



Roj: **STS 2466/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:2466**

Id Cendoj: **28079120012019100422**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **09/07/2019**

Nº de Recurso: **10049/2019**

Nº de Resolución: **351/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **FRANCISCO MONTERDE FERRER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO CASACION (P) núm.: 10049/2019 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 351/2019

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Julian Sanchez Melgar

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Pablo Llarena Conde

D. Vicente Magro Servet

D^a. Carmen Lamela Diaz

En Madrid, a 9 de julio de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de preceptos constitucionales, infracción de Ley, y quebrantamiento de forma, con el nº 10049/2019, interpuesto por la representación procesal del acusado D. Jose Miguel , el Ministerio Fiscal, y los acusadores particulares D. Silvio , D^a Julieta y D. Luis Alberto , contra la sentencia de fecha 7 de diciembre de 2018, dictada por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en el Procedimiento Jurado número 32/2018, conociendo del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha 12 de junio de 2018, dictada por el Tribunal del **Jurado** de la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección tercera, que condenó al penado como autor de un delito de **asesinato, un delito continuado de quebrantamiento de condena y un delito leve de hurto**, en el Rollo de Sala procedimiento Jurado número 39/2017, correspondiente al procedimiento del Tribunal Jurado número 308/2016, del Juzgado de Violencia sobre la mujer, número 1 de Oviedo. Ha intervenido el Ministerio Fiscal; estando el recurrente y condenado, representado por la procuradora D^a Sandra Osorio Alonso, y defendido por el letrado D. Lorenzo Álvarez García; y los acusadores particulares, representados por la procuradora María Isabel Campillo García, y defendidos por el letrado D. Mario Dopke Patiño, y como parte **recurrida** y adherida al recurso del Ministerio Fiscal, la Abogacía del Estado, en nombre de la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género. 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. Francisco Monterde Ferrer.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- El Juzgado de Violencia sobre la mujer nº 1 de Oviedo, instruyó Procedimiento del Tribunal Jurado con el nº 308/2016, y una vez concluso, fue elevado al Tribunal Jurado de la Audiencia Provincial de Oviedo, en el Procedimiento número 39/2017, que con fecha 12 de junio de 2018 dictó sentencia con el siguiente **Fallo:** "**FALLO:** Que debo condenar y condeno a Jose Miguel : A) Como autor de un delito de **asesinato** concurriendo las circunstancias agravantes de parentesco, discriminación por razón de género y aprovechamiento de las circunstancias de lugar y tiempo que debilitan la defensa del ofendido o faciliten la impunidad, a la pena de veinticinco años de prisión con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, privándole de la patria potestad respecto de su hijo Agapito e imponiéndole la medida de libertad vigilada, a determinar a la vista de la propuesta que en el momento pertinente, en fase de ejecución y al menos dos meses antes de la extinción de la pena de prisión, eleve el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, sin perjuicio de que desde la firmeza de la Sentencia se cumplan las siguientes privaciones de derechos:

- a) Obligación de estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos.
- b) Comunicar inmediatamente en el plazo y por el medio que se establezca cualquier cambio de domicilio o lugar de residencia.
- c) Prohibición de aproximarse y comunicarse con los padres de Rita , Silvio y Julieta , así como con el hermano de aquella y su cuñada, Luis Alberto y Tarsila , y del hijo común Agapito .
- d) Prohibición de residir en el territorio de la provincia de Asturias, del domicilio de su hermano y cuñada.

B) Como autor de un delito continuado de quebrantamiento de condena sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de un año de prisión con la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

C) Como autor de un delito leve de hurto, concurriendo la circunstancia agravante de aprovechamiento de las circunstancias de lugar y tiempo que facilitan la impunidad, a la pena de tres meses de multa con una cuota diaria de cuatro euros. El condenado abonará las costas procesales causadas, sin incluir las de las acusaciones particular y popular, e indemnizará a Agapito , a través de su representante legal, en la cantidad de 200.000 euros; a Silvio y Julieta en la cantidad de 60.000 euros para cada uno de ellos, y a Luis Alberto en 26.000 euros, devengando todas esas cantidades los intereses previstos en el art. 576 de la L.E.Civil . Para el cumplimiento de las penas le será de abono al condenado el tiempo que lleva privado de libertad por esta causa.

Se aprueba, por sus fundamentos y con las reservas que contiene, el Decreto de Insolvencia dictado en la pieza de responsabilidad civil.

Únase a esta resolución el acta del Jurado.

Notifíquese la Sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma pueden interponer recurso de apelación ante la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias en el plazo de diez días a contar desde la última notificación. "

SEGUNDO.- En la citada sentencia se declararon los siguientes **Hechos Probados** : "**PRIMERO:** Se declaran HECHOS PROBADOS los que se relacionan a continuación: A) El acusado Jose Miguel mantuvo una relación de pareja con Rita durante aproximadamente un año y medio con convivencia en el domicilio sito en la CALLE000 N° NUM000 de Oviedo, habiendo nacido fruto de esa relación un hijo el día NUM001 de 2015. Una vez que había cesado la relación entre Rita y Jose Miguel , que había sido expulsado a Marruecos el 31 de marzo de 2016, éste ejerció una posición y dominio absoluto sobre la vida de Rita , con llamadas y mensajes destinados únicamente a controlar su vida y perturbarla. De esta manera acordaron que Rita viajara hasta Melilla sin comunicárselo a absolutamente ningún pariente y amigo, donde se encontraría con el acusado bajo el pretexto dado por éste de que desde allí viajarían juntos hasta Tánger, Marruecos, en donde el menor conocería a la familia de Agapito antes de que Rita viajara posteriormente con el niño a su país natal, Ecuador. Así, el día 8 de julio de 2016 Rita y el menor llegaron al puesto de Melilla sobre las 20:50:32 horas en donde se encontraron con Jose Miguel pasando los tres juntos el día entero del 9 de julio de 2016 hasta que, sobre las 02:31:16 horas del día 10 de julio de 2016 el acusado propuso a Rita adentrarse en e PASE000 de Melilla, en concreto en las Caseta Militares de la zona de la Hípica, lugar utilizado de forma esporádica y en horario diurno por personal militar, si asfaltar ni aceras, con aparcamiento de uso exclusivo para militares usuarios de las casetas, sin ningún local de ocio <-k> abierto a una distancia inferior a dos kilómetros y con una luz tenue. Una vez allí, el acusado y Rita mantuvieron una fuerte discusión fruto de la cual Jose Miguel , con evidente intención de terminar con la vida de Rita y aprovechando que la misma se había girado y le estaba dando la espalda de forma que no podía ver ni prever el ataque del acusado y, por lo tanto, sin poder defenderse, la agarró por el cuello fuertemente hasta que se aseguró que la misma ya no respiraba, dejando su cadáver sobre una jardinera y apoyado en una maleta gris que ella llevaba y que contenía sus pertenencias, próximo a la caseta adjudicada para el uso del Comandante Segundo Jefe de la Comandancia General de Melilla. A continuación el acusado



abandonó el cadáver de Rita en dicho lugar dándose a la fuga con el bebé y el carrito de éste entre las 05:36:46 y las 05:38:53. Como consecuencia de estos hechos Rita falleció, siendo la causa de esa muerte violenta una anoxia atóxica mecánica por constricción/compresión externa cervical. Las familiares de la víctima han reclamado cuantas acciones les correspondan por estos hechos.

B) Jose Miguel causó la muerte de Rita por el hecho de ser mujer y culminando un acto de dominio y superioridad minusvalorando su libertad de decidir poner fin a su relación y tras controlar su vida y procurar que no se comunicara con su entorno familiar y social.

C) Jose Miguel causó la muerte de Rita despreciando las obligaciones más elementales del vínculo de afectividad que había nacido de su relación de pareja.

D) Al ejecutar la muerte de Rita, Jose Miguel se favoreció de que era de noche y en la zona adonde eligió ir con ella y su hijo menor había escasa iluminación, con ausencia de personas en ese momento y lugar, y sin que hubiese locales de ocio próximos abiertos al público, sin asfaltar, ni aceras y aparcamiento exclusivo para militares usuarios de las casetas.

E) El acusado Jose Miguel fue condenado, entre otras, por sentencia firme dictada por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer N° 1 de Oviedo en fecha 1 de abril de 2016 dentro de la causa 144/2016, Ejecutoria 213/2016 del Juzgado de lo Penal N° 4 de Oviedo, por un delito de violencia de género (lesiones) en la persona de Rita, imponiéndole la pena de 6 meses de prisión suspendida desde el día 1 de abril de 2016 dentro de la causa 144/2016, Ejecutoria 213/2016 del Juzgado de lo Penal n° 4 de Oviedo, por un delito de violencia de género (lesiones) en la persona de Rita, imponiéndole la pena de 6 meses de prisión suspendida desde el día 1 de abril de 2016 durante un periodo de dos años, la pena de prohibición de tenencia y porte de armas durante 16 meses así como la prohibición de comunicarse y aproximarse a Rita durante un período de 14 meses a contar desde el día 1 de abril de 2016 hasta el día 29 de junio de 2018, así como por un delito de violencia de género (amenazas) con una pena de cinco meses de prisión suspendida durante dos años desde el día 1 de abril de 2016, privación del derecho a la tenencia y porte de armas durante 16 meses, así como 13 meses y 10 días de prohibición de aproximarse y comunicarse con Rita a contar desde el día 1 de abril de 2016 hasta el día 29 de junio de 2018. Por esas condenas fue expulsado a Marruecos el 31 de marzo de 2016, y pese a ello continuó desde entonces y hasta el día 10 de julio de 2016 en contacto con Rita mediante comunicaciones vía telefónica y por la red social Facebook, aunque conocía la resolución judicial que le impedía acercarse y comunicarse con Rita, porque le había sido notificada personalmente.

F) En la madrugada del día 10 de julio de 2016 Rita falleció en el PASE0000 de Melilla, en el lugar de las Casetas Militares de la Zona de la Hípica, llevando consigo un teléfono móvil marca Samsung Galaxy S6 valorado e 320 euros. El acusado Jose Miguel, que se hallaba en el lugar tomó el citado móvil de Rita con ánimo de obtener un beneficio económico ilícito, vendiéndolo por 180 euros a una persona identificada como Inocencia.

G) Al tomar el teléfono móvil de Rita, Jose Miguel se favoreció de que el lugar adonde había ido con ella era una zona de escasa iluminación siendo de noche y sin que hubiera personas en ese momento, ni locales de ocio próximos abiertos al público, sin asfaltar, ni aceras y aparcamiento exclusivo para militares usuarios de las casetas.

SEGUNDO: El Ministerio Fiscal al elevar a definitivas sus conclusiones provisionales, calificó los hechos como constitutivos de un delito de **asesinato** previsto y penado en el art. 139 del Código Penal; un delito continuado de quebrantamiento de condena previsto y penado en el art. 468.2 del Código Penal en relación con el art. 74 del mismo texto legal, y de un delito leve de hurto previsto y penado en el art. 234.1 y 2 del Código citado. Consideró responsable de dichos delitos, en concepto de autor al acusado Jose Miguel y consideró que concurrían las siguientes circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal: La circunstancia mixta de parentesco actuando como agravante en el delito de **asesinato**, prevista en el art. 23 del Código Penal; la circunstancia agravante de discriminación por razón de género, también en el delito de **asesinato** y prevista en el art. 22.4 del Código Penal, y la circunstancia agravante de aprovecharse de las circunstancias del lugar, tiempo o auxilio de otras personas que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente, en el delito de **asesinato** y en el delito leve de hurto, prevista en el art. 22.2 del Código Penal. Solicitó que se le impusieran las penas siguientes:

Por el delito de **asesinato** la pena de 25 años de prisión, accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena así como la medida de libertad vigilada del art. 140 bis del Código Penal en relación con los arts. 105 y 106 por un periodo de 10 años y con cumplimiento de las siguientes medidas:

a) Obligación de estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos.



- b) Comunicar inmediatamente en el plazo y por el medio que se establezca cualquier cambio de domicilio o lugar de residencia.
- c) Prohibición de aproximarse y comunicarse con los padres de la fallecida, Silvio y Julieta , así como con el hermano y la cuñada de la fallecida Luis Alberto y Tarsila y del hijo común Agapito .
- d) Prohibición de residir en el territorio de la provincia de Córdoba, provincia de domicilio del hermano y la cuñada de la víctima.

Por el delito continuado de quebrantamiento de condena la pena de un año de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Por el delito leve de hurto la pena de multa de tres meses a razón de una cuota diaria de 10€ con la consiguiente responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas.

De conformidad con el artículo 55 del Código Penal solicitó se acordara la privación de la patria potestad del acusado respecto de su hijo Agapito . Solicitó el abono de las costas y de la prisión preventiva.

El acusado indemnizará al hijo menor de la fallecida en la cantidad de 200.000E por la muerte de su madre, a Don Silvio y Dña Julieta en la cantidad de 60.000E a cada uno de ellos por la muerte de su hija y a Don Luis Alberto (hermano) en la cantidad de 26.000 por la muerte de su hermana, cantidades éstas que devengarán el interés legal del dinero incrementado en dos puntos de conformidad con el art. 576 de la LEC .

TERCERO: La acusación particular ejercitada por Silvio , Julieta y Luis Alberto , al elevar a definitivas sus conclusiones provisionales, calificó los hechos como el Ministerio Fiscal, consideró responsable de los delitos, en concepto de autor, a Jose Miguel , y apreciando la concurrencia de las mismas circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal indicadas por el Ministerio Fiscal solicitó que se impusieran también las mismas penas, con la precisión en cuanto a la libertad vigilada de que la prohibición de residir en el domicilio del hermano y cuñada de la víctima se refiere en Asturias. Interesó la condena al abono de costas y prisión preventiva y a que en concepto de responsabilidad civil indemnice al hijo menor de la fallecida en 300.000 euros por la muerte de su madre, a Silvio y Julieta en la cantidad de 75.000 euros a cada uno de ellos por la muerte de su hija, y a Luis Alberto en la cantidad de 50.000 euros por la muerte de su hermana, devengando dichas cantidades los intereses previstos en el art. 576 de la L.E.Civil .

CUARTO: La acusación popular ejercitada por Abogadas para la Igualdad, al elevar a definitivas sus conclusiones provisionales, calificó los hechos como el Ministerio Fiscal, consideró responsable en concepto de autor a Jose Miguel , apreció la concurrencia de las mismas circunstancial agravantes en el delito de **asesinato** e hizo la misma petición de imposición de penas, con la misma precisión en cuanto a 1 libertad vigilada de que la prohibición de residir en 1 provincia del domicilio del hermano y cuñada de la víctima viene referida a Asturias. Interesó la misma condena a indemnizar en vía de responsabilidad civil que postula la acusación particular en el anterior Antecedente de Hecho Tercero.

QUINTO: La acusación del Abogado del Estado, en la representación de la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género, al elevar a definitivas sus conclusiones provisionales calificó los hechos como el Ministerio Fiscal, consideró responsable en concepto de autor de los delitos calificados a Jose Miguel , apreció la concurrencia de las mismas circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal e hizo la misma petición de imposición de penas, pago de costas y abono de prisión preventiva, adhiriéndose a la petición del Ministerio Fiscal en cuanto a la responsabilidad civil.

SEXTO: La defensa del acusado Jose Miguel , al elevar a definitivas sus conclusiones provisionales, mostró disconformidad con las acusaciones, calificando los hechos como constitutivos de un delito de homicidio por imprudencia grave previsto y penado en el art. 142.1 del Código Penal . Subsidiaria y alternativamente, de un delito de homicidio previsto y penado en el art. 138.1 del Código Penal , y de un delito de quebrantamiento de condena previsto y penado en el art. 468.2 en relación con el art. 74 del Código Penal . De los expresados delitos responde el acusado en concepto de autor y apreció la concurrencia de las siguientes circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal: Circunstancia eximente o atenuante del N° 6 del art. 20 en relación con el art. 21.1° del Código Penal , de obrar impulsado por miedo insuperable; circunstancia atenuante 2a del art. 21 en relación con el N° 2 del art. 20 del Código Penal , de actuar a causa de la adicción al alcohol y drogas; circunstancia atenuante 3a del art. 21 del Código Penal de haber obrado por estímulos tan poderosos que le produjeron arrebató, obcecación o estado pasional semejante, y circunstancia atenuante 4' del art. 21 del Código Penal , de haber procedido a confesar la infracción a las autoridades antes de conocer que el procedimiento judicial se dirigía contra él. Solicitó que se le impusieran las penas siguientes: Por el delito de homicidio un año de prisión y accesorias, subsidiaria y alternativamente, por el delito de homicidio dos años y seis meses de prisión y accesorias, por el delito de quebrantamiento de condena seis meses de prisión y



accesorias. Solicitó el abono de prisión preventiva y consideró que no procede fijar ninguna cantidad como indemnización en concepto de responsabilidad civil a favor de los padres y hermano de la fallecida.

SÉPTIMO: El Jurado, compuesto por las personas que constan en el acta de constitución, emitió en fecha 6 de junio de 2018 veredicto declarando probados los hechos ya relatados en el Antecedente de Hecho Primero de esta Sentencia y declaró las culpabilidades que se reseñan en el acta que se une a la misma."

TERCERO.- La sentencia número 28/2018, de siete de diciembre, dictada en apelación por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, recurrida ante esta Sala, dictó la siguiente **Parte Dispositiva:** "ESTIMAR el motivo de impugnación número cinco y DESESTIMAR los restantes, es decir, los motivos primero, segundo, tercero, cuarto, sexto, séptimo, octavo y noveno del Recurso de Apelación interpuesto por la representación procesal del condenado Jose Miguel contra la Sentencia dictada el 12 de junio de 2018, número 274/2018 por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Oviedo en el Rollo de Sala número 39/2017'5 procedimiento especial del Jurado número 308/2016.

En consecuencia: Debemos condenar y condenamos a Jose Miguel :

A) Como autor de un *delito de homicidio* intencionado previsto y penado en el artículo 138 del Código Penal, concurriendo las circunstancias agravantes de parentesco, discriminación por razón de *género* y aprovechamiento de las circunstancias de lugar y tiempo que debilitan la defensa del ofendido o faciliten la impunidad, a la pena de dieciocho años y seis meses de prisión con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, privándole de la patria potestad respecto de su hijo Agapito e imponiéndole la medida de libertad vigilada, a determinar a la vista de la propuesta que en el momento pertinente, en fase de ejecución y al menos dos meses antes de la extinción de la pena de prisión, eleve el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, sin perjuicio de que desde la firmeza de la Sentencia se cumplan las siguientes privaciones de derechos: a) obligación de estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos. b) Comunicar inmediatamente en el plazo y por el medio que se establezca cualquier cambio de domicilio o lugar de residencia. c) Prohibición de aproximarse y comunicarse con los padres de Rita, Silvio y Julieta, así como con el hermano de aquella y su cuñada, Luis Alberto y Tarsila, y del hijo común Agapito. d) Prohibición de residir en el territorio de la provincia de Asturias, del domicilio de su hermano y cuñada.

B) Como autor de un *delito continuado de quebrantamiento* de condena sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de un año de prisión con la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

C) Como autor de un *delito leve de hurto*, concurriendo la circunstancia agravante de aprovechamiento de las circunstancias de lugar y tiempo que facilitan la impunidad, a la pena de tres meses de multa con una cuota diaria de cuatro euros.

El condenado abonará las costas procesales causadas, de este Recurso, incluso las de la acusación particular, e indemnizará a Agapito, a través de su representante legal, en la cantidad de 200.000 euros; a Silvio y Julieta en la cantidad de 60.000 euros para cada uno de ellos, y a Luis Alberto en 26.000 euros, devengando todas esas cantidades los intereses previstos en el art. 576 de la L.E.Civil. Para el cumplimiento de las penas le será de abono al condenado el tiempo que lleva privado de libertad por esta causa. Se aprueba, por sus fundamentos y con las reservas que contiene, el Decreto de Insolvencia dictado en la pieza de responsabilidad civil. Únase a esta resolución el acta del Jurado."

CUARTO.- Notificada la sentencia a las partes, el Ministerio Fiscal, y adherida a su recurso, la Abogacía del Estado, así como las representaciones del acusado, y de los acusadores particulares, prepararon sus recursos de casación por infracción de ley, de precepto constitucional y quebrantamiento de forma que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su 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 14 de marzo de 2019, la Procuradora Dña. María Isabel Campillo García y el 27 de marzo de 2019 la Procuradora Dª Sandra Osorio Alonso, interpusieron los anunciados recursos de casación articulados en los siguientes **motivos:**

Recurso del Acusado Jose Miguel :

Primero.- Por **infracción de ley**, al amparo del número 2 del art 849 LEC por haber existido error en la apreciación de la prueba.

Segundo.- Al amparo del art 849, párrafo 1º LECr, por **infracción de ley**, por indebida aplicación del art 139.1 e indebida inaplicación del art. 142.1 CP.

Tercero.- Por **infracción de ley**, por indebida aplicación del art. 22,4ª CP, agravante de género.



Cuarto.- Por **infracción de Ley**, por indebida aplicación del art. 22.2ª CP, agravante de aprovechamiento de las circunstancias de lugar y tiempo.

Quinto.- Por **infracción de Ley**, por indebida falta de aplicación del art. 21.4ª CP, atenuante de confesión.

Sexto.- Por **infracción de ley**, al amparo del art 849.1 LECR, por aplicación indebida del art. 55 CP.

Séptimo.- Por **quebrantamiento de forma**, al amparo del art. 850.1º LECr y art. 24 CE por no haberse practicado la prueba psicológica y Forense admitida.

Recurso del Ministerio Fiscal, al que se adhirió la Abogacía del Estado, en representación de la delegación del Gobierno para la Violencia de Género:

Único.- Por **infracción de ley**, al amparo del art. 849.1 LECr, por inaplicación del art. 139.1.1 CP, al no apreciarse la circunstancia de alevosía, y aplicación indebida del art. 138 CP.

Recurso de la Acusación particular

Primero.- Por **infracción de precepto constitucional**, al amparo del art. 5.4 LOPJ y 852 LECr, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, interdicción de la arbitrariedad, proceso con todas las garantías, en relación con los arts 9.3, 24.1 y 2 CE.

Segundo.- Por **infracción de precepto constitucional**, al amparo del art. 5.4 LOPJ y 852 LECr, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, interdicción de la arbitrariedad, proceso con todas las garantías, e infracción del principio de **inmediación** en relación con los arts 9.3, 24.1 y 2 CE.

Tercero.- Por **infracción de ley**, al amparo del art. 849.1 LECr, por inaplicación del art. 139.1.1 CP, al no apreciarse la circunstancia de alevosía.

SEXTO.- Instruido el Ministerio Fiscal y las representaciones de los Acusadores particulares y de la Abogacía del Estado y el acusado, de los recursos de contrario interpuestos, y apoyando el Ministerio Fiscal el motivo tercero presentado por la acusación particular; solicitando el resto su inadmisión y subsidiariamente su desestimación, la Sala admitió a trámite el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día **25 de junio de 2019** con el resultado que se refleja a continuación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso del Acusado Jose Miguel

PRIMERO.- El primero de los motivos se articula por **infracción de ley**, al amparo del número 2 del art 849 LEC por haber existido error en la apreciación de la prueba.

1. El recurrente designa a sus efectos el Informe Médico Forense de 17/7/2016, a los folios 81, 81, 936 a 938 y 1.222, al establecer que "la muerte se produjo entre las 07'00 y las 08'00 horas del 10 de julio de 2016", discrepando el recurrente de la interpretación que, de dicho Informe, efectúan tanto el Jurado como la sentencia, en base a la argumentación que efectúa en el desarrollo de su motivo.

Con relación al motivo basado en el **error facti**, éste sólo puede prosperar -como indica la STS de 26-3-2004, nº 382/2004 - cuando a través de documentos denominados "litosuficientes" o "autosuficientes", se acredita de manera indubitada la existencia de una equivocación en la valoración de la prueba siempre y cuando el supuesto error *no resulte contradicho* por otros medios probatorios "de al menos análoga consistencia, credibilidad y fiabilidad", pues dado que no existen en el proceso penal pruebas reinas o excluyentes, todas son aptas para propiciar la íntima convicción del artículo 741 del código procesal. Mediante el empleo del motivo tanto puede perseguirse la adición como la modificación o supresión de un pasaje del "factum", pero dichos documentos deben traslucir sin ningún género de dudas el error, porque han de acreditar de manera fehaciente un determinado hecho para la posteridad, sin necesidad de acudir a otras pruebas, es decir, han de tener aptitud demostrativa directa del hecho que incorporan.

Por otra parte, el error debe tener directa relación con lo que es objeto principal del juicio, aunque también hay que tener en cuenta que si sobre el punto respecto del cual se alega el error se hubieran llevado a cabo *otras pruebas*, similares o distintas, con resultado diferente, se reconoce entonces al Tribunal la facultad de llegar a una conjunta valoración que permite estimar que la verdad del hecho *no es la que aparece en el documento* o en los documentos especialmente traídos a colación, sino la que ofrece ese otro o esos otros medios probatorios.



De forma que el error relevante es incompatible con una nueva valoración de las pruebas por parte del Tribunal de Casación, lo que está vedado.

Igualmente, en este sentido, se ha mantenido que la prueba *personal* obrante en los autos, declaración de acusados y testigos e incluso los informes *periciales* en la mayor parte de los casos, por muy "documentada" que se encuentre en ellos, no alcanza el valor de verdadero "documento" a estos efectos casacionales (SSTS de 23 de diciembre de 1992 y 24 de enero de 1997 , entre muchas otras).

La contradicción ha de referirse a un extremo esencial, de verdadera trascendencia en el enjuiciamiento, de forma que, sustituido el contenido de la narración por el del documento o completada aquella con éste, el pronunciamiento alcanzado, total o parcialmente quede carente de sustento fáctico. Y además no ha de venir, a su vez, enfrentada al resultando de otros medios de prueba también disponibles por el Juzgador, que justificarían la decisión de éste, en el ejercicio de la tarea valorativa que le es propia, de atribuir, sin equivocación al menos evidente, mayor crédito a aquella prueba que al contenido del documento (SSTS de 12 de junio y 24 de septiembre de 2001).

Por la doctrina de esta Sala en los últimos años se viene considerando como prueba documental, a los efectos de este art. 849.2º LECr , a la **pericial**, para corregir apreciaciones arbitrarias hechas en la instancia cuando hay unos informes o dictámenes que no pueden dejar lugar a dudas sobre determinados extremos."

Pero, además hay que contar con la dificultad de que un informe pericial sea considerado documento a los efectos casacionales, especialmente cuando no se ha producido ninguna desviación del mismo por parte de la sala de instancia, de modo que los informes invocados ningún error evidencien.

En esta línea, de manera excepcional se ha admitido como documento a efectos casacionales el informe **pericial** (SSTS 1643/98, de 23 de diciembre ; 372/99, de 23 de febrero , 1046/2004, de 5 de octubre ; ó 1200/2005, de 27 de octubre , entre otras) como fundamentación de la pretensión de modificación del apartado fáctico de una sentencia impugnada en casación, *cuando el Tribunal haya estimado* el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de modo que altere relevantemente su sentido originario o bien cuando haya llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes, sin expresar razones que lo justifiquen.

Y, en relación con la prueba **pericial** , la STS 13-12-2010, nº 1058/2010 , también nos dice que, atendida su naturaleza y la del delito enjuiciado, podrá ser valorada sin necesidad de oír a los peritos y de reproducir íntegramente el debate procesal, cuando en el documento escrito de los informes periciales estén expuestas las razones que pueden hacer convincentes las conclusiones a las que esos informes lleguen (STC. 143/2005 de 6.6), esto es cuando el Tribunal *ad quem* valora la prueba pericial solo a través del reflejo escrito que la documenta (STC. 75/2006 de 13.3). No así cuando el perito haya prestado declaración **en el acto** del **juicio** con el fin de explicar, aclarar o ampliar su informe, dado el carácter personal que en tal caso adquiere este medio de prueba (SSTC. 10/2004 de 9.2 , 360/2006 de 18.12 , 21/2009 de 26.1).

2. En efecto, con arreglo a los anteriores parámetros jurisprudenciales el motivo no puede prosperar. En primer lugar porque la única forma posible de acreditar este tipo de errores es mediante algún documento que los ponga de manifiesto por sí mismo, sin necesidad de ningún otro medio probatorio complementario, ni de especiales razonamientos (lo que la jurisprudencia denomina literosuficiencia), y sin que, en último término, existan medios de prueba contradictorios; debiendo precisar la parte recurrente las declaraciones del mismo que se opongan a las de la resolución recurrida, cosa que en el presente caso no se ha hecho (v. art. 884.6º LECrim). Y en segundo término, porque las pruebas periciales son pruebas personales -no documentales- y la jurisprudencia sólo excepcionalmente les reconoce el valor de documentos a efectos casacionales cuando existiendo un único informe o varios plenamente coincidentes, y careciendo el Tribunal de cualquier otro medio probatorio sobre el extremo fáctico de que se trate, los haya incorporado a la sentencia de modo parcial o fragmentario, silenciando extremos jurídicamente relevantes o llegando a conclusiones divergentes de las asumidas por los peritos, sin ninguna explicación razonable; circunstancias que en el presente caso no concurren.

En el caso que nos ocupa, el magistrado Presidente del tribunal del Jurado, al final de la letra A) del FJ. Segundo explica las razones por las que estima que no estuvieron acertados los médicos forenses, en cuanto a la data de la muerte, discrepando en este punto concreto del dictamen pericial, que sólo de un *modo estimativo* realizó sus conclusiones; siendo valorado este informe en su justa medida por el tribunal del Jurado, con el conjunto de las demás pruebas practicadas, en tanto que la sentencia recurrida nada pudo decir al respecto puesto que el motivo no le fue planteado.

Por todo ello, el motivo ha de ser desestimado.



SEGUNDO.- El segundo motivo se formula, al amparo del art 849, párrafo 1º LECr , por **infracción de ley** , por indebida aplicación del art 139 .1, e indebida inaplicación del art. 142.1 CP .

1. Partiendo el recurrente de que la muerte se produjo entre las 7 y las 8 horas, rechaza que exista dolo y defiende el homicidio imprudente.

2. Ante todo, hay que decir que por lo que se refiere a la infracción de ley, ha señalado esta Sala en reiteradas ocasiones (SSTS. 8.3.2006 , 20.7.2005 , 25.2.2003 , 22.10.2002), que el motivo formulado al amparo del art. 849.1 LECr . es el camino hábil para cuestionar ante el Tribunal de casación si el Tribunal de instancia ha aplicado correctamente la Ley, es decir, si los preceptos aplicados son los procedentes o si se han dejado de aplicar otros que lo fueran igualmente, y si los aplicados han sido interpretados adecuadamente, pero siempre partiendo de los hechos que se declaran probados en la sentencia, sin añadir otros nuevos, ni prescindir de los existentes. De tal manera, que la falta de respeto a los hechos probados o la realización de alegaciones jurídicas contrarias o incongruentes con aquellos, determina la inadmisión del motivo, y correspondientemente su desestimación.

3. La pretensión del recurrente, fue desestimada por la sentencia recurrida de apelación, en su FJ.4º, donde recuerda la necesidad de respetar los hechos declarados probados, exponiendo que: "La Defensa efectuó una opción con importantes consecuencias: eligió el motivo letra b), luego no puede en este trámite plantear problemas probatorios u otros, que encajarían en otras letras del repetido artículo 846 bis c). Aquí, por decisión de la Defensa, han de respetarse los hechos probados -decisión fáctica del Jurado-, siendo únicamente de verificar el proceso del Magistrado-Presidente -decisión jurídica en la Sentencia- consistente en subsumirlos en la norma penal.

Señalaremos que la proposición desfavorable que corresponde, dentro del objeto del Veredicto, al apartado uno, hecho primero, letra A), de homicidio voluntario, *fue aprobado por unanimidad por el Jurado*, y llevado de la siguiente manera al relato de hechos probado, es la siguiente:

"A)...Una vez allí, el acusado y Rita mantuvieron una fuerte discusión fruto de la cual Jose Miguel , con evidente intención de terminar con la vida de Rita y aprovechando que la misma se había girado y le estaba dando la espalda de forma que no podía ver ni prever el ataque del acusado y, por tanto, sin poder defenderse, *la agarró por el cuello fuertemente hasta que se aseguró que la misma y no respiraba, dejando su cadáver sobre una jardinera y apoyado en una maleta gris que ella llevaba y que contenía sus pertenencias, próximo a la caseta adjudicada para el uso del Comandante Segundo Jefe de la Comandancia General de Melilla*".

Por el contrario, la Proposición favorable (de la Defensa), dentro del objeto del veredicto, de comisión por Jose Miguel de un homicidio imprudente, que corresponde, dentro del objeto del Veredicto, al apartado uno, hecho primero, letra B), *fue rechazado por el Jurado, también de forma unánime*:

"B) ...Al darse Rita la vuelta teniendo él cogida la parte izquierda de su cuello, provocó un movimiento de torsión o tornillo que hizo que consciente e involuntariamente se aumentara la presión e hiciera que Rita perdiera la consciencia momento en el que Jose Miguel , creyéndola desmayada o fingiendo para asustarle, comenzó a hablarle y darle golpes suaves en la cara para que despertara. El acusado se ausentó del lugar en torno a las 5 y 36 horas dejando a Rita *seguramente inconsciente pero aún viva dado que el fallecimiento de Rita tuvo que ocurrir entre las 7 y las 7,30 horas del día 10 de julio de 2016*".

Jurado, por consiguiente, rechaza el homicidio involuntario, previsto y penado en el artículo 142.1 del Código Penal , dados los hechos declarados probados, que corresponden con la existencia de un dolo homicida o un *animus necandi*-, al cual se refiere, de manera repetida, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo."

Consecuentemente, el motivo ha de ser desestimado.

TERCERO.- El tercero de los motivos se formula por **infracción de ley** , por indebida aplicación del art. 22,4ª CP , agravante de género.

1. Para el recurrente, la muerte fue producto de razones muy concretas que no tienen que ver con la agravante de género o por el hecho de ser mujer la víctima; y además supone la infracción del non bis in ídem, porque toma como datos hechos ya juzgados y sentenciados en Oviedo.

2. Como ya vimos con relación al motivo anterior, y hemos de tener presente en todos los motivos basados en *error iuris* . Según recuerda, entre otras muchas, la STS 122/2014, de 24 de febrero, la función esencial de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, en la que actúa específicamente como el órgano superior, o más propiamente supremo, del orden jurisdiccional penal, conforme a la función que le atribuye el art. 123 CE , es precisamente la que realiza a través del cauce de la **infracción de ley** , corrigiendo errores de subsunción y fijando criterios interpretativos uniformes con la finalidad de garantizar la unidad del ordenamiento penal, y con ello los principios de seguridad jurídica, predictibilidad de las resoluciones judiciales e igualdad de los



ciudadanos ante la ley. Por tal motivo cuando "el recurso de casación se articula por la vía del art. 849.1 LECrim ha de partir de las precisiones fácticas que haya establecido el Tribunal de instancia, por no constituir una apelación ni una revisión de la prueba. Se trata de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es plantear una discordancia jurídica con el tribunal sentenciador sobre unos hechos probados, ya inalterables".

La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el más absoluto respeto a los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la juridicidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado" (STS 799/2017 , de 11 de diciembre). Por lo tanto, el análisis de si hubo o no ensañamiento, que es la pretensión planteada por la parte recurrente, debe partir necesariamente del relato de hechos probados de la sentencia impugnada.

3. Pues bien, con referencia más estricta a nuestro caso, la **agravante de género** , nos dice la STS **565/2018, de 19 de noviembre** : "aparece regulada en el artículo 22 del Código Penal , que establece: "*Son circunstancias agravantes: 4º. Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad.*"

Esta agravante fue introducida por la LO 1/2015, de 30 de marzo, y para estudiar su fundamento es interesante analizar lo expuesto en la Exposición de Motivos de dicha Ley Orgánica, en donde se lee: "*En materia de violencia de género y doméstica, se llevan a cabo algunas modificaciones para reforzar la protección especial que actualmente dispensa el Código Penal para las víctimas de este tipo de delito. En primer lugar, se incorpora el género como motivo de discriminación en la agravante 4.ª del artículo 22 . La razón para ello es que el género, entendido de conformidad con el Convenio n.º 210 del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, aprobado en Estambul por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 7 de abril de 2011, como "los papeles, comportamientos o actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres", puede constituir un fundamento de acciones discriminatorias diferente del que abarca la referencia al sexo.*"

Por otra parte, el Convenio de Estambul de 11 de mayo de 2011, ratificado por España el 18 de marzo de 2014, en su art. 3 apartado d) Por "violencia contra la mujer por razones de género", "se entenderá toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada".

Con ello, el Convenio se pronuncia sobre esta cuestión exigiendo el establecimiento de una agravación. Y este Convenio fue ratificado en España (BOE 6 de junio de 2014) en virtud del Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011.

Es evidente que el fundamento de las agravaciones recogidas en este apartado 4º reside en el mayor reproche penal que supone que el autor cometa los hechos motivado por *sentirse superior* a uno de los colectivos que en el mismo se citan y como medio para demostrar además a la víctima que la considera inferior. Se lleva a cabo una situación de *subyugación* del sujeto activo sobre el pasivo, pero sin concretarse de forma exclusiva el ámbito de aplicación de la agravante sólo a las relaciones de pareja o ex pareja, sino en cualquier ataque a la mujer con efectos de dominación, por el hecho de ser mujer. Esta es la verdadera significación de la agravante de género.

Recordemos que el Convenio de Estambul, que es el germen de la introducción de esta agravante, señala en su art. 2º que "El presente Convenio se aplicará a todas las formas de violencia contra las mujeres, incluida la violencia doméstica, que afecta a las mujeres de manera desproporcionada." En suma, y como dice la doctrina más autorizada, la agravante de género *debe aplicarse* en todos aquellos casos en que haya quedado acreditado que el autor ha cometido los hechos contra la víctima mujer por el mero hecho de serlo y con *intención de dejar patente su sentimiento de superioridad* frente a la misma; es decir, en aquellos casos en que se cometió el hecho por esa motivación, que atenta contra el principio constitucional de *igualdad* . Por el contrario, la circunstancia mixta de parentesco del artículo 23 del Código Penal responde a parámetros objetivos relacionados directa o indirectamente con la convivencia."

También esta Sala ha dicho (Cfr. STS 217/19 ; y STC 59/2008, de 14 de mayo) que la principal característica de la violencia de género es que se trata de violencia ejercida por hombres hacia las mujeres ante situaciones de desigualdad o subordinación femenina. En el fondo la agresión supone un mensaje de dominación intrínseca que no se expone externamente con palabras, pero sí con el gesto psicológico que lleva consigo el golpe, o el maltrato como aviso a la víctima de las consecuencias de su negativa a aceptar el rol de esa dominación.



4. Como en el caso anterior, y en todos los motivos por error de derecho, hay que respetar los hechos declarados probados. Y al respecto la sentencia de apelación recurrida, en su FJ. Sexto nos dice que: "El Tribunal del Jurado, por unanimidad, aprobó la siguiente proposición, llevada a los hechos probados:

"B) Jose Miguel causó la muerte de Rita por el hecho de ser mujer y culminando un acto de dominio y superioridad minusvalorando que su libertad de decidir poner fin a su relación y tras controlar su vida y procurar que no se comunicara con su entorno familiar y social".

En el hecho segundo del apartado uno, letra A), por unanimidad del Jurado, se aprobó lo siguiente:

" Jose Miguel causó la muerte de Rita por el hecho de ser mujer y culminando un acto de dominio y superioridad minusvalorando su libertad de decidir poner fin a su relación y tras controlar su vida y procurar que no se comunicara con su entorno familiar y social".

El Magistrado-Presidente, en la Sentencia (Fundamento de Derecho Tercero), efectúa unas consideraciones ampliatorias sobre esta agravante de género, prevista en el número 4 del artículo 22 del Código Penal , que dispone: "Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca , su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad".

En dicha Sentencia, después de explicar el origen de la agravante y de transcribir lo que se dice en la Exposición de Motivos de la L.O. 1/2015 , fundamentada en la mayor culpabilidad del autor, se indican los antecedentes penales del condenado por violencia física y psíquica contra Rita , y se resumen las plurales declaraciones testificales contra Jose Miguel , resultando que éste ejercía sobre Rita un control y dominio, teniendo un patrón de conducta de violencia machista."

5. En cuanto a la alegación de conculcamiento del principio *non bis in ídem* , la sentencia recurrida, aceptando la argumentación de la Abogacía del Estado, la rechaza igualmente, señalando que: " Rita era víctima de este tipo de violencia, sin que esa manifestación suponga vulneración alguna del principio *non bis in ídem* como pretende el recurrente, pues se trata de hechos probados y por los que el acusado había sido condenado, expulsado de nuestro país y tenía una prohibición de comunicación con la víctima".

Y concluye que: "En suma, y como dice la doctrina más autorizada, la agravante de, genero debe aplicarse en todos aquellos casos en que haya quedado-acreditado que el autor ha cometido los hechos contra la víctima mujer por el mero hecho de serlo y con intención de patente su sentimiento de superioridad frente a la misma es decir, en aquellos casos en que se cometió el hecho por esa motivación, que atenta contra el principio constitucional de igualdad."

Por todo ello, el motivo ha de ser desestimado.

CUARTO.- El cuarto motivo, se basa en **infracción de Ley** , por indebida aplicación del art. 22.2ª CP , agravante de aprovechamiento de las circunstancias de lugar y tiempo.

1. Dice el recurrente que no hay prueba objetiva alguna de que el acusado eligiera intencionadamente ni el lugar ni el tiempo de la acción, ni mucho menos que lo hiciera para debilitar la defensa de la ofendida o facilitar su impunidad.

2. Tampoco aquí se puede perder de vista los hechos probados. Expone la sentencia de apelación en su FJ. Séptimo, los motivos que llevan a desestimar el recurso, y que son plenamente aceptables. Así dice el tribunal de apelación que: "El Jurado, una vez más de manera unánime, aprobó la siguiente proposición, siendo llevada a los hechos probados:

"Al ejecutar la muerte de Rita , Jose Miguel se favoreció de que era de noche y en la zona adonde eligió ir con ella y su hijo menor había escasa iluminación, con ausencia de personas en ese momento y lugar y sin que hubiese locales de ocio próximos abiertos al público, sin asfaltar, ni aceras y aparcamiento exclusivo para militares usuarios de las casetas".

El Magistrado-Presidente, en la Sentencia (Fundamento de Derecho Tercero) efectúa unas consideraciones ampliatorias sobre esta circunstancia agravante, de aprovechamiento de las circunstancias de lugar y tiempo, prevista en el número 2 del artículo 22 del Código Penal , que dispone:

"Ejecutar el hecho ... aprovechando las circunstancias de lugar, tiempo, o auxilio de otras personas que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente".

Como ha señalado la doctrina, las antiguas agravantes, de nocturnidad, despoblado y cuadrilla se refunden ahora bajo la denominación de aprovechamiento de las circunstancias de tiempo, lugar y auxilio de otras personas para debilitar la defensa del ofendido o para facilitar la impunidad del delincuente.



En la actual formulación se requiere que, por un lado, se debilite efectivamente la defensa del ofendido o se facilite la impunidad del delincuente y, por otro lado, que se aprovechen en cuanto tales por el sujeto."

3. Y concluye el TSJ diciendo que: "En los hechos probados se determina así el lugar de los hechos (Casetas Militares): "Sin asfaltar, ni aceras, con aparcamiento de uso exclusivo para militares usuarios de las casetas, sin ningún local de ocio abierto a una distancia inferior a dos kilómetros y con luz tenue". Mas adelante añade: "De escasa iluminación, con ausencia de personas en ese momento y lugar, y sin que hubiese locales de ocio próximos abiertos al público...". En la Sentencia se hace referencia al Informe de la Guardia Civil, a los folios 1630 a 1633, sobre las características del lugar y despoblado en el que se ejecutaron los hechos criminales, que fue resaltado por el Ministerio Fiscal en la Apelación."

No puede afirmarse, como en realidad efectúa el recurrente en el desarrollo del presente Motivo de recurso, que se haya infringido el derecho a la presunción de inocencia en lo que concierne a los elementos objetivos de la circunstancia. Y de ellos se colige, sin irracionalidad o arbitrariedad, que el acusándose aprovechó conscientemente de las circunstancias de lugar y tiempo en orden al desamparo ambiental de la víctima y a conseguir la impunidad.

Señala la sentencia del TSJ que "los problemas que pudiera plantear esta agravante concurriendo con la específica de alevosía, no procede tratarlos al haber sido desestimada ésta" en cuanto causante de una violación del non bis in ídem. Relacionando tal cuestión con el recurso formulado por el Ministerio Fiscal, hay que precisar que no es así en el presente caso. El aprovechamiento de lo sorpresivo del ataque evitando la posibilidad de defensa constituyó la raíz fundamentadora de la alevosía; mientras que el aprovechamiento del aislamiento del escenario facilitaba el desamparo de la víctima respecto a las posibilidades de defensa por terceros que vieran lo que el acusado llevaba a cabo, y consiguientemente favorecía la impunidad inmediata, aparte de una impunidad para el futuro.

Dicha compatibilidad se ha estimado per esta Sala en Sentencias como la 690/2009, de 25 de junio para la que : " En nuestra Jurisprudencia hemos considerado esta agravante, configurada en el ordinal 2º del artículo 22 como, la refundición en una de las diversas que se recogían en el Código Penal de 1973 y cuyo fundamento estriba en la mayor culpabilidad que predicán del autor que procura con esas circunstancias facilitar su impunidad y debilitar la defensa de la víctima. (Sentencia nº 252/2007 de 8 de marzo).

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

En el caso que nos ocupa, el aprovechamiento de lo sorpresivo del ataque evitando la posibilidad de defensa constituyó la raíz fundamentadora de la alevosía. Mientras que el aprovechamiento del aislamiento del escenario facilitaba el desamparo de la víctima respecto a las posibilidades de defensa por terceros que vieran lo que el acusado llevaba a cabo, y consiguientemente favorecía la impunidad inmediata, además de una impunidad para el futuro.

En consecuencia, el motivo ha de ser desestimado.

QUINTO.- El quinto motivo se ampara en **infracción de Ley** , por indebida falta de aplicación del art. 21.4ª CP , atenuante de confesión.

1. El recurrente propugna la apreciación de la atenuante, basándose en que procedió a confesar a las autoridades la infracción, presentándose en la Comisaría de Policía, antes de conocer que el procedimiento se dirigía contra él mismo y aun cuando no existía ningún atestado, ni menos procedimiento, existiendo sólo información de haber aparecido el cadáver de una mujer.

2. Recoge la sentencia recurrida, en su FJ. Octavo, apartado 5º -fº 65 a 67-, que el Jurado por unanimidad, se manifestó en contra del hecho favorable 2.J del Hecho 2), según consta en el Acta de Votación. El Magistrado



Presidente rechazó la apreciación de tal atenuante, y la sentencia de apelación, por tales motivos, descarto la apreciación de la misma.

La reiterada Jurisprudencia de esta Sala viene afirmado que la vía casacional del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal requiere de modo indispensable, para poder ser examinado de fondo, que la tesis que en el motivo se sostenga respete de modo absoluto en toda su integridad, orden y significación los hechos que se declaren probados.

Y es que, en efecto, el Jurado de manera unánime, en la letra J), del apartado uno, hecho segundo, *rechaza* la siguiente Proposición favorable, que dice:

"Después de dar unas vueltas para dominarse y sin imaginarse que Rita pudiera no estar viva y caminando por algún lugar, entró en la Comisaría con del niño, que había permanecido dormido durante la secuencia de los hechos, a contar lo sucedido, y hasta el punto de que en tal momento la Policía, no teniendo noticia de lo acontecido, le mandó volver al día siguiente, lunes, y fue así, tras varias llamadas y comprobaciones, como tuvieron constancia del fallecimiento, tanto Jose Miguel como los funcionarios de policía".

Y el magistrado Presidente del Tribunal del Jurado rechazó la aplicación de la atenuante, estimando que no se produjo confesión alguna, con remisión al testimonio de los funcionarios de Policía, números NUM002 y NUM003, concluyendo que no hubo fundamento para la atenuante, pues la Policía ya conocía el fallecimiento de Rita e indagaba su autoría; ésta no fue asumida espontánea y voluntariamente por el acusado y el esclarecimiento de los hechos fue tributario de la importante instrucción desenvuelta."

Por ello, el motivo ha de ser desestimado.

SEXTO.- El sexto motivo se fundamenta en **infracción de ley**, al amparo del art 849.1 LECR, por aplicación indebida del art. 55 CP.

1. Entiende el recurrente que no procede la privación de la patria potestad porque ese derecho no tuvo relación directa con el delito cometido, siendo suficiente la inhabilitación especial para su ejercicio.

2. La sentencia de apelación desestima tal pretensión en su FJ. Noveno -fº 67 a 70- manifestando su conformidad con la argumentación del FJ. Quinto de la Sentencia del Tribunal del Jurado, al decir que: "B. La pena de privación de la patria potestad pedida por las acusaciones, también es adecuada para la tutela de los derechos del hijo menor involucrado en el grave suceso enjuiciado, y no sólo porque estaba con sus padres cuando el paterno asesinó a su madre, sino porque antes, aquél había hecho cita del menor como posible destinatario de sus actos violentos si no se atendían sus pretensiones".

3. De modo que concluye: "La imposición de esta pena, tratándose de una pena principal de prisión impuesta, superior a diez años, es a) de imposición potestativa y b) requiere de una específica motivación.

El Magistrado-Presidente la ha impuesto en su Sentencia Y la motiva adecuadamente, estableciendo una vinculación relación directa- entre el delito y la privación del derecho a la patria potestad: "El delito ejecutado se contextualiza en una violencia de género a la que no era ajena la referencia al' menor como instrumento de presión o intimidación del que sin recato se servía el acusado, y por tanto la pena que nos ocupa, prevista en el artículo 55 del Código Penal ...".

El Ministerio Fiscal concluyó su intervención en la Apelación, precisamente, destacando la íntima relación entre la pena de privación de la patria potestad y los hechos; más aún, el crimen se comete -tal como concluyeron los Jurados populares- para evitar que la madre lleve al hijo común a Ecuador, privando, por el crimen cometido, de forma definitiva al niño de su madre."

En consecuencia, tanto el tribunal de instancia, como el de apelación consideran aplicables al presente supuesto las razones que se acaban de exponer, al ser la protección del bien superior del menor la finalidad que debe prevalecer para determinar la aplicación de esta inhabilitación especial. En este caso existe un ataque frontal contra la integridad moral del menor y el equilibrado y armónico desarrollo de su personalidad, que hace impensable que se mantenga la patria potestad del padre condenado por haber conseguido matar a la madre.

Por consiguiente, sí se expresan razones de peso en la sentencia recurrida. Sin que, además, se ajuste a la realidad del caso el argumento reiterado del recurrente de que los hechos no tuvieron nada que ver con el menor, toda vez que las fricciones entre la denunciante y el denunciado obedecieron en gran medida a las comunicaciones que pretendía mantener con él y por la forma en que se desarrolló la acción.

Por todo ello, el motivo ha de ser desestimado.

SÉPTIMO.- Por **quebrantamiento de forma**, al amparo del art. 850.1º LECr y art. 24 CE por no haberse practicado la prueba Psicológica y Forense admitida.



1. Señala el recurrente que en su escrito de defensa, presentado en dos de agosto de 2017, propuso la prueba en relación con su adicción al consumo abusivo de alcohol, cocaína y otros opiáceos, sobre su situación médica y psicosocial y sobre su estado mental y sistemas naturales de control. Prueba que fue admitida en el auto de hechos justificable de 5 de marzo de 2018, y sin embargo no fue practicada en los términos propuestos y admitidos.

2. Esta Sala ha recordado reiteradamente (SSTS. 64/2004 de 11.2, 788/2012 de 24.10, 157/2012 de 7.3, 629/2011 de 23.6, 111/2010 de 24.2), la relevancia que adquiere el **derecho a la prueba** contemplado desde la perspectiva de las garantías fundamentales y del derecho a un juicio justo "con proscripción de la indefensión". Así la Constitución entre los derechos que consagra el art. 24 sitúa el derecho a usar los medios de prueba que estimen pertinentes para su defensa, pero también ha señalado que el derecho a la prueba no es absoluto, ni se configura como un derecho ilimitado o incondicionado a que se admitan todas las pruebas propuestas por las partes o a que se practiquen todas las admitidas con independencia de su pertinencia, necesidad y posibilidad. Por ello el reconocimiento de la relevancia constitucional del derecho a la prueba no desapodera al Tribunal competente de su facultad para valorar en cuanto a la admisión la pertinencia de las pruebas propuestas "rechazando las demás" art. 659 y 785,1 de la LECr.

El Tribunal Constitucional ha venido configurando este Derecho Fundamental en múltiples resoluciones y las conclusiones que se extraen en dichos pronunciamientos podemos resumirlos en:

a) La conculcación del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes, situado en el marco de su derecho fundamental más genérico como es el derecho de defensa, solo adquiere relevancia constitucional cuando produce real y efectiva indefensión.

La STC. 198/97 dice: "el rechazo irregular de la prueba por el Órgano jurisdiccional no determina necesariamente la vulneración del derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa y así, tal y como ha declarado la jurisprudencia constitucional, la relación de instrumentalidad existente entre el derecho a la prueba y la prohibición de indefensión hace que la constatación de una irregularidad procesal en materia probatoria no sea por sí sola suficiente para que la pretensión de amparo adquiera relevancia constitucional, pues para que así sea el defecto procesal ha de tener una indefensión material concreta, por lo que si ésta no se ha producido, tampoco cabe apreciar la existencia de indefensión desde la perspectiva constitucional".

b) El juicio de pertinencia, límite legal al ejercicio del derecho, resulta de la exclusiva competencia de los Tribunales ordinarios, los cuales vienen obligados a explicitar y motivar las resoluciones en que rechacen las pruebas propuestas.

La STC. 25/97 precisa: "el art. 24.2 CE . permite que un Órgano judicial inadmita un medio probatorio propuesto sin que ello lesione el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que no obliga, por consiguiente, al Juez a admitir todos los medios probatorios que la parte estime pertinentes, sino únicamente aquellos que el Juzgador valore libre y razonablemente como tales, pero resulta inaceptable, con toda evidencia, la posibilidad de que el Juez, sin motivación, rechace las pruebas interesadas.

c) Solo corresponderá al Tribunal Constitucional la revisión sobre la declaración de pertinencia de las pruebas, cuando esta resulte absurda, incongruente o cuando en él se haya rechazado una diligencia no solo pertinente sino con trascendencia para modificar el sentido de la decisión final.

La STC. 178/98 recoge "quien en la vía de amparo invoque la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes deberá, además, argumentar de modo convincente que la resolución final del proceso a quo podría haberle sido favorable de haberse aceptado y practicado la prueba objeto de la controversia, ya que sólo en tal caso podrá apreciarse el menoscabo efectivo del derecho de quienes por este motivo buscan amparo".

En igual dirección la STC. 232/98 nos dice: "En efecto, como ha resaltado el Tribunal Constitucional la garantía constitucional contenida en el precepto únicamente cubre aquellos supuestos en que la prueba es decisiva en términos de defensa. De no constatarse esta circunstancia resultaría ya evidente ab initio, sin necesidad de ulterior análisis, que no ha existido la lesión denunciada. Esto exige que el recurrente haya alegado y fundamentado adecuadamente dicha indefensión material en el sentido de que la resolución final del proceso podría haberle sido favorable de haberse aceptado y practicado la prueba objeto de controversia".

Ahora bien, como ya hemos adelantado a los efectos del derecho constitucional a la utilización de medios de prueba propuestos, no está el Juez obligado a admitir todos los medios de prueba que cada parte estima pertinentes a su defensa "sino los que el Juzgador valore libre y razonablemente como tales. Dos elementos han de ser valorados a este respecto: la pertinencia y relevancia de la prueba propuesta. Pertinencia es la relación entre las pruebas propuestas con lo que es objeto del juicio y constituye: "tema adiuvandi", juicio de oportunidad o adecuación. No obstante tal condición de hallarse relacionada o entrelazada con



el proceso no supone que deba ser admitida inexcusablemente. Los derechos a la tutela judicial efectiva, a un proceso sin dilaciones indebidas y los principios de economía procesal, pueden mover al órgano jurisdiccional o inadmitir diligencias de prueba que ostenten la cualidad de pertinentes por diferentes razones fundamentalmente por considerarlas superfluas, redundantes o desproporcionadas en relación a la infracción objeto de enjuiciamiento.

Y en cuanto a la *relevancia* del medio probatorio ha de distinguirse entre la relevancia formal y la material -que es la verdaderamente trascendente- y que debe apreciarse cuando la no realización de tal prueba, por su relación con los hechos a los que se anuda la condena o la absolución u otra consecuencia penal relevante, pudo alterar la sentencia en favor del proponente, pero no cuando dicha omisión no haya influido en el contenido de esta.

Por último debe exigirse que la prueba sea además necesaria, es decir tenga utilidad para los intereses de defensa de quien la propone (SSTS. 9.2.95 , 16.12.96) de modo que su omisión le cause indefensión (SSTS. 8.11.92 y 15.11.94) a diferencia de la pertinencia que se mueve en el ámbito de la admisibilidad como facultad del Tribunal para determinar inicialmente la prueba que genéricamente es pertinente por admisible (STS 17.1.91), la "necesidad" de su ejecución se desenvuelve en el terreno de la práctica, de manera que medios probatorios inicialmente considerados como pertinentes, pueden lícitamente no realizarse por muy diversas circunstancias (STS. 21.3.95), que eliminen de manera sobrevenida su condición de indispensable y forzosa, como cualidades distintas de la oportunidad y adecuación propias de la idea de pertinencia.

La sentencia de esta Sala de 6.6.02 , recuerda la doctrina jurisprudencial sobre prueba pertinente y prueba necesaria. Nos dice la s. 24.10.2000 que "ya por reiterada doctrina del TEDH . -casos Brimvit, Kotousji, Windisck, y Delta- se reconoce que *no es un derecho absoluto e incondicionado*. El Tribunal Constitucional tiene declarado que no se produce vulneración del derecho fundamental a la prueba, cuando esta es rechazada, aun siendo pertinente, porque su contenido carece de capacidad para alterar el resultado de la resolución final, y en este sentido se articula la diferencia entre prueba pertinente y prueba necesaria, estimando que sólo la prueba necesaria es decir, aquella que tiene aptitud de variar el resultado, que sea indebidamente denegada puede dar lugar a una indefensión con relevancia constitucional (SSTC.149/87 , 155/88 , 290/93 , 187/96).

En tercer lugar la estimación de un motivo por vulneración de un precepto constitucional no supone necesariamente la anulación de la sentencia y el dictado de una nueva absolutoria, sino que la reparación en los casos en que la vulneración sea asimilable al quebrantamiento de forma -como sería en el caso presente en el art. 850.1 por denegación de alguna diligencia de prueba que propuesta en tiempo y forma por las partes, se considere pertinente, lo procedente será su anulación y reenvío al tribunal de instancia de la causa para que reponiéndola al estado que tenía cuando se cometió la falta, esto es practicando la prueba indebidamente denegada, la sustancia y termine con arreglo a derecho.

En este marco y a través de una jurisprudencia reiterada, STS 46/2012, de 1-2 , 746/2010, de 27-7 y 804/2008, de 2-12 ; se ha ido perfilando un cuerpo doctrinal enunciativo de los requisitos necesarios para la estimación del motivo casacional previsto en el art. 850.1 LECr . :

a) Las diligencias probatorias han de haber sido solicitadas en tiempo y forma, en los términos exigidos por el art. 656 LECr ., respecto al procedimiento ordinario y por el art. 784 al procedimiento abreviado.

b) Que el órgano judicial haya denegado la diligencia de prueba no obstante merecer la calificación de "pertinente". Pertinencia es la relación entre las pruebas propuestas con lo que es objeto del juicio y constituye "thema decidendi". Además ha de ser "relevante", lo que debe aplicarse cuando la realización de la prueba, por la relación a los hechos a los que se acuerda la condena o la absolución u otra consecuencia penal, pudo alterar la sentencia en favor del proponente, pero no cuando dicha omisión no haya inferido en el contenido de ésta.

c) Que la prueba sea además, *necesaria* , es decir tenga utilidad para los intereses de defensa de quien le propone, de modo que su omisión le causa indefensión.

d) A diferencia de la pertinencia que se mueve en el ámbito de la admisibilidad como facultad del tribunal, la necesidad de su ejecución se desenvuelve en el terreno de la práctica, de manera que medios probatorios inicialmente admitidos como pertinentes pueden lícitamente no realizarse, por muy diversas circunstancias que eliminen de manera sobrevenida su condición de indispensable y forzosa, como cualidades distintas de la oportunidad y adecuación propias de la idea de pertinencia.

e) que sea " *posible*" la práctica de la prueba propuesta, en el sentido de que el tribunal debe agotar razonablemente las probabilidades de su realización sin incidir en la violación del derecho constitucional a un juicio sin dilaciones indebidas.

f) Ante la denegación de prueba es preciso la protesta, que tiene por finalidad plantear ante el tribunal que acordó la denegación de la prueba, o, en su caso, quien denegó la suspensión por la incomparecencia del



testigo, la proporcionalidad de la decisión adoptada teniendo en cuenta nuevamente, los intereses en conflicto desde la protesta de la parte que la propuso manifestando así su no acatamiento a la decisión adoptada al tiempo que proporciona criterios que permitan el replanteamiento de la decisión.

3. En definitiva, este motivo de casación no trata de resolver denegaciones formales de prueba, sino que es preciso que tal denegación haya producido *indefensión*, de manera que el motivo exige "demostrar", de un lado, la relación existente entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar por las pruebas inadmitidas, y de otro lado, debe argumentar convincentemente que la resolución final del proceso a "quo" podría haberse sido favorable de haberse aceptado la prueba objeto de controversia. (SSTS. 104/2002 de 29.1 , 181/2007 de 7.3 , y 421/2007 de 24.5)

En cuanto a la alegación de **indefensión**, al respecto esta Sala ha dicho (Cfr SST 245/2012, de 27-3; nº 485/2012, de 13-6; 27-9-2011, nº 964/2011, que la tutela judicial exige que la totalidad de las fases del proceso se desarrollen sin mengua del derecho de defensa, y así la indefensión, para cuya prevención se configuran los demás derechos instrumentales contenidos en el párrafo 2 del art. 24 CE , se concibe con la negación de la expresada garantía SSTC 26/93 de 25.1 y 316/94 de 28.11).

Así, resulta conveniente analizar los rasgos de este concepto que la LOPJ convierte en eje nuclear de su normativa. La noción de *indefensión*, junto con la de finalidad de los actos procesales que se menciona también en el art. 240.1, se convierte en elemento decisivo y trascendental, que cobra singular relieve por su naturaleza y alcance constitucional. Es indudable que el concepto de *indefensión* comprendido en los arts. 238.3 y 240 LOPJ ha de integrarse con el mandato del art. 24.1 CE . sobre la obligación de proporcionar la tutela judicial efectiva sin que en ningún caso pueda producirse indefensión, aunque ello no signifique en la doctrina constitucional que sean conceptos idénticos o coincidentes.

Se ha expuesto, como primero de los rasgos distintivos, la necesidad de que se trate de una efectiva y real privación del *derecho de defensa*; es obvio que no basta con la realidad de una infracción procesal para apreciar una situación de *indefensión*, ni es bastante tampoco con invocarla para que se dé la necesidad de reconocer su existencia: no existe *indefensión* con relevancia constitucional, ni tampoco con relevancia procesal, cuando aun concurriendo alguna irregularidad, no se llega a producir efectivo y real menoscabo del derecho de defensa con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses de la parte afectada, bien porque no existe relación sobre los hechos que se quieran probar y las pruebas rechazadas, o bien, porque resulte acreditado que el interesado, pese al rechazo, pudo proceder a la defensa de sus derechos e intereses legítimos. La *indefensión* consiste en un impedimento del derecho a alegar y demostrar en el proceso los propios derechos y, en su manifestación más trascendente, es la situación de que el órgano judicial *impide* a una parte en el proceso el ejercicio del derecho de defensa, *privándola* de su potestad de alegar y justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos o para replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del indispensable principio de contradicción (SSTC 106/83 , 48/84 , 48/86 , 149/87 , 35/89 , 163/90 , 8/91 , 33/92 , 63/93 , 270/94 , 15/95).

No basta , por tanto, con la realidad y presencia de un defecto procesal si no implica una limitación o menoscabo del derecho de defensa en relación con algún interés de quien lo invoca, sin que le sean equiparables las meras situaciones de expectativa del peligro o riesgo (SSTC 90/88 , 181/94 y 316/94).

En definitiva, no son, por lo general, coincidentes de manera absoluta las vulneraciones de normas procesales y la producción de indefensión con relevancia constitucional en cuanto incidente en la vulneración del derecho fundamental a un proceso justo que establece el art. 24 CE . Así la STS 31.5.94 , recuerda que el Tribunal Constitucional tiene declarado, de un lado, que no toda vulneración o infracción de normas procesales produce "*indefensión*" en sentido constitucional, pues ésta solo se produce cuando se priva al justiciable de alguno de los instrumentos que el ordenamiento pone a su alcance para la defensa de sus derechos con el consiguiente perjuicio (SSTC 145/90 , 106/93 , 366/93), y de otra, que para que pueda estimarse una indefensión con relevancia constitucional que sitúe al interesado al margen de alegar y defender en el proceso sus derechos, no basta con una vulneración puramente formal sino que es necesario que con esa infracción formal se produzca ese efecto material de indefensión, un menoscabo real y efectivo del derecho de defensa (SSTC 153/88 , 290/93).

Por ello la exigencia de que la privación del derecho sea real impone e implica una *carga para la parte que la alega*, consistente en la necesidad de proporcionar un razonamiento adecuado sobre tal extremo, argumentando como se habría alterado el resultado del proceso de haberse evitado la infracción denunciada.

4. Pues bien, en nuestro caso, la sentencia de apelación en su FJ. Primero -fº 12 a 21-, tras un pormenorizado análisis de los escritos de calificación provisional y las alegaciones efectuadas en el Acto del Juicio, de las apreciaciones efectuadas en la sentencia de instancia señalando que "teniendo en cuenta la intervención ampliatoria (sujeta al principio de contradicción en la Vista Oral) del Médico Forense, D. Jaime , en



el Juicio Oral, consideramos perfectamente válida y ajustada a Derecho la práctica de la prueba pericial solicitada por el Letrado de la Defensa en su escrito fechado el 2 de agosto de 2017", concluye que, con todo ello, "no se ha producido indefensión alguna" por cuanto "A la vista de todo lo cual se descarta la adicción a sustancias del condenado, así como que el condenado sea susceptible de incurrir en reacciones incontroladas en cortocircuito, descartándose la infracción alguna en las reglas de la prueba que pudiera suponer quebrantamiento de normas y garantías procesales".

5. Ciertamente, como vimos más arriba en la jurisprudencia reseñada, para resolver en casación sobre una denegación de prueba no basta con valorar su pertinencia. Ha de afirmarse su indispensabilidad. La superfluidad de la prueba, constatable a posteriori convierte en improcedente por mor del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas una anulación de la sentencia por causas que materialmente no van a influir en su parte dispositiva.

La prueba interesada aparece ahora irrelevante para la decisión de los hechos que fueron sometidos a la consideración del Tribunal y totalmente innecesaria por carecer realmente de utilidad para los intereses del recurrente.

En definitiva, ninguna de las pruebas solicitadas era novedosa y suficiente para alterar el curso del debate. Igualmente, el Tribunal actuó de forma ponderada al rechazar las pruebas y no se vulneró ninguna garantía procesal de relevancia constitucional y ni siquiera de legalidad ordinaria.

Por tanto, no puede aceptarse la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, o que la denegación de la prueba haya generado indefensión.

En consecuencia, el motivo ha de ser desestimado.

Recurso del Ministerio Fiscal, al que se adhirió la Abogacía del Estado, en representación de la delegación del Gobierno para la Violencia de Género:

OCTAVO.- El único motivo se articula p **or infracción de ley**, al amparo del art. 849.1 LECr , por inaplicación del art. 139.1.1 CP , al no apreciarse la circunstancia de alevosía, y aplicación indebida del art. 138 CP .

1. Se alega que la sentencia de apelación asume íntegramente el relato de hechos probados de la sentencia de instancia, conforme a los cuales " Jose Miguel con evidente intención de terminar con la vida de Rita y aprovechando que la misma se había girado y le estaba dando la espalda de forma que no podía ver ni prever el ataque del acusado y, por lo tanto, sin poder defenderse, la agarró por el cuello fuertemente hasta que se aseguró que la misma ya no respiraba..."por lo que debió haberse estimado en la segunda instancia la agravante que cualifica el homicidio, convirtiéndolo en **asesinato**, tal como hizo la sentencia del Tribunal del Jurado.

2. A este respecto, señala la sentencia de apelación en su FJ.Quinto, que: "sí se puede y esto lo hacemos, declarar que no ha resultado probado por el Jurado que ella, con posterioridad a la riña, *no pudo ver ni prever el ataque del acusado y, por lo tanto, sin poder defenderse*, teniendo en cuenta las posiciones de ella *dando la espalda*, hecho este último muy importante, que fue calificado de no probable por los médicos forenses, que estimaron, por el contrario, más probable estar de frente o de lado. No se ha probado que el sujeto pasivo no haya podido oponer una resistencia mínimamente eficaz y no ha resultado acreditado que el ataque de Aldelwahid a Rita haya sido súbito, sorpresivo y repentino, dejando a la víctima indefensa y asegurando su muerte, previa una *fuerte discusión*".

El respeto al hecho probado es una exigencia básica de este motivo de impugnación.

Así lo expresa -como bien sabemos, por haberlo visto con relación a otros motivos- la STS 121/2008, de 26 de febrero , "En el caso presente hemos de partir de que cuando se articula por la vía del art 849.1 LECrim . el recurso de casación ha de partir de las precisiones fácticas que haya establecido el Tribunal de instancia. El no constituir una apelación ni una revisión de la prueba, se trata de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es el enfoque jurídico que, a unos hechos dados, ya inalterables, se pretende aplicar, en discordancia con el Tribunal sentenciador. La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el más absoluto respeto a los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la juridicidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado.

En definitiva, no puede darse una versión de los hechos en abierta discordancia e incongruencia con lo afirmado en los mismos, olvidando que los motivos acogidos al art. 849.1 LECrim . ha de respetar fiel e inexcusablemente los hechos que como probados se consignan en la sentencia recurrida".



3. Pues bien, siendo así, el Jurado declaró probado el Hecho 1 (Desfavorable) conforme al cual el acusado "aprovechando que la misma (víctima) se había girado y le estaba dando la espalda de forma que no podía ver ni prever el ataque del acusado y, por lo tanto, sin poder defenderse..."

El *factum* relata la forma en que se produjo el ataque. La víctima, no pudo defenderse. A tal conclusión se llega, por otra parte, del examen de las pruebas practicadas tal y como se motiva en el veredicto haciendo constar que "ella en ningún momento tuvo posibilidad de defensa ya que él aprovechó su superioridad física para estrangularla hasta la muerte", y en la sentencia del Tribunal del Jurado redactada por el Magistrado Presidente.

Por su parte, la sentencia de apelación, analiza la alevosía y sus requisitos según la jurisprudencia, la motivación del Jurado sobre el ataque sorpresivo y sin posibilidad de defensa y la argumentación de la Sentencia sobre la apreciación de alevosía, examina los elementos de prueba que tuvo en cuenta el Jurado. No obstante, en "aplicación al caso", al examinar ya la subsunción del relato de hechos en el art. 139.1. la, es decir, la existencia de la alevosía, entiende que "no ha resultado probado por el Jurado que ella... no pudo ver ni prever el ataque del acusado y, por tanto, sin poder defenderse".

En el caso, como ya hemos visto, consta en el relato de Hechos Probados que el acusado aprovecha el momento en que su víctima, con quien "mantuvo una relación de pareja durante aproximadamente un año y medio con convivencia en el domicilio...", habiendo nacido fruto de esa relación un hijo el día NUM001 de 2015...", esta desprevenida pues "se había girado y le estaba dando la espalda de forma que no podía ver ni prever el ataque del acusado".

4. En cuanto a la alevosía, esta Sala ha dicho en SSTs 703/2013, de 8 de octubre; 838/2014, de 12 de diciembre; 114/2015, de 12 de marzo; 719/2016, de 27 de septiembre; 167/2017, de 14 de marzo; 240/2017, de 5 de abril; 299/2018, de 19 de junio, que el Tribunal Supremo viene aplicándola a todos aquellos supuestos en los que por el modo de practicarse la agresión quede de manifiesto la intención del agresor de cometer el delito eliminando el riesgo que pudiera proceder de la defensa que pudiera hacer el agredido, es decir la esencia de la alevosía como circunstancia constitutiva del delito de **asesinato**, (art. 139.1) o como agravante ordinaria en otros delitos contra las personas (art. 22.1), radica en la inexistencia de probabilidades de defensa por parte de la persona atacada.

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

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

En cuanto a la "eliminación de toda posibilidad de defensa de la víctima debe ser considerada desde la perspectiva de su real eficacia, siendo compatible con intentos defensivos ínsitos en el propio instinto de conservación" (STS. 13.3.2000).

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

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



antijuricidad en la conducta derivada precisamente del *modus operandi*, conscientemente orientado a aquellas finalidades (STS. 1866/2002 de 7 de noviembre).

De lo antes expuesto se entiende que la esencia de la alevosía se encuentra en el aniquilamiento de las posibilidades de defensa; o bien en el aprovechamiento de una situación de indefensión, cuyos orígenes son indiferentes (STS. 178/2001 de 13 de febrero).

5. Entre las distintas modalidades ejecutivas de naturaleza alevosa, esta Sala viene distinguiendo, varios tipos entre los cuales, por lo que se refiere al presente caso, se encuentra la alevosía súbita o inopinada, llamada también "sorpresiva", en la que el sujeto activo, aun a la vista o en presencia de la víctima, no descubre sus intenciones y aprovechando la confianza de aquélla actúa de forma imprevista, fulgurante y repentina. En estos casos es precisamente el carácter sorpresivo de la agresión lo que suprime la posibilidad de defensa, pues quien no espera el ataque difícilmente puede prepararse contra él y reaccionar en consecuencia, al menos en la medida de lo posible. Como señala la STS. 19.10.2001 , 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.

La alevosía -la elección de una forma que tienda a eliminar las posibilidades de defensa- ha de referirse a la agresión contemplada como un todo y no a sus últimos eslabones; hay que fijarse en el episodio en su conjunto y no solo en los avatares, que preceden inmediatamente al fallecimiento. Si se ha alcanzado el objetivo buscado es que finalmente se han superado los eventuales mecanismos de defensa; en definitiva, que se han anulado. El fallecimiento será la prueba de que se han laminado las posibilidades defensivas. Si pudieron existir, han sido abolidas. Hay que valorar la alevosía en un juicio *ex ante*: situarnos al inicio de todo el episodio.

En un *estrangulamiento* que ha alcanzado su objetivo letal el factor decisivo es cómo se ha llegado a esa situación. Si se hace de forma sorpresiva e inopinada, cuando la víctima no puede esperar ese ataque (o a traición, abordándola por la espalda), habrá un **asesinato**.

Por eso se considera concurrente la alevosía cuando por la forma del ataque puede afirmarse que el sujeto agredido quedó impedido para defenderse de manera mínimamente eficaz, como señala la sentencia recurrida.

6. En *el caso* , el acusado aprovecha el momento en que su víctima, que ha sido su pareja, con la que ha convivido, y con la que tiene un hijo, esta desprevenida. Es por ello que, también esta Sala tiene declarado, que estamos en presencia, no solamente de un ataque sorpresivo sino lo que se ha denominado como "alevosía doméstica" (STS 39/2017 de 31 enero) que en palabras de la STS 527/2012 de 29 junio , se la ha designado como una modalidad especial de alevosía convivencial basada en la relación de confianza proveniente de la convivencia, generadora para la víctima de su total despreocupación respecto de un eventual ataque que pudiera tener su origen en acciones del acusado (SSTS 1289/ 2009 del 10 diciembre , 16/2012 del 20 enero). Se trata, por tanto, de una alevosía derivada de la relajación de los recursos defensivos como consecuencia de la imprevisibilidad de un ataque protagonizado por la persona con la que la víctima ha convivido día a día.

Y, en el presente supuesto, como literalmente recoge el relato de Hechos Probados, el acusado aprovecha el momento en que su víctima, que es su propia mujer, con la que ha convido y tienen un hijo en común, esta desprevenida, "no podía ver ni prever el ataque del acusado y, por lo tanto, sin poder defenderse". Se trata, por tanto, en los términos que acabamos de señalar, de una alevosía derivada *de la relajación* de los recursos defensivos como consecuencia de la imprevisibilidad de un ataque protagonizado por la persona con la que la víctima tiene una relación de tan especiales características, y por la especial circunstancia que a aquélla imponía el cuidado del hijo de meses que portaba y que condicionaba sin duda, sobre cualquier otra posible alternativa, su propia defensa.

Por todo ello, el motivo ha de ser estimado, con las consecuencias penológicas que se determinarán en segunda sentencia.

Recurso de la Acusación particular

NOVENO.- El *primero* , de los motivos se formula por **infracción de precepto constitucional**, al amparo del art. 5.4 LOPJ y 852 LECr , por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, interdicción de la arbitrariedad, proceso con todas las garantías, en relación con los arts. 9.3 , 24.1 y 2 CE . Y el *Segundo* lo hace por **infracción de precepto constitucional**, al amparo del art. 5.4 LOPJ y 852 LECr , por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, interdicción de la arbitrariedad, proceso con todas las garantías, e infracción del principio de inmediación en relación con los arts 9.3 , 24.1 y 2 CE . Los trataremos conjuntamente.

1. Entienden los recurrentes que la sentencia de apelación, al estimar el motivo quinto del recurso de la defensa del acusado y no apreciar la circunstancia de alevosía, está efectuando una nueva valoración de la prueba que no le corresponde. E igualmente alegan que ello vulnera el principio de inmediación.



2. La sentencia de apelación mantiene el relato de Hechos Probados establecido por el Jurado y recogido por la sentencia que dictó el Magistrado Presidente.

En su FJ Quinto expone las razones por las que se estima el motivo de recurso por infracción de Ley, al amparo del art 846 bis b) LECrim , por indebida aplicación del art 139.1 CP .

La tutela judicial efectiva, desde el prisma de la parte acusadora, sólo se instala en el ámbito propio de la mera legalidad, lo cual significa que tiene derecho a acudir a los Jueces y Tribunales para obtener la justicia que demanda, pero una decisión en cualquier sentido, clara y no vinculada necesariamente a la versión y criterio interesado de dicha parte, por lo que no equivale a que, en todo caso, la pretensión haya de ser atendida, cualquiera que sea la razón que asista al postulante, esto es, que la tutela judicial efectiva la concede el Texto Constitucional in genere y que, por ello, no habrá denegación de justicia cuando las pretensiones de las acusaciones no prosperan, máxime cuando los órganos jurisdiccionales, forzosamente han de fallar en pro de una de las partes, sin que el acogimiento de las formuladas por la parte contraria entrañen falta de tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos.

Por ello, no existe un derecho constitucional a obtener la condena penal de otra persona en los términos interesados por la acusación que puede esgrimirse frente al Legislador o frente a los órganos judiciales (SSTC 199/96 de 3 de diciembre ; 41/97 de 10 de marzo ; 74/97 de 21 de abril ; 67/98 de 18 de marzo ; 215/99 de 29 de noviembre , 21/2000, de 31 de enero).

La protección constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva no otorga su derecho a la condena del imputado (SSTC. 258/2007 de 24 de abril ; 1024/2007 de 30 de noviembre).

Que la acusación particular tiene derecho a obtener una respuesta razonable y fundada en Derecho, lo que además ya venía preceptuado en el art. 142 LECrim . está prescrito en el art. 120.3 CE , y se deduce implícitamente de la prohibición de la arbitrariedad que impone el art. 9.3 de la misma.

Por ello, podrá considerarse que la resolución judicial impugnada vulnera el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, cuando no sea fundada en derecho, lo cual ocurre en estos casos:

a) Cuando la resolución carezca absolutamente de motivación, es decir, no contenga los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión. Al respecto, debe traerse a colación la doctrina constitucional sobre el requisito de la motivación, que debe entenderse cumplido, si la sentencia permite conocer el motivo decisorio excluyente de un mero voluntarismo selectivo o de la pura arbitrariedad de la decisión adoptada (SSTC. 25/90, de 19 de febrero : 101/92, de 25 de junio), con independencia de la parquedad del razonamiento empleado: una motivación escueta e incluso una fundamentación por remisión pueden ser suficientes porque "La CE. no garantiza un derecho fundamental del justiciable a una determinada extensión de la motivación judicial", ni corresponde a este Tribunal censurar cuantitativamente la interpretación y aplicación del derecho a revisar la forma y estructura de la resolución judicial, sino sólo "comprobar si existe fundamentación jurídica y, en su caso, si el razonamiento que contiene constituye lógica y jurídicamente suficiente motivación de la decisión adoptada" (STC. 175/92, de 2 de noviembre).

b) Cuando la motivación es solo aparente, es decir, el razonamiento que la funda es arbitrario, irrazonable e incurre en error patente. Es cierto como ha dicho el ATC. 284/2002, de 15 de septiembre , que "en puridad lógica no es lo mismo ausencia de motivación y razonamiento que por su grado de arbitrariedad e irrazonabilidad debe tenerse por inexistente, pero también es cierto que este Tribunal incurriría en exceso de formalismo si admitiese como decisiones motivadas y razonadas aquellas que, a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueba que parten de premisas inexistente o patentemente erróneas o siguen sin desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas". (STS. 770/2006, de 13 de julio).

3. En el caso, es cierto que la sentencia del Jurado estimó la concurrencia de la alevosía en la actuación del acusado, mientras que la sentencia del Tribunal Superior de Justicia, vía recurso de apelación, entendió que no cabía apreciar la misma, pero *expresó las razones* por las que entendía que los hechos probados no integraban el supuesto típico de la alevosía, que el ataque físico del acusado a su víctima, que le llevó desde la inicial discusión, sin solución de continuidad, a quitarle la vida, no permite estimar la concurrencia de indefensión inicial ni sobrevenida en los términos que razona la sentencia de apelación.

Dicha motivación debe entenderse suficiente, a los efectos de satisfacer el derecho a la tutela judicial efectiva, cuestión distinta es si es conforme con el art. 139.1 CP , lo que es objeto de otro motivo por infracción de Ley, como vamos a ver a continuación.



Consecuentemente, ambos motivos han de ser desestimados.

DÉCIMO.- El tercero de los motivos se formula por **infracción de ley**, al amparo del art. 849.1 LECr , por inaplicación del art. 139.1.1 CP , al no apreciarse la circunstancia de alevosía.

1. Alegan los recurrentes que los hechos son constitutivos de un delito de **asesinato** y no de homicidio como los califica la sentencia de apelación.

2. La procedencia de este motivo resulta de lo expuesto más arriba cuando estimamos el propuesto por el Ministerio Fiscal y la adhesión de la Abogacía del Estado. Como ya vimos, de acuerdo a nuestra jurisprudencia, (Cfr. STS de 1 de junio de 2006 ; STS 16-7-2013, nº 647/2013), la *alevosía* tiene su núcleo esencial en la anulación de las posibilidades de defensa de la víctima. En su explicación hemos distinguido distintas modalidades de alevosía, la proditoria o a traición, la alevosa o *sorpresiva* y el aprovechamiento de situaciones de desvalimiento que roza el abuso de superioridad y respecto al que la diferenciación clara se perfila poco a poco en los pronunciamientos jurisprudenciales. Aquí la alevosía descrita obedece a las calificaciones doctrinales de proditoria y sorpresiva, por lo que tuvo de emboscada y de inesperada; la ofendida se vió sorprendida, siendo atacada por la espalda o de lado, pero en todo caso sin poder ver ni prever el ataque, y después de que el agresor la cogiera del cuello de esta forma sorprendente y ejerciendo presión sobre él, su capacidad de defensiva quedó anulada. La sorpresa facilitó el aseguramiento de la muerte de la víctima, que se desarrolló en los varios minutos en los que el agresor estuvo ejerciendo esa fuerza sobre la víctima, hasta que se produjo el fallecimiento por estrangulamiento.

Consecuentemente, el motivo ha de ser estimado, con las consecuencias en la calificación de los hechos y las penas aplicables que se determinarán en segunda sentencia.

DÉCIMO PRIMERO. - Desestimándose el recurso, procede imponer sus **costas** al acusado recurrente, declarando de oficio las correspondientes a la acusación particular, Abogacía del Estado y Ministerio Fiscal, de conformidad con lo dispuesto en el art. 901 de la LECr .

FALLO

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

1º)Desestimamos el recurso de casación por infracción de ley y por quebrantamiento de forma, interpuesto por las representaciones de Jose Miguel , **estimamos** el recurso de casación interpuesto por infracción de ley por el Ministerio Fiscal, al que se adhirió la Abogacía del Estado; **y estimamos en parte** el recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional interpuesto por la Acusación particular; todos ellos contra sentencia dictada en apelación por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, el 7 de diciembre de 2018 , en causa seguida por delito de **asesinato, quebrantamiento de condena y hurto**.

2º) Imponemos a dicho recurrente Jose Miguel , el pago de las **costas** ocasionadas en su recurso, declarando de **oficio** las correspondientes a la **ACUSACIÓN PARTICULAR, ABOGACÍA DEL ESTADO Y MINISTERIO FISCAL**.

Comuníquese esta Sentencia al mencionado Tribunal Superior de Justicia a los efectos legales oportunos, 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.

RECURSO CASACION (P) núm.: 10049/2019 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Julian Sanchez Melgar



D. Francisco Monterde Ferrer

D. Pablo Llarena Conde

D. Vicente Magro Servet

D^a. Carmen Lamela Diaz

En Madrid, a 9 de julio de 2019.

Esta sala ha visto el Recurso de casación nº 10049/2019, contra sentencia de fecha 7 de diciembre de 2018, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Asturias, en el Recurso de apelación Jurado nº 32/2018, dimanante del Procedimiento Jurado nº 39/2017 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Oviedo. Dicha resolución ha sido **casada y anulada** por la dictada con esta misma fecha por esta Sala, por lo que los mismos Magistrados que la compusieron, proceden a dictar **segunda Sentencia** con arreglo a los siguientes.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se reproducen e integran en esta Sentencia todos los de la nuestra anterior y los de la sentencia de primera instancia revisada, y los de la resolución de apelación rescindida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Se reproducen e integran en esta Sentencia todos los de nuestra Sentencia anterior y los de la resolución rescindida en tanto no sean contradictorios con los de la primera.

Como señalamos en los Fundamentos Jurídicos Octavo y Décimo de la sentencia rescindente, debemos condenar y condenamos a Jose Miguel , como criminalmente responsable en concepto de autor, de un delito de **asesinato** del art.139.1.1º CP , concurriendo las circunstancias agravantes de parentesco, discriminación por razón de género y aprovechamiento de las circunstancias de lugar y tiempo que debilitan la defensa del ofendido o faciliten su impunidad, a la pena de *veinticinco años de prisión*, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, privándole de la patria potestad respecto de su hijo Agapito , e imponiéndole la medida de libertad vigilada, a determinar a la vista de la propuesta que en el momento pertinente, en fase de ejecución y al menos dos meses antes de la extinción de la pena de prisión, eleve el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria; sin perjuicio de que desde la firmeza de la sentencia se cumplan las siguientes privaciones de derechos: a) Obligación de estar localizable mediante aparatos electrónicos; b) Comunicar inmediatamente cualquier cambio de domicilio o lugar de residencia; c) Prohibición de aproximarse y comunicarse con los padres de Rita , hijo, hermano y cuñada de la fallecida; d) Prohibición de residir en el territorio de la Provincia de Asturias, del domicilio de su hermano y cuñada.

Y se mantiene en su integridad el resto de los pronunciamientos de la resolución recurrida, en cuanto a la condena por los restantes delitos, imposición de costas, incluidas las de la acusación particular, responsabilidades civiles, y abono de prisión preventiva.

FALLO

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

Condenamos a Jose Miguel , como criminalmente responsable en concepto de autor, de un delito de **asesinato** del art.139.1.1º CP , concurriendo las circunstancias agravantes de parentesco, discriminación por razón de género y aprovechamiento de las circunstancias de lugar y tiempo que debilitan la defensa del ofendido o faciliten su impunidad, a la pena de *veinticinco años de prisión*, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, privándole de la patria potestad respecto de su hijo Agapito , e imponiéndole la medida de libertad vigilada, a determinar a la vista de la propuesta que en el momento pertinente, en fase de ejecución y al menos dos meses antes de la extinción de la pena de prisión, eleve el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria; sin perjuicio de que desde la firmeza de la sentencia se cumplan las siguientes privaciones de derechos: a) Obligación de estar localizable mediante aparatos electrónicos; b) Comunicar inmediatamente cualquier cambio de domicilio o lugar de residencia; c) Prohibición de aproximarse y comunicarse con los padres de Rita , hijo, hermano y cuñada de la fallecida; d) Prohibición de residir en el territorio de la Provincia de Asturias, del domicilio de su hermano y cuñada.



Y se mantiene en su integridad el resto de los pronunciamientos de la resolución recurrida, en cuanto a la condena por los restantes delitos, imposición de costas, incluidas las de la acusación particular, responsabilidades civiles, y abono de prisión preventiva.

Comuníquese esta resolución al Tribunal Sentenciador a los efectos procesales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole 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. Julian Sanchez Melgar D. Francisco Monterde Ferrer D. Pablo Llarena Conde

D. Vicente Magro Servet D^a. Carmen Lamela Diaz

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ