



Roj: **STSJ AS 3355/2017 - ECLI:ES:TSJAS:2017:3355**

Id Cendoj: **33044310012017100010**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal**

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **18/12/2017**

Nº de Recurso: **11/2017**

Nº de Resolución: **9/2017**

Procedimiento: **PENAL - JURADO**

Ponente: **JOSE MARIA ALVAREZ SEIJO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE OVIEDO

SALA CIVIL Y PENAL

Domicilio: C/ SAN JUAN, S/N - OVIEDO

Telf: 985988411

Fax: 985201041

Equipo/usuario: MGG

Modelo: N45650

N.I.G. 33044 43 0 2014 0110108

ROLLO: RAJ RECURSO DE APELACIÓN AL JURADO 0000011/2017

Juzgado procedencia: AUD. PROVINCIAL SECCIÓN Nº 3 de OVIEDO

Procedimiento de origen: TRIBUNAL DEL JURADO 0000092/2015

RECURRENTE/S: Natividad

Cirilo

Procurador/a: ANA MARÍA ROLDAN VIDAL

ALICIA SÁNCHEZ-ARJONA IGLESIAS

Abogado/a: MARÍA BELÉN GONZÁLEZ GONZÁLEZ

FERNANDO DE BARUTELL FERNÁNDEZ

RECURRIDO/S: Valle

MINISTERIO FISCAL

Procurador/a: MARÍA ÁNGELES PÉREZ-PEÑA DEL LLANO

Abogado/a: PABLO DÍAZ CARRERA

SENTENCIA Nº 9/2017

En Oviedo, a dieciocho de diciembre de 2017.

EXCMO. SR. PRESIDENTE

D. IGNACIO VIDAU ARGÜELLES

ILTMOS. SRES. MAGISTRADOS

D. JOSÉ MARÍA ÁLVAREZ SEIJO



D. ÁNGEL AZNAREZ RUBIO

Visto por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, el Recurso de Apelación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D^a Ana María Roldán Vidal en nombre y representación de Natividad , como Apelante, como Apelante Supeditado, la Procuradora de los Tribunales D^a Alicia Sánchez-Arjona Iglesias en nombre y representación de Cirilo , contra la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección Tercera, en la Causa Tribunal del Jurado 4237/2015 que dio lugar al Rollo de la referida Sección nº 92/2015, siendo partes apeladas el Ministerio Fiscal y la acusación particular ejercitada por Valle representada por la Procuradora de los Tribunales D^a María Ángeles Pérez-Peña del Llano, formando Sala, en sede Penal, los Magistrados de la misma han pronunciado en nombre del Rey, la siguiente:

SENTENCIA

Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. JOSÉ MARÍA ÁLVAREZ SEIJO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: La Ilma. Sra. Magistrada-Presidenta del Tribunal del Jurado, de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Oviedo, Doña Ana Álvarez Rodríguez, en la Causa del Tribunal del Jurado -Rollo especial número 92/2015- procedente del Juzgado de Instrucción número 3 de Oviedo, procedimiento de Tribunal del Jurado número 4237/2015, dictó el trece de marzo de 2017 la Sentencia número 116/2017.

SEGUNDO: En dicha SENTENCIA fueron declarados expresamente probados, según se dice en la misma (Antecedente de Hecho Primero), de acuerdo con el Veredicto del Jurado, los siguientes hechos:

"Los acusados Natividad , mayor de edad y sin antecedentes penales y Cirilo , mayor de edad y con antecedentes penales, no computables en esta causa, al haber sido condena do por sentencia firme de fecha 8 de marzo de 2004, por un delito de lesiones de género-antecedente cancelado- y en sentencia firme de 8 de septiembre de 2006 por un delito de quebrantamiento de condena -antecedente igualmente cancelado-, iniciaron una relación de pareja en el mes de diciembre de 2013. En el mes de septiembre de 2014 Cirilo Y Natividad , en unión del hijo biológico de ésta última, Bienvenido , nacido el día NUM000 de 2013 cuya filiación paterna no consta, se trasladaron a la ciudad de Oviedo, fijando el domicilio familiar en la vivienda sita en la C/ DIRECCION000 nº NUM001 NUM002 , donde convivieron los tres hasta finales del mes de octubre de 2014.

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

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

En día y hora, no precisada, de la última semana del mes de octubre de 2014, hallándose la pareja y el niño en el domicilio familiar, en un momento determinado, Cirilo se dirigió a la habitación que ocupaba Bienvenido , próximo a cumplir 21 meses de edad, encontrándose el menor despierto y sin motivo aparente, con claro propósito de causarle la muerte y a sabiendas de no ser necesario para ello, con el fin de producirle sufrimientos innecesarios, comenzó a abofetearlo en múltiples ocasiones, lo que produjo que el menor llorase desesperadamente a lo que respondió Cirilo agarrándolo fuertemente y al menos en tres ocasiones arrojarlo violentamente contra la pared, la cama y el suelo de la habitación, agrediendo repetidas veces, dándole diversos puñetazos en el abdomen y en otras partes de su cuerpo, lo que le produjo al menor un politraumatismo exterior e interno con múltiples fracturas óseas y orgánicas (hepático y renal), lo que motivó un paro cardio-respiratorio por abolición de funciones de centros vitales y el consiguiente fallecimiento de Bienvenido . En dicho momento se hallaba presente Natividad , quien pudiendo auxiliar a su hijo omitió de



modo voluntaria toda ayudar tanto durante la comisión del citado hecho como posteriormente y de modo inmediato.

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

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

TERCERO: La misma Sentencia contiene el siguiente FALLO:

"De acuerdo CON EL VEREDICTO DEL JURADO, debo condenar y condeno a: Cirilo como autor material de:

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

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

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

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

Natividad como autora, comisión por omisión, de:

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

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

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

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

Ambos condenados deberán abonar, conjunta y solidariamente a Nicolas y Marí Juana , la cantidad de 100.000 euros, en concepto de responsabilidad civil, con los intereses legales devengados con arreglo a lo previsto en el art. 576 de la L.E.Civil .

Ambos condenados deberán abonar, por mitad e iguales partes, las costas procesales causadas.

Para el cumplimiento de las penas de prisión les será de abono a los condenados el tiempo que llevan privados de libertad por esta causa".

CUARTO: Notificada la Sentencia, se interpuso contra la misma Recurso de Apelación por la acusada doña Natividad -apelante principal-, representada por la procuradora de los Tribunales doña Ana María Roldán Vidal, que se concreta el recurso en las siguientes ALEGACIONES:

Primera.- Quebrantamiento de las normas y garantías procesales (Art. 846 bis c apartado a) de la L.E.Crim .) Vulneración del art. 24 CE .

Esta alegación, a su vez, se divide en los siguientes motivos:

1º- Denegación de medios de prueba.



2º- Infracción del artículo 846 bis c apartado a) en relación al art. 851.3º L.E.Crim . En la sentencia no se resuelve la impugnación realizada por esta parte del análisis de drogas realizado a Natividad .

3º- Infracción del artículo 846 bis c apartado a) en relación del artículo 850 3º 850 4º L.E.Crim .

4º- Existencia de defectos del veredicto.

5º- Sentencia incurre en incongruencia omisiva. Vulneración 24 CE. Vulneración art. 70.2 de la LOTJ .

Segunda.- Vulneración del derecho a la presunción de inocencia (Art. 846 bis c apartado e) de la L.E.Crim .) porque atendida la prueba practicada en el juicio, carece de toda base razonable para la condena impuesta. Error en la Valoración de los documentos unidos en la causa (folios 1049 a 1051) y (folios 308 a 313) (folios 338 a 340).

Tercera.-Infracción de Ley al amparo del artículo 846 bis c) apartado b) de la L.E.Crim . por aplicación indebida del artículo 139.1 y 3 del Código Penal .

Cuarta.- Infracción de Ley al amparo del artículo 846.bis c apartado b) de la L.E.Crim . por aplicación indebida del artículo 5, y el 11 del Código Penal en relación al 148.3 del Código Penal .

Quinta.- Infracción de Ley al amparo del artículo 846 bis c) apartado b) de la L.E.Crim . por aplicación indebida del artículo 5, y el artículo 11 del Código Penal en relación al 173.2 del Código Penal .

Sexta.- Infracción de Ley al amparo del artículo 849.1 de la L.E.Crim . por aplicación indebida del artículo 23 del Código Penal como circunstancia agravante del delito de asesinato, lesiones y maltrato habitual. Vulneración del principio de "non bis in idem". Desproporcionalidad de la pena.

A las alegaciones y motivos así enunciados, sigue la SÚPLICA (concreto petitum) de que esta Sala de lo Civil y Penal dicte sentencia por la que anule la previamente dictada por la Ilma. Sr. Magistrada-Presidenta del Tribunal del Jurado, o, en todo caso, se revoque, dictándose otra en su lugar por la que se acuerde la libre absolución de Natividad .

QUINTO: También contra la Sentencia, se interpuso Recurso de Apelación, si bien éste SUPEDITADO AL DE LA APELANTE PRINCIPAL (al amparo de lo dispuesto en el párrafo último del artículo 846 bis b) de la L.E.Crim .), siendo el apelante el acusado don Cirilo , representado por la Procuradora de los Tribunales doña Alicia Sánchez-Arjona Iglesias.

Dicho Recurso se basa en los siguientes motivos:

Primero.- Por quebrantamiento de normas y garantías procesales causantes de indefensión, por vulneración del art. 61.1 d) LOTJ , artículo 24 de la Constitución , en relación con el artículo 846 bis c) motivación del veredicto.

Segundo.- Por quebrantamiento de normas y garantías procesales causantes de indefensión, por vulneración del art. 63. 1 d) LOTJ , artículo 24 de la Constitución , en relación con el art. 846 bis c) letra a), por contradicción entre sí de los pronunciamientos de los hechos declarados probados y no probados por el Jurado en el objeto del veredicto y acta de votación.

Tercero.- Por la infracción de Ley prevista en el apartado b) del artículo 846 bis C) de la L.E.CRIM ., por inaplicación del artículo 21.1 en relación con los artículos 20.1 y 20.2 del C.P . y 24 de la Constitución , al no haberse tenido en cuenta la alteración de las facultades mentales del acusado por la ingesta de alcohol y drogas.

Cuarto.- Por la infracción de Ley prevista en el apartado b) del artículo 846 bis C) de la L.E.CRIM ., por inaplicación del artículo 21.2 en relación con los artículos 20.2 del C.P . y 24 de la Constitución , al no haberse tenido en cuenta la de actuar a causa de su grave adicción a las drogas y alcohol.

Quinto.- Por la infracción de Ley prevista en el apartado b) del artículo 846 bis c) de la L.E.CRIM ., por inaplicación del artículo 21.4 en relación con los artículos 21.7 del C.P ., al no haberse tenido en cuenta la entrega voluntaria a las autoridades de mi representado.

Sexto.- Por quebrantamiento de normas y garantías procesales causantes de indefensión, por vulneración del artículo 24 de la Constitución en relación con el art. 846 bis c) letra a) L.E.Crim ., por utilizar pruebas ilícitamente obtenidas, como así es la declaración policial y judicial de mi representado.

Séptimo.- Por quebrantamiento de normas y garantías procesales causantes de indefensión, por vulneración del artículo 24 de la Constitución , en relación con el art. 846 bis c) letra a) y 851.3º L.E.Crim ., por no resolver sobre los puntos objeto de la acusación particular.



Octavo.- Por quebrantamiento de normas y garantías procesales causantes de indefensión, por vulneración del artículo 24 de la Constitución , en relación con el art. 846 bis c) letra a) y 850.3º L.E.Crim ., por no permitir expresamente la Ilma. Magistrada-Presidenta preguntar a los funcionarios policiales sobre la detención, asistencia letrada, y toma de declaración, de mi representado.

A los motivos así enunciados se añade Súplica (concreto petitum) de revocación de sentencia en armonía con los motivos invocados.

SEXTO: Mediante escrito de 30 de mayo de 2017, el Ministerio Fiscal estimó que procedía la desestimación del Recurso principal de Apelación, debiendo confirmarse la Sentencia recurrida. Mediante escrito de 21 de junio de 2017, el Ministerio Público estimó igualmente que procedía la desestimación del Recurso Supeditado de Apelación, debiendo confirmarse la sentencia recurrida.

SÉPTIMO: La Acusación Particular ejercida por Valle , de la condenada representada por la Procuradora de los Tribunales doña María Ángeles Pérez- Peña del Llano, formuló oposición a los dos recursos interpuestos -al principal y al supeditado- en escritos respectivos de 1 y 20 de junio de 2017.

OCTAVO: Efectuada la tramitación a la que se refiere el artículo 846, bis d) de la L.E.Cr . se elevaron las actuaciones a esta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, que señaló para la vista del Recurso el día 26 de septiembre de 2017, a las 10,30 horas. En dicho día y hora, se efectuó la Vista Pública de la Apelación. Las partes se ratificaron en las alegaciones y motivos de sus respectivos escritos de apelación y de oposición a los mismos.

Celebrada la misma, y antes de la deliberación, un problema de salud sobrevenido a uno de los Magistrados, que avocó a su baja médica, obligó a dejar sin efecto la vista a fin de proveer a su sustitución, y una vez verificada se señaló nueva vista, el pasado 9 de noviembre, en la que las partes de nuevo se ratificaron en el contenido de su respectivos escritos.

NOVENO: Es Ponente el Ilmo. Sr. D. JOSÉ MARÍA ÁLVAREZ SEIJO habida cuenta, que el Ilmo. Sr. Magistrado que lo era inicialmente, al discrepar de la mayoría, emite voto particular.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Con carácter previo, se ha de tener en cuenta que al tratarse en presente supuesto de un procedimiento de enjuiciamiento por Tribunal de Jurado, la L.O. 5/95 diferencia claramente las funciones encomendadas a los miembros del Jurado y al Magistrado-Presidente, y así en su art. 3 señala en cuanto a los primeros que emitirán el veredicto declarando probado o no probado el hecho o hechos justiciables que el Magistrado-Presidente haya determinado como tal, estableciendo en su art. 4 como función de este último entre otras cosas la de dictar la sentencia en la que recogerá el veredicto del Jurado e impondrá, en su caso, la pena y medida de seguridad que corresponda. De esta normativa, queda pues claro que compete a los miembros del Jurado en exclusiva la valoración de la prueba y en consecuencia con ella declarar como acreditados o no los hechos comprendidos en el objeto del veredicto redactado por el Magistrado-Presidente.

En virtud de ello, parece evidente que la LOTJ y en cuanto al ámbito del recurso de apelación, como se desprende del contenido del art. 846 bis-e) de la L.E.Cr ., se trata de un recurso con motivos tasados apartándose de su clásica naturaleza como recurso de pleno conocimiento, de manera que sólo autoriza al Tribunal "ad quem" a examinar dentro de la faceta de la que estamos tratando si los medios de prueba practicados en el plenario han sido bastantes para lograr la incriminación del acusado o acusados en los hechos enjuiciados, mas no le es permitido efectuar una nueva valoración de tales medios probatorios con el fin de otorgar a cada uno de ellos un alcance o resultado diverso al que le han otorgado previamente los componentes del Jurado en el ejercicio de la legítima función que la ley les ha encomendado. Únicamente cuando los medios probatorios arrojasen un resultado notoriamente exculpatario de manera que en la apreciación de la prueba el Jurado hubiere incurrido en manifiesto y craso error podría efectuarse una nueva valoración en la alzada, y lo mismo si la incriminación se sustentasen pruebas de cargo prohibidas u obtenidas con vulneración de derechos fundamentales.

Por otra parte, no hay que olvidar, como ya se dijo, que el escrito del objeto del veredicto, piedra angular del juicio con Jurado, que elabora el Magistrado- Presidente tras el trámite de informes y posterior audiencia de los acusados, contemplado en el art. 52 de la LOTJ , ha de contener esencialmente los hechos narrados por las partes y que el Jurado deberá declarar probados o no, de donde se infiere que en su contenido ha de darse opción a que se pueda someter a deliberación y votación cada una de las versiones y posturas que sobre los hechos enjuiciados ofrezcan las acusaciones y defensas; de ahí que como establece el art. 53 de la LOTJ el Magistrado-Presidente antes de entregar a los Jurados el escrito que estamos comentando, oirá a las partes, quienes podrán solicitar las inclusiones o exclusiones que estimen pertinentes, decidiendo a continuación



lo que corresponda, de manera que las partes a quienes sus peticiones fueren rechazadas pueden formular protesta a los efectos del que haya lugar frente a la sentencia.

Así, en la sentencia de esta Sala de 21-11-2016 se señaló que la naturaleza extraordinaria del recurso de apelación contra las sentencias dictadas por el Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado, regulado en los art. 846 bis-a a f) de la L.E.Cr. conlleva un mayor formalismo procesal y un exigible mayor rigor técnico en su confección, tratándose de un recurso en el que están limitadas las facultades de los recurrentes y también los poderes del Tribunal "ad quem", que de ninguna manera podrá reconsiderar los elementos fácticos de la sentencia de instancia ni realizar una nueva valoración de la prueba practicada en el juicio oral.

En cuanto a la motivación sobre el veredicto que haya de dar el Jurado atinente a la valoración de la prueba y en consecuencia con ella declarar como acreditados o no los hechos comprendidos en el objeto del veredicto redactado por el Magistrado-Presidente (art. 61-1-d) de la LOTJ , la reciente sentencia del TS de 27-10- 2017 señaló lo siguiente: "si bien la motivación de la sentencia del Tribunal del Jurado viene precedida del acta de votación, que constituye su base y punto de partida (en cuanto contiene la expresión de los elementos de convicción y una sucinta explicación de las razones por las que los jurados han declarado o rechazado declarar determinados hechos como probados), esa motivación debe, no obstante, ser desarrollada por el Magistrado Presidente al redactar la sentencia, expresando el contenido incriminatorio de esos elementos de convicción señalados por los jurados y explicitando la inferencia cuando se trate de prueba indiciaria.

Sobre tales extremos este Tribunal tiene reiteradamente establecido que, tratándose de sentencias dictadas por el Tribunal del Jurado, no puede exigirse a los ciudadanos que integran el Jurado de hechos y de culpabilidad el mismo grado de razonamiento intelectual y técnico que puede requerirse a un juez profesional y experimentado. Por ello, la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado sólo exige (art. 61.d) «una sucinta explicación de las razones...» que han tomado en consideración los ciudadanos jurados como elementos de convicción para declarar probados los hechos y la participación en ellos del acusado, razones que deberán ser complementadas, cuando sea necesario y de forma congruente con lo expresado por el Jurado, por el Magistrado-Presidente en tanto en cuanto pertenece al Tribunal y ha contemplado atentamente el desarrollo del juicio, motivando la sentencia de conformidad con el art. 70.2 de la LOTJ (entre otras muchas, SSTS 450/2017, de 21-6 ; 40/2015, de 12-2 ; 45/2014, de 7-2 ; 868/2013, de 27-11 ; y 300/2012, de 3-5).

Y la sentencia de 5-10-2017 ha señalado: "La expresión "sucinta" aplicada a la motivación de los jurados, se cumple, según jurisprudencia mayoritaria de esta Sala cuando el jurado se limita a individualizar inequívocamente las pruebas y cualquier otro elemento de convicción, que justifique la decisión, bastando con la enumeración de los medios de prueba, de los que el jurado ha partido para llegar a sus conclusiones, con las posibilidades de comprobar la corrección o incorrección del juicio, todo ello en orden a cumplir el Magistrado-Presidente con la obligación de concretar la existencia de prueba de cargo, que le impone el art. 70.2 L.O.T.J .

SEGUNDO.- Entrando, sentado cuanto antecede, al examen de los concretos motivos de los recursos principal y supeditado planteados, por seguir un orden lógico se ha de comenzar por los referentes al quebrantamiento de las normas y garantías procesales (art. 846 bis-c) apartado a) de la Ley Procesal Criminal , abordando al unísono aquellos aspectos o subapartados que resulten coincidentes en su invocación por ambas partes, como la alusión a existencia de defectos en el veredicto, o contradicción en los pronunciamientos de los hechos declarados probados y no probados por el Jurado. Vaya por delante que el efecto anulatorio que se pretende, y esto es sobradamente conocido, ha de exigir que, en su caso, se haya efectuado la oportuna reclamación de subsanación, y en todo caso que se haya producido efectiva indefensión, con un real menoscabo del derecho de defensa (entre otras, la sentencia del TC de 30-6-2005).

Abordando el primero de ellos, invocado por la recurrente principal, alegó la denegación de medios de prueba, en su momento solicitada, referente a la declaración testifical de Carolina e Obdulio , esenciales desde su punto de vista para valorar el carácter del acusado Cirilo así como las manifestaciones del psiquiatra Dr. Jose María .

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



expuesto su rechazo no se considera causante de indefensión. Con independencia de ello, el carácter agresivo quedó patente y deducible del curso de los hechos enjuiciados.

Nuestro TS en sentencia de 26-6-2014 señaló que ha de valorarse no sólo la pertinencia de la prueba, sino también y singularmente su necesidad, y más aún su indispensabilidad en el sentido de eventual potencialidad para alterar el fallo. La impertinencia, irrelevancia y no necesidad de las dos testificales pretendidas resultan del mismo texto en el que se invoca su denegación; como se dijo, del carácter agresivo de Cirilo ha habido abundante prueba. Por ello, la que se solicita ni tendría influencia decisiva ni potencialidad para alterar el fallo.

En segundo lugar, dicha recurrente alegó infracción del mencionado art. 846 bis-e) apartado a) en relación con el art. 851-3º de la Ley Rituaria, esto es, incongruencia omisiva, al no resolver en la sentencia sobre la impugnación del análisis de drogas realizado a Natividad. Con independencia del análisis y de su relevancia, como luego se dirá, el motivo se rechaza por una cuestión meramente formal. En efecto, dicha solicitud de impugnación fue planteada en sede del juicio oral en su momento inicial (art. 45 de la LOTJ), esto es, en las alegaciones previas, cuando el tiempo procesal oportuno tendría que serlo la fase de las cuestiones previas referidas en el art. 36 de dicho texto legal. Así, si la irregularidad se produjo en la fase previa, de instrucción, en ese momento se debió plantear la impugnación (sentencia del TS de 3-11-2016).

Además, la muestra del cabello, realizada con consentimiento de la acusada según los Forenses, sólo sirvió para detectar un consumo en al menos 6-7 meses anteriores, dato que nada tuvo que ver o careció de relación con el fallo de la sentencia, por más que en el veredicto se halla hecho referencia a ello, pero como un simple ejemplo, sin relevante trascendencia.

Seguidamente, apunta dicha apelante principal a infracción relacionada con los art. 850-3 y 850-4 de la L.E.Cr., y ello en base a que en el interrogatorio practicado a la testigo Rebeca acerca de las agresiones sufridas físicas y verbales contra Cirilo denunciadas el 17-9-2013, la misma había declarado en el juicio oral que tales hechos no eran ciertos, contradiciendo así su primera versión, habiéndose negado a la Sra. Letrada por la Presidencia del Jurado a seguir preguntando sobre los últimos hechos que habían motivado dicha denuncia. Consignó en dicho momento la oportuna protesta, y considera que se conculcó su derecho de defensa.

Lo que se deduce de lo expuesto no es sino una contradicción entre lo manifestado en su día por la testigo al denunciar los hechos en cuestión, y lo que posteriormente declaró en el plenario, negando la veracidad de tales hechos. La consecuencia de ello es que al Jurado, conforme al art. 46-5 de la LOTJ, se le confiere la posibilidad de valorar tales contradicciones a la hora de formar su convicción, con el resto del material obrante en autos, al responder a las proposiciones que integran el objeto del veredicto. La negativa de la Sra. Magistrado a que se continuase preguntando sobre tal contradicción, ya puesta de relieve, no parece improcedente a juicio de este Tribunal; de otro modo no se obtendría otro resultado que una reiteración en tal proceder. Ello con independencia de lo afirmado en líneas anteriores respecto al carácter agresivo de Cirilo, que sería en definitiva lo que se quería acreditar. No se entiende producida indefensión alguna.

Invoca seguidamente la recurrente la existencia de defectos en el veredicto, acusando vulneración del art. 52-1-a) de la LOTJ, toda vez que al configurar su objeto todo el escrito de defensa se trasladó en un solo bloque (apartado dos hecho primero C), sin separación de párrafos, de modo que al Jurado no se le dio opción a valorar los diferentes hechos que componían la defensa formulada; apunta por otro lado que en el veredicto se introdujo un concepto jurídico (comisión por omisión) cuando el Jurado debe declarar la culpabilidad sobre unos hechos y no sobre calificaciones jurídicas.

El motivo ha de correr la misma suerte que el anterior, esto es, su rechazo. El primer extremo, por una cuestión formal, ya que como se apuntó anteriormente, tras la elaboración del objeto del veredicto la ley prevé un trámite de audiencia a las partes (art. 53 de la LOTJ) a fin de que puedan interesar las exclusiones o inclusiones que estimen oportunas, trámite del que no hizo uso quien hoy recurre, de donde resulta extemporánea tal alegación. En cuanto al segundo extremo, es verdad que el art. 52-1-d) señala que el objeto del veredicto contendrá un apartado en el que, tras los correspondientes a la exposición de los hechos enjuiciados, su grado de participación, ejecución y circunstancias modificativas, se ha de precisar el hecho delictivo por el que el acusado ha de ser declarado culpable o no, y que acaso no resultó ortodoxo consignar en tal apartado lo que pudiese ser la calificación jurídica, mas no es menos evidente que se hizo referencia al relato de los hechos consignado en los apartados anteriores, aludiendo expresamente a "maltratar habitualmente", "lesionar", o "matar", por lo que ninguna confusión podía afectar al Jurado la expresión controvertida a la hora de la votación, que sería en definitiva lo trascendente. En este sentido, la sentencia del TS de 3-12-2001 señaló que aunque la referencia al "delito de asesinato" en la proposición no fuere procedente, su inclusión no pasaba de una mera irregularidad no trascendente ni causante de indefensión.



Por su parte, el recurrente supeditado, esto es, la defensa del condenado Cirilo , planteó diversos motivos derivados del quebrantamiento de normas y garantías procesales con base en el art. 846 bis-e) apartado a) de la L.E.Cr .

Así, aludió a la vulneración del art. 24 de la CE acusando la utilización de pruebas ilícitamente obtenidas, señalando como tales la declaración policial y judicial de aquél, y enlazado con ello, la vulneración de dicho precepto de la Carta Magna en relación con el art. 850-3° de la Ley Rituaria al no habersele permitido por la Sra. Magistrado en el juicio oral interrogar a los funcionarios policiales sobre la detención, asistencia letrada y toma de declaración. El motivo merece su rechazo desde el momento en que dicha cuestión fue ya planteada como cuestión previa en el trámite del art. 36 de la LOTJ , siendo resuelta en sentido denegatorio por auto de 1-7-16, que recurrido en apelación fue confirmado por esta Sala en auto de 11-11-16 , resolución por tanto firme.

Igual suerte debe darse al motivo que aduce respecto a no haberse resuelto sobre los puntos objeto de la acusación particular en relación con el veredicto de culpabilidad, con infracción del art. 24 de la CE en relación con el art. 851-3° de la L.E.Cr ., infracción que no se entiende, cuando del examen del objeto del veredicto consta la votación de los Jurados a todas las proposiciones, y como se verá perfectamente congruentes, y en cuyo resultado se basó la sentencia apelada.

TERCERO.- Se alegó por el recurrente supeditado falta de motivación del Jurado, con vulneración del art. 61-1-d) de la LOTJ , así como contradicción entre sí de los pronunciamientos de los hechos declarados probados y no probados en el objeto del veredicto y votación. Por su parte, la apelante principal invocó la existencia de defectos en el veredicto citando también lo que entendió contradicciones, si bien lo hizo dentro del contenido de su motivo de invocación de la vulneración del derecho a la presunción de inocencia art. 846 bis-c) apartado e) de la L.E.Cr . Sea como fuere, lo analizaremos conjuntamente.

En lo que a la motivación del veredicto se refiere, se limita la defensa del condenado Cirilo a razonamientos genéricos, como que la motivación desplegada no era suficientemente explícita, que no puede examinarse bajo cánones de generalidad, y que no cumple un mínimo razonamiento.

Ya se ha aludido en el primer fundamento de la presente resolución a la doctrina de nuestro TS sobre la cuestión, y a ello nos remitimos, sin perjuicio de ahondar o matizar más adelante.

Más complejo ha de resultar el extremo atinente a las posibles contradicciones en el veredicto por parte de los Jurados.

Cuatro han sido las infracciones objeto de enjuiciamiento en la presente causa, relacionadas según la narración de los hechos contenidos en el objeto del veredicto y según las pautas marcadas por el art. 52 de la LOTJ . Consta de dos apartados, el primero referente al acusado Cirilo , y el segundo a la acusada Natividad ; cada apartado se compone de proposiciones referentes a los hechos justiciables (hecho primero), grado de ejecución hechos segundo), grado de participación (hecho tercero), circunstancias modificativas de la responsabilidad penal (hechos cuarto y quinto), y veredicto de culpabilidad o inculpabilidad, todo ello extraído de los escritos de calificación de las partes y conforme al auto de hechos justiciables.

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

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

Conforme al inciso 4-A (propuesta del M. Fiscal), según la que Natividad se hallaba presente, se votó en sentido afirmativo tanto en el apartado correspondiente al acusado Cirilo (8 a favor, 1 en contra) como a la acusada Natividad (9 a favor, 0 en contra); de acuerdo con el inciso 4-B (propuesta de la acusación particular) según la que Natividad tras una discusión se había ausentado, fue votado en sentido negativo (0 a favor, 9 en contra) en ambos apartados. Fue, congruente el Jurado.

Respecto a la quinta proposición, esto es, los hechos referentes a la desaparición del cuerpo una vez fallecido el menor, en el inciso 5-A (propuesta del M. Fiscal), en el apartado primero, esto es, el correspondiente al acusado Cirilo , según el cual éste había introducido al menor en una maleta abandonándolo posteriormente



se votó de forma afirmativa (8 a favor, uno en contra), y también en sentido afirmativo se votó la propuesta contemplada en el mismo inciso 5-A en el apartado correspondiente a la acusada Natividad , según la que el hecho fue cometido por ambos (9 a favor, 0 en contra).

En el inciso 5-B (propuesta de la acusación particular) en apartado primero, es decir, el correspondiente al acusado Cirilo , según el que éste había ejecutado los hechos en solitario, la votación fue negativa (0 a favor y 9 en contra), y se dio el mismo resultado al votar el inciso 2-B en el apartado segundo, correspondiente a la acusada Natividad , con la misma redacción (0 votos a favor y 9 en contra).

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

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

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

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

En este caso, ha de darse la razón a los recurrentes en el sentido de haberse producido la infracción denunciada, con los efectos que luego se dirán.

CUARTO.- La apelante principal, si bien dentro del apartado relativo a la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 846 bis-c-apartado e) de la L.E.Cr ., y en uno de cuyos puntos insistió en su tesis de que la acusada Natividad era una mujer maltratada, señala que la sentencia hizo caso omiso al pronunciamiento del Jurado en este sentido. Señala cómo en el inciso 1-B del hecho primero apartado uno el Jurado había votado por unanimidad que Cirilo maltrataba física y psicológicamente a Natividad y al menor.

No puede desconocerse que la primera de las infracciones, y a la que se está refiriendo la recurrente, y que como tal se enjuiciaba, era la de maltrato habitual al menor, no juzgándose en modo alguno un posible maltrato de la acusada como sujeto pasivo. Teniendo esto en cuenta, en el inciso 1-A (propuesta del M. Fiscal), en el apartado primero, esto es, el correspondiente al acusado Cirilo , según el cuál éste de forma habitual golpeaba y maltrataba al menor se votó de forma afirmativa (9 a favor, 0 en contra), y también en sentido afirmativo se votó la propuesta contemplada en el mismo inciso 1-A en el apartado correspondiente a la acusada Natividad , según la que en dicha acción omitió de forma voluntaria cualquier acción de impedir dicho maltrato (9 a favor, 0 en contra).

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

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

De lo que se ha expuesto, resulta se ha producido como hemos dicho un quebrantamiento formal en relación con la segunda de las infracciones, lo que daría lugar a la anulación de la sentencia, con la oportuna retroacción,



más lo cierto es que tal trascendencia sucede sólo sobre la imputación de las lesiones al menor, por lo que como se afirma en la sentencia del TS de 11-10-2016, tal consecuencia debe quedar a tal extremo circunscrita. Por tanto, y de acuerdo con la mencionada sentencia, el efecto ha de ser la reposición del procedimiento al momento previo a la celebración del juicio oral, bien entendido que el Tribunal que ha de conocer de tal infracción ya no ha de ser el compuesto por un Jurado. En efecto, y como se señala en la citada resolución de nuestro Alto Tribunal, la competencia del Tribunal del Jurado venía determinada por conexión, conforme al artículo 5 de su ley reguladora. Pero, al escindirse el conocimiento de los objetos del hasta ahora único procedimiento, la continuación del procedimiento exento de aquella conexión en nuestro caso las lesiones), no debe seguirse ante el Tribunal del Jurado como resulta de los artículos 309 bis, y 759 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 28 y 29 de la LOTJ. Deberá pues seguirse conforme a los trámites del ordinario (Abreviado en nuestro caso) No es preciso retrotraer más allá la tramitación.

Con tales matizaciones el motivo se estima en parte.

QUINTO.- Sentado lo anterior, procede el examen de los demás motivos en lo que atañen al objeto del proceso constituido por las demás infracciones. Concretamente, restan por abordar los referentes a la vulneración del derecho a la presunción de inocencia por carecer de base razonable la condena atendida la prueba practicada (art. 846 bis c-apartado e), invocada por la recurrente principal, así como la infracción de precepto constitucional o legal en la calificación jurídica de los hechos o determinación de la pena art. 846 bis-c-apartado b) alegado por ambos, tanto el apelante principal como supeditado.

En cuanto a la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, como ya se señaló anteriormente, considerando que la apreciación de los hechos y la valoración de la prueba corresponde en exclusividad a los miembros del Jurado, en tanto que la aplicación del derecho es la típica función del Magistrado- Presidente, no puede decirse que a través de este motivo de apelación al órgano "ad quem" le sea dada la posibilidad de revisar la valoración de la prueba efectuada por los miembros legos del Jurado, por lo que no puede equipararse al tradicional del error en la valoración de la prueba, de lo que se recalca que el presente recurso de apelación no es una verdadera segunda instancia, toda vez que a través del mismo no es posible revisar la apreciación probatoria realizada en la instancia anterior. De esta manera, la LOTJ sólo autoriza al Tribunal "ad quem" a examinar si los medios de prueba practicados en el juicio oral han sido capaces de haber ocasionado la incriminación en los hechos delictivos, pero no permite efectuar una nueva valoración de tales medios probatorios con el fin de otorgarles un alcance diverso al que previamente le han otorgado los Jurados, pues ello resultaría incompatible con la esencia misma de su función.

Por ello, el motivo se ha de concretar a si, como el precepto señala, teniendo en cuenta la prueba que se ha practicado en el juicio, el veredicto condenatorio había carecido de base razonable, como podría ser que todos los medios de prueba arrojasen un resultado notoriamente exculpatario, o que la condena se sustentase en pruebas ilegalmente obtenidas o vulneradores de derechos fundamentales, o cuando tratándose de pruebas indiciarias no se acompañe específica motivación.

Como señala la sentencia de 31-10-2017 : Como se ha explicado en numerosas resoluciones de esta Sala (SSTS 1126/2006, de 15 de diciembre ; 742/2007, de 26 de septiembre o 52/2008, de 5 de febrero), «cuando se alega infracción de este derecho a la presunción de inocencia, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del Juzgador de instancia, porque a este sólo corresponde esa función valorativa, pero sí puede este Tribunal verificar que, efectivamente, el Tribunal a quo contó con suficiente prueba de signo acusatorio". Una verificación que alcanza a que la prueba de cargo se haya obtenido sin violar derechos o libertades fundamentales, así como que su práctica responda al procedimiento y supuestos para los que fue legalmente prevista, comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el Juzgador el proceso fundamental de su raciocinio (STS 1125/01, de 12 de julio) y que ese razonamiento de la convicción obedece a los criterios lógicos y razonables que permiten corroborar las tesis acusatorias sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, sustentando de este modo el fallo de condena".

En cuanto a la motivación del Tribunal del Jurado, ya se ha hecho referencia en el primero de los fundamentos de esta resolución, y a ello nos remitimos, recalcando cómo la sentencia de 23-9-2013 afirma que basta con que los Jurados expresen de forma sucinta las pruebas que han determinado su convicción, de manera que posteriormente pueda controlarse la razonabilidad de las conclusiones, y que esa inexigibilidad legal de expresar y reflejar los pasos del proceso mental discursivo y valorativo se acentúa en supuestos de prueba indiciaria plural, interrelacionada y compleja. También se ha dicho que el Magistrado-Presidente ha de desarrollarla al redactar la sentencia, expresando el contenido incriminatorio de esos elementos de convicción señalados por los jurados y haciendo explícita la inferencia cuando se trate de prueba indiciaria.



La recurrente manifiesta en su recurso que lo que enuncia el Jurado en sus elementos de convicción no contienen relevancia incriminatoria, no permitiendo dar el paso los hechos indiciarios a los hechos consecuencia que integra la autoría de la misma. Afirma la insuficiencia de prueba.

En sus alegaciones señala que los indicios que señala el Jurado no tienen relevancia incriminatoria, así la falta de constancia del abandono de Natividad del domicilio el día de la muerte del menor, las contradicciones valoradas por el Jurado respecto a su drogadicción, o las versiones contradictorias sobre el paradero del niño una vez fallecido, o la valoración psicológica de psiquiatras y forenses sobre la actitud de Natividad y ausencia de indicio de maltrato, o la relevancia dada a simples informes policiales.

Lo cierto es que tales aseveraciones del Jurado fueron complementadas de forma más que suficiente por la Sra. Magistrado-Presidente en su resolución, con un trabajo encomiable, explicando y avalando de modo claro en su exhaustivo razonar los motivos de la decisión última del Jurado. El hecho al que la recurrente otorga tanta relevancia, y que señala como contradictoria en la argumentación de la sentencia sobre el otorgamiento a la declaración del acusado Cirilo de una parte de su versión, pero no de la totalidad, cuando resultaría favorable a Natividad, es evidente que no se comparte, pues nada obliga a tomar en bloque las manifestaciones de un acusado por veraces o no, máxime cuando no tiene obligación de decir verdad. Y respecto a la condición de Natividad de mujer maltratada, con independencia de lo que antes se señaló, la cuestión no ha quedado ni mucho menos diáfana, y la Sra. Magistrado explicó de modo razonable tal cuestión, sin que de sus argumentos pueda colegirse una errónea valoración aún considerando que en efecto la prueba podría resultar en este sentido contradictoria y ya se indicó a quien correspondería acreditar tal circunstancia.

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

SEXTO.- Respecto a la inaplicación del art. 21-1 en relación con los art. 20-1 y 20-2 del C. Penal (semi-eximente), al no haberse tenido en cuenta la alteración de las facultades mentales derivadas de la ingesta de alcohol y drogas, o la inaplicación del art. 21-2 del C. Penal (actuar a causa de la grave adicción a tales sustancias), o del art. 21-4 en relación con el art. 21-7 ambos del mismo cuerpo legal (entrega voluntaria de las autoridades). Tales motivos se resolverán en conjunto.

Habida cuenta del cauce elegido por el recurrente, ha de partirse de que los miembros del Jurado en el hecho cuarto del apartado primero, relativo a la existencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, votaron como no probado que Cirilo tuviera sus facultades volitivas e intelectivas disminuidas de modo importante al tiempo de la comisión de los hechos por el consumo de cocaína o alcohol, ni que tampoco su comisión hubiera sido debida a su grave adicción. Asimismo votaron como no probado que cuando llamó al 112 lo hiciera para entregarse y confesar la infracción. Por tanto, y así recogido el resultado de dicha votación en la relación fáctica de la sentencia, ninguna infracción legal puede alegarse.

En un supuesto semejante, la sentencia del TS de 31-10-2017 señaló que "si bien los informes invocados por el recurrente reflejaban los hábitos tóxicos que expresa el motivo, el rechazo de la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, se ajusta al relato fáctico existente. Como el Tribunal de apelación indica, el jurado declaró probado que el acusado no tenía alteradas sus facultades intelectivas y volitivas como consecuencia de la ingesta o de su habitualidad en el consumo de drogas, lo que hace de imposible apreciación la atenuante invocada, por ausencia de soporte fáctico".

Por lo que se refiere a la atenuante del art. 21-4, la Jurisprudencia viene siguiendo un criterio amplio a la hora de la determinación de lo que ha de entenderse por procedimiento judicial desde la perspectiva de dicha circunstancia atenuatoria, precisando de modo reiterado que la iniciación de las diligencias policiales ya es procedimiento judicial a tales efectos cuando luego se dirige frente al acusado.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha precisado en numerosas ocasiones (STS 240/2017 de 5.4) que las circunstancias modificativas de la responsabilidad, cuya carga probatoria compete a la parte que las alega deben estar tan acreditadas como el hecho delictivo mismo (SSTS. 138/2002 de 8.2 , 716/2002 de 22.4 ,



1527/2003 de 17.11 , 1348/2004 de 29.11 , 369/2006 de 23.3 . Por ello en SSTs. 675/2014 de 9.10 , 838/2014 de 12.12 , se ha señalado que en los campos de concurrencia de una circunstancia atenuante no juega la presunción de inocencia que se proyecta sobre los hechos constitutivos de la infracción y no sobre los que excluyen o atenúan la responsabilidad. Las dudas llevan a no dar por probada la aseveración. En definitiva para dar por no probada una eximente o una atenuante basta con no tener razones para considerarla acreditada.

SÉPTIMO.- La recurrente principal como motivos tercero a sexto de su recurso, alega infracción de ley, al amparo del art. 846 bis-c) apartado b) de la L.E.Cr . Concretamente aplicación indebida del art. 139- 1 y 3 del C. Penal , del art. 11 de dicho cuerpo legal en relación con los art. 148-3 y 173-2 así como indebida aplicación del art. 23 (agravante de parentesco) respecto a las mencionadas infracciones.

Abordando en primer lugar esta última cuestión, señala la recurrente que la doctrina de nuestro TS, con cita de sentencias de 18-12-14 o 10-10-12 señala que se excluye la agravante de parentesco cuando se trata de un delito de comisión por omisión, en los casos en los que precisamente esa relación de parentesco es la determinante de la condena de la madre al asumir la posición de garante; de otro modo se produciría una doble valoración que iría contra el principio non bis in ídem.

Tiene razón la recurrente, siendo así que en efecto el TS en la primera de las sentencias que dicha parte cita, esto es, la de 18-12-14 , señaló. "La jurisprudencia de esta Sala, así lo ha estimado en sentencias núm. 20/2001, de 22 de enero ; 988/2006, de 10 de octubre ó 64/2012, de 27 de enero . Se excluye la aplicación de la agravante de parentesco cuando se trata de un delito cometido por omisión, cuando ha sido precisamente esa relación de parentesco la que ha determinado la condena de la madre por revestirla de la "posición de garante" respecto de su hija. Y se añade, recordándose otras sentencias, que son precisamente estos mismos deberes derivados de la relación parental los que, como infracción de un especial deber jurídico del autor, conforme a lo expresamente prevenido por el artículo 11 del Código Penal , lo que determina la posición de garante y justifican la condena de la madre de la menor como autora por omisión. Derivar de la misma infracción de los deberes parentales una circunstancia de agravación adicional implica una doble valoración, en perjuicio del reo, de una misma infracción, por lo que vulneraría el principio non bis in ídem".

En consecuencia, procede dejar sin efecto dicha agravación, lo que habrá de tener su influencia en la determinación de la pena.

En cuanto a la infracción legal por aplicación indebida del art. 148-3, esto es, el delito de lesiones (motivo cuarto), ya se señaló que la condena relativa al mismo ha quedado sin efecto, debiendo volver a juzgarse el hecho por el Tribunal técnico competente. Respecto a la indebida aplicación del art. 173-2 del C. Penal (motivo quinto), que se sustenta en el desconocimiento de los hechos, ya se ha hecho referencia a la votación de los miembros del Jurado al respecto.

Cabe finalmente abordar la cuestión referente al motivo tercero, concretamente el hecho de la aplicación a la recurrente Natividad de las agravantes de alevosía y ensañamiento, cualificadoras del delito de asesinato, lo que en opinión de dicha apelante no procede.

La cuestión de si tales agravantes aplicables al autor material, y que incardinan los hechos dentro del art. 139, resultan transmisibles al condenado por comisión omisiva, ha de resolverse conforme a la doctrina de nuestro TS desde la perspectiva del grado de participación, esto es, de la autoría o complicidad.

Respecto a la comisión por omisión tiene declarado la Sala II del Tribunal Supremo, como son exponentes las Sentencias 64/2012, de 27 de enero y de 28 de enero de 1994 , que la estructura del delito de comisión por omisión se integra por los tres elementos que comparte con la omisión pura o propia como son:

- a) Una situación típica;
- b) Ausencia de la acción determinada que le era exigida; y
- c) Capacidad de realizarla; así como otros tres que le son propio y necesarios para que pueda afirmarse la imputación objetiva: la posición de garante, la producción del resultado y la posibilidad de evitarlo.

Y en la Sentencia 363/2007, de 28 de marzo , se declara que los elementos fácticos que permiten la aplicación del artículo 11 del Código Penal son los siguientes:

- a) Que se haya producido un resultado, de lesión o de riesgo, propio de un tipo penal descrito en términos activos por la ley.
- b) Que se haya omitido una acción que se encuentre en relación de causalidad hipotética con la evitación de dicho resultado, lo que se expresa en el art. 11 C.P . exigiendo que la evitación del resultado equivalga a su causación.



- c) Que el omitente esté calificado para ser autor del tipo activo que se trate.
- d) Que el omitente hubiese estado en condiciones de realizar voluntariamente la acción que habría evitado o dificultado el resultado.
- e) Que la omisión suponga la infracción de un deber jurídico de actuar, bien como consecuencia de una específica obligación legal o contractual, bien porque el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.

Ya en la sentencia de 8-2-1964 el Alto Tribunal condenó como copartícipe de asesinato a quien con su comportamiento omisivo, hubiera podido al menos dificultar la conducta de los autores materiales si no enervarla, si bien dicha participación la consideró como complicidad, y no coautoría. En sentencias posteriores mantuvo tal criterio, esto es, considerar equiparable a los efectos de participación en el mismo delito la acción como la comisión por omisión, ya como autoría (cooperación), ya como complicidad, en función de las circunstancias el caso, así en la sentencia de 22-6-1991 estimó que no podía hablarse de participación como cómplice en la conducta pasiva de un padre que consintió un resultado lesivo infringido a su hija menor, al entender no cabía imaginar que su esperada acción protectora no hubiera podido impedir el resultado. En la de 24-10-1991 fueron condenados como cómplices del delito de asesinato por comisión por omisión dos procesados que asistieron impasibles en la habitación contigua mientras los demás coprocesados golpeaban a la víctima, habiendo por ello tenido conocimiento fidedigno de lo que estaba sucediendo, habiendo podido al menos obstaculizar con su conducta activa el fatal resultado. Fue en este caso el carácter marginal de la conducta, según el TS y la ausencia de indicios de dominio del hecho por lo que no se consideró la participación al nivel de autoría. La sentencia de 6-4-1992 igualmente consideró participación a nivel de complicidad a quien no realizó ninguna acción para impedir la comisión del delito, manteniendo una conducta pasiva.

Ya recientemente, la sentencia del TS de 28-6-2017 señaló: "La comisión por omisión puede ser imputada tanto en el grado de la equivalencia con la autoría -con la autoría material y con la cooperación necesaria- como en el grado de la equivalencia con la complicidad. Comisión por omisión en grado de autoría existirá cuando pueda formularse un juicio de certeza, o de probabilidad rayana en la misma, sobre la eficacia que habría tenido la acción omitida para la evitación del resultado. Comisión por omisión en grado de complicidad existirá, por su parte, cuando el mismo juicio asegure que la acción omitida habría dificultado de forma sensible la producción del resultado, lo que equivaldría a decir que la omisión ha facilitado la producción del resultado en una medida que se puede estimar apreciable". En igual sentido las sentencias de 27-1-2012 y 2-4-2013 .

Teniendo en cuenta dicha doctrina, y según el desarrollo de los hechos en el presente caso, si bien es lo cierto que la acusada Natividad mostró una conducta pasiva y colaboradora al resultado, habida cuenta de que a pesar de la conducta ya mantenida por el coacusado nada había hecho hasta entonces para remediar la situación, preservando al menor de la fuente de peligro de la que forzosamente debía ser consciente, la propia dinámica de los hechos y la agresividad mostrada por el autor material determinan que el juicio de reproche que pudiera imputarse a aquélla con su pasividad, no resulta con certeza que una actuación activa por su parte en tal momento pudiese impedir el resultado. Dicha duda que asalta a este Tribunal, aboca a que resulte obligado inclinarnos por la participación a título de complicidad, con encaje en el art. 28 del C. Penal , (cooperación con actos anteriores o simultáneos), con las consecuencias en orden a la dosimetría penal en relación a dicha infracción.

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

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

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



Esto así, a la hora de determinar la pena a imponer a la acusada Natividad , se ha de tener en cuenta su renuente actitud pasiva en la dinámica de los acontecimientos enjuiciados, que no se ha tratado de hechos aislados, el reproche de su conducta permisiva, no habiendo intentado poner fin a la situación tratándose de su propio hijo, siendo obligado su puesta a salvaguarda, incluso su posterior coparticipación en el abandono y ocultación del cadáver, lo cuál ha de darse por acreditado conforme a la relación de hechos probados; todo ello justifica un plus sancionable, haciéndola acreedora a la fijación de la pena a imponerle en su mitad superior, si bien habida cuenta de la no concurrencia de agravantes específicas, tal circunstancia ha de ponderarse a los efectos de la no imposición del máximo legal establecido.

En consecuencia, se acuerda por la Sala fijar en dos años de prisión la pena a imponer por el delito de malos tratos, y dieciocho años de prisión por el delito de asesinato, ambos como se sabe, cometidos por la modalidad de comisión por omisión.

OCTAVO.- En cuanto a las costas del presente recurso, el parcial acogimiento del mismo ha de conllevar la condena a ambas recurrentes en las tres cuartas partes, declarando de oficio la cuarta parte restante.

Vistos los preceptos citados, sus concordantes, y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS:

Estimar en parte el recurso de apelación así como el supeditado, interpuestos por los condenados Cirilo y Natividad , contra la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Asturias en la causa de Tribunal del Jurado de la que el presente rollo dimana, la que Se Revoca en lo siguiente:

1. Se Declara la nulidad de la condena respecto al hecho relativo al delito de lesiones, que habrá de enjuiciarse nuevamente por el Tribunal técnico que resulte competente, con exclusión del Jurado.
2. Dejar sin efecto el concurso de la agravante de parentesco respecto a Natividad en los delitos de malos tratos y asesinato, considerando a la misma como cómplice respecto de este último.

En consecuencia con lo anterior, imponer a la misma la pena de dos años y tres meses de prisión con la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena y privación del derecho a la tenencia y porte de armas por cuatro años por el delito de malos tratos; y dieciocho años de prisión, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, por el delito de asesinato en grado de complicidad.

Se confirma en lo demás la sentencia apelada.

En cuanto a las costas de esta instancia, se imponen a los recurrentes las tres cuartas partes, declarando de oficio la cuarta parte restante.

Contra esta resolución cabe recurso de casación.

Así lo acordamos, mandamos y firmamos.

VOTO PARTICULAR:

Que formula el Magistrado ÁNGEL AZNAREZ RUBIO, al amparo de lo dispuesto en los artículos 147 de la L.E.Criminal y 260 de la LOPJ , el cual expresa su disenso al criterio de la mayoría de la Sala, en el Recurso de Apelación impugnando la Sentencia número 116/2017, dictada en el Procedimiento del Tribunal del Jurado, número 11/2017, por considerar que se ha producido en la Sentencia que se recurre un quebrantamiento de Ley (Ley Orgánica del Tribunal del Jurado) y de la Constitución (Constitución española).

Al mismo tiempo que declaro mi respeto y admiración por la excelencia jurídica de mis dos compañeros de Sala (mayoría), digo mi desacuerdo con la decisión adoptada en la Sentencia de Apelación precedente, pues pienso que lo procedente hubiese sido la devolución íntegra y total -sin excepciones de supuestos- de la causa a la Audiencia para la celebración de un nuevo enjuiciamiento, y ello de conformidad con lo previsto en el artículo 846 bis f) de la L.E.Criminal y por el motivo previsto en la letra a) del artículo 846 bis c) del mismo cuerpo legal .

En mi condición inicial de Ponente, propuse a la Sala iniciar el estudio de la Apelación por el motivo segundo del Recurso del condenado Cirilo (Supeditado), considerando que debería ser íntegramente estimado y que, por tanto, procedería la devolución indicada; en consecuencia, según mi criterio, no se debería entrar en el examen de los demás motivos, los del apelante supeditado (Cirilo) y los de la apelante principal (Natividad).

Para que pueda prosperar el motivo de impugnación de la letra a) del artículo 846 bis c) de la L.E.Criminal , es necesario (a) que el quebrantamiento de normas y garantías procesales haya producido indefensión y (b) que



se haya efectuado reclamación de subsanación (excepcionada ante la vulneración de un derecho fundamental) y la correspondiente protesta en cualquier caso. Aquí, el quebrantamiento se produce en el procedimiento - en la redacción del acta del veredicto o votación- sin que conforme a una jurisprudencia (STS 3 de junio de 2015 , número 331) mayoritaria, a partir del Pleno no jurisdiccional de 27 de mayo de 2015, las partes -en este caso las defensas- tengan que reclamar ellas la subsanación o protestar, tal como obligadamente han de hacer en el artículo 53 de la LOTJ . También se produce en la Sentencia, por lo que la ratio de la subsanación y protesta, que es "alertar al órgano judicial sobre la existencia de infracción de alguna garantía o norma procesal acaecida a lo largo del procedimiento" (28 enero 2016, número 24/2016), no es posible realizar. No obstante lo cual, resulta indefensión como veremos y hubo protestas reiteradas por el apelante supeditado (escritos de aclaración complemento de la misma).

En el motivo "Segundo" de impugnación del Recurso de Apelación supeditado que analizamos y que estimamos en su totalidad discrepando de la mayoría de la Sala, se alude a "contradicción entre sí de los pronunciamientos de los hechos declarados probados y no probados por el Jurado en el objeto del veredicto y acta de votación". En el desarrollo del motivo que hace el Letrado del condenado Cirilo en relación a las contradicciones denunciadas, se las califica de "evidentes", "palmarias" e "irreductibles" (contradicciones entre las respuestas del Jurado, que constan en la llamada "acta de votación" y que está unida a la Sentencia al formar parte de ella).

LAS CONTRADICCIONES LAS APRECIAMOS EN LA SENTENCIA (TANTO EN EL ACTA DE VOTACIÓN DEL VEREDICTO UNIDO, COMO EN LA SENTENCIA PROPIAMENTE).

1.- EN EL ACTA DE VOTACIÓN DEL VEREDICTO:

En el apartado 1 del Veredicto, que es el referido a Cirilo figura:

La proposición 1.A (según el Ministerio Fiscal y desfavorable), que fue aprobada por unanimidad -a favor 9, en contra 0-

En dicha proposición se dice: "Al menos desde el periodo indicado de convivencia y en especial el transcurrido en la ciudad de Oviedo, septiembre y octubre 2014, Cirilo , de forma habitual, golpeó o maltrató físicamente al menor Bienvenido , causándole en una de las ocasiones, una fractura de primera costilla derecha mal consolidada, al no haber recibido el menor asistencia médica alguna".

La proposición 1.B (según la Acusación particular y desfavorable) que fue aprobada por unanimidad -a favor 9, en contra 0-

En dicha proposición se dice: "Durante la convivencia de Cirilo con su pareja Natividad y el hijo de ésta - Bienvenido - el maltrato físico y psicológico por parte de Cirilo a ambos era habitual..."

La proposición 2.A (según el Ministerio Fiscal y desfavorable), que fue aprobada por mayoría contra -a favor 8, en contra 1-

En dicha proposición se dice: "Durante la primera quincena del mes de octubre de 2014, sin que conste exactamente el día y hora, encontrándose los tres en el citado domicilio Cirilo se acercó al menor a quien de propósito le propinó un fuerte puñetazo en una de sus piernas, lo que motivó que el menor Bienvenido , sufriese fractura tercio medio de diáfisis femoral derecha, con cabalgamiento de fragmentos óseos superior de 20 mm y desplazamiento de ambos fragmentos -diástasis- acto seguido le colocó un trapo caliente sobre el muslo derecho lo que provocó una quemadura en dicha, zona, sin que el menor recibiera asistencia médica alguna.

La proposición 2.B (según la Acusación Particular y desfavorable), que fue aprobada por unanimidad -a favor 9, en contra 0-

En dicha proposición se dice: "En un día indeterminado entre finales de septiembre y primeros de octubre de 2014, Cirilo , propinó al menor un puñetazo en su pierna derecha, de tal envergadura que le causó fractura del tercio medio femoral, con acabalgamiento de fragmentos óseos superior de 20 mm... y desplazamiento de ambos fragmentos -diástasis-. Cirilo impidió a Natividad llevar a su hijo al médico. En lugar de dicha asistencia médica el acusado colocó sobre la lesión trapos tan calientes que le provocó una quemadura en el muslo.

Hay contradicción entre los hechos probados:

A.- Según el Ministerio Fiscal: 9/0, 8/1.

B.- Según la Acusación particular: 9/0, 9/0.

-En el 1.A el maltrato es únicamente a Bienvenido (el maltratado es el bebé).

-En el 1.B el maltrato es a Bienvenido y a Natividad (ambos son maltratados).



-En el 2.A se dice "Sin que el menor recibiera asistencia médica alguna".

-En el 2.B se dice " Cirilo impidió a Natividad llevar a su hijo al médico".

a.- Se aprueba tanto lo propuesto por el Ministerio Fiscal como lo propuesto por la Acusación particular (de Valle), siendo lógicamente divergentes e incompatibles, pues el primero (M.F.) acusa a los dos condenados y la segunda (A.P.) sólo a Cirilo , exonerando a Natividad .

b.- La declaración de culpabilidad de Cirilo (según la Acusación Particular) no coincide con el hecho principal o primero, como denuncia la Defensa de Cirilo : 9-0, 9-0, 0-9, 0-9 (hecho primero) y 9-0, 9-0, 9-0, 9-0 (la culpabilidad). Hay también contradicción entre los hechos probados y pronunciamiento de culpabilidad.

c.- El resultado del hecho primero del apartado 1 (Acusación particular de Valle) se contradice con el hecho primero del apartado 2 (Acusación particular de la misma).

d.- No puedo compartir la decisión mayoritaria de la Sala romper la conexión de los diferentes delitos, rompiéndose la continencia de la causa, y no siendo de aplicación lo decidido en la STS 11 de octubre de 2016 por ser otros los supuestos fácticos. En cualquier caso no se tiene en cuenta el acuerdo de pleno no jurisdiccional adoptado por la Sala 2 del Tribunal Supremo el 9 de marzo de 2017 que lleva por título: "Incidencia en el procedimiento de la Ley del Jurado de las nuevas reglas de conexión del artículo 17 de la L.E.CRIM .".

Es numerosa la Jurisprudencia del TS sobre las contradicciones en las respuestas de los Jurados al objeto del veredicto (SSTTSS 3 febrero 2006, número 68/2006 , 2 abril 2007, número 255/2007 y 30 septiembre 2015, número 542/2015), requiriéndose, para que determinen la nulidad del juicio, que sean insubsanables, internas, casuales y relevantes o afectando a elementos esenciales de la resolución impugnada; las cuales características concurren en este caso. El carácter relevante y nuclear de la contradicción resulta de la contraposición, a lo largo del procedimiento, entre el planteamiento del Ministerio Fiscal, siempre contrario a apreciar "violencia de género", y el de la Defensa de Natividad , que consideró a ésta víctima de "violencia de género", solicitando su absolución en cuanto tal. No estamos, pues, ante una cuestión superficial o accesorio.

Ante aquella contradicción manifiesta hubiese debido la Magistrada-Presidenta haber devuelto el Veredicto al Jurado a los efectos previstos en los artículos 63 y 64 de la LOTJ , y al no haberlo hecho así, se produce una nulidad del juicio por defecto grave e insubsanable en el acta de votación del Veredicto.

No se ha tenido en cuenta por la Magistrada-Presidenta del Tribunal que es en el momento de la lectura del Veredicto cuando la atención ha de ser máxima, para evitar contradicciones en el Veredicto leído y escrito, las cuales, lamentablemente, echarán por tierra todo el duro trabajo realizado durante el juicio oral. Estoy convencido que la contradicción la hubiese resuelto el Jurado con facilidad (devolución para rectificar posiblemente el 1B y 2B), pero al no haber dado a aquél la oportunidad de hacerlo, ni la Magistrada-Presidenta puede hacerlo, posteriormente, en la Sentencia ni mucho menos esta Sala de Apelación por medio de interpretaciones más propias de un desiderátum o de un "pensamiento mágico" que de una lógica jurídica. Y no cabe, ciertamente, usurpar las funciones del Jurado ni por la Magistrada-Presidenta ni por esta Sala. Se dice en el Fundamento de Derecho Tercero de la misma Sentencia:

"... Pues bien, a pesar de la extensa prueba practicada, a instancias de su defensa, dirigida a determinar tal extremo, ningún dato autoriza a considerar que Natividad era víctima de violencia de género y así lo entendió el Jurado que con unanimidad acogió la tesis del ministerio Fiscal...".

Esto sólo se debería escribir en el caso de que el Jurado hubiese salvado las contradicciones en ese sentido, por medio de la vía legal (artículo 63 de la LOTJ).

Lo antecedente tiene un resultado: "una efectiva y real privación del derecho de defensa directamente atribuible al órgano judicial" (STS 20 de abril de 2005, número 357/2005) o sea, una indefensión material, violándose los principios fundamentales de un justo proceso y de tutela judicial efectiva (artículo 24 C.E .). Y una cosa -reitero- es la natural, necesaria y obligada interpretación de los textos del Jurado para buscar una coherencia para evitar nulidades indeseables del juicio, y otra diferente es leer X allí donde se lee Y.

2.- EN LA SENTENCIA PROPIAMENTE:

En el Antecedente Sexto de la Sentencia pronunciada por la Magistrada-Presidenta del Jurado se lee (sobre lo cual la Sentencia de la mayoría nada indica):

"...constatándose en la extensión del acta de votación, la existencia de un error material en la transcripción del resultado de la votación por lo que al apartado uno -hecho primero-B-hechos 4.B y 5.B de la tesis de la acusación particular se refiere, que ninguna incidencia tiene al resultar del contexto y de lo por el portavoz del Jurado manifestado en el trámite de lectura del veredicto, evidente meridiano el sentido de la deliberación del Jurado y su voluntad, asumiendo la tesis acusatoria del Ministerio Público".



Digamos de entrada que normalmente por la vía del "error material" se rectifican sentencias (excepcionalidad legal del principio de intangibilidad de las resoluciones judiciales), y que aquí lo que se rectifica es nada más ni menos que un veredicto, que es una declaración de voluntad de un Jurado, con funciones previstas en el artículo 3º de la LOTJ . La labor del Magistrado-Presidente (artículo 4 de la misma Ley), de complemento del Veredicto, no puede llevar hasta modificar éste y para ello -reiteramos- sólo hay una vía: artículo 63 de la LOTJ . Para comprender qué es lo rectificado por la Magistrada-Presidenta, el contexto (1) o análisis sistemático más que aclarar, confunde: si el error estaba en el 4 B y 5 B, rechazados por unanimidad del Jurado (votos a favor 0, en contra nueve), lo contrario sería que fueron aprobados por unanimidad del Jurado (votos a favor 9, en contra 0), con lo cual el problema sería mayor: esa interpretación permite a la Defensa de Natividad escribir en su Recurso que el Jurado declaró que Natividad no estaba en el domicilio habitual (DIRECCION000) en el momento del crimen y que eso mismo también permite que lo denuncie el Letrado de Cirilo . Por otra parte, hemos escuchado y visto repetidamente la grabación videográfica (2) de la lectura, por el portavoz del Jurado, del Veredicto y no hemos oído manifestación del portavoz sobre el 4 B y 5 B-.

El Defensor de Cirilo solicitó reiteradamente de la Magistrada-Presidenta la indicación sobre el tipo del error cometido (Aclaración de Sentencia, Complemento de Sentencia y escritos sobre lo mismo), denunciando ahora, en la Apelación, no haber recibido respuesta. Ciertamente que esa no respuesta de la Magistrada Presidenta deja dudas y conjeturas, entendimientos dudosos y confusos, vías más de imaginación que de razón, y, en cualquier caso, incompatibles con las certezas pretendidas en un procedimiento criminal. En este supuesto, los defectos -es verdad- no están en el veredicto sino en la sentencia, pero son defectos que violan principios fundamentales del artículo 24 de la C.E . como los de un proceso justo y con todas las garantías, así como el principio de la tutela judicial efectiva que, para que no exista indefensión ni menoscabo del derecho de defensa, demanda siempre escuetas explicaciones razonables y mínimamente razonadas, aunque no se trate de sentencias. Como se dice en la STS 6 de octubre de 2017, número 660/2017 , "exigencia de motivación que ha de permitir al justiciable y a la sociedad en general conocer las razones de la decisión de los órganos jurisdiccionales y facilitar el control de la racionalidad y corrección técnica de la resolución merced a la revisión por vía de recurso".

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

En Oviedo, a 18 de enero de 2017.

Fdo. ÁNGEL AZNAREZ RUBIO.