



Roj: **STS 3259/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:3259**

Id Cendoj: **28079120012018100423**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **18/09/2018**

Nº de Recurso: **10058/2018**

Nº de Resolución: **408/2018**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **VICENTE MAGRO SERVET**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STS 3259/2018,**
AATS 11201/2018

RECURSO CASACION (P) núm.: 10058/2018 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 408/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andres Martinez Arrieta

D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca

D. Francisco Monterde Ferrer

Dª. Ana Maria Ferrer Garcia

D. Vicente Magro Servet

En Madrid, a 18 de septiembre de 2018.

Esta sala ha visto los recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuestos por las representaciones de los acusados D. Rodolfo y Dña. Eva María, contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en el que se estimó en parte el recurso de apelación así como el supeditado, interpuestos por los anteriores acusados, contra sentencia de fecha 13 de marzo de 2017 de la Magistrada- Presidenta del Tribunal del Jurado de la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección Tercera, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes acusados representados respectivamente, por los Procuradores Sr. Pajares Moral y Sr. Pesquera García.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Seguido por la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección Tercera, el Procedimiento del Tribunal del Jurado, dimanante de la causa incoada por el Juzgado de Instrucción nº 3 de Oviedo bajo el nº 92 de 2015



del Rollo especial del Tribunal del Jurado, se dictó sentencia con fecha 13 de marzo de 2017 , que contiene los siguientes Hechos Probados:

"Primero.- De acuerdo con el veredicto de Jurado, resulta probado y así se declara expresamente que: Los acusados Eva María , mayor de edad y sin antecedentes penales y Rodolfo , mayor de edad y con antecedentes penales, no computables en esta causa, al haber sido condenado por sentencia firme de fecha 8 de marzo de 2004 , por un delito de lesiones de género -antecedente cancelado- y en sentencia firme de 8 de septiembre de 2006 por un delito de quebrantamiento de condena - antecedente igualmente cancelado-, iniciaron una relación de pareja en el mes de diciembre de 2013. En el mes de septiembre de 2014 Rodolfo Y Eva María , en unión del hijo biológico de ésta última, Carlos María , nacido el día NUM000 de 2013 cuya filiación paterna no consta, se trasladaron a la ciudad de Oviedo, fijando el domicilio familiar en la vivienda sita en la C/ DIRECCION000 n° NUM001 - NUM002 NUM003 , donde convivieron los tres hasta finales del mes de octubre de 2014. Al menos desde el periodo indicado de convivencia y en especial el transcurrido en la ciudad de Oviedo, septiembre y octubre de 2014, Rodolfo , de forma habitual golpeó y maltrató físicamente al menor Carlos María , hechos que en la mayoría de las ocasiones llevó a cabo en presencia de Eva María , sin que ésta realizase acto alguno tendente a evitar dicho maltrato o en su caso, ponerlo en conocimiento de terceros para aminorar o reparar el menoscabo físico que sufría el menor y así, en una de las ocasiones, le produjo una fractura de primera costilla derecha mal consolidada, al no haber recibido el menor asistencia médica alguna. Durante la primera quincena del mes de octubre de 2014, sin que conste exactamente el día y hora, encontrándose la pareja junto con el menor en el citado domicilio, Rodolfo , sin motivo justificado alguno, se acercó al menor a quien de propósito le propinó un fuerte puñetazo en una de sus piernas, lo que motivó que el menor Carlos María , sufriese fractura tercio medio de diáfisis femoral derecha, con cabalgamiento de fragmentos óseos superior de 20 mm y desplazamiento de ambos fragmentos -diastasis-; acto seguido le colocó un trapo caliente sobre el muslo derecho lo que provocó una quemadura en dicha zona, sin que el menor recibiera asistencia médica alguna. La acusada Eva María , se hallaba presente cuando Rodolfo realizó el indicado hecho, y pudiendo hacerlo, omitió de forma voluntaria toda ayuda dirigida a auxiliar a su hijo menor, sin que éste recibiera al menos durante quince días ayuda o auxilio médico o de terceras personas, tendente a aminorar o reparar médicamente el indicado menoscabo físico. En día y hora, no precisada, de la última semana del mes de octubre de 2014, hallándose la pareja y el niño en el domicilio familiar, en un momento determinado, Rodolfo se dirigió a la habitación que ocupaba Carlos María , próximo a cumplir 21 meses de edad, encontrándose el menor despierto y sin motivo aparente, con claro propósito de causarle la muerte y a sabiendas de no ser necesario para ello, con el fin de producirle sufrimientos innecesarios, comenzó a abofetearlo en múltiples ocasiones, lo que produjo que el menor llorase desesperadamente, a lo que respondió Rodolfo agarrándolo fuertemente y al menos en tres ocasiones arrojarlo violentamente contra la pared, la cama y el suelo de la habitación, agrediendo repetidas veces, dándole diversos puñetazos en el abdomen y en otras partes de su cuerpo, lo que le produjo al menor un politraumatismo exterior e interno con múltiples fracturas óseas y orgánicas (hepático y renal), lo que motivó un paro cardio-respiratorio por abolición de funciones de centros vitales y el consiguiente fallecimiento de Carlos María . En dicho momento se hallaba presente Eva María , quien pudiendo auxiliar a su hijo omitió de modo voluntaria toda ayuda, tanto durante la comisión del citado hecho como posteriormente y de modo inmediato. Una vez fallecido Carlos María , ambos acusados, y con el fin de ocultar la muerte del menor, lo introdujeron en una maleta pequeña envuelto en una manta y lo trasladaron hasta las inmediaciones del apeadero de la DIRECCION001 , donde lo arrojaron y abandonaron entre unos matorrales, todo ello con el propósito de deshacerse del cuerpo y no fuese descubierto, lo que así aconteció el día 3 de noviembre de 2014. Posteriormente y con el fin de lograr su impunidad o entorpecer la labor policial, Rodolfo en unión de Eva María , se trasladaron a la ciudad de León, tras regalar toda la ropa y enseres del menor a terceras personas, desconocedoras de los hechos relatados, acontecidos en el citado domicilio. Tras tener conocimiento de que por gestiones policiales se hallaban en busca y localización, desde ciudad de León, Rodolfo , en torno a las 15.08 horas del día 11 de noviembre de 2014, efectuó una llamada al 112".

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS:

"De acuerdo con el veredicto del Jurado, debo condenar y condeno a: Rodolfo como autor material de: 1.- Un delito de malos tratos habituales, ya definido, concurriendo la agravante de parentesco, a la pena de 3 años de prisión con la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y privación del derecho a la tenencia y porte de armas por un periodo de cinco años. 2.- Un delito de lesiones, ya definido, concurriendo la agravante de parentesco, a la pena de 5 años de prisión con la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. 3.- Un delito de asesinato, ya definido, con la agravante de parentesco, a la pena de 25 años de prisión con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena. 3.- Un delito de profanación de cadáveres, ya definido, concurriendo la agravante de parentesco, a la pena de 5 meses de prisión con la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Eva María como



autora, comisión por omisión, de: 1.- Un delito de malos tratos habituales, ya definido, concurriendo la agravante de parentesco a la pena de 3 años de prisión con la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y privación del derecho a la tenencia y porte de armas por un periodo de 5 años. 2.- Un delito de lesiones, ya definido, concurriendo la agravante de parentesco, a la pena de 5 años de prisión, con la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. 3.- Un delito de asesinato, ya definido, con la concurrencia de la agravante de parentesco, a la pena de 25 años de prisión, con la accesoria de inhabilitación absoluta, durante el tiempo de la condena. Y como autora material de un delito de profanación de cadáveres, ya definido, con la concurrencia de la agravante de parentesco, a la pena de 5 meses de prisión con la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Ambos condenados deberán abonar, conjunta y solidariamente a Narciso y Carmen , la cantidad de 100.000 euros, en concepto de responsabilidad civil, con los intereses legales devengados con arreglo a lo previsto en el art. 576 de la L. E Civil . Ambos condenados deberán abonar, por mitad e iguales partes, las costas procesales causadas. Para el cumplimiento de las penas de prisión les será de abono a los condenados el tiempo que llevan privados de libertad por esta causa. Notifíquese esta sentencia a las partes y al perjudicado/víctima no parte, instruyéndoles que no es firme y que procede recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de esta Comunidad Autónoma, a interponer en el plazo de diez días desde su notificación".

Contra dicha resolución se interpusieron recursos de apelación por las representaciones procesales de los acusados Rodolfo y Eva María , dictándose sentencia por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Asturias con fecha 18 de diciembre de 2017, cuya Parte Dispositiva es la siguiente:

"Estimar en parte el recurso de apelación así como el supeditado, interpuestos por los condenados Rodolfo y Eva María , contra la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Asturias en la causa de Tribunal del Jurado de la que el presente rollo dimana, la que Se Revoca en lo siguiente: 1. Se Declara la nulidad de la condena respecto al hecho relativo al delito de lesiones, que habrá de enjuiciarse por el Tribunal técnico que resulte competente, con exclusión del Jurado. 2. Dejar sin efecto el concurso de la agravante de parentesco respecto a Eva María en los delitos de malos tratos y asesinato, considerando a la misma como cómplice respecto de este último. En consecuencia con lo anterior, imponer a la misma la pena de dos años y tres meses de prisión con la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena y privación del derecho a la tenencia y porte de armas por cuatro años por el delito de malos tratos; y dieciocho años de prisión, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, por el delito de asesinato en grado de complicidad. Se confirma en lo demás la sentencia apelada. En cuanto a las costas de esta instancia, se imponen a los recurrentes las tres cuartas partes, declarando de oficio la cuarta parte restante. Contra esta resolución cabe recurso de casación".

Se dictó Voto Particular a la anterior sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Asturias que acordó:

"Por todo lo expuesto, estimo que debería repetirse el Juicio por los muy graves defectos señalados, discrepando de la mayoría de la Sala y tal como se solicita en el motivo Segundo del Recurso de Rodolfo , lo cual debería efectuarse teniendo muy presente la excepcionalidad *-ultima ratio-* establecida por el T.S. para la repetición de Juicios ante el Tribunal el Jurado y su doctrina sobre la evitación de nulidades, dados los muchos inconvenientes que ello causa, incluidas las dilaciones que nunca serían indebidas si buscan la verdad material, y tratándose de penas elevadas de privación de libertad a imponer, que son del caso".

TERCERO.- Por la representación de Rodolfo se presentó escrito solicitando completar la Sentencia dictada en el presente Rollo por este Tribunal Superior de Justicia al entender que la misma no había dado respuesta a las cuestiones deducidas, alegando en síntesis la existencia de lo que estimaba una serie de contradicciones u omisiones en su fundamentación conforme al contenido de dicho escrito que se da por reproducido.

La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Asturias acordó por Auto de fecha 10 de enero de 2018 :

"No haber lugar al complemento solicitado de la sentencia dictada por este Tribunal. Contra esta resolución no cabe recurso".

CUARTO.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional, por las representaciones de los acusados Eva María y Rodolfo , que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

QUINTO.- I.- El recurso interpuesto por la representación de la acusada **Dña. Eva María** lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Se formula al amparo del art. 851.5º L.E.Cr . Se formula este primer motivo por denegación de medios de prueba propuestos en tiempo y forma.

Segundo.- Al amparo del art. 850.3 º y 4º L.E.Cr . Se formula este segundo motivo casacional por negarse la Magistrada Presidente del Tribunal del Jurado a que por una testigo se conteste una pregunta siendo pertinente y de manifiesta influencia en la causa.

Tercero.- Al amparo del art. 851.3º L.E.Cr . Se formula este tercer motivo por no resolver la sentencia sobre todos los puntos que han sido objeto de defensa.

Cuarto.- Al amparo del art. 852 L.E.Cr . Se formula el presente motivo por Infracción del artículo 24.2 CE por violación del derecho fundamental a la presunción de inocencia respecto de los delitos de asesinato, maltrato habitual, lesiones y profanación de cadáveres. Art. 48 Carta Derechos Fundamentales de la U .E.

Quinto.- Al amparo del art. 852 L.E.Cr . Infracción del artículo 24.2 CE por violación del derecho fundamental de defensa como derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes. Art. 48 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE.

Sexto.- Al amparo del art. 852 L.E.Cr . Infracción del artículo 24.2 CE en relación al artículo 52 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado al incurrir el objeto de veredicto en defectos causantes de indefensión. Art. 48 Carta Derechos Fundamentales de la U .E.

Séptimo.- Al amparo del art. 852 L.E.Cr . Infracción del artículo 24.1 CE en relación al artículo 120.3 CE y el artículo 218 de la LEC , del derecho a la tutela judicial efectiva. Art. 48 Carta Derechos Fundamentales de la U .E.

Octavo.- Al amparo del art. 852 L.E.Cr . Infracción del artículo 25 CE por vulneración del principio de proporcionalidad en relación al artículo 49.3 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Noveno.- Al amparo del art. 849.1 L.E.Cr . Se formula el presente motivo de conformidad con el Art. 849.1 Lecrim . Infracción del precepto legal por indebida aplicación de los artículos 28 y 29 del Código Penal en relación al artículo 139. 1 y 3 del Código Penal .

Décimo.- Al amparo del art. 849.1 L.E.Cr . Infracción del precepto legal por indebida aplicación de los artículos 5 y 11 CP en relación al artículo 148.3 del Código Penal .

Undécimo.- Al amparo del art. 849.1 L.E.Cr . Infracción del precepto legal por indebida aplicación de los artículo 5 y 11 CP en relación al artículo 173.2 del Código Penal .

Duodécimo.- Al amparo del art. 849.1 L.E.Cr . Infracción del precepto legal por inaplicación debida de los artículos 52 y 70 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado .

Décimo tercero.- Al amparo del art. 849.2 L.E.Cr . Se formula este motivo por error en la apreciación basado en documentos que obran en autos. Folios 1049 a 1051. Folios 308 a 313. Folios 338 a 340.

II.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **D. Rodolfo** , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del artículo 5.4 LOPJ y del 852 LECRIM ., por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías y no producir indefensión, al amparo del artículo 24.1.2 de la Constitución Española , derivados de la existencia de manifiesta contradicción entre los hechos probados en el veredicto, el propio veredicto, en relación con lo dispuesto en el artículo 63.1.d) LOTJ .

Segundo.- Por infracción de precepto constitucional, por vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías y a la tutela judicial efectiva, del artículo 24.1.2 de la Constitución Española , al amparo del artículo 5.4º LOPJ y 852 LECrim .; por desconocer el resultado considerado como válido del acta del colegio de jurados.

Tercero.- Por infracción de precepto constitucional, por vulneración del derecho fundamental a la libertad del artículo 17.1 y 3 de la Constitución Española , por vulnerar el derecho a la libertad con la observancia de lo establecido en el artículo 17 CE , y en los casos y formas previstos en la Ley, así como vulnerado el derecho a ser informado de forma inmediata, y de modo comprensible, de sus derechos y razones de su detención, garantizando la inmediata asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la Ley establezca. Así como vulneración del artículo 24 CE a un proceso con todas las garantías y no producir indefensión, por utilizar medios de prueba obtenidos violando derechos fundamentales.



Cuarto.- Vulneración de los arts. 17.3 y 24 C .E. El artículo 24 de la Constitución consagra entre otros el derecho a la defensa y a la asistencia de letrado sin que pueda en ningún caso producirse indefensión, a no declarar contra si mismo, a no confesarse culpable y a la presunción de inocencia; a su vez el artículo 17.3 de la misma garantiza el derecho a la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la Ley establezca.

Quinto.- La denuncia planteada vía artículo 36 LOTJ, fue desestimada, y recurrida en apelación fue desestimado el recurso mediante Auto de 11.11.2017 del TSJA. Si bien, dicho Auto se limita a verificar los aspectos formales de la detención y toma de declaración del entonces detenido Rodolfo, si entrar a concretar la cuestión nuclear de nuestra denuncia, es decir, cuando despliega efectos la asistencia al detenido, y, si a la vista de la documentación existente, existía vulneración de derechos fundamentales al entonces detenido, y la consecuente declaración de nulidad de la declaración policial y posterior judicial de Rodolfo.

Sexto.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del artículo 5.4 LOPJ y del 852 LECRIM, por vulneración del derecho fundamental al juez predeterminado por la ley, al amparo del artículo 24.2 de la Constitución Española, al ser competencia del tribunal del jurado todos los delitos enjuiciados en la presente causa.

Séptimo.- Al amparo del artículo 850.3°.4° LECRIM, por quebrantamiento de forma, cuando el Presidente del Tribunal se niegue a que un testigo conteste en audiencia pública a la pregunta o preguntas que se le dirijan siendo pertinentes y de manifiesta influencia en la causa. Por desestimar alguna pregunta por capciosa, sugestiva o impertinente, no siéndolo en realidad, siempre que tuviera verdadera importancia para el resultado del juicio.

Octavo.- Al amparo del artículo 850.3°.4° LECRIM, por quebrantamiento de forma, cuando el Presidente del Tribunal se niegue a que un testigo conteste en audiencia pública a la pregunta o preguntas que se le dirijan siendo pertinentes y de manifiesta influencia en la causa. Por desestimar alguna pregunta por capciosa, sugestiva o impertinente, no siéndolo en realidad, siempre que tuviera verdadera importancia para el resultado del juicio.

Noveno.- Al amparo del artículo 851.3° LECRIM, por quebrantamiento de forma, cuando no se resuelvan todos los puntos que hayan sido objeto de acusación y defensa.

Décimo.- Que se desiste del resto de motivos consignados en el escrito de preparación del presente recurso.

SEXTO.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, solicitó su inadmisión y subsidiaria impugnación, dándose igualmente por instruidas las representaciones de las partes recurrentes, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 11 de septiembre de 2018, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de casación la sentencia dictada por el TSJ de Asturias nº 9/2017, de fecha 18 de Diciembre de 2017 resolviendo el recurso de apelación frente a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección 3ª nº 116/2017 de fecha 13 de Marzo de 2017 que condenó a los ahora recurrentes Rodolfo como autor material de:

1.- Un delito de malos tratos habituales, ya definido, concurriendo la agravante de parentesco, a la pena de 3 años de prisión con la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y privación del derecho a la tenencia y porte de armas por un periodo de cinco años.

2.- Un delito de lesiones, ya definido, concurriendo la agravante de parentesco, a la pena de 5 años de prisión con la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

3.- Un delito de asesinato, ya definido, con la agravante de parentesco, a la pena de 25 años de prisión con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.

4.- Un delito de profanación de cadáveres, ya definido, concurriendo la agravante de parentesco, a la pena de 5 meses de prisión con la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Eva María como autora, comisión por omisión, de :



1.- Un delito de malos tratos habituales, ya definido, concurriendo la agravante de parentesco a la pena de 3 años de prisión con la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y privación del derecho a la tenencia y porte de armas por un periodo de 5 años.

2.- Un delito de lesiones, ya definido, concurriendo la agravante de parentesco, a la pena de 5 años de prisión, con la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

3.- Un delito de asesinato, ya definido, con la concurrencia de la agravante de parentesco, a la pena de 25 años de prisión, con la accesoria de inhabilitación absoluta, durante el tiempo de la condena.

Y como AUTORA MATERIAL de un delito de profanación de cadáveres, ya definido, con la concurrencia de la agravante de parentesco, a la pena de 5 meses de prisión con la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Sin embargo, en la sentencia del TSJ de Asturias se Declara la nulidad de la condena respecto al hecho relativo al delito de lesiones, que habrá de enjuiciarse nuevamente por el Tribunal técnico que resulte competente, con exclusión del Jurado y se deja sin efecto el concurso de la agravante de parentesco respecto a Eva María en los delitos de malos tratos y asesinato, considerando a la misma como cómplice respecto de este último. En consecuencia con lo anterior, imponer a la misma la pena de dos años y tres meses de prisión con la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena y privación del derecho a la tenencia y porte de armas por cuatro años por el delito de malos tratos; y dieciocho años de prisión, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, por el delito de asesinato en grado de complicidad.

Los hechos declarados probados son los siguientes:

"Los acusados Eva María , mayor de edad y sin antecedentes penales y Rodolfo , mayor de edad y con antecedentes penales, no computables en esta causa, al haber sido condenado por sentencia firme de fecha 8 de marzo de 2004 , por un delito de lesiones de género -antecedente cancelado- y en sentencia firme de 8 de septiembre de 2006 por un delito de quebrantamiento de condena -antecedente igualmente cancelado-, iniciaron una relación de pareja en el mes de diciembre de 2013. En el mes de septiembre de 2014 Rodolfo Y Eva María , en unión del hijo biológico de ésta última, Carlos María , nacido el día NUM000 de 2013 cuya filiación paterna no consta, se trasladaron a la ciudad de Oviedo, fijando el domicilio familiar en la vivienda sita en la C/ DIRECCION000 nº- NUM002 NUM003 , donde convivieron los tres hasta finales del mes de octubre de 2014.

Al menos desde el periodo indicado de convivencia y en especial el transcurrido en la ciudad de Oviedo, septiembre y octubre de 2014, Rodolfo , de forma habitual golpeó y maltrató físicamente al menor Carlos María , hechos que en la mayoría de las ocasiones llevó a cabo **en presencia de Eva María , sin que ésta realizase acto alguno tendente a evitar dicho maltrato** o en su caso, ponerlo en conocimiento de terceros para aminorar o reparar el menoscabo físico que sufría el menor y así, en una de las ocasiones, le produjo una fractura de primera costilla derecha mal consolidada, **al no haber recibido el menor asistencia médica alguna.**

Durante la primera quincena del mes de octubre de 2014, sin que conste exactamente el día y hora, encontrándose la pareja junto con el menor en el citado domicilio, Rodolfo , sin motivo justificado alguno, se acercó al menor a quien de propósito le propinó un fuerte puñetazo en una de sus piernas, lo que motivó que el menor Carlos María , sufriese fractura tercio medio de diáfisis femoral derecha, con cabalgamiento de fragmentos óseos superior de 20 mm y desplazamiento de ambos fragmentos -diástasis-; acto seguido le colocó un trapo caliente sobre el muslo derecho lo que provocó una quemadura en dicha zona, sin que el menor recibiera asistencia médica alguna. La acusada Eva María , se hallaba presente cuando Rodolfo realizó el indicado hecho, y pudiendo hacerlo, omitió de forma voluntaria toda ayuda dirigida a auxiliar a su hijo menor, sin que éste recibiera al menos durante quince días ayuda o auxilio médico o de terceras personas, tendente a aminorar o reparar médicamente el indicado menoscabo físico (Hecho anulado en la sentencia del TSJ).

En día y hora, no precisada, de la última semana del mes de octubre de 2014, hallándose la pareja y el niño en el domicilio familiar, en un momento determinado, Rodolfo se dirigió a la habitación que ocupaba Carlos María , próximo a cumplir 21 meses de edad, encontrándose el menor despierto y sin motivo aparente, con claro propósito de causarle la muerte y a sabiendas de no ser necesario para ello, con el fin de producirle sufrimientos innecesarios, comenzó a abofetearlo en múltiples ocasiones, lo que produjo que el menor llorase desesperadamente, a lo que respondió Rodolfo agarrándolo fuertemente y al menos en tres ocasiones arrojarlo violentamente contra la pared, la cama y el suelo de la habitación, **agrediendo repetidas veces, dándole diversos puñetazos en el abdomen y en otras partes de su cuerpo, lo que le produjo al menor un politraumatismo exterior e interno con múltiples fracturas óseas y orgánicas (hepático y renal), lo que motivó**



un paro cardio-respiratorio por abolición de funciones de centros vitales y el consiguiente fallecimiento de Carlos María . En dicho momento se hallaba presente Eva María , quien pudiendo auxiliar a su hijo omitió de modo voluntaria toda ayuda, tanto durante la comisión del citado hecho como posteriormente y de modo inmediato.

Una vez fallecido Carlos María , ambos acusados, y con el fin de ocultar la muerte del menor, lo introdujeron en una maleta pequeña envuelto en una manta y lo trasladaron hasta las inmediaciones del apeadero de la DIRECCION001 , donde lo arrojaron y abandonaron entre unos matorrales, todo ello con el propósito de deshacerse del cuerpo y no fuese descubierto, lo que así aconteció el día 3 de noviembre de 2014.

Posteriormente y con el fin de lograr su impunidad o entorpecer la labor policial, Rodolfo en unión de Eva María , se trasladaron a la ciudad de León, tras regalar toda la ropa y enseres del menor a terceras personas, desconocedoras de los hechos relatados, acontecidos en el citado domicilio. Tras tener conocimiento de que por gestiones policiales se hallaban en busca y localización, desde la ciudad de León, Rodolfo , en torno a las 15.08 horas del día 11 de noviembre de 2014, efectuó una llamada al 112".

Se interpone recurso de casación por ambos condenados.

RECURSO DE Rodolfo

SEGUNDO.- Se formulan por el recurrente los siguientes motivos:

1.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del artículo 5.4 LOPJ y del 852 LECRIM ., por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías y no producir indefensión, al amparo del artículo 24.1.2 de la Constitución Española , derivados de la existencia de manifiesta contradicción entre los hechos probados en el veredicto, el propio veredicto, en relación con lo dispuesto en el artículo 63.1.d) LOTJ .

Relata el recurrente que existen contradicciones entre hechos probados del veredicto, y el acta del veredicto. Sin embargo, el recurrente señala que la sentencia del TSJ solo observa las contradicciones en cuanto al delito de lesiones y acuerda que se enjuicie de nuevo por el delito de lesiones cuando entiende que se debió acordar la nueva celebración del juicio.

Sin embargo, no puede admitirse esta consecuencia del error detectado que ha sido perfectamente resuelto por el Tribunal de apelación anulando la condena por el delito de lesiones y derivando a la celebración de nuevo juicio, lo que no ocasiona ninguna indefensión a los recurrentes, sino a que se vuelva a celebrar por tribunal técnico con todas las garantías.

Cierto y verdad es que al realizarse diversas proposiciones de objeto de veredicto por la fiscalía y la acusación particular, -y tanto para Rodolfo como para Eva María -, en muchos casos muy parecidas con detalles diferenciables, ello complicaba las decisiones que al efecto se fueron adoptando, porque existían intereses contrapuestos, siendo diferentes los enfoques de las acusaciones incluso, pero hay que valorar cuáles son estas y cuál es, en efecto, el resultado que aprobó el Tribunal del Jurado en base al juego conjunto de aprobar proposiciones que son parecidas, pero que tienen diferencias esenciales que quiso destacar la acusación particular aunque en el contexto global no conlleva la nulidad global pretendida si puede extraerse la conclusión a la que llegó el Tribunal.

Pues bien, respecto del presente motivo, el TSJ efectúa un detallado examen de las contradicciones que se alegan, y sobre ello puntualiza que:

1.- Cuatro han sido las infracciones objeto de enjuiciamiento en la presente causa, relacionadas según la narración de los hechos contenidos en el objeto del veredicto y según las pautas marcadas por el art. 52 de la LOTJ .

2.- Consta de dos apartados, el primero referente al acusado Rodolfo , y el segundo a la acusada Eva María .

3.- Cada apartado se compone de proposiciones referentes a los hechos justiciables (hecho primero), grado de ejecución (hecho segundo), grado de participación (hecho tercero), circunstancias modificativas de la responsabilidad penal (hechos cuarto y quinto), y veredicto de culpabilidad o inculpabilidad, todo ello extraído de los escritos de calificación de las partes y conforme al auto de hechos justiciables.

4.- La primera de las infracciones sometida a la consideración del Jurado viene plasmada en el objeto del veredicto en el inciso 1-A (según propuesta del MF), y 1-B (según la de la acusación particular); la segunda en el inciso 2-A (propuesta del M. Fiscal) y 2-B (propuesta de la acusación); la tercera en el inciso 4-A (propuesta del M. Fiscal) y 4-B (propuesta de la acusación); la cuarta, en el inciso 5-A (según propuesta del M. Fiscal) y 5-B (según propuesta de la acusación particular). Ello tanto en el apartado atinente al acusado Rodolfo como a la acusada Eva María .



5.- Muerte del menor y presencia de Eva María en la desaparición del cuerpo.

Ambos recurrentes, principal y supeditado, aluden a que la votación del Jurado en relación a las proposiciones tercera y cuarta (incisos 4 y 5) resulta contradictoria. Se afirma que la disidencia se halla en que el Jurado había votado que la muerte del menor había sucedido hallándose ausente Eva María , y que había sido Rodolfo quien se había deshecho del cuerpo en solitario, lo que implicaba contradicción entre el inciso 4-B y 5-B con el 4-A y 5-A.

Conforme al inciso 4-A (propuesta del M.Fiscal), según la que Eva María se hallaba presente, se votó en sentido afirmativo tanto en el apartado correspondiente al acusado Rodolfo como a la acusada Eva María ; de acuerdo con el inciso 4-B (propuesta de la acusación particular) según la que Eva María tras una discusión se había ausentado, fue votado en sentido negativo (0 a favor, 9 en contra) en ambos apartados. Fue, pues, totalmente congruente el Jurado. Y así consta en los autos reflejado al comprobar el objeto del veredicto y el acta de la votación.

Con ello, en nada hay contradicción, ya que se niegan las de la acusación particular y se admiten las de la fiscalía negando la ausencia de Eva María en los hechos y derivándole su responsabilidad penal. Pese a que la acusación particular planteó un hecho de asesinato excluyendo a Eva María del escenario ello no es admitido por el jurado por 0-9.

Respecto a la quinta proposición, esto es, los hechos referentes a la desaparición del cuerpo una vez fallecido el menor, en el inciso 5-A (propuesta del M. Fiscal), en el apartado primero, esto es, el correspondiente al acusado Rodolfo , según el cual éste había introducido al menor en una maleta abandonándolo posteriormente se votó de forma afirmativa (8 a favor, uno en contra), y también en sentido afirmativo se votó la propuesta contemplada en el mismo inciso 5-A en el apartado correspondiente a la acusada Eva María , según la que el hecho fue cometido por ambos (9 a favor, 0 en contra).

En el inciso 5-B (propuesta de la acusación particular) en apartado primero, es decir, el correspondiente al acusado Rodolfo , según el que éste había ejecutado los hechos en solitario, la votación fue negativa (0 a favor y 9 en contra), y se dio el mismo resultado al votar el inciso 5-B en el apartado segundo, correspondiente a la acusada Eva María , con la misma redacción (0 votos a favor y 9 en contra).

Es obvio que el Jurado tuvo muy claro que el hecho de deshacerse del cuerpo fue ejecutado por ambos, y así se ratificó cuando en el hecho tercero (grado de participación) fue clara la votación afirmativa (9 a 0) sobre la realización del hecho por ambos, y negativa (0 a 9) respecto a la participación única del acusado Rodolfo , ello ratificado una vez más en el veredicto de culpabilidad.

Cuando se refiere en el recurso que cuestiona contradicción entre hechos no probados y veredicto de culpable, el TSJ ya explica que lo que se consideró no probado es la ausencia de Eva María en los hechos (tanto en la propuesta de la acusación en los hechos de Rodolfo , como en la propuesta de esta acusación particular en los hechos de Eva María excluyendo que Eva María se ausentara el día del asesinato), pero sí se votó a favor de la culpabilidad de Rodolfo y Eva María . Por ello, no existe la pretendida contradicción.

6.- **Delito de lesiones:** Asimismo, ambas partes recurrentes aluden a contradicciones en el Jurado en la proposición segunda, es decir, la relativa al delito de lesiones. Sostienen que por un lado el Jurado había considerado que cuando se produjeron las lesiones la postura de Eva María fue de inacción, y por otro que el acusado Rodolfo le había impedido llevar al niño al médico.

En el inciso 2-A (propuesta del M. Fiscal), en el apartado primero, esto es, el correspondiente al acusado Rodolfo , según el cual éste había lesionado al menor sin que recibiera asistencia médica y hallándose los tres en el domicilio, se votó de forma afirmativa (8 a favor, uno en contra), y también en sentido afirmativo se votó la propuesta contemplada en el mismo inciso 2-A en el apartado correspondiente a la acusada Eva María , según la que en dicha acción omitió de forma voluntaria toda ayuda al menor (9 a favor, 0 en contra).

En el inciso 2-B (propuesta de la acusación particular) en apartado primero, es decir, el correspondiente al acusado Rodolfo , según el que éste había impedido a Eva María llevar al niño al médico la votación fue positiva (9 a favor y 0 en contra), si bien no se dio el mismo resultado al votar el inciso 2-B en el apartado segundo, correspondiente a la acusada Eva María , con la misma redacción (0 votos a favor y 9 en contra).

En este caso, el TSJ ya dio la razón a los recurrentes, y se incidió en que **ha de darse la razón a los recurrentes en el sentido de haberse producido la infracción denunciada** . Pero ello no puede llevar la nulidad íntegra del juicio por la posibilidad de escindir este juicio sin problema alguno y sin quedar afectados el resto de hechos probados.

7.- **La cuestión atinente al alegado maltrato de Eva María por esta.**



La apelante principal, si bien dentro del apartado relativo a la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 846 bis-c-apartado e) de la LECr , y en uno de cuyos puntos insistió en su tesis de que la acusada Eva María era una mujer maltratada, señala que la sentencia hizo caso omiso al pronunciamiento del Jurado en este sentido. Señala cómo en el inciso 1-B (pag 964) del hecho primero apartado uno el Jurado había votado por unanimidad que Rodolfo maltrataba física y psicológicamente a Eva María y al menor, pero luego lo excluyen en los hechos propuestos por la acusación particular a Eva María en el 1B.

No puede desconocerse que la primera de las infracciones, y a la que se está refiriendo la recurrente, y que como tal se enjuiciaba, era la de maltrato habitual al menor, no juzgándose en modo alguno un posible maltrato de la acusada como sujeto pasivo.

Teniendo esto en cuenta, **en el inciso 1 A (propuesta del M. Fiscal), en el apartado primero, esto es, el correspondiente al acusado Rodolfo , según el cual éste de forma habitual golpeaba y maltrataba al menor, se votó de forma afirmativa (9 a favor, 0 en contra), (pag. 947) y también en sentido afirmativo se votó la propuesta contemplada en el mismo inciso 1-A en el apartado correspondiente a la acusada Eva María , según la que en dicha acción omitió de forma voluntaria cualquier acción de impedir dicho maltrato (9 a favor, 0 en contra) (pag 961 de autos).**

En el inciso 1-B (propuesta de la acusación particular) en apartado primero, es decir, el correspondiente al acusado Rodolfo , es donde se señala que el maltrato a ambos era habitual, si bien concretando y haciendo especial referencia a continuación al menor, siendo la votación positiva (9 a favor y 0 en contra), si bien no se dio el mismo resultado al votar el inciso 1-B en el apartado segundo, correspondiente a la acusada Eva María , con la misma redacción (0 votos a favor y 9 en contra), excluyendo la no culpabilidad de Eva María .

De lo expuesto se desprende que, en efecto, una de las proposiciones, concretamente de la acusación particular, aludió a dicho maltrato, si bien luego nada concretó sino respecto del menor, como no podía ser de otro modo habida cuenta de su petición de condena. El hecho de tal presunto maltrato, que se reitera no se juzga, podría incidir a lo más en la apreciación de alguna circunstancia modificativa de la responsabilidad, proposición que en modo alguno introdujo la acusación sino la defensa en su versión plasmada en el punto C del apartado dos, y que fue rechazada por el Jurado. Por ello, apuntó el TSJ con acierto que dicho pronunciamiento, al margen que contradicho en el apartado 1-B de dicho apartado, **no ha de tener la incidencia pretendida**, ya que, además, se votó a favor la propuesta de la Fiscalía al folio nº 947 respecto al maltrato habitual al menor sin recibir asistencia.

Resulta irrelevante, por ello, la alegada contradicción en lo que se refiere a los objetos de las páginas 949 y 964 (hechos B.1B de Rodolfo y B.1B de Eva María). El maltrato a la acusada no era objeto del procedimiento y no hay pronunciamiento al respecto. Quizás, ello provocó el error que no tiene la trascendencia que se pretende al quedar claro el sentido del resultado final.

El motivo se desestima.

2.- Por infracción de precepto constitucional, por vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías y a la tutela judicial efectiva, del artículo 24.1.2 de la Constitución Española, al amparo del artículo 5.4º LOPJ y 852 LECrim .; por desconocer el resultado considerado como válido del acta del colegio de jurados.

Respecto a este punto y el apartado sexto del AH de la sentencia de la AP resulta evidente que se refiere al último extremo antes mencionado, pero sin incidencia real y práctica, habida cuenta el resultado global de la votación y el veredicto aprobado como válido, ya que se refiere al apartado 1, hecho 1º B y 4B y 5B, que ya han sido analizados debidamente, ya que el maltrato habitual al menor estaba probado y la falta de atención médica de Eva María (1 A de la Fiscalía en el hecho de Rodolfo y 1 A de la fiscalía en relación a Eva María), así como la respuesta a la tesis del Fiscal en el apartado 4A y 5A en cuanto al crimen y el hecho de ocultar el cadáver. La tesis desfavorable a aceptar la propuesta de Eva María de que ella no tenía responsabilidad alguna no lleva a nulidad alguna, porque el Tribunal entendió que no había nada que aclarar, por lo que aunque sea ardua y compleja la labor encargada a los miembros del jurado por el tecnicismo de la tarea encomendada a personas que desconocen el derecho y son desconocedores de la función que deben desempeñar, pese a lo cual el resultado ofrecido con múltiples proposiciones tanto de la Fiscalía como la acusación particular, como la defensa, el TSJ ha anulado solo el apartado relativo al delito de lesiones, pero no el resto al mantenerse en esencia el conocimiento de la voluntad del jurado en cada punto sometido a su examen. El conjunto de los puntos votados es correcto y acertado técnicamente el resultado final ofrecido del total de las preguntas sometidas a examen del jurado, como se describe a lo largo de la presente resolución.

El motivo se desestima.

3.- Por infracción de precepto constitucional, por vulneración del derecho fundamental a la libertad del artículo 17.1 y 3 de la Constitución Española , por vulnerar el derecho a la libertad con la observancia de lo establecido



en el artículo 17 CE, y en los casos y formas previstos en la Ley, así como vulnerado el derecho a ser informado de forma inmediata, y de modo comprensible, de sus derechos y razones de su detención, garantizando la inmediata asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la Ley establezca. Así como vulneración del artículo 24 CE a un proceso con todas las garantías y no producir indefensión, por utilizar medios de prueba obtenidos violando derechos fundamentales.

4.- VULNERACION DE LOS ARTÍCULOS 17.3 y 24 DE LA CONSTITUCION .

5.- La denuncia planteada vía artículo 36 LOTJ, fue desestimada, y recurrida en apelación fue desestimado el recurso mediante Auto de 11.11.2017 del TSJA.

Se tratan conjuntamente estos tres motivos por su interrelación.

Sobre este punto se pronunció ya la sentencia del TSJ en el sentido de consignar que "dicha cuestión fue ya planteada como cuestión previa en el trámite del art. 36 de la LOTJ, siendo resuelta en sentido denegatorio por auto de 1-7-16, que recurrido en apelación fue confirmado por esta Sala en auto de 11-11-16, resolución por tanto firme". Debe hacerse notar que en este tipo de casos debe circunscribirse a la existencia, o no, de indefensión en el detenido, lo que no ocurre, ya que, si como postula la fiscalía, se entiende que el detenido no está en condiciones de prestar declaración puede retrasarse su declaración 24 horas asistiéndole quien ejerza el turno de oficio en ese instante, y lo mismo ocurre con la declaración judicial. En cualquier caso, lo que no se impidió es la asistencia letrada. Y el propio recurrente reconoce que "así consta en el acta de información de derechos en sede judicial de fecha 13.11.14, que el Sr. Rodolfo designa para su defensa al abogado designado del Turno de Oficio Don Eduardo Rueda García".

Por ello, no se trata de que se hubiera ocasionado indefensión por la circunstancia de que el letrado que estaba de guardia en sede policial el día que llegó detenido a dependencias policiales no fuera el que finalmente le asistiera, ya que al declarar más tarde fue otro el que le asistió, y por ello no existen datos de que el letrado Sr. Rueda incumpliera sus obligaciones profesionales, por lo que la indefensión se hubiera producido si esto último constara, lo que no es el caso.

Consta en las actuaciones al folio nº 631 (12-11-2014) testimonio de la declaración realizada por el recurrente en dependencias policiales con la asistencia del letrado del turno de oficio nº 3471 D. Eduardo Rueda, efectuándose la lectura de derechos y su información a presencia letrada, señalando el detenido que declara voluntariamente y lo hace a presencia letrada sin manifestar objeción alguna respecto a tal asistencia letrada. Lo mismo ocurre al folio 651 y ss de las actuaciones en su declaración judicial con lectura de derechos y con la asistencia del mismo letrado que le asistió en dependencias policiales sin ninguna oposición por el ahora recurrente en ese momento, y al folio nº 655 manifiesta a presencia letrada que desea prestar declaración ante el juez y que prestó declaración el día 12 de Noviembre en comisaría y mantiene lo allí declarado y se afirma en esa declaración, así como que "se le fue de las manos por culpa de la droga y que no quería quitar la vida al niño".

Por ello, no existe indefensión alguna por lo relatado por el recurrente, ya que tuvo asistencia letrada, no se exigió por el detenido un letrado distinto al del turno de oficio que le correspondía y el alegato del recurrente de que el primer día era otro letrado el que estaba en turno de guardia no conlleva vulneración alguna del derecho de defensa, por lo que la pretensión del recurrente de destruir el contenido de lo declarado en sede policial y judicial no puede admitirse al no existir vulneración alguna y quedar cumplida la asistencia letrada sin indefensión material.

Como ya se ha expuesto por esta Sala del Tribunal Supremo Sentencia 821/2016 de 2 Nov. 2016, Rec. 733/2016 "se impone destacar y reiterar el reconocimiento de la especial relevancia que tiene el sagrado derecho de defensa en el proceso penal, siguiendo lo ya expresado por esta Sala en las sentencias 79/2012, de 9 de febrero y 263/2013, de 3 de abril .

1.-El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha señalado en la Sentencia de 14 de septiembre de 2010 (Gran Sala), (Caso Azko y Akcros/Comisión), que "... el respeto del derecho de defensa en todo procedimiento que pueda dar lugar a sanciones, en particular a multas o a multas coercitivas, constituye un principio fundamental del Derecho de la Unión ...". La máxima aplicada con carácter general al derecho sancionador es aplicable al proceso penal, con mayor razón, dada la naturaleza de las sanciones imponibles.

El proceso penal del Estado de Derecho se estructura sobre la base del principio acusatorio y de la presunción de inocencia. Para que su desarrollo respete las exigencias de un proceso justo, o en términos del artículo 24.2 de la Constitución, de un proceso con todas las garantías, es necesario que el imputado conozca la acusación y pueda defenderse adecuadamente de la misma. De esta forma, el derecho de defensa, como derecho reconocido a cualquier imputado, resulta esencial, nuclear, en la configuración del proceso.



En este marco, los principios de contradicción e igualdad de armas y de prohibición de la indefensión, actúan, a través del derecho de defensa, como legitimadores de la jurisdicción, de manera que ésta solo puede operar en ejercicio del poder judicial dadas determinadas condiciones de garantía de los derechos de las partes, y especialmente del imputado.

2.- Derecho a la defensa letrada. El derecho de defensa, desarrollado sustancialmente a través de la asistencia letrada, aparece reconocido como un derecho fundamental del detenido en el artículo 17 de la CE, y del imputado, con el mismo carácter aunque no exactamente con el mismo contenido, en el artículo 24. Su especial relevancia se destaca porque no se encuentra entre los que el artículo 55 de la CE considera susceptibles de suspensión en casos de estado de excepción o de sitio.

En el artículo 24 aparece junto a otros derechos que, aunque distintos e independientes entre sí, constituyen una batería de garantías orientadas a asegurar la eficacia real de uno de ellos: el derecho a un proceso con garantías, a un proceso equitativo, en términos del CEDH; en definitiva, a un proceso justo. De forma que la pretensión legítima del Estado en cuanto a la persecución y sanción de las conductas delictivas, solo debe ser satisfecha dentro de los límites impuestos al ejercicio del poder por los derechos que corresponden a los ciudadanos en un Estado de Derecho.

3.- Instrucción de la FGE. - Por su parte, la Instrucción 8/2004 de la Fiscalía General del Estado, recuerda que la Constitución Española reconoce el derecho fundamental a la defensa y a la asistencia de letrado sin que en ningún caso pueda producirse indefensión (Art. 24.2).

Recuerda también que el Art. 6.3 c) del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950 dispone que todo acusado tiene, como mínimo, el derecho a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un Abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan.

Y que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 diciembre de 1966, ratificado por Instrumento de 27 abril 1977, dispone en su Art. 14.3 b) que toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa, a comunicarse con un defensor de su elección y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo.

Añadiendo la citada Instrucción que "El derecho de defensa es un derecho sagrado, quizás el más sagrado de todos los derechos en la justicia penal" (SSTS 2320/1993 y 851/1993).

4.- Libre elección de Letrado.- Directamente relacionados con la defensa y la asistencia letrada, aparecen otros aspectos instrumentales pero esenciales para su efectividad. En primer lugar, la confianza en el letrado de libre elección.

El TC ha señalado (entre otras en STC 1560/2003) que "la confianza que al asistido le inspiren las condiciones profesionales y humanas de su Letrado ocupa un lugar destacado en el ejercicio del derecho de asistencia letrada cuando se trata de la defensa de un acusado en un proceso penal".

Pero también ha señalado que este derecho no es absoluto, dado que la necesidad de contar con la confianza del acusado no permite al Letrado disponer a su antojo el desarrollo del proceso (STC 1629/1999, de 27 de septiembre), ni elegir, sin restricción alguna, cuándo se retira o se mantiene la misma, pues el Tribunal Constitucional ha expresado reiteradamente, desde la STC 47/1987, "que el ejercicio del derecho de asistencia letrada entra en ocasiones en tensión o conflicto con los intereses protegidos por el derecho fundamental que el Art. 24.2 C. E. reconoce en relación con el proceso sin dilaciones indebidas. De esta forma, es posible imponer limitaciones en el ejercicio de la posibilidad de designar Letrado de libre elección en protección de otros intereses constitucionalmente relevantes, siempre y cuando dichas limitaciones no produzcan una real y efectiva vulneración del derecho de asistencia letrada, de manera que queden a salvo los intereses jurídicamente protegibles que dan vida al derecho" (SSTC 11/1981, 37/1987 y 196/1987).

5.- Indefensión material.- La doctrina constitucional (SSTC. 25/2011, de 14 de marzo y 62/2009 de 9 de marzo, entre otras muchas) recuerda que la indefensión constituye una noción material que se caracteriza por suponer una privación o minoración sustancial del derecho de defensa; un menoscabo sensible de los principios de contradicción y de igualdad de las partes que impide o dificulta gravemente a una de ellas la posibilidad de alegar y acreditar en el proceso su propio derecho, o de replicar dialécticamente la posición contraria en igualdad de condiciones con las demás partes procesales.

Es decir que «para que pueda estimarse una indefensión con relevancia constitucional, que sitúe al interesado al margen de toda posibilidad de alegar y defender en el proceso sus derechos, **no basta con una vulneración**



meramente formal, sino que es necesario que de esa infracción formal se derive un efecto material de indefensión, con real menoscabo del derecho de defensa y con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado» (STC 185/2003, de 27 de octubre ; y STC 164/2005 de 20 de junio).

6.-Por su parte la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea enumera los derechos básicos que la Unión ha de respetar, así como los Estados miembros cuando aplican el Derecho de la Unión, y constituye un instrumento jurídicamente vinculante, elaborado para reconocer formalmente y dar visibilidad al papel que desempeñan los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico de la Unión. En su artículo 48.2º "garantiza a todo acusado el respeto de los derechos de la defensa".

El artículo 3.1 de la Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013 , sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales, establece expresamente que "Los Estados miembros velarán por que los sospechosos y acusados tengan derecho a ser asistidos por un letrado en el momento y del modo que les permita ejercer sus derechos de defensa en la práctica y de manera efectiva " .

Esta referencia a la efectividad del derecho de defensa pone de relieve que los órganos jurisdiccionales no solo deben velar por el cumplimiento formal de una serie de reglas procedimentales, sino que están obligados a garantizar la efectividad práctica del derecho. Como ha señalado el TEDH no basta con que exista un reconocimiento formal del derecho de defensa, sino que debe velarse porque el mismo constituya una garantía real y efectiva (casos Artico y Pakelli).

Es claro que la efectividad del derecho de defensa requiere, al menos y entre otras garantías que ahora no son relevantes, una posibilidad de comunicación entre el acusado y su letrado, que permita a aquel conocer el contenido de la acusación que se formula contra él y de las pruebas presentadas en su contra, y poder proporcionar a su abogado los instrumentos necesarios para que éste pueda articular su defensa, incluido el conocimiento de las pruebas que puede proponer a estos efectos".

Pues bien, sentado esto destacamos que ninguna indefensión material se ha producido, por cuanto las alegaciones efectuadas nos llevan a la existencia de un cambio de letrado, -por ser el que le correspondía por turno el día de su declaración-, pero fue quien finalmente asistió debidamente al detenido en dependencias policiales y judiciales, sin que conste que ello le provocó una merma de su derecho de defensa. Y, es más, el propio recurrente consta en el acta de información de derechos en sede judicial de fecha 13.11.14, que el Sr. Rodolfo designa para su defensa al abogado designado del Turno de Oficio Don Eduardo Rueda García. Lo que era determinante es que se estaba designando al letrado del turno de oficio, y que el que actuó lo hizo cumpliendo las exigencias legales, por cuanto no consta en modo alguno desatención, abandono o falta de cumplimiento de sus obligaciones o inobservancia del código deontológico, por lo que no existe indefensión material, que es lo que hubiera provocado si el derecho de defensa no se hubiera ejercido en condiciones por el letrado que le asistió y esto último no consta.

Así, aunque sea cierto que se ha sustituido al letrado, ello lo fue por cuanto a quien le correspondía el día que declaró era quien finalmente intervino, y reconoce el recurrente que "en sede judicial se han cumplido escrupulosamente las garantías y requisitos respecto a la asistencia letrada al investigado y ninguna objeción se pone al trato dispensado en esa sede".

El motivo se desestima.

6.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del artículo 5.4 LOPJ y del 852 LECRIM ., por vulneración del derecho fundamental al juez predeterminado por la ley, al amparo del artículo 24.2 de la Constitución Española , al ser competencia del tribunal del jurado todos los delitos enjuiciados en la presente causa.

No es posible admitir que la anulación de la sentencia con respecto al delito de lesiones arrastre la nulidad del juicio íntegro, ya que la inclusión del conocimiento de los ilícitos penales que se juzgaron junto con el asesinato lo eran por conexidad y para no dividir la continencia de la causa, pero escindido uno de ellos, como es el de lesiones, por la patente, aquí sí, contradicción y problemas insalvables en la respuesta del Jurado la decisión del TSJ de anular la mención relativa a la condena por lesiones tiene como consecuencia evidente el enjuiciamiento por Tribunal técnico, lo que impide la contaminación y cualquier problema derivado de esta escisión, sin ser preciso anular aquellas partes del juicio en donde se han respetado las formalidades legales, pese a la queja del recurrente, ya que el delito de lesiones venía fundado en la conexidad delictiva, de manera que al admitirse la posibilidad de su enjuiciamiento separado la competencia corresponde a un Tribunal técnico, que es el predeterminado por la Ley.

El motivo se desestima.

7.- Al amparo del artículo 850.3º.4º LECRIM . por quebrantamiento de forma, cuando el Presidente del Tribunal se niegue a que un testigo conteste en audiencia pública a la pregunta o preguntas que se le dirijan siendo



pertinentes y de manifiesta influencia en la causa. Por desestimar alguna pregunta por capciosa, sugestiva o impertinente, no siéndolo en realidad, siempre que tuviera verdadera importancia para el resultado del juicio.

Se vuelve a insistir en la cuestión atinente a la declaración policial del investigado en razón a la denegación de preguntas relativas a la asistencia letrada cuando ya se ha expuesto que este punto no es relevante, por lo que la cuestión relativa a que fuera el letrado del turno de oficio del día siguiente quien le atendiera no provocó al recurrente ninguna "indefensión material", que es lo que se debería haber alegado y probado en este motivo y en los nº 3 a 5, por lo que no provoca ahora, tampoco, indefensión alguna que no se contestaran preguntas relativas a la declaración policial. En todo caso no se refiere qué indefensión le provocó que le asistiera el letrado del turno de oficio del día siguiente si en sede policial se consideró, dentro de sus posibilidades, que debía declarar al día siguiente, por lo que la no constatación de indefensión material conlleva la desestimación.

El motivo se desestima.

8.- Al amparo del artículo 850.3º.4º LECRIM . por quebrantamiento de forma, cuando el Presidente del Tribunal se niegue a que un testigo conteste en audiencia pública a la pregunta o preguntas que se le dirijan siendo pertinentes y de manifiesta influencia en la causa. Por desestimar alguna pregunta por capciosa, sugestiva o impertinente, no siéndolo en realidad, siempre que tuviera verdadera importancia para el resultado del juicio.

Se incide de nuevo en el mismo motivo, pero más allá del derecho que se postula se debería haber recogido o reflejado en qué medida la intervención del letrado de oficio Sr. Rueda en la declaración policial le causó indefensión al recurrente, y qué tipo de indefensión, ya que no puede dudarse de la cualificación profesional de un letrado del turno de oficio que reúnen las condiciones de formación adecuadas y sobre las que los colegios de abogados llevan a cabo escrupulosas medidas de control y atención técnica, a fin de poder garantizar que los letrados que asisten al turno de oficio del detenido pueden prestar ese servicio en condiciones que garanticen los derechos del detenido.

Por ello, resulta evidente que la asistencia letrada del letrado Sr. Rueda se llevó a cabo dentro de las más estrictas condiciones de profesionalidad que le permiten la asistencia a cursos de formación y el cumplimiento de sus obligaciones, en tanto asistió al detenido en sus sedes policial y judicial, y sin que se haya destacado en qué medida la intervención de este letrado mermó el derecho de defensa del detenido, o que pudo influir negativamente en la convicción del Jurado en orden a que existiera una relación de causa- efecto en la declaración del detenido, y que el letrado que le tocaba por turno interviniera de forma negativa.

Por ello, pretender en estos motivos que el letrado del turno de oficio del día anterior hubiera garantizado más el derecho de defensa es cuestión que no puede valorarse, por cuanto lo hubiera garantizado igual, ya que existe la presunción de la alta cualificación de todos los letrados que están dados de alta en el turno de oficio de los colegios de abogados, ya que estos adoptan las medidas oportunas para que los letrados que realizan la asistencia al detenido puedan cumplir con esa importante y trascendente función de forma correcta, adecuada, profesional y garantizando los derechos de los detenidos, tanto en sede policial, como en sede judicial, como aquí ocurrió, sin que la convicción del Jurado sobre la autoría del recurrente estuviera basada en modo alguno en una mala praxis del letrado del turno de oficio que le asistió al detenido, por lo que postular estos motivos en torno a este punto no conllevan la prueba de una indefensión material por la correcta función que desempeñó el letrado que por turno le correspondía, no alegándose lo contrario, y mucho menos, acreditándose, indefensión material al detenido ni en sede policial, ni en sede judicial.

Resulta contrastada la adecuada formación de los letrados del turno de oficio de los colegios de abogados, formación coordinada con acierto desde el propio Consejo General de la Abogacía, a fin de que esta importante y trascendente labor que llevan a cabo pueda desempeñarse en condiciones que aseguren la prestación del sagrado derecho de defensa del detenido, como aquí ocurrió, de ahí que fuera irrelevante dirigirles preguntas a los agentes que actuaron ese día por este motivo.

9.- Al amparo del artículo 851.3º LECRIM . por quebrantamiento de forma, cuando no se resuelvan todos los puntos que hayan sido objeto de acusación y defensa.

Se vuelve a incidir en los incisos 4B y 5B del apartado 1 de la acusación particular, pero ello no es contradictorio con la declaración de culpabilidad del recurrente que es declarado culpable de los hechos sometidos a enjuiciamiento en su grave participación delictiva. La motivación del Tribunal del Jurado y el de apelación es correcta.

El motivo se desestima.

RECURSO DE Eva María

TERCERO.- 1.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851-5º LECRIM , por denegación de medios de prueba propuestos en tiempo y forma.



La recurrente alega que la prueba testifical propuesta en su escrito de defensa de Rosalia e Cayetano , madre biológica y tío respectivamente del coacusado Rodolfo iba dirigida a constatar el comportamiento agresivo y violento de éste hacia las personas, incluyendo su propio hijo, por lo que estima que tal prueba debió ser admitida.

La conducta violenta era un extremo evidente del acusado, dados los hechos cometidos y declarados probados, pero debemos recordar que dos elementos han de ser valorados a este respecto:

1.- **La pertinencia**

Pertinencia es la relación entre las pruebas propuestas con lo que es objeto del juicio y constituye "thema decidendi" (vid. STC. 51/1981, de 10 de abril).

2.- **La relevancia de la prueba propuesta** .

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 ésta (vid. TC. SS. 116/1983, de 7 de diciembre 51/1985, de 10 de abril ; y 45/1990, de 15 de marzo).

En la relevancia deben destacarse dos aspectos:

a.- El primero funcional relativo a los requisitos formales necesarios para la práctica y desarrollo de la prueba y su impugnación.

b.- De carácter material relativo a la potencialidad de la prueba denegada con relación a una alteración del fallo de la sentencia.

Además, se requiere que **la prueba sea además "necesaria"** , es decir, tenga utilidad para los intereses de defensa de quien la propone (Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 1995), de modo que su omisión le cause indefensión (Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de febrero y 8 de noviembre de 1992 , y 15 de diciembre de 1994).

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** (Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 1991), **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** (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1995) que eliminen de manera sobrevinida su condición de indispensable y forzosa, como cualidades distintas de la oportunidad y adecuación propias de la idea de pertinencia.

No consta ni la pertinencia ni la necesidad de prueba testifical con respecto al carácter de Rodolfo , por lo que resultan innecesarias estas declaraciones.

Al respecto, en la sentencia del TSJ se valoró con acierto en este punto que "Ciertamente dicha parte había solicitado tales diligencias de prueba en su escrito de calificación, siéndole denegadas en el auto de hechos justiciables, facultad que se otorga al Magistrado-Presidente (art. 37-d de la LOTJ), denegación frente a la que elevó protesta. Ahora bien, la Sala comparte el criterio denegatorio estimando que la declaración de su no procedencia en modo alguno causó indefensión; así, constan en autos la denuncia y sentencia condenatoria referentes al extremo que se dice querer acreditar, así como el informe médico pertinente, su declaración a través de videoconferencia, siendo así que el art. 46-2 de la LOTJ en relación con el art. 726 de la LECr , faculta al Jurado para el examen por sí de los documentos o papeles existentes en las actuaciones que puedan contribuir al esclarecimiento de los hechos. Por tanto, es evidente que el Jurado pudo evaluar la existencia de la circunstancia objeto de la prueba que ahora se pretende necesaria, y que por lo expuesto su rechazo no se considera causante de indefensión. Con independencia de ello, el carácter agresivo quedó patente y deducible del curso de los hechos enjuiciados".

Por ello, se desestima el motivo al no tener la incidencia probatoria que se reclama, no pudiendo alterar el resultado de la convicción final. La conducta agresiva de Rodolfo no le exonera a Eva María de responsabilidad por la forma en que se llevó a cabo su participación, que, incluso, es degradada a la categoría de complicidad en el asesinato.

2.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 850.3 º y 4º LECRIM , por haberse negado la Magistrada Presidente del Tribunal del Jurado a que una testigo conteste a una pregunta siendo pertinente y de manifiesta influencia en la causa.



Se formula la queja relativa a que la Magistrada Presidente del Tribunal del Jurado se negó a que la testigo Bárbara contestase a la pregunta que esta defensa realizó en relación a la veracidad o no de la denuncia interpuesta contra Rodolfo por delito de amenazas en el ámbito familiar.

En este recurso se incide, de igual modo, en un hecho que no es objeto de enjuiciamiento, ya que la situación de maltrato de la recurrente no es objeto de debate, sino los hechos que han sido declarados probados, por lo que se trata de una pregunta que puede inadmitirse, como así ocurrió. El carácter agresivo de Rodolfo era algo que quedó constatado en el relato de hechos probados con su aceptación por el Tribunal del Jurado, y este tuvo suficientes elementos de prueba para esta corroboración, como así ocurrió.

El motivo se desestima.

3.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851-3º LECRIM, por no resolver la sentencia todos los puntos que han sido objeto de defensa.

Se alega como motivo del recurso la existencia de incongruencia omisiva por la vía del art. 851.3 LECRIM alegando que la sentencia no ha resuelto todos los puntos que hayan sido objeto de la acusación y defensa.

Sobre la denominada incongruencia omisiva es preciso llevar a cabo diversas puntualizaciones en torno a fijar con claridad los elementos definidores que permiten acudir a esta vía impugnativa del art. 851.3 LECRIM ya que en ocasiones se plantea este medio impugnativo acudiendo a lo que se denominan "alegaciones efectuadas en el juicio" en lugar de las "pretensiones" de las partes, siendo estas últimas las que dan lugar al verdadero vicio, no las alegaciones. Así, se ha dicho que la sentencia penal debe dar respuesta a las pretensiones de las partes, pero no a las alegaciones, ya que estas no dan lugar a la incongruencia omisiva.

Son así las pretensiones jurídicas las que dan lugar a este medio ya que en ese caso el Tribunal dictaría una sentencia incongruente con lo que piden las partes si no da respuesta a las pretensiones que han sostenido.

Los requisitos son los siguientes:

1.- Esta alegación de incongruencia debe referirse a las pretensiones de las partes.

2.- No puede tratarse de una mera alegación o argumentación jurídica expuesta por el recurrente, ya que se ha expuesto con reiteración que el Tribunal no debe dar respuesta a todas y cada una de las "alegaciones" o argumentos en que se basan las pretensiones de las partes, sino que debe contestar a estas últimas. Por ello, lo que supone el quebrantamiento de forma no es que se acoja un argumento en apoyo de una pretensión, sino que se deje de resolver la misma.

3.- La circunstancia de que la pretensión es jurídica exige que la referencia que debe constar en el motivo casacional deba ser referida a una omisión del Tribunal relativa a una cuestión de derecho planteada por la parte, quedando, por ello, excluidas las cuestiones fácticas. Lo que no quiere decir que pueda esto utilizarse por otra vía, por ejemplo, el previsto en el art. 849.2 LECRIM, o por la vía del alegato de la presunción de inocencia, ya que el denominado *derecho procesal de incongruencia omisiva* no se refiere a las meras cuestiones de hecho. En este estado de cosas, la jurisprudencia ya ha dejado sentado que este motivo no se basa en que las partes pretendan que consten en la sentencia los datos de hecho que pretendan, sino la *respuesta a sus pretensiones jurídicas*, que no es lo mismo que las alegaciones fácticas (STS 44/2016, de 3 de Febrero). También la STS 113/2016, de 19 de Febrero refiere que esta *incongruencia omisiva* del art. 851.3 LECRIM se refiere a pretensiones formalmente articuladas, no a argumentos sobre valoración probatoria.

4.- Es también obligatorio que la parte se ciña en su alegato casacional a que la pretensión que refiere no resuelta ha de haber sido propuesta oportunamente. Y ello, debe llevarlo a efecto en el trámite perentorio de las conclusiones definitivas en el juicio oral, momento hasta el cual se permite que fije la parte su *pretensión* cuya omisión es la que podría dar lugar al vicio de incongruencia omisiva.

Se ha planteado si en el trámite de juicio oral puede la parte formular su pretensión y plantear que existe este defecto si no se resuelve, pero el informe de juicio oral no es el lugar procesal para el planteamiento de la pretensión (STS 842/2003, de 11 de Junio y STS 114/2016, de 22 de Febrero).

Así, la STS 842/2003, de 11 de Junio señala que: "La llamada «incongruencia omisiva» o «Fallo corto» constituye un «vicio in iudicando» que tiene como esencia la vulneración por parte del Tribunal del deber de atendimento y resolución de aquellas pretensiones que se hayan traído al proceso oportuna y temporalmente, frustrando con ello el derecho de la parte –integrado en el de tutela judicial efectiva– a obtener una respuesta fundada en derecho sobre la cuestión formalmente planteada (Sentencias del Tribunal Constitucional 192/87, de 23 Jun., 8/1998, de 22 Ene. y 108/1990, de 7 Jun., entre otras, y de esta Sala Segunda de 2 Nov. 1990, 19 Oct. 1992 y 3 Oct. 1997, entre otras muchas). La doctrina jurisprudencial estima que son condiciones necesarias para la casación de una sentencia por la apreciación de este «vicio in iudicando», las siguientes:



- 1) que la omisión o silencio verse sobre cuestiones jurídicas y no sobre extremos de hecho;
- 2) que las pretensiones ignoradas se hayan formulado claramente y en el momento procesal oportuno;
- 3) que se trate efectivamente de pretensiones y no de meros argumentos o alegaciones que apoyen una pretensión;
- 4) que no consten resueltas en la sentencia, ya de modo directo o expreso, ya de modo indirecto o implícito, siendo admisible este último únicamente cuando la decisión se deduzca manifiestamente de la resolución adoptada respecto de una pretensión incompatible, siempre que el conjunto de la resolución permita conocer sin dificultad la motivación de la decisión implícita, pues en todo caso ha de mantenerse el imperativo de la razonabilidad de la resolución (S.T.S. 771/1996, de 5 Feb ., 263/96, de 25 Mar . o 893/97, de 20 Jun .)".

Esta sentencia concreta el momento procesal de las conclusiones definitivas para la exposición de sus pretensiones, y así lo explicita señalando que:

"Las cuestiones planteadas al Tribunal se cierran definitivamente en el trámite de conclusiones definitivas, sin que pueda introducirse verbalmente ninguna otra durante el informe oral.

Y ello por tres razones fundamentales, una de índole legal, otra constitucional y otra material.

1.- **Desde el punto de vista legal** el art. 737 de la L.E.Cr establece expresamente que los informes de los defensores de las partes se acomodaran a las conclusiones que definitivamente hayan formulado, por lo que cualquier pretensión nueva debe tenerse por procesalmente inexistente, según expresión consolidada jurisprudencialmente.

2.- **Desde el punto de vista constitucional** el informe oral no es el momento oportuno para introducir modificaciones o nuevas pretensiones de las partes, pues se originaría indefensión a las acusaciones, la representación del Ministerio Público o de la víctima, por ejemplo, que estarían privadas de rebatir las propuestas de las defensas. De admitirse esta pretensión se impediría el debate sobre la misma, con la consiguiente vulneración del principio fundamental del juicio que es el de contradicción y audiencia de partes.

3.- **Desde el punto de vista material** ha de tomarse en consideración que el acta del juicio no recoge lo expresado oralmente en el informe, pues ordinariamente se limita a expresar, como es legalmente procedente, que las partes expusieron los argumentos pertinentes en apoyo de sus conclusiones definitivas, por lo que la alegación de incongruencia omisiva sobre la base de una nueva pretensión incorporada verbalmente en el informe carecería de soporte documental".

También la STS 413/2015, de 30 de Junio señala que: "**No puede prosperar una impugnación basada en este motivo en el caso de que la cuestión se centre en la omisión de una argumentación, pues el Tribunal no viene obligado a dar una respuesta explícita a todas y cada una de las alegaciones o argumentaciones** , bastando con la respuesta a la pretensión realizada, en la medida en que implique también una desestimación de las argumentaciones efectuadas en sentido contrario a su decisión (STS. 636/2004 de 14.5) y desde luego, como ya hemos dicho, tampoco prosperará el motivo del recurso se base en omisiones fácticas, pues el defecto procesal de incongruencia omisiva en ningún caso se refiere a cuestiones de hecho (STS. 161/2004 de 9.2).

"Puntos", nos dice literalmente este art. 851.3º. "Puntos litigiosos", nos decía el art. 359 LECivil derogado por la nueva Ley 1/2000, que también habla de "pretensiones". Este último término (pretensiones) es el que usa nuestro Tribunal Constitucional cuando trata esta materia de la incongruencia por omisión a propósito del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE mientras que en la Sala Segunda del Tribunal Supremo preferimos hablar de "cuestiones jurídicas".

Expresiones varias con las que se trata de decir lo mismo: los extremos concretos que deban resolverse en toda sentencia, para excluir las meras cuestiones fácticas y también las simples argumentaciones utilizadas en apoyo de cada pretensión deducida por la parte. Las partes activas y pasivas de cualquier proceso realizan sus peticiones al tribunal correspondiente. Estas peticiones se amparan en determinados planteamientos jurídicos. Podemos decir que cada uno de estos planteamientos son los "puntos" que deben resolverse en la sentencia. "Puntos" que, se diferencian, por un lado, de los hechos en que esa petición se apoya y, por otro lado, de los meros argumentos o razones especulativas con que se trata de justificar desde el punto de vista del Derecho la necesidad de aplicar una norma determinada al caso correspondiente.

En resumen, la jurisprudencia (SSTS. 23.3.96 , 18.12.96 , 29.9.99 , 14.2.2000 , 27.11.2000 , 22.3.2001 , 27.6.2003 , 12.5.2004 , 22.2.2006 , 11.12.2006), viene exigiendo las siguientes condiciones para que pueda apreciarse este motivo:



1) que la omisión padecida venga referida a temas de carácter jurídico suscitadas por las partes oportunamente en sus escritos de conclusiones definitivas y no a meras cuestiones fácticas, extremos de hecho o simples argumentos.

2) que la resolución dictada haya dejado de pronunciarse sobre concretos problemas de Derecho debatidos legal y oportunamente, lo que a su vez, debe matizarse en un doble sentido:

a) que la omisión se refiera a pedimentos, peticiones o pretensiones jurídicas y no a cada una de las distintas alegaciones individuales o razonamientos concretos en que aquellas se sustenten, porque sobre cada uno de éstos no se exige una contestación judicial explícita y pormenorizada, siendo suficiente una respuesta global genérica (STC. 15.4.96).

b) que dicha vulneración no es apreciable cuando el silencio judicial puede razonablemente interpretarse como desestimación implícita o tácita constitucionalmente admitida (SSTC. 169/94 , 91/95 143/95), lo que sucede cuando la resolución dictada en la instancia sea incompatible con la cuestión propuesta por la parte, es decir, cuando del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución judicial puede razonablemente deducirse no sólo que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida, sino además los motivos fundamentadores de la respuesta tácita (STC. 263/93 ; TS. 96 y 1.7.97).

3) que aún, existiendo el vicio, éste no pueda ser subsanado por la casación a través de otros planteamientos de fondo aducidos en el recurso (SSTS. 24.11.2000 , 18.2.2004).

En estos últimos casos esta Sala ha procedido a dar respuesta razonada a la pretensión no resuelta por el Tribunal de instancia. En atención al derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas "cuando exista en el recurso un motivo de fondo que permita subsanar la omisión denunciada, analizando razonadamente y resolviendo motivadamente, la cuestión planteada, se ofrece a esta Sala la oportunidad de examinar la cuestión de fondo cuyo tratamiento ha sido omitido, satisfaciendo a su vez el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso sin dilaciones indebidas, evitando las dilaciones que se producirían si la causa hubiese de volver al Tribunal de instancia y posteriormente, de nuevo, a este Tribunal de casación (STS. 1095/99 de 5.7 , 1240/2009 de 23.12 , 64/2014 de 11.2 , 627/2014 de 7.10).

Pues bien, a la hora de resolver sobre la alegación de la incongruencia omisiva la jurisprudencia plantea tres escenarios:

a. La desestimación implícita.

b. La subsanación de la omisión en casación

c. El complemento de sentencias.

a.- La **desestimación implícita** conlleva que la pretensión ha sido resuelta de manera implícita si la argumentación del Tribunal para llegar a su convicción sea de tal naturaleza que la haga incompatible con la pretensión de la parte con lo que de alguna manera se está resolviendo sobre "su pretensión", aunque también se admite una decisión implícita cuando exista un pronunciamiento decisorio sobre cuestiones contrarias e incompatibles con la omitida y que, por ello, la excluyan. Por ello, destaca Andres Martinez Arrieta que esta vía tiene como objetivo la teoría de la *conservación de los actos* a fin de evitar dilaciones en el procedimiento.

Por ello, puede afirmarse que existen dos formas de dar respuesta a las pretensiones de las partes:

1.- La explícita. Esta es la acorde con los arts. 742 y 142 LECRIM .

2. La implícita. Es incompatible con la pretensión deducida por la parte.

Esta Sala se ha pronunciado sobre esta desestimación implícita en la STS 168/2016, de 2 de Marzo .

b.- **La subsanación de la omisión en la casación** que la podemos encontrar en la STS 865//2015, de 14 de Enero de 2016 que señala que: "Esta Sala ha precisado que para que pueda prosperar un motivo de casación por quebrantamiento de forma basado en incongruencia omisiva, es necesario que la omisión padecida venga referida a pretensiones jurídicas mantenidas, que no puedan razonablemente entenderse implícita o tácitamente desestimadas. Y ha exigido, además, que, aun existiendo el defecto, éste no pueda ser subsanado por la casación a través de la resolución de otros planteamientos de fondo aducidos en el recurso. En estos últimos casos, esta Sala ha dado respuesta razonada a la pretensión no resuelta por el Tribunal de instancia. Como explicó la STS 1095/1999 de 5 de julio "cuando exista en el recurso un motivo de fondo que permita subsanar la omisión denunciada, analizando razonadamente y resolviendo motivadamente la cuestión planteada, **se ofrece a esta Sala la oportunidad de examinar la cuestión de fondo cuyo tratamiento ha sido omitido, satisfaciendo a su vez el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso sin dilaciones indebidas,**



evitando las que se producirían si la causa hubiese de volver al Tribunal de instancia y posteriormente, de nuevo, a este Tribunal de casación " .

c.- **El complemento de sentencias .**

Una vía adicional para resolver el motivo de la incongruencia omisiva es el relativo al denominado **complemento de sentencias** que está previsto en el art. 267 LOPJ que se recoge en la STS 44/2016, de 3 de Febrero que señala que: "En todo caso, el motivo no puede prosperar si previamente no se ha intentado su subsanación; y **el recurrente, aunque formulara la oportuna protesta, ulteriormente no acudió al preceptivo y previo recurso de aclaración, que constituye presupuesto insoslayable para intentar un recurso de casación por incongruencia omisiva** , pues es doctrina consolidada de este Tribunal que, "el defecto de la incongruencia pudo y debió ser remediado a partir del recurso de aclaración solicitando, antes de instar la casación, la subsanación de la incongruencia. En el sentido indicado una reiterada jurisprudencia ha declarado que, desde la perspectiva del quebrantamiento de forma, es doctrina ya consolidada de esta Sala afirmar que el expediente del art. 161.5º LECr introducido en 2009 en armonía con el art. 267.5 de la LOPJ se ha convertido en presupuesto necesario de un motivo por incongruencia omisiva. Esa reforma ensanchó las posibilidades de variación de las resoluciones judiciales cuando se trata de suplir omisiones. Es factible integrar y complementar la sentencia si guarda silencio sobre pronunciamientos exigidos por las pretensiones ejercitadas. *Se deposita en manos de las partes una herramienta específica a utilizar en el plazo de cinco días. Con esta previsión se quiere evitar que el tribunal ad quem haya de reponer las actuaciones al momento de dictar sentencia, con las consiguientes dilaciones, para obtener el pronunciamiento omitido. Ese remedio está al servicio de la agilidad procesal "* (STS 286/2015 de 19 de mayo ; y en el mismo sentido SSTS 766/2015, de 3 de diciembre 102/2015 de 24 de febrero y 834/2014 de 10 de diciembre)".

También trata de esta cuestión la STS 134/2016, de 24 de Febrero que señala que: "El criterio de esta Sala, expresado en numerosos precedentes, referido a la alegación casacional de quebrantamiento de forma sin haber agotado en la instancia todos los cauces que el ordenamiento jurídico concede para hacer valer esa censura. Las sentencias de esta Sala 323/2015, 20 de mayo y 444/2015, 26 de marzo , recuerdan que **el motivo sustentado en el vicio procesal de incongruencia omisiva, se deriva de que ni explícita ni implícitamente se haya dado respuesta a una cuestión jurídica oportuna y temporáneamente alegada por alguna de las partes del proceso** (STS 671/2012, 25 de julio); pero además conlleva su denuncia en este control casacional, una exigencia procesal, acudir previamente en la instancia al trámite del art. 267 de a LOPJ para solventar la incongruencia omisiva que ahora denuncia con la pretensión de devolver la causa al Tribunal de procedencia, con las consiguientes dilaciones (STS 360/2014, 21 de abril); pues **el artículo 267.5º de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone que los Tribunales podrán aclarar algún concepto oscuro o rectificar cualquier error material y, entre ellos, se cita la posibilidad de subsanar las omisiones de que pudieran adolecer las sentencias en relación a pretensiones oportunamente deducidas, utilizando para ello el recurso de aclaración y dándole el trámite previsto en dicho párrafo . Con ello, se evita la interposición de recurso, se consigue la subsanación de la omisión producida, y todo ello con evidente economía procesal que, además, potencia el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas** . En palabras de la STS 290/2014, 21 de marzo "... es doctrina ya relativamente consolidada de esta Sala afirmar que el expediente del art. 161.5º de la LECrim , introducido en 2009 en armonía con el art. 267.5º de la LOPJ se ha convertido en presupuesto necesario de un motivo por incongruencia omisiva. Esa reforma ensanchó las posibilidades de variación de las resoluciones judiciales cuando se trata de suplir omisiones. Es factible integrar y complementar la sentencia si guarda silencio sobre pronunciamientos exigidos por las pretensiones ejercitadas".

Se alega, pues, que la sentencia del Tribunal del Jurado no resuelve sobre la cuestión previa planteada en cuanto a la impugnación de la prueba del análisis de drogas realizado a Eva María . Pero en la sentencia del TSJ sí que se da respuesta al recoger que dicha solicitud de impugnación fue planteada en sede del juicio oral en su momento inicial (art. 45 de la LOTJ), esto es, en las alegaciones previas, cuando el tiempo procesal oportuno tendría que serlo la fase de las cuestiones previas referidas en el art. 36 de dicho texto legal . Así, si la irregularidad se produjo en la fase previa, de instrucción, en ese momento se debió plantear la impugnación (sentencia del TS de 3-11-12016).

Además, la muestra del cabello, realizada con consentimiento de la acusada según los Forenses, solo sirvió para detectar un consumo en al menos 6-7 meses anteriores, dato que nada tuvo que ver o careció de relación con el fallo de la sentencia, por más que en el veredicto se halla hecho referencia a ello, pero como un simple ejemplo, sin relevante trascendencia. Lo que plantea es la improcedencia de ese resultado o análisis, pero los propios forenses exponen que fue verbal el consentimiento, y que además el resultado de la misma careció de relevancia en el fallo de la sentencia pese a que la recurrente pretende otorgarle trascendencia de contradicción. Es un dato fáctico no admisible en esta vía. Por otro lado, el veredicto del jurado (pág. 1047



en su explicación) se sustenta en datos esenciales de prueba practicada, siendo este no relevante en esencia para la condena, ya que no tiene una verdadera incidencia en los hechos cometidos.

Con respecto a la constancia de que la recurrente regala la ropa y enseres de su hijo a Justino , en un gesto solo comprensible desde el conocimiento, por su parte, del fallecimiento del niño se trata de la vía de la motivación del Tribunal del Jurado que debe realizar en base a la prueba practicada, solo atribuible al Magistrado Presidente que puede integrar datos del plenario en los hechos objeto del veredicto para dar cumplimiento a su deber de motivación, peor es un dato fáctico no admisible por esta vía.

Con respecto a la constancia de si el niño acudió a una consulta médica el Tribunal del Jurado declaró probado el hecho del fiscal desfavorable para la recurrente de la coparticipación en el maltrato habitual, ya que tenía la misión de garante de su propio hijo y pese a ello nada hizo para evitar el maltrato declarando probado en el hecho 1 A del Fiscal que el menor no recibió asistencia médica alguna, por lo que se desestima este alegato de igual modo al declarar probado el jurado esa omisión de sus obligaciones ante los sucesos vividos por su propio hijo, que ahora niega, por lo que es correcta la motivación del Tribunal.

Respecto a la existencia de defectos del veredicto en relación a su escrito de defensa ya es rechazado con acierto por el TSJ. Todo ello, además de la irrelevancia de los extremos que se citan ante la convicción del Tribunal en torno a los hechos sometidos a su análisis.

El motivo se desestima.

4.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 LECRIM , por infracción del art. 24.2 CE , por violación de derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Hace mención en su recurso la recurrente a los extremos declarados probados por la acusación particular, pero obviando de forma interesada los declarados probados por el Ministerio Fiscal que inculpan de forma clara a la recurrente y sobre los que el Jurado se ha pronunciado con veredicto de culpabilidad, ya que apunta en su motivación el jurado que Eva María señala que cuando ocurren los hechos se ausentó 45 minutos y que estuvo con una persona que llama Pura de la que no se ha tenido conocimiento y que en ese breve tiempo no es posible limpiar la escena del crimen, pero el jurado ya votó en contra (0-9) del planteamiento de la propuesta 4B de la acusación de que Eva María estaba ausente cuando Rodolfo perpetra el hecho y optan por declarar probado que estaba presente; añaden que según los forenses el dolor ocasionado al bebe por la fractura sería insoportable por lo que el niño tendría que expresar su dolor y ofrece versiones contradictorias sobre el paradero del niño. Además, los psicólogos no encuentran síntomas de maltrato en ella. Y que a los psicólogos y forenses les sorprende la actitud fría e indiferente de Eva María añadiendo que el testigo nº NUM004 de la policía sostuvo que Eva María fue cómplice y se basan en la primera declaración de Rodolfo que contiene numerosas contradicciones entre ambos acusados e incide en que ella no estaba presente, algo que el Tribunal del Jurado señalan como "sospechoso". Y por último añaden que según los informes policiales el cadáver fue introducido en la maleta y envuelto en la manta en el propio domicilio.

Con respecto a las contradicciones que apunta el recurrente hay que señalar, en primer lugar, que es irrelevante la mención del maltrato a la recurrente ya que no es objeto de condena, sino el maltrato habitual al menor, y que el carácter agresivo de Rodolfo estaba constatado resulta evidente con los hechos ocurridos, pero el debate sobre si la recurrente era víctima no es parte del enjuiciamiento. Señala, así, el TSJ en su sentencia en el FD 4º que "no está juzgándose en modo alguno un posible maltrato de la acusada como sujeto pasivo. Teniendo esto en cuenta, en el inciso 1 A (propuesta del M. Fiscal), en el apartado primero, esto es, el correspondiente al acusado Rodolfo , según el cual éste de forma habitual golpeaba y maltrataba al menor, se votó de forma afirmativa (9 a favor, 0 en contra), y también en sentido afirmativo se votó la propuesta contemplada en el mismo inciso 1-A en el apartado correspondiente a la acusada Eva María , según la que en dicha acción omitió de forma voluntaria cualquier acción de impedir dicho maltrato (9 a favor, 0 en contra).

En el inciso 1-B (propuesta de la acusación particular) en apartado primero, es decir, el correspondiente al acusado Rodolfo , es donde se señala que el maltrato a ambos era habitual, si bien concretando y haciendo especial referencia a continuación al menor, siendo la votación positiva (9 a favor y 0 en contra), si bien no se dio el mismo resultado al votar el inciso 1-B en el apartado segundo, correspondiente a la acusada Eva María , con la misma redacción (0 votos a favor y 9 en contra). Pero hay que añadir que no tiene la trascendencia y relevancia de una nulidad, por cuanto el sentido de la decisión es evidente en cuanto a la común responsabilidad en el maltrato habitual, Rodolfo por acción y Eva María por omisión, no siendo objeto de enjuiciamiento si Eva María era víctima de Rodolfo , de ahí la irrelevancia de este último aspecto.

De lo expuesto se desprende que, en efecto, una de las proposiciones, concretamente de la acusación particular, aludió a dicho maltrato, si bien luego nada concretó sino respecto del menor, como no podía ser de otro modo habida cuenta de su petición de condena. El hecho de tal presunto maltrato, que se reitera no



se juzga, podría incidir a lo más en la apreciación de alguna circunstancia modificativa de la responsabilidad, proposición que en modo alguno introdujo la acusación sino la defensa en su versión plasmada en el punto C del apartado dos, y que fue rechazada por el Jurado. Por ello, y sin perjuicio de lo que más adelante se dirá, dicho pronunciamiento, al margen que contradicho en el apartado 1-B de dicho apartado, no ha de tener la incidencia pretendida".

Respecto a la credibilidad de la declaración de Rodolfo por el jurado es algo que consta en la motivación del veredicto respecto al primer recurrente al exponer el jurado en su motivación que se basan en su convicción en la primera declaración de Rodolfo que coincide con la investigación de los profesionales (médicos forenses, psiquiatras) así como en informes policiales, lo que no supone beneficio alguno para Eva María para quien el Jurado motivó una declaración inculpatoria, al valorar todas las pruebas y el resultado ya expuesto de la motivación respecto a Eva María .

Esa declaración inculpativa de Rodolfo es intentada ser declarada nula por el recurrente por la asistencia del letrado del turno de oficio que le correspondía, cuestionando las razones por las que se produjo el retraso en la declaración y que le asistiera otro letrado del que no puede ni debe dudarse en modo alguno la profesionalidad, como así fue, ya que ninguna duda o mancha se alega o acredita de esta intervención letrada.

Respecto al hecho de las lesiones que refiere recordar que ha sido anulado por el TSJ por lo que no es objeto de debate.

Respecto a si estaba presente Eva María en el crimen del menor el Jurado lo ha declarado así, ya que consta el veredicto de culpabilidad cuando responde a tal extremo del objeto del Fiscal en cuanto admiten el apartado 1 hecho 4 A del Fiscal en relación a que "hallándose la pareja y el niño en el domicilio familiar ...", mientras que la referencia que hace la recurrente es respecto de la exclusiva participación de Rodolfo que la votan culpable del crimen, y así en lo que se refiere a Eva María al folio 962 de autos consta el objeto en relación a lo mismo y su presencia en los hechos, ya que por un lado se tratan las preguntas respecto a Rodolfo y por otro respecto de Eva María y respecto de esta consta declarada culpable (apartado 2º, 4A) que ella estaba presente con Rodolfo cuando este da muerte al bebé constatando que "en ese momento estaba presente Eva María , quien pudiendo auxiliar a su hijo omitió de modo voluntario toda ayuda, tanto durante la comisión del citado hecho como posteriormente y de modo inmediato".

La recurrente procede a analizar los indicios que señala el Jurado, cuestionándolos, pero hay que reseñar que el Jurado no es un órgano técnico y se debe limitar el Presidente a valorar si los elementos expuestos por el Jurado son suficientes y válidos para tenerlos por válidos en cuanto a la prueba y motivación de la inculpativa, entendiéndose que del conjunto del acta del veredicto y su resultado se desprende la convicción en correlación con la motivación. Cierto y verdad que el sistema seguido es sumamente complejo y puede dar lugar a algún error, dada la exposición por separado de las preguntas y la oferta de tres alternativas del Fiscal, la acusación y la defensa, pero más allá de alguna diferencia se debe estar al conjunto de la valoración de cuál fue la voluntad del jurado en su determinación.

Las alegadas contradicciones de la recurrente supone una distinta valoración de la prueba que se ha practicado, pero ya indica el TSJ en su sentencia que "basta con que los Jurados expresen de forma sucinta las pruebas que han determinado su convicción, de manera que posteriormente pueda controlarse la razonabilidad de las conclusiones, y que esa inexigibilidad legal de expresar y reflejar los pasos del proceso mental, discursivo y valorativo se acentúa en supuestos de prueba indiciaria plural, interrelacionada y compleja. También se ha dicho que el Magistrado-Presidente ha de desarrollarla al redactar la sentencia, expresando el contenido inculpativo de esos elementos de convicción señalados por los jurados y haciendo explícita la inferencia cuando se trate de prueba indiciaria. La recurrente manifiesta en su recurso que lo que enuncia el Jurado en sus elementos de convicción no contienen relevancia inculpativa, no permitiendo dar el paso los hechos indiciarios a los hechos consecuencia que integra la autoría de la misma. Afirma la insuficiencia de prueba. En sus alegaciones señala que los indicios que señala el Jurado no tienen relevancia inculpativa, así la falta de constancia del abandono de Eva María del domicilio el día de la muerte del menor, las contradicciones valoradas por el Jurado respecto a su drogadicción, o las versiones contradictorias sobre el paradero del niño una vez fallecido, o la valoración psicológica de psiquiatras y forenses sobre la actitud de Eva María y ausencia de indicio de maltrato, o la relevancia dada a simples informes policiales.

Lo cierto es que tales aseveraciones del Jurado fueron complementadas de forma más que suficiente por la Sra. Magistrada-Presidenta en su resolución, con un trabajo encomiable, explicando y avalando de modo claro en su exhaustivo razonar los motivos de la decisión última del Jurado. El hecho al que la recurrente otorga tanta relevancia, y que señala como contradictoria en la argumentación de la sentencia sobre el otorgamiento a la declaración del acusado Rodolfo de una parte de su versión, pero no de la totalidad, cuando resultaría favorable a Eva María , es evidente que no se comparte, pues nada obliga a tomar en bloque



las manifestaciones de un acusado por veraces o no, máxime cuando no tiene obligación de decir verdad. Y respecto a la condición de Eva María de mujer maltratada, con independencia de lo que antes se señaló, la cuestión no ha quedado ni mucho menos diáfana, y la Sra. Magistrada explicó de modo razonable tal cuestión, sin que de sus argumentos pueda colegirse una errónea valoración aun considerando que en efecto la prueba podría resultar en este sentido contradictoria y ya se indicó a quien correspondería acreditar tal circunstancia.

Lo cierto es que la acusada Eva María fue considerada como autora de los delitos mencionados (en lo que ahora nos atañe malos tratos habituales, asesinato y profanación de cadáveres), subsumiendo en los dos primeros su conducta en el art. 11 del C. Penal (omisión impropia o comisión por omisión), partiendo de su posición de garante, basándose su comportamiento en la peculiaridad de no actuar para proteger a su hijo frente a las agresiones del acusado Rodolfo, dejando a aquél desprotegido, pasividad determinante del juicio de reproche, cuya responsabilidad fue sancionada claramente por el Jurado, que elaboró sus elementos de convicción, complementados por la Sra. Magistrada-Presidenta como queda dicho, sin que se haya apreciado a juicio de esta Sala que los medios de prueba arrojasen un resultado notoriamente exculpativo, o que la condena se sustentase en pruebas ilegalmente obtenidas o vulneradores de derechos fundamentales, o que no haya existido una específica motivación, cuya inferencia en modo alguno haya resultado ilógica o carente de la necesaria verosimilitud, lo que implica concluir que este Tribunal no puede usurpar la legítima función del Jurado, que tiene el monopolio en lo fáctico de la determinación de los hechos probados".

La motivación del Tribunal es, pues, correcta y acertada en cuanto al grado de participación de Eva María. Se sigue incidiendo en el delito de lesiones que fue anulado y a celebrar nuevo juicio y en la situación de victimización que alega fue objeto Eva María, tema que no es objeto del debate.

Respecto a los tres delitos (el de lesiones es anulado) el Jurado considera culpable a Eva María y lo que señala es que en ese lapso de tiempo que alega Eva María que estuvo fuera "no es posible limpiar el cuerpo del niño y la escena del crimen, y que dice que estuvo hablando con una persona no localizada", con lo que no es correcta la aseveración y conclusión interpretativa del recurrente acerca de lo que motivó el jurado acerca de su culpabilidad. Y respecto al maltrato habitual el jurado declaró probado el hecho del fiscal respecto a su intervención, ya que la recurrente se remite a los extremos de Rodolfo y de la acusación particular, pero al punto 1º del Fiscal y de Eva María admite el Jurado que Eva María estaba presente en los actos de maltrato habitual y nada hizo, así como que no lo puso en conocimiento de nadie para evitar la situación de victimización de quien era su propio hijo, algo realmente incomprensible y que lleva al jurado a declararlo probado y considerar por ello culpable a Eva María. Lo mismo ocurre con el último delito de profanación de cadáveres ya que declara probado el Jurado que ambos llevan a cabo el hecho, como consta al extremo 5 A del Fiscal votado favorable por el Jurado.

El motivo se desestima.

5.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo el art. 852 LECRIM, por violación del derecho fundamental de defensa como derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes.

Este motivo ya ha sido analizado anteriormente por lo que se desestima.

6.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo el art. 852 LECRIM, por infracción del art. 24.2 CE en relación con el art. 52 LOTJ al incurrir el objeto del veredicto en defectos causantes de indefensión.

Se alega que respecto del objeto del veredicto "no se le separan los hechos alegados en párrafos separados y numerados, sino se le incluye todo en un único párrafo o bloque. Por lo que el Jurado no pudo valorar sobre los distintos hechos que componían su escrito de defensa. Tampoco se le incluyó en el objeto del veredicto determinados extremos a pesar de estar en su escrito de defensa, formulándose oportuna protesta. Por lo que el Jurado tampoco pudo valorarlos. Por último, en el Veredicto se introduce una calificación jurídica "comisión por omisión" cuando el Jurado solo debe valorar hechos no calificaciones jurídicas".

En cualquier caso, los extremos que menciona no tienen la relevancia que se refiere, y de igual modo, también el jurado tuvo que valorar bloques enteros en el caso de los de la acusación pública y particular a fin de no complicar en exceso el ya de por sí complicado trabajo de los miembros del jurado en estos casos, con lo que no hay indefensión, sino que se ajustó a la necesidad de presentar al jurado la propuesta más asequible posible para entender todas las posturas, como así se hizo.

Respecto a la inclusión de la expresión de "comisión por omisión" debe entenderse que no dio lugar a ninguna confusión del Jurado respecto a los hechos a los que iba referida, tratándose de una mera irregularidad que no ha ocasionado indefensión en modo alguno.

En cualquier caso, el Tribunal del Jurado entendió perfectamente lo que decidía cuando se refirió al asesinato en el caso de la recurrente porque respecto al escrito del fiscal votan 9-0 que Eva María nada hizo para evitar



el delito y omite prestar ayuda a su hijo durante el hecho y después de modo inmediato (4 A - 9-0- acusación del fiscal, y en la de la acusación particular excluyen que Eva María se ausentó con votación de 0-9). El jurado sabía perfectamente en este caso lo que se le preguntaba y fue coherente admitiendo la propuesta del Fiscal y excluyendo la de la acusación particular.

El motivo se desestima.

7.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo el art. 852 LECRIM , por infracción del art. 24.1 CE en relación con el art. 120.3 CE y el art. 218 LEC , del derecho a la tutela judicial efectiva.

Se vuelve a alegar la incongruencia omisiva y por ello se incide en lo ya resuelto en el motivo 3º.

Hay que incidir en que las alegaciones en torno a las lesiones son irrelevantes porque se decretó la nulidad, por lo que no es admisible la cita del 2B del escrito de la acusación particular respecto de la recurrente. Y lo mismo cabe decir de los actos de maltrato habitual respecto de ella, que, incluso, son admitidos en el 1B (acusación particular, 9-0) en cuanto a los hechos de Rodolfo y excluidos respecto a los de la acusación particular en torno a Eva María (1B; 0-9), pero en cualquier caso es irrelevante a los hechos que se enjuician.

El motivo se desestima.

8.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 LECRIM , por infracción del art. 25 CE , por vulneración del principio de proporcionalidad.

Se plantea la vulneración del principio de proporcionalidad en la imposición de la pena a Eva María .

El TSJ ya efectuó una graduación respecto de la recurrente rebajando la pena de 25 años a 18 años de prisión en cuanto al asesinato y de dos años y tres meses de prisión respecto del delito de maltrato habitual. Y, además, señala la sentencia al resolver el recurso de apelación en el FD 7º que "si bien es lo cierto que la acusada Eva María mostró una conducta pasiva y colaboradora al resultado, habida cuenta de que a pesar de la conducta ya mantenida por el coacusado nada había hecho hasta entonces para remediar la situación, preservando al menor de la fuente de peligro de la que forzosamente debía ser consciente de que, la propia dinámica de los hechos y la agresividad mostrada por el autor material determinan que el juicio de reproche pudiera imputarse a aquella con su pasividad, no resulta certeza que una actuación activa por su parte en momento pudiere impedir el resultado. Dicha duda que asalta a este Tribunal, aboca a que resulte obligado inclinarnos por la participación a título de complicidad, con encaje en el art. 28 del C. Penal (cooperación con actos anteriores o simultáneos), con las consecuencias en orden a la dosimetría penal en relación a dicha infracción.

Llegados a este punto, resta por fijar la pena a imponer a la recurrente Eva María por los delitos de malos tratos habituales (art. 173-2), asesinato (art. 139-1 y 3) y profanación de cadáveres (art. 526), los dos primeros perpetrados en la modalidad de comisión por omisión y sin la concurrencia de la circunstancia modificativa agravante de parentesco, y el asesinato en grado de complicidad.

Nada hay que indicar en cuanto a la pena impuesta en la sentencia por el delito de profanación de cadáveres. En cuanto al delito de malos tratos habituales, la pena señalada es de seis meses a tres años; en cuanto al asesinato, conforme al art. 140 del C. Penal entonces vigente (la actual redacción sería más desfavorable al tratarse de la muerte de un niño de apenas dos años de edad), la pena señalada es de 20 a 25 años, por lo que al haberse calificado a la acusada Eva María como cómplice (art. 63), dicha pena sería rebajada en un grado art. 70-1-2º), siendo por tanto de 10 a 20 años.

Dispone el art. 66 las reglas para la aplicación de las penas, señalando en su apartado 6º que cuando no concurren atenuantes ni agravantes aplicarán la pena establecida por la ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho, y en el art. 72 que los jueces o tribunales, en la aplicación de la pena, con arreglo a las normas contenidas en este capítulo, razonarán en la sentencia el grado y extensión concreta de la impuesta.

Esto así, a la hora de determinar la pena a imponer a la acusada Eva María , se ha de tener en cuenta su renuente actitud pasiva en la dinámica de los acontecimientos enjuiciados, que no se ha tratado de hechos aislados, el reproche de su conducta permisiva, no habiendo intentado poner fin a la situación tratándose de su propio hijo, siendo obligado su puesta a salvaguarda, incluso su posterior coparticipación en el abandono y ocultación del cadáver, lo cual ha de darse por acreditado conforme a la relación de hechos probados; todo ello justifica un plus sancionable, haciéndola acreedora a la fijación de la pena a imponerle en su mitad superior, si bien habida cuenta de la no concurrencia de agravantes específicas, tal circunstancia ha de ponderarse a los efectos de la no imposición del máximo legal establecido". Está debidamente motivado, por ello, la individualización judicial de la pena en base a las graves circunstancias que concurren en el caso en el que es la propia madre la que interviene en los malos tratos y crimen de su propio hijo, con la gravedad intrínseca que, además, ello comporta.



El Tribunal fija en su parte dispositiva la pena en dos años y tres meses de prisión para Eva María por los malos tratos habituales y en 18 años de prisión por el asesinato con las accesorias que cita, manteniendo las penas para Rodolfo . Y son éstas las penas que se declaran impuestas.

La individualización judicial de la pena llevada a cabo en la apelación por el TSJ es adecuada y ponderada en orden a la gravedad de los hechos. No puede olvidarse la gravedad de los que constan probados en orden a una madre que nada hace para que el también condenado Rodolfo , maltratara de forma habitual a su propio hijo, y, sin embargo, no solo no rompiera su relación con él a raíz de estas actuaciones de maltrato con su propio hijo, sino que permitiera esas conductas sin adoptar medida alguna de protección ya que:

1.- Respecto al **maltrato habitual** el jurado declara probado que el maltrato se llevaba a cabo a su presencia, y que pese a ello nada hizo para evitar el maltrato, o, en su caso, ponerlo en conocimiento de terceros para reparar o aminorar el menoscabo físico que sufría el menor, y no prestarle asistencia médica. Extremos éstos de suma gravedad en la forma comisiva de comisión por omisión, y **por la situación de garante de una madre respecto a su propio hijo; extremos estos y conducta ante los que no caben excusas, y que determinan la condena y el ámbito penológico.**

2.- Respecto al asesinato se declara probado que cuando Rodolfo comienza el desarrollo de su episodio agresivo sobre el hijo de la recurrente estando ella presente, como así consta, omitió toda ayuda de modo voluntario, tanto durante la comisión del hecho como posteriormente; destacando que el hecho fue de suma gravedad en su mecánica comisiva arrojando al menor nada menos que tres veces contra la pared, la cama y el suelo de la habitación, agrediendo repetidas veces y dándole repetidos puñetazos en el abdomen a un bebé prácticamente, con el sufrimiento que ello pudo desencadenar en el mismo y todo ello **ante la pasividad de su propia madre, que ante este ataque a su propio hijo adopta una actitud pasiva permitiendo que el condenado Rodolfo acometiera dolosa y gravemente a su propio hijo con actos agresivos de los que era evidente desprenderse que le iban a producir la muerte** , lo que así aconteció.

Pero además de todo ello comete el hecho descrito en la letra 5A del escrito del fiscal de profanación del cadáver, ya que una vez fallecido es la propia madre, ahora recurrente, la que colabora en hacer desaparecer el cadáver al introducirlo en una maleta y abandonarlo en unos matorrales, **acto absolutamente inhumano y despiadado, que si ya de por sí lo es cuando lo hacen terceros ajenos a la víctima del delito, mayor gravedad supone el hecho de que tal acto lo haga la propia madre del bebé.**

No puede dudarse en modo alguno de la proporcionalidad de la pena en unos hechos de tanta gravedad en su forma de comisión por omisión, fórmula que el Jurado entendió perfectamente a la hora de tomar la decisión final y sin que tuviera duda alguna acerca de su alcance, porque excluyen que Eva María estaba ausente cuando todo esto sucedió tanto en el escrito de la acusación respecto de Rodolfo , como respecto del mismo escrito de la acusación particular respecto de Eva María . Y es contundente en el veredicto respecto a los hechos propuestos por el fiscal en relación a la participación de Eva María en los hechos con el resultado contundente de 9-0 en las votaciones llevadas a cabo en torno a su participación en los hechos (1A, 4ª y 5ª).

Sobre la existencia del ilícito penal de comisión por omisión podemos citar la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo nº 195/2018 de 24 Abr. 2018, Rec. 655/2017 que señala que: "se ha practicado prueba de cargo suficiente para la condena de la recurrente como autora, en comisión por omisión, de un delito de maltrato habitual previsto y penado en el art. 173.2 del CP . Ostentaba una posición de garante derivada de su condición de madre del menor; tenía capacidad para actuar y no lo hizo, contribuyendo con ello de forma esencial a la producción del resultado; y, todo ello, colmando el tipo subjetivo del delito en comisión por omisión (STS 482/2017, 28 de junio , entre otras muchas), conocía las circunstancias que generaban su deber de actuar y con ello la amenaza de producción del resultado. La posibilidad de que el delito de violencia habitual mencionado sea cometido en comisión por omisión ha sido admitida reiteradamente en numerosos precedentes de esta misma Sala. Véase entre otras muchas, las STSS 870/2014, 18 de diciembre y 59/2013, de 28 de mayo", aunque al mismo tiempo excluye la agravante de parentesco en estos casos, como ya resuelve el TSJ en su sentencia, rebajando la pena de forma proporcional a la gravedad de los hechos señalando que: "De conformidad con la jurisprudencia de esta Sala -cfr. SSTS 870/2014, 18 de diciembre ; 64/2012, 27 de enero ; 988/2006, 10 de octubre y 20/2001, 22 de enero -, se excluye la aplicación de la agravante de parentesco cuando se trata de un delito cometido por omisión, si ha sido precisamente esa relación de parentesco la que ha determinado la condena de la madre por revestirla de la «posición de garante» respecto de un hijo. Son precisamente estos deberes derivados de la relación parental los que, como infracción de un especial deber jurídico del autor, conforme a lo expresamente prevenido por el art. 11 del Código Penal , determinan la posición de garante y justifican la condena como autora por omisión. De ahí que la aplicación de la agravante de parentesco, derivada de esta misma relación parental, implicaría su doble valoración en perjuicio del reo, vulnerando así el principio non bis in idem".



Con ello, se lleva a cabo una adecuada y ponderada individualización judicial de la pena que se ubica en la de 25 años de prisión para Rodolfo y de 18 años de prisión para la ahora recurrente en orden a una correcta y ponderada graduación de las conductas.

También, la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 358/2010 de 4 Mar. 2010, Rec. 11215/2009 señala que "La subsunción de la conducta omisiva de la recurrente en la autoría no es errónea, como se mantiene en el recurso. Afirma la recurrente que **no llegó a tener el dominio del hecho, realmente lo expresa como dominio funcional de la acción, en alusión a la coautoría, pero ese criterio del dominio del hecho no puede ser aplicado a la modalidad comisiva por omisión, pues por su propia naturaleza quien omite una conducta no dirige nada, no siendo posible considerar que quien omite, con su inacción contribuya a la realización del resultado.** La jurisprudencia de esta Sala, vid. STS 24 de julio de 1992, ha considerado que la omisión no es una simple complicidad, sino de autoría en el delito, dado que el garante omitente tiene un comportamiento equivalente al del sujeto activo. Decíamos en aquella Sentencia, y ahora reproducimos, que en los delitos de resultado la equivalencia entre la realización activa y omisiva del tipo es de apreciar cuando el omitente se encuentra en posición de garante y su deber consiste en impedir el resultado. En otros términos, **tanto realiza la conducta típica, en este caso matar, quien realiza activamente una conducta dirigida a la producción del resultado como quien estando obligado a defender un bien jurídico, vida de un hijo menor, en este caso de 1 año de edad, frente a agresiones que le ponen seriamente en peligro, se desentiende completamente de su protección y deja actuar al agresor, omisión de la actuación debida que se prolonga durante hora y media.**

En el supuesto objeto de la presente casación, **la muerte de la pequeña de un año de edad en la forma que se describe en el hecho probado, intervienen, activamente, el padre, mediante golpes, y omisivamente, la madre, sin realizar su deber de protección legalmente exigible, que podía realizar y su omisión no es puntual, sino duradera en el tiempo.** La tipicidad del delito objeto de la subsunción no requiere una especial forma comisiva, sino que es un tipo penal abierto y puede realizarse la conducta de cualquier manera y forma, siempre que sea hábil para la realización del resultado. Admite comportamientos activos y omisivos, y con respecto al omisivo se requiere la posición de garante del sujeto que omite la acción debida y el incumplimiento de los deberes legales de protección del bien jurídico que se encuentra en la situación de peligro que conoce. Esa omisión es equivalente a la acción en la medida en que el incumplimiento de su deber de actuar en protección de la hija menor, ante la situación de peligro de muerte, supone la realización de tipo del homicidio calificado que se declara probado pues la omisión, repetimos en las circunstancias del hecho, por quien tiene un deber especial de actuar en defensa del bien jurídico en grave peligro, nacido de los deberes legales de asistencia y protección y de la propia naturaleza de la relación entre padres e hijos menores".

Y además, esta Sala del Tribunal Supremo en Sentencia 482/2017 de 28 Jun. 2017, Rec. 1454/2016 recordó que "la omisión por omisión en grado de autoría existirá cuando pueda formularse un juicio de certeza, o de probabilidad rayana en la misma, sobre la eficacia que habría tenido la acción omitida para la evitación del resultado. Comisión por omisión en grado de complicidad existirá, por su parte, cuando el mismo juicio asegure que la acción omitida habría dificultado de forma sensible la producción del resultado, lo que equivaldría a decir que la omisión ha facilitado la producción del resultado en una medida que se puede estimar apreciable".

Pero es que en este caso, ya el TSJ le suprime la agravante de parentesco, como no podía ser de otra manera, pero, además, lo sitúa en forma participativa de complicidad (art. 63 CP), por lo que ya le rebaja la pena en un grado y en el margen de 10 a 20 años aplica el art. 66.6ª CP para entender la gravedad de esa omisión con su propio hijo, por lo que se respeta la proporcionalidad en atención a los graves hechos ocurridos, pero suprimiendo la agravante de parentesco y situando la participación como complicidad.

El motivo se desestima.

9.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º LECRIM, por indebida aplicación de los arts. 28 y 29 CP en relación con el art. 139.1 y 3 CP.

Señala la recurrente que ni tan siquiera su participación lo sería a título de cómplice por la razón de la propia agresividad que desplegaba el autor directo, pero la redacción del hecho probado se reviste de una absoluta pasividad en la forma comisiva descrita en el fundamento anterior y en estos términos es evidente que la actuación de la recurrente debió ser otra y no la que puso en práctica.

Plantea en el motivo una especie de inexigibilidad de otra conducta distinta a la que adoptó, cuando en la redacción del hecho se aprecia una absoluta complicidad en la mecánica en forma omisiva, pudiendo haber adoptado otra conducta, ya que no se trató de un hecho puntual, sino de una previa existencia del maltrato habitual consentido, nada menos que con su propio hijo, lo que conlleva una adecuada graduación de la participación ya fijada por el TSJ al resolver la apelación.



Se ha hecho, de igual modo, mención a la doctrina jurisprudencial sobre la comisión por omisión y la posición de garante de la madre respecto de su propio hijo, cuando en este caso no realizó, o llevó a cabo, absolutamente ninguna conducta de evitación del maltrato previo habitual, ni consta probado ningún gesto de desaprobación, o evitación, cuando Rodolfo estaba arrojando a su propio hijo contra el suelo. Además, como indica la Fiscalía en su informe, el TSJ ya ha fijado la participación en grado de complicidad que no de autoría, pero en modo alguno se puede suprimir, incluso esta forma de participación cuando los hechos probados están claros y diáfanos y si, como se reseña, era consciente de la peligrosidad de Rodolfo, debió haber adoptado alguna medida para evitar el ataque contra su hijo, no solo en el día del execrable crimen perpetrado con su anuencia, sino antes con el reiterado maltrato que perpetró sobre un bebé de forma despiadada y ante el grado de indefensión que tiene el sujeto pasivo en estos casos; actitud ante la que la recurrente nada hace, ni tan siquiera intenta, llegando ya al culmen de su posición a colaborar en el delito de profanación del cadáver de su propio hijo llegando a ocultarlo, envolverlo en una manta con Rodolfo y arrojar a su propio hijo asesinado a unos matorrales; hecho absolutamente despiadado y reprochable en una madre que merece la proporcionalidad del reproche punitivo que ya se ha adecuado por la sentencia del TSJ.

Insiste la recurrente en que no estaba en el lugar de los hechos y que ello le impidió actuar, pero ese no es el hecho probado, ya que el jurado consideró que estaba presente, y que ni tan siquiera se ausentó en los hechos descritos de asesinato.

Ya se ha hecho mención en el fundamento anterior a las exigencias propias de las personas que, como en el presente caso, se posicionan en la situación de garantes y su exigencia de oposición adecuado al caso concreto, como aquí debió ocurrir, y, sin embargo, no ocurrió, de ahí la condena y la pena impuesta.

El motivo se desestima.

10.- Por infracción de ley, al amparo el art. 849.1º LECRIM, por indebida aplicación de los arts. 5 y 11 CP en relación con el art. 148.3 CP.

Se refiere al delito de lesiones del nº 2 que quedó sin efecto, por lo que no tiene razón de ser el motivo, por lo que se desestima.

11.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º LECRIM, por indebida aplicación de los arts. 5 y 11 CP en relación con el art. 173.2 CP.

Se insiste en el hecho reiterado del maltrato a ambos y que, por ello, la recurrente no puede ser condenada de maltrato habitual del art. 173.2 CP. Sin embargo, se debe hacer notar que ello fue excluido por el Jurado en cuanto a los hechos de la recurrente y en cuanto a la 1B del escrito de la acusación particular (0-9), aunque se admite en el 1B en el de Rodolfo en los hechos propuestos por la acusación particular, lo que de todos modos no tiene mayor relevancia, y más aún cuando no se juzgan estos hechos, y queda acreditada la actitud omisiva de la recurrente.

Se hace mención con acierto por la fiscalía a que la sentencia recurrida, que observa una aparente contradicción entre los hechos que se declaran probados por el Jurado a propuesta de la acusación particular en relación al maltrato sufrido por la recurrente, pone de manifiesto que dicho maltrato no se juzga. Y así es, y además que en 1 A del escrito del Fiscal en cuanto a Rodolfo el jurado declara probada la inasistencia médica de la recurrente a su propio hijo, pese al maltrato que estaba sufriendo y que NADA realizaba ésta pese a que estaba presente en la mayoría de las ocasiones. Y en el 1 A del escrito de la fiscalía respecto de la recurrente declaran probado que Eva María nada hizo para evitar el maltrato, lo que nos remonta al análisis que ya antes hemos efectuado en el desarrollo jurisprudencial de la comisión por omisión.

El motivo se desestima.

12.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º LECRIM, por aplicación indebida de los arts. 52 y 70 LOTJ.

Se remite este motivo a los motivos 6º, en lo que atañe a la defectuosa redacción del objeto del veredicto, y 3º, respecto a la incongruencia omisiva por lo que se desestima el motivo.

13.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849-2º LECRIM, por error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos.

Se alega la valoración de una carta de Rodolfo a Eva María que relata la recurrente pretendiendo exonerarla de responsabilidad, el atestado policial, que es sabido que es rechazado por la doctrina jurisprudencial para basar la vía del art. 849.2 LECRIM, o el acta de efectos personales, documentos todos ellos inhábiles para ser admitidos, dados los hechos probados y el material probatorio que ha sido tenido en cuenta por el Tribunal.

Esta Sala se ha pronunciado sobre el valor del documento a efectos casacionales, entre otras, en la sentencia del Tribunal Supremo 1159/2005 de 10 Oct. 2005, Rec. 2295/2004, donde recogemos que el art. 849.2 LECrim



recoge los motivos basados en error en la apreciación de la prueba, respecto de los que exige que dicho error se encuentre basado en "documentos que obren en autos", que tales documentos demuestren la equivocación del Juzgador, y que tales documentos no resulten "contradichos por otros elementos probatorios". Así pues, en el recurso debe designarse el documento que acredite el error en la apreciación de la prueba que se alega (art. 855, párrafo 3º LECrim).

La jurisprudencia exige para que el motivo basado en error de hecho del art. 849.2 LECrim . puede prosperar los siguientes requisitos:

- 1) ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa;
- 2) ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la Sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones;
- 3) que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal; y
- 4) que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo (Sentencias de 24 de enero de 1991 ; 22 de septiembre de 1992 ; 13 de mayo y 21 de noviembre de 1996 ; 11 de noviembre de 1997 ; 27 de abril y 19 de junio de 1998 ; STS nº 496/1999, de 5 de abril).

Quedan por tanto, excluidos del concepto de documento a efectos casacionales, todos aquellos que sean declaraciones personales aunque aparezcan documentadas. La razón se encuentra en que las pruebas personales como la testifical y la de confesión, están sujetas a la valoración del Tribunal que con intermediación la percibe (STS. 1006/2000 de 5.6). Por ello esta Sala no admite que pueda basarse un motivo en error de hecho cuando se indica que el documento en el que consta el error es el atestado policial (STS. 796/2000 de 8.5), tampoco tienen el carácter de documento las diligencias policiales en las que se contienen las manifestaciones de los agentes o de quienes declaran ante ellos; ni la confesión, la declaración de un imputado o coimputado, las declaraciones testificales y el acta del juicio oral (SSTs. 28.1.2000 , 1006/2000 de 5.6 , 1701/2001 de 29.9).

Por ello, se trata de documentos no relevantes y que resultan contradichos por otros elementos probatorios.

El motivo se desestima.

CUARTO .- Desestimándose el recurso, las costas se imponen a los recurrentes (art. 901 LECrim).

FALLO

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

DECLARAR NO HABER LUGAR A LOS RECURSOS DE CASACIÓN , interpuestos por las representaciones de los acusados D. Rodolfo y Dña. Eva María , contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de fecha 18 de diciembre de 2017, en el que se estimó en parte el recurso de apelación así como el supeditado, interpuestos por los anteriores acusados contra sentencia de fecha 13 de marzo de 2017 de la Magistrada-Presidenta del Tribunal del Jurado de la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección Tercera. Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas procesales ocasionadas en sus respectivos recursos. Comuníquese esta resolución al mencionado Tribunal Superior de Justicia, a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Andres Martinez Arrieta Miguel Colmenero Menendez de Luarca

Francisco Monterde Ferrer Ana Maria Ferrer Garcia

Vicente Magro Servet