir un ataque próximo o inmediato contra su vida o integridad física. No toda discrepancia, por mayor que haya sido el apasionamiento en la defensa de cada una de las posiciones enfrentadas, obliga a los discrepantes a blindar sus mecanismos de autoprotección. Es perfectamente posible matar alevosamente a una persona con la que jamás se ha discutido, incluso, a una persona a la que no se ha conocido nunca. Con la misma lógica, se puede matar sin prevalimiento a quien ha mantenido con el agresor una acalorada y amenazante discusión previa.

Tampoco cree la Sala que pueda atribuirse al hecho de la mordida en la mano que Janaina propinó al acusado -más allá de la distinta y contradictoria valoración que esa huella ha recibido-, un elemento probatorio con aptitud para anular la inferencia de que el ataque fue alevoso. El Jurado -según se desprende del acta de votación- apoya su conclusión acerca de la ausencia de una defensa eficaz en los siguientes términos: *«consideramos el Hecho b) como probado acogiéndonos a la prueba pericial nº 62 en la que los médicos forenses CI 90412 y CI 90354 alegan que no hubo signos defensivos algunos en el cuerpo de Janaina. También quedando constancia en la conversación de WhatsApp de Patrick con M. del día 12/08/2016 en la que decía los siguiente: -M.: “¿Qué dijo ella?”, -Patrick: “Nada, mi cuchillo ya estaba cortando toda la garganta a ella”»*.

Son dos fuentes de prueba de gran valor incriminatorio las que respaldan el sostén fáctico de la alevosía. De una parte, el informe pericial de los médicos forenses; de otra, el mensaje que el propio acusado remite a su interlocutor, en el que narra cómo la víctima careció de cualquier posibilidad de decir algo en el momento del ataque, toda vez que el arma estaba ya cortando *«toda la garganta de ella»*.

La existencia de signos de defensa dejados por la víctima durante el episodio de la agresión no conduce, siempre y en todo caso, a neutralizar la aplicación de la agravante de alevosía. En este punto, hemos de coincidir con el razonamiento de la sentencia que es objeto de recurso. Y es que el mayor desvalor de la acción alevosa se funda en la ventaja ejecutiva que proporciona al acusado el medio por él elegido para acabar con la vida de su oponente. De ahí que la agravación no necesite como presupuesto aplicativo la absoluta inmovilización de la víctima, la ausencia de toda capacidad de movimiento físico por parte de quien, en ese momento y en una situación de notoria desigualdad, está siendo objeto de un ataque directamente encaminado a privarle de la vida (cfr. STS 363/2016, 27 de abril). En la misma línea, hemos dicho que la eliminación de toda posibilidad de defensa que la alevosía exige ha de ser considerada desde la perspectiva de su real eficacia, y es compatible con intentos defensivos nacidos del propio instinto de conservación pero sin capacidad verdadera de surtir efecto contra el agresor y la acción homicida (en este sentido STS 51/2016 de 3 de febrero; 626/2015 de 18 de octubre y las que ella cita).

La queja de la defensa acerca de si el tamaño de la cocina en que se produjo la agresión y el reducido espacio para una adecuada reacción defensiva son cuestiones añadidas por la Magistrada-Presidenta que no fueron valoradas por el Jurado, tampoco desmorona las bases fácticas de la alevosía. Y es que más allá del recorrido argumental de esa alegación, lo cierto es que para la apreciación de la alevosía sería suficiente -como proclamó el Jurado y ha avalado el Tribunal Superior de Justicia- ponderar el dictamen de los médicos forenses acerca del número, morfología y ubicación de las cuchilladas y la narración que el propio François Patrick hace a su amigo acerca de los hechos que está protagonizando.

Por la misma razón, el loable esfuerzo argumental de la Letrada de la defensa, subrayando que el estado de putrefacción de los cadáveres impidió conclusiones seguras acerca de las señales defensivas de Janaina, o que estas señales, su existencia o inexistencia, puede explicarse de muchas maneras, choca con la inequívoca significación incriminatoria de los dos datos

a los que antes hemos hecho referencia: el dictamen médico y la narración del acusado sobre el tiempo que tuvo la víctima para articular palabra.

Tiene razón la defensa cuando argumenta que la alevosía es «...*un elemento del tipo del asesinato, cuya existencia debe quedar plenamente probada, sin que la defensa tenga que probar su no existencia. Y si para acoger la alevosía, la premisa es que no había señales defensivas, como es el caso, esa ausencia no se puede presumir, debe estar probada*».

El problema consiste en que buena parte del discurso impugnatorio está impregnado de una idea no correctamente enfocada. Y es que la prueba de señales de defensa no es incompatible con la agravante de alevosía. Así lo hemos dicho en numerosos precedentes. Una cosa es la defensa del ofendido y otra la actividad de mera protección del mismo. Dicha protección no puede ser considerada, en sentido legal, 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).

La defensa invita a esta Sala a considerar que la exclusión de signos de defensa como hipótesis proclamada por el Jurado y avalada por el Tribunal Superior de Justicia, es mucho menos razonable que la afirmación de que existió una reacción defensiva, como lo probaría la acreditada señal del mordisco que Patrik tenía en la mano. Se trataría así de negar la racionalidad de la valoración probatoria y de la revisión verificada en la apelación respecto del sustrato fáctico de la alevosía. Sin embargo, tampoco ahora se centra el debate con precisión. Y es que, por más que se subraye lo contrario en el desarrollo del motivo, la alevosía no puede condicionarse de forma exclusiva a

la constatación de la señal de un mordisco en la mano del agresor. Se puede matar alevosamente y ser mordido por la víctima. Pero cuando el acusado narra por whatsapp la acción que acabó con la vida de Janaina y describe que al propinarle los dos navajazos en el cuello, a ésta no le dio tiempo a articular palabra, está permitiendo una inferencia probatoria que se consolida como la hipótesis más razonable. Si además la ubicación de uno de esos navajazos - según pusieron de manifiesto los médicos forenses- se sitúa «*en la cara lateral del cuello*», y el apuñalamiento se produjo mientras la víctima se hallaba «*desprevenida fregando los platos*», el apoyo fáctico de la alevosía está plena y racionalmente acreditado.

2.3.- También discrepa la defensa de la apreciación de la agravante prevista en el art. 22.1 del CP respecto del ataque que acabó con la vida de Marcos Campos.

Éste, según el informe médico-forense incorporado al juicio histórico, recibió 14 cortes en el cuello que le provocaron la muerte por shock hipovolémico. Tenía, además, «*...tres heridas en la mano izquierda que afectaron a casi toda la falange del primer dedo, desde la uña hasta la articulación interfalángica, seccionando dicha falange por la mitad, con afectación ósea; al dorso de la 2ª falange del segundo dedo; y al dorso de la 16ª falange del cuarto dedo*».

Añade el factum que «*Patrick apuñaló a su tío cuando éste se dirigía al interior de la casa, de forma sorpresiva, sin que Marcos pudiera oponer defensa eficaz alguna*».

El Jurado señaló como fuente de prueba las conversaciones de Whatsapp mantenidas por el acusado con su amigo M.. En ellas describe cómo, tras acabar con las otras tres víctimas, estuvo esperando durante cuatro horas: «*...ahora espero no fallar matando a ese mierda*». Después de asesinarlo remitió una foto de su familiar ya muerto en el pasillo. Su interlocutor preguntó: «*¿es en ese donde has metido el cuchillo?*», a lo que Patrik respondió: «*Cuello. A ese lo cogí de frente, mirándolo a los ojos*».

La defensa lamenta que el jurado sólo justificó la alevosía a partir de dos enunciados: a) *«no tenía heridas defensivas de golpes o puños»*; b) *«las lesiones están en el dorso de la mano, siendo una lesión defensiva pero instintiva y muy rápida»*. Cuestiona en el desarrollo del motivo las bases fácticas que llevaron a apreciar la concurrencia de la agravante de alevosía.

El desarrollo del motivo subraya la falta de sostén probatorio de la afirmación de que Marcos no tenía heridas defensivas de golpes o puños.

Sea como fuere, también ahora conviene hacer una puntualización acerca de la incompatibilidad que la defensa aprecia, con ocasión del asesinato de los dos adultos, entre la existencia de alevosía y la de señales de defensa por parte de la víctima. En el anterior apartado ya nos hemos referido a numerosos precedentes de esta Sala que han matizado esa idea. A lo expuesto nos remitimos. Y aun a riesgo de ser reiterativos, basta insistir en que 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 en lo que comúnmente suele llamarse instinto de autoprotección»* (SSTS 472/2002, 14 de febrero y 417/2008, 30 de junio, entre otras muchas).

La defensa añade, en su elaborado cuadro argumental, una segunda fuente de incompatibilidad, a saber, la que ha de predicarse entre un ataque frente a frente, mirando a los ojos a la víctima y el ataque alevoso.

Aceptar esa línea de razonamiento, sin embargo, supondría apartarnos del sustrato conceptual de la alevosía, tal y como la describe el art. 22.1 del CP. Y es que se pueden emplear medios, modos o formas en la ejecución que tiendan directa y especialmente a asegurarla y que, al mismo tiempo, impliquen que la víctima esté de frente e incluso soportando la mirada de su agresor. Y entre las modalidades de la alevosía, esta Sala ha incluido la sorpresiva, la que se produce de modo súbito e inopinado, imprevisto, fulgurante y repentino. 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, 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» (SSTS 1214/2003, 24 de septiembre; 1469/2003, 11 de noviembre y 223/2005, 24 de febrero).

Marcos -según relata el factum- regresó a su casa en hora no determinada, pero alrededor de las 21 horas. Los 14 cortes en el cuello con el cuchillo o navaja, los 6 en la zona laterocervical izquierda, y los ocho en la zona laterocervical derecha, fueron propinados «...cuando éste se dirigía al interior de la casa, de forma sorpresiva, sin que Marcos pudiera oponer defensa eficaz alguna».

Son perfectamente imaginables muchos escenarios imprevistos cuando cualquier persona vuelve a casa. Pero de todos ellos, el menos previsible es el que enfrenta al recién llegado con la presencia de un familiar que ha dado muerte a la propia esposa, a sus dos hijos y que está esperando para acabar con su vida. Marcos nunca pudo defenderse porque nunca pudo imaginar que la entrada en su domicilio tuviera que estar acompañada de prevenciones defensivas ante un triple asesinato ya consumado. La víctima desconocía la tragedia que horas antes se había desarrollado en su domicilio y, por tanto, accedió a él con la misma tranquilidad de todos los días. Sin mecanismos de defensa que pudieran protegerle frente a un ataque súbito, imprevisto, desencadenado con la fuerza de quien pudo propinarle 28 puñaladas que acabaron con su vida. El Jurado no ha dado por probada la existencia de lesiones defensivas. Es cierto. Pero aunque esas heridas de autoprotección se hubieran dado por acreditadas, la alevosía encontraría pleno apoyo fáctico en el ataque sorpresivo que proclama el juicio histórico.

El motivo, por tanto, ha de ser desestimado (art. 885.1 LECrim).

3.- El segundo de los motivos se formaliza al amparo del art. 849.1 de la LECrim, al haberse infringido un precepto penal de carácter sustantivo, en este caso, por la indebida aplicación del art. 139.1.1 del CP, en relación a la circunstancia de alevosía con respecto a los dos adultos y del 140.2 del CP, respecto de Marcos.

Pese a conocer la defensa -en línea con las buenas hechuras técnicas del recurso- que la vía casacional seleccionada impone como presupuesto metodológico la aceptación del *factum*, reconoce que no va a poder «...evitar la tentación de entrar en la inferencia del elemento subjetivo en algún punto, siquiera brevemente...». Persigue así cuestionar el elemento intencional sobre el que ha de construirse la alevosía que la sentencia da por probada. De no ser así -se razona- llegaríamos al contrasentido de tener que apreciar esa agravación, incluso, en muertes imprudentes que sorprendieran a la víctima.

Para ello, invoca la línea jurisprudencial que reclama un tratamiento singular para los elementos subjetivos sobre los que el órgano decisorio ha de verificar el juicio de subsunción.

El motivo no puede prosperar.

El discurso impugnativo del recurrente suscita el viejo debate acerca del cauce idóneo para hacer valer la discrepancia en aquellos casos en los que el Tribunal de instancia proclama la concurrencia de un elemento interno, indispensable para el juicio de tipicidad. La jurisprudencia tradicional ha venido aceptando la revisión de tales inferencias por la vía del art. 849.1 de la LECrim. Es cierto que esa fórmula de fiscalización cuenta con el aval de una doctrina constitucional de la que la STC 328/2006, 20 de noviembre, es elocuente muestra. Esta sintonía entre la jurisprudencia constitucional y la de esta Sala no resuelve el problema de origen, esto es, la aceptación de que, en el fondo, estamos abriendo la puerta a la una revisión del hecho probado, pues la voluntad que anima al agente en el momento de ejecutar la acción típica, forma parte de ésta. La conducta humana no es neutra y la intención del agente, como enseña la dogmática penal que intenta explicar la estructura analítica del delito, no puede desgajarse de la acción para ser luego artificialmente analizada en el momento del examen de la culpabilidad. De ahí la necesidad de que, por más que esa heterodoxa vía de examen y revisión casacional del ánimo del agente, siga siendo tónica habitual en nuestra jurisprudencia, se complete con las posibilidades que otorga un tratamiento casacional adecuado del derecho constitucional a la presunción de inocencia.

Y, desde luego, la proclamación por el órgano decisorio de un elemento tendencial totalmente desvinculado del resultado de la actividad probatoria desarrollada durante el juicio oral, no puede reputarse extraña al contenido material del derecho a la presunción de inocencia. De ahí que hayamos afirmado la complementariedad de la vía tradicional del art. 849.1 de la LECrim y la que ahora amparan, por el cauce de los arts. 5.4 y 852 de la LECrim, los derechos constitucionales a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva (art. 24.2 y 2 de la CE) (cfr. SSTS 947/2007, 12 de noviembre y 541/2011, 2 de junio).

Sea como fuere, la queja de la defensa se centra en que el hecho probado no proclama la *«anulación de las posibilidades de defensa»*, ni el *«aprovechamiento de la situación de total indefensión buscada por el agresor»* o *«el dolo específico del agresor en relación a la alevosía, distinto del ánimo homicida»*.

Sin embargo, aun admitiendo la máxima flexibilidad en la articulación del motivo y prescindiendo de las limitaciones impuestas por el cauce que ofrece el art. 849.1 de la LECrim, la Sala entiende que en el juicio histórico se contienen todos los elementos que califican la agresión como alevosa. Así, respecto de Janaina, el hecho probado suscrito por el Jurado señala que el acusado *«...apuñaló en el cuello a su tía cuando estaba desprevenida fregando los platos, de forma sorpresiva, si que ella pudiera oponer defensa eficaz alguna»*. Respecto de Marcos, el Jurado declaró probado que *«Patrick apuñaló a su tío cuando éste se dirigía al interior de la casa, de forma sorpresiva, sin que Marcos pudiera oponer defensa eficaz alguna»*.

En esos fragmentos se condensan todos y cada uno de los elementos que definen la agresión alevosa, en su modalidad de ataque sorpresivo, inesperado. Sobre el fundamento probatorio de esas proclamaciones fácticas, ya nos hemos pronunciado al dar respuesta al anterior motivo. También ahora hemos de remitirnos a lo razonado *supra*, cuando hemos rechazado la línea argumental de la defensa, que niega la alevosía si el agresor no llega a anular de forma integral cualquier posibilidad de defensa de la víctima. Y es que quien mata a la víctima de forma sorpresiva, mientras aquella friega los platos

sin imaginar un ataque de su agresor, mata de forma alevosa. Quien acaba con la vida de un familiar sin posibilidad de defensa eficaz, mientras accede al interior de su domicilio, también mata alevosamente. Y ello aunque en la autopsia se hayan revelado heridas en las manos que nunca pueden ser interpretadas como la expresión de una defensa verdaderamente eficaz y, como tal, susceptible de disminuir el desvalor inherente a cualquier ataque alevoso a la vida de otra persona.

4.- El tercer motivo se formaliza por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ y del art. 852 de la LECrim, por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva -falta de motivación- y, como consecuencia de ello, por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías, consagrados en el art. 24.1 y 2 de la CE y el principio de interdicción de la arbitrariedad del art. 9.3 del mismo texto constitucional.

El Tribunal de apelación -razona la defensa- no ha dado una respuesta motivada acerca de las razones que han excluido la aplicación de la eximente prevista en el art. 21.1 del CP, en relación con el art. 20.1 del texto punitivo. Tampoco ha explicado la inaplicación subsidiaria de la atenuante del art. 21.7, en relación con los arts. 21.1 y 20.1 del CP y la atenuante de arrebató u obcecación del art. 21.3 del CP.

4.1.- Lamenta la defensa que se haya incurrido en una *«irracional estructura de valoración de la prueba realizada, en un ejercicio de absoluto voluntarismo, en el que se obviaba arbitrariamente la única prueba médica existente en el juicio, cuya certeza era del 100 x 100 (sic), descartando que Patrick padece un importante daño cerebral»*. Censura que el planteamiento de la defensa fuera *«desechado de raíz, ante el jurado, por parte de los peritos del Instituto de Medicina Legal y Forense»*. Duda también de la capacitación técnica de los expertos sobre los que se ha apoyado la sentencia de instancia. De hecho, una de las peritos aportadas por la acusación particular reconoció estar en posesión de un título no convalidado en España y no haber ejercido nunca como psiquiatra. La simplicidad con la que los peritos trataron la diferencia entre el enfermo psicótico -inimputable- y el psicópata -imputable- es

impropia de quienes han de manejar conceptos técnicos. Se refuerza la argumentación que sostiene el motivo con el conocimiento propio de la Letrada que lo suscribe, experta en ciencias criminológicas, y con una exhaustiva referencia bibliográfica a casos que fueron enjuiciados por la justicia norteamericana.

No falta razón a la defensa cuando subraya la importancia -no entendida por algunos- de una prueba tan certera como el PET-TAC para conocer el alcance de cualquier alteración neurológica. El papel de la neurociencia ha resucitado en la dogmática penal el interés por ciertos perfiles criminológicos que, en una visión histórica que se creía ya superada, predisponían al delito. Hoy asistimos a lo que con acierto se ha llamado una *“revolución neurocientífica”*. Las neurociencias, valiéndose de renovados métodos de experimentación y neuroimagen, están permitiendo un análisis de la mente humana inimaginable hasta hace bien poco. Las tesis defendidas por algunos neurocientíficos, que niegan toda escisión entre la mente y el cerebro, hasta el punto de que la actuación consciente no sería sino una ínfima expresión de nuestra actividad cerebral, han servido para reabrir una controversia histórica, a saber, el determinismo como explicación de muchos de nuestros actos. Se ha dicho, por entusiastas defensores de esta perspectiva, que *«no hacemos lo que decidimos, sino que decidimos lo que vamos a hacer de todas maneras»*.

Es cierto que estamos ante un debate todavía en ciernes y sobre el que la Sala no tiene necesidad de pronunciarse. Pero lo que parece fuera de toda duda es que tan censurable como menospreciar la aportación de expertos en neurociencia, es abordar con frivolidad y simpleza el determinismo de los procesos neuronales, interpretando su realidad como muestra de fatalismo. Si así lo hacemos, corremos el riesgo de avalar una degradación de la naturaleza humana que convierte al hombre en un *«títere del destino»*.

Sea como fuere, lo que se pide de esta Sala es un análisis, no de la queja de la defensa acerca de la banalización por el Fiscal y los letrados de la acusación de esos avances científicos, sino un examen de si la respuesta del

Jurado -confirmada en apelación- se ajusta al canon de motivación que exige el derecho a un proceso con todas las garantías.

4.2.- La viabilidad del discurso de la defensa topa con la naturaleza extraordinaria del recurso de casación y con la consiguiente limitación valorativa derivada de la posición de esta Sala. En efecto, el motivo denuncia la falta de base racional en la motivación ofrecida por el colegio decisorio para dar más credibilidad a la prueba pericial ofrecida por los profesionales del Instituto de Medicina Legal y los expertos de la acusación particular y, en paralelo, para justificar la exclusión de las conclusiones ofrecidas por los doctores Gaona, Quejido y el especialista en medicina nuclear, doctor Maldonado.

En realidad, lo que se está pidiendo de esta Sala es que se sumerja en el visionado de la prueba pericial -recogida en un CD- y que valore por sí misma el dictamen de los peritos, sustituyendo la inferencia probatoria del Jurado por la que suscribiríamos los cinco magistrados que componemos el órgano de casación. Y, además, se nos pide este esfuerzo de valoración probatoria después de que un órgano de apelación -el Tribunal Superior de Justicia- haya ya examinado la queja de la defensa.

Si bien se mira, lo que se censura no es la falta de motivación. Basta una lectura de la sentencia dictada por la Magistrada-Presidenta y del acta del Jurado -a ambos documentos se refiere una y otra vez la defensa- para concluir que la motivación existió. Cuestión distinta es que el itinerario argumental de los miembros del Jurado sea calificado como disparatado, incongruente o contrario a los avances actuales de la ciencia. Pero lo que en realidad se está cuestionando, en el presente caso, no es la suficiencia de la motivación, sino la preferencia que los integrantes del Jurado han atribuido a las conclusiones de los peritos del Instituto de Medicina Legal y a los expertos ofrecidos como prueba por la acusación particular. Ninguno de ellos -se aduce- gozaba de los conocimientos técnicos para ilustrar al Jurado sobre la verdadera capacidad de culpabilidad de Patrick Nogueira. Bajo la queja de la falta de racionalidad de las conclusiones probatorias del Jurado, se agazapa el profundo desacuerdo de la defensa -cuya legitimidad es incuestionable- con la

opción valorativa de los ciudadanos que fueron llamados a enjuiciar al acusado. Y la revisión de esa preferencia -razonada por remisión en la sentencia recurrida- escapa al control casacional.

Pese al reproche que la defensa formula al órgano de apelación por haber transcrito pasajes literales de la sentencia dictada por la Magistrada-Presidenta, resulta obligada esa transcripción para dejar constancia de las razones del rechazo a la queja de falta de motivación o de irracionalidad de la argumentación ofrecida por el órgano decisorio: «... *La alteración psíquica de una persona, para que tenga trascendencia jurídica en forma de exención incompleta de la responsabilidad criminal, es preciso un cierto grado de permanencia de dicha alteración psíquica y que la misma, aún sin ser de la intensidad que produzca la anulación total de las facultades volitivas o cognoscitivas, si genere una merma significativa, parcial, notable, de tales facultades.*

En el caso presente el Jurado considera, por unanimidad, que no está acreditado que el acusado padezca un daño neurológico, delimitado a las áreas cerebrales y cerebelosas que forman parte de los circuitos involucrados en la toma de decisiones y control de la impulsividad, que altere dichas facultades en su normofunción, y que repercutiese en su toma de decisiones y en la realización de los actos enjuiciados, como se alega por la defensa en base a las pruebas PET-TAC (neuroimagenes) realizadas por el doctor D. Antonio Maldonado Suárez y analizadas en el informe elaborado por el psiquiatra D. José Miguel Gaona Cartolano y por el psicólogo D. Jonatan Quejido Domínguez, debidamente ratificados en el acto del juicio. Argumentan que no se puede concluir si padece o no un daño neurológico dado que tales pruebas no son concluyentes al no haber un diagnóstico por parte de un neurólogo. Es decir, no consideran probado que Patrick tenga disfunciones neurológicas que predeterminen su conducta en la toma de decisiones y en la realización ,de sus actos.

Sigue razonando la Magistrada-Presidenta, a partir del acta del Jurado, que, al contrario, el órgano decisorio «...*declara probado, por unanimidad, que, si bien Patrick tiene una anomalía o alteración cerebral, ello no le limitaba,*

ni de forma importante ni de forma leve, su capacidad de saber y entender lo que estaba haciendo y/o de actuar conforme a esa comprensión. Llega a dicha conclusión apoyándose en el informe pericial elaborado por la psicóloga Dña. Adela Franco Gómez, debidamente ratificado en el acto del juicio oral, y en el emitido en dicho acto por el psiquiatra D. José Ramón Civantos, a petición de la acusación particular, por considerarlo más convincente que el de la defensa al avalar los informes de los Médicos Forenses y de las Psicólogas del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Guadalajara CI 1919, CI 91548 y CI 91616 y PS 027 y PS 078 (ac 185 del JU)».

En el mismo FJ 14º, se hace patente la proyección del discurso explicativo -en eso consiste la motivación- que suscribe el Jurado a partir del contenido de los informes: *«...en el primero de los informes se indica que Patrick tiene rasgo psicopáticos y antisociales, que no le impiden tener una plena conciencia de los hechos realizados; y los rasgos de impulsividad, ira y hostilidad que presenta no afectan a su capacidad de voluntariedad y tiene conservada su capacidad de libertad, pues consta que ante situaciones frustrantes o de tensión, en los que puede sentir una gran ira y responder agresivamente, no lo hizo, como por ejemplo con su compañera de trabajo por un problema de limpieza o con el entrenador de fútbol por bajarle de categoría. Concluye que ello acredita que Patrick puede tener control de su conducta agresiva y no presentar una conducta impulsiva. Dicho informe, sigue diciendo, que igualmente las conductas planificadas que se observan antes y durante los hechos, así como los días anteriores, implican que piensa lo que va a hacer y hace acopio de los materiales y de la información que necesita para ello, (ej. compra la navaja y otros objetos, busca el autobús, la parada en la que se tiene que bajar y cómo llegar hasta la urbanización y a la vivienda), e igualmente sabía las consecuencias de lo que había hecho porque limpia todo para que no se sepa que estuvo allí, guarda los cuerpos en bolsas precintadas para evitar el mal olor, y manda un mensaje al casero para que no sospeche de la ausencia de la familia y ganar tiempo. Todos estos datos y hechos objetivos en los que se basa el informe pericial para elaborar sus conclusiones están acreditados por las pruebas testificales y documentales realizadas en el acto del juicio oral. Señala, además, que no se observa componente motórico de la impulsividad durante los hechos ni tampoco resulta que tuviera una*

reacción rápida a un estímulo pues no hay ningún hecho inmediato a los hechos que lo desencadene sino todo lo contrario, su conducta evidencia una secuencia de acciones debidamente pensadas desde hace tiempo para la obtención de un fin, mientras llevaba una vida dentro de la normalidad. Por todo ello concluye que las alteraciones encontradas en las pruebas de neuroimágenes se asocian con rasgos que presentan tanto

Sigue el proceso de motivación con el razonamiento de que «...en el informe de las Psicólogas del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forense PS 027 y PS 078, debidamente ratificado en el acto del juicio oral, se llega a la misma conclusión. En dicho informe se indica que "Patrick presenta un perfil de personalidad psicopático, caracterizado por falta de remordimientos y empatía, carácter manipulador, insensibilidad, afecto superficial y egocentrismo".

Y, por último, el informe de los Médicos Forenses CI 1919, CI 91548 y CI 91616, debidamente ratificado en el acto del juicio, considera que Patrick "no presenta patología psiquiátrica que pueda modificar o anular su capacidad de conocer y querer. El relato que hace de los hechos es un relato desafectivizado; siendo capaz de reconocer la licitud de los mismos. Es capaz de relatar los hechos anteriores, como la compra del material (arma blanca, bolsas...) con total precisión, no relatando momentos muy puntuales de los hechos acontecidos", lo que le lleva a concluir "que tal diagnóstico no cumple criterios diagnósticos necesarios para poder ser incluido en patología psiquiátrica, teniendo la capacidad de conocer y discernir y la capacidad volitiva íntegra". Añadiendo en el acto del juicio, como argumenta el Jurado, que Patrick tenía plena conciencia a nivel cognoscitivo y volitivo; "lo hizo por querer hacerlo"».

Se puede discrepar de ese razonamiento. Se puede mostrar una frontal oposición al discurso incriminatorio. Pero no se puede etiquetar la explicación del órgano decisorio como irracional, arbitraria o carente de sentido. Incluso, la lectura detenida de ese pasaje de la sentencia que puso término al procedimiento en la primera instancia permite descartar la tesis de que el Jurado ha prescindido de las imágenes ofrecidas por el PET-TAC, incorporado

a la prueba pericial de la defensa. No es eso lo que ahora se explica. Lo que se proclama es «...*que no se puede concluir si padece o no un daño neurológico dado que tales pruebas no son concluyentes al no haber un diagnóstico por parte de un neurólogo*». El Jurado no despreció la existencia de esas imágenes neurológicas. Simplemente las consideró insuficientes para justificar el daño cerebral, al no haber podido contar con las explicaciones de un neurólogo que asociara los incuestionables resultados ofrecidos por la medicina nuclear respecto de la capacidad de querer y entender de Patrick Nogueira.

En definitiva, la afirmación del juicio histórico de que, el acusado «...*padece una anomalía cerebral (que) en el momento de los hechos no tenía limitada ni de forma importante ni leve su capacidad de saber y entender lo que estaba haciendo y/o actuar conforme a esa comprensión*», no es el desenlace de una valoración probatoria contraria a la tutela judicial efectiva o al derecho a la presunción de inocencia. No se ha violentado el derecho a un proceso con todas las garantías y, por consiguiente, el motivo ha de ser desestimado (art. 885.1 LECrim).

4.3.- Igual suerte desestimatoria ha de correr el planteamiento alternativo de que pudiera resultar de aplicación la atenuante de arrebató u obcecación del art. 21.3 del CP.

En la STS 4337/2008, 10 de julio, decíamos que la circunstancia atenuante prevista en el art. 21.3 del CP da entrada a aquellas situaciones emocionales en los que el autor, sin llegar a perder el control de sus actos, se ve sometido a una presión espiritual que le impulsa a actuar. En palabras de la STS 2085/2001, 12 de noviembre, la atenuante tercera del art. 21 del Código Penal, denominada de «estado pasional», que evidentemente no se ha establecido para privilegiar reacciones coléricas, opera en la importancia que tienen ciertos estímulos en sujetos con personalidades psicopáticas, originándoles una disminución pasajera de influencia notoria en su capacidad (o juicio) de culpabilidad. La propia jurisprudencia de esta Sala ha venido exigiendo que los estímulos que desencadenan la actuación delictiva no sean reprochables por las normas socioculturales que rigen la convivencia social y

deben proceder del comportamiento de la víctima, con una relación de causalidad entre los estímulos y el arrebató u obcecación y una conexión temporal, sino inmediata proximidad, entre la presencia de los estímulos y el surgimiento de la emoción o pasión (cfr. SSTTS 61/2010, 28 de enero, 1110/1996, 20 de diciembre y 1479/1999, 18 de octubre).

Pues bien, tanto desde la perspectiva del error en la subsunción jurídica de los hechos, como de la insuficiente motivación, la Sala no encuentra en la resolución recurrida las premisas necesarias para la aplicación de esta atenuante. No toda actuación por una personalidad psicopática genera la aminoración de la pena. En el presente caso, no ha existido una conexión temporal entre el arrebatador impulso delictivo y la ejecución de los crímenes. Basta pensar, no ya en el tiempo invertido en la planificación del hecho, sino la espera del acusado en el domicilio de la víctima para culminar su propósito de acabar con la vida de todos los integrantes de la familia.

Se impone, por consiguiente, la desestimación del motivo (art. 885.1 LECrim).

5.- El cuarto motivo de casación se hace valer, con cita del art. 849.1 de la LECrim, por la indebida inaplicación del art. 21.1, en relación con el art. 20.1, así como, con carácter subsidiario, por indebida aplicación del art. 21.7, en relación con los arts. 21.1 y 20.1, todos ellos del CP. También se invoca de forma subsidiaria la inaplicación del art. 21.3 del CP, atenuante de arrebató u obcecación.

En apoyo del motivo, la defensa se remite al cuerpo argumental que se ha hecho valer con anterioridad para justificar la alteración de la imputabilidad del acusado que, de no estimarse esa circunstancia, habría sido víctima de un estado pasional con encaje en el art. 21.3 del CP.

Para la desestimación del motivo basta ahora remitirnos a lo ya expuesto. El rechazo del discurso impugnativo se hace ahora más visible a la vista de la vía invocada -art. 849.1 LECrim-, que exige para su prosperabilidad que todo el razonamiento se construya sobre lo que el órgano decisorio ha

declarado probado. En el presente caso, no existe apoyo fáctico alguno para entender que concurren los presupuestos que exigen para su aplicación los preceptos que la defensa considera indebidamente excluidos.

6.- El quinto motivo, al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim, alega vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y, con ella, del derecho a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías (art. 24.1 y 2 CE), así como de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE).

A juicio de la defensa, el Tribunal Superior de Justicia ha pasado por alto, sin dar una respuesta motivada, su pretensión de que se aplicara la atenuante analógica de colaboración (arts. 21.4 y 21.7 del CP). En el desarrollo del motivo se deja constancia del desacuerdo con el hecho de que se pidiera una atenuante -analógica de confesión- y se respondiera que no procede otra atenuante que no había sido solicitada -confesión-. La respuesta del Jurado -se aduce- estaba íntimamente ligada al hecho de que no quedara acreditado que Patrick se declarara autor de los hechos *antes de conocer* que en el procedimiento penal seguido en España estaba siendo investigado como presunto autor de los mismos. Sin embargo, la no concurrencia de ese requisito cronológico es un obstáculo para la apreciación de la atenuante de confesión, pero no la analógica de confesión tardía, expresamente admitida por la jurisprudencia en numerosos precedentes.

El motivo no puede prosperar.

6.1.- En el escrito de formalización se califica de «*absolutamente descorazonador tenerse que enfrentar a semejantes contradicciones*». Sin embargo, la Sala estima que la hábil argumentación de la defensa para reivindicar la apreciación de la atenuante analógica de confesión prescinde del fundamento que nuestra jurisprudencia ha atribuido a esa minoración de la culpabilidad. En efecto, no basta para la apreciación de la atenuante el hecho de que, en un momento determinado, el acusado confiese o se declare autor de los hechos. Ni siquiera que venga voluntariamente a España cuando se halla fuera de control en un territorio extranjero. No basta, en fin, que medie

una colaboración si ésta ya es irrelevante para el éxito de la investigación y, por consiguiente, no debe ser premiada.

Hemos dicho en numerosos precedentes –recordábamos en la STS 25/2013, 16 de enero- que la atenuante de confesión prevista en el art. 21.4 del CP encuentra su justificación en razones de política criminal (cfr. SSTS 767/2008, 18 de noviembre; 527/2008, 31 de julio y 767/2008, 18 de noviembre). Al Estado le interesa que la investigación de los delitos se vea facilitada por la confesión –siempre voluntaria y espontánea- del autor del hecho. Con ello se simplifica el restablecimiento del orden jurídico por aquel que lo ha perturbado, se refuerza el respaldo probatorio de la pretensión acusatoria e incluso se agiliza el ejercicio del *ius puniendi*. Quien voluntariamente confiesa su participación en el hecho delictivo, rebaja la intensidad del juicio de reproche y demuestra una menor necesidad de pena. La aplicación del beneficio asociado a la atenuante exige, además de que la autoinculpación se verifique ante las autoridades, que esa confesión se produzca antes de que el acusado conozca que el procedimiento se dirige contra él. La veracidad de la confesión cierra el círculo de los presupuestos que esta Sala viene exigiendo para su apreciación.

La falta de ese requisito cronológico no nos ha impedido apreciar - como recuerda la defensa- la atenuante por analogía, subrayando siempre la importancia de que esa colaboración sea especialmente relevante cuando falla el requisito temporal. No existe razón de política criminal –decíamos en nuestra STS 527/2008, 31 de julio- que justifique que, siempre y en todo caso, cuando el imputado por un delito confiesa su participación en los hechos, deba ver atenuada su responsabilidad criminal por aplicación de una atenuante analógica del art. 21.7 del CP.

Es cierto que el art. 21.4 del mismo texto penal considera circunstancia atenuante la de «...haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades». A la vista de esa descripción legal, son imaginables supuestos en los que esa confesión, aun no sometida al requisito cronológico impuesto por este precepto, pueda desplegar sus efectos como atenuante analógica. Así

lo ha entendido esta Sala en distintas ocasiones, si bien recordando que, en principio, no cabrá aplicar la atenuante de confesión por vía analógica en los casos en que falta el requisito cronológico, en cuanto que la analogía no puede considerarse como expediente que sirva para crear atenuantes incompletas, haciendo irrelevante la concurrencia de un requisito exigido por la Ley para su valoración como atenuante. Para que se estime integrante de atenuante analógica de confesión la autoinculpación prestada cuando ya el procedimiento -policial o judicial- se dirigía contra el confesante, será necesario que la colaboración proporcionada por las manifestaciones del inculpado sea de gran relevancia a efectos de la investigación de los hechos; en el caso que estos efectos excepcionales no se den, habrá de tenerse en cuenta si concurren los requisitos básicos de la atenuante nominada, cuya aplicación analógica se pretende (cfr. SSTS 1968/2000, 20 de diciembre y 1047/2001, 30 de mayo).

Es entendible que en todos aquellos casos en los que esa confesión, aun extemporánea, facilite de forma singular el desenlace de una investigación ya iniciada, los efectos atenuatorios de la responsabilidad criminal estén aconsejados. Razones pragmáticas ligadas a la conveniencia de estimular una confesión relevante para el esclarecimiento de los hechos, hacen explicable que la ausencia de un presupuesto cronológico —que la confesión se produzca antes de conocer el imputado que el procedimiento se dirige contra él— no se erija en requisito excluyente, sobre todo, cuando entre la atenuante genérica de confesión (art. 21.4 CP) y la analógica (21.7 CP) puede predicarse el mismo fundamento (cfr. SSTS 622/2011, 15 de junio; 61/2010, 28 de enero y 1063/2009, 29 de octubre).

Ese fundamento atenuatorio, pues, no desaparece en los supuestos excepcionales en los que la relevante confesión es ulterior al inicio de las investigaciones, pudiendo ser reconducida por la vía de la integración analógica que ofrece el art. 21.7 del CP. Sin embargo las razones de política criminal antes expuestas se difuminan cuando falta un requisito implícito en el enunciado de la atenuante genérica, esto es, la veracidad de la confesión. De otro modo, adjudicando a una confesión incompleta o interesada el privilegio de la atenuación, se aleja la rebaja de la pena de su fuente legitimante.

6.2.- Es desde esta perspectiva como debemos analizar la queja de la defensa. Lo verdaderamente decisivo, por tanto, no es si hubo o no entrega voluntaria del acusado y si a ésta siguió la autoconfesión y la colaboración con los agentes de policía que investigaban el hecho. Este dato se obtiene sin dificultad de la propia argumentación ofrecida en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia. Que el acusado volvió de Brasil y que lo hizo voluntariamente es incluso un hecho notorio. Su cálculo estratégico acerca de las ventajas de esa entrega y eventual cumplimiento de su previsible condena en España no impediría, por sí solo, la aplicación de la atenuante. Son otros datos los que descartan la viabilidad del razonamiento.

El primero de ellos, es el dato cronológico. En el hecho probado ya se puntualiza que el acusado regresó a España el 19 de octubre, un mes después de hallados los cadáveres. Y fue detenido en el momento del desembarco del avión. Es cierto -lo hemos apuntado *supra*-, que la ausencia del requisito temporal impuesto por el art. 20.4 del CP -*antes de conocer que el procedimiento se dirige contra el acusado*-, sólo es obstáculo para la apreciación de la atenuante ordinaria, pero no para la analógica. Pero en estos casos, el efecto, la intensidad y el alcance de la colaboración han de resultar decisivos. Y esto es lo que falla en el supuesto que nos ocupa, en el que, pese a las legítimas críticas de la recurrente, su ausencia está debidamente razonada en la sentencia recurrida:

En el FJ 16º puede leerse lo siguiente: «... el 22 de septiembre de 2016, el Juez de Instrucción nº 1 de Guadalajara, en el Procedimiento Sumario 2/2016, ya había dictado una Orden de Detención Internacional contra él, como resultado de las investigaciones realizadas, y sin embargo el día 30 de septiembre de 2016 había prestado declaración "ante los funcionarios de la Policía Federal de Brasil, donde negó su participación en los homicidios investigados". Y que era conocedor de " la existencia de dicha orden y del procedimiento penal en España :...antes de su regreso a España, al estar comprobado que el 10 de octubre de 2016, viajaron a España, "su hermana Hanna y su Letrado, para conocer el estado de las investigaciones, reuniéndose con los Agentes de la Guardia Civil y con el Juez Instructor como

ponen de manifiesto aquellos al testificar, informándoles de que tenían indicios irrefutables contra él, de la existencia de la orden de detención internacional, y de que aquí tendría un juicio justo y se le respetarían sus derechos, transmitiéndole la información recabada en España, como se puede leer en los mensajes de WhatsApp que mantiene esos días con su hermana H y con sus amigos S., L., R. y M, o con su novia E. (ac 490 de JU), conversaciones obtenidas tras la intervención, volcado y análisis del teléfono móvil marca iPhone, modelo A1429 (IMEI 013631005345167) que le fue incautado el día que fue detenido en el aeropuerto de Barajas por los agentes de la Guardia Civil».

Esos hechos permitieron al Jurado excluir la existencia de una confesión en su genuino significado penal, con los presupuestos para hacer valer la atenuante analógica. Dicho en palabras de la sentencia recurrida: *«...no existió confesión y en todo caso los actos de reconocimiento de su participación en los hechos, siempre con reservas y pasividad, fueron parciales y posteriores al conocimiento de la iniciación del procedimiento judicial en España».*

Descartada la concurrencia de la premisa cronológica, el razonamiento acerca de la falta de eficacia o relevancia en la investigación también ha sido explicado de forma que la Sala no puede etiquetar como arbitraria. La fuente de prueba está constituida por quien puede dar fe de la aportación que el testimonio del acusado pudo tener en el desenlace de la investigación. Se acude así a la declaración de los agentes más próximos a la instrucción de la causa: el agente N 77486-J manifestó que *«...para ellos Patrick, no aportó nada esencial para la investigación dado que ya la tenían cerrada por las huellas y el ADN».*

En línea similar, el agente con TIP P80695-T indicó que *«...cuando llegó el acusado a España la investigación estaba cerrada, que tenían claro la autoría de Patrick desde el día siguiente a irse a Brasil, el 21 de septiembre, por lo que no podía aportar nada sobre ello pues ya tenían todo hecho».* Y que, *«...a través del, contenido del teléfono, tras extraer los datos por los especialistas del departamento de Ingeniería del Servicio de Criminalística de*

la Guardia Civil (TIPS I14356W y K85583Q) lo que determinaron era que Patrick hizo búsquedas sobre las muertes en Pioz desde los días 24 de agosto al 16 de septiembre, antes de aparecer los cadáveres, pero no datos sobre cómo se produjeron las muertes pues no estaban los WhatsApp intercambiados con M., teniendo que recuperar determinadas conversaciones pues habían sido borradas. Igualmente lo manifestaron los agentes instructores de las Diligencias con TIPs G 97427N (UCO) y H14261U (UOPJ), quienes llegan a afirmar que no era necesario que viniera para tener certeza de su autoría».

6.3.- Se hace también eco la sentencia de la necesidad de relativizar el valor de la aportación del acusado a la investigación de los gravísimos hechos que le eran imputados: *«...del contenido del teléfono ningún dato esencial para la investigación se obtuvo, e incluso había sido manipulado con borrado de datos, que tuvieron que ser recuperados por los investigadores, a los que tampoco se facilitaron ninguno de los efectos utilizados en los hechos, como la navaja, toallas, mochila...., como también ponen de manifiesto los agentes al declarar».*

Buena parte de la argumentación que anima el motivo se centra en enfatizar el gesto del acusado, que entregó voluntariamente el PIN de su móvil a los agentes a su llegada a España. De hecho, al emprender viaje de regreso desde Brasil, aceptando su detención nada más pisar suelo español, llevaba consigo un *Iphone* que, como era más que previsible, iba a convertirse en pieza de convicción. En la instancia no se habría valorado con efectos atenuatorios esa entrega, sin la cual, la policía española habría tenido las mismas dificultades que otras policías -FBI- han tenido para adentrarse en el sistema operativo que hace funcionar los dispositivos móviles de aquella marca. Esa entrega debió haber sido interpretada como una verdadera colaboración con los investigadores. En palabras de la defensa: *«Patrick colaboró sí o sí y lo diremos aquí y al mismísimo sursum corda si hace falta».*

A juicio de la Sala, sin embargo, el problema no estriba en decidir si está o no acreditado que Patrick colaboró, ni siquiera si su regreso a España estuvo -o no- impulsado por un afán de colaboración con los agentes de la

Guardia Civil. Que el acusado voló voluntariamente a España es un hecho notorio. Pero lo verdaderamente determinante es la explicación que haya dado el Jurado -y validado el órgano de apelación- en el momento de estimar que esa aportación no fue relevante para el éxito de la investigación. Y es aquí donde la Sala no detecta que la ponderación que hicieron los miembros del Jurado del testimonio de los agentes sea irrazonable. Así lo explicaron en las respuestas al interrogatorio cruzado al que fueron sometidos. La investigación ya había arrojado datos de un altísimo poder incriminatorio. La refutación de su contenido no puede hacerse depender, como aduce la defensa, de la constatación de que esas respuestas evidenciaban «...*un ego más elevado de lo recomendable*». Es cierto que «...*una cosa es conocer quién es el autor y otra muy diferente es tener al autor*», pues «...*el hecho de si podían o no haber dado con él es un futuro incierto*». Pero, insistimos, lo verdaderamente determinante es si la explicación del Jurado cuando ha concluido esa falta de relevancia es irracional.

Y no lo es.

La fuente de prueba que ofreció los presupuestos fácticos que llevaron a la exclusión de la atenuante era la que, por su proximidad a la investigación, podía hacerlo. Quedaba mucho por investigar, pues se trataba, ni más ni menos, de un procedimiento penal incoado para el esclarecimiento de cuatro asesinatos. Y mucho tenía que ser investigado aunque la Guardia Civil hubiera contado anticipadamente con la confesión del acusado. Así lo impone el art. 406 de la LECrim, que no atribuye a la confesión del procesado el carácter histórico de *regina probatio*. Pero el juicio de autoría, con la provisionalidad que es propia de la fase de investigación, se había dibujado ya con la suficiente nitidez para negar a la confesión de los hechos la trascendencia que le adjudica la defensa. En esos términos fue explicado por los agentes de la Guardia Civil ante el Jurado y así fue valorado sin atisbo de irracionalidad.

En el discurso en el que la defensa expresa su desacuerdo con la no aplicación de la atenuante de colaboración, se solicita de esta Sala que haga un ejercicio hipotético de causalidad. Que concluya qué habría pasado, desde la perspectiva del éxito o el fracaso de la investigación, si Patrick no hubiera

cogido el avión con destino a España. Se nos pide, en fin, una conjetura acerca de cuál habría sido el desenlace del procedimiento si éste hubiera sido tramitado en Brasil, con las limitaciones impuestas por el marco jurídico que regula la extradición entre España y aquel país. Sin embargo, no es esa la respuesta que nos incumbe. A lo que tenemos que responder no es a lo que podría haber pasado, sino a lo que efectivamente pasó y, sólo así, una vez constatado el encadenamiento de los hechos, proceder a valorar si la explicación del Jurado y el razonamiento del Tribunal Superior de Justicia son o no contrarios al canon racional de valoración de la prueba. Y, desde luego, no lo son. A las razones expuestas nos remitimos.

El motivo ha de ser desestimado (art. 885.1 LECrim).

7.- El sexto motivo utiliza como cauce el art. 849.1 de la LECrim. Denuncia error de derecho en el juicio de subsunción, inaplicación indebida de la atenuante analógica de confesión de los arts. 21.4 y 21.7 del CP.

El éxito de este motivo está subordinado, claro es, a la estimación del precedente. Su articulación es obligada para, una vez obtenida la rectificación del juicio histórico, obligar a un reexamen de la calificación jurídica de los hechos. El rechazo del quinto motivo conduce de forma inexorable a la desestimación, en la medida en que el relato de hechos probados, tal y como ha quedado plasmado, no incluye presupuesto alguno que justifique la aplicación de la atenuante que se reivindica.

La desestimación es obligada a la vista de los arts. 884.3 y 885.1 de la LECrim.

8.- El séptimo motivo se construye también sobre la base del error jurídico, en este caso, en la determinación de la pena. Con cita del art. 849.1 de la LECrim, entiende la defensa que se ha aplicado indebidamente el art. 140.2 del CP.

El art. 140.2 del CP -a juicio de la defensa- constituye un tipo específico que subsume la penalidad de los tres delitos cometidos previamente, para no

vulnerar el principio *non bis in ídem*. La opción contraria implicaría que un hecho sea castigado con su pena correspondiente -25 años- y al mismo tiempo sea valorado para el castigo del cuarto hecho. Y éste habría sido el error que ha lastrado la respuesta penal asociada a los hechos imputados a Patrick Nogueira. Se trata de una prisión permanente revisable -no de la suma de cuatro penas de 25 años, cuyo límite de cumplimiento sería 40 años, en virtud del art. 76 del CP- cuya revisión se atrasaría, en virtud del art. 78 bis del CP.

El motivo no puede prosperar.

Son muchas las cuestiones suscitadas por la nueva regulación del delito de asesinato introducida por la reforma de la LO 1/2015, 30 de marzo. Algunas de ellas van a ser objeto de examen al analizar el recurso promovido por la acusación particular, apoyado por el Ministerio Fiscal. Que entre esas cuestiones ocupa lugar especial la incidencia que esa ruptura histórica con la definición del delito de asesinato puede tener en el ámbito de prohibición del *non bis in ídem*, es algo que evidencia el interés dogmático y el altísimo tono crítico con el que esa modificación ha sido recibida. No vamos a abordar, por exceder de los términos en que el motivo ha sido formalizado, si la condena por más de tres delitos contra la vida exige que aquellos tengan que ser calificados como constitutivos de un delito de asesinato, no bastando, por ejemplo, la previa condena por homicidio. Tampoco centrará nuestra atención el debate acerca de si esas condenas tienen que haber sido dictadas en el mismo procedimiento o pueden haber sido impuestas en distintas causas penales y, en este último caso, si precisarían algún elemento de conexión que hubiera hecho posible el enjuiciamiento conjunto.

Sea como fuere, la invocación que hace la defensa del principio *non bis in ídem* y su concreta proyección sobre el supuesto que nos ocupa -que, a su juicio, debería llevar a la imposición de una única pena de prisión permanente revisable- no es aceptable. La Sala no quiere adentrarse en el debate criminológico y de política legislativa acerca del acierto o desacierto de la reforma. Tampoco en la llamada de atención de quienes han advertido de que la individualizada criminalización del *asesino en serie*, encierra en realidad una

indeseable querencia de nuestro sistema penal por el *derecho penal de autor*, más que por el derecho penal del hecho. En nuestra sentencia STS 716/2018, 16 de enero, ya se contienen algunas consideraciones, a manera de *obiter dicta*, de elevada censura respecto de la oportunidad y justificación de la reforma. A lo que nos obliga ahora el motivo formalizado por la defensa es a un pronunciamiento acerca de si la penalización individualizada de cada uno de los asesinatos desborda la medida de culpabilidad.

Y ya anticipamos que la Sala considera que no existe tal vulneración.

No la hemos declarado en otros supuestos en los que el legislador admite la valoración de unos hechos anteriores como presupuesto para la agravación de la pena. Así sucede, por citar sólo uno de los muchos ejemplos posibles, con el delito de maltrato habitual previsto y penado en el art. 173.2 del CP (cfr. SSTs 645/2004, 14 de mayo; 320/2005, 10 de marzo o 580/2006, 23 de mayo, entre otros muchas). Pero aun admitiendo la sustancial diferencia entre uno y otro término de comparación, lo cierto es que los asesinatos previos han de castigarse conforme a los arts. 139 y 140 con sus respectivas penas, sin que queden absorbidos en el art. 140.2. No hay nada semejante a un concurso de normas a resolver por la regla de consunción (art. 8.3 CP). No estamos ante un único hecho para cuya calificación convergen distintos tipos penales. El concurso aparente de normas implica, por definición, una unidad valorativa frente al hecho cometido, de suerte que la aplicación de uno solo de los tipos que confluyen en la definición del concurso, es más que suficiente para agotar todo el desvalor jurídico-penal que puede predicarse de la infracción. Pues bien, la regla de absorción prevista en el art. 8.3 del CP, cuya aplicación reivindica la defensa -aun sin cita directa- exige que el desvalor de uno de los tipos aparezca incluido en el desvalor tenido en cuenta en el otro. Dicho con otras palabras, que la desaprobación de una conducta descrita por la ley y expresada en la pena que la misma ley señala para esa conducta (*lex consumens*), abarque el desvalor de otro comportamiento descrito y penado en otro precepto legal (*lex consumpta*). Nada de esto acontece en el supuesto que nos ocupa. Carecería de sentido que la muerte de tres o más personas fuera castigada con la misma pena que la muerte de una persona susceptible de ser calificada conforme al art. 140 del CP. Y que ese desenlace fuera el

resultado de una extravagante regla de consunción aplicada en gravísimos delitos contra la vida.

La solución que proclama esta Sala se apoya, no sólo en el significado constitucional del principio *non bis in ídem*, sino en la propia literalidad del art. 140.2. En su inciso final se dispone que «...*en este caso, será de aplicación lo dispuesto en la letra b) del apartado 1 del artículo 78 bis y en la letra b) del apartado 2 del mismo artículo*». Carecería de sentido esta remisión al art. 78 bis del CP, que pretende, en el caso de concurrencia de la prisión permanente revisable con otras penas, endurecer el acceso al tercer grado o a la libertad condicional.

En definitiva, descartada la absorción de las distintas penas impuestas por los tres delitos de asesinato por el exclusivo desvalor asociado a la última muerte alevosa ejecutada, procede la desestimación del motivo (art. 885.1 LECrim).

9.- El último de los motivos, por la misma vía que los precedentes, denuncia la indebida aplicación de los arts. 109 a 116 del CP.

La impugnación presenta una doble dirección. De una parte, el hecho de que hayan sido indemnizadas personas que no eran merecedoras de indemnización, pues no se habían personado como acusación particular, no habían declarado en ningún momento y de las que ni siquiera quedó acreditada su condición de familiares. De otra, se cuestiona el importe de la indemnización.

9.1.- En relación con la primera de las cuestiones, la defensa considera que en la instancia se ha ido en contra de una jurisprudencia precedente que no puede ser arrinconada por el hecho de que la Ley 32/2015, 22 de septiembre, referida al sistema de valoración de daños y perjuicios en los casos de accidentes de circulación, autorice una indemnización básica también para los hermanos.

Es cierto -se razona- que el art 82 de esa ley extiende la condición de posibles beneficiarios a las personas incluidas en el art. 62 (), pero sólo cuando «...acrediten que dependían económicamente de la víctima». De ahí que no quepa indemnización a los abuelos ni a los hermanos, dado que no ha quedado acreditada esa dependencia económica de los fallecidos.

El motivo no es acogible.

De entrada, restringir los derechos de cualquier víctima, con fundamento en una interpretación microliteral del art. 82 de la Ley 32/2015, es ir en contra de la tendencia -ya universal- de protección de las víctimas del delito. La reforma operada por esa ley es un elocuente ejemplo, pero no el único. La Ley 4/2015, 27 de abril, por la que se aprobó el Estatuto de la Víctima del delito, no hizo sino transponer a nuestro sistema la Directiva 2012/29/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecían normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituyó la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo. Prescindiendo incluso de antecedentes más remotos, la referida Ley 4/2015, implicó una reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, singularmente de los preceptos en los que tradicionalmente se regulaba el ejercicio de la acción penal por los perjudicados por el delito. Pues bien, el art. 109 bis, apartado 1º, de la LECrim, tras enumerar con un sentido bien amplio el abanico de parientes legitimados para el ejercicio de la acción penal en caso de muerte o desaparición de la víctima, incluye una regla abierta, de carácter general en la que puede leerse: «en caso de no existir los anteriores, podrá ser ejercida por los demás parientes en línea recta y por sus hermanos, con preferencia, entre ellos, del que ostentara la representación legal de la víctima». La compatibilidad en el ejercicio de la acción penal o, lo que es lo mismo, el reconocimiento de la cualidad de víctima para los parientes en línea recta y los hermanos, se proclama también en el apartado 2º del mismo art. 109 bis: «el ejercicio de la acción penal por alguna de las personas legitimadas conforme a este artículo no impide su ejercicio posterior por cualquier otro de los legitimados. Cuando exista una pluralidad de víctimas, todas ellas podrán personarse independientemente con su propia representación».

Por consiguiente, el razonamiento de la sentencia recurrida, que reconoce a los ascendientes y hermanos -aun sin convivencia- el carácter de víctimas y perjudicados por el delito, no puede ser tachado por esta Sala de arbitrario.

Tampoco merece ese reproche la respuesta que ofrece el Tribunal Superior de Justicia al argumento de la ausencia de personación, incluso de presencia en el proceso. El hecho de que el núcleo familiar del matrimonio y los dos hijos que fueron asesinados por Patrick tuvieran su residencia en Brasil, hace entendible la distancia física -que no emocional- respecto del proceso seguido en España. Conviene reparar también en la obligación institucional del Ministerio Fiscal de promover la acción penal y la civil en defensa de las víctimas, «...*haya o no en el proceso acusador particular*» (cfr. arts. 108 de la LECrim, en relación con el art. 105 de la misma ley procesal y art. 3.10 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de 30 de diciembre de 1981).

9.2.- Igual suerte desestimatoria han de correr las alegaciones vinculadas a la cuantía de la indemnización. La sentencia dictada por la Magistrada-Presidenta, confirmada en grado de apelación por el Tribunal Superior de Justicia, ya advierte de que la referencia al baremo aprobado por la Ley 35/2015, 22 de septiembre, es orientativa, en la medida en que esos importes han de ser complementados por el perjuicio personal y moral en supuestos en los que no existe ninguna aceptación social del riesgo, como ocurre en el ámbito de los accidentes derivados del uso y circulación de vehículos de motor.

Como la defensa admite, la jurisprudencia de esta Sala sobre la cuestión debatida ha insistido en numerosos precedentes en que el Tribunal de casación no puede revisar las cuantías acordadas como indemnización «*ex delicto*» sino tan sólo limitarse a la revisión de las bases sobre las que se asienta la cantidad fijada.

Y en lo que afecta al desacuerdo con ese importe, en cuya cuantificación ha tenido un papel determinante el daño moral sufrido por la muerte de hijos, nietos y hermanos, la STS 264/2009, 12 de marzo, recordaba que el daño moral no necesita estar especificado en los hechos probados cuando fluye de manera directa y natural del relato histórico o hecho probado, pudiendo constatarse un sufrimiento, un sentimiento de la dignidad lastimada o vejada, susceptible de valoración pecuniaria sin que haya en ello nada que se identifique con pura hipótesis, imposición o conjetura determinante de daños desprovistos de certidumbre o seguridad. En este caso, el daño moral resulta de la importancia del bien jurídico protegido y de la gravedad de la acción que lo ha lesionado criminalmente. El daño moral, además, -dice la STS 1366/2002, 22 de julio-, no deriva de la prueba de lesiones materiales, sino de la significación espiritual que el delito tiene con relación a la víctima.

9.3.- El desacuerdo del recurrente se extiende también al importe de la indemnización concedida al titular del inmueble en el que el acusado dio muerte a cuatro personas y seccionó distintas partes del cuerpo. En este caso, lo que se censura en el desarrollo del motivo no es la existencia de los gastos de reparación hechos por la propiedad del inmueble, sino su necesidad: *«...no era necesario cambiar toda la cocina de arriba abajo (...) la encimera y demás enseres de la estancia podrían estar sucios de restos biológicos, pero no utilizables. De hecho, por razones de salubridad se contrató a una empresa especialista en desinfección, lo que consideramos necesario para rehabilitar la vivienda. Hubiera bastado una desinfección integral, e incluso podemos llegar a entender que se tuviera que pintar entera la planta baja de la vivienda».*

Sin embargo, tampoco ahora la Sala detecta que los gastos incluidos en la partida indemnizatoria por la Magistrada-Presidenta, luego confirmados por el Tribunal Superior de Justicia, sean expresión de una arbitrariedad generadora de enriquecimiento injusto para el propietario. Basta una lectura del FJ 6º, apartado IV de la primera resolución para descartar razón alguna que aconseje imponer ahora nuestro criterio frente al razonado en la instancia que, por si fuera poco, es el resultado de la valoración de una abundante prueba documental y testifical practicada en apoyo de la pretensión resarcitoria. La exclusión de las partidas que han sido consideradas no

indemnizables y la extensa motivación que acompaña a la decisión denegatoria, refuerzan la idea de que no existe el error que justificaría -ahora en esta fase casacional- la corrección a la baja.

En definitiva, la Sala no aprecia, pese al laborioso esfuerzo argumental de la defensa, unas bases fácticas que hayan sido fijadas con desproporción y que, sólo entonces, pudieran ser susceptibles de revisión en el ámbito casacional.

9.4.- Tampoco podemos identificarnos con la censura que la sentencia dirige a la fijación de intereses por razón del préstamo solicitado por la titular del inmueble para hacer frente a los gastos de limpieza y rehabilitación de la vivienda. Lo que se cuestiona no son las bases de su cálculo, sino la existencia de prueba de que ese préstamo fue efectivamente destinado a reparar la vivienda.

No es éste el ámbito natural de nuestro conocimiento. Se trata de una inferencia probatoria en materia de responsabilidad civil que escapa a nuestra fiscalización. Pero aunque así no fuera, parece razonable el criterio de la sentencia de instancia que ni siquiera ha condenado al pago de intereses sobre el total del préstamo, sino sobre el importe de aquello que se ha considerado efectivamente invertido en gastos necesarios para la rehabilitación de la vivienda.

De ahí la necesidad de desestima el motivo (art. 885.1 LECrim).

Recurso de las acusaciones particulares ejercidas por Walfrank Campos Nogueira y George Gunther Santos Americo

10.- La representación legal de dos acusaciones particulares interpone recurso de casación que, en ambos casos, participa de la misma inspiración. Esa coincidencia argumental hace aconsejable un tratamiento conjunto.

Al amparo del art. 849.1 de la LECrim se sostiene la inaplicación indebida del art. 140.1.1 del CP, en relación con la muerte de los dos menores

que fueron asesinados por Patrick. Se razona que la alevosía «...*como circunstancia cualificativa del asesinato se refiere en todo caso al modo de comisión mientras que la hipercualificación del 140.1.1 del CP tiene un fundamento distinto*». En apoyo del motivo se citan las sentencias de esta Sala núms. 367/2019, 18 de julio y 520/2018, 31 de octubre.

El motivo, que cuenta con el apoyo del Ministerio Fiscal, tiene que ser estimado.

10.1.- La presente causa fue incoada por el Juzgado de instrucción núm. 1 de Guadalajara, en la que resultó acusado François Patrick Nogueira como presunto autor de cuatro delitos de asesinato, remitiendo a la Audiencia Provincial las actuaciones para la constitución del Jurado y celebración del juicio oral.

Por la Audiencia Provincial de Guadalajara, Sección 1ª se dictó sentencia, conforme al veredicto del Jurado, por la que se condenaba al acusado como autor de los siguientes delitos: a) un delito de asesinato con alevosía del art. 139.1.1º, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 25 años de prisión con la accesoria de inhabilitación absoluta por el tiempo de condena; b) dos delitos de asesinato con ensañamiento por víctima especialmente vulnerable en atención a su edad del art. 139.1.3º, en relación con el art. 140.1.1º, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de prisión permanente revisable por cada uno de ellos, con la accesoria de inhabilitación absoluta por el tiempo de las condenas; c) un delito de asesinato con alevosía del art. 139.1.1º, en relación con el art. 140.2 del CP, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de prisión permanente revisable, con la accesoria de inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena.

Por la defensa del acusado, se interpuso recurso de apelación contra la sentencia de instancia. El Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha dictó nueva sentencia y estimó parcialmente el recurso de apelación. En su virtud, modificó la calificación y la penas respecto a la muerte de ambos

menores -M. y D.- y excluyó la concurrencia de ensañamiento. De ahí que dejara sin efecto la calificación de dos delitos de asesinato hiperagravado del art. 140.1.1ª, calificando ambas muertes como dos delitos de asesinato con alevosía del art. 139.1.1ª del CP, sin aplicación de la pena de prisión permanente revisable. Entendió el órgano de apelación que así lo exigía la prohibición constitucional de *bis in ídem*, al haberse valorado al mismo tiempo la alevosía por indefensión en la muerte de los dos niños y la especial vulnerabilidad de la víctima. Las dos penas inicialmente impuestas de prisión permanente revisable fueron sustituidas por sendas penas de 25 años de prisión por cada uno de los delitos.

En el recurso formalizado por las acusaciones particulares no se cuestiona la supresión del ensañamiento. La discrepancia se centra -como ya hemos apuntado- en la inaplicación de la pena de prisión permanente revisable.

10.2.- En el FJ 8, al dar respuesta al séptimo de los motivos de casación hechos valer por la defensa, ya hemos apuntado la controversia jurídica -también política y mediática- acerca de la prisión permanente revisable. En el plano dogmático se discute, no ya su utilidad desde una perspectiva criminológica de prevención, sino su acomodo constitucional al principio de resocialización de las penas.

10.2.1.- 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. En nuestra sentencia núm. 716/2018, 16 de enero, censurábamos la 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.

En aquella resolución, la Sala estimó el recurso de casación promovido por la defensa y anuló la pena de prisión permanente revisable que había sido impuesta en la instancia. El juicio histórico daba por probado que el agresor se dirigió al domicilio de la víctima y *«...y una vez dentro de la casa, con la intención de acabar con su vida, le asestó puñaladas y golpes con diversos objetos hasta causarle la muerte por la grave pérdida de sangre»*. Fueron más de 30 puñaladas *«...con el cuchillo que llevaba y otros que cogió de la vivienda, clavándoselos en el abdomen, el tórax y el cuello y provocándole heridas cortantes y también heridas penetrantes que alcanzaron el paquete vascular del cuello, el corazón, los pulmones, meso y asa intestinal»*. Además, le propinó *«...numerosos golpes en la cara con objetos contundentes que encontró en la casa (un palo, una figura de perro, otro de cerámica y una piedra) causándole heridas inciso contusas en la cara, fractura-hundimiento nasal y maxilar y rotura de piezas dentarias»*

Para ejecutar su propósito, el agresor *«...de forma sorpresiva e inesperada, se abalanzó sobre él portando un cuchillo y empujándolo hasta el final del pasillo, lo que provocó que cayera al suelo y quedara tumbado boca arriba, consciente de que con todo ello se aseguraba deliberadamente de causarle la muerte sin el peligro que para su integridad física pudiera provenir de una defensa por parte de la víctima»*.

La víctima, que tenía 66 años, *«padecía una discapacidad como consecuencia de un ictus isquémico a nivel del tronco encefálico que había sufrido hacía años y que le provocaba una alteración del lenguaje y marcha inestable, por lo que su capacidad de reacción a estímulos era más lenta»*.

Las *ratio decidendi* que llevó a la estimación del recurso fue justificada en los siguientes términos: *«...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 ídem».

10.2.2- La posterior sentencia 520/2018, 31 de octubre, en línea con lo que ya había apuntado la STS 80/2017, 10 de febrero -que dio respuesta a un imaginativo argumento defensivo que reivindicaba la redefinición del concepto de alevosía a raíz de la reforma de 2015-, incorporó importantes matices adaptados a un supuesto de hecho que presentaba notoria similitud con el que estaba en la base del primero de los precedentes. El acusado dio muerte a su tía abuela *«...cuando ésta se encontraba sentada en una mecedora del salón de la vivienda esperando que el acusado le llevara el desayuno»*. En ese momento, *«...con el propósito de acabar con su vida, cogió un cable eléctrico de una lámpara, rodeándole el cuello y apretando fuertemente, hasta que vio que había perdido la vida como consecuencia de su acción»*. La anciana *«...se encontraba deteriorada por la edad y las dolencias propias de la misma, circunstancias que fueron aprovechadas por el acusado para quitarle la vida sin posibilidad de defenderse»*.

Partíamos entonces de la base de que *«...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 ...)»*.

Con el fin de resolver los problemas concursales que suscita la redacción del precepto, razonábamos entonces que *«...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)».

Concluíamos que *«...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)».*

10.2.3.- Esa línea de compatibilidad del tipo hiperagravado del art. 140.1.1 del CP con agresiones calificadas como alevosas, ha sido seguida con posterioridad por la STS 367/2019, 18 de julio. Esta resolución estimó procedente la imposición de la pena de prisión permanente revisable al acusado, que al ser sorprendido por su pareja *«tocando el pecho»* de su hija - una niña que todavía no había cumplido dos años de edad-, la emprendió a golpes con la progenitora, arrastrándola de los pelos hasta el balcón. Allí intentó arrojarla al vacío. Cuando la madre se hallaba en el suelo, en estado de máxima gravedad por los golpes de su pareja, apareció su hija en el lugar en el que se estaba desarrollando la agresión. En ese momento, el acusado, *«...aprovechando (...) que la menor pesaba sólo 11 kilogramos y medía 84 centímetros para cogerla y, con intención de matarla, de manera sorpresiva y sin que ésta pudiera evitarlo, la lanzó por la ventana a través del hueco del cristal que previamente había roto».*

En el FJ 6º de esa sentencia, la Sala razona que *«...el ataque fue sorpresivo. El acusado no anunció su propósito (...), no hubo prolegómenos o actos previos de los que deducir tal reacción inesperada (golpes sobre la menor, o persecución de la misma, etc.); sin más, en medio de la agresión en varias fases que sufrió la madre, el bebé se puso al alcance del (acusado) y éste la defenestró en un gesto súbito, inesperado e imprevisto. Por tanto, concurre, además, la denominada alevosía sorpresiva. Así se deduce de los hechos que los jurados han declarado probados. Ni la madre pudo hacer nada por defender a su hija, ni la niña pudo salir corriendo ante el ataque tan inesperado del agresor. (...) La condición de la víctima menor de 16 años de edad, y en el caso, de 17 meses de existencia, supone un fundamento distinto que justifica la decisión del legislador, y que no supone un bis in idem que impida la aplicación del art. 140.1.1º del Código Penal».*

En línea con lo argumentado por el Fiscal en el dictamen de casación, añade la Sala: *«...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».*

10.2.4.- Este panorama jurisprudencial -al que habría que añadir la STS 102/2018, 1 de marzo, que aborda problemas concursales no identificables con el que ahora centra nuestra atención- es la mejor muestra de las dificultades asociadas a la deficiente técnica legislativa que inspiró la reforma de la LO 1/2015, 30 de marzo. Son tres los pronunciamientos que -no sin matices y con relevantes precisiones- declaran la compatibilidad del ataque alevoso (art. 139.1.1 CP) y el asesinato hiperagravado que tiene como víctima a personas singularmente vulnerables (art. 140.1.1 CP).

En el presente caso, el juicio de tipicidad afecta a la muerte violenta de dos menores de edad a los que se ha obligado a presenciar la agonía y el asesinato de su madre y a los que luego el agresor decapita. El Tribunal Superior de Justicia estimó el recurso de apelación promovido por la defensa y dejó sin efecto la pena de prisión permanente revisable que había sido impuesta por la Audiencia Provincial. El razonamiento del órgano de apelación

se apoya en la doble valoración de un mismo hecho, a saber, la alevosía como medio ejecutivo y la especial vulnerabilidad de ambas víctimas como presupuesto del tipo hiperagravado.

La Sala estima, sin embargo, que la Audiencia Provincial no vulneró la prohibición del *bis in ídem* y que tampoco desbordó la medida de la culpabilidad del acusado. De ahí que ya anticipe la estimación del recurso promovido por las acusaciones particulares y apoyado por el Ministerio Fiscal.

10.2.5.- El art. 140.1 del CP castiga con la pena de prisión permanente revisable el delito de asesinato cuando *«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 física o mental»*.

Las dificultades surgen cuando la menor edad de la víctima ha sido ya determinante para la calificación del ataque como alevoso. Como ya hemos apuntado en otros precedentes y ha subrayado la doctrina, son perfectamente imaginables ataques a menores de 16 años no alevosos -en cuyo caso sería de aplicación el homicidio agravado del art. 138.2.a) del CP- o en los que la alevosía se construye sin vinculación alguna a esa minoría de edad.

En el presente caso, el juicio histórico evidencia que en la muerte de M. -de 3 años y 10 meses- y D. -de 18 meses-, fue precisamente su edad lo que impidió a ambos *«...oponer defensa eficaz alguna»*. Ni el factum ni la fundamentación jurídica de la sentencia cuestionada dan pie para pensar que la alevosía se vinculó, por ejemplo, a la previa eliminación física de la madre de los niños, la persona que era garante de su integridad física y a la que el acusado había degollado con anterioridad.

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. 140.1.1º 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 hecho, constituye una técnica legislativa -no exenta de crítica, es cierto- pero que está bien presente en otros pasajes del Código Penal. Es el caso, por ejemplo, del art. 188 del CP. Este precepto encabeza el capítulo II bis -*De los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años*- del título VIII -*Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*-, del libro II del CP. El legislador ha considerado oportuno dar un tratamiento singularizado a aquellas ofensas contra menores de edad que se convierten en víctimas de abusos o agresiones sexuales por parte de otras personas. Su singularidad se justifica, entre otras razones, por la especificidad del bien jurídico protegido -la indemnidad sexual- y por el compromiso de toda sociedad democrática de favorecer una especial

protección al menor de edad. Es entendible, por tanto, que el simple hecho de involucrar a un menor de 16 años en un contexto sexual reciba una respuesta más agravada que la que se dispensa en aquellos otros supuestos en los que la víctima ha superado ese límite vital. La edad se convierte así en el único presupuesto de agravación. Sin embargo, el legislador ha creído conveniente añadir un tipo hiperagravado en aquellos supuestos en que la víctima «...sea menor de cuatro años». Así se desprende de la lectura del art. 183.4.a), inciso final. De esta forma, el que realice actos sexuales con un menor de 16 años será castigado con la pena correspondiente a la modalidad de agresión que se cometa, pero en su mitad superior cuando la víctima sea menor de 4 años. A juicio de la Sala, no es objetable, porque no hay un problema real de inherencia, el hecho de que la menor edad de 16 años se traduzca en una respuesta agravada -incluso, con una consideración sistemática diferenciada- en los delitos contra la indemnidad sexual y, en una respuesta hiperagravada en aquellos supuestos en los que el niño o niña está en los albores de la vida, al no haber cumplido todavía 4 años. No existe doble valoración de la menor edad de la víctima.

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.

Por cuanto antecede, procede la estimación del motivo con las consecuencias que se expresan en nuestra segunda sentencia.

11.- 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

A) NO HABER LUGAR al recurso de casación promovido por la representación legal de la defensa de FRANÇOIS PATRICK NOGUEIRA GOUVEIA contra la sentencia núm. 16/19, fechada el 13 de junio de 2019, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, en grado de apelación, en la causa seguida por el procedimiento ante el Tribunal del Jurado por cuatro delitos de asesinato.

B) HABER LUGAR al recurso de casación promovido contra la misma sentencia por la representación legal de las acusaciones particulares ejercidas en nombre de WALFRANK CAMPOS NOGUEIRA y GEORGE GUNTHER SANTOS AMERICO, casando y anulando la resolución recurrida y dictando segunda sentencia.

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. Julián Sánchez Melgar D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Vicente Magro Servet

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

RECURSO CASACION (P) núm.: 10461/2019 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

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

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Julián Sánchez Melgar

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Vicente Magro Servet

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 5 de mayo de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación con el nº 10461/2019, interpuesto por la representación procesal de los acusadores particulares D. George Gunther Santos Americo, y D. Walfrank Campos Nogueira, y la representación del acusado y condenado D. Francois Patrick Nogueira Couveia, contra la sentencia núm. 16/19 fechada el 13 de junio de 2019, en grado de apelación, en el recurso promovido contra la sentencia núm. 3/18, 15 de noviembre, recaída en el procedimiento del Tribunal del Jurado, tramitado con el núm. 20/2018 por el Juzgado de instrucción núm. 1 de Guadalajara, que ha sido casada y anulada por sentencia 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, se hace constar lo siguiente:

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

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia recurrida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Por las razones expuestas en el FJ 10º de nuestra sentencia precedente, resulta obligada la estimación del motivo único hecho valer por las acusaciones particulares, declarando que la muerte de los menores M. y D. ha de ser calificada como constitutiva de dos delitos de asesinato previstos y penados en los arts. 139.1.1 y 140.1.1 del CP, imponiendo al acusado, por cada uno de ellos, la pena de prisión permanente revisable, con los límites fijados por el art. 78 bis del CP, en los términos que se expresan en el fallo.

FALLO

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

Se dejan sin efecto las dos penas de 25 años de prisión impuestas en la sentencia dictada en grado de apelación por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, como castigo por los dos delitos de asesinato cometidos en la persona de los menores M. y D y se sustituyen por dos penas de prisión permanente revisable, con la accesoria de inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena. Se mantiene el resto de los pronunciamientos de la sentencia dictada en la instancia en lo que no se oponga a la presente.

En aplicación del art. 78 bis del CP, acordamos que la progresión a tercer grado del condenado requerirá del cumplimiento de un mínimo de 22 años de prisión y que la suspensión de la ejecución del resto de las penas requerirá de un mínimo de 30 años de prisión.

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. Julián Sánchez Melgar D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Vicente Magro Servet

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina