



Roj: **STS 349/2019 - ECLI:ES:TS:2019:349**

Id Cendoj: **28079120012019100112**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **07/02/2019**

Nº de Recurso: **10194/2018**

Nº de Resolución: **743/2018**

Procedimiento: **Penal. Jurado**

Ponente: **ANA MARIA FERRER GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 743/2018**

Fecha de sentencia: 07/02/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10194/2018 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 04/10/2018

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Ana Maria Ferrer Garcia

Procedencia: Tribunal Superior de Justicia de Murcia

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

Transcrito por: JLA

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10194/2018 P

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Ana Maria Ferrer Garcia

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

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 743/2018**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Julian Sanchez Melgar

D. Luciano Varela Castro

D.<sup>a</sup>. Ana Maria Ferrer Garcia

D.<sup>a</sup>. Susana Polo Garcia

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 7 de febrero de 2019.



Esta sala ha visto el recurso de casación núm. 10194/18 por infracción de ley, infracción de precepto constitucional y quebrantamiento de forma, interpuesto por D. Jose Carlos representado por la procuradora D<sup>a</sup> María Angeles Martín Martín bajo la dirección letrada de D. Antonio L. Maldonado Garrido, y por D. Carlos Francisco representado por la procuradora D<sup>a</sup> Virginia Sánchez de León Herencia bajo la dirección letrada de D. Daniel Patrick Amelang López, contra la sentencia de fecha 2 de febrero de 2018 dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Murcia dimanante de la sentencia dictada en fecha 7 de junio de 2017 por la Audiencia Provincial de Murcia (Sección Tercera, Rollo TJ núm. 2/16) en causa seguida por delito de asesinato. Han sido partes recurridas el Ministerio Fiscal y D. Jesús Luis y D. Jesús Ángel representados por el procurador D. Juan María Gallego Iglesias y bajo la dirección letrada de D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> Remedios Martínez Lozano, que ejercen la acusación particular.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Ana Maria Ferrer Garcia.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado de Primer Instancia e Instrucción num. 1 de DIRECCION000 instruyó procedimiento Tribunal de Jurado número 1/15 contra D. Jose Carlos y D. Carlos Francisco, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Murcia (Sección Tercera, Rollo TJ 2/16) que, con fecha 7 de junio de 2017, dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS:** " Jose Carlos y Carlos Francisco, ambos sin antecedentes penales, entre las 23,00 horas del día 4 de abril - viernes- y las 1,00 horas del día 5 de abril - sábado- de 2014, se dirigieron al domicilio de Juana, sito en CALLE000 n° NUM000 de Alhama de Murcia, con la finalidad de acceder a su interior y apoderarse de objetos de valor que allí pudiera haber, portando para asegurarse de su propósito guantes y pasamontañas/capuchas, sabiendo Carlos Francisco que Jose Carlos llevaba un arma blanca.

Juana, viuda, de 83 años de edad, vivía sola y presentaba problemas de movilidad, precisando de bastón o andador para poder desplazarse.

Jose Carlos y Carlos Francisco lograron acceder al domicilio de Juana sin romper o violentar la cerradura de la puerta de la vivienda, y una vez dentro Jose Carlos obligó a Juana a sentarse en un sillón/balancín de tijera y tela situado en el distribuidor/comedor, y ante los gritos de socorro de Juana, aprovechándose de la soledad, edad y estado físico de ésta, Jose Carlos, estando frente a Juana, le presionó fuertemente la zona de la boca y nariz para que no gritara (produciéndole contusión nasal y una excoriación en el labio superior derecho) y le asestó con arma blanca de hoja con un borde romo y el otro cortante dos pinchazos/cuchilladas en el cuello (uno de ellos le produjo una herida inciso cortante de casi cinco centímetros de longitud que profundizó en el cuello hasta afectar la zona posterior del mismo y que le seccionó músculos y vasos sanguíneos, siendo esta herida la determinante de la muerte como consecuencia de un shock hipovolémico) y un corte en el cuello. En el curso de esa acción Juana interpuso sus manos para evitar que Jose Carlos la acuchillara, produciéndose cortes superficiales en ambas manos. Este acontecimiento ocurrió muy rápido y Carlos Francisco no pudo hacer nada para evitarlo.

Jose Carlos y Carlos Francisco, tras la muerte de Juana, cogieron tres anillos que llevaba ésta (su alianza matrimonial de oro y otros dos anillos de oro y piedras), marchándose del lugar; dichos anillos no han sido recuperados, siendo valorados en 850 euros.

Juana tenía dos hijos, Jesús Luis y Jesús Ángel.

Estando en prisión Jose Carlos y Carlos Francisco por el Juzgado de Instrucción de DIRECCION000, y al tener conocimiento Jose Carlos que Carlos Francisco le había incriminado en la declaración prestada en el Juzgado de Instrucción, le estuvo enviando mensajes a Carlos Francisco a través de otros internos, diciéndole Jose Carlos a Carlos Francisco que lo iba a matar por chivato; siendo dichos mensajes verbales, además de uno escrito en el que se recogían frases ofensivas (perra, traidor, "tu futuro llegará cuando tu fin llegue"), un dibujo de una figura de varón (que dice: "calle, calle, tanooo, te ilegible eIII ano, puta") penetrando analmente a otro varón con pelo largo (que dice: "soy una puta perra, soy, calletano"), y una lápida en la que ponía "aquí (llace Carlos Francisco perra que traicionó".

Jose Carlos presentaba trastorno de déficit de atención con hiperactividad desde su infancia, y otros trastornos psíquicos debido sobre todo al consumo de drogas (cannabis), por los que ha estado en tratamiento, abandonando el tratamiento psiquiátrico a finales del año 2013 y el psicológico en marzo de 2014, aumentando el consumo de cannabis hasta la fecha en que fue detenido (el 8 de abril de 2014), sin que ello le afectase su capacidad de regir sus actos con conciencia y voluntad".

**SEGUNDO.-** La Audiencia de instancia en la citada sentencia, dictó la parte dispositiva: "FALLO: Que debo condenar y condeno a Jose Carlos como autor responsable criminalmente de un delito de asesinato en



concurso ideal media! con un delito de robo con violencia en las personas en casa habitada, y de un delito contra la Administración de Justicia, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las siguientes penas:

- por el delito de asesinato en concurso ideal media! con un delito de robo con violencia en las personas en casa habitada: 18 años 9 meses y 1 día de prisión , con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena;

por el delito contra la Administración de Justicia: 2 años y 6 meses de prisión y multa de 15 meses, a razón de una cuota de 2 euros/día, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Y al pago de tres séptimas partes de las costas, incluidas las de la Acusación Particular en esa proporción.

Que debo condenar y condeno a Carlos Francisco como autor responsable criminalmente de un delito de robo con violencia en las personas en casa habitada, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 4 años y 3 meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Y al pago de una séptima parte de las costas, incluidas las de la Acusación Particular en esa proporción.

Jose Carlos indemnizará a cada uno de los hijos de la fallecida Da. Juana , D. Jesús Luis y D. Jesús Ángel , en 100.000 euros.

Jose Carlos y Carlos Francisco indemnizarán conjunta y solidariamente a los hijos de la fallecida Da Juana , D. Jesús Luis y D. Jesús Ángel , en 850 euros.

Es de aplicación el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Abóneseles a Jose Carlos y a Carlos Francisco el tiempo que han estado privados de libertad por esta causa.

No procede decretar el comiso y destrucción de ninguno de los efectos intervenidos o que obran como piezas de convicción, procediéndose a su devolución a sus propietarios o poseedores (salvo que por sus circunstancias no sean de lícita o legítima posesión o tenencia, en cuyo caso se les dará el destino legal).

No procede solicitar para ninguno de los dos condenados, Jose Carlos y Carlos Francisco indulto al Gobierno de la Nación.

Adjúntese a esta Sentencia copia fehaciente del acta de veredicto del Jurado.

Contra la presente sentencia cabe recurso de apelación, para ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, dentro de los diez días siguientes a la última notificación de la sentencia.

**TERCERO.-** Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación, dictándose sentencia por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, con fecha 2 de febrero del 2018, cuya parte dispositiva es la siguiente: "FALLAMOS: Que con desestimación íntegra de los recursos de apelación formulados por el Ministerio Fiscal y por las representaciones procesales de los acusados, Jose Carlos y Carlos Francisco , contra la sentencia dictada el 7 de junio de 2017 por el magistrado presidente del Tribunal del Jurado de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de esta capital, en el rollo de esa clase número 2/2016 , confirmamos la misma en todos sus pronunciamientos, declarando de oficio las costas causadas en esta alzada.

Frente a esta resolución cabe recurso de casación previsto en el artículo 847 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , debiendo manifestar el que lo interponga la clase de recurso que trate de utilizar, petición que formulará mediante escrito autorizado por abogado y procurador dentro de los cinco días siguientes al de la última notificación de la Sentencia, y que solicitará ante este Tribunal".

**CUATRO.-** Notificada la sentencia a las partes, por las representaciones de D. Jose Carlos y D. Carlos Francisco se prepararon recursos de casación, por infracción de ley, infracción de precepto constitucional y quebrantamiento de forma, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos

**QUINTO.-** El recurso interpuesto por la representación procesal de D. Jose Carlos se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION:**

1º.- Al amparo del artículo 852 de la LECRIM en concordancia con el artículo 5.4 LOPJ por vulneración del derecho constitucional consistente en vulneración del derecho a la presunción de inocencia, previsto en el artículo 24.2 de la CE : Inexistencia de prueba (directa e indiciaria)

2º.- Al amparo del artículo 852 de la LECRIM en concordancia con el artículo 5.4 LOPJ por vulneración del derecho constitucional consistente en vulneración del derecho a la presunción de inocencia, prevista en el artículo 24 de la CE : Declaración de coimputado no susceptible de constituir prueba de cargo.

3º.- Al amparo del artículo 852 de la LECRIM en concordancia con el artículo 5.4 LOPJ por vulneración de la exigencia contenida en el artículo 120.3 y 24.1 de la CE consistente en la falta de motivación de la sentencia (y el veredicto).

4º.- Al amparo del artículo 852 de la LECRIM en concordancia con el artículo 5.4 LOPJ por vulneración del derecho constitucional consistente en vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías ( Artículo 24.2 de la CE ) derivado de la vulneración de las normas esenciales del procedimiento durante el juicio, como consecuencia de la inclusión en la sentencia de valoración de la prueba realizada por el Magistrado- Presidente al margen del veredicto ( Artículo 70.2 LOTJ ).

5º.- Al amparo del artículo 852 de la LECRIM en concordancia con el artículo 5.4 LOPJ por vulneración de los derechos fundamentales a la presunción de inocencia, a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías consagradas en los artículos 24.1 y 24.2 de la CE , así como al principio de interdicción de la arbitrariedad del artículo 9.3 de la CE .

6º.- Al amparo del artículo 852 de la LECRIM en concordancia con el artículo 5.4 LOPJ por vulneración de los derechos fundamentales a la presunción de inocencia, a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías consagradas en los artículos 24.1 y 24.2 de la CE , así como al principio de interdicción de la arbitrariedad del artículo 9.3 de la CE , todo ello en relación con el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y artículo 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos ( Artículo 96 de la CE ).

7º.- Al amparo del artículo 852 de la LECRIM en concordancia con el artículo 5.4 LOPJ por vulneración de los derechos constitucionales del Sr. Jose Carlos , consistente en vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías ( Artículo 24.2 de la CE ) derivado de la práctica de periciales en juicio.

8º.- Al amparo del artículo 852 de la LECRIM en concordancia con el artículo 5.4 LOPJ por vulneración del derecho constitucional a un proceso sin dilaciones indebidas ( Artículo 24.2 de la Constitución ).

9º.- Al amparo del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por error en la valoración de la prueba basado en documentos literosuficiente que obran en autos, que demuestran la equivocación del Tribunal.

10º.- Al amparo del artículo 849.1 de la LECRIM por inadecuada aplicación del artículo 139.1 del CP .

11º.- Al amparo del artículo 849.1 de la LECRIM por inaplicación indebida del artículo 21.1 del CP en relación con la 21.2 y subsidiariamente el art. 21.7 del CP .

12º.- Al amparo del artículo 849.1 de la LECRIM por inadecuada aplicación del artículo 109 , 110 y 116 del CP y por establecerse indemnizaciones que se apartan de modo muy relevante de las señaladas ordinariamente por los Tribunales en supuestos análogo s.

13º.- Al amparo del artículo 850.1 de la LECRIM , por denegación de los medios de prueba pertinentes.

14º.- Al amparo del artículo 851 . 32 de la LECRIM por no haberse resuelto en sentencia todos los puntos objeto de defensa.

El recurso interpuesto por la representación procesal de D. Carlos Francisco , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION:**

1º.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 852 LECRIM , concretamente del derecho a la presunción de inocencia ( art. 24.2 CE ).

2º. Al amparo de lo dispuesto en el artículo 849. 2º de la LECRIM , por error de hecho resultante de documentos que demuestran la equivocación del juzgador, no contradichos por otros elementos de prueba.

3º.- Al amparo de lo dispuesto en los artículos 852 LECRIM y 54 de la LOPJ y por la inclusión en la sentencia de la valoración de la prueba realizada por el Magistrado-Presidente al margen del veredicto.

4º y 5º.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 850.1º LECRIM , por inadmisión de medios de prueba.

6º.- Al amparo del artículo 849. 1º LECRIM por aplicación indebida del los arts. 234 , 235.1. 6ª y 241 CP .

7º.- Al amparo del artículo 849. 1º LECRIM por aplicación indebida del arts.21.6 CP .

8º.- Por infracción de derechos fundamentales, concretamente el principio de tutela judicial efectiva ( artículo 24.1 CE ), en su vertiente del deber de derecho a un juicio sin dilaciones.



9º.- Por infracción de derechos fundamentales, concretamente el principio de tutela judicial efectiva ( artículo 24.1 CE ), en su vertiente del deber de motivación de las resoluciones judiciales ( artículo 120.3 CE ), al amparo de lo dispuesto en los artículos 852 LECRIM y 54 de la LOPJ .

**SEXTO.-** Instruido el Ministerio Fiscal y la acusación particular de los recursos interpuestos, la Sala admitió los mismos, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**SEPTIMO.-** Hecho el señalamiento para el Fallo, se celebró la votación prevenida el día 4 de octubre de 2018.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de D. Jose Carlos .

**PRIMERO:** Comenzaremos el estudio de este recurso por los dos últimos motivos que plantea, que lo son por quebrantamiento de forma, y ello en atención a lo dispuesto en los artículos 901 bis a y b, que imponen el análisis de éstos con carácter previo, pues solo cabe dar entrada a los motivos de infracción de ley en el caso de que la Sala no estimara cometido el quebrantamiento de forma alegado.

El primero de los dos motivos que se plantean con apoyo en el artículo 850.1 LECRIM por denegación de los medios de prueba pertinentes.

Explica el motivo que la defensa del acusado presentó varios escritos que constan en la causa, aportando nuevas pruebas documentales, testificales y periciales, por ser de nueva noticia, interesando su admisión y su práctica en la vista, reiterando su solicitud al inicio de la vista de apelación. Pruebas que ahora no identifica, pero que califica de pertinentes, imprescindibles, necesarias y acreditativas de la inocencia del Sr. Jose Carlos .

La sala de apelación dio cumplida respuesta a esta pretensión de práctica de prueba en la apelación que rechazó por no estar prevista esa posibilidad en la regulación del recurso de esa clase cuando se trata de las sentencias del Tribunal Jurado, contenida en los artículos 846 bis de la a) a la f) de la LECRIM . Ciertamente el recurso de apelación contra las resoluciones dictadas en este tipo de procedimiento no prevé la posible práctica de prueba en la segunda instancia, que rompería con un esquema de valoración que se sustenta exclusivamente sobre los miembros del Jurado, sin perjuicio de hacer valer como motivo de impugnación la indefensión que en su caso la denegación probatoria hubiera podido provocar. Indefensión a la que ahora se alude en términos generales.

En cualquier caso, si el nuevo procedimiento que, según explica el recurso, se sigue en el Juzgado de instrucción nº 1 de DIRECCION000 en busca de "un nuevo investigado, que pudiera ser el autor material del crimen" en el que se habría acordado la práctica de un perfil genético, arrojara un resultado capaz de incidir en el pronunciamiento que aquí se efectúe, habrá de hacerse valer aquel por la vía que habilita el artículo 954 1. d LECRIM . No puede este recurso de casación quedar supeditado, ni en su tramitación ni en su resolución, a lo que solo es una incierta expectativa, artificialmente provocada por el padre de quien ahora recurre al instar la incoación de un nuevo procedimiento una vez dictada la sentencia que le condenó en la primera instancia. Esta es la razón por la que denegamos la suspensión de la deliberación que pretendió el recurrente, y de esta manera damos respuesta a la disconformidad que aquel patentizó contra tal pronunciamiento.

El motivo se desestima.

**SEGUNDO :** El segundo de los motivos planteados por quebrantamiento de forma, el último de los incluidos en el recurso, se formula con apoyo en el artículo 851.3 LECRIM por no haber resuelto la sentencia dictada por el Magistrado Presidente del Jurado todos los puntos objeto de defensa.

Realmente lo que se intenta a través de este motivo es incidir en el déficit de motivación del veredicto, denunciado en motivos precedentes como infracción de precepto constitucional, y al que daremos respuesta al analizar aquellos. Si bien ya adelantamos, que los extremos que el motivo dice preteridos, los referidos a los testigos de descargo que habrían avalado la coartada esgrimida por el acusado, o lo referente a la limitación de las facultades volitivas del mismo, como también analizaremos seguidamente, si fueron objeto de tratamiento y resolución en la sentencia dictada por el Magistrado Presidente a partir de las consideraciones contempladas en el acta de deliberación del Jurado, y también en la que resolvió la apelación.

El motivo se desestima.

**TERCERO:** Pasamos ahora a responder los motivos de recurso planteados por vulneración de precepto constitucional e infracción de ley con arreglo al orden en que han sido formulados.



Comenzamos por los dos primeros motivos de recurso que invocan los artículos 852 LECRIM y 5.4 LOPJ para denunciar vulneración de la presunción de inocencia por insuficiencia de prueba en la que se ha basado el pronunciamiento de condena que se rebate.

Sostiene el recurso que la sentencia que se recurre, la que con fecha 2 de febrero de 2018 dictó el Tribunal Superior de Justicia de Murcia, es "injusta, irracional e irrazonable porque se basa en el veredicto de la sentencia del Jurado que no está motivado, y la defensa que de aquel veredicto hace la sentencia recurrida resulta igualmente inmotivado". Que el recurrente resultó condenado sin prueba de cargo suficiente, con apoyo exclusivamente en la que le perjudicaba, despreciando los aspectos que pudieran avalar su inocencia, como el hecho de que en una de las uñas de la víctima se localizaran restos biológicos correspondientes al perfil genético de un varón distinto del de el recurrente y del otro acusado.

Niega cualquier valor probatorio a los testimonios de referencia a los que se acudió para introducir lo manifestado por el menor identificado como Elias cuando se encontraba ingresado en un centro hospitalario tras una importante ingesta alcohólica. A la vez que aprovecha para negar cualquier consistencia y coherencia a lo que el mismo, en tal estado, pudiera haber contado, que nunca ratificó a presencia judicial. Muy al contrario, en la fase de instrucción se desdijo, y en la de plenario no declaró por encontrarse fuera de España.

Niega igualmente cualquier valor probatorio a la declaración inculpatoria del también acusado Carlos Francisco, de la que posteriormente se retractó, y trata de desvirtuar la solvencia de los distintos extremos que la sentencia recurrida tomó en consideración como elementos de corroboración.

Por último, denuncia que se ha despreciado la batería de testificales, todas ellas procedentes de personas del entorno del otro acusado, que según su lógica interpretativa habrían acreditado que la noche en la que se desarrollaron los hechos el acusado se encontraba en casa del hermano de aquél, de la que no salió. Extremo que entiende respaldado por una conversación de whatsapp.

1. La sentencia recurrida abordó extensa y motivadamente la queja que en el mismo sentido que el ahora reproducido, planteó en el recurso de apelación que aquella resolvió.

Y explicó: "Así, por lo que se refiere en primer lugar a los hechos acaecidos en la madrugada del 4 al 5 de abril de 2014, el jurado tuvo a su disposición, por un lado, las distintas versiones ofrecidas a lo largo del procedimiento por el coacusado Carlos Francisco. De todas ellas, los jurados se inclinaron por dar credibilidad y verosimilitud a la concreta versión inculpatoria reiteradamente mantenida, tanto en fase policial (9 de abril de 2014) como en fase de instrucción, en las cuatro ocasiones en que declaró ante la autoridad judicial (11 de abril, 11 de julio, 16 de septiembre y 1 de octubre, todas de 2014), y hasta el momento (8 de junio de 2016, más de dos años y medio después de suceder los hechos) en que la cambió por otra de sentido exculpatorio. Como señala la sentencia apelada, los jurados sustentan razonablemente su opción en varios elementos externos de corroboración de la veracidad y credibilidad de aquella primera versión inculpatoria: así, la inclusión de datos objetivos que revelaban un conocimiento de la escena del crimen y su dinámica comisiva, y que avalaban la hipótesis de la presencia de Carlos Francisco en dicho lugar y momento; la persistencia en el tiempo de aquella inicial versión inculpatoria, sin resultar convincentes las razones ofrecidas para explicar su posterior retractación; la sustancial coincidencia de aquella primera versión con la ofrecida en la comparecencia efectuada el 15 de julio de 2014 ante el funcionario de prisiones que le atendió por las amenazas escritas remitidas por Jose Carlos, del que dicho funcionario dio cuenta mediante su declaración personal en plenario; y la corroboración circunstancial o periférica de la veracidad de la versión inculpatoria inicialmente dada por Carlos Francisco que se derivaba del contenido y sentido de la citada nota manuscrita, aportada al plenario como prueba documental.

Por otro lado, el jurado contó también con los datos facilitados por los testimonios de la madre del menor Elias y de los dos agentes de la Guardia Civil que dieron cuenta de las primeras y espontáneas manifestaciones vertidas por dicho menor en la noche del 6 de abril de 2014. Material que se contrastó con la reproducción, como prueba preconstituida, de la exploración practicada a dicho menor en fase de instrucción, ante la imposibilidad de contar con su declaración personal en plenario por haber abandonado nuestro país. Y se contó también con los testimonios de los educadores, el pediatra y el psicólogo que depusieron en plenario sobre las circunstancias en que Elias se encontraba en aquellas fechas y sobre la credibilidad y verosimilitud de sus manifestaciones. Pues bien, valorando y contrastando todo ese material probatorio, los jurados optaron por otorgar credibilidad y veracidad a aquellas primeras y espontáneas manifestaciones de Elias recibidas personalmente por su madre y los agentes de la Guardia Civil (resulta irrelevante que en el acta de votación se le identifique con la expresión "el menor" y no con su nombre completo, pues resulta evidente a quién se refieren los jurados).

Los jurados tuvieron también a su disposición las conclusiones y hallazgos del informe de autopsia y del atestado sobre el lugar del crimen, así como la amplísima información obtenida del teléfono móvil del acusado



Jose Carlos (el jurado presta especial atención a aquellos mensajes que, a su juicio, describen los preparativos de los hechos enjuiciados), además del ya citado contenido de la nota manuscrita remitida por Jose Carlos a Carlos Francisco .

Los jurados descartaron la verosimilitud de la coartada ofrecida en plenario por los acusados sobre el lugar y personas con quienes dijeron encontrarse al tiempo de cometerse el delito, contrastando lo dicho por unos y otros con los datos obtenidos de los teléfonos móviles analizados para concluir en la posibilidad material de participación de ambos en los hechos enjuiciados.

Por lo tanto, cualquier que sea la fuerza persuasiva que pueda darse a tan variadas fuentes de prueba, por separado o conjuntamente, de lo que no puede dudarse es que existió actividad probatoria bastante y de signo incriminatorio, lícitamente obtenida y legalmente introducida en el acto del plenario.

Y lo mismo acontece, en este caso sin mayor complejidad, en relación a las amenazas verbales y escritas remitidas por Jose Carlos a Carlos Francisco , en relación a las que los jurados contaron con el contenido de la comparecencia efectuada por este ante el funcionario de prisiones que le atendió, el testimonio personal de éste y el escrito recibido.

b) Como segunda conclusión, apreciamos que, a partir de dichas fuentes de prueba, los jurados alcanzaron su convicción sobre la realidad de una serie de hechos objetivos que aparecen perfectamente explicitados en la declaración de hechos probados. Una convicción que, se comparta o no, en la medida en que sopesa y pondera la actividad probatoria desarrollada de una forma y sentido determinados de entre los varios posibles, no puede tacharse de ilógica ni irracional. Por ello mismo, no puede ser revisada por el tribunal superior, pues queda fuera de su competencia revisora la concreta ponderación realizada por los jurados del peso de las pruebas e indicios incriminatorios en relación con las pruebas de descargo practicadas (entre ellas, las relativas al resultado negativo del análisis de los restos biológicos y otras muestras obtenidas en el lugar del crimen, que los jurados tuvieron también a su disposición).

e) Finalmente, la sala constata también la razonabilidad del juicio de inferencia vertido por el magistrado presidente en los fundamentos jurídicos de la sentencia apelada (específicamente en el fundamento séptimo), en justificación razonada y razonable de la convicción que alcanzaron los jurados sobre la culpabilidad de Jose Carlos . En este punto, ha de tenerse en cuenta que el juicio de suficiencia de la motivación debe realizarse con una mirada que debe comprender tanto las razones ofrecidas por los jurados en el acta de la votación como las dadas por el magistrado presidente en la sentencia, pues es a través de ambos momentos que se exteriorizan las razones de una decisión colegiada en la que intervienen nueve jueces legos y un juez profesional. De ahí la conclusión que alcanzamos sobre la suficiencia del juicio de motivación o racionalidad de la inferencia probatoria realizada en la sentencia. Es éste, sin embargo, un reproche que el recurrente reitera en el segundo de los motivos de su recurso, ahora por la vía del artículo 846 bis e), apartado a) LECR , denunciando el quebrantamiento de normas y garantías procesales por manifiesta insuficiencia y arbitrariedad en la motivación del veredicto (ya no de la sentencia)".

**2.** Hemos dicho de manera reiterada que la verificación de la existencia de prueba de cargo bastante requiere una triple comprobación. En primer lugar, que el Tribunal de instancia ha apoyado su relato fáctico en pruebas relativas a la existencia del hecho y a la participación del acusado en él de suficiente contenido incriminatorio. En segundo lugar, que las pruebas son válidas, es decir, que han sido obtenidas e incorporadas al juicio oral con respeto a los derechos fundamentales y con arreglo a las normas que regulan su práctica. Y, en tercer lugar, que la valoración realizada para llegar a las conclusiones fácticas que son la base de la condena, teniendo en cuenta el contenido probatorio de la prueba de cargo disponible, no se aparta de las reglas de la lógica, de las máximas de experiencia y de los conocimientos científicos, y que no es, por lo tanto, irracional, inconsistente o manifiestamente errónea.

Cuando se trata del recurso de casación en procedimientos seguidos conforme a la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, la valoración de la prueba efectuada por el Jurado y concretada por el Magistrado Presidente en la sentencia por él dictada, ya ha sido previamente revisada por el Tribunal Superior de Justicia al resolver el recurso de apelación, donde deberá haber procedido a las comprobaciones antes mencionadas. En consecuencia, en estos aspectos ya se ha dado cumplimiento a la exigencia contenida en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos , en cuanto reconoce el derecho de toda persona declarada culpable de un delito a someter el fallo condenatorio y la pena a un Tribunal Superior.

De otro lado, la sentencia contra la que se interpone el recurso de casación es la dictada por el Tribunal Superior de Justicia, que no ha presenciado la práctica de la prueba y, por lo tanto, no ha dispuesto de la inmediatez que sí ha tenido el Tribunal del Jurado.



Desde esta perspectiva, el control que corresponde al Tribunal Supremo cuando se alega vulneración de la presunción de inocencia, se concreta, en realidad, en verificar si la respuesta que ha dado el Tribunal de apelación ha sido racional y ha respetado la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala Segunda sobre el alcance de la revisión, sobre la motivación y sobre la validez de las pruebas. En definitiva, se concreta en cuatro puntos: a) en primer lugar, si el Tribunal Superior de Justicia, al examinar la sentencia del Tribunal del Jurado, se ha mantenido dentro de los límites de revisión que le corresponden; b) en segundo lugar, si ha aplicado correctamente la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional sobre la necesidad de motivar la valoración de la prueba, tanto al resolver sobre la queja de falta de motivación, en su caso, como al fundamentar sus propias decisiones; c) en tercer lugar, si ha respetado la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional acerca de las garantías y reglas relativas a la obtención y práctica de las pruebas, con objeto de determinar su validez como elementos de cargo; d) en cuarto lugar, si el Tribunal de la apelación ha resuelto las alegaciones del recurrente sobre la existencia de prueba de forma racional, es decir, con sujeción a las reglas de la lógica, a las máximas de experiencia y a los conocimientos científicos (entre otras SSTS 847/2013 de 11 de noviembre o la más reciente 163/2017 de 14 de marzo).

Y en este caso, en atención al apartado que acabamos de extractar, hemos de concluir que así lo hizo.

**3.1.** En lo que atañe a las declaraciones de coimputados, más correctamente coinvestigados, y su eficacia como prueba de cargo, el Tribunal Constitucional tiene establecida una consolidada doctrina.

Conforme a la misma, las declaraciones de los coimputados carecen de consistencia plena como prueba de cargo cuando, siendo únicas, no resultan mínimamente corroboradas por otros datos externos. La exigencia de corroboración se concreta, por una parte, en que no ha de ser plena, sino mínima y, por otra, en que no cabe establecer qué ha de entenderse por corroboración en términos generales, más allá de que la veracidad objetiva de la declaración del coimputado ha de estar avalada por algún hecho, dato o circunstancia externa, debiendo dejarse al análisis caso por caso la determinación de si dicha mínima corroboración se ha producido o no. Igualmente ha afirmado el Tribunal Constitucional que los diferentes elementos de credibilidad objetiva de la declaración -como pueden ser la inexistencia de animadversión, el mantenimiento o no de la declaración, o su coherencia interna- carecen de relevancia como factores de confirmación, siendo necesario que existan datos externos a la versión del coimputado que la corroboren, no en cualquier punto, sino en relación con la participación de los por él inculcados en los hechos punibles que el órgano judicial considera probados. Por último, también ha destacado que la declaración de un coimputado no puede entenderse corroborada, a estos efectos, por la declaración de otro coimputado y que los elementos cuyo carácter corroborador ha de ser valorado por este Tribunal son exclusivamente los que aparezcan expresados en las resoluciones judiciales impugnadas como fundamentos probatorios de la condena ( SSTC 34/2006 de 13 de febrero ; 230/2007 de 5 de noviembre ; 102/2008 de 28 de julio ; 56/2009 y 57/2009 de 9 de marzo ; 125/2009 de 18 de mayo y 134/2009 de 1 de junio ).

El mismo Tribunal ha argumentado que la exigencia de que la declaración inculcatoria del coimputado cuente con un elemento externo de corroboración mínima no implica la existencia de una prueba directa o indiciaria sobre la participación del condenado en los hechos que se le imputan, sino, más limitadamente, una prueba sobre la veracidad objetiva de la declaración del coimputado respecto de la concreta participación del condenado ( SSTC 56/2009 y 57/2009 de 9 de marzo ). Y en la misma dirección ha matizado que esa corroboración externa mínima y suficiente que constitucionalmente se exige para completar el carácter inculcatorio de las declaraciones de coimputados, no constituye una prueba en sí misma, pues en ese caso bastaría ésta sin necesidad de las declaraciones que respalda. La corroboración es una confirmación de otra prueba, que es la que por sí sola no podría servir para la destrucción de la presunción de inocencia, pero que con dicha corroboración adquiere fuerza para fundar la condena ( SSTC 198/2006 de 3 de julio y 258/2006 de 11 de septiembre ).

Por último, el supremo intérprete de la Constitución ha afirmado de forma reiterada que "la existencia de una coincidencia entre lo declarado por un coimputado y las circunstancias del condenado atinentes a su conducta delictiva, configuran una realidad externa e independiente a la propia declaración del coimputado que la avalan" (así, SSTC 233/2002 de 9 de diciembre ; 91/2008 de 21 de julio y 56/2009 y 57/2009 de 9 de marzo ).

Esta Sala, en recepción de la doctrina del Tribunal Constitucional, ha afirmado igualmente de manera reiterada que las declaraciones de coimputados son pruebas de cargo válidas para enervar la presunción de inocencia, pues se trata de declaraciones emitidas por quienes han tenido un conocimiento extraprocesal de los hechos imputados, sin que su participación en ellos suponga necesariamente la invalidez de su testimonio, aunque sea un dato a valorar al determinar su credibilidad ( SSTS 1290/2009 de 23 de diciembre ; 84/2010 de 18 de febrero ; 60/2012 de 8 de febrero ; 129/2014 de 26 de febrero ó 622/2015 de 23 de octubre por citar alguna de las más recientes).





Sin embargo, ambos Tribunales hemos llamado la atención acerca de la especial cautela que debe presidir la valoración de tales declaraciones a causa de la posición que el coimputado ocupa en el proceso, en el que no comparece como testigo, obligado como tal a decir la verdad y conminado con la pena correspondiente al delito de falso testimonio, sino como acusado y por ello asistido de los derechos a no declarar en su contra y a no reconocerse como culpable, no obligado legalmente a declarar, pudiendo callar total o parcialmente. Precisamente en atención a esas reticencias se ha afirmado que la declaración inculpativa del coimputado carece de consistencia plena como prueba de cargo cuando, siendo única, no resulta mínimamente corroborada. Es la existencia de alguna corroboración lo que permite proceder a la valoración de esa declaración como prueba de cargo.

Nos encontramos ante una prueba peculiar que exige un plus: unas condiciones externas, verificables desde fuera, más allá de que el proceso racional por el que un Tribunal llega a conferirles credibilidad esté fuertemente asentado y sea convincente.

**3.2.** En este caso, el Jurado tomó en consideración la declaración heteroinculpativa prestada por el acusado Sr. Carlos Francisco en sede policial con motivo de su detención, y ratificada hasta en cuatro ocasiones a presencia judicial en el Juzgado de Instrucción, que sustituyó por otra exculpativa dos años después de haber sucedido los hechos.

En primer lugar, no puede considerarse arbitrario que, introducida en el plenario la retractación del declarante respecto a su versión inicial, el Jurado otorgue preferencia a ésta última, prestada en todo caso a presencia de su abogado, y reiterada en varias ocasiones a presencia judicial. Esta Sala ha admitido el valor probatorio de las declaraciones prestadas en instrucción siempre que lo hubieran sido a presencia judicial, de forma inobjetable, e incorporadas al juicio oral en condiciones de contradicción. De modo que aunque la declaración judicial sumarial no haya sido ratificada en el plenario, su introducción a través del mecanismo y garantías descritas, permite tener motivadamente en cuenta el contenido de la sumarialmente prestada. Posibilidad de valoración que el Tribunal Constitucional ha admitido también cuando de la declaración de coimputados se trata (por todas STC 10/2007, de 15 de enero).

Por su parte el artículo 46.5 de la LOTJ impide que se tengan como prueba las declaraciones sumariales con carácter general, pero no en aquellos casos excepcionales en los que la jurisprudencia ha admitido la posibilidad de valorarlas una vez incorporadas adecuadamente al juicio oral, siempre que se hayan practicado en su momento de forma inobjetable (por todas la STS 386/2018 de 25 de julio y las que en ella se citan).

En este caso el contenido de las declaraciones sumariales del acusado Sr. Carlos Francisco fueron introducidas en el debate plenario, con las formalidades precisas para que el Jurado pudiera tomarlas en consideración, otorgándoles prevalencia frente a la injustificada retractación. Además la versión rescatada quedó externamente corroborada en cuanto a su contenido inculpativo, tal y como explicitó el Jurado en el acta de veredicto y desarrolló más ampliamente la sentencia del Magistrado Presidente a través de elementos que cumplen los presupuestos exigidos por la doctrina constitucional, que esta Sala ha hecho suya: la aportación de elementos objetivos respecto a los hechos que revelan su conocimiento de la escena del crimen y del desarrollo, como la maniobra para taponar la boca de la anciana; o que el acusado Jose Carlos usa habitualmente navaja y hace ostentación de ello según se deduce de distintos mensajes interceptados y reproducidos en el juicio. Otro importante elemento de corroboración se desprende de la nota amenazante que el recurrente envió en prisión a Carlos Francisco, que determinó la comparecencia de éste ante un funcionario de prisiones, quien también reprodujo el incidente en el plenario; o los mensajes de wasap que ponen de relieve que Jose Carlos planeaba actuar el día en que ocurrieron los hechos precisamente en la localidad de Alhama de Murcia. Elementos que refrendan suficientemente el contenido inculpativo de la declaración del coimputado.

**4.** Tomó igualmente en consideración el Jurado los datos que aportó el menor Carlos Francisco en distintas manifestaciones realizadas extra proceso, que no ratificó a presencia judicial, y que se introdujeron en el mismo a través de testimonios de referencia.

Recordaba la STC 161/2016 de 3 de octubre "Este Tribunal ha reiterado, en cuanto a la aptitud constitucional de los testigos de referencia como prueba de cargo apta para enervar la presunción de inocencia, que es una prueba poco recomendable y debe asumirse con recelo ( STC 143/2003, FJ 6), por lo que "puede ser uno de los elementos de prueba en los que fundar una decisión condenatoria, aunque condicionada por la plenitud del derecho de defensa, de modo que, en la medida en que el recurso al testigo de referencia impidiese el examen contradictorio del testigo directo, resultaría constitucionalmente inadmisibles, pues en muchos casos supone eludir el oportuno debate sobre la realidad misma de los hechos, además de conllevar una limitación obvia de las garantías de inmediación y contradicción en la práctica de la prueba" ( STC 117/2007, de 21 de mayo, FJ 3). Por ello, y de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ( SSTEDH



de 19 de diciembre de 1990, caso Delta , § 36 ; de 19 de febrero de 1991, caso Isgrò, § 34 ; y de 26 de abril de 1991, caso Asch , § 27), se ha admitido el testimonio de referencia en los casos de imposibilidad real y efectiva de obtener la declaración del testigo directo y principal, lo que se ha apreciado en aquellos supuestos en los que el testigo directo se encuentra en ignorado paradero, por lo que es imposible su citación, o en los que la citación del testigo resulta extraordinariamente dificultosa ( STC 143/2003 , FJ 6; citando a las SSTC 79/1994, de 14 de marzo, FJ 4 ; 68/2002, de 21 de marzo, FJ 10 ; 155/2002, de 22 de julio, FJ 17 ; y 219/2002, de 25 de noviembre , FJ 4)".

El mismo criterio ha sido mantenido por esta Sala de casación, que ha reconocido el valor del testimonio de referencia como prueba complementaria para reforzar lo acreditado por otros elementos probatorios, o bien el de una prueba subsidiaria, para ser considerada solamente cuando es imposible acudir al testigo directo, porque se desconozca su identidad, haya fallecido o por cualquier otra circunstancia que haga imposible su declaración testifical (entre otras SSTC 371/2014 de 7 de mayo , 144/2014 de 12 de febrero , 757/2015 de 30 de noviembre , 196/2017 de 24 de marzo , 307/2018 de 20 de junio y les que en ellas se citan).

De otro lado, ha admitido esta Sala el valor probatorio de afirmaciones que no han sido ratificadas a presencia judicial, supeditado a que se trate de manifestaciones prestadas de manera espontánea, libre y directa, de un lado; y de otro a que sean introducidas en el debate contradictorio que supone el juicio oral a través de la declaración de las agentes que directamente las percibieron (entre otras SSTC 655/2014 de 7 de octubre , o la más reciente 128/2018 de 20 de marzo ).

En este caso, la sentencia del Magistrado que presidió el Jurado analizó ampliamente el alcance del testimonio del menor aludido, para poner de relieve sus peculiaridades e incidir en los aspectos que respecto a él pudieron introducir otros testigos.

Se trata de un testimonio, el del menor, que accedió al procedimiento como prueba preconstituida, mediante la escucha de la correspondiente grabación, debido a que en el momento del juicio había regresado a su país Ecuador. No fue escuchado aquel directamente por el Jurado, pero si tuvo acceso directo al testimonio de su madre y de los agentes de la Guardia Civil a quienes efectuó espontáneas manifestaciones la noche del 6 de abril de 2014, cuando se encontraba ingresado en un centro hospitalario, bajo el efecto de bebidas alcohólicas. Hizo entonces mención a un tal " Jesús María " (apodo de la familia del coacusado Carlos Francisco ) y de Jose Carlos , además de aludir a un moro y un rumano, y habló de la muerte de una mujer mayor. Una vez declaró en la instrucción se retractó respecto a lo dicho, sin embargo el Jurado tomó en consideración los datos incorporados a partir de los citados testimonios de referencia, analizados con apoyo en los elementos de valoración que sobre la credibilidad del menor aportaron los distintos profesionales que le trataron en el centro de menores donde estuvo ingresado, en los términos que razonó la sentencia de primera instancia. Ciertamente se trata de un elemento de convicción que carece de valor autónomo, que solo opera como complementario del resto de la prueba, que no pierde de suficiencia aunque prescindieramos de él.

Critica el recurso como algo de especial trascendencia que el acta del veredicto identifique al testigo que nos ocupa con la expresión "el menor" y no con su nombre completo, lo que si hizo el Magistrado Presidente en su sentencia. La queja resulta irrelevante, pues no se introduce razón alguna que pudiera sustentar la sospecha de que se ha producido confusión en relación a tal testigo.

**5.** Finalmente insiste el recurso en el valor exculpatario de la prueba que avaló la versión de descargo facilitada por los acusados, respaldada en lo que a Jose Carlos se refiere por el testimonio de familiares y allegados de Carlos Francisco y unos mensajes de whatsapp que expresa y ampliamente analizó la sentencia de primera instancia y que carecen de sentido unívoco. Extremo que, como los anteriores, también fue expresamente refrendado por la sentencia de apelación.

Podemos, pues, afirmar que el Tribunal de apelación actuó con arreglo a las pautas que según la doctrina de esta Sala le incumben en relación a la verificación del contenido incriminatorio de la actividad probatoria de cargo que el Jurado tomó en consideración y su idoneidad para desvirtuar la presunción de inocencia del recurrente. Por todo ello, y desde el análisis que en este momento nos incumbe, hemos de concluir que la intervención que en los hechos probados se atribuye al acusado y la consecuente declaración de culpabilidad que en ellos se asienta, se ha sustentado en prueba legalmente obtenida y practicada, de contenido incriminatorio bastante y suficiente y racionalmente valorada, por lo que no puede entenderse vulnerada la presunción de inocencia que a aquél ampara. Conclusiones que no se desvanecen por el hecho de que en la mano de la víctima fueran localizados restos biológicos correspondientes al perfil genético de un varón no coincidente con el de los acusados, del que no se ha averiguado correlación, extremo que puede responder a múltiples hipótesis que en nada inciden en la eficacia de la actividad probatoria de cargo que se ha analizado.

El motivo se desestima.



**CUARTO** : El tercer motivo de recurso, apoyado también en los artículos 852 LECRIM y 5.4 LOPJ , denuncia infracción de la exigencia constitucional de motivación contemplada en el artículo 120.3 CE y con ella de la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE , todo ello referido tanto al veredicto como a la sentencia.

Sostiene el recurso que el Jurado omitió al fundamentar el acta de votación las razones por las que consideró al acusado Jose Carlos autor material, y las fuentes de conocimiento que sustentaron sus conclusiones sobre la culpabilidad de aquel como el autor de la muerte violenta de la víctima. Déficit que el Magistrado Presidente trato de suplir excediéndose de su cometido.

Esta cuestión fue ya introducida en el recurso de apelación y resuelta por el Tribunal Superior de Justicia con un pronunciamiento que también en este caso avalamos.

Basta un simple repaso al acta de deliberación del Jurado, en concreto en lo concerniente a los apartados primero y quinto del objeto del veredicto, que conforman la secuencia del *factum* que describe el acometimiento violento del recurrente a su víctima, para comprobar que se sustentan en los elementos de convicción que ya han sido señalados en el motivo anterior. Motivación que completó el Magistrado Presidente en su sentencia, comprensiva de un minucioso análisis del material probatorio del que el Jurado dispuso.

En lo que se refiere a la motivación, esta Sala tiene establecido que la sentencia debe contener la suficiente motivación no sólo en lo referente a la calificación jurídica central o nuclear a que se contraiga el objeto del proceso, sino también en lo relativo a cualquier punto jurídico del debate y de las peticiones de las partes. Y también se ha recordado que el fallo judicial que pone fin al proceso debe ser la expresión razonada de la valoración concreta e individualizada de los elementos que integran el conflicto, de las pruebas practicadas de cargo y de descargo y de la interpretación de la norma aplicada. Por lo cual, la obligación de motivar -como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva que ampara a todo justiciable- supone la necesidad de valorar tanto las pruebas de cargo presentadas por la acusación, como las de descargo practicadas a instancia de la defensa. De suerte que una sentencia cuya decisión esté fundada en el análisis sólo de la prueba de cargo o de la de descargo no daría satisfacción a las exigencias constitucionales del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 CE ( SSTS 485/2003 de 5 de abril ; 540/2010 de 8 de junio ; 1016/2011 de 30 de septiembre ; 249/2013 de 19 de marzo ; 63/2016 de 8 de febrero ; o STS 859/2016 de 15 de noviembre ).

Ahora bien, también hemos señalado que el Tribunal no viene obligado a dar una respuesta explícita a todas y cada una de las alegaciones o argumentaciones de las partes, bastando con la que se dé a la pretensión realizada, en la medida en que implique también una desestimación de las argumentaciones efectuadas en sentido contrario a su decisión ( SSTS 744/2015 de 24 de noviembre y 829/2016 de 3 de noviembre ).

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha afirmado reiteradamente que el control que le corresponde realizar sobre la eventual vulneración del derecho a la presunción de inocencia se extiende a verificar si se ha dejado de someter a valoración la versión o la prueba de descargo aportada, exigiéndose ponderar los distintos elementos probatorios, pero sin que ello implique que esa ponderación se realice de modo pormenorizado, ni que se lleve a cabo del modo pretendido por el recurrente, requiriendo solamente que se ofrezca una explicación para su rechazo ( SSTC 242/2005 de 10 de octubre ; 187/2006 de 19 de junio ; 148/2009 de 15 de junio y 172/2011 de 19 de julio ).

Asimismo, el Tribunal Constitucional, en lo que se refiere al análisis de la prueba como proceso específico y diferenciado, señala, por ejemplo en la STC 139/2000, de 29 de mayo , que "los Tribunales deben hacer explícitos en la resolución los elementos de convicción que sustentan la declaración de los hechos probados", que es lo que permite examinar "la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante ( SSTC 220/1998 de 16 de noviembre ; 117/2000 de 5 de mayo ) (...) al efecto de verificar si el razonamiento empleado en la valoración probatoria ha sido o no arbitrario, irracional o absurdo ( SSTS 140/1985 de 21 de octubre ; 169/1986 de 22 de diciembre ; 44/1989 de 20 de febrero ; 283/1994 de 24 de octubre ; 49/1998 de 2 de marzo ), o si los criterios empleados conculcan o no valores, principios o derechos constitucionales ( SSTC 47/1986 de 21 de abril ; 63/1993 de 1 de marzo ), o si se ha dejado de someter a valoración la versión del inculpado o la prueba de descargo en el juicio oral ( SSTC 145/1985 de 28 de octubre ; 151/1990 de 19 de octubre ) o, más simplemente, si ha faltado toda motivación acerca de los criterios que han presidido la valoración judicial de la prueba ( SSTC 174/1985 de 17 de diciembre ; 41/1991 de 25 de febrero ; 283/1994 de 24 de octubre , por todas)".

Cuando se sentencias dictadas en el marco de Juicio con Jurado se trata, la jurisprudencia de esta Sala ha resaltado que no puede exigirse a los ciudadanos que emitan el veredicto con el mismo grado de razonamiento intelectual y técnico que un juez profesional. Por ello la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado solo requiere en el artículo 61.1. d ) que conste en el acta de votación la expresión de los elementos de convicción y una sucinta explicación de las razones por las que han admitido o rechazado como probados unos determinados hechos. Con ello se configura la motivación del veredicto, que debe ser lo suficientemente explícita para que



el Magistrado-Presidente pueda cumplir con la obligación de concretar la existencia de prueba de cargo que le impone el artículo 70.2 de la Ley, completando aquellos aspectos ( SSTS 816/2008, de 2 de diciembre ; 300/2012, de 3 de Mayo ; 72/2014, de 29 de Enero ; 45/2014, de 7 de Febrero ; 454/2014, de 10 de Junio , 694/2014 de 20 de octubre ó la 821/2014 de 13 de noviembre , entre otras).

Presupuestos que en este caso se cumplieron. El jurado concretó en el acta que había tomado en consideración las declaraciones iniciales del también acusado Sr. Carlos Francisco , y expresamente aludió a los diferentes elementos que corroboraron la misma, y a los restantes elementos de prueba a los que hicimos referencia al resolver el motivo precedente. Motivación que desarrolló ampliamente la sentencia del Magistrado que presidió el Jurado en cuanto a tales elementos de convicción, y su proyección como excluyentes de la versión de descargo esgrimida por los acusados, que pormenorizadamente analizó, sin que ello suponga extralimitación de sus funciones en los términos previstos en el artículo 70.2 LOTJ .

Finalmente la sentencia del Tribunal de apelación, validó la suficiencia probatoria de la sentencia del Tribunal Jurado, con un análisis lo suficientemente explícito respecto al estándar de motivación exigible para dar satisfacción a la tutela judicial efectiva de los recurrentes.

El motivo se desestima, y con él el siguiente, que por el mismo cauce procesal y sin un especial desarrollo (se remite al motivo anterior), denunciaba vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías por lo que entendía extralimitación del Magistrado Presidente en su análisis sobre la prueba.

Del mismo modo han de ser desestimados los motivos quinto y sexto, que también planteados por vía de los artículos 852 LECRIM y 5.4 LOPJ , denuncian vulneración de los derechos fundamentales a la presunción de inocencia, a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías consagradas en los artículos 24.1 y 24.2 de la Constitución Española , así como al principio de interdicción de la arbitrariedad del artículo 9.3 de la Constitución Española , y en relación con el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y artículo 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos ( Artículo 96 de la Constitución española ). Motivos sin desarrollo propio, enunciados como consecuencia de los anteriores, y por ello vinculados a su suerte.

**QUINTO** : El Séptimo motivo de recurso, planteado por la misma vía de infracción constitucional de los anteriores, denuncia en este caso vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías ( Artículo 24.2 de la Constitución Española ) derivado de la práctica de periciales en juicio.

En definitiva censura el motivo la valoración probatoria que realizó el Jurado de la pericial que se practicó en torno a la concurrencia de alguna afectación en las facultades del acusado, derivada del consumo por su parte de cannabis y el trastorno de déficit de atención con hiperactividad que le acompaña desde la infancia.

Explica el recurso que el acusado estuvo en tratamiento psiquiátrico y psicológico desde pequeño, que abandonó respectivamente a finales de 2013 y en marzo de 2014, lo que determinó que la ingesta de cannabis aumentara en torno a la fecha de los hechos, y a consecuencia de todo ello se produjera la disminución de sus facultades volitivas. Extremos que, con base en la documental médica que consta en la causa, la pericial psiquiátrica de parte, y las aportaciones de la psicóloga que lo estuvo tratando por el TDAH, considera acreditados. En el acto del juicio se desarrolló una pericial conjunta de los peritos propuestos por la defensa con los forenses que dictaminaron en las actuaciones sobre tales extremos. Y el recurso tacha de arbitraria la valoración que al respecto realizó el Jurado al alinearse con el criterio de estos últimos, despreciando el de la psiquiatra interviniente a su instancia.

El Jurado consideró no probadas las proposiciones números 10, 11 y 12 del objeto del veredicto que sustentaban con decreciente intensidad de afectación, la tesis que el recurso reivindica. Y consideró probada la número 13, a tenor de la cual " Jose Carlos presentaba trastorno de déficit de atención con hiperactividad desde su infancia, y otros trastornos psíquicos debido sobre todo al consumo de drogas (cannabis), por los que ha estado en tratamiento, abandonando el tratamiento psiquiátrico a finales del año 2013 y el psicológico en marzo de 2014, aumentando el consumo de cannabis hasta la fecha en que fue detenido (el 8 de abril de 2014), sin que ello le afectase su capacidad de regir sus actos con conciencia y voluntad". Y lo hizo en todos los casos por unanimidad, con apoyo en lo dictaminado por los forenses, especificando el acta en relación a la última de las proposiciones citadas, que mantuvo el médico forense que el acusado "a pesar de sus varios trastornos era consciente plenamente de sus actos", y también tomó en consideración que "las drogas (cannabis) que consumía Jose Carlos , no creemos que afectasen sus actos ya que eran drogas blandas".

Como expone el recurso, en el acto del juicio se realizó una pericial conjunta en la que intervinieron dos médicos forenses que emitieron el mismo dictamen, dos psicólogas forenses de la Unidad de Psicología Forense del IML de Murcia y las psiquiatras Dras, Flora y Gema . Y el Jurado que presenció con inmediatez la prueba se decantó unánimemente por entender que los trastornos que pudiera tener el acusado, ni siquiera en combinación con el consumo de cannabis, eran capaces de incidir de manera mínimamente relevante en su



nivel de conciencia y de voluntad, alineándose así con el criterio defendido por los médicos y las psicólogas forenses, frente a la opinión de las médicas psiquiatras.

La convicción del Jurado sobre la mayor verosimilitud de los dictámenes forenses, es perfectamente plausible, y no puede ser tachada de arbitraria o absurda, única circunstancia que podría generar la censura casacional de tal elemento de convicción. El recurso no introduce datos que justifiquen otra conclusión. Que los forenses intervinientes carezcan de la especialidad en psiquiatría no los inhabilita en relación a un dictamen como el que en este caso se emitió. Ni tampoco tiene sustento la tacha de parcialidad que se les atribuye. La vinculación de sus conclusiones con la naturaleza de los hechos atribuidos al acusado es imprescindible para determinar la incidencia de una atenuación como la que se pretende en relación a los mismos.

El mero hecho de que el acusado pudiera padecer un trastorno de déficit de atención por hiper actividad u otros no especificados, no es suficiente para sustentar una atenuación, pues la relevancia de los mismos en la imputabilidad no responde a una regla general. La jurisprudencia de esta Sala, condensada entre otras en la STS 29/2012 de 18 de enero, tiene reiteradamente declarado, en relación a la apreciación de las atenuantes de responsabilidad por afectaciones mentales con reflejo en la capacidad de culpabilidad, que ha de tenerse en cuenta, en primer lugar, que el sistema del Código Penal vigente exige no solo la existencia de un diagnóstico que aprecie una anomalía o alteración psíquica como elemento biológico o biopatológico, sino que a él debe añadirse la comprobación de que tal déficit impide al sujeto, o le dificulta en mayor o menor medida, la comprensión de la ilicitud de la conducta o bien la actuación conforme a esa comprensión (elemento psicológico-normativo). Es decir, establecer pautas o directrices sobre los efectos o consecuencias de la enfermedad o patología psíquica en la comprensión de la ilicitud del hecho por parte del acusado y en la capacidad de actuar conforme la comprensión de la ilicitud.

De ahí que la proyección de cualquier trastorno o anomalía que el acusado pueda padecer no puede ser ponderada prescindiendo de la secuencia fáctica sobre la que está llamada a operar.

De otro lado, es criterio jurisprudencialmente asentado, el consumo de sustancias estupefacientes, aunque sea habitual, no permite por sí solo la aplicación de una atenuación. No se puede, pues, solicitar la modificación de la responsabilidad criminal por el simple hábito de consumo de drogas ni basta con ser drogadicto en una u otra escala, de uno u otro orden para pretender la aplicación de circunstancias atenuantes. Los supuestos de adicción a las drogas que puedan ser calificados como menos graves o leves, no constituyen atenuación ya que la adicción grave es el supuesto límite para la atenuación de la pena por la dependencia a las drogas, como se deduce de la expresión literal de la propia norma legal.

En atención a lo expuesto, el motivo va a ser desestimado.

**SEXTO** : El octavo motivo de recurso invoca igualmente los artículos 852 LECRIM y 5.4 LOPJ para denunciar la infracción del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

1. El derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas aparece expresamente reconocido en el artículo 24.2 CE. Si bien no es identificable con un derecho al cumplimiento de los plazos establecidos en las leyes procesales, impone a los órganos jurisdiccionales la obligación de resolver y ejecutar lo resuelto en un tiempo razonable. En función de las alegaciones de quien lo invoca puede ser preciso comprobar si ha existido un retraso en la tramitación de la causa, que no aparezca suficientemente justificado, bien por su complejidad o por otras razones. Que ese retraso sea imputable al órgano jurisdiccional y que no haya sido provocado por la actuación del propio acusado. Cualquier ponderación debe efectuarse a partir de tres parámetros: la complejidad de la causa, el comportamiento del interesado y la actuación de las autoridades competentes ( STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso González Doria Durán de Quiroga contra España y STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso López Sole y Martín de Vargas contra España, y las que en ellas se citan).

Según jurisprudencia constante de esta Sala, a la hora de interpretar esta atenuante concurren dos elementos relevantes "el plazo razonable" y las "dilaciones indebidas". Al primero se refiere el artículo 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que reconoce a toda persona el "derecho a que la causa sea oída dentro de un plazo razonable". A las segundas el artículo 24 de la CE que garantiza un proceso sin "dilaciones indebidas". En realidad, son conceptos que confluyen en la idea de un enjuiciamiento ágil y sin demora, pero que difieren en sus parámetros interpretativos. Las dilaciones indebidas implican retardos injustificados en la tramitación, que han de evaluarse con el análisis pormenorizado de la causa y los lapsos temporales muertos en la secuencia de los distintos actos procesales. El "plazo razonable" es un concepto mucho más amplio y más orientado a la duración total del proceso, que significa el derecho de todo justiciable a que su causa sea vista en un tiempo prudencial, que ha de tener como índices de referencia la complejidad de la misma y los avatares procesales de otras de misma naturaleza, junto a los medios disponibles en la Administración de Justicia ( SSTS 91/2010 de 15 de febrero ; 269/2010 de 30 de marzo ;



338/2010 de 16 de abril ; 877/2011 de 21 de julio ; 207/2012 de 12 de marzo y 401/2014 de 8 de mayo , entre otras).

La causa de atenuación que nos ocupa aparece regulada, a partir de la reforma operada en el CP por la LO 5/2010, en el artículo 21. 6ª del CP , que exige que se haya producido una dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, lo que excluye los retrasos que no merezcan estas calificaciones, y además, que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa.

2. Como pone de relieve el Ministerio Fiscal al impugnar el recurso, las dilaciones indebidas han sido alegadas por primera vez en casación. Ya dijimos en la STS 662/2018 de 17 de diciembre , que Jurisprudencia consolidada de esta Sala ha afirmado que el recurso de casación se circunscribe a los errores que pudo haber cometido el juzgador al enjuiciar los temas sometidos a su consideración por las partes. Lo que implica que no puedan formularse, *ex novo* y *per saltum* alegaciones relativas a otros no suscitados con anterioridad, que obligarían al Tribunal de casación a abordar asuntos no sometidos a contradicción en el juicio oral, y a decidir sobre ellos por primera vez y no en vía de recurso. Es decir, como si actuase en instancia, sin posibilidad de ulterior recurso sobre lo resuelto en relación con estas cuestiones nuevas.

No obstante, esa misma doctrina jurisprudencial admite dos clases de excepciones a su criterio. Cuando se trate de infracciones de preceptos penales sustantivos, cuya subsanación beneficie al reo y que puedan ser apreciadas sin dificultad en el trámite casacional porque la concurrencia de todos los requisitos exigibles para la estimación de las mismas conste claramente en el propio relato fáctico de la sentencia impugnada, independientemente de que se haya aducido o no por la defensa. Y si se trata de infracciones constitucionales que puedan ocasionar materialmente indefensión.

3. En este caso, del relato de la sentencia no se deducen elementos en los que poder asentar la infracción constitucional que se denuncia ni de la atenuante que habría de anudarse a la misma.

La parte recurrente alude como fundamento de su pretensión a la duración global del proceso, y se limita a señalar "en el caso que nos ocupa unos hechos de 4 de abril del 2014, donde se obtiene una primera sentencia en junio de 2017, pese a la importancia de los hechos, no había grandes dificultades en la prueba y comparándola con los cánones de otros procedimientos similares, entendemos que mi representado ha sufrido una dilación indebida no tenida en cuenta en sentencia a los efectos oportunos".

La aceptación de una excepción a la regla general de exclusión de cuestiones nuevas en casación que habilite la apreciación de la atenuante ahora solicitada, exige que quien la invoca cumpla la carga de identificar los períodos de extraordinarios de paralización y señale los motivos por los que son indebidos los retrasos. Solo de esa manera las demás partes procesales tienen la posibilidad al impugnar el recurso, de rebatir en casación individualmente los fundamentos fácticos de concurrencia de la atenuante, y puede entenderse compensado el déficit de contradicción que pesa sobre la materia, al no haber sido debatida en la instancia.

El silencio del recurrente respecto a posibles paralizaciones impide valorar si estas existieron o no, y, en su caso, la razón que las motivara. En cuanto a la duración global del proceso desde la fecha de los hechos, que incluye la necesaria investigación policial, en ausencia de dato relevante alguno que pueda extraerse del relato de hechos, carece de entidad suficiente para entender vulnerado el derecho a un enjuiciamiento en plazo razonable.

El motivo se desestima.

**SÉPTIMO** : El noveno motivo de recurso se plantea por infracción de ley al amparo del artículo 849.2 LECRIM por error en la valoración de la prueba basado en documentos literosuficiente que obran en autos, que demuestran la equivocación del Tribunal.

El recurrente se limita a señalar los documentos en los que basa su reclamación, de los que, con carácter genérico indica que a partir de los mismos "se puede comprobar que la versión de Jose Carlos de que estuvo en casa de Carlos Francisco (folio 802) es la más relevante, otras como acta de inspección demuestran que delante de la fallecida había espacio de sobra, hechos negados por el jurado, etc."

Se designan como documentos: DVD-R de la Guardia Civil con leyenda "Diligencias previas 386/2014 volcado terminal de Jose Carlos (pieza 11/14) con imágenes y whatsapp de voz o audio interesando la reproducción de las conversaciones que mantuvo Jose Carlos con otras personas desde las 18:00 horas del pasado 4 de abril de 2014 hasta las 1:00 horas del pasado 5 de abril de 2014, contenidas en carpeta Diligencias Previas 386-2012, carpeta Whatsapp, carpeta media, carpeta whatsapp voice notes, carpeta 2014 (sobre todo PTT-20140405-WA00000. Amr, PTT-20140405-WA0001. amr, PTT-20140405-WA0002. amr, PTT-20140405-WA0003. amr).

Diligencias policiales nº NUM001 de la Unidad de Policía Judicial por un supuesto delito de homicidio. Anexo num. UNO resultado de la lectura del archivo MSGSTORE. DB.CRYPT el cual consta de 90 páginas numeradas



de forma correlativa con denominación en el encabezamiento de zena forensic-whatsapp xtract (fols 729 a 819) siendo fundamental el folio 802, así como folios 737 y 738, 797 y 798, 812 a 815.

DVDS que contienen las grabaciones audiovisuales de las exploraciones del menor Elias como pruebas preconstituida llevadas a cabo el pasado día 9 de mayo de 2014 y el pasado 9 de octubre de 2014.

Fols 17 a 19. Acta de inspección ocular.

Fols 56 Conclusiones de la Exploración de los hechos.

Fols 21 a 23 del atestado.

Fol 6 informe preliminar autopsia.

Fols 883 del informe de autopsia forense (fols 880 a 894).

Fols 63 y 64

Fols 429 a 435. Informe del Servicio de Criminalística.

Fols 438 a 442. Dictamen Instituto Médico Legal.

Fols 461 a 483. Acta de Inspección Técnico ocular Unidad de Policía judicial. Fols 644 y 648. Informe inspección ocular.

Fols 1874. Copia del informe pericial que comprende folios 1871 a 1876. Folio 1886. Informe de ensayo nº 14/04292-15BI de los Especialistas del Departamento de Biología del Servicio de Criminalística de la Guardia Civil.

Folio 2114-2115. Informe clínico de alta de Carlos Francisco . Fol. 2378 y 2379. Carta.

Documentos que fueron foliados en la Sección 3 de la Audiencia Provincial de Murcia, que constan en la causa:

Diligencia de transcripción de la exploración del menor Elias como prueba preconstituida (fols 535 a 547 de la causa de la Audiencia Provincial).

Diligencia de transcripción de la exploración del menor Elias como prueba preconstituida (fols 548 a 551 de la causa de la A. Provincial.)

**2.** Para que quepa estimar que ha habido infracción de ley por haber concurrido error en la apreciación de la prueba en los términos prevenidos en el artículo 849.2 LECRIM la doctrina de esta Sala (entre otras muchas las SSTS 209/2012 de 23 de marzo ; 128/2013 de 28 de febrero ; 656/2013 de 28 de junio , la 475/2014 de 3 de junio , o más recientemente en la 422/2018 de 26 de septiembre o la 662/2018 de 17 de diciembre ) ha consolidado la exigencia de los siguientes requisitos: 1º) Que haya en los autos una verdadera prueba documental y no de otra clase (testifical, pericial, confesión), es decir que sea un documento propiamente dicho el que acredite el dato de hecho contrario a aquello que ha fijado como probado la Audiencia, y no una prueba de otra clase, por más que esté documentada en la causa; 2º) Que este documento acredite la equivocación del Juzgador, esto es, que en los hechos probados de la Sentencia recurrida aparezca como tal un elemento fáctico en contradicción con aquello que el documento, por su propia condición y contenido, es capaz de acreditar; 3º) Que, a su vez, ese dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, porque la ley no concede preferencia a ninguna prueba determinada sobre otra igual o diferente, sino que cuando existen varias sobre el mismo punto, el Tribunal que conoció de la causa en la instancia, habiendo presidido la práctica de todas ellas, y habiendo escuchado las alegaciones de las partes, tiene facultades para, sopesando unas y otras, apreciar su resultado con la libertad de criterio que le reconoce el artículo 741 de la LECrim ; 4º) Por último, es necesario que el dato de hecho contradictorio así acreditado sea importante, en cuanto que tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos que carezcan de tal virtualidad, el motivo no puede prosperar, porque, 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 modificar.

En definitiva, la finalidad del motivo previsto en el artículo 849. 2º LECRIM consiste en modificar, suprimir o adicionar el relato histórico mediante la incorporación de datos incontrovertibles acreditados mediante pruebas auténticamente documentales, normalmente de procedencia extrínseca a la causa, que prueben directamente y sin necesidad de referencia a otros medios probatorios o complejas deducciones el error que se denuncia, que para que pueda prosperar el motivo debe afectar a extremos jurídicamente relevantes, y siempre que en la causa no existan otros elementos probatorios de signo contrario.

**3.** Ninguno de los documentos designados gozan del carácter documental y la autarquía probatoria que el éxito del motivo exige. No gozan de ese carácter las actuaciones policiales. Tampoco los volcados



de mensajes telefónicos, susceptibles de interpretaciones no unívocas, y que deben ser integrados con el contenido de declaraciones personales. Tampoco las actas que documentan declaraciones (las SSTS 388/2004 de 25 de marzo o 1185/2005 de 10 de octubre así lo afirmaron) pues se trata no de documentos, sino de declaraciones documentadas.

Por lo que respecta a las pruebas periciales, de manera excepcional esta Sala ha atribuido a los informes de éste tipo la capacidad de modificar el apartado fáctico de una sentencia, cuando el tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero los haya incorporado a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de forma que su sentido originario quede alterado relevantemente; o bien cuando haya llegado a conclusiones divergentes de las comprendidas en los citados informes sin expresar razones que lo justifiquen ( STS 1017/2011 de 6 de octubre y las que en ella se mencionan). Todo ello sin perder de vista que dichos informes no son en realidad documentos, sino pruebas personales documentadas, consistentes en la emisión de pareceres técnicos sobre determinadas materias o sobre determinados hechos por parte de quienes tienen sobre los mismos una preparación especial, con la finalidad de facilitar la labor del tribunal en el momento de valorar la prueba. No se trata de pruebas que aporten aspectos fácticos, sino criterios que auxilian al órgano jurisdiccional en la interpretación y valoración de los hechos, sin modificar las facultades que le corresponden en orden a la valoración de la prueba. Por otro lado, su carácter de prueba personal no debe perderse de vista cuando la pericial haya sido ratificada, ampliada o aclarada en el acto del juicio oral ante el tribunal, pues estos aspectos quedan entonces de alguna forma afectados por la percepción directa del órgano jurisdiccional a consecuencia de la inmediatez ( SSTS 301/2011 de 31 de marzo o 993/2011 de 11 de octubre ).

En este caso, las conclusiones alcanzadas por el Jurado no se apartan de lo indicado por las pericias que fueron sometidas a su consideración. Pericias que solo conjuntamente valoradas con la restante prueba documental y testifical despliegan su efecto probatorio, por lo que la discrepancia planteada excede del ámbito de análisis que faculta el cauce procesal empleado.

El motivo se desestima.

**OCTAVO** . El décimo motivo de recurso invoca el artículo 849.1 LECRIM para denunciar la indebida aplicación del artículo 139.1 CP .

Cuestiona pues el recurrente que se haya estimado de aplicación la alevosía que cualifica el homicidio en asesinato. Que según declararon los forenses, existían lesiones de defensa en la víctima, en concreto cortes en los dedos y ADN en la uña de un dedo de su mano derecha, compatibles con una reacción defensiva por parte de aquella. A lo que añade que el hecho de que viviera sola, sugiere que la misma era autosuficiente.

**1.** La discrepancia que habilita el artículo 849.1 LECRIM sólo permite cuestionar el juicio de tipicidad, esto es, la subsunción proclamada por el Tribunal de instancia, a partir del relato de hechos probados, que nos vincula.

En lo que a la cuestión ahora suscitada se refiere, el Jurado declaró probado "... Jose Carlos y Carlos Francisco lograron acceder al domicilio de Juana sin romper o violentar la cerradura de la puerta de la vivienda, y una vez dentro Jose Carlos obligó a Juana a sentarse en un sillón/balancín de tijera y tela situado en el distribuidor / comedor, y ante los gritos de socorro de Juana , aprovechándose de la soledad, edad y estado físico de ésta, Jose Carlos , estando frente a Juana , le presionó fuertemente la zona de la boca y nariz para que no gritara (produciéndole contusión nasal y una escoriación en el labio superior derecho) y le asestó con arma blanca de hoja con un borde romo y el otro cortante dos pinchazos cuchilladas en el cuello (uno de ellos le produjo una herida inciso cortante de casi cinco centímetros de longitud que profundizó en el cuello hasta afectar la zona posterior del mismo y que le seccionó músculos y vasos sanguíneos, siendo esta herida la determinante de la muerte como consecuencia del shock hipovolémico) y un corte en el cuello. En el curso de esta acción Juana interpuso sus manos para evitar que Jose Carlos la acuchillara, produciéndose cortes superficiales en ambas manos. Este acontecimiento ocurrió muy rápido y Carlos Francisco no pudo hacer nada para evitarlo...".

Previamente declaró probado que la víctima "viuda, de 83 años de edad, vivía sola y presentaba problemas de movilidad, precisando de bastón o andador para desplazarse".

**2.** La alevosía que cualifica el homicidio en asesinato del artículo 139.1 CP aparece descrita en el artículo 22.1 CP , según el cual concurre "cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido".

A partir de esa definición legal, la jurisprudencia de esta Sala ha exigido para apreciar la alevosía: en primer lugar, un elemento normativo consistente en que se trate de un delito contra las personas. En segundo lugar, como requisito objetivo, que el autor utilice en la ejecución medios, modos o formas que han de ser objetivamente adecuados para asegurarla mediante la eliminación de las posibilidades de defensa, sin que sea





suficiente el convencimiento del sujeto acerca de su idoneidad. En tercer lugar, en el ámbito subjetivo, que el dolo del autor se proyecte no sólo sobre la utilización de los medios, modos o formas empleados, sino también sobre su tendencia a asegurar la ejecución y su orientación a impedir la defensa del ofendido, eliminando así conscientemente el posible riesgo que pudiera suponer para su persona una eventual reacción defensiva de aquél. Y en cuarto lugar, que se aprecie una mayor antijuridicidad en la conducta derivada precisamente del modus operandi, conscientemente orientado a aquellas finalidades ( SSTS 907/2008 de 18 de diciembre ; 25/2009 de 22 de enero ; 37/2009 de 22 de enero ; 172/2009 de 24 de febrero ; 371/2009 de 18 de marzo ; 854/2009 de 9 de julio ; 1180/2010 de 22 de diciembre ; 998/2012 de 10 de diciembre ; 1035/2012 de 20 de diciembre ; 838/2014 de 12 de diciembre ; 110/2015 de 14 de abril o 253/2016 de 32 de marzo).

Recordábamos en la STS 253/2016 de 31 de marzo que en lo que concierne a las modalidades, instrumentos o situaciones de que se vale el agente para asegurar el resultado excluyendo toda defensa y el consiguiente riesgo para su persona, esta Sala ha distinguido tres supuestos de asesinato alevoso: la llamada alevosía proditoria o traicionera, si se ejecuta el homicidio mediante trampa, emboscada o a traición del que aguarda y acecha. La alevosía sorpresiva, caracterizada por el ataque súbito, inesperado, repentino e imprevisto. Y la alevosía por desvalimiento, en la que el agente se aprovecha de una especial situación y desamparo de la víctima que impide cualquier reacción defensiva, como cuando se ataca a un niño o a una persona inconsciente.

**3.** El relato de hechos que nos vincula, colma todos los presupuestos de tipicidad que la mencionada agravante requiere. El carácter sorpresivo del ataque, de noche, cuando la víctima se encontraba desprevenida y sola al resguardo de su hogar; la desproporción de fuerzas derivada de la diferencia de edad entre agresor y víctima, y las dificultades de movilidad de ésta; y el modo en el que el acusado asestó el golpe mortal, inmovilizada aquella en un sillón, a la vez que le presionaba la boca, lo que contribuyó a debilitar sus ya de por sí mermadas capacidades de reacción, e impidió que siguiera pidiendo auxilio, evidencian que aquel realizó el ataque de manera que quedó aniquilada cualquier posibilidad efectiva de defensa por parte de la víctima, asegurando así el éxito de su empresa.

Respecto a la reacción de la víctima, dijimos en la STS 51/2016 de 3 de febrero que la eliminación de toda posibilidad de defensa que la alevosía exige ha de ser considerada desde la perspectiva de su real eficacia, y es compatible con intentos defensivos nacidos del propio instinto de conservación pero sin capacidad verdadera de surtir efecto contra el agresor y la acción homicida (en este sentido STS 626/2015 de 18 de octubre y las que ella cita). Y en este contexto deben ubicarse los infructuosos intentos de la anciana por desasirse. No existió una defensa mínimamente efectiva que permita entender que los perfiles de la alevosía se desvanecen.

El motivo se desestima.

**NOVENO** : El siguiente motivo de recurso, el undécimo, también por la vía de infracción de ley que habilita el artículo 849.1 LECRIM , denuncia la indebida inaplicación del artículo 21.1 en relación con el 21.2 y 21.7 del CP . Sostiene el recurso que "de la prueba documental médica el Jurado dejó de aplicar de forma ilógica como la adicción de Jose Carlos al cannabis unido a su TDAH que padece le disminuye su voluntad".

Es decir, se trata de un planteamiento tributario del motivo que se planteó como séptimo, cuya desestimación, arrastra con él la de éste, que, en consecuencia, también se desestima.

**DÉCIMO** : El duodécimo motivo de recurso invoca el artículo 849.1 LECRIM para denunciar la inadecuada aplicación del artículo 109 , 110 y 116 del Código Penal al establecerse indemnizaciones que se apartan de modo muy relevante de las señaladas ordinariamente por los Tribunales en supuestos análogos.

Considera el recurrente que la suma fijada en concepto de responsabilidad civil debe ser inferior a la acordada, al haberse justificado totalmente la independencia económica de los hijos de la fallecida, que han creado sus propias familias y no vivían con la madre. Que los criterios seguidos para la fijación de ésta no resultan ponderados, racionales ni son aceptados por la jurisprudencia, que si bien permite la aplicación del baremo del seguro obligatorio, ha determinado que ha de serlo con carácter orientativo, modulándose con arreglo a las circunstancias del caso concreto.

De manera reiterada ha dicho esta Sala (entre otras SSTS 274/2015 de 30 de abril , 675/2016 de 22 de julio o 402/2018 de 12 de septiembre ) que la cuantificación de la indemnización de los daños y perjuicios materiales y morales, solo puede ser controlada en casación en el supuesto de que se pongan en discusión las bases o los diferentes conceptos en que se apoya la fijación de la cifra respectiva. Es decir, el supuesto de precisar si existe razón o causa bastante para indemnizar, pero no el alcance cuantitativo del concepto por el que se indemniza.

Y en concreto respecto al daño moral se tiene argumentado que su traducción en una suma de dinero solo puede ser objeto de control en el recurso de casación cuando resulta manifiestamente arbitraria y objetivamente desproporcionada. Y se aluden como supuestos en los que sería posible rectificar la



determinación de la cuantía de la indemnización fijada en la sentencia de instancia, entre los que cabe señalar: 1º) cuando se rebase o exceda de lo solicitado por las partes acusadoras; 2º) cuando se fijen defectuosamente las bases correspondientes; 3º) cuando quede patente una evidente discordancia entre las bases y la cantidad señalada como indemnización; 4º) cuando se establezcan indemnizaciones que se aparten de modo muy relevante de las señaladas ordinariamente por los Tribunales en supuestos análogos; 5º) en supuestos de error notorio, arbitrariedad o irrazonable desproporción de la cuantía fijada; 6º) en los supuestos de aplicación necesaria del Baremo, cuando se aprecia una defectuosa interpretación del mismo; y 7º) en los supuestos dolosos, o imprudentes ajenos a la circulación, en los que el Baremo solo es orientativo, cuando el Tribunal señale expresamente que establece las indemnizaciones conforme al baremo y sin embargo lo aplique defectuosamente.

Como razonó el Tribunal de apelación, en este caso no se aprecian motivos que justifiquen una modificación del importe en que quedó cuantificada la responsabilidad civil. Cantidad coincidente con la solicitada tanto por el Fiscal como por la acusación particular, respecto a la cual el Magistrado Presidente explicó ampliamente las razones que sustentaron su criterio, y la opción de apartarse de las pautas que ofrece el baremo del seguro obligatorio. Ponderó las circunstancias del caso, tanto las que afectan el hecho, una muerte violenta, como las concernientes a los perjudicados, los hijos de la fallecida, y en particular que desarrollaban su vida de manera independiente.

La sentencia recurrida se ajusta a los criterios marcados por esta Sala de casación, sin que pueda considerarse arbitraria la opción de no aplicar el baremo del seguro obligatorio ni siquiera con carácter orientativo.

La sentencia 580/2017 de 19 de julio, condensó la doctrina de esta Sala sobre la cuestión, y señaló que se ha reconocido que el "Baremo" ha sido tomado en la práctica judicial de manera orientativa cuando se trata de fijar indemnizaciones civiles en el orden estrictamente penal, teniendo en cuenta para ello las puntuaciones de las lesiones y de las secuelas padecidas que determinan los informes médico-forenses. Sin embargo, no es exigible la aplicación del baremo en los casos de delitos dolosos, lo que no impide que pueda ser tomado en consideración con carácter orientativo. Y afirmó expresamente "el baremo contenido en el Anexo del Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, está previsto para la siniestralidad vial y no resulta aplicable en el caso de un delito doloso de homicidio, ajeno al tráfico automovilístico. El propio apartado primero del Anexo establece que "El presente sistema se aplicará a la valoración de todos los daños a las personas ocasionados en accidente de circulación, salvo que sean consecuencia de delito doloso".

El efecto expansivo del Baremo, previsto en el Anexo a la Disposición Adicional octava de la Ley 30/1995, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, a otros ámbitos de la responsabilidad civil distintos de los del automóvil ha sido admitido por este Tribunal, pero siempre como criterio orientativo, no vinculante, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso y el principio de indemnidad de la víctima que informa los arts. 1.106 y 1.902 del Código Civil ( SSTS 596/2013, de 2-7 ; 480/2013, de 22- 5 ; y 799/2013, de 5-11 ).

La concesión de cantidades superiores al baremo en casos de delitos dolosos, máxime en supuestos especialmente traumáticos y violentos como pueden ser los supuestos de homicidios y asesinatos, se ha reconocido reiteradamente por la jurisprudencia de esta Sala (SSTS 772/2012, de 22 de octubre, y 799/2013, de 5 de noviembre, entre otras)".

Precisamente la sentencia mencionada, la 580/2017, confirmó un pronunciamiento indemnizatorio derivado de la muerte violenta de la madre a favor de dos hijos mayores de edad, por importe de 120.000 euros a cada uno de ellos.

Atendiendo a los precedentes jurisprudenciales reseñados, no se puede acoger la tesis de la parte recurrente. La pérdida de una madre aun cuando sea de avanzada edad, genera en el caso de relaciones normalizadas un grave perjuicio emocional para sus hijos, aun cuando mantengan ya respecto a ella solo vínculos afectivos y no de dependencia. Especialmente cuando la muerte ha sido causada dolosamente a consecuencia de un comportamiento violento que recrudece el sentimiento de pérdida ante lo injustificado e inesperado del deceso y la representación del dolor y desasosiego que la víctima hubo de experimentar en sus últimos instantes de vida. Nos encontramos fuera del ámbito de los baremos aplicables a los actos de circulación vial con vehículos de motor, y la vistas las circunstancias que convergen en el caso concreto, no puede considerarse la indemnización fijada ni excesiva ni arbitraria que clame por una reducción en sede de casación.

El motivo se desestima.

*Recurso de D. Carlos Francisco .*

**UNDÉCIMO** : El primer motivo de recurso invoca el artículo 852 LECRIM y 5.4 LOPJ para denunciar infracción de la presunción de inocencia.



Ya hemos fijado al resolver el recurso anterior los perfiles de la revisión que compete en casación cuando de la infracción de la mencionada garantía se trata.

Ya hemos dicho que esta Sala ha admitido el valor probatorio de las declaraciones prestadas en instrucción siempre que lo fueran a presencia judicial, de forma inobjetable, e incorporadas al juicio oral en condiciones de contradicción. De modo que aunque la declaración judicial sumarial no hay sido ratificada en el plenario, su introducción a través del mecanismo que garantiza su sometimiento al debate contradictorios (lo que aquí no se discute que ocurriera) permite tener motivadamente en cuenta el contenido de la sumarialmente prestada.

En este caso, tal y como argumentó la sentencia recurrida, la virtualidad probatorio del material incriminatoria que el Jurado tomó en consideración para sustentar sus conclusiones fácticas respecto a la intervención en los hechos que atribuyó al ahora recurrente, son las mismas que respecto al otro acusado, si bien ahora desde la perspectiva de la autoinculpación. De ahí que a lo dicho al respecto al resolver el recurso precedente, nos remitimos. Conclusiones cuya eficacia probatoria de cargo no se desvanece porque en el lugar de los hechos se hallaran huellas e incluso restos biológicos que no pertenecían a los acusados, lo que aun en el caso de que estuvieran directamente vinculadas con los acontecimientos que ahora nos ocupan, encajan con hipótesis plausibles que no contradicen las conclusiones que ahora respaldamos.

La STS 498/2003 de 24 de abril , y las en ella citada, entre las que se recoge la doctrina contenida en la STS 86/95 de 6 de junio , declara la validez de la confesión del imputado y su aptitud para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia cuando se ha efectuado comprobadamente, con respeto a las garantías del proceso, y por tanto con independencia de los motivos internos que tuviera el confesante para tal proceder.

El motivo se desestima.

**DUODÉCIMO:** El segundo motivo de recurso se canaliza a través del artículo 849.2 LECRIM . De nuevo hemos de remitirnos a lo señalado al resolver el motivo anterior respecto al margen de revisión que el citado precepto autoriza.

Ya hemos dicho que el éxito del motivo planteado a través del artículo 849.2 LECRIM exige, entre otros presupuestos, que el documento que se dice erróneamente interpretado sea literosuficiente, es decir, que evidencie el error cometido por el juzgador al consignar algún elemento fáctico o material de la sentencia, por su propio contenido, sin tener que recurrir a otras pruebas ni a conjeturas o complejas argumentaciones. Además, que sobre el mismo extremo no existan otros elementos de prueba, pues en ese caso se trata de un problema de valoración sometido a las reglas generales que le son aplicables. Finalmente que el dato o elemento acreditado por el particular del documento designado por el recurrente tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo.

En este caso ninguno de los documentos que se designan concitan tales presupuestos.

No tiene tal carácter la declaración del menor que se dice introducida a través de testimonios de referencia. Tampoco el informe policial de inspección ocular acompañado del correspondiente reportaje fotográfico, el que documentó el resultado de los análisis sobre perfiles genéticos que no atribuyó a ninguno de los acusado los restos biológicos que estudió, el informe clínico de alta de Carlos Francisco , ni el de autopsia confrontado con unas declaraciones que no han sido tomadas en consideración como tales, gozan de autonomía probatoria el éxito del motivo requiere.

El motivo se desestima.

**DÉCIMO TERCERO:** El siguiente motivo de planteado a través del artículo 852 LECRIM por infracción del principio de tutela judicial efectiva ( artículo 24.1 CE ), en su vertiente del deber de motivación de las resoluciones judiciales ( artículo 120.3 CE ), por la inclusión en la sentencia de la valoración de la prueba realizada por el Magistrado-Presidente al margen del veredicto merece idéntica suerte desestimatoria y por los mismos motivos que el que con el mismo alcance plateó el anterior recurrente. A lo allí dicho nos remitimos.

El motivo se desestima.

**DÉCIMO CUARTO.** Los dos siguientes motivos denuncian la inadmisión de sendos medios de prueba, queja que se canaliza como quebrantamiento de forma del artículo 850.1 LECRIM y como infracción constitucional.

2. En la STS 28/2018 de 18 de enero , resumíamos la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa ( artículo 24.2 CE ) en los siguientes términos ( STC 86/2008 de 21 de julio y STC 80/2011 de 6 de junio ):

a) Constituye un derecho fundamental de configuración legal, en la delimitación de cuyo contenido constitucionalmente protegido coadyuva de manera activa el legislador, en particular al establecer las normas reguladoras de cada concreto orden jurisdiccional, a cuyas determinaciones habrá de acomodarse el ejercicio



de este derecho, de tal modo que para entenderlo lesionado será preciso que la prueba no admitida o no practicada se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos, y sin que en ningún caso pueda considerarse menoscabado este derecho cuando la inadmisión de una prueba se haya producido debidamente en aplicación estricta de normas legales cuya legitimidad constitucional no pueda ponerse en duda (por todas, SSTC 133/2003 de 30 de junio ).

b) Este derecho no tiene carácter absoluto; es decir, no faculta para exigir la admisión de todas las pruebas que puedan proponer las partes en el proceso, sino que atribuye únicamente el derecho a la recepción y práctica de aquellas que sean pertinentes, correspondiendo a los órganos judiciales el examen sobre la legalidad y pertinencia de las pruebas solicitadas.

c) El órgano judicial ha de motivar razonablemente la denegación de las pruebas propuestas, de modo que puede resultar vulnerado este derecho cuando se inadmitan o no se ejecuten pruebas relevantes para la resolución final del asunto litigioso sin motivación alguna, o la que se ofrezca resulte insuficiente, o supongan una interpretación de la legalidad manifiestamente arbitraria o irrazonable.

d) No toda irregularidad u omisión procesal en materia de prueba puede causar por sí misma una indefensión constitucionalmente relevante, pues la garantía constitucional contenida en el artículo 24.2 CE únicamente cubre aquellos supuestos en los que la prueba es decisiva en términos de defensa. En concreto, para que se produzca violación de este derecho fundamental este Tribunal ha exigido reiteradamente que concurren dos circunstancias: por un lado, la denegación o la inejecución de las pruebas han de ser imputables al órgano judicial ( SSTC 1/1996 de 15 de enero y 70/2002 de 3 de abril ); y, por otro, la prueba denegada o no practicada ha de resultar decisiva en términos de defensa, debiendo justificar el recurrente en su demanda la indefensión sufrida ( SSTC 217/1998 de 16 de noviembre y 219/1998 de 16 de noviembre ).

e) Esta última exigencia se proyecta en un doble plano: por una parte, el recurrente ha de demostrar la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas o no practicadas; y, por otra parte, ha de argumentar el modo en que la admisión y la práctica de la prueba objeto de la controversia habrían podido tener una incidencia favorable a la estimación de sus pretensiones; sólo en tal caso podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo solicita amparo constitucional ( SSTC 133/2003 de 30 de junio , 359/2006 de 18 de diciembre , y 77/2007 de 16 de abril ).

f) Finalmente, ha venido señalando también el Tribunal Constitucional que el artículo 24 CE impide a los órganos judiciales denegar una prueba oportunamente propuesta y fundar posteriormente su decisión en la falta de acreditación de los hechos cuya demostración se intentaba obtener mediante la actividad probatoria que no se pudo practicar. En tales supuestos lo relevante no es que las pretensiones de la parte se hayan desestimado, sino que la desestimación sea la consecuencia de la previa conculcación por el propio órgano judicial de un derecho fundamental del perjudicado, encubriéndose tras una aparente resolución judicial fundada en Derecho una efectiva denegación de justicia ( SSTC 37/2000 de 14 de febrero , 19/2001 de 29 de enero , 73/2001 de 26 de marzo , 4/2005 de 17 de enero , 308/2005 de 12 de diciembre , 42/2007 de 26 de febrero y 174/2008 de 22 de diciembre ).

**3.** También esta Sala Segunda del Tribunal Supremo ha recordado reiteradamente la relevancia que adquiere el derecho a la prueba contemplado desde la perspectiva del derecho a un juicio sin indefensión, que garantiza nuestra Constitución ( Sentencias, por ejemplo, de 14 de julio y 16 de Octubre de 1995), y ha señalado, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional , que el derecho a la prueba no es absoluto, ni se configura como un derecho ilimitado a que se admitan y practiquen todas las pruebas propuestas por las partes con independencia de su pertinencia, necesidad y posibilidad.

En esta línea han establecido una serie de requisitos formales y materiales para que este motivo pueda prosperar, que sintetizan entre otras las SSTS 351/2016 de 26 de abril o 498/2016 de 9 de junio . Entre los primeros, las pruebas han de ser propuestas en tiempo y forma, de conformidad con las reglas específicas para cada clase de proceso. En segundo lugar, ante la resolución del Tribunal, que debe ser fundada, rechazando las que no considere pertinentes, o denegando la suspensión del juicio ante la imposibilidad de practicar en ese momento las previamente admitidas, quien ha propuesto la prueba debe hacer constar la oportuna protesta, patentizando así su oposición a la denegación a efectos de ulterior recurso. En tercer lugar, si se trata de prueba testifical, han de hacerse constar las preguntas que quien la propone pretendía dirigir al testigo, con la finalidad de que, primero el Tribunal de enjuiciamiento, y después esta Sala, en su caso, puedan valorar la trascendencia de la prueba propuesta. En cualquier caso, la parte que la propone, debe preocuparse de que conste la eventual trascendencia de la prueba respecto del fallo de la sentencia. La omisión de este requisito no impedirá, sin embargo, la estimación del motivo cuando la pertinencia y necesidad de la prueba se desprenda fácilmente de su propia naturaleza y características.



Como requisitos materiales, la prueba ha de ser pertinente, esto es, relacionada con el objeto del juicio y con las cuestiones sometidas a debate en el mismo; ha de ser relevante, de forma que tenga potencialidad para modificar de alguna forma importante el sentido del fallo, a cuyo efecto el Tribunal puede tener en cuenta el resto de las pruebas de que dispone; ha de ser necesaria, es decir, que tenga utilidad para los intereses de defensa de quien la propone, de modo que su omisión le cause indefensión; y ha de ser posible, en atención a las circunstancias que rodean su práctica. Todos estos aspectos han de ser acreditados por el recurrente cuando alega en vía de recurso la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes a su defensa.

Cuando el examen de la cuestión se efectúa en vía de recurso, el carácter necesario y relevante de la prueba debe valorarse teniendo en cuenta no solo las particularidades y finalidad de las propuestas tal como aparecían en el momento de admitir o denegar las pruebas, sino también las demás pruebas ya practicadas en el juicio oral y la decisión que deba adoptar el Tribunal respecto de los aspectos relacionados con la prueba cuya práctica fue denegada. Dicho de otra forma, la queja solo podrá ser estimada cuando en función de las características del caso concreto según resultan de todo lo ya actuado, su práctica podría suponer la adopción de un fallo de contenido diferente. En otro caso, la anulación del juicio para la celebración de uno nuevo no estaría justificada.

Como dijo entre otras la Sentencia de esta Sala 505/2012 de 19 de junio, la facultad del Tribunal, valorando razonada y razonablemente la pertinencia de las pruebas en el momento de la proposición y su necesidad en el momento de la práctica, a los efectos de evitar diligencias inútiles así como indebidas dilaciones, no vulnera el derecho constitucional a la prueba, sin perjuicio de la posibilidad de revisar en casación la razonabilidad de la decisión del Tribunal, en orden a evitar cualquier supuesto que pudiese generar efectiva indefensión a la parte proponente de la prueba. Por su parte la STS 948/2013 de 10 de diciembre recordaba que a los efectos de esta revisión es determinante que la parte recurrente argumente de modo convincente, que la resolución final del proceso *a quo* podría haberle sido favorable en caso de haberse aceptado y practicado las pruebas objeto de controversia, es decir que se ponga de relieve la trascendencia de la prueba en orden a posibilitar una modificación del sentido del fallo ( SSTC 73/2001 de 26 de marzo ; 168/2002 de 30 de septiembre y 71/2003 de 9 de abril , entre otras).

**4.** El éxito del motivo ahora planteado determinaría la nulidad del procedimiento y un nuevo enjuiciamiento. ( artículo 901 bis a. LECRIM ). Para la anulación de una resolución judicial por la no práctica de alguna prueba es necesario que la diligencia cuya omisión va a determinar la retroacción del procedimiento para ser practicada, sea no solo pertinente y posible, sino también necesaria. La necesidad es requisito inmanente a todos los motivos de casación en los que se solicita la anulación para practicar pruebas omitidas. Como decíamos en la STS 351/2016 de 26 de abril , si la prueba no practicada podía ser pertinente en un juicio *ex ante* , pero carece de utilidad a la vista del desarrollo del juicio oral y de la resolución recaída, el motivo no podrá prosperar. Asimismo la STS 250/2004 de 26 de febrero explicó que mientras la pertinencia se mueve en el ámbito de la admisibilidad de las pruebas, la necesidad 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, entre ellas la decisión del Tribunal de no suspender el juicio pese a la incomparecencia de algún testigo; o, trasladándonos a la fase de recurso la ponderación sobre si la anulación de la sentencia y repetición del juicio se revela como indispensable para salvaguardar los derechos del recurrente. Si la prueba carece de aptitud para variar el sentido del fallo, pese a su eventual pertinencia, no puede arrastrar una nulidad que redundaría negativamente en el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. La STC 142/2012, de 2 de julio , aunque desde una perspectiva diferente (amparo constitucional por vulneración del art. 24.2 de la CE ) así lo expresa: "...este Tribunal ha reiterado que la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa exige, en primer lugar, que el recurrente haya instado a los órganos judiciales la práctica de una actividad probatoria, respetando las previsiones legales al respecto. En segundo lugar, que los órganos judiciales hayan rechazado su práctica sin motivación, con una motivación incongruente, arbitraria o irrazonable, de una manera tardía o que habiendo admitido la prueba, finalmente no hubiera podido practicarse por causas imputables al propio órgano judicial. En tercer lugar, que la actividad probatoria que no fue admitida o practicada hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito, generando indefensión al actor. Y, por último, que el recurrente en la demanda de amparo alegue y fundamente los anteriores extremos (por todas, STC 14/2001, de 28 de febrero , FJ 2)".

**5.** Dos son las quejas que se canalizan a través de los motivos que ahora nos ocupan.

**5.1** La primera se sustenta en que al inicio de la vista oral ante el Jurado, el día 11 de mayo de 2017, se aportó por la defensa del recurrente un documento nuevo (el cual obra al f. 483), obtenido el día anterior por la madre del acusado Carlos Francisco y firmado por el menor Casiano , que textualmente rezaba así: "Yo Casiano



: que él (refiriéndose al menor Elias ) vino conmigo a casa borracho sobre las 10 de la noche para quedarse a dormir conmigo.

Mi madre no le dejó, el día de los hechos, porque iba drogado y se fue con Tiburon a dormir según Elias y al día siguiente ví al Tiburon y me dijo que se había ido a las seis de la mañana".

Estimamos sumamente razonable la respuesta que facilitó el Tribunal de apelación en la misma cuestión ahora planteada, al concluir su irrelevancia de cara a incidir en el sentido del fallo.

En definitiva se pretendía que declarasen Casiano y su madre acerca de lo que manifestó el apodado " Tiburon " (cuya identidad se desconoce) a Casiano , sobre si estuvo durmiendo el menor Elias con él esa noche y que se marchó a las 6 de la mañana. Pero como bien destaca la sentencia ahora recurrida, ello en ningún caso supondría que el menor no hubiera podido estar entre las 23.00 horas del día 4 y las 1.00 horas del día 5 de 2014, en el lugar del robo y asesinato y que acudiese con posterioridad para pasar la noche con " Tiburon ". Todo ello teniendo en cuenta así mismo, que Casiano ya había declarado en fase de instrucción sin aportar nada significativo o relevante. Se trataría ahora de un mero testimonio de referencia cuya inconsistencia resulta patente.

**5.2** El segundo de los extremos que sustenta la queja denuncia que no se permitió a la defensa de Carlos Francisco preguntar al agente de la Guardia Civil con número de carnet profesional NUM002 , por la "Operación Tirolkis". Según explica el recurso, por esas fechas y desde un año antes, se venían produciendo por la zona de DIRECCION000 (Murcia), robos de noche en casas, incluso con sus moradores dentro. Estos asaltos se realizaban con armas blancas, empleando una gran violencia, por bandas de magrebíes y rumanos que propiciaron la incoación de Diligencias Previas en el Juzgado de Instrucción nº 2 de DIRECCION000 . Se tramitaron 51 robos que dieron lugar a la denominada "Operación Tirolkis".

Una de las características de esta banda, siempre según el recurso, es que entraban en las casas sin forzar la cerradura, siendo una de las técnicas empleadas "la del hilo de lana" (los intrusos introducen hilo o trozos de lana en el bombín de la cerradura o bien envuelven la llave maestra o hierro fino rellenando los agujeros y espacios necesarios para desplazar los pernos y hacer saltar pistones). En la citada operación se habrían incautado multitud de joyas, el *modus operandi* era idéntico a lo que sucedió en el caso que nos ocupa, coincide con lo que decía el menor Elias de que los autores habían sido un árabe y un rumano, donde también se sustrajeron joyas, la cerradura de la puerta no estaba forzada, y en la misma se encontraron fibras de nylon y sub tipo pet, compatibles con la técnica que al parecer usaba la mencionada banda.

Por ello, concluye el recurso, hubiera sido fundamental preguntar por esta operación, por sus obvias similitudes, y deduce de tal denegación un supuesto de indefensión que justificaría la declaración de nulidad que reivindica.

La cuestión fue ya planteada en el recurso de apelación que precedió al que ahora nos ocupa, y fue resuelta en sentencia con la siguiente argumentación: "Para que un reproche de esta clase pueda prosperar en alzada, la Jurisprudencia requiere que la pregunta rechazada fuera pertinente, es decir, relacionada con los puntos controvertidos; que tal pregunta fuera de manifiesta influencia en la causa; y que se haga constar la pregunta en el acta con la finalidad de trasladar al tribunal "ad quem" la relación entre las cuestiones debatidas y resueltas y el contenido de la pregunta, así como su eventual trascendencia para el sentido del fallo.

Pues bien, examinada la grabación videográfica de ese momento de la vista oral (vídeo 15, marca 29, minutos 36,40 a 39.00), se constata que la defensa del ahora recurrente, tras la declaración de impertinencia de la línea de interrogatorio que pretendía, no solicitó dejar constancia en el acta de las preguntas que quiso y no le fue permitido formular. Tal omisión es por sí sola bastante para hacer decaer el motivo, en la medida en que impide a esta Sala constatar en qué concreta medida su respuesta por el agente de la G. Civil hubiera podido influir en el fallo de la sentencia impugnada. En cualquier caso, hacemos nuestras las explicaciones ofrecidas por el magistrado presidente en el acto de la vista, luego recogidas también en el fundamento jurídico segundo de la sentencia (folio 646 de la causa), acerca de la impertinencia de unas preguntas que inquirían sobre supuestas investigaciones policiales y judiciales por hechos distintos de los que eran objeto concreto del presente enjuiciamiento, de las que dicha defensa habría tenido conocimiento a través de internet y que pretendía introducir en el debate hechos nuevos del todo ajenos a los enjuiciados".

A partir de tales argumentaciones queda patente que la línea de interrogatorio que se cortó referida a hechos distintos de los enjuiciados ni era pertinente, ni útil ni necesaria, por lo que ninguna indefensión puede residenciarse en la decisión combatida.

El motivo se desestima.

**DÉCIMO QUINTO:** El sexto motivo de recurso invoca el artículo 849.1 LECRIM para denunciar la indebida inaplicación de los artículos 234 y 235.1.6ª y 241 CP .



Sostiene el recurrente que a partir de la secuencia histórica que el Jurado declaró probada, no tuvo ningún tipo de participación en la violencia ejercida, ni hubo asunción por su parte de la acción de llevarla a cabo, por lo que su comportamiento quedó reducido al mero apoderamiento no violento de enseres personales de la víctima, abusando de sus circunstancias personales o de su situación de desamparo. Y entiende que la calificación procedente es la de hurto del artículo 234 en relación con el artículo 235.1.6ª CP .

Como puso de relieve el Fiscal al impugnar el recurso, la discrepancia jurídica que ahora se suscita, no fue planteada en el previo recurso de apelación, por lo que, como cuestión nueva habría de ser rechazada de plano.

En cualquier caso, el cauce procesal que viabiliza el recurso permite cuestionar el juicio de subsunción a partir del relato de hechos probados. Este afirmó que ambos acusados se dirigieron al domicilio de la víctima "con la finalidad de acceder a su interior y apoderarse de objetos de valor que allí pudiera haber, portando para asegurarse de su propósito guantes y pasamontañas/capuchas, sabiendo Carlos Francisco que Jose Carlos llevaba un arma blanca".

También afirma que ambos dos lograron acceder al domicilio "sin romper o violentar la cerradura de la puerta de la vivienda, y una vez dentro Jose Carlos obligó a Juana a sentarse en un sillón/balancín de tijera y tela situado en el distribuidor/comedor, y ante los gritos de socorro de Juana , aprovechándose de la soledad, edad y estado físico de ésta, Jose Carlos , estando frente a Juana , le presionó fuertemente la zona de la boca y nariz para que no gritara (produciéndole contusión nasal y una excoriación en el labio superior derecho) y le asestó con arma blanca de hoja con un borde romo y el otro cortante dos pinchazos/cuchilladas en el cuello (uno de ellos le produjo una herida inciso cortante de casi cinco centímetros de longitud que profundizó en el cuello hasta afectar la zona posterior del mismo y que le seccionó músculos y vasos sanguíneos, siendo esta herida la determinante de la muerte como consecuencia de un shock hipovolémico) y un corte en el cuello. En el curso de esa acción Juana interpuso sus manos para evitar que Jose Carlos la acuchillara, produciéndose cortes superficiales en ambas manos. Este acontecimiento ocurrió muy rápido y Carlos Francisco no pudo hacer nada para evitarlo".

Tales hechos colman todos los presupuestos de tipicidad del delito de robo violento que se aprecia.

Respecto al alcance de la violencia que completa el delito de robo, dijimos en la STS 399/2016 "El verbo emplear que determina el tipo penal significa hacer servir una cosa para un fin determinado. Por ello hemos de concluir que la violencia tanto se hace servir si se despliega para un fin como si se "utiliza" su resultado para ese fin, es decir si de alguna manera es aprovechada. En el sentido que en nuestra lengua tiene la voz aprovechar: Utilizar cierta circunstancia para obtener provecho o conseguir algo en beneficio propio".

Y así hemos apreciado robo en supuestos en los que la decisión de sustraer se adopta en momento posterior a la de la conducta violenta. Fue esta una cuestión no exenta de discrepancia, que avocó a su debate en Pleno no jurisdiccional de esta Sala de fecha 24 de abril de 2018, en el que se adoptó el siguiente acuerdo: "Cuando aprovechando la comisión de un ilícito penal en el que se haya empleado violencia se realiza un apoderamiento de cosas muebles ajenas se entenderá que se comete un delito de robo del art. 237 del Código Penal cuando se haya perpetrado con inmediatez al acto violento y sin ruptura temporal y la violencia empleada facilite el acto del apoderamiento".

En palabras de la STS 328/2018 de 4 de julio que desarrolló el mismo "lo relevante es que exista la funcionalidad de la violencia respecto de la sustracción, sea aquélla anterior, coetánea o posterior a ésta. Eso sí, como se deriva del artículo 237 del Código Penal y subraya el acuerdo del Pleno no jurisdiccional citado, si no existe inmediatez entre violencia y sustracción, es decir proximidad en tiempo y espacio, mal se podrá predicar aquella funcionalidad de la violencia para la sustracción, por lo que no cabrá decir que ésta facilita aquélla.

Por lo que concierne al elemento subjetivo del dolo es claro que el mismo ha de predicarse tanto de la violencia como de la sustracción y, cabe añadir, debe abarcar en lo cognitivo la funcionalidad del comportamiento violento y sus efectos para el objetivo patrimonial y en lo volitivo la decisión de rentabilizar esa utilidad. Pero esa referencia subjetiva en nada debe reconducirse necesariamente a la exigencia de presencia de ambas ya en un momento anterior a la violencia. Así se exigió en ocasiones, en lo que se ha dado en denominar concepción "instrumental" de la violencia, requiriendo, como elemento del tipo, el cronológico de la concurrencia del doble dolo (de violencia y de sustracción) antes ya de dar comienzo a la violencia. Olvidando así que tan "instrumental" es la actuación violenta para el robo cuando se programa antes de cometer el desapoderamiento como cuando se aprovecha la utilidad de sus efectos aunque el dolo de sustraer surja *ex post*, al adquirir conciencia de aquellos efectos.

Lo que excluye la "responsabilidad objetiva" que pudiera considerarse reprochable en los denominados tipos complejos de robo con violencia del artículo 501 del Código Penal predemocrático. Entonces podía ser suficiente que el resultado de la violencia en las personas que la sufrían bastaba que acaeciera "con ocasión"



del delito patrimonial. Lo que es inaceptable en la configuración exigida en la doctrina que se impuso por mayoritaria en la Sala Segunda de este Tribunal Supremo".

En nuestro caso los hechos colman todos los presupuestos de aplicación del delito de robo violento de los artículos 242 1 y 2. El ahora recurrente aprovechó el acto violento, haciendo que tal situación fuese útil para la sustracción, que constituía su propósito inicial. Pues a tal fin accedió a la vivienda junto con el otro acusado, pertrechados de elementos que dificultaran su eventual identificación, conociendo que aquel llevaba una navaja y que la moradora estaba presente, por lo que incluso hubo de representarse la altísima probabilidad de que hubieran de valerse de la violencia o intimidación suficientes para neutralizar su oposición, como de hecho así ocurrió. Con independencia de que el previo concierto entre ambos acusados no hubiera abarcado la muerte de la moradora, el enlace funcional entre la violencia desplegada y la sustracción resulta incuestionable.

El motivo se desestima.

**DÉCIMO SEXTO:** Los dos siguientes motivos, por el cauce de infracción de ley que autoriza el artículo 849.1 LECRIM y como infracción constitucional, denuncian inaplicación de a atenuante de dilaciones indebidas del artículo 21.6 CP y vulneración de la tutela judicial efectiva.

La base de la pretensión deducida es que la primera instancia ha tardado 1.160 días en solventarse, 154 días más que la media (una media que incluye los colapsados Juzgados de Madrid y Barcelona) por un delito de homicidio y 334 más que la media por un delito de robo con violencia.

Como ocurriera con el anterior recurso, también en este caso se trata de una pretensión que se plantea por primera vez en casación, por lo que, como cuestión nueva habría de ser rechazada.

En cualquier caso, una vez expuestos en el fundamento sexto de esta misma sentencia los presupuestos sobre los que se asienta la atenuante mencionada, los datos que suministra el recurso, referidos exclusivamente a la duración del procedimiento, pueden suponer que la misma no haya sido modélica, pero el tiempo invertido carece de entidad para que pueda entenderse afectado el derecho del recurrente a ser juzgado en un plazo razonable ni a la tutela judicial efectiva.

De esta manera los motivos séptimo y octavo del recurso se desestiman.

**DÉCIMO SÉPTIMO:** El último motivo de recurso se plantea también por infracción de la de tutela judicial efectiva ( artículo 24.1 de la C.E .) en su vertiente del deber de motivación de las resoluciones judiciales ( artículo 120.3 CE ), al amparo de lo dispuesto en los artículos 852 de la LECRIM y 5.4 de la LOPJ .

Censura en este caso el proceso de individualización de la pena, que sostiene no ha ponderado las circunstancias particulares de su intervención, y solicita la imposición de la pena en el mínimo legal.

1. Con independencia que también en este caso se trata de una cuestión no planteada en la apelación, la pretensión del recurrente no puede prosperar.

De manera reiterada ha señalado la jurisprudencia de esta Sala que la función final de individualización de la pena no corresponde a este Tribunal de casación sino al sentenciador, por lo que en esta sede únicamente procederá controlar si el órgano de instancia ha realizado esta función dentro de los parámetros legales y sobre la base de una motivación razonable. Aunque la necesidad de motivación ex artículo 120.3 CE alcanza en todo caso a la pena concretamente impuesta, no se establece la misma exigencia de motivación cuando se impone el mínimo legalmente previsto -necesaria consecuencia de la afirmación de la existencia del delito sin circunstancias que la modifiquen- que en aquellos otros casos en los que el Tribunal considera procedente una exasperación relevante de la pena: en la medida en que se aleje del mínimo legal se hará más patente la necesidad de explicar fundadamente la razón de la pena que se impone, motivación que en su corrección es controlable en casación por la vía de la infracción de Ley ( SSTS 1169/2006 de 30 de noviembre ; 809/2008 de 26 de noviembre ; 854/2013 de 30 de octubre ; 800/2015 de 17 de diciembre , 215/2016 de 23 de febrero , 919/2016 de 6 de octubre o 249/2017 de 5 de abril ).

Siguiendo, entre otras las SSTS 145/2005 de 7 de febrero y 1426/2005 de 7 de diciembre de 2005 , la motivación de la individualización de la pena requiere que el Tribunal determine, en primer lugar, la gravedad de la culpabilidad del autor expresando las circunstancias que toma en cuenta para concretar una mayor o menor reprochabilidad de los hechos. Esta gravedad debe ser traducida en una cantidad de pena que el Tribunal debe fijar dentro del marco penal establecido en la Ley para el delito. El control en casación de la corrección de la pena aplicada se contrae a la comprobación de la existencia de un razonamiento en el sentido antedicho y que éste no ha sido arbitrario.

Con carácter general es imprescindible expresar en la sentencia las razones de la individualización de la pena, con mayor o menor extensión en función de las características del caso concreto y especialmente, del grado





de discrecionalidad atribuida al Tribunal por la Ley. En el marco de la casación la cuestión de la cantidad de la pena sólo puede ser planteada cuando el Tribunal sentenciador "haya recurrido a fines de la pena inadmisibles, haya tenido en consideración factores de la individualización incorrectos o haya establecido una cantidad de pena manifiestamente arbitraria" ( STS 677/2013 de 24 de septiembre ).

2. En este caso, la ausencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal autorizaba al Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66.5 CP , a recorrer la pena en toda su extensión, debiendo concretarla en atención "a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho".

La sentencia dictada por el Magistrado Presidente del Jurado razonó en su fundamento décimo tercero " Carlos Francisco , referido exclusivamente al delito por el que ha sido condenado, de robo con violencia en las personas en casa habitada, dado que no proyecta ningún factor de especial significación, por cuanto el mismo tenía una formación humana y un entorno familiar y personal, así como laboral, de integración social normalizada, con aprehensión de los valores sociales que rigen la sociedad en la actualidad, sin que se aprecie un factor relevante que condicione su actuación.

En cuanto al extremo de la gravedad de la conducta a él atribuida, habría que valorarla considerando la forma de la ejecución y el resultado final alcanzado, amén del aprovechamiento de la situación generada por el comportamiento delictivo previo de Jose Carlos , lo que habría facilitado la sustracción ilícita de las joyas de la fallecida por parte de ambos acusados.

Todo lo cual no ampara que se imponga la pena en sus extensión mínima, y sí, por el contrario en su límite temporal medio, por cuanto tampoco se aprecian factores que amparen su imposición en la mitad superior".

A partir de tal argumentación, resulta patente que la pena de 4 años y 3 meses que impuso, justo la extensión media de la pena tipo que abarcaba de 2 años y seis meses a 5 años, es el resultado de la ponderación de las circunstancias del hecho y del autor.

El motivo se desestima y con él la totalidad del recurso.

#### **Costas:**

**DÉCIMO OCTAVO:** De conformidad con lo establecido en el artículo 901 LECRIM corresponde a ambos recurrentes soportar las costas de instancia.

#### **FALLO**

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

**DESESTIMAR** los recursos de casación interpuestos por D. Jose Carlos y por D. Carlos Francisco contra la sentencia de fecha 2 de febrero de 2018 dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Murcia.

Condenar a dichos recurrentes al pago de las costas ocasionadas en el presente recurso.

Comuníquese esta sentencia al mencionado Tribunal Superior de Justicia a los efectos procesales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió interesando acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

Julian Sanchez Melgar Luciano Varela Castro Ana Maria Ferrer Garcia

Susana Polo Garcia Eduardo de Porres Ortiz de Urbina