

Tribunal Supremo

TS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia num. 938/2022 de 1 diciembre
RJ\2022\5494

ASESINATO: alevosía: existencia: acusado de manera sorpresiva y con ánimo de acabar con su vida, aprovechando que quien había sido su pareja se encontraba agachado cerrando el establecimiento de peluquería, le roció con gasolina que acto seguido logró prender, logrando zafarse al saltar instintivamente y salir huyendo perseguido por el agresor. **REPARAR EL DAÑO OCACIONADO:** inapreciable: alegación de pago de 5.825,58 euros para reparar los daños por asesinato en tentativa después de dictada sentencia en primera instancia, aportando documentos sin datos para conocer quien la realiza, ni su destino, además de no haberse debatido en instancia. **ERROR DE HECHO EN LA APRECIACIÓN DE LAS PRUEBAS:** excepción a la no validez de los informes periciales como documentos a efectos casacionales: cuando concurra un dictamen o dictámenes coincidentes y no aparezcan otras pruebas sobre el mismo punto fáctico y el Tribunal de instancia haya llegado a conclusiones divergentes de los citados informes, sin expresar razones que lo justifiquen; **desestimación:** informes forense y psicológico sobre la situación mental del acusado cuando cometió los hechos por influencia del alcohol y fármacos que no acredita que estuviera afectado por ellos, ni tan siquiera que los hubiera consumido, siendo la causa de su conducta homicida el haberse enterado que su pareja le ocultó que se encontraba afectado de VIH.

ECLI:ECLI:ES:TS:2022:4430

Jurisdicción:Penal

Recurso de Casación 796/2022

Ponente:Excma. Sra. Ana María Ferrer García

El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de 20-01-2022 dictada en apelación por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Canarias.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 938/2022

Fecha de sentencia: 01/12/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 796/2022 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 29/11/2022

Ponente: Excma. Sra. D.^a Ana María Ferrer García

Procedencia: Tribunal Superior de Justicia de Canarias

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

Transcrito por: JLA

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 796/2022 P

Ponente: Excma. Sra. D.^a Ana María Ferrer García

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 938/2022

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Julián Sánchez Melgar

D.^a Ana María Ferrer García

D. Vicente Magro Servet

D.^a Susana Polo García

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 1 de diciembre de 2022.

Esta sala ha visto el recurso de casación num. 796/22 por infracción de ley e infracción de precepto constitucional interpuesto por D. Luis Andrés representado por

la procuradora D^a M^a Jesús Rivero Herrera bajo la dirección letrada de D^a Dolores Betancort Ramos contra la sentencia dictada el [20 de enero de 2022 \(PROV 2022, 112225\)](#) por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias (R. Apelac. 113/21) que desestimaba la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria de fecha 28 de junio de 2021. Han sido parte recurridas el Ministerio Fiscal y D. Amadeo representado por la procuradora D^a Pilar Cermeño Roco bajo la dirección letrada D^a Inmaculada Cabrera Falcón, ejerciendo la acusación particular.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Ana María Ferrer García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-

El Juzgado de Instrucción num. 8 de Las Palmas de Gran Canaria incoó sumario num. 151/20 y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canarias, que con fecha [28 de junio de 2021 \(ARP 2021, 1442\)](#), dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS** : " **ÚNICO**: Probado y así se declara que el procesado Luis Andrés, mayor de edad y sin antecedentes penales, sobre las 21,15 horas del día 18 de diciembre de 2019, acudió a la peluquería que regenta Amadeo, quien había sido su pareja sentimental durante 5 años, sita en la CALLE000 nº NUM000 de Las Palmas de GC y con el propósito de acabar con la vida de éste, aprovechando que Amadeo se encontraba en cuclillas cerrando la persiana metálica del local, le rodó con líquido inflamable a la vez que intentaba prenderle, mientras le decía "yo te quemo hijo de puta". Amadeo saltó instintivamente hacía atrás impidiendo que le llegara el fuego que logró prender el procesado. Cuando Amadeo corría huyendo de su agresor éste le decía "no corras, yo te mato".

Amadeo, como consecuencia de los hechos narrados, sufrió inflamación de conducto auditivo externo izquierdo que requirió para su sanidad de una sola asistencia facultativa, tardando en curar 5 días que no le impidieron realizar sus actividades habituales.

Como consecuencia del fuego causado por el acusado, el local de Amadeo, sufrió daños por valor de 5.825,58 euros que fueron abonados por la entidad aseguradora Segurcaixa S.A. Como consecuencia de su acción Luis Andrés se quemó la mano izquierda y le pie izquierdo que tan solo precisaron de cura local en el Centro de Salud".

SEGUNDO.-

La Audiencia de instancia dictó el siguiente [pronunciamiento \(ARP 2021, 1442\)](#) : "Que debemos condenar y condenamos al procesado Luis Andrés, como autor

responsable de un delito de asesinato en grado de tentativa, con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal agravante de parentesco, a las siguientes penas: la pena de 11 años, tres meses y un día de prisión, inhabilitación absoluta por el tiempo de la pena privativa de libertad, 10 años de libertad vigilada, 15 años de prohibición de acercarse a menos de 300 metros y de comunicarse por cualquier medio con D. Amadeo. Asimismo condenamos a Luis Andrés, a que indemnice a D. Amadeo en la cantidad de 300 euros, cantidad que devengará el interés legal incrementado en dos puntos ([artículo 576.1º](#) de la [LEC \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#)), y a Segureaixa S.A. en la cantidad de 5.825,58 euros, cantidad que devengará el interés legal incrementado en dos puntos; así como al pago de las costas procesales, incluidas las de las acusaciones particulares.

Para el cumplimiento de la pena de privación de libertad que le imponemos, le abonamos todo el tiempo que ha estado en prisión preventiva por esta causa, siempre que no le haya sido abonada o le sea abonable en otra causa".

TERCERO.-

Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por D. Luis Andrés, dictándose [sentencia por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con fecha 20 de enero de 2022 \(PROV 2022, 112225\)](#) y cuya parte dispositiva es la siguiente: "Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación presentado por la representación procesal de don Luis Andrés, contra la [sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria en el procedimiento sumario ordinario 115/2020, \(ARP 2021, 1442\)](#) la cual confirmamos en todos sus extremos sin efectuar pronunciamiento alguno respecto de las costas.

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

CUARTO.-

Notificada la [resolución \(PROV 2022, 112225\)](#) a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional, por la representación de D. Luis Andrés, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

QUINTO.-

El recurso interpuesto se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

1º.- A) Con base en el [artículo 849.1](#) de la [LECRIM \(LEG 1882, 16\)](#), por indebida aplicación del [artículo 139.1º y 22. 1º](#) del [CP \(RCL 1995, 3170y RCL 1996, 777\)](#).

B) Por infracción de ley al amparo del artículo 852 en relación con el [artículo 24.1](#) de la [CE \(RCL 1978, 2836\)](#), exigencia del [artículo 120.3](#) y [9.3](#) CE., en relación con la alevosía

C) Por infracción de ley al amparo del [artículo 849.1º](#) LECRIM, por falta de aplicación del [artículo 138](#) del CP.

2º.- Al amparo del [artículo 5.4 LOPJ \(RCL 1985, 1578, 2635\)](#) y 852 LECRIM, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del [artículo 24.1](#) CE).

3º.- (Sin numerar por el recurrente) Al amparo del [artículo 849.2º](#) LECRIM, al existir error de hecho en la apreciación de la prueba derivado de documentos obrantes en autos y no contradicho por otros elementos probatorios.

SEXTO.-

Instruido el Ministerio Fiscal y la acusación particular del recurso interpuesto, lo impugnaron. La Sala admitió a trámite el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.-

Hecho el señalamiento para el Fallo, se celebró la votación prevenida el día 29 de noviembre de 2022.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-

Contra la [sentencia \(PROV 2022, 112225\)](#) dictada por el Tribunal Superior de Canarias que confirmó en apelación la condena como autor de un delito de asesinato intentado, concurriendo la agravante de parentesco, de Luis Andrés, interpone recurso de casación la representación procesal de este último.

Plantea un primer motivo por infracción de ley del [artículo 849.1 LECRIM \(LEG 1882, 16\)](#) que entremezcla con la vulneración de la presunción de inocencia, y de tutela judicial efectiva, todo ellos para denunciar la indebida aplicación de la alevosía que cualifica los hechos como asesinato del [artículo 138.1 CP \(RCL 1995, 3170y RCL 1996, 777\)](#).

1. Entiende el recurrente que no se dan los presupuestos que justifiquen la concurrencia de tal circunstancia agravatoria, que como tal debe ser de aplicación restrictiva.

Enfocada la cuestión desde la perspectiva de la presunción de inocencia en orden a delimitar la secuencia fáctica sobre la que se soporta la mencionada circunstancia, hemos señalado de manera reiterada que la delimitación del alcance de la impugnación casacional y del control realizado a través de la misma cuando se alega la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, no puede obviar que ha mediado un recurso de apelación por el que ya se ha dado cumplimiento a las exigencias de revisión del fallo condenatorio contenidas en los Tratados Internacionales.

De esta manera, la comprobación que corresponde al Tribunal Supremo se concreta en verificar si la respuesta que ha dado el Tribunal de apelación ha sido racional y ha respetado la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala Segunda sobre el alcance de la revisión, sobre la motivación y sobre la validez de las pruebas. En definitiva se concreta en cuatro puntos: a) en primer lugar, si el Tribunal Superior de Justicia, al examinar la sentencia de primera instancia 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 (entre otras [SSTS 847/2013 de 11 de noviembre \(RJ 2013, 7469\)](#), [163/2017 de 14 de marzo \(RJ 2017, 1142\)](#), [741/2017 de 16 de noviembre \(RJ 2017, 5014\)](#), o la [490/2019 de 16 de octubre \(RJ 2021, 3700\)](#), entre otras).

2. En este caso basta la simple lectura de la sentencia recurrida para comprobar que la misma ha conformado la delimitación fáctica del suceso enjuiciado a partir de una valoración probatoria acomodada a criterios plenamente homologables a las reglas de la lógica y la experiencia, a partir de la declaración de los hechos de quien intervino en el proceso como víctima del suceso y un testigo presencial del mismo.

A partir de tales testimonios el Tribunal concluye que el acusado hoy recurrente actuó de manera sorpresiva aprovechando que quien iba a ser destinatario de su acción se encontraba agachado cerrando el establecimiento donde ocurrieron los hechos, para rociarle con la gasolina que acto seguido logró prender, aun cuando la persona acometida consiguió zafarse.

Como explicó el Tribunal de apelación, con cita y reproducción de reiterada doctrina de esta Sala, los hechos soportan sobradamente la aplicación de la alevosía apreciada en su modalidad de alevosía sorpresiva.

Se declaró probado que el acusado hoy recurrente sobre las 21,15 horas del día 18 de diciembre de 2019, acudió a la peluquería que regenta Amadeo, quien había sido su pareja sentimental durante 5 años, y con el propósito de acabar con la vida de éste, aprovechando que Amadeo se encontraba cerrando la persiana metálica del local, le roció con líquido inflamable a la vez que intentaba prenderle, mientras le decía "yo te quemo hijo de puta". Amadeo saltó instintivamente hacia atrás impidiendo que le llegara el fuego que logró prender el procesado. Cuando Amadeo corría huyendo de su agresor éste le decía "no corras, yo te mato".

Las tardías horas en que ocurrieron los hechos, cuando ya no se esperaba la afluencia de clientes; el acometimiento por la espalda a quien se encuentra agachado cerrando una verja, para rociarle con un líquido inflamable que acto seguido llegó a combustionar por efecto del mechero que accionó el agresor, congregan los pilares sobre los que se sustentan la calificación de una ataque alevoso por sorpresivo e inesperado.

3. Dispone el [artículo 22. 1ª](#) del Código Penal que es circunstancia agravante "ejecutar el hecho con alevosía" y que hay alevosía "cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido".

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

De lo antes expuesto se desprende que la esencia de la alevosía se encuentra en el desarrollo de una conducta agresora que, objetivamente, puede ser valorada como

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

La forma tradicional del ataque alevoso, explica la [STS 779/2022 de 22 de septiembre \(RJ 2022, 4389\)](#), viene constituida por la agresión a traición, pues es claro que en esos casos la acción agresiva pretende principalmente la supresión de una posible defensa. Así, es ataque alevoso el realizado por sorpresa, de modo súbito e inopinado, imprevisto, fulgurante y repentino, ejecutado contra quien está confiado en que tal clase de ataque no se produzca.

Y ese es el supuesto que nos ocupa. Un ataque como el que describe el relato de hechos, consistente en un acometimiento por la espalda a quien estaba confiado en que se encontraba solo, en una posición que dificultaba su reacción, esto es agachado manipulando un cierre, aprovechando para rociarle con un líquido inflamable que el propio acusado combustiona, desde una perspectiva ex ante reúne los componentes que objetivamente orientan la conducta agresora al aseguramiento de la ejecución laminando las posibilidades de defensa, y los subjetivos en cuanto al aprovechamiento de tal circunstancia por el agresor. Todo ello con independencia de que finalmente la víctima al conseguir huir impidiera la consumación, lo que no desnaturalice la configuración típica del ataque, por más que de entrada a la forma imperfecta de ejecución, y consiguiente rebaja penológica anudada a la misma. Pues de manera reiterada hemos señalado que la defensa que ha de confrontarse para evaluar el grado de desvalimiento del ofendido y, consecuentemente, la posible concurrencia de esta circunstancia es la defensa efectiva, no la pasiva manifestación de un intento de autoprotección, o la mera huida, como en este caso. En palabras que tomamos de la STS 201/2010, de 10 de abril "Para la concurrencia de la alevosía súbita no es preciso la constancia de la absoluta imposibilidad de toda defensa, ni de toda forma viable de huida del lugar de los hechos, sino de la imprevisibilidad de la agresión, por lo sorpresivo y rápido del ataque".

El carácter alevoso del ataque perpetrado por el recurrente, unido a la idoneidad del medio empleado y el inequívoco afán que exteriorizó con las expresiones proferidas, acomodan con holgura los hechos en su calificación como asesinato alevoso del [artículo 139.1](#) CP, eso si, intentado, descartando, en consecuencia como procedente la consideración de los hechos como delito de homicidio del [artículo 138](#)

CP.

El motivo se desestima.

SEGUNDO.-

Se plantea un segundo motivo por error en la valoración de la prueba del [artículo 849.2 LECRIM \(LEG 1882, 16\)](#) desarrollado en una doble vertiente. Por un lado denuncia el recurso lo que entiende es un error proyectado sobre los documentos llamados a surtir efecto como base de una atenuante de reparación del daño del [artículo 21.5 CP \(RCL 1995, 3170y RCL 1996, 777\)](#), en cuanto que acreditarían el abono por parte del acusado de determinadas cantidades dinerarias. Por otro lado incide sobre determinados informes periciales que a criterio del recurrente dan soporte a la apreciación de una eximente completa o incompleta de los [artículos 20.1 CP](#) en relación con el 21.1 CP "de trastorno mental transitorio por consumo de alcohol junto a benzodiazepinas, frankimazin o transilium".

1.1. El recurso denuncia error sobre documentos que aporta ex novo. Según expone textualmente, no sin cierto confusionismo, los documentos que pretende incorporar al debate acreditarían "INGRESOS EFECTUADOS por mi representado, tal y consta en el extracto que acompañamos como documentos núm.1 y 2 , expedidos por el Juzgado de Instrucción nº 8 y la Sala Segunda de la Audiencia Provincial de Las Palmas, así como el INGRESO realizado en fecha 14 de julio de 2021, en el que hubo un error de la entidad, reiterándose en fecha 28 de septiembre de 2021, desconociendo los motivos por los que no consta ingresados en la cuenta corriente de la Sala, error que en modo alguno debe perjudicar a mi representado. Se acompaña como documentos núm. 3 y 4, los ingresos indicados.

Comprobada la cuenta corriente de la Sala, se percatan del error y ya ha quedado constatado el ingreso en la referida cuenta, lo que se acredita con el documento num. 5 que se acompaña".

A raíz de ello explica que ha quedado acreditado que se han abonado en su integridad los 300 euros correspondientes a la indemnización que fue fijada a favor del lesionado "habiendo realizado ingresos en la cuenta del juzgado desde la prisión, destinando lo que cobraba por los trabajos que le asignaban a saldar la misma, con la intención clara de reparar el daño causado a la víctima". Además ha abonado la totalidad de la indemnización por daños fijada en 5.825,58 euros. Y denuncia que la sentencia recurrida "incurre en infracción de normas del ordenamiento jurídico, por vulneración del [art. 21.5 CP](#), al no tener en cuenta las circunstancias personales de índole económica del condenado para ponderar y apreciar su esfuerzo reparador. La omisión manifiesta vulnera claramente del derecho de defensa de mi representado

conculcándose el [art. 24](#) de la [C.E. \(RCL 1978, 2836\)](#) al irrogar una indefensión que deviene que la sentencia sea nula".

La sentencia recurrida al rechazar una pretensión coincidente con la que ahora se reproduce explicó, tras evocar la jurisprudencia de esta Sala en relación a la aplicación de la mencionada atenuante, que "consta en las actuaciones que con fecha 6 de julio de 2021 fue notificada al recurrente la sentencia objeto de la presente apelación (folio 141 de las actuaciones).

Al folio 163 de las actuaciones consta la "solicitud de emisión de transferencia" efectuada por doña Dolores Betancor Ramos por cuenta de don Luis Andrés del importe de 5.825,58 E en la cuenta del Banco de Santander nº NUM001, teniendo dicho documento fecha 14 de julio de 2021, es decir, después de dictada y notificada la sentencia.

Sin embargo no consta ni documentalmente en las actuaciones, como tampoco lo menciona la parte en su escrita de conclusiones, que haya efectuado ingresos periódicos desde la Prisión.

Además de lo anterior, se hace preciso efectuar dos puntualizaciones: 1.- Que la parte recurrente no interesó en su escrito de conclusiones la atenuante de reparación del daño. Que tampoco en dicho escrito manifestó haber abonado las cantidades que dice haber pagado mientras estuvo en prisión, antes de la celebración de la vista, y 2.- Que dicha cantidad ha sido abonada por el recurrente después de serle notificada la sentencia condenatoria, siendo la suma abonada la adeudada a la entidad SEGURCAIXA SA, entidad aseguradora, y no para la víctima, a quién debía indemnizar en la suma de 300 E. No se entiende cómo pudo pagar los casi 6.000 y no abonar la indemnización a la víctima".

1.2 La finalidad del motivo previsto en el [artículo 849.2 LECRIM \(LEG 1882, 16\)](#) consiste en modificar, suprimir o adicionar el relato histórico mediante la incorporación de datos incontrovertibles acreditados con pruebas auténticamente documentales aportadas de manera hábil a la causa, normalmente de procedencia extrínseca a la misma, que constaten directamente y sin necesidad de referencia a otros medios probatorios o complejas deducciones el error que se denuncia. Error que, para que pueda prosperar el motivo, debe afectar a extremos jurídicamente relevantes, siempre que, además, en la causa no existan otros elementos probatorios de signo contrario.

Es necesario que el documento que se dice erróneamente interpretado sea literosuficiente, es decir, que evidencie el error cometido por el juzgador al consignar algún elemento fáctico o material de la sentencia, por su propio contenido, sin tener

que recurrir a otras pruebas ni a conjeturas o complejas argumentaciones. Además, que, como ya hemos dicho, sobre el mismo extremo no existan otros elementos de prueba, pues en ese caso se trata de un problema de valoración sometido a las reglas generales que le son aplicables.

En el supuesto que nos ocupa, como pone de relieve el Fiscal al impugnar el motivo, los documentos que el recurso invoca se incorporaron por primera vez al proceso junto con el escrito presentado el 1 de febrero de 2022 ante el Tribunal Superior de Justicia de Canarias anunciando el recurso de casación. Como se desprende del fragmento de la sentencia recurrida que hemos extractado, se trata de documentos que el Tribunal no pudo valorar ni tomar en consideración, por lo que su admisión ahora alteraría de modo injustificado los términos del debate al exceder de los límites revisorios que al recurso de casación incumben.

Respecto a la atenuante de reparación del daño hemos dicho que en su actual configuración se ha objetivado, sin exigir que se evidencie reconocimiento de culpa, aflicción o arrepentimiento.

Se trata de una atenuante *ex post facto*, cuyo fundamento no deriva de una menor culpabilidad del autor, sino de razones de política criminal orientadas a dar protección a la víctima y favorecer para ello la reparación privada posterior a la realización del delito.

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

El elemento sustancial de esta atenuante consiste en la reparación del daño causado por el delito o la disminución de sus efectos. Cualquier forma de reparación del daño o de disminución de sus efectos, sea por la vía de la restitución, de la indemnización de perjuicios, o incluso de la reparación del daño moral se puede integrar en las previsiones de la atenuante. Pero lo que resulta inequívoco es que el legislador requiere para minorar la pena el dato objetivo de que el penado haya procedido a reparar el daño o a disminuir los efectos del delito. El tiempo verbal que

emplea el texto legal excluye toda promesa o garantía de hacerlo en el futuro. Tanto más cuanto que exige que, en todo caso, ello debe haber ocurrido con anterioridad a la celebración del juicio (por todas [STS 23/2022, de 13 de enero \(RJ 2022, 15\)](#)).

En este caso queda fuera de toda duda la imposibilidad de tomar en consideración a efectos atenuatorios el pago de los 5.825,58 euros para reparar los daños después de dictada sentencia en la primera instancia, precisamente por su extemporaneidad. Extemporaneidad que igualmente impide que podamos rescatar ahora los restantes documentos que se pretenden incorporar directamente en casación, cuando ya no hay cabida para ello.

En cualquier caso, el mero apunte mecánico respecto a unas transferencias efectuadas por el penado desde el centro penitenciario, no pueden servir de soporte para desvirtuar los razonamientos expuestos en la sentencia que se revisa, cuando el debate acerca de los mismos o la finalidad a la que respondían no se produjo en momento procesal hábil. No se trata simplemente de pagar para conseguir una atenuación. Aun con la tendencia a la objetivación que adorna tal circunstancia prevista en el [artículo 21.5](#) CP su apreciación exige la exteriorización de la voluntad tendente a reparar o aminorar los efectos que el comportamiento antijurídico del autor haya podido irrogar.

Aun cuando en el mejor de los casos, desde la perspectiva del recurrente, pudiéramos tomar en consideración los documentos aportados, un simple listado de transferencias, sin que conste indicación alguna de la parte que las realiza sobre cuál es su destino, carece de suficiencia probatoria para acreditar la base fáctica de la circunstancia reclamada, cuando además la misma no fue solicitada ni debatida en el momento idóneo, cuál era el de el enjuiciamiento en primera instancia.

El motivo no puede prosperar.

2. De otro lado se denuncia error valorativo en relación a los informes periciales sobre los que la parte intentó sustentar la apreciación de una eximente completa o incompleta de trastorno mental transitorio por consumo de alcohol junto a benzodiazepinas, trankimazin o transilium.

2.1. Por esta vía se pretende una reevaluación de los informes emitidos por los médicos forenses y los psicólogos acerca de cuál pudiera ser el estado de afectación psíquico emocional en el que se encontraba el acusado cuando ocurrieron los hechos, y si en definitiva sus facultades pudieron verse relevantemente afectadas.

Ya hemos señalado los estrechos contornos del motivo previsto en el [artículo 849.2](#) LECRIM, que ha de estar basado en documentos dotados de autonomía probatoria.

Aun así, de manera excepcional esta Sala ha atribuido a las periciales la capacidad de modificar el apartado fáctico de una sentencia, cuando el Tribunal haya estimado el dictamen único o dictámenes coincidentes como base exclusiva de los hechos declarados probados, pero los haya incorporado a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de forma que su sentido originario quede alterado relevantemente; o bien cuando haya llegado a conclusiones divergentes de las comprendidas en los citados informes sin expresar razones que lo justifiquen ([STS 1017/2011 de 6 de octubre \(RJ 2011, 6868\)](#) y las que en ella se mencionan).

Todo ello sin perder de vista que dichos informes no son en realidad documentos, sino pruebas personales documentadas, consistentes en la emisión de pareceres técnicos sobre determinadas materias o sobre determinados hechos por parte de quienes tienen sobre los mismos una preparación especial, con la finalidad de facilitar la labor del tribunal en el momento de valorar la prueba. No se trata de pruebas que aporten aspectos fácticos, sino criterios que auxilian al órgano jurisdiccional en la interpretación y valoración de los hechos, sin modificar las facultades que le corresponden en orden a la valoración de la prueba. Por otro lado, su carácter de prueba personal no debe perderse de vista cuando la pericial haya sido ratificada, ampliada o aclarada en el acto del juicio oral ante el tribunal, pues estos aspectos quedan entonces de alguna forma afectados por la percepción directa del órgano jurisdiccional a consecuencia de la inmediación (entre otras [STS 422/2018 de 26 de septiembre \(RJ 2018, 4200\)](#)).

El desarrollo argumental de este motivo permite comprobar que no se dirige a acreditar un error en la determinación de los hechos que resulte de forma incontrovertible de las periciales aludidas en relación a un hecho relevante sobre el que no hayan incidido otras probanzas. Lo que se plantea es una reelaboración de las conclusiones fácticas a partir de una interpretación conjunta de pruebas de variada índole, incluidas las de carácter netamente personal como las testificales, distintas de las periciales aludidas. No concurren los presupuestos que facultan la revisión de las conclusiones probatorias combatidas por el cauce utilizado. Tampoco orientando la pretensión del recurrente por los contornos más amplios de un motivo de presunción de inocencia, su queja puede prosperar.

2.2. El Tribunal de instancia rechazó que al momento de los hechos las facultades del acusado se encontraran afectadas hasta el punto de poder sustentar en este extremo una circunstancia no ya de exención, sino tampoco de atenuación, y la sentencia recurrida avaló su criterio.

Señaló el Tribunal de apelación que "con independencia de que no ha quedado

probado el consumo de alcohol más que por las afirmaciones que hizo el acusado, pues de la documental obrante en las actuaciones, concretamente de la pericial que la parte recurrente invoca, no se desprende la pretendida existencia del consumo de alcohol en unión de otras sustancias. Lo que ambos documentos reflejan son las afirmaciones que realizó la parte ante dichos profesionales, y así expresamente es recogido en los mentados documentos. El/La profesional recoge lo que la parte le relata. En ningún momento dicen dichos informes lo contrario pues es lo cierto que no existe documento alguno en el cual conste que en el momento de ocurrir los hechos, el encausado estuviera padeciendo una proceso de trastorno mental derivado de la ingesta de alcohol en unión de otras sustancias.

Así, concretamente, el informe psicológico forense efectuado a petición del recurrente por don Casimiro y doña Noelia, folios 67 a 71 de la causa, lo que recoge son las manifestaciones al respecto que el interesado les relata. Igual observación hay que realizar respecto del informe forense realizado por doña Paulina y doña Purificación, folios 269 a 272, ambos ratificados en el Plenario.

Tampoco el documento aportado por la parte en el cual se reseña la medicación del paciente y hoy recurrente puede hacerse valer como acreditativo de la existencia de atenuante interesada por cuanto que dicha documental hace referencia a un momento posterior en el que ocurrieron los hechos, concretamente el documento en cuestión, obrante al folio 120 de las actuaciones, refiere una medicación que se inicia en fecha 17 de junio de 2021, cuando los hechos objeto de la presente causa penal ocurrieron el día 18 de diciembre de 2019.

La conclusión del Tribunal a quo se corresponde pues con el resultado de la prueba practicada sin que aparezca como ilógica o arbitraria, reflejando el resultado probatorio descrito la falta de acreditación en el Plenario de los presupuestos jurisprudenciales exigidos para la estimación de la pretendida eximente, completa ni incompleta de embriaguez unida a consumo de tranquilizantes, y tampoco como atenuante.

De esta forma, si bien el acusado manifestó que con anterioridad a la realización de los hechos había consumido alcohol junto a benzodiacepinas, trankimazin o transilium, ninguna alusión efectuó la víctima ni los testigos sobre un supuesto estado de embriaguez de aquel. Ello se refleja en el informe clínico de urgencias del día de autos existente en la causa, folios 18 y 19, el cual no refieren ni el consumo de tales medicamentos, ni tampoco que en dicho momento le fueron pautados, y tampoco consta que estuviera bajo los efectos del alcohol ni de otras sustancias, como expone el recurrente. Es mas, dicho informe recoge: "Medicación previa activa": En blanco. Y, "Resumen de la exploración: Consciente, orientado".

Se carece por tanto de elementos objetivos que puedan sustentar la circunstancia alegada ni como atenuante, ni menos como eximente completa ni incompleta, siendo claramente insuficientes las alusiones genéricas referidas para entender acreditado que el acusado tenía de alguna forma afectadas sus facultades intelectivas y/ o volitivas por la ingesta de alcohol".

La lectura del informe forense que el recurso invoca permite comprobar que este mismo apuntó que "De haberse encontrado (el recurrente) bajo los efectos de benzodiazepinas y alcohol, sus capacidades cognitivas y/o volitivas podrían haberse visto alteradas. Máxime aún en el contexto de gran intensidad emocional, derivado de las circunstancias descritas por el informado, situación que, si bien no altera su capacidad cognitiva, sí podría modificar su capacidad volitiva, llevándolo a actuar sin discernimiento, favoreciendo el paso a la acción sin una meditación previa". Concluyendo que "de corroborarse la Información aportada a cerca de las circunstancias previas a los hechos (haber sido infectado de VIH por su pareja sin haberle informado de que padecía esta enfermedad a pesar de que mantenían relaciones sin protección) y de haber actuado bajo los efectos de benzodiazepinas y alcohol, sus capacidades cognitivas y/o volitivas podrían haberse visto alteradas".

Igualmente el informe psicológico aludido concluye que "Que los comportamientos descritos en el día de los hechos corresponden a su elevada impulsividad, caracterológica en D. Luis Andrés, que combinada con la ingestión de alcohol y medicamentos para manejar los niveles angustia que experimentaba en ese momento ocasiona como consecuencia anulación de su capacidad volitiva y cognitiva".

Ambos informes fueron profusamente analizados por el Tribunal de apelación que sin embargo respaldó el criterio del de instancia en cuanto que descartó como probada la ingesta medicamentosa aludida, y de otro la veracidad del suceso que el recurrente coloca como detonante principal de su reacción violenta: el haberse enterado que su pareja le ocultó que se encontraba afectado de VIH , otorgando credibilidad a la versión del atacado, quien explicó que al comenzar la relación ambos se hicieron la serología y que la del acusado era positiva y la de la víctima negativa.

Se trata de una valoración probatoria que se ajusta a parámetros lógicos y a máximas de experiencia comúnmente aceptadas, que en consecuencia ha de ser respetada, lo que conlleva la desestimación también de este motivo de recurso, y con él, de la totalidad del interpuesto.

TERCERO.

De conformidad con lo dispuesto en el [artículo 901 LECRIM \(LEG 1882, 16\)](#), el

recurrente responderá de las costas de esta instancia

FALLO

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

DESESTIMAR el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Luis Andrés contra la [sentencia dictada el 20 de enero de 2022 \(PROV 2022, 112225\)](#) por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias (R. Apelac. 113/21).

Comuníquese a dicho Tribunal Superior de Justicia de Canarias esta resolución. Con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Imponer a dicho recurrente el pago de las costas ocasionadas en el presente recurso.

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

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Ana María Ferrer García Vicente Magro Servet

Susana Polo García Ángel Luis Hurtado Adrián