

Roj: **STS 455/2017 - ECLI:ES:TS:2017:455**Id Cendoj: **28079120012017100111**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **10/02/2017**Nº de Recurso: **10564/2016**Nº de Resolución: **80/2017**Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**Ponente: **ANTONIO DEL MORAL GARCIA**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP Z 673/2016,**
STS 455/2017

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diez de Febrero de dos mil diecisiete.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 10564/2016 interpuesto por **Cristina** representada por la Procuradora Sra. Carrasco Machado, bajo la dirección letrada de D. Pedro Pascual Langa contra la sentencia de fecha 23 de junio de dos mil dieciséis dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Zaragoza que condenó a la recurrente como autora responsable de un delito de asesinato perpetrado en la persona de Olga y le absolvió de un delito de asesinato consumado y otro en grado de tentativa. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción núm. Tres de Zaragoza instruyó Sumario (Proced. Ordinario) con el nº 1/2015, contra Cristina . Una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección Primera) que con fecha 23 de junio de 2016 dictó sentencia que contiene los siguientes **Hechos Probados**:

<< PRIMERO .- Da. *Cristina , procesada en esta causa, nació en Bercone (Marruecos) y tiene el Documento identificativo nº NUM000 ; contrajo matrimonio en España con D. Dimas y tiene su domicilio en la CALLE000 nº NUM001 , NUM002 de Zaragoza. Nació el día NUM003 de 1985 y es hija de Landelino y de Elisabeth . Fruto de tal matrimonio nacieron tres hijas.*

A) *La primera, Pura , nació el día NUM004 de 2011. Durante su corta, vida padeció ingresos hospitalarios, siempre con un parecido cuadro clínico. Estuvo ingresada, en efecto, desde el 31 de Mayo hasta el 10 de Junio de 2011, y desde el 13 de junio al día 17 del mismo mes y año. El día 28 de Julio de 2011, tras un nuevo episodio, falleció. En aquel momento, probablemente como consecuencia de la falta de antecedentes que pudieran advertir de lo ocurrido, el médico forense estimó que existía una causa natural de la muerte, lo que excluía una muerte violenta. Ese dictamen y otras circunstancias de menor entidad, determinaron que no se recomendara por el Médico-Forense. ni se acordara por el Juez la práctica de una autopsia judicial. Por idénticas razones, el Juez instructor (folio 1169) acordó, por Auto de 20-1-2012, el Sobreseimiento Libre y el archivo de las actuaciones.*

B) *La segunda de las hijas, Carla , nació el NUM005 de 2013 y tuvo también varios ingresos hospitalarios, con parecidos síntomas y con un cuadro clínico ("acidosis láctica") semejante al de su hermana Pura . En concreto estuvo ingresada desde el 14 de marzo de 2013 hasta el 25 del mismo mes y año. Volvió a estar ingresada desde el 26 de marzo hasta el 27 de mayo, también del propio año. Durante este segundo ingreso -en concreto, el 7 de abril- sufrió un nuevo episodio grave, que determinó su ingreso en la UCI de pediatría, desde cuya unidad volvió a planta, una vez superado el episodio. Ante la similitud de tales episodios, con los padecidos por su*



hermana Pura -ya fallecida-, tanto los médicos que atendían a Carla , como la propia policía, solicitaron de la autoridad judicial (ante la posibilidad que la madre -la hoy procesada- padeciera un síndrome de Munchhausen) autorización para instalar un sistema de vídeo-vigilancia, autorización que concedía el Juez por Auto de 26 de abril de 2013 (folio 1165). Por escrito de 20 de mayo de 13 se remite al Juzgado un informe sobre el resultado de la vídeo- vigilancia, cuyo contenido, en síntesis, es que la madre, hoy procesada, se comportó en todo momento como es esperable en una madre, esto es, actuando en todo momento de manera correcta y satisfactoria en sus relaciones y contactos con su hija Carla . A la vista de tal informe se solicitó (por la propia policía) el cese de la vídeovigilancia, lo que se acordó por el Juez. Con los datos existentes hasta ese momento, el Juez dictó, con fecha 23 de mayo de 2013 -folio 1175-, Auto por el que decretó el sobreseimiento provisional de las actuaciones. Cuatro días después -el 27 de mayo- la autoridad competente de la DGA declara a Carla "en situación de desamparo", apartándola de la custodia de la madre, situación que continúa hasta el 17 de julio de 2013, manifestándose en este período de tiempo la angustia y tristeza de la madre por tal separación. Desde tal fecha, la niña Carla fue devuelta a sus padres, permaneciendo así hasta la reapertura de las diligencias penales y posterior prisión acordada de la madre, hoy procesada, a raíz del fallecimiento de la tercera de las hijas Olga , ocurrido entre las ocho y las diez horas del día 21 de noviembre de 2014 . Es de señalar que, en todo el período de tiempo transcurrido entre una y otra fecha, Carla no volvió a sufrir ningún cuadro clínico análogo a los que, hasta entonces, padeció.

C) La tercera de las hijas, Olga , nació el NUM006 de 2014 y tuvo un primer ingreso hospitalario (con un cuadro clínico muy semejante al sufrido por sus hermanas) desde el 16 al 29 de octubre de 2014.

Entre las 8 y las 10 horas del día 21 de noviembre de 2014, la acusada estando en su domicilio, decidió, por motivos no esclarecidos, poner fin a la vida de su hija Olga , consiguiendo su propósito, mientras la amamantaba, por el mecanismo de taponar la boca y la nariz con el pecho, comprimiendo a la vez el tórax de la niña, impidiendo la respiración del bebé y su reacción natural de soltar el pecho ante la falta de oxígeno. Tal acción produjo la muerte por sofocación de Olga de forma rápida.

Cuando la niña ya llevaba más de una hora muerta, fue llevada al centro de Salud cercano al domicilio, donde le realizaron las maniobras de reanimación, que no ocasionaron marca o señal alguna en su cuerpo, pues la niña ya había fallecido.

SEGUNDO .- La procesada tiene rasgos compatibles con la normalidad, y no sufría, al tiempo de los autos, depresión post- parto ni otras sicopatías. Se trata de una personalidad con rasgos obsesivos y de control, pasivo-agresivos y de frialdad afectiva. La procesada no padece ninguna enfermedad mental, ni tiene merma alguna en su capacidad cognitiva ni volitiva>>.

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

<<CONDENAMOS a Cristina , como autora responsable de un delito de asesinato del art. 139.1ª del Código Penal (perpetrado en la persona de Olga) con la concurrencia de la circunstancia mixta de parentesco, operando como **agravante, a la pena de 18 AÑOS DE PRISIÓN, accesoria de inhabilitación e inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad durante el tiempo de la condena**, y al pago de una tercera parte de las costas procesales.

ABSOLVEMOS a Cristina del delito de asesinato consumado (en la persona de Pura) y de la tentativa de asesinato (en la persona de Carla) de los que venía siendo acusada por el Ministerio Fiscal, declarando de oficio las 2/3 partes de las costas estas procesales causadas.

Declaramos la insolvencia de dicha procesada, aprobando el auto que a este fin dictó y consulta el Sr. Juez Instructor.

Y para el cumplimiento de la pena principal que se impone, le abonamos todo el tiempo que ha estado privada de libertad por razón de esta causa (detenida los días 1 y 2 de diciembre de 2014, y en prisión desde el día 3 de diciembre de 2014)>>.

3.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley y vulneración de precepto constitucional que se tuvo por anunciado; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso, alegando los motivos siguientes:

Motivos aducidos en nombre de Cristina .

Motivo primero .- Por infracción de precepto constitucional al amparo de lo dispuesto en el art. 852 LECrim por vulneración del derecho a la presunción de inocencia. **Motivo segundo** .- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECrim por vulneración del principio de retroactividad en lo favorable.

Motivo tercero .- Ha sido renunciado. **Motivo cuarto** .- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º LECrim



por indebida inaplicación de los arts. 142 y 20.1 CP . **Motivo quinto.**- Por quebrantamiento de forma al amparo del art. 851.1 LECrim . **Motivo sexto.**- Por quebrantamiento de forma al amparo del art. 851.3 LECrim .

4 .- El **Ministerio Fiscal** se instruyó del recurso interpuesto por la recurrente, **impugnando todos sus motivos** ; la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para señalamiento y Fallo cuando por turno correspondiera.

5.- Realizado el señalamiento para Fallo se celebró la deliberación y votación prevenidas el día veintiséis de enero de dos mil diecisiete.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO : Una cuestión previa hay que abordar. La parte reclamó la **celebración de vista**. Se rechazó la petición pese a esa solicitud, explícita en el trámite de formalización y reiterada a través de un escrito fechado el 15 de enero último (y presentado al día siguiente) en que interesaba la subsanación de la providencia de 11 de enero (se invocaban los arts. 267.5 LOPJ y 215.2 LEC ; más correcta era la cita del específico art. 161.4º LECrim).

No se ha considerado ni necesaria ni conveniente la celebración de vista. Están bien fijados por medio del amplio y documentado escrito de formalización los términos de la impugnación. Los argumentos del Ministerio Público han podido ser rebatidos por la recurrente en el traslado conferido (art. 882.2º LECrim). Lo hizo con rigor, precisión y con el suficiente detalle.

La entidad de la pena no determina por sí sola la obligatoriedad de vista. El tenor del art. 893 bis a) LECrim no hace imperativa su celebración en este supuesto según interpretación tanto de esta Sala como del Tribunal Constitucional: la petición solo es vinculante cuando es compartida por todas las partes (entre otras, ATC 588/1995, de 27 de marzo y SSTS 429/2015, de 9 de julio , ó 734/2015, de 3 de noviembre).

Necesario es explicarlo en este momento por no existir otro trámite previo habilitado para ofrecer respuesta razonada a esa petición (vid art. 893 LECrim). Con ello damos asimismo contestación explícita al aludido escrito sobre *subsanación* del proveído que fijaba el señalamiento al tiempo que tácitamente rechazaba la convocatoria de una vista.

SEGUNDO.- En un extenso, minucioso hasta la exhaustividad y muy bien trabajado motivo, la recurrente cuestiona su condena por vulnerar su derecho a la **presunción de inocencia** (art. 852 LECrim en relación con el art. 24.2 CE) así como a la tutela judicial efectiva (motivación deficiente). No existiría prueba de cargo suficiente motivada de manera concluyente para desvirtuar esa presunción de rango constitucional. Se alude a hipótesis alternativas (básicamente una malformación genética hereditaria que no habría podido especificarse) y se examina con meritorio detalle la prueba que militaría en favor de la tesis exculpatoria.

Según explica la STC 33/2015, de 2 de marzo , es doctrina clásica -reiterada desde las ya lejanas SSTC 137/1988, de 7 de julio, FJ 1 , o 51/1995, de 23 de febrero , FJ 2- tratar a la presunción de inocencia no solo como criterio informador de todo el ordenamiento procesal penal; sino, además y ante todo, como un derecho fundamental en cuya virtud una persona acusada de una infracción no puede ser considerada culpable hasta que así se declare en sentencia; siendo sólo legítima la condena cuando haya mediado una actividad probatoria que, practicada con observancia de las garantías procesales y libremente valorada por el Tribunal penal, pueda entenderse de cargo y suficiente para generar certeza.

El fundamento de derecho tercero de la sentencia de instancia detalla y glosa con oportunas valoraciones la prueba que ha fundado el pronunciamiento condenatorio y lo hace con un rotundo carácter concluyente, sin dejar espacio alguno para la duda. No puede decirse que la Sala no respete el principio *in dubio* como insinúa hábilmente la defensa descontextualizando algunas expresiones que entresaca del íntegro discurso argumental. Los informes periciales médicos constituyen el principal basamento de la certeza del Tribunal; pero no el único (fundamento de derecho cuarto). La Audiencia expone con rigor toda la actividad probatoria analizando no solo la prueba de cargo sino también la de descargo (fundamento jurídico cuarto, igualmente) para llegar a una convicción que se presenta sin fisuras.

La mejor refutación del motivo viene constituida por una remisión al referido fundamento de derecho tercero del que merece la pena transcribir algún fragmento:

"es significativo señalar (informes y declaraciones efectuadas por el personal sanitario que asistió a Olga) que, pese a los exhaustivos -cuantitativa y cualitativamente hablando- análisis que se le practicaron, no pudo determinar una causa natural de cualquier etiología, capaz de producir, primero, los cuadros clínicos que presentaba Olga y finalmente el fallecimiento. Tal cuadro clínico (que presentaron, con algún matiz en el caso de Pura , las niñas) se caracterizaba por episodios agudos de acidosis láctica, que desaparecieron muy rápidamente y sin dejar secuelas, con un tratamiento médico inexistente o mínimo (oxígeno, suero, bicarbonato...). Los



médicos que trataron a Olga descartaron asimismo todas las enfermedades conocidas. La conclusión, por exclusión, es que la causa del fallecimiento no pudo ser otra que la asfixia mecánica. En segundo lugar, tiene un valor determinante para esta Sala los sucesivos dictámenes médico-legales y, por supuesto, los resultados de la autopsia.

Hagamos un breve resumen:

1.- El 21 de noviembre de 2014 (folio 13. Tomo I) se emite un informe preliminar de autopsia en el que se afirma: "la causa inicial o fundamental de la muerte ha sido Síndrome Asfíctico".

2.- El 25 de noviembre de 2014 (folio 19. Tomo I) se produce una comparecencia forense en la que se afirma que "...existen datos para plantear como causa...del fallecimiento una muerte de tipo violento con un mecanismo homicida."

3.- El 12 de Diciembre de 2014 (folio 248. Tomo I) se produce otra comparecencia forense confirmando la tesis homicida, en la que se señalan los siguientes fenómenos:

a) Livideces dorsales en región dorsal (evidenciadas en el Centro de Salud) de horas de evolución, incompatibles con los tiempos referidos por la procesada.

b) Cianosis muy marcada perilabial, cianosis palpebral habitual y equimosis en raíz nasal.

c) Equimosis en región costal derecha ... compatible con maniobra de presión, y

d) Edema pulmonar... y equimosis asfíctica... absolutamente compatibles con asfixia mecánica.

4.- El 25 de enero de 2015 (Tomo 111, folios 1181 a 1187) se dicta el informe médico-forense definitivo sobre la autopsia, cuyas conclusiones son:

a) Se trata de una muerte violenta.

b) La causa inmediata es shock asfíctico.

c) La causa fundamental (de la muerte) es una asfixia mecánica por sofocación.

d) El mecanismo más probable es mixto: oclusión de las vías respiratorias altas y compresión torácica".

Absolviendo de otras dos acusaciones por asesinato, el Tribunal de instancia plasma una convicción exenta de toda duda sobre el desencadenante del fallecimiento de Olga . Y es que, frente a las especulaciones más o menos remotas o puntos oscuros no esclarecidos que maneja o destaca la pericial de la defensa, el informe de autopsia y las manifestaciones de los forenses se presentan como la única explicación coherente de todas las vicisitudes ligadas a la muerte de la bebé. La pericial constata la presencia de signos físicos en el cadáver indicativos de una oclusión de las vías respiratorias y una compresión torácica que ha de obedecer a un agente mecánico externo.

Descarta con buenos argumentos la Sala de instancia las explicaciones alternativas, incompatibles con ciertos datos objetivos, aducidas por la Defensa con apoyo en otra pericial sobre la posibilidad, de una "muerte súbita". Las lesiones causadas en el pulmón, por su intensidad, no son congruentes con dicho tipo de muerte. "En mi vida he visto un pulmón así" - expresaba con viveza el forense en el plenario (minuto 26 vídeo 7)- "con tal impronta de las costillas en el pulmón reveladoras de la agonía y del intento del lactante para intentar respirar" . Eso no es armonizable con una muerte súbita que se produce de modo fulminante y en un solo acto. El informe Forense en el plenario fue tajante al respecto: la muerte súbita según la clasificación internacional del Protocolo de San Diego se excluye cuando existen antecedentes similares en familia cercana que puedan evocar o un defecto genético o acciones deliberadas.

El referido dictamen pericial, además, concuerda con toda una batería de elementos colaterales que la Sala de instancia desmenuza: las declaraciones del personal sanitario (no se determinó ninguna causa natural que explicara los cuadros clínicos previos que presentaron Olga y sus dos hermanas); la desaparición de los signos de acidosis láctica con un tratamiento inexistente o mínimo; las declaraciones del marido; las manifestaciones de la acusada a la mediadora cultural que ésta refirió a la pediatra en relación a unos supuestos espíritus malignos; o las declaraciones de Esperanza , todas ellas en la línea de señalar el peligro que podría suponer dejar a la madre al cuidado de las hijas.

La prueba es suficientemente concluyente. Ciertamente subsiste, una incógnita inquietante: los móviles. ¿Qué tipo de pensamientos o ideas llevaron a la procesada a esa incomprensible acción sobre su hija? Los informes psicológicos, antropológicos o psiquiátricos han mostrado la más absoluta incapacidad de arrojar luz clara sobre ese extremo rodeado de un halo de misterio alimentado por los antecedentes similares de sus dos hermanas, siendo así que una de ellas permanece viva sin que se aprecie desafecto hacia ella por parte de su



madre; antes bien, al contrario. Pero el hecho objetivo es muy claro: la prueba practicada conduce de forma inexorable a esa certeza: la procesada provocó intencionadamente la muerte de su hija Olga . La incógnita sobre sus motivaciones no enturbia la certeza que rodea esa conclusión.

La defensa de manera encomiable expone, hasta lo posible y con agotadora exhaustividad, todos y cada uno de los puntos probatorios con capacidad para ensombrecer esa conclusión inculpatória (elementos accesorios; declaración de familiares; posibilidad de una enfermedad congénita; causas todavía inaccesibles para la ciencia; incongruencia entre un dolo homicida y la actitud general de la madre, etc,...). Pero no logra desmontar el carácter concluyente del informe pericial de los forenses. El aportado por la defensa es divergente, pero no estrictamente contradictorio: apunta alguna otra hipótesis muy escasamente posible; identifica lo que entienden que es algún punto débil o no riguroso en las apreciaciones del informe, así como lo que consideran carencias en la autopsia, pero en absoluto se arguye que la tesis de los forenses no sea sostenible. No se atreven a descartarla; se limitan a tratar de sugerir otra, o identificar algún extremo más frágil.

Dirá sobre esto la sentencia, y transcribimos de nuevo un fragmento del fundamento de derecho tercero de la sentencia:

"El dictamen pericial aportado por la defensa, se caracteriza por el análisis aislado de cada uno de los elementos que fundamentan las conclusiones del informe médico-forense, pero no atiende, con la misma intensidad, a la evaluación conjunta de la totalidad de los datos que tal informe ofrece. Es decir: es bien cierto o, al menos, posible que cualquiera de tales datos, individualmente analizado, no sea concluyente respecto de la fijación de la causa de la muerte, en cuanto también puede ser compatible con otra etiología. Pero lo verdaderamente significativo, para este Tribunal, no está en tal tipo de análisis. Lo esencial es determinar si la suma de todos y cada uno de los datos considerados en su conjunto (que es lo que hace el informe médico-forense) es compatible con la fijación de otra causa distinta de la muerte. Este Tribunal entiende, haciendo suyas las apreciaciones de los médicos forenses, que sólo la asfixia mecánica por sofocación, explica y da sentido al conjunto de datos ofrecidos por la instrucción (y, singularmente, por la autopsia) y que, por tanto, es obligado concluir que tal asfixia es la que causó la muerte de Olga . De igual modo, se entiende acreditado que Olga ingresó cadáver en el centro sanitario, dato que es fundamental a la hora de valorar la mayor credibilidad del informe de los médicos forenses, por cuanto el conjunto de los signos externos e internos resultantes de la autopsia adquieren una plena coherencia partiendo de que los cuidados prestados a Olga en el referido centro médico fueron realizados sobre un cadáver. Nada añade finalmente el informe genético provisional, incorporado a las actuaciones por la vía del art. 729.3 de la L.E.Cr . por su propio contenido, en el que -entre otras patologías- se descarta un defecto en la cadena respiratoria, y se afirma que no se han detectado mutaciones asociadas al Síndrome de hiperventilación central congénita y, sobre todo, porque (no puede ser de otro modo) está emitido en términos de mera posibilidad".

Hay prueba concluyente.

Hay motivación fáctica sobrada.

El motivo no es acogible.

TERCERO : Por un cauce un tanto anómalo (art. 852 LECrim en relación con el art. 9.3 CE que no habla de retroactividad de normas favorables, sino de irretroactividad de las sancionadoras o restrictivas de derecho), la recurrente reclama la supresión de la **alevosía** . Propone una reinterpretación de tal elemento agravatorio a la luz de la regulación de asesinato y homicidio emanada de la reforma de 2015. La LO 1/2015 (vid nuevo art. 140.1.1ª CP) proporcionaría pautas para sostener una concepción de la alevosía más estricta, en sintonía con lo postulado por una buena parte de la dogmática, que, sin embargo, no es secundada por la jurisprudencia. La esencialidad del elemento subjetivo de la alevosía cuestiona los supuestos de alevosía que el TS construye sobre bases exclusivamente objetivas (seres **constitucionalmente indefensos**).

Es obvio -lo señala el Fiscal- que no es aplicable en sí la mentada Ley Orgánica. No lo solicita la parte recurrente pese a que la leyenda que encabeza este motivo parece sugerirlo. Lo dice además abiertamente a lo largo del enjundioso desarrollo del motivo e insistirá en ello en el escrito presentado al amparo del art. 882 LECrim , rebatiendo las razones del Fiscal. Quiere la recurrente extraer de esa reforma de 2015 un novedoso criterio exegético en los términos que se dirán, que habría de proyectarse sobre la norma anterior condicionando su interpretación. La nueva norma serviría para interpretar la previgente no modificada formalmente. El planteamiento es correcto dogmáticamente y procesalmente inteligente como reconoce sin empacho el Fiscal.

La Ley vigente en la actualidad es en todo caso desfavorable. Incluso descartando la alevosía estaríamos ante un delito de homicidio del actual art. 138 en relación con el art. 140.1 (prisión comprendida entre 15 años y 1 día y 22 años y 6 meses). Si entendemos que también con la ley actual concurre alevosía en atención a la edad de la víctima habría que encajar la conducta en el asesinato del art. 139.1 (prisión de 15 a 25 años) con exclusión, por virtud de la prohibición de doble valoración, del art 140.1 (pena de prisión permanente revisable).



La pena es más grave, en cualquiera de las alternativas, que la señalada para el asesinato en el anterior art. 139 (prisión de 15 a 20 años) que ha sido aplicado.

El recurso persigue otra cosa; lo que podríamos llamar una eficacia retroactiva puramente interpretativa: la nueva regulación del asesinato y homicidio obligaría a reinterpretar el concepto legal de alevosía pese a no haber sido expresamente variado. La redacción actual de los arts. 138 a 140 CP vendría a respaldar la tesis sostenida desde hace tiempo por ciertos sectores doctrinales a tenor de la cual debe estrecharse la extensa concepción objetiva de la alevosía patrocinada por la jurisprudencia para apreciarla solamente en los supuestos en los que la víctima, de por sí indefensa, es elegida por el autor precisamente por la facilidad en la ejecución que se deriva de esa condición. Es decir no había alevosía si no concurre un específico ánimo tendencial, un aprovechamiento que no se daría cuando el ofendido es *per se* **indefenso**. Solo serían alevosos los ataques en los que, ante una víctima vulnerable constitutivamente, el autor haya provocado su muerte "*empleando medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido*". Si la elección de la víctima (o de la forma de ataque) obedece a que ante varias alternativas se elige precisamente a la persona que presenta una especial minusvalía, incapacidad, condición física o edad que garantice la falta de resistencia, el modo de ejecución deliberadamente asumido por el agente será alevoso. Por el contrario -y es lo que pretende el recurso- cuando el autor no ha elegido por esa razón (indefensión) ni a la víctima ni el medio empleado en el ataque, de suerte que su plan delictivo es ajeno a la búsqueda de la indefensión que implica el acometimiento a un sujeto especialmente vulnerable, no se daría propiamente alevosía. Este sería el caso enjuiciado.

Dicha tesis contradice una arraigada jurisprudencia que rememora el Ministerio Fiscal. Las SSTS 1890/2001, de 19 de octubre y 178/2001, de 13 de febrero, sitúan el núcleo de la alevosía en el aniquilamiento de las posibilidades de defensa; o bien *en el aprovechamiento de una situación de indefensión, cuyo origen es indiferente*. La concurrencia de alevosía en ataques a niños de corta edad, es por ello pacíficamente proclamada por la jurisprudencia: SSTS 227/2014, de 19 de marzo (recién nacidos); 459/2013, de 28 de mayo (bebé de dos meses); 657/2008, de 24 de octubre (niño de 3 meses); ó 978/2007, de 5 de noviembre (niño de 14 meses: esta sentencia se hace eco de las críticas doctrinales) en precedentes todos ellos recogidos en el dictamen del Fiscal. La presencia de alevosía en una agresión como la descrita en el hecho probado, a un menor cuya edad se cuenta todavía por meses es hoy en la jurisprudencia cuestión indiscutida e indiscutible. La recurrente logra encontrar algún precedente en apoyo de su tesis (STS 1738/1989, de 9 de marzo) pero es un islote. Cita también la STS 74/2005, de 27 de enero. Sin embargo en ella solo encontramos una caracterización general de la alevosía que, además, es apreciada *in casu*. No hemos logrado identificar el otro precedente que invocó en su informe oral (al parecer STS 20/2001, de 22 de enero: con esa fecha ninguna sentencia parece guardar relación con esta temática).

La regulación de los arts. 138 a 140 CP no arrastra a un cambio en la interpretación. No es acogible la afirmación de la recurrente al señalar que el art. 140.1 CP sería muestra de que el legislador de 2015 ha atendido a las críticas doctrinales antes mencionadas imponiendo una reinterpretación auténtica de la alevosía. Ese entendimiento desborda e hipervalora el alcance de la reforma.

Ciertamente el apartado 1.1^a del artículo 140 suscita problemas de deslinde con la alevosía. Pero la solución no pasa inevitablemente por un reformateo del concepto actual de la alevosía o un replanteamiento de sus fronteras o perfiles.

Una gran parte de los casos en que la víctima es menor de edad o persona especialmente vulnerable serán supuestos de alevosía. Pero no todos necesariamente. De lo contrario ciertamente carecería de sentido la previsión del homicidio agravado que recoge el vigente art. 138.2 a) CP. El homicidio agravado por razón de la víctima ha de tener su propio campo de acción: aquel en que no exista alevosía.

Son imaginables sin excesivo esfuerzo supuestos en que pese a ser la víctima menor de 16 años o vulnerable por su enfermedad o discapacidad no concurrirá alevosía. Sería entonces aplicable el homicidio agravado del art. 138.2. a) CP. Pensemos en el homicidio sobre un adolescente de 15 años capaz ya de desplegar su propia defensa. O incluso, excepcionalmente, en niños en compañía de personas que las protegen y por tanto revierten la situación de indefensión connatural a la corta edad y complexión física en formación y por ello muy débil, si el menor fuese atacado cuando está solo (aunque este ejemplo se presta a discusión por cuanto el art. 22.1 CP habla de defensa proveniente del ofendido y no de terceros).

En los supuestos en que la edad de la víctima (niños de escasa edad) o la enfermedad o discapacidad física o mental, determinan por sí solas la alevosía, nos encontraremos, entonces sí, ante el tipo básico de asesinato (art. 139.1.1^a). No cabrá apreciar además el asesinato agravado del art. 140.1.1^a pues las condiciones de la víctima basan ya la alevosía. Lo impide la prohibición del *bis in idem*. Para ello no hace falta replantear ni alterar los contornos de la alevosía.



Cuando a la alevosía se superpongan circunstancias del apartado 1ª del art. 140.1 no contempladas para calificar el ataque como alevoso será posible la compatibilidad. Así, el acometimiento por la espalda de un menor de 15 años se calificará de asesinato alevoso del art. 138 .1 CP (el ataque por la espalda integra la alevosía) y especialmente grave del art. 140.1.1ª (por ser la víctima un menor). Es asumible el ejemplo que tomamos prestado del dictamen del Fiscal.

La muerte de un ser desvalido que suponga por sí alevosía, habrá de resolverse a través de la herramienta del concurso de normas otorgando preferencia al asesinato alevoso (139.1.1ª CP con prisión de 15 a 25 años) frente al homicidio agravado por las circunstancias de la víctima (138.2.a) con prisión de 15 años y 1 día a 22 años y 6 meses), por aplicación de las reglas de especialidad y alternatividad (art. 8. reglas 1 y 4 CP).

Recapitulando, la redacción conferida a los arts. 138 a 140 por la LO 1/2015 no supone *per se* un nuevo concepto más estricto que el consagrado por la jurisprudencia de alevosía. Ésta ha de predicarse necesariamente de la muerte de un bebé de meses.

El motivo ha de ser desestimado .

CUARTO.- El tercer motivo ha sido renunciado en fase de formalización por entender que sus argumentos quedan ya recogidos por el primero.

El motivo cuarto entablado al amparo del art. 849.1 LECrim incluye una pluralidad de peticiones no uniformes.

A todas ellas resulta en todo caso aplicable una premisa elemental en virtud del idéntico camino casacional por el que transitan. El art. 849.1º LECrim es incompatible con razonamientos que cuestionen o se aparten de las bases fácticas declaradas probadas por el Tribunal. Varias de las peticiones formuladas por la recurrente inciden en ese defecto erigido en el art. 884.3 LECrim en causal de inadmisión.

Así, v.gr., si la sentencia afirma que la menor llegó ya fallecida al Hospital no es dable invocar un desistimiento que además, por definición, exige que el resultado no se haya producido. Como tampoco es factible una atenuante de reparación del daño sin un agarradero fáctico en el hecho probado.

Ninguna mención en el hecho probado se hace de supuestos errores de percepción basados en concepciones tribales o atávicas. Son descartados expresamente por la sentencia (fundamento de derecho quinto).

Detengámonos no obstante brevemente en cada una de las peticiones autónomas para testar estas apreciaciones.

a) Se cuestiona la alevosía, con razones ya expuestas y rebatidas en el motivo segundo del que este submotivo constituye una reiteración, aunque enriquecida con nuevos argumentos y citas que ya se han tenido a la vista al contestar al anterior motivo.

b) Se dice inaplicada indebidamente la atenuante analógica de reparación del daño, que cifra la recurrente en que la acusada antes de la muerte de la menor acudió a un Centro médico a tratar de paliar su estado de salud. No consta en el *factum* . El relato de hechos describe la acción desarrollada en el domicilio y proclama sin dudas que "*cuando la niña llevaba más de una hora muerta fue llevada al centro de salud...*".

c) Se interesa la apreciación de un "error de prohibición culturalmente condicionado" (evocando legislaciones de otros países cuya población indígena ha hecho conveniente esa mención expresa en sus textos penales). Basta remitirse a los razonamientos de la sentencia sobre este punto que se recogen en el Fundamento de derecho quinto al valorar la prueba practicada y en concreto el informe prestado por los expertos en cultura marroquí, para rechazar la pretensión. Se incurre de nuevo en la causa de inadmisión del art. 884.3 LECrim pues se sustenta el alegato en la propia valoración de los hechos, no compatible con el *factum* . El legítimo hermetismo de la recurrente negándose a admitir cualquier hecho que, aún colateralmente, pudiese insinuar su responsabilidad (mala *praxis* en las tareas de amamantamiento; creencias tribales que ha negado; u otras motivaciones que pudieran tener raíces patológicas - *Münchhausen* por poderes: STS 361/1996, de 19 de abril - desde un punto de vista psiquiátrico) ha torpedeado todo intento de indagar por esa línea que eventualmente podría aportar algo sobre esas vertientes y modular o mitigar su responsabilidad, tema que al operar *pro reo* no queda definitivamente cerrado si aparecieran pruebas novedosas al respecto reveladoras de algún tipo de trastorno.

d) Se solicita una "interpretación extensiva del desistimiento en la tentativa" sobre la base -que también se aparta del *factum*- de que Olga fallece en el ámbito sanitario. Si el asesinato ha sido consumado no cabe un desistimiento en ningún caso pues por definición solo se aplica en las formas imperfectas. Conoce ésto el recurrente bien que busca una atenuación basada en la analogía. Pero es que falta el fundamento o la identidad de razón para construir una analogía, al menos en relación a la niña fallecida.



e) Se interesa, por fin, la condena por homicidio imprudente sobre una pretendida mala praxis en el amamantamiento por la acusada a su hija, lo que está rebatido en la sentencia de instancia. y no se compadece ni bien ni mal con el hecho probado.

En consecuencia, procede la **desestimación** .

QUINTO.- Denuncia el recurrente (art. 851.1 LECrim) el carácter predeterminante de sendas expresiones del hecho probado. Las locuciones que fundan su queja son las siguientes: "*decidió... poner fin a la vida*"; "*Tal acción produjo la muerte*".

Es muy infrecuente encontrar en los repertorios de jurisprudencia de los últimos años supuestos en que haya prosperado un motivo por **predeterminación del fallo** . La explicación -como diagnostica la STS 277/2015, de 3 de junio -, no hay que buscarla en infundadas reticencias de esta Sala, sino en lo insólito que resulta hoy una sentencia que incurra en ese vicio que en etapas pretéritas pudo ser más habitual; sin desdeñar las influencias que pueda tener también el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas que obliga a relegar las soluciones de nulidad -que siempre comportan retrasos- a los casos indispensables.

Para que concurra ese defecto de *predeterminación* , que arrastraría el reenvío de la causa al Tribunal para subsanar la deficiencia, es necesario que se haya eludido una narración de hechos despojada de valoraciones o "sobrentendidos" jurídicos, lo que no significa que los hechos relatados hayan de ser penalmente "neutros". Eso no sería compatible con lo que se pide al Tribunal: un enjuiciamiento *penal* . No debe anticiparse en los hechos probados la subsunción jurídico-penal con el *nomen iuris* de la infracción o con otros conceptos técnicos cuya concurrencia ha de analizarse en el plano de la argumentación penal -contrastando la categoría jurídica con el hecho probado (juicio jurídico)-, y no en el nivel previo de la valoración probatoria (juicio histórico). Pero el relato necesariamente se elabora con el claro objetivo de valorar penalmente la acción: en ese sentido lo que dicen los hechos probados ha de condicionar fatalmente el fallo. No puede ser de otra forma. Lo que se prohíbe es el uso de conceptos estrictamente jurídicos, con un significado técnico no homologable al vulgar, que permitirían soslayar la argumentación jurídica sostén de la subsunción penal y, al mismo tiempo, burlaría las posibilidades de control casacional. Cuando se habla de significado *vulgar* lo estamos oponiendo al significado al *técnico-jurídico* . Una expresión erudita, o elegante o rebuscada puede ser *vulgar* en este sentido.

Si en los hechos probados se proclama que "*se produjo un apoderamiento con fuerza en las cosas*", y la Sala de casación ha de respetar el *factum*, devendría imposible testar la corrección jurídica de esa *calificación penal* que no *hecho* . En los hechos probados han de recogerse sucesos, acciones, y no conceptos penales. Si por conveniencia literaria o narrativa se consignan nociones penales técnicas, el defecto no será tal si en el contexto o en otros apartados del "*factum*" se aclara a qué acción ya descrita se está refiriendo concretamente el Tribunal con esa expresión.

No es predeterminación del fallo hablar de "actos contra la propiedad" en la medida en que cualquiera -sea un experto jurista o carezca del más elemental conocimiento jurídico- sabe interpretar tal locución. Como tampoco lo es consignar la intención de *obtener un beneficio económico*, v.gr. Ni expresar que hubo *tocamientos en los órganos sexuales* . Interpretar de otra forma este vicio casacional supondría secuestrar el lenguaje e imposibilitar una redacción factual que, por definición, nunca puede ser aséptica. El sentido vulgar de esas expresiones coincide con el que se les confiere en un texto jurídico. El defecto de predeterminación del fallo tiene un significado instrumental y ha de ser valorado en su funcionalidad. No puede llevar a encorsetar la redacción en la falsa idea de que cualquier palabra utilizada por el Código Penal ha quedado confiscada y no puede aparecer en unos hechos probados (STS 464/2012, de 4 de junio).

Aquí la queja por predeterminación del fallo se basa en unas locuciones cuya inteligencia está al alcance tanto del jurista como del no jurista. No hay ningún vocablo que encierre un significado jurídico distinto del vulgar (en el sentido de "no técnico-jurídico").

Lógicamente todo lo que se contiene en los hechos probados -si están bien redactados- ha de condicionar el fallo. Pero no es eso lo que prohíbe el art. 851.1. LECrim Si fuese de otra forma devendría imposible una redacción de hechos probados. El uso de esas expresiones no menoscaba la posibilidad de revisar la valoración jurídica; ni sustrae cuestión alguna al debate conceptual jurídico.

Pese al denodado esfuerzo argumentativo del recurrente, **el motivo fracasa**.

SEXTO.- Por quebrantamiento de forma y a través del art. 851.3 LECrim se aduce que no se ha resuelto en la sentencia; **i)** si el error de prohibición es vencible o invencible; **ii)** si es factible apreciar una interpretación extensiva del desistimiento eficaz en la tentativa; y **iii)** sobre los actos de la acusada para preservar la vida y salud de sus hijas.



No es así: la sentencia descarta expresamente todas y cada una de esas alegaciones defensivas. No ha estimado error de prohibición de clase alguna. Razona extensamente sobre ello (fundamento de derecho quinto). No aprecia desistimiento -que no es posible, además en una muerte consumada-. Las alegaciones sobre el comportamiento de la acusada constituyen la base de la valoración de la prueba hecha por la Sala de instancia que, no se olvide, ha absuelto de dos de las acusaciones formuladas.

Se ha dado completa respuesta a la pretensión de la defensa, lo que aboca a la **desestimación** el motivo.

SÉPTIMO.- La desestimación del recurso determina la imposición de las costas a la recurrente (art. 901 LECrim).

III. FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre de Su Majestad el Rey, por la autoridad conferida por la Constitución, esta sala ha decidido:

DESESTIMAR el recurso de casación interpuesto por Cristina contra la sentencia de fecha 23 de junio de dos mil dieciséis dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Zaragoza que condenó a la recurrente como autora responsable de un delito de asesinato perpetrado en la persona de Olga y le absolvió de un delito de asesinato consumado y otro en grado de tentativa. Condenándole al pago de las costas ocasionadas en su recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso.

Comuníquese esta resolución al Tribunal Sentenciador a los efectos procesales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Candido Conde-Pumpido Touron Francisco Monterde Ferrer Luciano Varela Castro Antonio del Moral Garcia Joaquin Gimenez Garcia

PUBLICACION .- Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Antonio del Moral Garcia , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.