



Roj: **STS 2337/2019 - ECLI:ES:TS:2019:2337**

Id Cendoj: **28079120012019100409**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **18/07/2019**

Nº de Recurso: **10043/2019**

Nº de Resolución: **367/2019**

Procedimiento: **Penal. Jurado**

Ponente: **JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ PV 2735/2018,**
STS 2337/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 367/2019

Fecha de sentencia: 18/07/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10043/2019 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 18/06/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar

Procedencia: Sala Civil y Penal TSJ País Vasco

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: BDL

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10043/2019 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 367/2019

Excmos. Sres.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Pablo Llarena Conde



D. Vicente Magro Servet

En Madrid, a 18 de julio de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional interpuesto por la representación legal del encausado **DON Luis Miguel**, contra Sentencia 51/2018, de 19 de diciembre de 2018 de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, dictado en el Rollo de Apelación 78/2018, formulado frente a la Sentencia del Tribunal del Jurado constituido en el ámbito de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Vitoria-Gasteiz, núm. 278/2018, de 25 de septiembre de 2018, dictada en el Rollo de Sala núm. 19/2018, dimanante del Procedimiento del TJ 146/2016 del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Vitoria-Gasteiz, seguido por delitos de asesinato y homicidio intentado contra Don Luis Miguel. Los Excmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación, votación y fallo, bajo la Presidencia del primero de los indicados. Han sido partes en el presente procedimiento: el Ministerio Fiscal; como recurrente el encausado Don Luis Miguel representado por la Procuradora de los Tribunales Doña Isabel González de Mendiola y defendido por el Letrado Don Carlos Martínez Guevara Martín; y como recurrido la Acusación particular Don Andrés representado por la Procuradora de los Tribunales Doña Carmen Armesto Tinoco y asistido por el Letrado Don Juan Carlos Fernández de Puelles.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 1 de Vitoria-Gasteiz incoó Procedimiento del Jurado núm. 146/2016 por delitos de asesinato y homicidio intentado contra **DON Luis Miguel**, y una vez concluso lo remitió al Tribunal del Jurado constituido en el ámbito de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de dicha Capital, que con fecha 25 de septiembre de 2018, dictó Sentencia núm. 278/2018, que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

<<PRIMERO.- En la noche del 24 al 25 de enero de 2016, Vicenta pernoctaba con su hija Marí Jose en el domicilio de Luis Miguel, sito en la CALLE000 nº NUM000 - NUM001 NUM002 de Vitoria-Gasteiz, cuando, sobre las 03:30 horas, Luis Miguel entró en el dormitorio donde se hallaban aquéllas, se sentó sobre la cama y puso su mano en el pecho de la menor Marí Jose. Esto despertó a Vicenta, quien, al percatarse de ello, apartó la mano de Luis Miguel del cuerpo de Marí Jose. En ese momento, Luis Miguel se subió sobre la cama colocándose encima de Vicenta y comenzó a golpear a la misma propinándole puñetazos en la cara. Seguidamente, la agarró del pelo y la tiró al suelo, donde continuó golpeándola en distintas partes del cuerpo mientras le decía "te voy a matar". A continuación, Luis Miguel arrastró a Vicenta hasta la zona del balcón mirador, allí la levantó del suelo y la empujó contra el balcón. En ese momento, Vicenta rompió de un puñetazo uno de los cristales del mirador y agarró nuevamente del pelo a Vicenta. Más adelante, la agarró de la camiseta, le dijo que la iba a tirar por la ventana del balcón mirador y lo intentó, con intención de matarla, sin llegar a conseguirlo. Inmediatamente, cogió un trozo de cristal y se lo clavó en el lado izquierdo del cuello.

SEGUNDO.- En esa situación, Marí Jose, de diecisiete meses de edad, se acercó hasta donde estaba su madre, aprovechando Luis Miguel que la menor pesaba sólo 11 kilogramos y medía 84 centímetros para cogerla y, con intención de matarla, de manera sorpresiva y sin que ésta pudiera evitarlo, la lanzó por la ventana a través del hueco del cristal que previamente había roto.

Como consecuencia del impacto contra el suelo tras una caída de 4,96 metros, Marí Jose sufrió un traumatismo craneo encefálico con hemorragia cerebral traumática, lo que le provocó la muerte, falleciendo a las 11:10 horas del día 26 de enero de 2016.

TERCERO.- No ha quedado suficientemente acreditado que el acusado Luis Miguel padeciera en el momento de los hechos y en la actualidad una grave enfermedad mental no diagnosticada - DIRECCION000 -, que le provocaba delirios y una interpretación distorsionada de la realidad; ni que los síntomas de esta supuesta enfermedad se agravaran con el consumo de cannabis y alcohol; ni que, a causa de ambas circunstancias y, tras fumar un porro de marihuana y beber una cerveza la noche de autos, tuviera completamente anuladas sus facultades de entender y querer lo que hacía o, sencillamente, mermadas esas facultades al momento de la realización de los hechos antes narrados.

CUARTO.- Como consecuencia de lo anteriormente relatado, Vicenta sufrió lesiones consistentes en herida punzante en zona vertical paravertebral izquierda, hematomas bilaterales en región periorbitaria, hemorragia conjuntival derecha, hematoma en pabellón auricular derecho, laceración en región facial derecha, herida inciso contusa en zona nugal, contusión con hematoma en la región frontal derecha y otra en la izquierda, laceración en región facial derecha de 6 centímetros, contusión de 4 centímetros y erosión de 3 centímetros en



región malar izquierda, varias heridas superficiales y erosiones en la cara anterior de la mano derecha, erosión de dos centímetros en el dorso de la muñeca derecha, erosión de 3 centímetros en el codo derecho, erosión de 4 centímetros en el tercio distal del antebrazo derecho, 3 erosiones lineales de 2-4 centímetros en el dorso de la muñeca izquierda y una erosión de 3 centímetros en la cara anterior, dos erosiones de 2 centímetros cada una en el dorso del primer dedo de la mano izquierda, equimosis de 6 centímetros en el lado izquierdo de la espalda a la altura de la sexta-octava costillas, equimosis de 4 centímetros en la cara posterior del hombro izquierdo, equimosis entre 2 y 4 centímetros en las extremidades inferiores.

De resultas de estos hechos, quedan como secuelas a la víctima una cicatriz de 2 centímetros de longitud en la región posterior izquierda del cuello, que constituye un perjuicio estético ligero, así como la lesión psíquica de trastorno por estrés postraumático crónico.

El padre de la menor Marí Jose era D. Andrés .

El HOSPITAL000 incurrió en gastos por la cantidad de 4.131,29 euros, ocasionados en el tratamiento sanitario de las lesiones de Vicenta .

El propietario del inmueble de la CALLE000 n° NUM000 1° NUM002 , D. Landelino , gastó la cantidad de 1.301,53 euros en la reparación de los cristales del balcón mirador y en la limpieza y sustitución de distinto menaje del hogar de dicha vivienda.>>

SEGUNDO.- El Tribunal del Jurado dictó el siguiente **pronunciamiento**:

<<Condeno a Luis Miguel , como autor criminalmente responsable de un delito de asesinato, previsto y penado en los artículos 139.1.1ª y 140.1.1ª del Código Penal , a las penas de prisión permanente revisable e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.

Condeno a Luis Miguel , como autor criminalmente responsable de un delito de homicidio en grado de tentativa, a las penas de siete años y medio de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por igual tiempo y prohibiciones de comunicarse por cualquier medio con Vicenta y de aproximarse a menos de 500 metros de ella, su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro que frecuente, ambas durante diecisiete años y medio.

Condeno a Luis Miguel , como responsable civil, a que indemnice a Vicenta en la cantidad de 130.000 euros, a Andrés en la cantidad de 100.000 euros, a Landelino en la cantidad de 1.301,53 euros, y al HOSPITAL000 en la cantidad de 4.131,29 euros. Todos estos importes devengarán los intereses legales previstos en el artículo. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Condeno a Luis Miguel al pago de las costas del proceso, incluidas las ocasionadas a instancia de las acusaciones particulares.

Notifíquese la presente resolución a las partes personadas, y al acusado, a las que se hará saber las indicaciones que contiene el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

Esta sentencia no es firme, y contra ella cabe interponer recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Excmo. Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en la forma, tiempo y términos previstos en los artículos 846 bis a), 846 bis b), 846 bis c) LECRIM , y concordantes.

Únase a esta resolución el Acta del Veredicto del Jurado.

Así por esta mi sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo de la Sala y se anotará en los Registros correspondientes, lo pronuncio, mando y firmo.>>

TERCERO.- La representación del encausado DON Luis Miguel interpuso recurso de **apelación** ante la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Rollo de apelación 78/2018, que con fecha 19 de diciembre de 2018 dictó Sentencia 51/2018 , cuyo **Fallo** es del tenor literal siguiente:

<<Se desestima el recurso de apelación, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales, Dña. Isabel Gómez Pérez de Mendiola, en nombre y representación de Luis Miguel , contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Álava, de fecha 25 de septiembre de 2018 , que se confirma. Se imponen las costas procesales devengadas en esta instancia a la parte apelante.

MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante RECURSO DE CASACIÓN que se preparará ante este Tribunal, en el plazo de CINCO DÍAS siguientes al de la última notificación de la resolución recurrida, por escrito autorizado por Abogado y Procurador, en el que se solicitará testimonio de la resolución que se quiera recurrir y manifestará la clase o clases de recurso que trate de utilizar.>>



CUARTO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas se preparó recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional por la representación legal de **DON Luis Miguel** , que se tuvo anunciado; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente Rollo y formalizándose el recurso.

QUINTO.- El recurso de casación formulado por la representación legal del encausado DON Luis Miguel , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

Motivo primero.- Vulneración al precepto Constitucional del art. 24.2 Principio de Presunción de Inocencia por la vía del art. 5.4 LOPJ . y 852 LECrim . respecto del delito de homicidio en grado de tentativa en cuanto a Vicenta .

Motivo segundo.- Vulneración al precepto Constitucional del art. 24.1 C.E . por la vía del art. 5.4 LOPJ . y 852 LECrim ."Derecho a un Proceso legal con todas las garantías y en especial a la tutela judicial efectiva sin indefensión en concreto a obtener una respuesta judicial motivada y fundada en Derecho. (art 117.1 , 120.3 y 9.3 todos C.E .).

Motivo tercero.- Por infracción de ley del art. 849.1 de la LECrim . (error in iudicando) en relación art. 5.4 LOPJ al infringirse preceptos penales por aplicación indebida del art. 138.1 C.P . en relación con art 62.C.P . Inaplicación indebida del art. 147 , 148.1 ambos del C.P .

Motivo cuarto.- Renunciamos.

Motivo quinto.- Motivo relacionado directamente con la vulneración al precepto Constitucional del art. 25.1 C.E . "Vulneración del Derecho de legalidad en materia penal y sancionadora" (principio non bis in idem).

SEXTO.- Es **recurrido** en la presente causa la Acusación particular Don Andrés , que estima procedente la decisión del recurso sin celebración de vista e interesa la inadmisión a trámite del mismo y subsidiariamente su impugnación, según lo expuesto en su escrito de fecha 13 de marzo de 2019.

SÉPTIMO.- Instruido el **MINISTERIO FISCAL** del recurso interpuesto estimó procedente su decisión sin celebración de vista e impugnó los motivos del recurso, por las razones expuestas en su informe de fecha 5 de abril de 2019; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

OCTAVO.- Por Providencia de esta Sala de fecha 16 de mayo de 2019 se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 18 de junio de 2019, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, dictó Sentencia 51/2018, de 19 de diciembre , por la que desestimaba el recurso de apelación interpuesto por Luis Miguel contra la sentencia nº 278/2018 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Álava, en el Rollo Tribunal del Jurado nº 19/2018 , que condenó al acusado por un delito de asesinato y un delito de homicidio en grado de tentativa. Interpone este recurso de casación la representación procesal del citado acusado, recurso que pasamos seguidamente a analizar y resolver.

SEGUNDO.- Los hechos enjuiciados en esta causa, según se desprende de su resultancia fáctica, se sitúan en la noche del 24 al 25 de enero de 2016, cuando Vicenta pernoctaba con su hija Marí Jose , de 17 meses de edad, en el domicilio de Luis Miguel , sito en la CALLE000 nº NUM000 - NUM001 NUM002 de Vitoria-Gasteiz, cuando, sobre las 03:30 horas, Luis Miguel entró en el dormitorio donde se hallaban aquéllas, se sentó sobre la cama y puso su mano en el pecho de la menor Marí Jose . Esto despertó a Vicenta , quien, al percatarse de ello, apartó la mano de Luis Miguel del cuerpo de Marí Jose . En ese momento, Luis Miguel se subió sobre la cama colocándose encima de Vicenta y comenzó a golpear a la misma propinándole puñetazos en la cara. Seguidamente, la agarró del pelo y la tiró al suelo, donde continuó golpeándola en distintas partes del cuerpo mientras le decía "te voy a matar". A continuación, Luis Miguel arrastró a Vicenta hasta la zona del balcón mirador, allí la levantó del suelo y la empujó contra el balcón. En ese momento, Luis Miguel rompió de un puñetazo uno de los cristales del mirador y agarró nuevamente del pelo a Vicenta . Más adelante, la agarró de la camiseta, le dijo que la iba a tirar por la ventana del balcón mirador y lo intentó, con intención de matarla, sin llegar a conseguirlo. Inmediatamente, cogió un trozo de cristal y se lo clavó en el lado izquierdo del cuello.

Ante ésa situación, Marí Jose se acercó hasta donde estaba su madre, y aprovechando Luis Miguel que la menor pesaba sólo 11 kilogramos y medía 84 centímetros, la tomó en volandas y, con intención de matarla, de manera sorpresiva y sin que ésta pudiera evitarlo, la lanzó por la ventana a través del hueco del cristal que previamente había roto.



Como consecuencia del impacto contra el suelo tras una caída de 4,96 metros, Marí Jose sufrió un traumatismo cráneo encefálico con hemorragia cerebral traumática, lo que le provocó la muerte, falleciendo a las 11:10 horas del día 26 de enero de 2016.

TERCERO. - Mediante el primer motivo del recurso denuncia el recurrente la vulneración del derecho a la presunción de inocencia por la vía del 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en el aspecto relativo a la condena por el delito de homicidio en grado de tentativa en cuanto a Vicenta , siendo más adecuada en su tesis la condena por un delito de lesiones agravado por instrumento peligroso.

En suma, el recurrente mantiene que no tenía intención de matar a Vicenta , sino exclusivamente de lesionarla.

Esta cuestión se analiza en el fundamento jurídico segundo de la Sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, descartándose cualquier atisbo de arbitrariedad o falta de lógica, de ahí que bastaría citar o reiterar el contenido de la resolución recurrida para desestimar el motivo formalizado.

En efecto, los hechos probados, en lo que al motivo se refieren, narran que cuando el acusado se dirigió al dormitorio, Luis Miguel se subió sobre la cama colocándose encima de Vicenta y comenzó a golpear a la misma propinándole puñetazos en la cara. Seguidamente, la agarró del pelo y la tiró al suelo, donde continuó golpeándola en distintas partes del cuerpo mientras le decía "te voy a matar". A continuación, Luis Miguel arrastró a Vicenta hasta la zona del balcón mirador, allí la levantó del suelo y la empujó contra el balcón. En ese momento, Luis Miguel rompió de un puñetazo uno de los cristales del mirador y agarró nuevamente del pelo a Vicenta . Más adelante, la agarró de la camiseta, le dijo que la iba a tirar por la ventana del balcón mirador y lo intentó, con intención de matarla, sin llegar a conseguirlo. Inmediatamente, cogió un trozo de cristal y se lo clavó en el lado izquierdo del cuello.

Hemos dicho reiteradamente que el ánimo o intención de matar, que constituye el elemento o base subjetiva del delito de homicidio, pertenece al ámbito interno de la persona y requiere un juicio de inferencia para su fijación en el proceso penal, operación compleja que partiendo de datos fácticos demostrados, conduce - a través de las reglas lógicas o de experiencia- a la certeza moral que la resolución judicial necesita; y ese juicio de inferencia obliga a una indagación cuidadosa de todas circunstancias del hecho, en cuanto pueden facilitar datos o elementos significativos de la voluntad o intención del sujeto y se vienen destacando el arma o medios utilizados, la zona a la que se dirige el ataque, número de golpes, violencia o intensidad de los mismos, condiciones de espacio y tiempo en que se produjo la agresión, circunstancias conexas las palabras del autor, previas, coetáneas y posteriores a la agresión, móvil del delito y cualesquiera otras que en función de las circunstancias del hecho puedan determinar el alcance de la intención lesiva.

Los elementos de convicción en que se fundamentan tales hechos declarados probados, como refleja el acta de votación del veredicto, son:

- *la propia declaración de Vicenta que manifestó que el acusado después de lanzar a su hija por la ventana, le dijo "te voy a matar", "te voy a hacer lo mismo que a tu hija";*

- *las declaraciones de los agentes de la Ertzaintza, nº NUM003 y nº NUM004 , que inmediatamente después de los hechos preguntaron a Luis Miguel lo que había pasado y este contestó: "Las he matado a las dos, a la madre y a la niña";*

- *las declaraciones de los vecinos, consideradas por el jurado coincidentes y complementarias de las de la testigo víctima, en especial las de Luis Pedro , que declara que oyó a una mujer pedir auxilio y vio cómo agredía "el chico a la chica";*

- *la información médico-forense, relativa a la gravedad de las lesiones de Vicenta , basándose en el informe del HOSPITAL001 y las declaraciones en sala de la doctora, Dña. Jacinta , que especifica la gravedad de las lesiones producidas, especialmente la herida punzante a nivel cervical paravertebral izquierda, que podría haber puesto en peligro la vida de Vicenta ;*

- *el informe médico forense del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, nº 1, de Burgos, firmado por el Dr. Arsenio y la Dra. Miriam , en el que se dice que "las lesiones del cuello podrían haber sido mortales";*

- *el informe médico forense del Juzgado de Instrucción, nº 2, de DIRECCION001 , que detalla todas las lesiones de Vicenta .*

La motivación fáctica del Magistrado Presidente del Tribunal del Jurado razona que el colegio popular ha considerado por unanimidad que Luis Miguel trató de matar a Vicenta , al haber otorgado mayor credibilidad a la declaración testifical de la misma, que a las manifestaciones del acusado, quien ha negado su intención de matarla. Fundamenta esa mayor credibilidad en que, según Vicenta , durante la agresión física, Luis Miguel verbalizó esa intención con expresiones como "te voy a matar"; que, en un momento dado, la agarró,



la llevó hasta el balcón mirador y le dijo que le iba a hacer lo mismo que a su hija, y que evitó la defenestración sacándose del cuerpo la camiseta que llevaba puesta y por la que la sujetaba el acusado; que, entonces, éste cogió un trozo de cristal de la ventana que había roto y se lo clavó en la zona paravertebral izquierda; que esta declaración plenaria (de Vicenta) ha expresado un relato coherente, firme, seguro, sin ambigüedades ni contradicciones, en definitiva, creíble; que las objeciones de la defensa cuestionando la veracidad de los recuerdos de la víctima y sugiriendo una reelaboración mental de los hechos, no están justificadas, al no haber podido señalar alguna contradicción seria en el relato que muestre ese proceso de reelaboración. Apoya también dicha credibilidad en las declaraciones testificales de los agentes de policía nº NUM005 -que oyó a Vicenta decir "me quiere matar"- y nº NUM006 -que en el lugar mismo, le contó que el acusado había tirado a la niña por la ventana y había intentado hacer lo mismo con ella-, y en que la testigo ha hecho un único relato de los hechos. La menor credibilidad de lo expresado por el acusado en el juicio oral, negando la voluntad de matar, la justifica la sentencia en los testimonios de los ertzainas, nº NUM003 y nº NUM005 , segunda patrulla que acudió al lugar, quienes subieron a la vivienda y detuvieron a Luis Miguel y, una vez reducido y esposado, le preguntaron qué había pasado y les contestó que las había matado a las dos, a la madre y a la niña, manifestación que, a su juicio, revela un dato sobre sus intenciones. Como pruebas periféricas, considera la declaración del testigo, Sr. Luis Pedro , que oyó los gritos de una mujer que pedía ayuda y vio cómo un hombre (el acusado) agredía a una mujer (la víctima); la del testigo, Sr. Pio , que adjetiva como desgarradores los gritos de auxilio de la mujer, algo que, según la sentencia, pudo comprobarse en sala con la audición de las grabaciones de algunas de las llamadas de los vecinos a emergencias; la de los testigos, Sr. Rodrigo y Sra. Gema , que cuentan que ella gritaba "policía, policía". Refiere así mismo que los jurados han tomado también en consideración el informe de asistencia médica del HOSPITAL001 , explicado y complementado por la Dra. Jacinta , quien calificó de "grave" la herida punzante en la zona paravertebral de la anatomía de Vicenta , causada mediante apuñalamiento con un trozo de cristal, y manifestó que podía haber puesto en peligro su vida; la opinión de los médicos forenses de Burgos, Dres. Arsenio y Miriam , quienes precisaron que el riesgo vital de esa herida procedía de los vasos sanguíneos que podían verse afectados, en cuyo caso se habría producido una hemorragia que provocaría la muerte de no recibir una atención inmediata. En definitiva, concluye la sentencia, el acusado atacó en una zona vital y añade el informe del médico forense de DIRECCION001 en torno a las lesiones padecidas por Vicenta , ratificado en sala por su autor, el Dr. Adrian . Y sobre la descrita base probatoria razona que existe una pluralidad de pruebas que acreditan el ánimo de matar que presidía la agresión de Luis Miguel sobre Vicenta , en especial la expresión verbal de su intención, que relata la víctima, pero también el intento de precipitarla a la calle y la zona vital (cuello) atacada con un objeto punzante (cristal de la ventana), siendo las demás indicadas complemento de estos elementos probatorios principales. Tratar de defenestrar a una persona y apuñalarla en el cuello, afirma la sentencia, son actos reveladores de *animus necandi*, hechos indiciarios de los que los jurados han concluido, tras un razonable juicio inferencial, que el acusado quería matar a Vicenta .

Reproducimos aquí el informe del Ministerio Fiscal que hacemos nuestro íntegramente, cuando señala que la zona anatómica del cuello, conforme a lo razonado en la sentencia recurrida, es tenido ciertamente por la jurisprudencia como una de las zonas corporales reveladoras del ánimo letal en el ataque (STS de 21 de abril de 2005) y un trozo de cristal es ahí un instrumento apto para matar. Una sola cuchillada en el cuello revela ese ánimo. Lo mismo cabe predicar de la precipitación al vacío de la víctima. E igualmente las expresiones tomadas como indicios; así la exteriorización verbal del mismo "te voy a matar". Al declarar probado el apartado primero del objeto del veredicto (agresión con intención de matar), los jurados han descartado el apartado segundo (agresión con intención de lesionar), pues las pruebas en que fundan aquél hacen imposible éste.

A la vista de lo razonado, el Tribunal de Apelación concluyó que en el supuesto enjuiciado se ha practicado prueba de cargo válida, es decir, acorde con el canon de legalidad, que la misma supera el juicio de suficiencia, pues es de tal consistencia que tiene virtualidad para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia, al resultar netamente incriminatoria, expresando la sentencia cuáles son los hechos base o indicios que se estiman plenamente acreditados y que van a servir de fundamento a la deducción o inferencia, explicitando el razonamiento a través del cual, partiendo de los indicios, se ha llegado a la convicción del acaecimiento del hecho punible y la participación en el mismo del acusado; los indicios están plenamente acreditados, son plurales, concomitantes al hecho que se trate de probar, están interrelacionados, de modo que se refuerzan entre sí. En cuanto a la deducción o inferencia que efectúa el Jurado resulta razonable, al responder plenamente a las reglas de la lógica y la experiencia, resultando de los hechos base acreditados, como conclusión natural, el dato precisado de acreditar, existiendo entre ambos un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano.

En efecto, el Tribunal del Jurado y el de Apelación consideraron que la única calificación posible era la de homicidio en grado de tentativa, ya que de los datos expuestos infirieron que el acusado actuó con dolo de matar, no siendo atendible que únicamente tuviera ánimo de lesionar, tal como resulta de las características



del corte en el cuello ejecutado con un trozo del cristal roto de la ventana, la intención de arrojar a la víctima por la ventana, las expresiones proferidas durante la agresión, lo manifestado por el propio acusado a los policías y las declaraciones de los testigos que presenciaron los hechos y oyeron lo que uno de ellos calificó como desgarradores gritos de auxilio de la mujer.

En consecuencia, este motivo primero no puede ser estimado. Ni tampoco el motivo tercero, formalizado por estricta infracción de ley, al amparo de lo autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en tanto denuncia la aplicación indebida del art. 138.1º C.P. en relación con art 62. C.P. y correlativa inaplicación de los arts. 147 y 148.1º ambos del C.P.

Repite ahora su queja desde esta óptica impugnativa, siendo así que, con pleno respeto a los hechos probados, la intención del agente era matar a Vicenta, de manera que resulta acertado el criterio del Tribunal de apelación sobre la calificación de delito de homicidio en grado de tentativa, que aquí ha de mantenerse.

CUARTO.- En el motivo segundo, el recurrente invoca la vulneración del derecho a un proceso legal con todas las garantías y en especial a la tutela judicial efectiva sin indefensión en concreto a obtener una respuesta judicial motivada y fundada en Derecho.

La parte recurrente se queja de que el Jurado no se refiere a la prueba de descargo practicada por la defensa, y ello con respecto a las circunstancias modificativas, y particularmente, sobre el juicio de imputabilidad del acusado.

El motivo no puede prosperar.

No hay más que leer la fundamentación al objeto del veredicto, en el apartado cuarto, por el que se declara por unanimidad que "no ha quedado suficientemente acreditado que el acusado Luis Miguel padeciera en el momento de los hechos y en la actualidad una grave enfermedad mental no diagnosticada - DIRECCION000 -, que le provocaba delirios y una interpretación distorsionada de la realidad; ni que los síntomas de esta supuesta enfermedad se agravaran con el consumo de cannabis y alcohol; ni que, a causa de ambas circunstancias y, tras fumar un porro de marihuana y beber una cerveza la noche de autos, tuviera completamente anuladas sus facultades de entender y querer lo que hacía o, sencillamente, mermadas esas facultades al momento de la realización de los hechos antes narrados". (Subrayado nuestro).

El jurado declaró no probado el apartado cuarto del objeto del veredicto por unanimidad, basándose en los siguientes elementos de convicción:

- 1) El informe del médico de urgencias del HOSPITAL002, Dr. Edmundo, en el que se dice que "Luis Miguel estaba en estado compatible con la normalidad" y en lo declarado en el juicio oral, donde testimonió que no vio necesario remitir a Luis Miguel al servicio de psiquiatría.
- 2) El informe evolutivo del Dr. Felipe, de 27 de enero de 2016, que escribe que no se ha observado conducta sugerente de actividad delirante o alucinatoria, ni los ha referido; que el acusado comprende el alcance y las consecuencias de sus actos y descarta patología mental mayor.
- 3) El informe del psiquiatra consultor de la prisión de DIRECCION002, de noviembre de 2016, en el que consta que "En las consultas realizadas se ha apreciado ansiedad reactiva a la situación y a la espera de juicio, sin objetivar clínica depresiva mayor ni fenómenos psicóticos".
- 4) El informe pericial de los integrantes de la Unidad Forense de Valoración Integral, en cuyas conclusiones médico-forenses afirman: "Luis Miguel tiene un discurso de contenido en ocasiones esotérico y místico pero que, sin embargo, no presenta tintes de carácter psicótico e impresiona de una motivación orientada a la búsqueda de un eventual beneficio sobre su situación procesal", "estimando que las facultades volitivas y cognitivas del informado en el momento de la comisión de los hechos que se le imputan pudieran haberse encontrado conservadas en grado suficiente como para entender y querer sus actos".
- 5) Las declaraciones del agente de la Ertzaintza, nº NUM005, que en el momento de la detención permaneció con el acusado durante aproximadamente quince minutos y que dijo no haber visto nada anormal en el detenido ni hizo ningún comentario apocalíptico que reflejara delirio ni alucinación y que sus respuestas eran coherentes y relacionadas con las preguntas que le hacía.

Asimismo declaró el jurado no probado por unanimidad el hecho quinto del objeto del veredicto, en el que se fundaba la invocada eximente incompleta (artículos 20.1 y 21.1 del Código Penal), señalando como elementos de convicción los mismos considerados respecto del apartado cuarto del objeto del veredicto, además de la remisión por parte del acusado de un mensaje vía Whatsapp a la víctima, de contenido sexual, en momento inmediatamente anterior a los hechos, que induce a pensar que sus facultades mentales no se encontraban



limitadas en ese momento. Este aspecto es puesto de manifiesto, con todo acierto, por parte del Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado en su sentencia.

Como conclusión, el Tribunal del Jurado, tal como consta en el acta de votación del veredicto, consideró que le merecen más credibilidad los informes médico-forenses del equipo de valoración integral que el informe de la defensa.

El Presidente del Tribunal del Jurado completó en la sentencia apelada la motivación fáctica del jurado señalando que sobre el estado mental del acusado se practicó extensa prueba testifical y, sobre todo, pericial.

Constan así:

-los testimonios de los agentes de la Ertzaintza que practicaron la detención del acusado, que relataron que estuvieron con él unos quince o veinte minutos, hasta que llegó la ambulancia, que en ese tiempo no hizo comentarios raros o delirantes, que permanecía en silencio, respondiendo concisamente a sus preguntas, que entendía las preguntas y contestaba de manera coherente. Recuerdan que le preguntaron si padecía alguna enfermedad infecto-contagiosa pues sangraba mucho y que entendió la pregunta y respondió que no; que le preguntaron si tomaba alguna a medicación, también entendió y contestó que "algún porro" y, aclarado que le inquirían por medicamentos, dijo que no. En definitiva, y como afirmó el primer testigo citado, "era plenamente consciente".

-La declaración del perito, Dr. Edmundo , que se ratificó en el plenario en su informe de asistencia sanitaria y añadió que no vio en él síntomas tóxicos, que no olía a alcohol ni a marihuana; que no expresó ideas delirantes, aunque no hizo anamnesis del paciente, que le vio consciente y orientado y "en estado compatible con la normalidad"; y aseveró que si hubiera apreciado síntomas compatibles con una enfermedad mental, lo habría derivado a estudio al servicio de psiquiatría; que no es especialista en esta disciplina, pero ha tratado a muchos pacientes con brotes psicóticos en el servicio de urgencias y no vio tal en el acusado Luis Miguel .

-Refiere también la sentencia que la psiquiatra, Dra. Olga , y la médico residente, Dra. Rosa , observaron un "contacto psicótico", esto es, una primera impresión de síntomas psicóticos, lo que no significa necesariamente la presencia de una psicosis, pues ese síntoma puede deberse a otras causas, entre otras, a un shock disociativo, es decir, una desconexión de la realidad provocada por el estrés o la angustia, la carga emocional de un suceso traumático.

-El psiquiatra Dr. Felipe , en su informe médico señaló que "no se han observado conductas sugerentes de actividad delirante o alucinatoria, ni los ha referido", que " Luis Miguel comprende el alcance y las consecuencias de sus actos y se "imagina" la condena que supondrá" y diagnosticó que "no se objetiva patología mental en el eje I en el momento actual" (menciones todas ellas recogidas por los jurados en su motivación del veredicto); que aclaró el perito que sí apreció rasgos peculiares de personalidad e ideas poco comunes, pero no síntomas psicóticos ni patología mental mayor; que, ingresado el acusado el 25 de enero, fue dado de alta el 27 tras concluir el estudio médico.

Dice, más adelante, la sentencia que el acusado fue visitado por la Jueza y por la Médico forense, Dra. Adelaida , que declaró en juicio como perito y afirmó que no consideró que padeciera en ese momento un brote psicótico y que nunca ha visto un brote provocado por el consumo de un porro y una cerveza, que es lo único que se recogió como evidencias en el lugar del suceso.

Manifiesta, así mismo, la sentencia que, internado el investigado en el Centro Penitenciario de DIRECCION002 , le atendió el psiquiatra consultor, Dr. Armando , que reseñó en sus informes periódicos que "se ha apreciado ansiedad reactiva a su situación, y a la espera del juicio, sin objetivar clínica depresiva mayor ni fenómenos psicóticos"; y en el juicio oral aclaró que no apreció síntomas de DIRECCION000 ni de psicosis, "en absoluto", que a lo largo del tiempo de tratamiento no ha visto en el acusado un desarrollo psicótico, ni le ha pautado medicación para una enfermedad mental, sencillamente, en algunos momentos, un ansiolítico suave y un antipsicótico en dosis bajas con fines hipnóticos, esto es, para que pudiera dormir, y que no le parece que padezca DIRECCION000 .

Menciona, también, el dictamen de los médicos forenses, Dr. Borja y Dra. Elisenda , expertos en psiquiatría, integrado en el informe de la Unidad Forense de Valoración Integral, que apreciaron un discurso de Luis Miguel "con un contenido en ocasiones de tipo esotérico y místico, pero que sin embargo no presenta tintes de carácter psicótico, e impresiona de una motivación orientada a la búsqueda de un eventual beneficio sobre su situación procesal", entendieron que "las exploraciones psicopatológicas realizadas al informado se encuentran globalmente dentro de la normalidad, destacando una base caracterial marcada, con predominio de rasgos esquizotípicos", indican que "en base a la documental aportada, queda acreditado, desde un punto de vista médico, que el informado no ha presentado ninguna alteración o descompensación psicopatológica relevante, grave o significativa, con ausencia de patología psicótica, tanto con anterioridad



como con posterioridad a los hechos investigados", de todo lo cual concluyen que "nada se opone a considerar que el imputado, en relación a los hechos del presente procedimiento, pudiera haber poseído unas facultades volitivas e intelectivas conservadas, en grado suficiente como para entender y querer sus actos".

Añade que la Dra. Elisenda emitió un primer informe, el 27 de enero de 2016, para determinar si el detenido estaba en condiciones de prestar declaración y concluyó que sí; explicó así mismo en el plenario que no apreció síntomas de un brote psicótico, que su comprensión era completa, era consciente de la ilicitud de los actos cometidos y se mostró preocupado por las consecuencias; que ambos médicos forenses aclararon que un brote psicótico dura, mínimo, unos días, que no hay ningún dato objetivo clínico o en su desarrollo vital que sustente un diagnóstico de DIRECCION000 ; que el acusado no recibe tratamiento para la DIRECCION000 y, si padeciera esta enfermedad, ello supondría la aparición de nuevos brotes psicóticos, que no ha sufrido; dijeron que, en pleno brote psicótico, el enfermo no distingue su irrealidad de la realidad y, probablemente, Luis Miguel no habría podido explicar a los ertzainas que le detuvieron lo que había pasado, y añadieron que los rasgos esquizotípicos del encausado no suponen un trastorno de la personalidad ni una enfermedad mental.

Por su parte el informe psiquiátrico de la defensa, emitido por los psiquiatras Dres. Evelio y Gines , concluye que Luis Miguel padece una DIRECCION000 , que al momento de los hechos sufrió un brote psicótico en parte derivado de una intoxicación grave por cannabis y "se produjo una anulación de su capacidad para comprender la ilicitud de sus actos y en la capacidad de actuar conforme a dicha comprensión".

No obstante, sostiene la sentencia, que la defensa no ha satisfecho de manera suficiente la carga de la prueba de la concurrencia de una perturbación mental eximente de la responsabilidad criminal del acusado y que de entre los médicos que han tratado con fines terapéuticos o explorado con fines periciales a Luis Miguel (diez en total), sólo los peritos de esta parte (dos) opinan que padece una DIRECCION000 y sufrió un brote psicótico al momento de los hechos, al tiempo que seis lo descartan.

Finalmente, en relación con la planteada circunstancia eximente incompleta de enajenación mental de Luis Miguel , hecho quinto del objeto del veredicto que los jurados declararon, también por unanimidad, no probada, indica que los elementos probatorios en que se fundaron los jurados son los mismos ya expuestos respecto del hecho cuarto del objeto del veredicto.

También recoge la sentencia que los jurados resaltaron en su motivación el hecho de que media hora antes del ataque, hallándose madre e hija durmiendo en la habitación del acusado y éste en el salón, él le mandó a ella un mensaje por la aplicación Whatsapp pidiendo que fuera a practicarle sexo oral.

Este dato, que, según la sentencia fue reconocido por el acusado, más que de un estado de desorganización mental representa para el Magistrado, un gesto de normalidad que desacredita, junto con el resto de las pruebas reseñadas, que la culpabilidad del acusado estuviera reducida por un trastorno mental que mermara sus facultades.

Como resalta el Tribunal Superior, resulta de cuanto ha quedado expuesto que, tanto el veredicto como la sentencia, han sido debidamente motivados, de forma sucinta pero clara y completa en el primer caso, y extensa y pormenorizada en la sentencia dictada por el Presidente del Tribunal del Jurado, cuyas conclusiones se han basado en pruebas documentales y personales válidamente obtenidas y practicadas, ajustándose el juicio de inferencia realizado a tal fin a las reglas de la lógica, a los principios de la experiencia y a los parámetros de racionalidad y ponderación exigibles.

Y, como acertadamente afirma el Tribunal Superior de Justicia, la necesidad de valorar toda la prueba, no implica que deban citarse en la sentencia todas y cada una de las pruebas, incluidas aquellas accesorias o marginales; tampoco a detallar uno por uno cada elemento probatorio y solo cuando los elementos de descargo arrojan una calidad informativa relevante que no queda sin más descartada por la valoración de la prueba de cargo o por su apabullante fuerza demostrativa, y, además, sugieren objeciones de peso en la hipótesis inculpatoria que conducirían de forma inexorable a conclusiones distintas, se hace imprescindible una explicitación de las razones por las que no se consideran concluyentes las pruebas de descargo (SSTS de 12 diciembre de 2006 y de 25 mayo de 2011), lo que no es el caso y el derecho a la tutela judicial efectiva ha quedado salvaguardado porque consta en la decisión del Jurado y en la sentencia que después de un juicio celebrado con plenas garantías ha existido una decisión motivada comprensible a las partes y, en general, a la sociedad y el fundamento de la misma es racional, sin que deba confundirse la alusión a ese derecho a la tutela judicial efectiva con una simple discrepancia en la valoración de la prueba disponible.

En definitiva, no podemos en esta instancia casacional, sustituir la apreciación probatoria del Tribunal del Jurado cuando esta ha sido razonada con absoluta pulcritud, basándose en elementos objetivos y en los informes obrantes en autos, practicados en el juicio oral, tal y como hemos dejado transcrito más arriba.



Tampoco existen elementos en el factum de donde deducir una situación de inimputabilidad como consecuencia de un trastorno mental transitorio, que no solamente ya que no tiene base patológica, pero aunque consideremos que no es precisa esta base mental, conforme a nuestra jurisprudencia, es lo cierto que no tuvo una duración breve, conforme a los informes forenses, ni existe elemento alguno de donde poder deducir tal aparición repentina, cuando instantes previos, el acusado había lanzado mensaje de contenido sexual a Vicenta , que no revelan anomalía o alteración mental alguna, ni permanente ni eposódica.

En consecuencia, el motivo no puede ser estimado.

QUINTO.- Tras la renuncia al motivo cuarto, el motivo quinto, formalizado al amparo de lo autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , y tras invocar el recurrente la STS 82/2019 (sic), debe ser 716/2018, de 16 de enero de 2019 , denuncia la aplicación de la agravante hipercualificada del art. 140.1.1ª C.P . que conlleva la imposición de la pena de prisión permanente revisable, alegando la infracción del principio *non bis in idem*, debiendo subsumirse la conducta en el tipo punitivo del art. 139.1.1ª C.P . que ya contiene la agravante de alevosía (en su doble modalidad sorpresiva y desvalimiento) y especial vulnerabilidad de la víctima como elementos típicos, sin que proceda en consecuencia la pena referida.

En el caso actual, como resulta del relato fáctico antes transcrito, la sentencia ha estimado que concurre la modalidad de alevosía por desvalimiento al recaer la acción homicida sobre una niña de 17 meses de edad.

Y lo primero que debe ponerse de manifiesto es que esta es una cuestión nueva, puesto que no fue planteada en el recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y ni siquiera en la Audiencia Provincial, como igualmente pone de manifiesto el Presidente del Tribunal del Jurado en su sentencia.

En efecto, la sentencia del Presidente del Tribunal del Jurado, en el Fundamento Jurídico Cuarto señala:

En el auto de hechos justiciables de 16 de abril de 2018, el que suscribe depuró la calificación jurídica de los hechos, conforme dispone el artículo 37.c de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado , de modo que los relativos a Marí Jose quedaron a enjuiciar como delito de asesinato con alevosía de una persona menor de 16 años, previsto y penado en los artículos 139.1.1º y 140.1.1º del Código Penal . Sobre esta calificación jurídica no hay controversia entre las partes, todas están concordes.

En efecto, no hay debate sobre que Marí Jose tenía 17 meses de edad, un peso de 11 kilogramos y 84 centímetros de estatura, y estos solos datos revelan la concurrencia de la llamada alevosía por desvalimiento. Era inherente a su condición la imposibilidad de defenderse del acusado, la absoluta incapacidad de defensa frente a él. La jurisprudencia es reiterada y unánime en considerar alevoso el ataque contra la vida de un niño de corta edad (v.gr. Ss.TS. nº 657/2008, de 24 de octubre, nº 978/2007, de 5 de noviembre, o nº 772/2004, de 16 de junio, entre otras). Y resulta evidente el conocimiento por parte del acusado de la indefensión de la niña y el aprovechamiento de esa situación, puesto que Marí Jose no podía repeler la agresión y resultó fácil levantar del suelo sus 11 kilogramos de peso y arrojarla por la ventana. La propia selección de la víctima ya le garantizaba una ejecución sin riesgos (vid. S.TS. nº 227/2014, de 19 de marzo).

El Tribunal Superior de Justicia del País Vasco no trata de esta cuestión, puesto que el recurrente no invocó el *bis in idem* que ahora demanda novedosamente.

Y lo hace ahora, en casación, de la mano de la Sentencia 716/2018, de 16 de enero de 2019 , que resuelve un caso que es diferente al ahora enjuiciado.

En efecto, en dicha Sentencia se relata que el acusado, en la fecha de autos, se dirigió al domicilio de la víctima, de 66 años de edad, que padecía una discapacidad como consecuencia de un DIRECCION003 a nivel del tronco encefálico que había sufrido hacía años y que le provocaba una alteración del lenguaje y marcha inestable, lo que determinaba una capacidad de reacción más lenta y torpe, aspecto éste conocido por el procesado, y cuando el mismo se encontraba dentro de la casa, con la intención de acabar con su vida, le asestó varias puñaladas y golpes con diversos objetos hasta causarle la muerte por la grave pérdida de sangre. En concreto, de forma sorpresiva e inesperada, se abalanzó sobre él portando un cuchillo y empujándolo hasta el final del pasillo, lo que provocó que cayera al suelo y quedara tumbado boca arriba, consciente de que con todo ello se aseguraba deliberadamente de causarle la muerte sin el peligro que para su integridad física pudiera provenir de una defensa por parte de la víctima, propinándole más de 30 puñaladas con el cuchillo que llevaba y otros que cogió de su vivienda.

En definitiva, en el caso de la Sentencia citada, la víctima no era un bebé, como en nuestro caso, sino una persona adulta, que padecía una discapacidad, de la que puede deducirse, o no, una situación de desvalimiento, lo que fue analizado en la Sentencia de referencia, para llegar a la conclusión del *non bis in idem* que allí se declara, pero llevando a cabo declaraciones acerca de las similitudes y diferencias, de la circunstancia hipercualificante, en tanto que la víctima sea menor de dieciséis años de edad, o se trate de una persona



especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad (art. 140.1ª), con la alevosía y el abuso de superioridad. Esas diferencias resultan de la Sentencia invocada por el recurrente.

En definitiva, en el precedente citado, la Sentencia se refiere a una víctima adulta cuyo desvalimiento se predica de sus condiciones físicas de reacción, como se pone de relieve en la Sentencia citada, y en nuestro caso, se trata de un bebé de 17 meses de edad.

SEXTO. - El art. 139 del Código Penal, dispone, tras la modificación operada por LO 1/2015, de 30 de marzo, que:

1. Será castigado con la pena de prisión de quince a veinticinco años, como reo de asesinato, el que matare a otro concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:

1.ª Con alevosía.

2.ª Por precio, recompensa o promesa.

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

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

2. Cuando en un asesinato concurren más de una de las circunstancias previstas en el apartado anterior, se impondrá la pena en su mitad superior.

Y el art. 140, con esa propia modificación legal:

1. El asesinato será castigado con pena de prisión permanente revisable cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:

1.ª Que la víctima sea menor de dieciséis años de edad, o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad.

2.ª Que el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima.

3.ª Que el delito se hubiera cometido por quien perteneciere a un grupo u organización criminal.

2. Al reo de asesinato que hubiera sido condenado por la muerte de más de dos personas se le impondrá una pena de prisión permanente revisable. En este caso, será de aplicación lo dispuesto en la letra b) del apartado 1 del artículo 78 bis y en la letra b) del apartado 2 del mismo artículo.

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

En nuestro caso, el hecho ha sido calificado de asesinato, dada la edad de la menor, que le imposibilitaba para la defensa, y además, dado lo imprevisible del suceso, ya que la madre, que se constituye como garante de la vida de la niña, se ve sorprendida por el ataque del agresor, el cual "de manera sorpresiva y sin que esta pudiera evitarlo, la lanzó por la ventana a través del hueco del cristal que previamente había roto" (hechos probados). De manera que queda justificada la imposición de la prisión permanente revisable, que aquí debe mantenerse, pues se traduce en una agravación por la mayor antijuridicidad de la acción.

En efecto, como ha razonado el Ministerio Fiscal en esta instancia casacional, y no ha combatido la defensa, el ataque fue sorpresivo. El acusado no anunció su propósito (como sí lo hizo respecto a Vicenta), no hubo prolegómenos o actos previos de los que deducir tal reacción inesperada (golpes sobre la menor, o persecución de la misma, etc.); sin más, en medio de la agresión en varias fases que sufrió la madre, el bebé se puso al alcance de Luis Miguel y éste la defenestró en un gesto súbito, inesperado e imprevisto. Por tanto, concurre, además, la denominada alevosía sorpresiva. Así se deduce de los hechos que los jurados han declarado probados.

Ni la madre pudo hacer nada por defender a su hija, ni la niña pudo salir corriendo ante el ataque tan inesperado del agresor.



Esta conclusión determinó, al concretar la penalidad, en el Fundamento Jurídico Sexto de la Sentencia de la Audiencia, que la pena a imponer por el asesinato de Marí Jose , fuera la de prisión permanente revisable. Y como se expone igualmente en la misma, la defensa estuvo de acuerdo con la calificación del hecho como asesinato de los artículos 139.1.1 ° y 140.1.1° del Código Penal .

La condición de la víctima menor de 16 años de edad, y en el caso, de 17 meses de existencia, supone un fundamento distinto que justifica la decisión del legislador, y que no supone un *bis in idem* que impida la aplicación del art. 140.1.1° del Código Penal .

El Ministerio Fiscal en esta instancia casacional argumenta que, en realidad, existen dos hechos diferenciados, uno que convierte el homicidio en asesinato y otro que agrava el asesinato, y por consecuencia de ello, no nos hallamos en el caso de que una única circunstancia sea valorada dos veces para agravar doblemente la punición de la conducta del acusado. Nosotros consideramos también que concurre un diferente fundamento jurídico para la agravación que determina la prisión permanente revisable. Y así lo hemos declarado ya con anterioridad en nuestra STS 520/2018, de 31 de octubre de 2018 , en donde leemos que concurre un fundamento diferente para cada una de las dos cualificaciones (alevosía, vulnerabilidad) que, por tanto, resultan compatibles: a) La alevosía se aprecia en virtud de la forma de comisión delictiva (sorpresa e inopinada), un estrangulamiento inesperado con un cable, que no dejaba capacidad de reacción. Habría alevosía fuese cual fuese la edad y condición de la víctima. b) La agravación de especial vulnerabilidad se basa en la ancianidad y situación de la víctima.

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

Y aunque -sigue razonando tal Sentencia-, ciertamente el apartado 1.1ª del artículo 140 suscita problemas de deslinde con la alevosía (vid. STS 80/2017, de 10 de febrero), la solución no pasa inevitablemente por un *reformateo* del concepto actual de la alevosía o un replanteamiento de sus fronteras o perfiles, *ni por el vaciado de contenido en la práctica del art. 140.1.1ª CP* .

Y se añade en tal resolución judicial: "Una buena 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 carecería de sentido la previsión del homicidio agravado que recoge el vigente art. 138.2 a) CP . El homicidio agravado por razón de las condiciones 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 (homicidio sobre un adolescente de 15 años capaz ya de desplegar su propia defensa, o en niños en compañía de personas que las protegen ...)".

En nuestro caso, ni puede llevarse a efecto una interpretación que, como ya hemos dicho, deje vacío de contenido en la práctica del art. 140.1.1ª del Código Penal , ni puede imaginarse un caso más claro en donde proceda la prisión permanente revisable que el legislador ha concebido para sancionar estos hechos. No aplicarla en este caso, sería no aplicarla nunca con niños. Y es claro que la interpretación judicial no puede dejar sin efecto el sentido de la norma.

Obsérvese que es posible un homicidio agravado cuando no concurra las condiciones del asesinato, pero sí la protección especial que dispensa a ciertas víctimas el art. 140.1.1ª del Código Penal . Y así lo dispone con toda claridad el art. 138.2 a) cuando se den en la comisión de un homicidio alguna de las circunstancias del apartado 1 del art. 140 del Código Penal .

En síntesis, en el supuesto de autos, la concurrencia de la alevosía de desvalimiento, determinó la calificación del asesinato del art. 139.1 CP , pero al recaer sobre persona especialmente vulnerable por razón de su edad, menor de 16 años (art. 140.1.1ª CP), el Magistrado-Presidente entendió que la pena resultante era la de prisión permanente revisable. Al decidir de este modo consideró correctamente que no se producía una doble valoración de la misma circunstancia, sino un distinto fundamento de la punición.

No existe, pues, infracción de ley. Se ha aplicado el art. 140-1.1° del Código Penal , y esta aplicación se encuentra dentro de los márgenes de interpretación que concede la ley penal al Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado, conforme a las peticiones de las partes. En el caso, el Ministerio Fiscal y la acusación particular solicitaron tal pena.

Además, la solución ofrecida por el Presidente del Tribunal del Jurado debe ser confirmada al no darse una identidad fáctica con lo resuelto en el supuesto invocado ahora en casación por la parte recurrente (STS 716/2018, de 16 de enero de 2019 .)



Por lo demás, el Tribunal Superior de Justicia no se pronunció sobre la cuestión debatida al no plantearse en esa instancia, pues como el mismo recurrente reconoce, "la defensa estuvo de acuerdo con la misma", dato a tener en cuenta en la resolución del recurso.

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

En nuestro caso, la indefensión proviene del desvalimiento que caracteriza a los ataques a un bebé de meses, por la especial situación de la vulnerabilidad de la víctima.

Mientras que el fundamento de la prisión permanente revisable radica en la especial protección de los menores de 16 años (o resto de personas vulnerables) más que sancionar el mayor reproche derivado del aseguramiento buscado por el autor frente a posibles reacciones defensivas, que es el fundamento de la alevosía.

De este modo la situación de desvalimiento, integraría la situación de indefensión que permitió la estimación de la circunstancia de alevosía y en todo caso, como parece apuntar la sentencia recurrida, cabría escindir las diversas modalidades de la alevosía, para entender que en todo caso la sorpresiva siempre podría cualificar el asesinato y la menor edad lo hipercualificaría.

No tendría sentido castigar con la pena de prisión permanente revisable la muerte alevosa de un menor de 15 años, cuya alevosía quedara prefijada como consecuencia de un ataque sorpresivo frente a víctima menor de 16 años, y por consiguiente no desvalido, pues en tal caso no podría alegarse *non bis in idem*, al ser el fundamento distinto, y sancionar, en cambio, el hecho que ahora revisamos relativo a la muerte de un bebé de 17 meses de edad con una pena menor.

En definitiva, no ha existido infracción de ley, y en consecuencia, el motivo no puede prosperar.

SÉPTIMO.- Al proceder la desestimación del recurso se está en el caso de condenar en costas procesales a la parte recurrente (art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

FALLO

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

1º.- DESESTIMAR el recurso de casación interpuesto por la representación legal del encausado **DON Luis Miguel**, contra Sentencia 51/2018, de 19 de diciembre de 2018 de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, dictado en el Rollo de Apelación 78/2018, formulado frente a la Sentencia del Tribunal del Jurado constituido en el ámbito de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Vitoria-Gasteiz, núm. 278/2018, de 25 de septiembre de 2018.

2º.- CONDENAR al recurrente al pago de las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por su recurso.

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

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

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Francisco Monterde Ferrer

Pablo Llarena Conde Vicente Magro Servet