



Roj: **STS 4624/2022 - ECLI:ES:TS:2022:4624**

Id Cendoj: **28079120012022100938**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/12/2022**

Nº de Recurso: **10244/2022**

Nº de Resolución: **961/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación penal**

Ponente: **VICENTE MAGRO SERVET**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AND 5720/2022,**
STS 4624/2022

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 961/2022

Fecha de sentencia: 15/12/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10244/2022 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 14/12/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Procedencia: Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla.

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: MBP

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10244/2022 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 961/2022

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D. Vicente Magro Servet

D.^a Carmen Lamela Díaz



D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 15 de diciembre de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuesto por la representación del acusado **D. Alejo**, contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal de Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla de fecha 10 de marzo de 2022, que desestimó el recurso de apelación formulado por indicado acusado contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Primera, de fecha 22 de noviembre de 2021, del Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado, que condenó al mismo por un delito de **asesinato**, siendo parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente acusado representado por el Procurador D. José Antonio López Guerrero y bajo la dirección Letrada de D. Juan Antonio López Álvarez, y la recurrida Acusación Particular D. Cosme, D. Daniel, D. Benigno, D. Eduardo, Dña. Asunción, D. Emiliano y D. Ceferino, representados por el Procurador D. Antonio Martínez de la Casa Rodríguez y bajo la dirección Letrada de D. Francisco Javier de Urquía Peña.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Seguido por la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Primera, el procedimiento del Tribunal del Jurado, dimanante de la causa incoada por el Juzgado de Instrucción nº 3 de Estepona bajo el nº 7/21 de Rollo de Sala, se dictó sentencia con fecha 22 de noviembre de 2021 que contiene los siguientes Hechos Probados:

"De conformidad con el veredicto unánime del Jurado, se declaran probados los siguientes hechos: PRIMERO El acusado Alejo estaba casado con Rosario, y convivían en el domicilio familiar, con uno de sus dos hijos, Eduardo - a la sazón de 15 años de edad en la AVENIDA000, URBANIZACION000, número NUM000 de DIRECCION000. SEGUNDO El acusado Alejo y Rosario habían deteriorado hasta tal punto su matrimonio que ella le había comunicado que quería divorciarse. TERCERO El día 9 de marzo de 2019, a una hora no precisada pero comprendida entre las 22,30 y las 23,45, el acusado Alejo golpeó a Rosario en la cara, tapándole la boca para asfixiarla e intentó estrangularla. CUARTO Al no acabar con la vida de su esposa, el acusado Alejo la apuñaló en repetidas ocasiones, perforándole el lóbulo superior del pulmón derecho, la cavidad abdominal, la zona media y lóbulo inferior del pulmón izquierdo, el bazo, así como el pericardio, lesionando la cara anterior de la aorta y provocándole un shock hemorrágico hipovolémico que le produjo la muerte. QUINTO El acusado Alejo atacó de forma sorpresiva a la víctima y aprovechó su aturdimiento por la previa ingesta de alcohol y sustancias tóxicas, lo que disminuyó su capacidad mental de previsión del ataque y reacción ante el mismo. SEXTO El acusado Alejo aprovechó las condiciones del lugar en que se produjo el ataque, su propio domicilio, precisamente donde la víctima estaba más confiada. SÉPTIMO El acusado Alejo en el momento de cometer los hechos no presentaba trastorno alguno o en caso de presentar algún trastorno, era tan leve, que no le impedía conocer lo que hacía y de actuar conforme a esa comprensión. Sus facultades no estaban afectadas. OCTAVO La fallecida Rosario tenía dos hijos, Marcos y Eduardo de 15 años, a la fecha de los hechos - y que paso a convivir con su tía Asunción. También son hermanos de Rosario, Cosme, Daniel, Benigno y Emiliano".

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

"En virtud del veredicto de culpabilidad a que ha llegado el Tribunal del Jurado, debo condenar y condeno al acusado Alejo, como autor criminalmente responsable de un delito de **asesinato**, previsto y penado en el art. 139.1º del Código Penal, ya circunstanciado, concurriendo la circunstancia modificativa agravatoria de la responsabilidad criminal de parentesco, a la pena de veinte años y un día de prisión, con la pena accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena. Deberá indemnizar a Eduardo en 100.000 €, a Ceferino en 100.000 €, a Asunción en 50.000 € y a Cosme, Daniel, Benigno Y Emiliano, en 20.000 € -a cada uno-, más el interés legal desde la fecha de esta sentencia así como al pago de las costas, incluidas las causadas por la acusación particular. Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de apelación, por término de diez días, ante la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Se decreta el comiso de los cuchillos intervenidos, y una vez firme la presente resolución la destrucción de los mismos. Para el cumplimiento de la pena impuesta abónese al acusado el tiempo que haya estado privado cautelarmente de libertad por esta causa. Notifíquese igualmente esta sentencia, para su conocimiento e información, a los ciudadanos que compusieron el Jurado. Únase a esta resolución el acta del Jurado".

Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la representación del acusado Alejo, dictándose sentencia por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, con fecha 10 de marzo de 2022, cuya Parte Dispositiva es la siguiente:



"Que desestimando el recurso formulado por la representación del acusado, así como del recurso supeditado formulado por el Ministerio Fiscal, contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Presidente del Tribunal del Jurado, en el ámbito de la Ilma. Audiencia Provincial de Málaga, se confirma ésta íntegramente. Sin condena al pago de las costas de esta instancia. Notifíquese esta Sentencia al Ministerio Fiscal y a las demás partes a través de sus Procuradores, incluso las no personadas, en la forma prevenida en el artículo 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, instruyéndoles de que contra la misma cabe interponer recurso de casación ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que, en su caso, deberá prepararse ante esta Sala de lo Civil y Penal en el término de cinco días a partir de la última notificación de la misma. Una vez firme, devuélvanse los autos originales al Ilmo. Sra. Magistrada Presidente del Tribunal del Jurado que dictó la sentencia recurrida, con testimonio de la presente resolución y, en su caso, de la que pueda dictarse por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, con remisión del correspondiente oficio para ejecución y estricto cumplimiento de lo definitivamente resuelto".

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

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

Primero.- Por infracción de precepto constitucional. Se formula al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ, por cuanto la Sentencia recurrida infringe el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Segundo.- Error en la valoración de la prueba. La Sentencia que recurrimos incurre en distintas transgresiones en perjuicio absoluto de mi representado a la hora de realizar una efectiva valoración de la prueba.

Tercero.- Por infracción de ley. Se formula al amparo de lo dispuesto en el art. 849 de la LECRIM, en su apartado primero, por infracción de precepto legal, al haberse aplicado indebidamente los siguientes artículos: - Indebida aplicación e infracción de los artículos 13 a 23 de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado. Dado que no se ha seguido el procedimiento establecido para la elección del jurado.

QUINTO.- Por diligencia de ordenación de 22 de noviembre de 2022 se ha dado traslado, de conformidad con la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, a la representación procesal del recurrente Eleuterio para alegaciones, solicitando la no revisión de condena; y por diligencia de ordenación de 30 de noviembre de 2022 se ha dado traslado al Ministerio Fiscal indicando que la presente causa no se ve afectada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre.

SEXTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, solicitó su inadmisión y subsidiaria impugnación, dándose asimismo por instruida la representación de la recurrida Acusación Particular quien se opuso al recurso, 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 14 de diciembre de 2022, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de casación el interpuesto por la representación procesal de Alejo, contra la sentencia de fecha 10 de marzo de 2022, dictada por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla.

SEGUNDO.- 1 y 2.- Se formulan dos motivos por el recurrente que deben ser analizados conjuntamente, ya que la forma en la que se plantean los motivos no es la adecuada, habida cuenta que, en primer lugar, se postula por infracción de precepto constitucional señalando que se hace "al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ, por cuanto la Sentencia recurrida infringe el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva".

Pero luego lo enlaza en el mismo motivo con la vulneración de la presunción de inocencia, pero señalando que *si bien consta acreditada la existencia y consumación de una acción tipificada por mi representado, entendemos que no concurre la culpabilidad del mismo al ver alteradas sus capacidades psíquicas en el momento de comisión del hecho delictivo como se detalla en los sucesivos apartados.*

Es decir, que sustenta el motivo en razón a que no se apreció en sentencia una circunstancia modificativa de responsabilidad criminal, bien por la vía del art. 20.1 CP o del art. 21.1 CP, lo que no es correcto formularlo al abrigo de la tutela judicial efectiva, ya que la alegación de imputabilidad o semiimputabilidad se lleva a cabo por la vía del art. 849,1 LECRIM, no por el mecanismo utilizado.



En cualquier caso, dado que el recurrente lo que lleva a cabo es una crítica o queja por la forma en la que se ha tenido en cuenta la prueba pericial por el Tribunal del jurado, pero esta alegación no puede hacerse por la fórmula que se ha realizado, sino, en todo caso, por la vía del art. 849.2 LECRIM, por lo que la forma en que se lleva a cabo la queja casacional daría lugar a la inadmisión.

Con ello, el recurrente formula un extenso alegato de la prueba practicada y cuál entiende que debió ser la tenida en cuenta para considerar bien que estaba afecto de una inimputabilidad, o bien de una semiimputabilidad. No obstante, la vía utilizada es inadecuada, como con acierto señala el Ministerio fiscal, porque o bien se lleva a cabo por infracción de ley ex art. 849.1 LECRM respecto a los arts. 20.1 y 21.1 CP, o bien ex art. 849.2 LECRIM, pero no como se ha formulado.

En cualquier caso, bien podría tenerse en cuenta una posible afectación a la tutela judicial efectiva por defecto en la motivación acerca de la prueba que fue tenida en cuenta para el dictado de una condena.

Dado que lo que se discute, en esencia, es que no se tuvo en cuenta el déficit de imputabilidad del recurrente afectante a su culpabilidad, y, por ende, *capacidad pasiva* para soportar el dictado de una condena ante las pruebas concurrentes respecto a lo que la defensa, ahora recurrente, había planteado y practicado en relación al alegato de circunstancias modificativas de responsabilidad penal. En este sentido, hay que tener en cuenta que el Jurado rechazó por unanimidad cualquier tipo de afectación a la imputabilidad del autor del crimen, ni total ni parcial, por lo que no se apreció ninguna circunstancia modificativa de responsabilidad penal.

En los hechos probados se recoge en el nº 7 que:

El acusado Alejo en el momento de cometer los hechos no presentaba trastorno alguno o en caso de presentar algún trastorno, era tan leve, que no le impedía conocer lo que hacía y de actuar conforme a esa comprensión. Sus facultades no estaban afectadas.

Sobre esta cuestión se pronunció en su sentencia el TSJ en su FD nº 3 señalando que:

"En el presente caso es importante tener en cuenta que ni la prueba pericial ni la prueba testifical fueron concordantes sobre el estado mental del acusado al tiempo de la comisión de los hechos.

Algunos testigos manifestaron sin titubeos que el acusado no tenía comportamientos anormales; otros, en cambio, sí. Por lo que respecta la prueba pericial, existe una clara contradicción entre, fundamentalmente, lo expuesto en el informe de alta de urgencias tras una exploración efectuada al día siguiente de los hechos a fin de determinar la existencia de riesgo de autolisis, y lo dictaminado por los peritos forenses, los peritos propuestos por la defensa, y los del centro penitenciario. Tal contradicción se hizo evidente en las sesiones del plenario, en particular a iniciativa del letrado de la acusación particular, y no pudo pasar desapercibida al Jurado. En los informes finales, todas las partes repararon igualmente en tales contradicciones.

Es evidente que el Jurado reparó en las mismas, y que éste fue consciente de que acaso su principal decisión era optar por unas tesis o por otras. El resultado fue llamativo: se alcanzó unanimidad alrededor de la tesis de la acusación particular, y tal decisión viene fundamentada en el acta del veredicto con una motivación directamente referida a la posible explicación de tales contradicciones. El Jurado no siguió el criterio de la inimputabilidad total o parcial porque entiende que el examen personal del acusado al día siguiente de los hechos permitía valorar mejor el estado concreto en que se hallaba al tiempo de su comisión, admitiendo como posible ya sea la simulación posterior o, particularmente, que el trastorno de ideas delirantes hubiese surgido con posterioridad al ingreso de prisión, lo que la doctora Sabina, psiquiátrica clínica, calificó expresamente en el plenario, a preguntas de la acusación particular, como "frecuente" según su experiencia profesional. A ello se añade, con particular importancia para el Jurado como se desprende de la motivación del hecho noveno del objeto del veredicto, la valoración del comportamiento del acusado inmediatamente posterior al momento de dar muerte a la víctima, evitando eficazmente cualquier forma de auxilio, justificándose ante su hijo diciéndole que su madre había sufrido un accidente, infligiéndose un superficial corte en las muñecas como "intento de excusarse" y pidiendo a la policía que lo matara, por arrepentimiento, cuando llegó al domicilio. De todo ello concluye que el acusado no padecía ningún trastorno, y que si lo padecía, sería "tan leve que no le impedía conocer lo que hacía y actuar conforme a esa comprensión". Importa reparar en que no existiendo un diagnóstico previo de enfermedad mental, el hecho de que ésta se constata con posterioridad, y que resulte probable que su aparición es progresiva (por tanto con alguna manifestación anterior a los hechos), ello no comporta necesariamente una afectación relevante o significativa de la capacidad determinante o condicionante de la comisión del delito, pues incluso apreciándose algún rasgo previo de idea delirante, ello no excluye en absoluto que no exista una motivación ajena a todo delirio en la decisión de matar a la víctima. Todo ello fue seguramente tenido en cuenta por el Jurado, al aludir al contexto circunstancial de los hechos y a la conducta coetánea y posterior del acusado.



Sea cual fuere el criterio que esta Sala considere como "más razonable", lo cierto es que no cabe calificar como irrazonable, meramente voluntarista, prejuicioso o arbitrario el seguido por el Jurado. No hay error, sino elección entre dos alternativas que quedaron planteadas como posibles. La decisión adoptada por el Jurado era una de las posibles en función de la prueba practicada. Y por tanto deben desestimarse los motivos segundo y tercero de la defensa."

Con ello, no puede admitirse una formulación irrazonable, o no motivada, la dada por el TSJ ante la alegación de la vía del art. 20.1 o del 21.1 CP. En modo alguno. Y, además, la motivación del jurado acerca de que en los momentos cercanos a los hechos del crimen perpetrado esa disminución de la conciencia y voluntad del sujeto no se perciben se cohonestan con la prueba que percibe y motiva el jurado.

No puede, en consecuencia, pretenderse que el alegato de una modificación de la valoración de la prueba por la personal tenida en cuenta por el recurrente en su recurso pueda ser razón suficiente para la alteración del resultado valorativo expuesto por la sentencia recurrida por parte del recurrente. No existe, con ello, vulneración de la tutela judicial efectiva, sino una expresividad en la sentencia de cuáles han sido las razones y las pruebas que han sido tenidas en cuenta para el descarte de una circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal en el recurrente, ya que la explicación del jurado es sólida y basada en las pruebas existentes que se manifestaron en un sentido contradictorio entre ellas, pero sin que, al final, en su votación de los puntos del veredicto, el jurado encontrara razones suficientes como para entender que concurría en el sujeto esa situación de inimputabilidad absoluta, o situación de semi imputabilidad que le hubiera llevado a la aplicación del art. 20.1 CP o del 21.1 CP.

Hay que indicar que en la sentencia del tribunal del jurado se hace constar que se recogió por unanimidad la proposición novena en la que se indicaba que el recurrente en el momento de los hechos no presentaba trastorno alguno, o, en caso de hacerlo, era tan leve que no le impedía conocer lo que hacía y actuar conforme a esa comprensión y sus facultades no estaban afectadas.

Con ello, se rechazó por unanimidad aquellas cuestiones propuestas por la defensa que iban en favor de aplicar alguna circunstancia modificativa de responsabilidad afectante a la imputabilidad del recurrente.

Se recoge, también en la sentencia del tribunal del jurado que tomaron en consideración para ello los informes aportados por la doctora de la unidad de psiquiatría del HOSPITAL000 también firmado por dos compañeras psiquiatras más.

Se añade en la sentencia que le exploraron acerca de una posible patología mental que pudiera tener no objetivando ninguna enfermedad mental que alterara la capacidad mental del paciente, insistiendo en que sabía lo que había hecho y que no tenía alteraciones de ningún tipo.

Se añade que se negaron antecedentes psiquiátricos previos y no se observaron alteraciones en la esfera psicótica ni alteraciones en el pensamiento y juicio de realidad conservado.

Pero es que, además, los razonamientos efectuados al respecto para descartar cualquier circunstancia modificativa afectante a la imputabilidad se centra también en recoger el jurado que:

- 1.- El recurrente tira los móviles según declaración de su hijo Benigno impidiendo que este pidiera auxilio
- 2.- Además cerró la puerta con las tres cerraduras para entorpecer el auxilio de acceso a la vivienda
- 3.- Apagó el cuadro de luz dificultando la visibilidad de lo que estaba sucediendo en el interior de la vivienda
- 4.- Se justifica diciendo que lo que le había ocurrido a su madre era un accidente y
- 5.- Por último, una vez que consigue entrar la policía a la vivienda el agente con número de placa NUM001 entra en la habitación y el acusado le pide que lo mate por arrepentimiento lo cual nos hace pensar que la excusa de la consciente de las consecuencias de sus actos, añadiendo por último que el corte de las muñecas fue un intento de excusarse.

Estas fueron las consideraciones lógicas expresadas por el jurado que denotan una "suficiencia" en la mínima explicación que se le exige al jurado en torno a la "sucinta motivación" respecto a los extremos expuestos a su consideración en el objeto del veredicto.

Con ello, podemos señalar que, vista la argumentación que consta en la sentencia recurrida del TSJ y las explicaciones dadas por el jurado:

- 1.- No hay irracionalidad en las conclusiones alcanzadas por el jurado.



2.- Que se decante por unas pruebas y rechace otras no supone vulneración de la tutela judicial efectiva, sino valoración conjunta de la prueba y expresividad en el veredicto de cuál es la conclusión que estiman se desprende de la prueba practicada en el juicio.

3.- En la sentencia del TSJ se ha llevado a cabo el juicio de racionalidad de la valoración probatoria realizada por el Tribunal del jurado, y no existe en la misma irracionalidad alguna, o insuficiencia de motivación ante los extremos alegados en su motivo por el recurrente.

4.- Que el jurado estime admisibles en su contexto de valoración probatoria unos informes periciales y rechace otros de forma motivada, como aquí ha ocurrido, no supone vulneración de la tutela judicial efectiva, ya que existe plena motivación de la "elección" de la pericial que ha llevado a su convicción de que el recurrente sabía lo que hacía en el momento de los hechos, con independencia de que después de lo mismo pueda haber quedado afectado de alguna manera, asumiendo lo que hizo.

5.- Debe tenerse en cuenta que las circunstancias modificativas de responsabilidad afectantes a la conciencia y voluntad del sujeto deben tenerse en cuenta, y considerarse, al momento de ocurrencia de los hechos, y no con posterioridad al mismo.

Y en la sentencia del tribunal del jurado se motiva de forma suficiente que se rechazó el informe del psiquiatra de la defensa, ya que, posiblemente las circunstancias que rodeaban al recurrente lo fueron durante el tiempo en prisión y no al momento de los hechos, y, de la misma manera, el tribunal en su sentencia rechaza las tesis de los peritos forenses analizando que fue valorado de forma tardía fijando fechas muy posteriores que desarticulaban la creencia, o posibilidad, de poder evaluar correctamente una posible afectación a la conciencia y voluntad del sujeto al momento de los hechos y que podía ser considerada la sintomatología del recurrente como una estrategia, además de poder haber sido desarrollado ese trastorno una vez ingresado ya en prisión.

Por todo ello, en modo alguno existe defecto en la evaluación de la prueba llevada a cabo por el tribunal y es sólido y concurrente el juicio de análisis de racionalidad de la valoración probatoria llevado a efecto por el TSJ en su sentencia, concurriendo un debido análisis de las pruebas propuestas, tanto por la defensa como por la acusación, y llevando a cabo el jurado un análisis comparativo de ambas para tener una acertada y motivada conclusividad acerca de la inexistencia de causas, o circunstancias, que pudieran haber afectado al recurrente en la conciencia y voluntad al momento de cometer los hechos por los que ha sido condenado.

El recurrente lo que plantea, en realidad, es una disparidad propia respectó a la valoración de la prueba con relación a la no admisión de la concurrencia y afectación al elemento intelectual y volitivo por el tribunal del jurado y en el juicio de racionalidad llevado a cabo por el TSJ, no una ausencia de motivación o de olvido palmario de la prueba que aportó como de descargo. En modo alguno se ha operado así, y lo que refleja en su recurso es una "disidencia" valorativa, no una afectación a la tutela judicial efectiva, la cual no queda afectada por el rechazo expreso a la prueba de descargo tal cual ha efectuado el tribunal.

No existe, por ello, ausencia de motivación, sino proceso de valoración de la prueba. Falta de motivación sería dictar la sentencia sin hacer mención a qué pruebas son las tenidas en cuenta para dictar una condena. Pero no ocurre en este caso así, sino que el Tribunal describe cuáles son esas pruebas en este caso tenidas en cuenta para rechazar el alegato de la concurrencia de circunstancia modificativa de responsabilidad (arts. 20.1 o 21.1 CP).

El Tribunal de instancia cumple con la exigencia de reseñar qué pruebas son las tenidas en cuenta, y cita el rechazo de las pruebas de descargo expuestas por el recurrente, lo que es corolario de la aceptación de las de cargo. Pero rechazar las de descargo propuestas por la defensa no conlleva a una vulneración de la tutela judicial efectiva, porque este principio no se significa, como parece pretenderse por la estimación, en cualquier caso, de las pruebas de la defensa, sino por motivar por qué asume las de la acusación, es decir por la motivación.

Respecto al alegato que se hace de la presunción de inocencia, no puede plantearse esta alegación de los arts. 20.1 y 21.1 CP por esta vía, lo cual ya supone de salida una incorrección procesal, ya que la inaplicación de circunstancias modificativas del art. 20 y 21 CP se alegan por la vía en casación del art. 849.1 LECrim., y no por la vía de la presunción de inocencia, lo que ya daría lugar a su desestimación porque se ampara en tal alegato.

Además, sobre las exigencias para apreciar la eximente o atenuante en cuanto afecta a la capacidad del sujeto en relación a una posible alteración plena, grave, menos grave o leve de sus facultades intelectivas y volitivas en el momento de los hechos podemos citar la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 467/2015 de 20 Jul. 2015, Rec. 10253/2015, que señala que:



"Por otro lado, la falta de exhaustividad de la motivación, a diferencia de otros ordenamientos, no aparece como motivo de casación en nuestro proceso penal. Eso no obsta a que por la puerta de la necesidad de motivación proclamada por el art. 120 CE y enlazada con el art. 24.1 en la forma que se ha expresado, pueda revisarse por la vía del art. 852 LECrim si la motivación fáctica de la sentencia alcanza unos mínimos estándares. El derecho a la tutela judicial efectiva y el deber de motivación de las decisiones judiciales no significa que el Tribunal deba detallar una respuesta explícita y pormenorizada a todos y cada uno de los argumentos de la parte (SSTEDH de 9 de diciembre de 1994 -asunto RUIZ TORIJA ; de 29 de agosto de 2000 -asunto JAHNK y LENOBLE o 12 de febrero de 2004 -PEREZ C. FRANCIA -). Eso es deseable pero no indispensable. Basta con que la lectura de la sentencia muestre los fundamentos probatorios de la convicción del Juzgador y las razones por las que ha rechazado otros argumentos o pruebas de signo exculpativo.

La aceptación de aquéllas, en muchos casos puede suponer ya implícitamente el rechazo de esta. Sí es imprescindible que en lo que son los núcleos básicos del debate exista la correspondiente respuesta judicial explicitada.

La ausencia de motivación fáctica es algo más que un defecto formal; puede ser también la exteriorización de deficiencias en el proceso de valoración probatoria y decisión, de quiebras en la lógica del razonamiento que no solo se subsanarán en ocasiones con el enriquecimiento de la fundamentación fáctica de la sentencia, sino eventualmente con una decisión distinta resultante de la disciplina mental motivadora. Esta es mucho más que un deber de "cortesía" con las partes. Es una de las garantías, si no necesariamente del acierto de la decisión, al menos sí de que no es arbitraria. Al mismo tiempo es fórmula idónea para minimizar los desaciertos.

No es necesario remontarse a un análisis de los fundamentos de la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales o la evolución experimentada sobre este punto a nivel legislativo, doctrinal y, especialmente en la praxis judicial. Detrás de la exigencia de motivación se detecta la necesidad de que el justiciable -en primer lugar- y también la Sociedad, conozcan las razones que han determinado la decisión judicial que de esa forma aparece como un fruto del raciocinio y no como algo arbitrario o producto exclusivo de la voluntad. Se consigue así tanto que el afectado por la resolución tenga la posibilidad de combatirla con eficacia, pudiendo rebatir sus argumentaciones como que, eventualmente, el órgano llamado a revisarla por vía de recurso, pueda ejercer una labor de auténtico control o fiscalización de la decisión. Esa tarea no sería factible o se dificultaría en extremo si no se exteriorizasen las razones de la decisión. Además, el deber de motivación ejerce también una función disciplinaria del proceso mental decisorio.

Esa pluralidad de funciones, sintéticamente apuntada, ha hecho al Tribunal Constitucional enlazar el deber de motivación de las resoluciones judiciales (art. 120 CE) con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1). Se ha dado lugar así a una profusa jurisprudencia (por todas, SSTC 116/1998, de 2 de junio , 185/1998, de 25 de septiembre o 209/2002, de 11 de noviembre), que no es necesario exponer por ser bien conocida y estar suficientemente asentada, también a nivel de jurisprudencia ordinaria.

En abstracto, la ausencia o insuficiencia de la motivación puede ser esencial -material, por así decir-, esto es, manifestación de la imposibilidad de fundar la convicción en el cuadro probatorio desplegado; o formal , es decir muestra del incumplimiento de un deber constitucional impuesto a quienes ejercen tareas jurisdiccionales vinculado al derecho a la tutela judicial efectiva (arts. 120 y 24 CE).

En el primer caso, podríamos hablar, advirtiendo del riesgo de una excesiva conceptualización, demasiado artificiosa y por tanto empobrecedora, de inmotivabilidad. Ese es el supuesto de casi plena identificación entre ausencia de motivación y violación de la presunción de inocencia. La insuficiencia de la motivación no sería más que la manifestación externa de la insuficiencia esencial de la prueba. La casación de la sentencia abocaría a un pronunciamiento absolutorio.

En el segundo caso -deficiencias en la plasmación de la motivación fáctica en la literatura de la sentencia- la respuesta no podrá ser tan drástica: se impondrá la anulación para que el defecto sea subsanado, única manera de verificar si se trata de un supuesto de ausencia de prueba suficiente; o por el contrario existe probanza apta para destruir la presunción de inocencia pero ha sido presentada con un déficit motivador que debe ser corregido (vid. STS 457/2013, de 13 de abril).

La falta de motivación es subsanable; la falta de prueba es insubsanable. Cuando la falta de motivación aparece como expresión de la falta de prueba será también materialmente insubsanable.

Algunos casos de insuficiencia de motivación (v.gr., no valoración de elementos de descargo que se contraponen a la prueba inculpativa) discurren normalmente por sendas paralelas a la presunción de inocencia. No se produce tan fácilmente esa convergencia. Pero puede aparecer cuando, como en este supuesto, la prueba de descargo alimenta una hipótesis alternativa a la inculpativa que se presenta con un grado probabilístico semejante o al menos serio y fundado. En esos casos despreciar sin más esa prueba de descargo, silenciarla



puede ser la expresión, el signo, de que la prueba de cargo es insuficiente por no ser concluyente; es decir, por dejar abiertas otras hipótesis alternativas tan probables al menos como la inculpativa.

Ahora bien, la motivación de las resoluciones judiciales, que opera como un elemento preventivo de la arbitrariedad, no requiere una amplitud en el razonamiento, pues no existe un derecho fundamental a una determinada extensión en la motivación de la sentencia, simplemente que sea razonable y tenga sentido lógico y común con el caso concreto que se presenta.

Otra de las garantías que toca la doctrina del error, está relacionada con uno de los ejes rectores que gobierna el régimen de la prueba, como es el principio de la inmediación. Elemento de legalidad ordinaria, se configura como la facultad y el poder que tiene el Tribunal de Instancia, de recibir las pruebas presentadas por las partes en el Juicio oral y proceder a su práctica, siendo que sólo el juzgador está legitimado para verlas y oírlos directamente. Así, el Tribunal de Casación carece de inmediación respecto de la ejecución probatoria, al no corresponderle la facultad de valorar y revisar de nuevo las pruebas realizadas ante el Tribunal de Instancia, puesto que únicamente a este órgano jurisdiccional le corresponde esa función valorativa."

Pero en este caso se ha explicado debidamente el proceso de valoración, y no se entiende que exista déficit de motivación. Existe clara exposición de qué pruebas han convencido al Tribunal al rechazar la existencia de circunstancias modificativas de responsabilidad penal.

Se refleja que la prueba de descargo con respecto a la pericial que sustentaba una afectación a la imputabilidad del recurrente se ha analizado, pero no quiere decir que "no se tenga en cuenta", sino que no tiene la virtualidad que se pretende para alterar el proceso de convicción del Tribunal.

Se incide en que existe prueba que desvirtúa la que el Tribunal valoró, pero se trata de llevar a cabo un proceso de comparación de la prueba de cargo de la acusación y la descargo de la defensa. Y tras este proceso de "comparación", el Tribunal lleva a cabo la convicción final de cuál es la prueba que le convence acerca de lo que realmente ocurrió, lo que no tiene que significar que "no se tenga en cuenta", sino que no tiene el rango real, eficaz y efectivo de descargo.

De lo que se trata en estos casos, a fin de valorar si existe prueba de cargo, o si la de descargo es relevante, es lo que la doctrina refiere sobre el adecuado proceso de motivación de la sentencia y si existe motivación en torno a la prueba. Y sobre ello, se ha realizado un adecuado análisis por el TSJ en este punto, como se ha expuesto.

Por ello, todo lo expuesto en la sentencia del tribunal del jurado y del TSJ llevó a determinar en la resolución judicial que se concluye declarado probado por unanimidad que el recurrente en el momento de cometer los hechos no presentaba trastorno alguno.

Los dos motivos se desestiman.

TERCERO.- 3- Por infracción de ley ex art. 849.1 LECRIM.

Se relacionan en este motivo distintas cuestiones que debieron ser expuestas en motivos separados, como establece al efecto la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal y, sin embargo, se aglutinan en un solo motivo de forma incorrecta, una serie de motivos de distinta configuración técnico-jurídica, en lugar de hacerlo de forma separada, dado que cada uno de ellos tiene una trascendencia y formulación absolutamente distinta.

1.- Indebida aplicación e infracción de los artículos 13 a 23 de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado. Dado que no se ha seguido el procedimiento establecido para la elección del jurado.

Lo que se formula por parte del recurrente en este caso es una exposición de ciertas irregularidades cometidas en el proceso previo al día del juicio en la selección del jurado, sosteniendo finalmente que:

Una inobservancia por parte del Juzgado que, provocando una severa indefensión al acusado, ha de volver a ser tenida en cuenta por el órgano superior al que nos dirigimos a fin de apreciar que al amparo de lo dispuesto en los artículos 238 y siguientes LOPJ, y el Art. 24 de la Constitución Española debe acordarse la nulidad de actuaciones desde el momento previo a la convocatoria de sorteo, esto es, a fecha 20 de septiembre de 2021.

No obstante, como señala el Fiscal de Sala, al momento de constitución del mismo en la primera de las sesiones del juicio oral, en dicha sesión, se resolvieron todas las excusas y recusaciones planteadas que no lo habían sido con anterioridad, se dio oportunidad a las partes de interrogar a cada uno de los candidatos, se practicaron los sorteos sucesivos para la selección de los jurados, se realizaron las recusaciones sin necesidad de alegación de causa y, finalmente, se constituyó definitivamente el jurado.

De esta manera, aunque se plantea la existencia de la indefensión material, ésta no ha concurrido de ninguna manera, ya que, aunque es requisito exigente que se cumpla de forma escrupulosa el proceso previo de designación de los 36 ciudadanos designados para formar parte de un jurado por la vía de los arts. 18 y ss de



la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, es preciso que cuando se alega la indefensión material fijar con claridad y precisión que se ha impedido llevar a cabo a la parte, que fuera determinante de una indefensión real, y no meramente formal, por lo que no se concreta ni precisa qué efectiva indefensión material se deriva de ello.

Además, debemos señalar que el TSJ dio debida y acertada respuesta en esta misma línea, al exponer en el FD nº 2 que:

"Es cierto que el proceso seguido no ha sido exactamente el previsto en la Ley. Pero la irregularidad de tramitación no afectó a ninguna garantía esencial del procedimiento ni impidió (por más que acaso dificultara) formular recusación a la defensa. En la formulación del recurso no ha identificado la concurrencia de alguna causa de recusación de la que no hubiera tenido tempestivamente conocimiento y que no hubiera sido suplida por el ejercicio de la facultad de recusar sin causa.

No fue pues una desviación procesal que causase indefensión material, y la defensa se aquietó al no recurrir las resoluciones que fueron ordenando el proceso de selección, por lo que en absoluto hay motivo para declarar la nulidad de actuaciones que se pretende. La exigencia de un intento de subsanación en la instancia de las irregularidades procesales es un lógico presupuesto para invocarlas en vía de recurso ante un Tribunal Superior, a fin de evitar el ventajismo de reservárselas como una baza impugnatoria para el caso en que el resultado del juicio sea desfavorable."

De esta manera, sobre la indefensión material recuerda esta Sala del Tribunal Supremo en Sentencia 821/2016 de 2 Nov. 2016, Rec. 733/2016 que:

"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)."

Recuerda, también, esta Sala de Tribunal Supremo en Sentencia 1683/2000 de 7 Nov. 2000, Rec. 1254/1999 que como señala el Tribunal Constitucional (por ejemplo en sentencia núm. 137/99, de 22 Jul) la indefensión, que se concibe constitucionalmente como la negación de la tutela judicial y para cuya prevención se configuran los demás derechos instrumentales contenidos en el párrafo segundo del art. 24 de la Constitución Española ha de ser algo real y efectivo, nunca potencial o abstracto, es decir una indefensión material y no formal, para lo cual resulta necesaria, pero no suficiente, la concurrencia de un defecto o transgresión procesal, siendo además inexcusable que, de hecho y como consecuencia del mismo, se haya producido un menoscabo efectivo o denegación del derecho de defensa en relación con un concreto interés de quien invoca la indefensión.

También recuerda esta Sala de Tribunal Supremo en Auto 1100/2017 de 6 Jul. 2017, Rec. 612/2017 que el incumplimiento de un requisito procesal provoca la no producción del efecto que la ley prevé para el supuesto concreto dependiendo de la naturaleza del acto de que se trate y de su trascendencia. En este sentido ha de distinguirse entre la nulidad absoluta, contemplada en el art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial cuando la omisión del requisito procesal suponga una violación de un derecho fundamental; la nulidad, contemplada en el art. 238.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial cuando se prescinda total y absolutamente de las normas esenciales del procedimiento, siempre que efectivamente se haya producido indefensión; la anulabilidad, cuando la omisión del requisito no esencial se establezca como garantía del derecho de una de las partes del proceso; y la mera irregularidad, que no produce efectos sobre el acto procesal y son susceptibles, en su caso, de corrección disciplinaria al responsable (STS 501/2001 de 14 de marzo).

También esta Sala del Tribunal Supremo en Auto 2247/2006 de 2 Nov. 2006, Rec. 884/2006 recuerda que la Constitución prohíbe categóricamente la indefensión del justiciable, que se produce -según el Tribunal Constitucional- si se le priva de alguno de los instrumentos que el ordenamiento pone a su alcance para la defensa de sus derechos. Para que pueda estimarse una indefensión con relevancia constitucional que sitúe al interesado al margen de alegar y defender en el proceso sus derechos, es necesario que con la infracción formal se produzca un efecto material de indefensión, un menoscabo real y efectivo del derecho de defensa, es



decir, que la vulneración de las normas lleve consigo la privación del derecho de defensa, con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado (SSTC nº 155/88 y nº 290/93, entre otras)."

Con ello, en el supuesto actual no cabe apreciar la concurrencia de la causa invocada para interesar la nulidad de todo el proceso. No se sostiene en qué medida se puede apreciar la existencia de una indefensión material que haya impedido, o privado, a la parte recurrente de algún extremo en el proceso de selección final, ya que en el acto del juicio se puede perfectamente producir la subsanación de las cuestiones suscitadas, no identificándose aspecto de indefensión material que haya impedido o perjudicado de forma grave el derecho de defensa de la parte recurrente en cuanto al proceso final de selección del jurado, o cualquier tipo de inhabilidad o circunstancia imperativa por la que uno, al menos, de los miembros del jurado que, definitivamente, conformó el que se fijó definitivamente el día del juicio no tuviera que haber estado presente en las sesiones del juicio oral y que hubiera sido determinante de la indefensión material que se predica.

El motivo se desestima.

2.- Indebida aplicación e infracción del artículo 20.1 del Código Penal. En relación a inimputabilidad diagnosticada por los peritos de la defensa de D. Alejo .

Indebida aplicación e infracción del artículo 21.1 del Código Penal. En lo que respecta a considerar al acusado como semi-inimputable de forma subsidiaria a la inimputabilidad como defienden los peritos que realizaron informe a instancia del Juzgado instructor. Algo que consta en las páginas 886 a 897 de las actuaciones.

Esta cuestión ha sido ya analizada en el fundamento jurídico precedente al que nos remitimos, en cuanto a que se vulnera la intangibilidad de los hechos probados por la vía del *error iuris* sostenida, y que exige el respeto de los hechos probados que recogen claramente, como ya antes se ha fijado, que el recurrente, en modo alguno, tenía una afectación de la conciencia y voluntad determinante de una circunstancia modificativa de responsabilidad criminal del artículo 20.1 o del 21.1 CP, por lo que ante la falta de respeto a los hechos probados resulta evidente la inconsistencia del alegato formulado y la desestimación del motivo.

El hecho probado a este respecto fue concluyente y excluyente de la actual pretensión del recurrente:

"El acusado Alejo en el momento de cometer los hechos no presentaba trastorno alguno o en caso de presentar algún trastorno, era tan leve, que no le impedía conocer lo que hacía y de actuar conforme a esa comprensión. Sus facultades no estaban afectadas."

El motivo se desestima.

3.- Indebida aplicación e infracción del artículo 60 del Código Penal. En lo que respecta a la imposición de una medida de seguridad dado el trastorno mental que sufre el acusado, algo que ni tan siquiera ha sido apreciado por el órgano de segunda instancia y siendo lo más recomendable dado el estado mental acreditado del Sr. Eduardo .

No puede prosperar una petición de aplicación de una medida de seguridad cuando no se ha admitido ni la vía del art. 20.1 CP; ni la del art. 21.1 CP.

El motivo se desestima.

4.- Indebida aplicación e infracción del artículo 22.1ª del Código Penal. En lo que respecta a la concurrencia de alevosía. No concurriendo en el presente caso en modo alguno.

Indebida aplicación e infracción del artículo 139.1.1ª del Código Penal. En lo que respecta a la aplicación de un delito de **asesinato** con la concurrencia de alevosía.

Se cuestiona la concurrencia de la alevosía en los hechos y que, en consecuencia, se haya condenado por delito de **asesinato** tipificado en el art. 139.1.1º CP que la prevé para cualificar el crimen en **asesinato**.

Esta Sala ha reiterado (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 849/2013 de 12 Nov. 2013, Rec. 10038/2013, STS. 121/2008 de 26.2) que el recurso de casación cuando se articula por la vía del art. 849.1 LECrim. ha de partir de las precisiones fácticas que haya establecido el Tribunal de instancia, por no constituir una apelación ni una revisión de la prueba. Se trata de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es el enfoque jurídico que a unos hechos dados, ya inalterables, se pretende aplicar, en discordancia con el Tribunal sentenciador. La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el mas absoluto respeto a los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la juridicidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado.



Por ello, con harta reiteración en la práctica procesal, al hacer uso del recurso de casación basado en el art. 849.1 LECrim. se manifiesta el vicio o corruptela de no respetar el recurrente los hechos probados, proclamados por la convicción psicológica de la Sala de instancia, interpretando soberana y jurisdiccionalmente las pruebas, más que modificándolos radicalmente en su integridad, alterando su contenido parcialmente, lo condicionan o desvían su recto sentido con hermenéutica subjetiva e interesada, o interpolarse frases, alterando, modificando, sumando o restando a la narración fáctica extremos que no contiene o expresan intenciones inexistentes o deducen consecuencias que de consuno tratan de desvirtuar la premisa mayor o fundamental de la resolución que ha de calificarse técnicamente en su tipicidad o atipicidad y que necesita de la indudable sumisión de las partes.

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

Y a este respecto los hechos probados señalaron lo siguiente en este punto:

"**TERCERO.**

El día 9 de marzo de 2019, a una hora no precisada pero comprendida entre las 22,30 y las 23,45, el acusado Alejo golpeó a Rosario en la cara, tapándole la boca para asfixiarla e intento estrangularla.

CUARTO

Al no acabar con la vida de su esposa de esa forma, el acusado Alejo la apuñaló en repetidas ocasiones, perforándole el lóbulo superior del pulmón derecho, la cavidad abdominal, la zona media y lóbulo inferior del pulmón izquierdo, el bazo, así como el pericardio, lesionando la cara anterior de la aorta y provocándole un shock hemorrágico hipovolémico que le produjo la muerte.

QUINTO

El acusado Alejo atacó de forma sorpresiva a la víctima y aprovechó su aturdimiento por la previa ingesta de alcohol y sustancias tóxicas, lo que disminuyó su capacidad mental de previsión del ataque y reacción ante el mismo.

SEXTO

El acusado Alejo aprovecho las condiciones del lugar en que se produjo el ataque, su propio domicilio, precisamente donde la víctima estaba más confiada."

Hay que tener en cuenta que la concurrencia de la alevosía se evidencia claramente de los hechos probados por un ataque de forma sorpresiva del recurrente a la víctima, y aprovechándose que estaba absolutamente aturdida por la previa ingesta de alcohol y sustancias tóxicas, disminuyendo la capacidad de previsión del ataque y reacción de la víctima ante el mismo, añadiéndose que el propio recurrente se aprovechó de esas condiciones del lugar donde se produce el ataque, lo que lleva a incidir en la concurrencia de alevosía convivencial, o doméstica, pero sin llegar a entender, como ya hemos dicho en reiteradas resoluciones de esta Sala, que la existencia de que el crimen se perpetre dentro del hogar no lleva por sí solo la concurrencia de alevosía, pero en este caso se describe claramente los hechos probados que el ataque se produjo de forma sorpresiva, y sin que la víctima pudiera defenderse de forma alguna ante las circunstancias en las que se encontraba, lo cual le hacía imprevisible la defensa ante el ataque inesperado del agresor, lo cual fue corroborado por la declaración del hijo ante el golpe que se escucha y la consecuencia final de la muerte inmediata de la víctima ante la agresión descrita en los hechos probados, que con absoluta indefensión de la víctima ejecutó en este caso el recurrente.

En consecuencia, podemos fijar los parámetros que deben observarse en la apreciación de esta agravante que cualifica la causación de la muerte o su tentativa en **asesinato**, a saber:

1.- La alevosía como circunstancia constitutiva del delito de **asesinato** radica en la inexistencia de probabilidades de defensa por parte de la persona atacada.

2.- Los tipos de alevosía son:

Alevosía proditoria, alevosía súbita o inopinada, llamada también "sorpresiva", alevosía de desvalimiento y alevosía convivencial.

3.- Debe valorarse



a.- El punto de vista objetivo (Mayor antijuridicidad) en la conducta del autor por medio de una conducta agresora que, objetivamente, puede ser valorada como orientada al aseguramiento de la ejecución, en cuanto tiende a la eliminación de la defensa.

b.- El punto de vista subjetivo, (Mayor culpabilidad) en cuanto el dolo del autor en su mecánica comisiva se proyecta no sólo sobre la utilización de los medios, modos o formas empleados, sino también sobre su tendencia a asegurar la ejecución y su orientación a impedir la defensa del ofendido, eliminando así conscientemente el posible riesgo que pudiera suponer para su persona una eventual reacción defensiva de aquél.

4.- La eliminación de toda posibilidad de defensa de la víctima que la alevosía exige ha de ser considerada desde la perspectiva de su real eficacia, y es compatible con intentos defensivos nacidos del propio instinto de conservación pero sin eficacia verdadera contra el agresor y la acción homicida.

5.- La alevosía -la elección de una forma que tienda a eliminar las posibilidades de defensa- ha de referirse a la agresión contemplada como un todo y no a sus últimos eslabones.

6.- Suele afirmarse que actúa con alevosía en quien "obra a traición y sobre seguro". Se enfatiza, así, el ánimo tendencial del sujeto, cuya acción homicida está filtrada por ese propósito más reprochable de obrar sobre seguro.

7.- Se trata de una inferencia del elemento intelectual que se puede deducir de las circunstancias concurrentes en la comisión que permite al juez o Tribunal la inferencia de ese dolo específico de cometer el delito con una intención dirigida a evitar o reducir las posibilidades de defensa, lo que se deduce por inferencia.

8.- En este tipo de casos puede apreciarse, por ejemplo, la intención del autor de evitar la huida de la víctima, asegurando la ejecución, como podría darse en un disparo por la espalda huyendo la víctima.

9.- La alevosía no requiere que la eliminación sea efectiva, bastando la idoneidad objetiva de los medios, modos o formas utilizados y la tendencia a conseguir tal eliminación, lo que a su juicio supone que la alevosía no se excluye en los casos de intento de defensa cuando es funcionalmente imposible y se debe a la reacción instintiva de quien no tiene escapatoria frente a la eficacia de un ataque ejecutado sobre seguro.

10.- La eliminación de toda posibilidad de defensa de la víctima que la alevosía exige ha de ser considerada desde la perspectiva de su real eficacia, y es compatible con intentos defensivos nacidos del propio instinto de conservación, pero sin eficacia verdadera contra el agresor y la acción homicida.

No desnaturalizaría la concurrencia de la alevosía el hecho de que la víctima se hubiera defendido de alguna manera, lo que no podría ser utilizado para evitar su apreciación si la agresividad desplegada, o el aseguramiento en la acción fueran circunstancias concurrentes. Por ello, aunque sea una circunstancia agravante calificada por la existencia de un aseguramiento del delito y una anulación de la defensa, operará también cuando concorra una "reducción de la defensa", por lo que aunque la víctima se hubiera defendido de alguna manera, ello no obstaculizará matemáticamente la construcción de la alevosía; es decir, no se trata de que se exija una absoluta anulación de la defensa, sino que, objetivamente, pueda apreciarse que las posibilidades de defensa se anulan o dificultan, por lo que habrá que apreciarlo caso por caso.

11.- En la alevosía sorpresiva el carácter sorpresivo de la agresión lo que suprime es la posibilidad de defensa, pues quien no espera el ataque difícilmente puede prepararse contra él y reaccionar en consecuencia, al menos en la medida de lo posible.

12.- La alevosía por desvalimiento consiste en el aprovechamiento de una especial situación de desamparo de la víctima, como acontece en los casos de niños de corta edad, ancianos debilitados, enfermos graves o personas inválidas, o porque se hallaran accidentalmente privadas de aptitud para defenderse: persona dormida, drogada o ebria en la fase letárgica o comatosa.

13.- En la proditoria o la traición destaca como elemento esencial el abuso de confianza o de una situación confiada en el que actúa el sujeto activo respecto al pasivo que no teme, dada la relación o la situación de confianza existente, una agresión como la efectuada.

14.- Se ha admitido en ocasiones una modalidad especial de alevosía convivencial basada en la relación de confianza proveniente de la convivencia, generadora para la víctima de su total despreocupación respecto de un eventual ataque que pudiera tener su origen en acciones del acusado (SSTS 1284/2009, 10 de diciembre y 86/1998, 15 de abril). Se trataría, por tanto, de una alevosía doméstica, derivada de la relajación de los recursos defensivos como consecuencia de la imprevisibilidad de un ataque protagonizado por la persona con la que la víctima convive día a día.



En este caso ha habido una evidente indefensión en la víctima, como se desprende de los hechos probados y la actuación que de forma conjunta perpetran los recurrentes de común acuerdo fue sorpresiva en la forma ejecutiva, lo que permitió asegurar el crimen.

Señala, por ello, al respecto el TSJ que:

"Hay sin embargo un elemento probatorio relevante que sí va referido al carácter sorpresivo de la agresión (el acusado dijo no recordar cómo se produjeron los hechos): se trata de la declaración de la otra persona que estuvo presente, el hijo menor de agresor y víctima, Eduardo. De su declaración, aun no citada expresamente por el Jurado en la motivación de la alevosía, se extraen datos que sí acaban de dar soporte a la apreciación de la existencia de un ataque repentino e inesperado: así, describe cómo esa noche cenaron los tres en una situación de normalidad, y cómo los padres se fueron a dormir; y lo siguiente que recuerda es un golpe, que no vino precedido por gritos. Fue el golpe lo que le despertó a él, y al salir de su dormitorio encontró una gran mancha de sangre en el salón y un reguero hacia el dormitorio de sus padres, donde vio a su madre aún viva, de rodillas, en el lateral de la cama y con un brazo tapándose la cara. Es razonable inferir de esta declaración que no existió una riña o disputa previa que pusiera a la víctima en situación de alerta."

Hay que tener en cuenta que consta en los hechos probados que "El acusado Alejo y Rosario habían deteriorado hasta tal punto su matrimonio que ella le había comunicado que quería divorciarse" y que "El acusado Alejo atacó de forma sorpresiva a la víctima y aprovechó su aturdimiento por la previa ingesta de alcohol y sustancias tóxicas, lo que disminuyó su capacidad mental de previsión del ataque y reacción ante el mismo". Consta, así, una directa relación entre ambas circunstancias en un contexto propio de indefensión de la víctima ante un ataque por sorpresa en directa relación con la causa del hecho probado nº 2.

Resulta, por todo ello, evidente y concurrente la existencia de la alevosía que determina la comisión del delito de **asesinato** por el que ha sido condenado por el tribunal del jurado. Y confirmada la condena de forma correcta por el TSJ al desestimar el motivo del recurso de apelación, pero, sobre todo, en base al contundente relato de hechos probados que determina la concurrencia del alevosía cuestionada por el recurrente.

El motivo se desestima.

CUARTO.- Desestimándose el recurso, las costas se imponen al recurrente (art. 901 LECrim).

FALLO

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

DECLARAR NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación del acusado **D. Alejo**, contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal de Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla de fecha 10 de marzo de 2022, que desestimó el recurso de apelación formulado por indicado acusado contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Primera, de fecha 22 de noviembre de 2021, del Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado, que condenó al mismo por un delito de **asesinato**. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas procesales ocasionadas en su recurso. 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.

Julián Sánchez Melgar Antonio del Moral García Vicente Magro Servet

Carmen Lamela Díaz Eduardo de Porres Ortiz de Urbina