



Roj: **STS 4181/2020 - ECLI:ES:TS:2020:4181**

Id Cendoj: **28079120012020100685**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **16/12/2020**

Nº de Recurso: **10115/2020**

Nº de Resolución: **701/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AND 1/2020,**
STS 4181/2020

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 701/2020

Fecha de sentencia: 16/12/2020

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10115/2020 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 15/12/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar

Procedencia: Sala Civil y Penal TSJ de Andalucía, Ceuta y Melilla

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

Transcrito por: BDL

Nota:

.
. .
. .
. .
. .
. .
. .
. .
. .
. .

RECURSO CASACION (P) núm.: 10115/2020 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar

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

**TRIBUNAL SUPREMO****Sala de lo Penal****Sentencia núm. 701/2020**

Excmos. Sres.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarda

D. Vicente Magro Servet

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 16 de diciembre de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional interpuesto por las representaciones legales de la **condenada DOÑA Gregoria y de la Acusación particular DOÑA Inmaculada** contra Sentencia núm. 26/2020, de 5 de febrero de 2020 de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, dictada en el Rollo de apelación procedimiento del jurado 31/2019, desestimatoria de los recursos de apelación interpuestos por el Ministerio Fiscal y la Acusación particular Doña Inmaculada y Don Jenaro y estimatoria en parte del recurso de apelación interpuesto por la condenada Doña Gregoria, contra Sentencia 379/2019, de 30 de septiembre de 2019 del Tribunal del Jurado constituido en el ámbito de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Almería, Sentencia dictada en el Rollo de Sala procedimiento del Jurado núm. 1/19 dimanante del Procedimiento del Jurado 1/2018 del Juzgado de Instrucción núm. 5 de Almería, seguido por delitos de asesinato, lesiones psíquicas y contra la integridad moral contra Doña Gregoria. Los Excmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan han constituido Sala para deliberar y fallar el presente recurso de casación. Han sido parte en el presente procedimiento: el Ministerio Fiscal; y como recurrentes: la condenada Doña Gregoria representada por el Procurador de los Tribunales Don Gonzalo de Diego Fernández y defendido por el Letrado Don Esteban Hernández Thiel, y la Acusación particular Doña Inmaculada representada por la Procuradora de los Tribunales Doña Rosa Martínez Serrano y bajo la asistencia técnica del Letrado Don Ernesto Julio Osuna Martínez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 5 de Almería incoó Procedimiento del Jurado 1/2018 por delitos de asesinato, lesiones psíquicas y contra la integridad moral contra **DOÑA Gregoria**, y una vez concluso lo remitió al Tribunal del Jurado constituido en el ámbito de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de dicha Capital, que con fecha 30 de septiembre de 2019 dictó sentencia 379/2019, que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS:**

«El Jurado, por UNANIMIDAD, ha declarado probados en su veredicto los siguientes hechos:

La acusada Gregoria, entabló una relación sentimental análoga a la matrimonial, con Jenaro, cuyo inicio fue en septiembre de 2017. La convivencia de la acusada con Jenaro, era compartida con el hijo de Jenaro, Cecilio de 8 años de edad, cuando al niño le correspondía estar con su padre. El día 23/02/18 se desplazaron Jenaro, su hijo Cecilio y la acusada, Gregoria, al domicilio de la abuela paterna del niño, sito en DIRECCION000 DIRECCION001, para pasar unos días. El día 27/02/18 a las 15.30 horas Cecilio le dijo a su abuela y a Gregoria, que se marchaba a jugar a casa de sus primos que vivían cerca. La acusada, inmediatamente después de marcharse Cecilio de la vivienda, se subió a su vehículo Nissan Pixo, matrícula- ZKG e interceptó al niño, instándole a que le acompañara a la finca sita en DIRECCION002 para realizar labores de pintura. Cecilio, ante la confianza generada por la acusada, persona íntimamente vinculada a su entorno familiar desde que inició la relación con su padre, accedió a marcharse a la citada finca con ella. La finca sita en DIRECCION002, se encontraba en un lugar alejado y deshabitado, a diversos kilómetros del núcleo urbano y a unos 5 km de la casa de su abuela. La acusada Gregoria era consciente de su superioridad respecto del niño, por la diferencia de edad y complejión, ya que el niño medía 1.30 metros y pesaba 24 kg.

Una vez en la finca de DIRECCION002, Gregoria de forma intencionada, súbita y repentina, cogió a Cecilio y lo lanzó contra el suelo o pared de la habitación, y tras el impacto del niño, procedió la acusada, con sus propias



manos a taponarle la boca y la nariz con fuerza, hasta vencer su resistencia y provocar su fallecimiento. Cecilio falleció como consecuencia de la oclusión de los orificios respiratorios, por asfixia mecánica por sofocación.

Igualmente el Jurado ha declarado probados por UNANIMIDAD los siguientes hechos:

Tras la muerte de Cecilio, la acusada, Gregoria, de forma intencionada, cavó una fosa en los exteriores de la finca de DIRECCION002, y como quiera que uno de los brazos del niño no cabía, le propinó diversos cortes con un hacha, provocando la fractura de cúbito y radio. La búsqueda de Cecilio se prolongó durante 11 días, periodo durante el que la acusada, Gregoria, simuló encontrarse afligida y compungida, alentando los ánimos de los familiares, y generando falsas expectativas sobre la aparición del niño, involucrándose en las labores de búsqueda, desarrollando una actitud de simulación, fingimiento y farsa pública y notoria. En esa actuación de aliento, a Doña Inmaculada y a D. Jenaro, les decía: "hoy lo vamos a encontrar, hoy va a aparecer, le vamos a dar coca-cola, el niño me dijo esa mañana que quería llamarte -refiriéndose a la madre- y le dije que a la tarde cuando llegara su padre. El día 3 de marzo con la intención de distraer la atención en la búsqueda del niño y con la finalidad de dirigir las sospechas sobre su ex-pareja, así como con la intención de añadir más sufrimiento a los padres de Cecilio, colocó una camiseta de Cecilio sobre unas matas, en un cañaveral de un paraje apartado y de difícil acceso. El día 9 de marzo fue convocada una manifestación por las calles de la ciudad de Almería, y durante los actos celebrados en la Diputación Provincial y en la Puerta de DIRECCION003, la acusada Gregoria, proclamaba que el menor iba a aparecer portando una camiseta donde aparecía la cara del niño y podía leerse "Todos somos Cecilio". El día 11 de marzo la acusada, Gregoria, se trasladó a la finca de DIRECCION002 y desenterró el cuerpo del niño, para envolverlo en una toalla e introducirlo en el interior del maletero de su vehículo, abandonando la finca. Durante el trayecto en el vehículo, con el niño en el maletero y con absoluto menosprecio hacia Cecilio, profirió expresiones como "*dónde lo puedo llevar, a algún invernadero, ¿no quieren un pez?, les voy a dar un pez por mis cojones*".

Todos estos actos llevados a cabo por la acusada, tras dar muerte a Cecilio, los realizó queriendo y siendo consciente de que aumentaba el sufrimiento de Doña Inmaculada y de D. Jenaro, menoscabando su salud psíquica, e igualmente con ellos quiso de modo deliberado vilipendiar, humillar y vengar a ambos padres.

Doña Inmaculada y D. Jenaro a raíz del conocimiento del proceder de la acusada tras dar muerte a su hijo, padecen un estado de conmoción emocional, un trastorno de estrés postraumático y trastorno de adaptación, que precisa tratamiento continuado de farmacoterapia y psicoterapia, previéndose una evolución crónica.

Como secuelas de tal padecimiento, Doña Inmaculada y D. Jenaro, sufren una disrupción completa en sus actividades cotidianas con dificultad de adaptación a la nueva realidad, y con manifestaciones anímicas y emocionales que se perpetuaran, dificultando su tratamiento y su evolución con un periodo de curación sin determinar.

Así mismo el Jurado ha declarado no probados POR UNANIMIDAD en su veredicto los siguientes hechos:

a) Una vez en la finca de DIRECCION002, Gregoria de forma intencionada, súbita y repentina, golpeó a Cecilio en la cabeza, por detrás, con el palo de un hacha, haciéndolo caer al suelo, donde le dió mas golpes, dejándolo aturdido durante 45/90 minutos, tiempo tras el que la acusada, se subió sobre el niño tapándole la boca y la nariz, hasta provocar su fallecimiento.

b) La acusada, al ser detenida, prestó declaración ante la Guardia Civil confesando lo ocurrido e indicándoles que había ocultado la ropa del menor en un contenedor verde situado en DIRECCION004, colaborando en el esclarecimiento de los hechos.

c) La acusada, Gregoria, le tapó la boca y nariz a Cecilio presa de la ira, ante las palabras del niño diciéndole "*negra, fea quiero que mi padre esté con mi madre*", lo que disminuyó su capacidad de comprender y controlar las consecuencias de sus actos sin llegar a anular dicha capacidad.

d) La acusada, Gregoria, se encontraba bajo los efectos de medicación ansiolítica como Alaprozam, Lorazepan y Lormetazepan lo que la llevó a ocultar lo acontecido hasta su detención, por tener anuladas, sus capacidades intelectual y/o volitiva.

e) La acusada, Gregoria, se encontraba bajo los efectos de medicación ansiolítica como Alaprozam, Lorazepan y Lormetazepan lo que la llevó a ocultar lo acontecido hasta su detención, por tener alteradas gravemente sus capacidades intelectual y/o volitiva.

f) La acusada, Gregoria, se encontraba bajo los efectos de medicación ansiolítica como Alaprozam, Lorazepan y Lormetazepan lo que la llevó a ocultar lo acontecido hasta su detención, por tener alteradas levemente sus capacidades intelectual y/o volitiva.



A los exclusivos efectos de la responsabilidad civil, D. Jenaro y Doña Inmaculada tenían, ambos, la patria potestad sobre su hijo Cecilio, ostentando la guarda y custodia Doña Inmaculada».

SEGUNDO.- La Ilma. Sra. Magistrada Presidente del Tribunal del Jurado dictó el siguiente **pronunciamiento**:

«Que de acuerdo con el veredicto de culpabilidad emitido por el Tribunal del Jurado, debo CONDENAR Y CONDENO a la acusada Gregoria como autora penalmente responsable un delito de ASESINATO ya definido, con la concurrencia de la circunstancia agravante de parentesco, a la pena de prisión permanente revisable, e inhabilitación absoluta, así como la privación del derecho a residir y acudir al término municipal de DIRECCION001 y al lugar donde residen D. Jenaro y Doña Inmaculada y su familia, por tiempo de 30 años, y prohibición de aproximarse a menos de 500 metros de la persona, domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro en el que se encuentren, y prohibición de comunicar, todo ello, respecto de D. Jenaro y Doña Inmaculada, por tiempo de 30 años.

Se impone a Gregoria la medida de libertad vigilada durante 5 años, cuya concreción se establecerá en ejecución de sentencia con las medidas que se acuerden que deberán cumplirse con posterioridad a la pena privativa de libertad impuesta.

Así mismo, de acuerdo con el veredicto de culpabilidad del Jurado debo CONDENAR Y CONDENO a la acusada Gregoria como autora penalmente responsable de un delito de LESIONES PSÍQUICAS en la persona de D. Jenaro, con la concurrencia de la agravante de parentesco a la pena de tres años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, prohibición de aproximación a menos de 500 metros y de comunicación por cualquier medio con D. Jenaro por tiempo de 5 años.

De acuerdo con el veredicto de culpabilidad del Jurado debo CONDENAR Y CONDENO a la acusada Gregoria como autora penalmente responsable de un delito de LESIONES PSÍQUICAS en la persona de Doña Inmaculada, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de dos años y nueve meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo y prohibición de aproximación a menos de 500 metros y comunicación por cualquier medio con Doña Inmaculada por tiempo de 5 años.

De conformidad con el veredicto de culpabilidad emitido por el Jurado DEBO CONDENAR Y CONDENO a Gregoria como autora penalmente responsable de un delito CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL en la persona de D. Jenaro, concurriendo la agravante de parentesco, a la pena de un año y seis meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Finalmente, de acuerdo con el veredicto de culpabilidad emitido por el Jurado DEBO CONDENAR Y CONDENO a Gregoria como autora penalmente responsable de UN DELITO CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL en la persona de Doña Inmaculada, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal a la pena de un año de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo.

EN CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD CIVIL la acusada abonará por daños morales a Doña Inmaculada en la cantidad de 250.000 euros y a D. Jenaro en la suma de 250.000 euros, sumas que se incrementarán con los intereses legales previstos en el art. 576.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La acusada Gregoria abonará las costas procesales ocasionadas en este procedimiento, incluidas las de la Acusación Particular y los gastos ocasionados al Estado en las labores de búsqueda del menor, que ascienden a la suma de 200.203,38 euros.

A la acusada le será de abono el tiempo que haya estado privada de libertad por esta causa, de no haberle servido para extinguir otras responsabilidades lo que se acreditará en ejecución de sentencia.

Únase a esta sentencia el veredicto del Tribunal del Jurado y llévase certificación de la misma al procedimiento.

Notifíquese la presente resolución a las partes con indicación de que contra ella cabe interponer recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en el plazo de diez días desde la fecha de la última notificación».

TERCERO.- El MINISTERIO FISCAL y las representaciones legales de la condenada DOÑA Gregoria y de las Acusaciones particulares DOÑA Inmaculada y DON Jenaro frente a la anterior resolución interpusieron **recursos de apelación** (Rollo de apelación 31/2019) ante la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, que con fecha 5 de febrero de 2020 dictó Sentencia núm. 26/2020, en lo relativo a los **Hechos Probados** declaró lo siguiente:

«Se declaran probados los mismos hechos transcritos, con la exclusión de la frase "...así como con la intención de añadir más sufrimiento da los padres de Cecilio ...", en el cuarto párrafo, y con la exclusión del quinto párrafo, que comienza con "todos estos actos..." y concluye con "...ambos padres"».



Su **Fallo** es el siguiente:

«Que desestimando los recursos del Ministerio Fiscal y de la acusación particular, y estimando parcialmente el recurso formulado por la defensa de Gregoria contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado, en el ámbito de la Ilma. Audiencia Provincial de Almería, se revoca ésta en el sentido de absolver a Gregoria de los dos delitos de lesiones psíquicas por los que venía acusada, confirmándose el resto de pronunciamientos de la sentencia, y sin condena al pago de las costas de esta alzada.

Respecto de las costas de la primera instancia, se condena a la acusada al pago de tres quintas partes, incluidas las de la acusación particular, declarándose de oficio dos quintas partes, por la absolución de los dos delitos de lesiones psíquicas.

Notifíquese esta Sentencia al Ministerio Fiscal y a las demás partes a través de sus Procuradores, habiendo de proceder éstos a comunicarla a sus representados o a informar a la Sala de su imposibilidad. Únase certificación al correspondiente Rollo de esta Sala, a las partes, incluso las no personadas, en la forma prevenida en el artículo 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, instruyéndoles de que contra la misma cabe interponer recurso de casación ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que, en su caso, deberá prepararse ante esta Sala de lo Civil y Penal en el término de cinco días a partir de la última notificación de la misma.

Una vez firme, devuélvanse los autos originales a la Ilma. Sra. Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado que dictó la sentencia recurrida, con testimonio de la presente resolución y, en su caso, de la que pueda dictarse por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, con remisión del correspondiente oficio para ejecución y estricto cumplimiento de lo definitivamente resuelto.

Así por nuestra sentencia, juzgando, lo pronunciamos mandamos y firmamos».

CUARTO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas **se preparó recurso de casación** por infracción de Ley y de precepto constitucional por las representaciones legales de la **condenada DOÑA Gregoria y de la Acusaciones particulares DOÑA Inmaculada y DON Jenaro**, que se tuvo anunciado; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente Rollo y formalizándose el recurso.

QUINTO.- El recurso de casación formulado por la representación legal de la **condenada DOÑA Gregoria** se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

Primer motivo.- Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim., por indebida aplicación de los artículos 139.1, 1ª y 140.1, 1ª del Código penal e inaplicación del artículo 142.1º del Código penal.

Segundo motivo.- Al amparo de los artículos 852 LECrim. y 5.4º de la LOPJ por vulneración del derecho a la presunción de inocencia y falta de motivación del veredicto que ocasiona vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, reconocidos en el artículo 24 de la Constitución y con infracción del artículo 120.3º de la Constitución.

Tercer motivo.- Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim., por indebida aplicación de los artículos 173.1 del Código penal al estimar que los hechos son constitutivos de dos delitos contra la integridad moral, vulnerándose, además, el derecho a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva (artículos 24 y 120 de la Constitución)

Cuarto motivo.- Por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (artículo 24 de la Constitución y artículo 6 del Convenio de Roma para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales), al estar el tribunal afectado de falta de imparcialidad, debido a la desmedida y excepcional repercusión mediática del caso, viéndose privada la acusada de un juicio justo y, por tanto, al amparo de los artículos 238 y concordantes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, solicitándose la nulidad del juicio y la retroacción de las actuaciones hasta el momento de dictarse la resolución judicial que acuerda seguir la causa por los cauces del proceso ante el tribunal del jurado.

Quinto motivo.- Vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, al incurrir la magistrado presidente en parcialidad en las instrucciones al jurado y defecto en la proposición del objeto del veredicto, ocasionándose indefensión a esta parte al ser guiado el jurado, sin alternativa, para acoger la tesis acusatoria de la alevosía sorpresiva y, por tanto, al amparo de los artículos 238 y concordantes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, solicitándose la nulidad del juicio y la retroacción de las actuaciones hasta el momento procesal que estime procedente la Excm. Sala a la que tenemos el honor de dirigirnos.



Sexto motivo.- Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECrim., por inaplicación de la circunstancia atenuante de arrebató u obcecación del artículo 21.1 en relación con el artículo 20.1 del Código penal.

Séptimo motivo.- Al amparo del artículo 849.1 de la LECrim. por inaplicación de la eximente incompleta de artículo 20.2º del Código penal, actuar bajo la influencia de drogas, en cuanto a los delitos contra la integridad moral.

Octavo motivo.- Al amparo del artículo 849.1 de la LECrim. por inaplicación de la circunstancia atenuante analógica de confesión artículo 21.5 del Código penal.

Noveno motivo.- Al amparo del artículo 849.1 de la LECrim. por indebida aplicación de la agravante de parentesco del artículo 23 del Código penal.

Décimo motivo.- Al amparo del artículo 852 de la LECrim. por infracción de precepto constitucional, concretamente el derecho a un proceso con todas las garantías y el derecho de defensa ambos consagrados en el artículo 24 de la Constitución.

El recurso de casación formulado por la representación legal de la Acusación particular DOÑA Inmaculada se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN**:

Motivo primero. - Infracción de Ley del número uno del artículo 849 de la LECrim. por indebida inaplicación del art. 147.1 al amparo del nº 1 del art. 849 de la LECrim. cuando, dados los hechos que se declaren probados en las resoluciones comprendidas en los dos artículos anteriores, se hubiere infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal.

Motivo segundo.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 de la LECrim. y 5.4 de la LO 5/1985. Por considerarse infringidos principios constitucionales recogidos en el artículo 24 de la Constitución Española, concretamente, el derecho a la tutela judicial efectiva sin que se produzca indefensión y derecho a un proceso con todas las garantías, así como el art. 9.3 y 120.3 de la misma, en su vertiente de derecho a obtener una respuesta razonable con proscripción de toda arbitrariedad de los poderes públicos, por no haber motivado los jurados suficientemente su veredicto en el extremo relativo a la exclusión del hecho referido al ensañamiento, así como por vulneración de la tutela judicial efectiva, por infracción del artículo 54.3 de la LOTJ, pues al dar las instrucciones a los jurados, la magistrada-presidente entró a dar opinión tanto en relación a la agravante de ensañamiento como al resultado de la prueba pericial.

SEXTO.- El recurso en su día anunciado por la representación legal de la Acusación particular DON Jenaro se declaró **desierto** por Decreto de la Ilma. Sra. Letrada de la esta Sala de fecha 27 de julio de 2020.

SÉPTIMO.- Instruido el **MINISTERIO FISCAL** del recurso interpuesto impugnó el mismo por las consideraciones que se exponen en su informe de fecha 2 de octubre de 2020; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

OCTAVO.- Por Providencia de esta Sala de fecha 26 de noviembre de 2020 se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 15 de diciembre de 2020; prolongándose los mismos hasta el día de la fecha .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La Sentencia 26/2020, de 5 de febrero, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, en el Rollo de Apelación Tribunal del Jurado 31/2019, contra la Sentencia 379/2019, de 30 de septiembre, dictada en el Procedimiento del Tribunal del Jurado 1/2019 de la Audiencia Provincial de Almería, que estimó parcialmente el recurso y confirmó la condena a la primera como autora de un delito de asesinato y de otros dos delitos contra la integridad moral, y le absolvió de dos delitos de lesiones psíquicas, a las penas que dejamos consignadas en nuestros antecedentes, frente a cuya resolución judicial se ha interpuesto recurso de casación por la representación procesal de la defensa y por la acusación particular, que defiende los intereses de la madre del menor, doña Inmaculada , recursos que pasamos seguidamente a analizar y resolver.

Recurso de Gregoria .

SEGUNDO .- El primer motivo se formaliza por infracción de ley, al amparo de lo autorizado en el art. 849.1º LECrim, por indebida aplicación de los arts. 139.1. 1ª y 140.1. 1ª y por indebida inaplicación del art. 142.1º del Código Penal.

El motivo, que ha sido formalizado por infracción de ley, tiene que respetar los hechos probados.



Tal resultancia fáctica, expone, para lo aquí concierne relativo a la calificación jurídica de los hechos relativos al asesinato del menor, que la acusada Gregoria, entabló una relación sentimental análoga a la matrimonial, con Jenaro, cuyo inicio fue en septiembre de 2017. La convivencia de la acusada con Jenaro era compartida con su hijo Cecilio, de 8 años de edad, cuando al niño le correspondía estar con su padre. El día 23/02/2018, se desplazaron Jenaro, su hijo Cecilio y la acusada, Gregoria, al domicilio de la abuela paterna del niño, sito en DIRECCION000 DIRECCION001, para pasar unos días. El día 27/02/2018, a las 15.30 horas Cecilio le dijo a su abuela y a Gregoria, que se marchaba a jugar a casa de sus primos que vivían cerca. La acusada, inmediatamente después de marcharse Cecilio de la vivienda, se subió a su vehículo e interceptó al niño, instándole a que le acompañara a la finca sita en DIRECCION002 para realizar labores de pintura. Cecilio, ante la confianza generada por la acusada, persona íntimamente vinculada a su entorno familiar desde que inició la relación con su padre, accedió a marcharse a la citada finca con ella. La finca sita en DIRECCION002, se encontraba en un lugar alejado y deshabitado, a diversos kilómetros del núcleo urbano y a unos 5 km de la casa de su abuela. La acusada era consciente de su superioridad respecto del niño, por la diferencia de edad y complejión, ya que el niño medía 1.30 metros y pesaba 24 kgs.

Una vez en la finca de DIRECCION002, la acusada, de forma intencionada, súbita y repentina, cogió a Cecilio y lo lanzó contra el suelo o pared de la habitación, y tras el impacto del niño, procedió la acusada, con sus propias manos a taponarle la boca y la nariz con fuerza, hasta vencer su resistencia y provocar su fallecimiento. Cecilio falleció como consecuencia de la oclusión de los orificios respiratorios, por asfixia mecánica por sofocación.

Tras la muerte de Cecilio, la acusada, de forma intencionada, cavó una fosa en los exteriores de la finca de DIRECCION002, y como quiera que uno de los brazos del niño no cabía, le propinó diversos cortes con un hacha, provocando la fractura de cúbito y radio. La búsqueda de Cecilio se prolongó durante 11 días, periodo durante el que la acusada simuló encontrarse afligida y compungida, alentando los ánimos de los familiares, y generando falsas expectativas sobre la aparición del niño, involucrándose en las labores de búsqueda, desarrollando una actitud de simulación, fingimiento y farsa pública y notoria. En esa actuación de aliento, a doña Inmaculada y a don Jenaro, les decía: "hoy lo vamos a encontrar, hoy va a aparecer, le vamos a dar Coca-cola, el niño me dijo esa mañana que quería llamarte -refiriéndose a la madre- y le dije que a la tarde cuando llegara su padre".

El día tres de marzo de 2018, con la intención de distraer la atención en la búsqueda del niño y con la finalidad de dirigir las sospechas sobre su ex-pareja, así como con la intención de añadir más sufrimiento a los padres de Cecilio, colocó una camiseta de Cecilio sobre unas matas, en un cañaveral de un paraje apartado y de difícil acceso. El día 9 de marzo fue convocada una manifestación por las calles de la ciudad de Almería, y durante los actos celebrados en la Diputación Provincial y en la Puerta de DIRECCION003, la acusada Gregoria, proclamaba que el menor iba a aparecer portando una camiseta donde aparecía la cara del niño y podía leerse "*Todos somos Cecilio*". El día 11 de marzo la acusada se trasladó a la finca de DIRECCION002 y desenterró el cuerpo del niño, para envolverlo en una toalla e introducirlo en el interior del maletero de su vehículo, abandonando la finca. Durante el trayecto en el vehículo, con el niño en el maletero y con absoluto menosprecio hacia Cecilio, profirió expresiones como "donde lo puedo llevar, a algún invernadero, ¿no quieren un pez?, les voy a dar un pez por mis cojones".

La Sala de lo Civil y Penal matizó algunos aspectos de la resultancia fáctica, que serán analizados más adelante con respecto a otros motivos de los recursos.

La recurrente plantea, sustancialmente, como es de ver en el enunciado del motivo la indebida aplicación de los arts. 139.1.1ª y la cuestión relativa a la incardinación de los hechos enjuiciados en el art. 140.1.1ª del Código Penal, y es más, solicita, la aplicación del art. 142.1º del propio texto legal, es decir, la calificación de los hechos declarados como probados como constitutivos de un delito imprudente, lo que no tiene base alguna a la luz de los hechos declarados probados.

La recurrente pone de manifiesto y analiza las Sentencias de esta Sala Casacional, la de 16 de enero de 2019 y la STS 367/2019, de 18 de julio. Sin embargo, esta Sala ya tiene un cuerpo de doctrina al respecto en materia de prisión permanente revisable, de la que daremos cuenta a continuación.

En efecto, tras la reforma operada por LO 1/2015, indica la STS 102/2108, de 1 de marzo, la nueva regulación permite distinguir tres escalones en el delito de asesinato:

a) el tipo básico del art. 139 (prisión de 15 a 25 años) cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

1.ª Con alevosía.

2.ª Por precio, recompensa o promesa.

3.ª Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido.



4.ª Para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra.

b) el asesinato agravado del art. 139.2 (cuando concurren dos o más de esas circunstancias cualificativas del asesinato: prisión de 20 a 25 años); y

c) el asesinato hiperagravado o singularmente grave del art. 140 (conminado con prisión permanente revisable), cuando una vez calificado el hecho de asesinato, concurren a su vez, alguna de las circunstancias siguientes:

1.ª Sobre menores de 16 años o de personas especialmente vulnerables;

2.ª Subsiguientes a un delito contra la libertad sexual; o

3.ª Cometidos por persona perteneciente a grupo u organización criminal.

Es también posible la imposición de esta pena al reo de asesinato que hubiera sido condenado por la muerte de más de dos personas.

En el Preámbulo de la LO 1/2015, de 30 de marzo, se expone lo siguiente: *La reforma prevé la imposición de una pena de prisión permanente revisable para los asesinatos especialmente graves, que son ahora definidos en el artículo 140 del Código Penal : asesinato de menores de dieciséis años o de personas especialmente vulnerables; asesinatos subsiguientes a un delito contra la libertad sexual; asesinatos cometidos en el seno de una organización criminal; y asesinatos reiterados o cometidos en serie.*

La STS 129/2020, de 5 de mayo, ha declarado que esta Sala no ha sido ajena, en alguno de sus precedentes, a una línea doctrinal de intensa crítica al valorar los efectos jurídicos de la aplicación de la prisión permanente revisable. Pero más allá del debate acerca de la naturaleza objetiva o subjetiva de la alevosía y de la ineludible presencia de un elemento intencional, la Sala estima que la redacción del tipo hipercualificado del art. 140.1.1 del CP es el resultado de una política criminal orientada a la protección de los menores de edad y de las personas más vulnerables por padecer alguna discapacidad física o mental.

Y ese enunciado -pese a sus deficiencias técnicas- es algo más que un mecanismo de protección de las personas a las que el autor mata prevaleciendo de su imposibilidad de defensa.

Como ya hemos dicho en la STS 367/2019, 18 de julio, la condición de la víctima menor de 16 años de edad supone un fundamento jurídico distinto que justifica la decisión del legislador, y que no implica un mecanismo duplicativo (bis in idem), sino un bis in altera, por lo que no impide la calificación en el art. 140.1.1º del Código Penal de los hechos referidos.

No todas las víctimas desvalidas están incluidas en esa previsión agravada. Son perfectamente imaginables supuestos paradigmáticos de desvalimiento y que, sin embargo, no son encajables en el art. 140.1.1ª del CP. Piénsese, por ejemplo, en la persona dormida, embriagada o narcotizada que, en atención a ese estado, carece de toda capacidad de reacción defensiva. La agravación que el legislador contempla en ese precepto no es la que corresponde, siempre y en todo caso, a la muerte alevosa por desvalimiento. No toda víctima de un asesinato ejecutado sobre seguro, con esta modalidad de alevosía por desvalimiento, ha sido sobreprotegida hasta el punto de incluir su muerte entre los supuestos de singular agravación.

Desde esta perspectiva, de lo que se trata es de responder a la cuestión de si la muerte alevosa de un menor cuya edad le inhabilita para cualquier defensa -hay menores que sí pueden defenderse-, impide un tratamiento agravado acorde con su mayor antijuridicidad. Y la respuesta ha de ser negativa. La consideración del asesinato de un niño como un presupuesto para sumar al desvalor inherente al medio ejecutivo la mayor reprochabilidad de la muerte a edad temprana, no suscita, a nuestro juicio, insuperables problemas de inherencia. De hecho, constituye una técnica legislativa -no exenta de crítica, es cierto- pero que está bien presente en otros pasajes del Código Penal. Es el caso, por ejemplo, del art. 183 del CP. Este precepto encabeza el capítulo II bis -De los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años- del título VIII -Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales-, del libro II del CP. El legislador ha considerado oportuno dar un tratamiento singularizado a aquellas ofensas contra menores de edad que se convierten en víctimas de abusos o agresiones sexuales por parte de otras personas. Su singularidad se justifica, entre otras razones, por la especificidad del bien jurídico protegido -la indemnidad sexual- y por el compromiso de toda sociedad democrática de favorecer una especial protección al menor de edad. Es entendible, por tanto, que el simple hecho de involucrar a un menor de 16 años en un contexto sexual reciba una respuesta más agravada que la que se dispensa en aquellos otros supuestos en los que la víctima ha superado ese límite vital. La edad se convierte así en el único presupuesto de agravación. Sin embargo, el legislador ha creído conveniente añadir un tipo hiperagravado en aquellos supuestos en que la víctima «...sea menor de cuatro años». Así se desprende de la lectura del art. 183.4.a), inciso final. De esta forma, el que realice actos sexuales con un menor de 16 años será castigado con la pena correspondiente a la modalidad de agresión que se cometa, pero en su mitad



superior cuando la víctima sea menor de 4 años. A juicio de la Sala, no es objetable, porque no hay un problema real de inherencia, el hecho de que la menor edad de 16 años se traduzca en una respuesta agravada -incluso, con una consideración sistemática diferenciada- en los delitos contra la indemnidad sexual y, en una respuesta hiperagravada en aquellos supuestos en los que el niño o niña está en los albores de la vida, al no haber cumplido todavía 4 años. No existe doble valoración de la menor edad de la víctima.

De acuerdo con esta idea, el art. 140.1.1 del CP no agrava lo que ya ha sido objeto de agravación en el art. 139.1, esto es, la muerte de un menor, ejecutada con alevosía por desvalimiento. El legislador ha seleccionado, entre las distintas modalidades de asesinato en las que el autor se aprovecha de la natural incapacidad de reacción defensiva de la víctima, un grupo social muy singular, a saber, el de las personas más vulnerables y, precisamente por ello, más necesitadas de protección. Conforme a la interpretación que ahora postulamos, la muerte alevosa de un niño siempre será más grave que la muerte alevosa de un mayor de edad que es asesinado mientras duerme o se encuentra bajo los efectos de sustancias que le obnubilan. Y siempre será más grave porque el desvalor de la conducta es también mucho más intenso, sin que lo impida la regla prohibitiva de inherencia que proclama el art. 67 del CP.

También hemos tratado de la prisión permanente revisable en la STS 636/2020, de 26 de noviembre, en un caso de asesinato subsiguiente a agresión sexual. De igual modo, en la STS 418/2020, de 21 de julio, en un supuesto de asesinato buscando el autor su impunidad.

En la STS 391/2020, de 15 de julio, con un cuadro probatorio basado en agresión sexual y asesinato.

Específicamente tratando el problema que plantea el motivo, la STS 180/2020, de 19 de mayo, esto es del *bis in idem* con respecto a la alevosía del art. 139.1ª y edad inferior a dieciséis años o víctima especialmente vulnerable por razón de la edad del 140.1ª, esta resolución judicial, sin embargo, declara que no concurre, pues al existir otras circunstancias cualificativas del art. 139 (ensañamiento) u del art. 140 (subsiguiente a delito contra la libertad sexual), en todo caso corresponde imponer la pena de prisión permanente revisable, de modo que aunque concurriera el *bis*, no lo haría el *idem*, pues no supone su apreciación mayor sanción.

También trata de este problema la STS 339/2019, de 3 de julio, en un supuesto de víctima menor de 16 años.

El distinto fundamento de la punición que caracteriza esta línea, procede de la STS 367/2019, de 18 de julio, en donde se proclama que la pena de prisión permanente revisable, que resulta de aplicación del art. 140.1 del Código Penal tiene un fundamento distinto de las agravaciones que dan lugar al delito de asesinato. Por decisión del legislador, al incorporar tal pena a nuestro catálogo delictivo, como consecuencia de una decisión de política criminal, ha establecido que cuando en un delito de asesinato concorra alguna de las circunstancias detalladas en tal precepto, corresponderá la imposición de la pena de prisión permanente revisable, y ello ocurrirá en tres clases de supuestos: 1º) por razón de la especial vulnerabilidad de la víctima, que se predica con carácter general para los menores de 16 años; 2º) por razón de que el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima; y 3º) cuando el delito se hubiera cometido por quien perteneciere a un grupo u organización criminal.

Se trata de un diverso fundamento para la aplicación de tal precepto que agrava el delito de asesinato; por un lado, un hecho cualificado como tal delito de asesinato, y de otro, una mayor protección a un tipo de víctimas, como ocurre en el caso enjuiciado.

Son dos bases diferentes para dos agravaciones diferentes: no hay *bis in idem* sino un legítimo *bis in altera*.

La reforma derivada de la LO 1/2015, introduce varias hipercualificaciones en el delito de asesinato, que se enumeran en el nuevo art. 140, siendo la primera de ellas, que la víctima sea menor de dieciséis años de edad, o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad.

Ya hemos dejado expuesta la intención del legislador en el Preámbulo de la LO 1/2015, al que ya hemos hecho referencia. Por ello, el fundamento de la prisión permanente revisable radica en la especial protección de los menores de 16 años (o resto de personas vulnerables) más que sancionar el mayor reproche derivado del aseguramiento buscado por el autor frente a posibles reacciones defensivas, que es el fundamento de la alevosía

En el caso enjuiciado, debemos desestimar el motivo, conforme a doctrina ya reiterada de esta Sala, lo que supone la respuesta que proporciona el legislador para otorgar mayor protección a los ataques a la vida de los menores, en los casos como el enjuiciado.

Por lo demás, no dejan de apreciarse datos, que resultan de los hechos probados, conforme a los cuales se deduce, además, un ataque súbito y repentino, frente al menor, previos a la maniobra de asfixia por parte de la acusada.



El recurrente también combate la apreciación de la alevosía.

El núcleo esencial de la alevosía está en la anulación de las posibilidades de defensa de la víctima, y su fundamento, de acuerdo con la naturaleza mixta objetivo- subjetiva, se encuentra en un plus de antijuridicidad y culpabilidad. La jurisprudencia viene distinguiendo tres modalidades de alevosía: a) la proditoria, caracterizada por la trampa, la emboscada, la celada, la asechanza o el apostamiento; b) la súbita o inopinada cuando el agente desencadena el ataque «ex improvisu», esto es, estando totalmente desprevenido el ofendido, al cual nada en el comportamiento de aquel le permite presagiar que va a ser agredido de una forma que impida todo intento defensivo; y c) la singularizada por el aprovechamiento por parte del culpable de una especial situación de desvalimiento, como sucede cuando el ofendido es un niño de corta edad, un anciano, se halla privado de razón o de sentido, gravemente enfermo, durmiendo o en estado de ebriedad (STS 94/2020, de 4 de abril de 2020).

Es obligado partir de los hechos probados de la sentencia que dicen: "... Cecilio , ante la confianza generada por la acusada, persona íntimamente vinculada a su entorno familiar desde que inició la relación con su padre (relación sentimental análoga a la matrimonial, con convivencia con la víctima, cuando le correspondía estar con el padre) accedió a marcharse a la citada finca con ella. La finca sita en DIRECCION002 , se encontraba en un lugar alejado y deshabitado.... La acusada...era consciente de su superioridad respecto del niño, por la diferencia de edad y complexión, ya que el niño medía 1.30 metros y pesaba 24 Kg.

Una vez en la finca... de forma intencionada, súbita y repentina, cogió a Cecilio y lo lanzó contra el suelo o pared de la habitación, y tras el impacto del niño, procedió la acusada, con sus manos a taparle la boca y la nariz con fuerza, hasta vencer su resistencia y provocar su fallecimiento."

En el caso, concurren una serie de circunstancias bien definidas, intencionadamente utilizadas y aprovechadas por la acusada para su fin, matar al menor, sin riesgo para ella, que conjuntamente consideradas, determinan una situación de total indefensión del niño. Así, el ataque se produce en el marco de una relación de confianza, en un lugar solitario y alejado, a donde el menor se dirigió a propuesta de la acusada, sin tener la más mínima previsión de riesgo, de lo contrario no hubiera aceptado acompañarla. Una vez en aquel lugar, de manera "súbita y repentina" (no hubo prolegómenos o actos previos de los que deducir tal reacción, los hechos no los describen), lanzó al niño contra el suelo o pared y le tapó la boca y la nariz con fuerza, hasta que le causó la muerte. En tal situación de confianza, soledad, e imprevisión del ataque, el menor, dadas sus características físicas, no tuvo posibilidad de defensa.

Por lo demás, el recurrente no respeta los hechos probados y analiza, en un motivo por estricta infracción de ley, el informe de la autopsia, el acta de inspección técnico ocular practicado por la Guardia Civil, el informe de geolocalización del teléfono, la testifical de Felicísima (prima del menor), de Frida (abuela del menor), junto a otras testificales y periciales, que se encuentran fuera de un motivo de estas características y la ortodoxia casacional que exige la Ley de Enjuiciamiento Criminal al respecto.

La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el más absoluto respeto a los hechos que se declaran probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de legalidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal «a quo» en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente debe limitarse al contenido del hecho probado (STS 799/2017, de 11 de diciembre). El intento de reprochar el material probatorio en un motivo por pura infracción de ley, está llamado al fracaso, que en esta fase judicial, se traduce en desestimación del motivo.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

TERCERO .- El motivo segundo se formaliza al amparo de lo autorizado en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, alegando como infringidos los derechos fundamentales a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva, por falta de motivación del veredicto, reconocidos en los arts. 24 y 120.3 CE.

Alega la recurrente, buscando escapar de la prisión permanente revisable, que no existe prueba de que la acusada empujase al menor ni le golpease en la cabeza sorpresivamente y que la sentencia no contiene motivación fáctica al respecto. Además, el autor del recurso, parte de suposiciones, afirmando que si hubiera tenido la intención de matar al niño, no hubiera pedido a los familiares que le acompañasen, o habría llevado al menor a un paraje más alejado donde darle muerte por un medio más certero.

Como dice el Ministerio Fiscal, la sentencia de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior repara sobre esta cuestión, a pesar de que no fue suscitada en el recurso de apelación.

La sentencia recurrida afirma: "sobre este particular la defensa no ha interpuesto recurso ni por vulneración del derecho a la presunción de inocencia (apartado e) del art. 846 bis c), ni por falta de motivación del



veredicto (apartado a). Y es que en el procedimiento ante el Tribunal del Jurado no procede suscitar *per saltum* cuestiones no planteadas en apelación.

Y aunque es cierto que el ataque sorpresivo no se obtuvo de prueba directa, el veredicto y la sentencia del Tribunal del Jurado aluden a la pericial forense que admitía que las heridas en la cabeza de la víctima tanto podían deberse a un empujón con caída al suelo o golpes de la cabeza en una pared al estar desprevenido, como a la insistente presión que contra una superficie plana (pared o suelo) debió realizar la acusada al intentar asfixiar al menor. Y como indica la sentencia, al tratarse de dos posibilidades, el jurado eligió la que sugería un primer empujón repentino. En consecuencia, no se trata de una conclusión arbitraria e irracional, sino la que los forenses la contemplaron en su informe.

A pesar de no haber sido planteada, el Tribunal de apelación analiza en profundidad esta cuestión. Acertadamente razona que, aunque no se hubiera aceptado la tesis de un primer empujón repentino, la alevosía no hubiera quedado huérfana de apoyo probatorio. En efecto, es un hecho probado y motivado en el veredicto la superioridad física de la acusada, el aprovechamiento de la confianza derivada de las relaciones cuasifamiliares entre agresora y víctima, quien sin reservas acompañó a aquella, siguiendo su petición, a un lugar apartado, lo que convertía la simple superioridad física en una indefensión al neutralizar otros medios de defensa complementarios de la víctima. En suma, la alevosía se encuentra totalmente acreditada.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

CUARTO .- En el motivo tercero, y al amparo del art. 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del art. 173.1 CP (delito contra la integridad moral) con vulneración del derecho a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva de los art. 24 y 120 CE.

La sentencia del Tribunal Superior condena por delito contra la integridad moral sobre el presupuesto fáctico concretado, entre otras, por la frase: "hoy lo vamos a encontrar, hoy va a aparecer, le vamos a dar coca-cola". Aun así, el recurrente denuncia que no concurre elemento subjetivo del tipo, intención deliberada de vilipendiar, humillar, vejar y cosificar a las víctimas, defiende que la intención era ocultar el delito y que los padres en el momento de la acción desconocían el desenlace por lo que no puede afirmarse que vieran menoscabada su integridad moral, ni que de tales frases pueda deducirse la concurrencia del dolo.

Para resolver esta queja casacional no solamente debemos partir de la frase que se consigna en los hechos probados, a tenor de la cual les decía a los padres del menor: "hoy lo vamos a encontrar, hoy va a aparecer, le vamos a dar coca-cola, el niño me dijo esa mañana que quería llamarte -refiriéndose a la madre- y le dije que a la tarde cuando llegara su padre. Además de ello, se refleja en la resultancia fáctica que la acusada, tras dar muerte al niño, excava una fosa para enterrar el cadáver y cortar un brazo del menor que no cabía; mantiene una actitud de simulación, fingimiento y farsa durante los once días que duró la búsqueda, alentando los ánimos a los padres y generando falsas expectativas sobre la aparición del menor, y acude a una manifestación portando una camiseta con la cara del niño y la expresión "todos somos Cecilio "; coloca una camiseta del niño en un cañaveral apartado y de difícil acceso; y desentierra y guarda el cadáver en el maletero de su coche, profiriendo frases "donde lo puedo llevar, a algún invernadero, ¿no quieren un pez?, les voy a dar un pez por mis cojones".

De modo que el único objetivo de tales acciones no era el autoencubrimiento, sino algo más, humillar a los padres de la menor con todos esos actos, que no solamente les prestaban esperanza sobre la localización del niño con vida, sino que suponían una farsa con la que trataba de vilipendiarles.

Por ello, es necesario confrontar este tipo penal con la figura del autoencubrimiento, es decir, con la conducta por la que el partícipe en un delito trata de ocultar o eliminar los vestigios de la infracción cometida, bien porque pudieren sacar a la luz su comisión, bien porque habrían de mostrar su participación en la misma. Al efecto, decíamos en la STS núm. 497/2012, de 4 de junio, siguiendo a las SSTS núm. 600/2007, de 11 de septiembre, y 671/2006, de 21 de junio, y por referencia a otras anteriores como la STS de 05/02/1990, que el autoencubrimiento es, en términos generales, impune, salvo en el caso de que los actos practicados por el autoencubridor constituyan por sí mismos un nuevo delito, por lo que para decidir la absorción por el primer delito de la acción que pretende encubrirlo habrá de estarse de nuevo a los matices del caso. También se refería la STS núm. 671/2006 a los llamados «actos copenados», es decir, actos cuya sanción penal ya está comprendida en la pena principal, de forma que lo menos queda absorbido en lo más por progresión delictiva. Ahora bien, añadía que «la consunción de una norma sólo puede admitirse cuando ninguna parte injusta del hecho queda sin respuesta penal, debiendo acudir en otro caso al concurso de delitos». Así, el principio de absorción delictiva (art. 8.3ª CP) únicamente podrá aplicarse cuando el precepto penal más complejo consuma al otro más simple, lo cual solamente podrá admitirse cuando ninguna parte injusta del hecho quede sin respuesta penal, pues en otro caso deberá acudir al concurso de delitos. En efecto, el art. 8.3 CP recoge la fórmula «lex consumens derogat legi consumptae», lo que significa que el injusto material de una infracción acoge en sí cuantos injustos menores se sitúen respecto de ella en una relación cuantitativa de



inferioridad, como el homicidio que absorbe las lesiones producidas para causarlo. Y lo mismo con respecto a los actos preparatorios y ejecutivos previos a la consumación. También se admite la consunción respecto de la ocultación de pruebas del delito efectuada por sus propios autores, que la STS núm. 671/2006 expresamente relacionaba con la inhumación ilegal del cadáver en supuestos de homicidio y asesinato. Se acoge así la teoría del autoencubrimiento impune (STS núm. 181/2007, de 7 de marzo).

El estudio de esta materia en nuestra jurisprudencia viene de antiguo, mostrándose ya favorable a la impunidad del autoencubrimiento, en virtud del principio de no exigibilidad. La STS de 18/09/1992 (rec. 273/1991), recogiendo otros precedentes remotos, tales como las SSTS de 5 de diciembre de 1956, 14 de mayo de 1960, ó 19 y 21 de diciembre de 1977, entre otras, reconocía ya entonces que se encontraba en franco retroceso la orientación favorable al concurso de delitos, por la que ninguna infracción absorbe a la otra al ser dos los bienes jurídicos atacados (SSTS de 8 de octubre y 22 de noviembre de 1947, 27 de enero de 1951, 14 de febrero de 1964, 4 de marzo de 1965, 15 de noviembre de 1977 y 4 de junio de 1983). Los fundamentos de la teoría del autoencubrimiento impune acabaron por imponerse en esta Sala, señalándose que no puede ser apreciado el delito de encubrimiento en aquellos supuestos en los que con el traslado del cadáver, e incluso con su descuartizamiento (STS núm. 398/2012, de 4 de abril) o con su posterior destrucción en una incineradora, exclusivamente se pretende esconder y disimular la acción homicida, y no atentar contra otras normas, incluidas las de salud pública (STS de 16/03/1993, rec. 256/1992). Cuestión distinta será, evidentemente, que con las actuaciones realizadas para semejante autoencubrimiento se rebase dicha finalidad, supuesto en el que podrá seguir valorándose un posible concurso de delitos, como examinaremos en relación con el delito contra la integridad moral.

En efecto, la integridad moral es un derecho fundamental reconocido a todos en el art. 15 de nuestra Constitución, consecuencia de la cláusula general proclamada en su art. 10, que establece como fundamento del orden político y de la paz social, entre otros derechos, la dignidad de la persona. Sin embargo, los límites del concepto constitucional de la integridad moral, cuya concreción tampoco es fácil, no tienen por qué coincidir fielmente con el ámbito de protección penal de la misma, reconocido en el art. 173.1 CP que encabeza este apartado.

El precepto mencionado se refiere al trato degradante realizado por particulares que menoscaba gravemente la integridad moral de otro, con independencia de cualquier contexto o circunstancia en el que se lleve a cabo (laboral, funcionarial, de vivienda o familiar); es decir, el atentado a la integridad moral goza «per se» de autonomía penal, lo que explícitamente afirma el legislador en la regla concursal contenida en el art. 177 CP cuando se refiere aquellos casos en que, además del atentado a la integridad moral, se produjesen otros delitos, que serán castigados separadamente con la pena que les corresponda. De todo ello se infiere la necesidad de acotar el radio de acción de este tipo básico.

Decíamos que no es fácil definir la integridad moral como concepto autónomo con trascendencia penal. El Tribunal Constitucional se ha referido a los conceptos de inviolabilidad como derecho de la persona a ser tratada como tal y de dignidad, consistiendo éste en el derecho de toda persona a ser tratada como tal, sin hacerla padecer sufrimientos físicos o psíquicos mediante situaciones o conductas de humillación, envilecimiento, cosificación o instrumentalización. De forma que el trato degradante a una persona conlleva el menoscabo de su integridad moral, que, siendo grave, alcanzará la calificación del art. 173.1 CP.

Nuestra jurisprudencia (SSTS núm. 922/2009, de 30 de septiembre, ó 985/2012, de 27 de noviembre) ha señalado que *"[l]a integridad moral se configura como una categoría conceptual propia, una realidad axiológica autónoma e independiente de la integridad física, la libertad en sus diversas manifestaciones o el honor. De ahí que tanto el artículo 173 como el artículo 177 del Código Penal establecen una regla concursal que obliga a castigar separadamente las lesiones a estos bienes de los producidos a la integridad moral.*

Pero también por eso hemos de considerar que no todo atentado a la integridad moral, necesariamente, habrá de comportar un atentado a los otros bienes jurídicos, siendo posible imaginar la existencia de comportamientos típicos que únicamente quiebren la integridad moral sin reportar daño alguno a otros bienes personalísimos.

Por lo que se refiere al concepto penal de integridad moral, diverso del derecho fundamental a la misma, resulta insuficiente apelar a la idea de dignidad de la persona.

El Tribunal Constitucional, que no fija un concepto preciso de integridad, le otorga un tratamiento autónomo de otras valoraciones, e interpreta un concepto desde la idea de la inviolabilidad de la personalidad humana, es decir, el derecho a ser tratado como persona y no como cosa.

Esta Sala (STS 3.10.2001), al referirse al bien jurídico protegido, declara: "El art. 15 de la Constitución reconoce a todos el derecho a la "integridad moral" y proscribe con carácter general los "tratos degradantes". La integridad moral es un atributo de la persona, como ente dotado de dignidad por el solo hecho de serlo; esto es, como sujeto



moral, en sí mismo, investido de la capacidad para decidir responsablemente sobre el propio comportamiento. La garantía constitucional de la dignidad, como valor de la alta calidad indicada, implica la proscripción de cualquier uso instrumental de un sujeto y de la imposición al mismo de algún menoscabo que no responda a un fin constitucionalmente legítimo y legalmente previsto".

De todo ello se deduce que no es aceptable sostener una regla absoluta según la cual en nombre del autoencubrimiento impune, como expresión extensiva del derecho de defensa, el autor pueda vulnerar la integridad moral de un tercero. Lo que sucede, insistimos, es que el tipo objetivo exige la gravedad del trato degradante que por sí mismo menoscaba la integridad moral de la persona. Por otra parte, se trata de un delito de mera actividad y la medida de su tipicidad está en la gravedad del menoscabo de la tantas veces mencionada integridad moral.

Con la STS 62/2013, de 29 de enero, hemos de concluir que existió, pues, un efectivo ataque al bien jurídico que la norma que analizamos trata de proteger y que esta Sala entiende como manifestación directa de la dignidad humana (arts. 10 y 15 CE), en todas las facetas de la personalidad, como la de la identidad individual, el equilibrio físico, la autoestima o el respeto ajeno que debe acompañar a todo ser humano (STS núm. 1218/2004, de 2 de noviembre).

No puede justificarse, en suma, en nombre del derecho de defensa el menoscabo de la integridad moral de las personas y excluir la relevancia penal autónoma de dicha conducta, entre otras razones porque tampoco se desprende otra cosa en este punto del art. 24.2 CE (no declarar contra sí mismo y no declararse culpable). Además, ni siquiera el derecho de defensa pudo resultar afectado materialmente. Por lo tanto, la doctrina del autoencubrimiento no justifica la conducta de la procesada, sin que por ello exista una explícita colisión de derechos fundamentales, derecho de defensa y derecho a la dignidad, debiendo preservarse la autonomía punitiva en este caso de la protección de la integridad moral ex art. 173.1 CP.

Desde el plano de la inferencia judicial, la sentencia recurrida mantiene, como dicho ya, que hay otros datos que fuera del ámbito del autoencubrimiento, permiten ser calificados como delitos contra la integridad moral, como son «una cierta sobreactuación y protagonismo y las palabras de esperanza que dirigía a los padres, en particular aquellas en que les decía que esa misma tarde volvería y estaría tomando una coca-cola con ellos», razonando la sentencia recurrida que «es perfectamente comprensible que una vez que Gregoria fuese detenida como autora, don Jenaro y doña Inmaculada recordasen esas actitudes y esas palabras, y que, de ello, de nuevo, intensificara su dolor».

La acción típica presupone permanencia en el comportamiento degradante, pues en otro caso no habría "trato" sino simplemente ataque; en este caso, los actos degradantes son reiterados, y se aprecia en ellos intensidad lesiva para la dignidad humana.

Como dice acertadamente el Ministerio Fiscal, nos encontramos ante un comportamiento continuado de sobreactuación y fingimiento innecesarios, con falsas expresiones de aliento y de esperanza dirigidas a los padres, a sabiendas de que el niño no aparecería, pues lo había matado ella. No resulta difícil entender que esa conducta aumentó el dolor de la madre del menor, quien conocía que la acusada era la principal sospechosa, y para el padre, al enterarse de que la culpable era su pareja, con quien convivía, y había mantenido esa actitud de fría y calculada simulación. El elemento subjetivo fluye naturalmente de los datos objetivos que dibujan las especiales circunstancias del hecho.

El motivo no puede prosperar.

QUINTO .- El motivo cuarto se articula por la vía autorizada en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, alegando la infracción constitucional del derecho al proceso con todas las garantías del art. 24 CE y el art. 6 del Convenio de Roma, de Derechos Fundamentales y Libertades Públicas, en relación con los arts. 238 y concordantes de la LOPJ, por falta de imparcialidad del tribunal debido a la desmedida y excepcional repercusión mediática del caso.

Alega que la desmedida cobertura mediática socavó el derecho a un tribunal imparcial, máxime tratándose de un juicio por Jurado. Pide se declare la nulidad del juicio desde la resolución que acordó seguir la causa por el procedimiento ante el Tribunal del Jurado.

La STS 344/2019, de 4 de julio, razona a este respecto que la Constitución establece en su art. 120 el principio general de publicidad de las actuaciones judiciales. Esta característica queda ligada al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, previsto en el art. 24 de la misma norma, en virtud del cual podrán establecerse eventuales limitaciones al derecho a la información.

La publicidad se encuentra plasmada en otras muchas disposiciones constitucionales (art. 9.3 y 91 CE) y supranacionales (art. 14 PIDCP); art. 6.1. CEDH), que la reconocen y, en ocasiones, admiten expresamente



su exclusión. Con todo ello, la publicidad se configura como una norma rectora y fundamental, si bien no como exigencia de carácter absoluto puesto que es posible el establecimiento de excepciones, siempre que estén previstas en las leyes procesales y que gocen de justificación razonable. Se contienen excepciones a la publicidad en los arts. 301, 301 bis y 302 LECrim., que nos llevan a concluir que "la verdadera expresión de la publicidad se produce durante la fase de la oralidad o de validación realizada en el acto del juicio".

Son dos las situaciones en que los juicios paralelos pueden vulnerar el derecho a la presunción de inocencia: antes de la sentencia judicial, cuando la opinión pública se convence de la culpabilidad o inocencia del acusado, y durante el proceso judicial, en cuanto al riesgo de que el juez o jurado se vea influido por la transmisión mediática. En el primer caso, hablaríamos de la dimensión extraprocesal del debate y, en el segundo, nos referiríamos a su dimensión procesal: la imparcialidad del Tribunal.

En este escenario, la aparición de la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo de fecha 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia, viene a señalar, como objetivo principal, el fortalecimiento de determinadas garantías consideradas esenciales en el proceso penal, y fundamentalmente, la presunción de inocencia. Así el propio art. 3 de la referida directiva establece que "Los estados miembros deben presumir la presunción de inocencia de los sospechosos hasta que se pruebe la culpabilidad con arreglo a la ley".

Aun así, la directiva señala que la obligación de no referirse a los sospechosos o acusados como culpables no debe impedir que las autoridades públicas divulguen información sobre el proceso penal cuando sea estrictamente necesario, señalando que bien por motivos relacionados con la investigación penal, (como por ejemplo cuando se hace pública una grabación de imágenes y se pide al público que ayude a identificar al presunto autor de la infracción penal), o bien por interés público, el recurso a este tipo de motivos debería limitarse a situaciones en las que resulte razonable y proporcionado, teniendo en cuenta todos los intereses. En cualquier caso, la forma y el contexto en que se divulgue la información no deben crear la impresión de que la persona es culpable antes de que su culpabilidad haya sido probada con arreglo a la ley.

También en la Recomendación 13 (2003) del Comité de Ministros del Consejo de Europa, se contempla la posibilidad de que el juicio paralelo afecte a la imparcialidad judicial, pero ello como una posibilidad remota, exigiendo que el acusado demuestre "con toda probabilidad" tal influencia y señalando, en su Exposición de Motivos, que la información hostil de los medios de comunicación puede tener una influencia negativa en un procedimiento penal concreto "en casos excepcionales y poco comunes".

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre los límites del derecho a informar libremente y la publicidad procesal en sus sentencias 56 y 57 de 19 de abril de 2004 y 159/2005, de 20 de junio, tratando de armonizar las siempre difíciles relaciones entre el derecho a la información y el principio de publicidad de las actuaciones judiciales.

Tal como declara el Alto Tribunal, nadie pone en duda que las audiencias públicas judiciales constituyen hoy una destacada e importante fuente de información, siendo uno de los motivos principales por los que en virtud del contenido de los derechos regulados en el art. 20.1 d) CE, reconociera la facultad de acceso a las mismas no sólo a los profesionales de la prensa escrita, sino que también extendió ese reconocimiento a los medios de comunicación audiovisual. Pero en aquellas mismas sentencias, el Tribunal Constitucional ya asumía como un riesgo potencial que la utilización de medios de captación y difusión visual puede afectar a otros derechos fundamentales así como a bienes jurídicos constitucionalmente protegidos con mayor intensidad que el reportaje escrito, por lo que «en algunas circunstancias, la impresión de realidad que va asociada a la imagen visual podría favorecer especialmente el desarrollo de los que se han denominado "juicios paralelos", frente a los que la Constitución brinda un cierto grado de protección... en la medida en que pueden interferir el curso del proceso» [SSTC 56 y 57/2004, de 19 de abril (FJ 4.º en ambas)].

La cuestión ha sido tratada en numerosas ocasiones por este Tribunal, así decíamos en nuestra sentencia 587/2014, de 18 de julio, que "Poco queda del principio de publicidad como garantía constitucional frente a cualquier tentación de arbitrariedad. La publicidad procesal como conquista histórica del constitucionalismo liberal ha dado paso a la publicación del proceso.

Esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta materia. En la STS 1394/2009, 25 de enero, decíamos que "... es innegable que todo proceso penal en el que los sujetos activos o pasivos tengan relevancia pública, genera un interés informativo cuya legitimidad está fuera de dudas y que, por mandato constitucional, goza de la protección reforzada que el art. 20 de la CE otorga al derecho de comunicar y recibir libremente información veraz. Sin embargo, no falta razón al recurrente cuando reacciona frente a un tratamiento mediático en el que la culpabilidad se da ya por declarada, sobre todo, a partir de una información construida mediante filtraciones debidamente dosificadas, que vulneran el secreto formal de las actuaciones. La garantía que ofrece el principio de publicidad deja paso así a un equívoco principio de publicación, en el que todo se difunde, desde el momento



mismo del inicio de las investigaciones, sin que el acusado pueda defender su inocencia. (...) No podemos olvidar, además, que en el proceso penal convergen intereses de muy diverso signo. Y no faltan casos en los que ese tratamiento informativo despliega una repercusión negativa que llega a ser igualmente intensa y alcanza a otros bienes jurídicos, recrudesciendo el daño inicialmente ocasionado por el delito".

Pero, concluíamos en la citada sentencia 587/2014, que "Sin embargo, hasta tanto surjan soluciones normativas que ajusten la publicidad del proceso a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional y de esta misma Sala, no cabe otra opción que analizar, en cada caso, si el juicio de autoría proclamado en la instancia ha tenido como fundamento el material probatorio generado en el plenario o, por el contrario, la percepción colectiva, anticipada e inducida por los medios de comunicación."

En nuestra Sentencia 4/2018, de 16 de enero, afirmábamos que "En uno y otro caso insistíamos -como ahora hacemos- en que lo verdaderamente decisivo es "... si el juicio de autoría proclamado en la instancia ha tenido como fundamento el material probatorio generado en el plenario o, por el contrario, la percepción colectiva, anticipada e inducida por los medios de comunicación."

La recurrente nada acredita de forma objetiva para sustentar la denuncia de pérdida de imparcialidad del Tribunal del Jurado. Por el contrario, como bien indica la sentencia impugnada, la condena se fundamenta en una razonable valoración de la prueba.

La Sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia mantiene al respecto:

«... Sin embargo, la exposición a los medios, con o sin rigor, con ánimo de información o de espectáculo, de las vicisitudes de una causa penal, por más que introduzca un indudable factor de complejidad y cierta impureza en el desarrollo natural de un juicio, no determina en sí misma, objetiva y automáticamente, ni la inidoneidad de un Tribunal del Jurado como órgano decisorio, ni desde luego la nulidad del veredicto. El tipo de juicio y de órgano enjuiciador es determinado por la ley según criterios preestablecidos, que dependen exclusivamente de los delitos por los que se investiga y se formula acusación. Y la Ley procesal contiene diques de contención y mecanismos a disposición de las partes para, con un esfuerzo razonable, preservar la suficiente pureza del procedimiento como para que el veredicto acabe siendo el resultado del juicio, y no la expresión de un prejuicio. Tanto el Magistrado Presidente, como el Fiscal y los Letrados de la acusación y la defensa pueden y deben conseguir que el juicio, ámbito privilegiado de discusión con plenas garantías, venza dialécticamente al prejuicio, y que cuando el Jurado se retira a deliberar lo haga con el solo bagaje del acervo probatorio practicado en el juicio y la interpretación que del mismo hace cada parte en sus alegaciones finales. La contradicción en igualdad de armas está asegurada, y el Magistrado Presidente al dar las instrucciones al Jurado, les hace las advertencias necesarias sobre las condiciones de validez de una condena penal y las reglas generales de apreciación de las pruebas. Es cierto que la labor de defensa requerirá más esfuerzo cuando sospeche que los miembros del Jurado han recibido una información previa no beneficiosa para el acusado, pero ello es una contingencia no ajena a la normalidad de los procesos, que no puede impedir el enjuiciamiento por los trámites normales previstos por la Ley.

En resumen, y siguiendo a la STS 636/2020, de 26 de noviembre, podemos fijar las siguientes reglas básicas ante el alegato de la pérdida de imparcialidad del Tribunal ante el carácter mediático del juicio:

- 1.- No existe una presunción de parcialidad de un Jurado por la circunstancia del carácter mediático de un juicio.
- 2.- No existe una presunción de una especie de carácter influenciable de los ciudadanos como máxima categórica cuando el caso trasciende a la opinión pública.
- 3.- No existe duda de que la publicidad procesal es una conquista histórica del constitucionalismo liberal, que ha dado paso a la publicación del proceso.
- 4.- El derecho de participación ciudadana en la Administración de justicia que se materializa por la institución del jurado no puede quedar cercenado cuando se considere el derecho de la sociedad a recibir información de un proceso judicial y de los medios de comunicación a dar esa información. Todo ello, sin miedo a que sus opiniones puedan influir en el Tribunal, porque la prensa libre es lo que permite la continuidad de una sociedad democrática y la pervivencia de un Estado de derecho, frente a posturas maximalistas que pudieran restringir ese doble derecho antes enunciado de los ciudadanos a recibir la información y los medios de comunicación a darla.
5. La imparcialidad del Tribunal del jurado no se ve mediatizada por la opinión o información de los medios de comunicación durante el desarrollo del proceso judicial. Las instrucciones del presidente del Jurado garantizan el mensaje de la alta función que los ciudadanos suben a los estrados en estos casos.



6.- No se puede producir un "adelantamiento" del momento en que la LO del Tribunal del Jurado fija para que se produzca la "incomunicación" del jurado por el alegato de que el carácter mediático del juicio determina la "parcialidad" segura del jurado, y, a sensu contrario, que el "juicio no mediático" garantiza la imparcialidad.

En el presente caso, finalmente, basta con leer la motivación del veredicto para llegar a la convicción de que el Jurado ha decidido sobre la base exclusiva de lo visto y oído en el juicio oral: no hay una formal o tautológica alusión o enumeración de las pruebas practicadas que enmascare una decisión puramente voluntarista, sino una minuciosa exposición de variados elementos de convicción procedentes todos de la prueba practicada en juicio. Que el veredicto finalmente haya coincidido con un cierto estado previo de opinión, resulta intrascendente cuando tal veredicto aparece como resultado natural, lógico y coherente con lo sucedido en el debate en juicio, sin perjuicio de los matices que como órgano de apelación habremos de hacer.

El motivo no puede prosperar.

SEXTO .- En el motivo quinto, la recurrente, por idéntico cauce impugnativo, invoca la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías por parcialidad en las instrucciones al Jurado y defecto en la proposición del objeto del veredicto, con indefensión. Pide la nulidad del juicio, al amparo de los arts. 238 y concordantes de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Como dice la sentencia recurrida, "el objeto del veredicto recoge fielmente las tesis sustentadas a lo largo de la defensa en el juicio: el homicidio con dolo eventual, el homicidio imprudente o accidental, comprendidas en los puntos décimo y decimoprimer, respectivamente. Es cierto que no se incluyó la tesis de homicidio doloso con otra clase de alevosía, distinta a la "súbita", "pero ello se debe exclusivamente a que ninguna de las partes sostuvo esa tesis en sus conclusiones definitivas". Pero, además, en el trámite de audiencia, el objeto del veredicto fue aceptado por las partes sin objeción alguna.

Las instrucciones al Jurado "expresan los estándares de valoración probatoria que usualmente son tenidas en cuenta por los jueces y tribunales profesionales al decidir... Y lo que pretenden es evitar que la decisión venga condicionada por apreciaciones, prejuicios o lugares comunes ajenas a la estructura propia de una razonable valoración de la prueba". Y tampoco fueron objetadas por la defensa.

Ciertamente, la defensa no formuló protesta en el momento oportuno por defectos en la proposición del objeto del veredicto o en las instrucciones al Jurado.

La STS 157/2009, de 12 de febrero, recuerda que la imparcialidad del Magistrado en el estricto contenido de sus instrucciones, es garantía suficiente para obstaculizar cualquier intento de situar al Jurado ante un discurso falaz en el que eventualmente pudieran incidir las actuaciones procesales de las partes en el legítimo ejercicio de la defensa de los intereses encomendados. Y añade "La tacha de parcialidad en aquellas instrucciones ha de argumentarse con cita de las expresiones concretas que la revelan. Lo que el recurrente no hace. Y, lo que es más esencial, si cabe, es que, conforme al artículo 846 bis c) apartado a) párrafo segundo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, debe acreditarse la indefensión ocasionada. Y tal circunstancia no ha sido acreditada. Y lo que resulta determinante es que, conforme al último párrafo de dicho artículo 846 bis c), para que pueda admitirse a trámite el recurso -fundado entre otros en este motivo- deberá haberse formulado la oportuna protesta al tiempo de producirse la infracción denunciada".

El Tribunal Superior de Justicia razona al respecto, para desestimar la queja por parcialidad de las instrucciones del Magistrado-Presidente y la corrección del objeto del veredicto:

En primer lugar, porque en caso de apreciar defectos en el objeto del veredicto o en las instrucciones dadas al Jurado, la defensa debió reclamar en su momento la subsanación, y formular protesta de no obtenerla. Esta no es una exigencia formalista e irritante, que anteponga absurdos condicionamientos a la protección del derecho a no sufrir indefensión, sino que está expresamente prevista en el artículo 846 bis c), apartado a' LECrim a fin de evitar el ventajismo procesal consistente en reservarse bazas para la apelación, a utilizar en el caso de que el veredicto sea desfavorable. Por ello, si ha existido oportunidad de pedir subsanación en el momento en que se produce la infracción, se tiene la carga de solicitarla en el acto y protestar en caso de no ver satisfecha su pretensión.

El objeto del veredicto recoge fielmente las tesis sustentadas a lo largo de la defensa en el juicio: en el punto décimo, la tesis del homicidio con dolo eventual (taponamiento de la nariz y boca para que la víctima se callase, sin medir las consecuencias de la acción, pese a conocer que de esa manera podía provocar la muerte del niño), y en el punto décimo primero la tesis del homicidio imprudente o accidental (es decir, oclusión de las vías respiratorias sin haber previsto que de ese modo podía provocar el fallecimiento). Es cierto que en ningún otro punto del objeto del veredicto se plantea la tesis de un homicidio doloso sin alevosía, o con una clase diferente de alevosía (alevosía por desvalimiento de la víctima dada su edad, pero sin elemento sorpresivo o proditorio), pero ello se debe exclusivamente a que *ninguna de las partes sostuvo esa tesis* en sus conclusiones



definitivas: ni las acusaciones, que incluían en los hechos el elemento sorpresa, ni la defensa, que en ningún momento admitió la alevosía. Por ello, además de haber sido aceptado por todas las partes sin protesta, el objeto del veredicto ha de calificarse como correcto.

Por lo que se refiere a las instrucciones dadas al Jurado, a la Sala le parecen igualmente correctas, útiles y adecuadas a la naturaleza de los extremos más delicados sobre los que había de pronunciarse el Jurado. Todas ellas expresan los estándares de valoración probatoria que usualmente son tenidos en cuenta por los jueces y tribunales profesionales al decidir, y lo que pretenden es evitar que la decisión venga condicionada por apreciaciones, prejuicios o lugares comunes ajenas a la estructura propia de una razonable valoración de la prueba. Tampoco fueron objetadas por la defensa, y no es suficiente con la excusa de no interrumpir a la Magistrada Presidente, por cuanto que, en caso de entender la defensa que tales instrucciones podrían comportar una *indebida influencia* sobre el Jurado, pudo perfectamente hacerlo constar y formular protesta al final de las mismas, sin necesidad de interrupción ninguna. Procede la desestimación de este reproche casacional.

SÉPTIMO .- En el motivo sexto, y por estricta infracción legal, se denuncia la falta de aplicación del art. 21.1ª, en relación con el art. 20 CP (atenuante de arrebató u obcecación).

Se alega en el desarrollo del motivo que la acusada actuó dominada por un estímulo tan poderoso que le impidió ser consciente de sus actos, motivado porque al reprender al niño por haber cogido un hacha, le contestó que se callara, que quería que su padre viviera con su madre, que era una negra fea, y otras expresiones similares.

Expresamente consta en la sentencia recurrida, en el apartado de hechos probados, aquellos que el Tribunal del Jurado consideró que no se habían probado, y así se incluyen entre los mismos, los siguientes:

«c/ La acusada, Gregoria, le tapó la boca y nariz a Cecilio presa de la ira, ante las palabras del niño diciéndole "negra, fea quiero que mi padre este con mi madre", lo que disminuyó su capacidad de comprender y controlar las consecuencias de sus actos sin llegar a anular dicha capacidad».

En consecuencia, sin ninguna base fáctica, por no haberse probado tal aserto fáctico, un motivo esgrimido por el cauce autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no puede prosperar.

OCTAVO .- En el motivo séptimo, ocurre lo propio, puesto que se interesa la aplicación de la eximente incompleta del art. 20. 2º CP (actuar bajo la influencia de drogas) en cuanto a los delitos contra la integridad moral.

El Jurado declaró expresamente como no probado, lo siguiente:

«d/ La acusada, Gregoria, se encontraba bajo los efectos de medicación ansiolítica como Alaprozam, Lorazepan y Lormetazepan lo que la llevó a ocultar lo acontecido hasta su detención, por tener anuladas, sus capacidades intelectual y/o volitiva».

e/ La acusada, Gregoria, se encontraba bajo los efectos de medicación ansiolítica como Alaprozam, Lorazepan y Lormetazepan lo que la llevo a ocultar lo acontecido hasta su detención, por tener alteradas gravemente sus capacidades intelectual y/o volitiva».

f/ La acusada, Gregoria, se encontraba bajo los efectos de medicación ansiolítica como Alaprozam, Lorazepan y Lormetazepan lo que la llevo a ocultar lo acontecido hasta su detención, por tener alteradas levemente sus capacidades intelectual y/o volitiva».

De manera que el motivo no puede prosperar por esta vía, ni tampoco por el camino de que valoremos la declaración de la acusada y el hallazgo de fármacos ansiolíticos en la mochila de ésta.

NOVENO .- El motivo octavo reclama, por idéntico cauce, la atenuante analógica de confesión.

Postula la aplicación de la atenuante ordinaria o analógica de confesión. Manifiesta que confesó como ocurrieron los hechos y donde tiró la ropa del niño.

Igualmente a lo que sucedía con anterioridad, este aspecto no tiene correspondencia con los hechos probados que narran, sin embargo, que Gregoria fue *sorprendida* por la Guardia Civil en tal maniobra de cambio del lugar del cadáver del niño; en efecto, *«el día 11 de marzo la acusada, Gregoria, se trasladó a la finca de DIRECCION002 y desenterró el cuerpo del niño, para envolverlo en una toalla e introducirlo en el interior del maletero de su vehículo, abandonando la finca. Durante el trayecto en el vehículo, con el niño en el maletero y con absoluto menosprecio hacia Cecilio, profirió expresiones como "donde lo puedo llevar, a algún invernadero, ¿no quieren un pez?, les voy a dar un pez por mis cojones»* .

Por lo demás, el Jurado descarta expresamente la atenuante de confesión.



El motivo no puede prosperar.

DÉCIMO .- En el motivo noveno, y al amparo de lo autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia la indebida aplicación del art. 23 CP (agravante de parentesco).

La recurrente denuncia que dicha circunstancia está embebida en el delito de asesinato, a los efectos del art. 67 del Código Penal.

Sin embargo, el fundamento de la circunstancia mixta de parentesco, que en este caso funciona como agravante, se encuentra en el mayor desvalor de la relación cuasi parental que existía entre la acusada y el niño Cecilio , al tratarse éste del hijo de su pareja, Gregoria , razón por la cual se produce una unión afectiva entre ella y el menor asimilable a la paternofilia, que es la correspondiente a los hijos convivientes con la pareja del acusado, en este caso, de Gregoria , en aquellos momentos en que al niño le correspondía pasar con su progenitor.

El motivo no puede prosperar.

UNDÉCIMO .- En el motivo décimo, y al amparo del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia la infracción constitucional del derecho a un proceso con todas las garantías y del derecho de defensa ex art. 24 CE.

Alega que el orden seguido, haciendo interrogar primero al Ministerio Fiscal, después a la defensa y en último lugar a la acusación particular, vulnera el derecho de defensa.

El orden de intervención de las partes en los interrogatorios fue practicado siguiendo el criterio usual, primero intervienen las partes que hayan propuesto el medio de prueba y después la parte que no haya propuesto la misma.

Asumimos el criterio del Tribunal Superior de Justicia «a quo», por el que desestima una queja similar, en tanto que "responde a la evidencia de que quien ha propuesto a un testigo o a un perito lo ha hecho por alguna razón concreta dentro de su estrategia procesal. Dicho de otro modo, quien propone la prueba es dueño de ella, y carece de sentido que intervenga con antelación quien no se mostró interesado en ella". Muy probablemente, la parte que no la haya propuesto desconozca el objeto de la misma, por lo que carece de lógica la intervención en primer lugar.

En cualquier caso, se desconoce cuál puede ser la indefensión causada a la recurrente, razón por la cual el motivo no puede prosperar.

Recurso de Inmaculada .

DUODÉCIMO .- En el primer motivo, y al amparo de lo autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la recurrente, que ejercitó la acusación particular, madre del menor Cecilio , denuncia la indebida inaplicación del art. 147.1 del Código Penal.

Conviene recordar que el Ministerio Fiscal en la primera instancia, Tribunal del Jurado, calificó los hechos, aparte de constitutivos de un delito de asesinato, de dos delitos de lesiones psíquicas, tipificados en el art. 147.1 del Código Penal, mientras que la acusación particular, aparte de tales delitos, subsumió los hechos como constitutivos de dos delitos contra la integridad moral, del art. 173.1 del Código Penal.

La Magistrada-Presidente condenó a Gregoria como autora de cinco delitos, uno de asesinato, otros dos de lesiones psíquicas y otros dos contra la integridad moral.

El Tribunal Superior de Justicia, al resolver el recurso de apelación, dejó sin efecto los delitos de lesiones psíquicas, y absolvió de los mismos a la acusada, confirmándose el resto de pronunciamientos de la sentencia de instancia.

De igual modo, modificó los hechos probados de la inicial Sentencia dictada por la Magistrada-Presidente, de modo que se declararon probados los mismos hechos transcritos, con la exclusión de la frase "*...así como con la intención de añadir más sufrimiento da los padres de Cecilio ...*", en el cuarto párrafo, y con la exclusión del quinto párrafo, en donde se reflejaba el menoscabo de su salud psíquica.

La recurrente objeta la absolución por los delitos de lesiones psíquicas. Defiende que los hechos permiten ser calificados como dos delitos de lesiones psíquicas autónomos del asesinato, al menos el que a Inmaculada corresponde, y de los delitos contra la integridad moral.

En realidad, este reproche casacional se encuentra íntimamente ligado con el tercero de la anterior recurrente, en donde se impugnaba la calificación delictiva como delitos contra la integridad moral.



Reproducimos toda la argumentación de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla que, por sus acertados argumentos, hacemos nuestro tal razonamiento.

Con ello queremos poner de manifiesto que fue más acertada la tesis de la acusación particular que la del Ministerio Fiscal, en punto a la calificación como delito contra la integridad moral, ante el Tribunal del Jurado, como ya ocurrió en el antecedente jurisprudencial al que hemos hecho referencia.

En efecto, la sentencia recurrida parte de las siguientes premisas:

A) No puede valorarse a estos efectos el inconmensurable sufrimiento (y probables secuelas psicológicas o psiquiátricas) derivadas del hecho de perder a un hijo de ocho años de edad, de manera violenta y de manos de una persona cercana al círculo familiar, pues ello está integrado en el delito de asesinato, y aunque pueda calificarse como "lesión", no puede dar lugar a un reproche penal adicional, sino únicamente a una mayor indemnización en concepto de responsabilidad civil derivada de delito (de asesinato)

B) Tampoco puede valorarse a estos efectos el más que comprensible e intenso daño adicional derivado de la máxima zozobra e incertidumbre de no saber durante once días si el hijo está vivo o no, ni qué le pasó, ni si en algún momento llegarían a saberlo. Basta ponerse en la piel de los padres para comprender que esos once días de búsqueda no sólo intensifica el daño de la muerte en sí, sino que también puede provocar secuelas psíquicas por lo insoportable de la experiencia. Sin embargo, la existencia de ese incremento de dolor (y de la eventualidad de secuelas adicionales o agravadas), tampoco puede justificar un reproche penal autónomo, puesto que el hecho en sí de la falta de noticias sobre lo ocurrido durante once días se debe exclusivamente a conductas de la acusada (su enterramiento, su ocultación, y su designio de hacer desaparecer el cadáver) que sin duda han de calificarse como autoencubrimiento, que según consolidada doctrina jurisprudencial, es impune, por lo que, de nuevo, tal sufrimiento y tales lesiones específicamente derivadas de la incertidumbre durante los once días de búsqueda, sólo podrán aumentar la indemnización por la responsabilidad civil derivada del delito de asesinato.

C) Dentro del contexto de autoencubrimiento ha de incluirse igualmente la actitud de simulación y fingimiento, y los actos que pretendieran desorientar las líneas de investigación (como la colocación de la camiseta en lugar apartado al de los hechos). La acusada formaba parte del círculo familiar de Cecilio, era pareja de su padre don Jenaro, y una actitud que no fuera la de acompañar al padre y participar en las labores de búsqueda no habría sido comprendida, y podría dar lugar a sospechas, por lo que ese fingimiento no era sino una pieza de su intención de no ser descubierta.

D) Quedan, sin embargo, de entre los hechos probados, algunos aspecto fácticos que no pueden considerarse necesarios o indispensables para autoencubrirse, como son, particularmente, una cierta "sobreactuación" y protagonismo, y las palabras de esperanza que dirigía a los padres, en particular aquellas en que les decía que esa misma tarde volvería y estaría tomando una Coca-cola con ellos. No puede perderse de referencia que mientras profería esas palabras, Gregoria sabía dónde estaba enterrado Cecilio, y estaría preparando el modo de deshacerse de su cadáver. Es perfectamente comprensible que una vez que Gregoria fuese detenida como autora, don Jenaro y doña Inmaculada recordasen esas actitudes y esas palabras, y que ello, de nuevo, intensificara su dolor.

E) Por último, las despreciables palabras proferidas por la acusada mientras conducía con intención de hacer desaparecer el cadáver de Cecilio que llevaba en el maletero, instantes antes de su detención, tampoco pueden ser tomadas en consideración, por cuanto fueron dichas sin sospechar que pudieran estar grabándose, es decir, las dijo para sí misma, como un pensamiento en voz alta. No eran, pues, palabras lanzadas para que fueran oídas por doña Inmaculada y don Jenaro, luego no podían tener intención lesiva alguna.

Descomponiendo tales hechos, podemos fijarlos, de la siguiente manera:

Matar mediante una maniobra de asfixia al menor.

Cortarle un brazo como consecuencia de que no cabía en la fosa que había preparado.

Mantener una actitud de simulación, fingimiento y farsa en los días en que duró la búsqueda de la víctima, alentando esperanzas a los padres pese a saber que estaba muerto.

Colocar una camiseta en un cañaveral donde ella sabía que el niño no había desaparecido, sin duda para despistar las pesquisas.

Cambiar de lugar al cadáver y lo guardarlo en el maletero para desprenderse de él, lo que es sinónimo de autoencubrimiento.

Finalmente, proferir unas palabras despectivas dentro de su coche, que denotaban toda falta de compasión o arrepentimiento. Frases que no iban dirigidas sino a sí misma.



En suma, los delitos contra la integridad moral y los de lesiones psíquicas se asientan sobre los mismos hechos, el comportamiento de la acusada durante los once días que tardaron en hallar el cadáver. Es la conducta reflejada en el motivo tercero del anterior recurso, cuyos razonamientos se tienen aquí por reproducidos.

Obsérvese también que, siendo el motivo formalizado por infracción de ley, en la segunda instancia se ha dejado sin efecto el aserto fáctico en donde constaba la intención de lesionar de la acusada a los padres del menor, e igualmente el menoscabo de su salud psíquica, siendo así que la frase literal suprimida era del tenor siguiente:

«... Todos estos actos llevados a cabo por la acusada, tras dar muerte a Cecilio, los realizó queriendo y siendo consciente de que aumentaba el sufrimiento de Da Inmaculada y de D Jenaro, menoscabando su salud psíquica...».

De forma que estaba más ajustada a derecho la calificación de la acusación particular, que, en este caso, la del Ministerio Fiscal, en fase de Jurado, en tanto que, aparte de dicho aserto fáctico, queda el comportamiento de extravagante simulación sancionado como delitos contra la integridad moral que abarcan la totalidad del injusto. No hay delito autónomo de lesiones porque el resultado no está causalmente vinculado a la acción desde un punto de vista naturalístico y tampoco desde la perspectiva de la imputación objetiva.

Dicho con otras palabras: En sucesos de esta naturaleza, terribles por el dolor moral que infligen a los seres queridos de la persona primeramente desaparecida y después encontrada asesinada, el daño moral es muy grave, grande e intenso, y en los casos extremos, ordinariamente concursarán con uno o varios delitos contra la integridad moral, teniendo por sujetos pasivos aquellos parientes a los que se golpea duramente tanto por el hecho en sí mismo como por las pesquisas llevadas a cabo para encontrar el cadáver, y a menudo, la farsa pública que sobrepasan las maniobras de autoencubrimiento que ponen en marcha sus autores para no ser descubiertos. Fuera de ello, el concurso con otros delitos, como el aquí estudiado de lesiones psíquicas no es imposible, pero se deberá acreditar un menoscabo en su salud psíquica que curse en una enfermedad mental configurada por una patología plenamente acreditada mediante los oportunos dictámenes periciales. En nuestro caso, el Tribunal Superior de Justicia «a quo» ha dejado sin efecto tal resultado, de modo que no queda sino el delito contra la integridad moral, que es un delito sin resultado material, más propio para comprender en él, todos aquellos comportamientos que excediéndose del auto-encubrimiento impune, inciden directamente en la dignidad de las personas, con vilipendio y degradación moral, en las que se regocija el autor, pues no solamente trata de encubrir el cadáver y en suma ponerse a cubierto de la acción investigadora, sino que infunden falsas esperanzas de aparición del desaparecido con vida que inciden de lleno en el sufrimiento de tales parientes.

· De modo que toda persona tiene el derecho a ser tratada con dignidad, sin hacerla padecer sufrimientos físicos o psíquicos mediante situaciones o conductas de humillación, envilecimiento, cosificación o instrumentalización. De forma que el trato degradante a una persona conlleva el menoscabo de su integridad moral, que, siendo grave, alcanzará la calificación del art. 173.1 CP.

El motivo no puede ser estimado.

DÉCIMO-TERCERO - En el segundo motivo, y con anclaje constitucional, con perspectiva en la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho a un proceso con todas las garantías, la acusación particular tacha de ilógica e irracional la exclusión del encañamiento y denuncia falta de motivación del veredicto a ese respecto, inducida por falta de imparcialidad del Magistrado Presidente al dar las instrucciones al Jurado.

La recurrente solicita la nulidad del juicio y plantea el motivo de modo subordinado, para el caso de estimación de alguno de los motivos de la otra recurrente.

Como quiera que se ha desestimado el recurso completo de la defensa, en realidad, este motivo carece ya de viabilidad procesal.

Se queja, de todos modos, de que el Jurado haya considerado que Gregoria dio muerte al niño en un solo acto, y no en varios episodios.

Pero el Tribunal del Jurado así lo ha declarado en su veredicto, de modo que descarta, no dando como hecho probado lo siguiente:

«... Una vez en la finca de DIRECCION002, Gregoria de forma intencionada, súbita y repentina, golpeó a Cecilio en la cabeza, por detrás, con el palo de un hacha, haciéndolo caer al suelo, donde le dio más golpes, dejándolo aturdido durante 45/90 minutos, tiempo tras el que la acusada, se subió sobre el niño tapándole la boca y la nariz, hasta provocar su fallecimiento».



Sin esa secuencia fáctica, el motivo es absolutamente improsperable.

En consecuencia, no hay falta de motivación del Jurado para descartar la agravante de ensañamiento. El Jurado lo razona ateniéndose a la prueba pericial médico forense, a la que concede mayor fiabilidad que a la pericial de parte, con fundamento en que los forenses han practicado la autopsia del menor y han podido evaluar directamente los elementos de donde deducir su apreciación. El veredicto, por consiguiente, está perfectamente motivado, y no hay razón alguna para su anulación y devolución para la celebración de un nuevo juicio. En todo caso, la acusación particular condiciona este aspecto a la estimación de cualquiera de los motivos de la defensa, lo que, al no producirse, deja sin efecto, por la propia formulación del motivo, la estimación de éste.

Fuera de ello, expresa la acusación particular que no desea, por este apartado, la repetición del juicio oral, por el dolor que supondría para dicha parte.

En efecto, la acusación particular recurrente expresa lo siguiente: *Dicho motivo lo planteamos aun siendo conscientes de que su estimación, provocaría la repetición del juicio, aumentando así el dolor de mi mandante, de ahí que consideremos necesario supeditar la estimación del motivo al supuesto de que se estimara algún/os de los motivos planteados por la defensa, condicionado a lo cual, esta parte solicitaría la nulidad de la sentencia, por ausencia de motivación en el veredicto, en torno a la existencia o no del ensañamiento, y consiguientemente la repetición del juicio.*

Al no proceder la estimación de ninguno de los motivos de la defensa, este reproche casacional queda sin efecto.

Tampoco hay elementos fácticos en los hechos probados que permitan la apreciación de la concurrencia de la circunstancia agravante de ensañamiento, como la propia acusación particular reconoce en la formalización del motivo, y en consecuencia, esta censura casacional no puede prosperar.

Y sobre la parcialidad de las instrucciones de la Magistrada Presidente, se tienen por reproducidas las consideraciones anteriores.

Ratificamos la argumentación de la Sala de apelación, que, tras el visionado de la prueba pericial sobre la autopsia y la reconstrucción, del análisis del cadáver, de la agresión padecida por la víctima llega a la conclusión de que "difícilmente podría motivarse más que como lo hace el Jurado". Explica que hay dos pruebas periciales de signo contradictorio, las dos son terminantes y concluyentes: para los forenses, hubo unidad de acción en el ataque, y para los peritos de la acusación particular, hubo una primera agresión y, al cabo de menos de media hora, la acusada terminó de matar a quien ya iba a morir de no ser auxiliado. Seguidamente, manifiesta que "en un escenario así no cabe exigir al Jurado entrar en detalle de los aspectos científicos (causa del edema, tiempo de desarrollo, compatibilidad de las lesiones cerebrales con un golpe anterior con objeto contundente con el palo de un hacha o con la presión sobre la cabeza con el suelo etc.), y que basta con que exprese que llega a una determinada conclusión sobre el desarrollo de la agresión sobre la base de una de las pruebas periciales tan absolutamente contradictorias".

De manera que la motivación del Jurado es suficiente y abarca los elementos probatorios exigidos en el objeto del veredicto.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

Costas procesales.

DÉCIMO-CUARTO .- Procediendo al desestimación de ambos recursos, se está en el caso de condenar en costas a los recurrentes (art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

FALLO

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

1º.- DESESTIMAR el recurso de casación interpuesto por las representaciones legales de la **condenada DOÑA Gregoria y de la Acusación particular DOÑA Inmaculada** contra Sentencia núm. 26/2020, de 5 de febrero de 2020, de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla.

2º.- CONDENAR a dichos recurrentes al pago de las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por sus respectivos recursos.

3º.- COMUNICAR la presente resolución al Tribunal Superior de Justicia de procedencia, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.



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

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Vicente Magro Servet

Eduardo de Porres Ortiz de Urbina Ángel Luis Hurtado Adrián

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ