



Roj: **STS 797/2023 - ECLI:ES:TS:2023:797**

Id Cendoj: **28079120012023100161**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **08/03/2023**

Nº de Recurso: **10479/2022**

Nº de Resolución: **159/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación penal**

Ponente: **CARMEN LAMELA DIAZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ ICAN 961/2022,**
STS 797/2023

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 159/2023

Fecha de sentencia: 08/03/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10479/2022

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 07/03/2023

Ponente: Excm. Sra. D.^a Carmen Lamela Díaz

Procedencia: T.S.J.CANARIAS SALA CIV/PE

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

Transcrito por: Agg

Nota: Siendo aplicable la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y los artículos 236 bis y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los datos contenidos en esta comunicación y en la documentación adjunta son confidenciales, quedando prohibida su transmisión o comunicación pública por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia, sin perjuicio de las competencias del Consejo General del Poder Judicial previstas en el artículo 560.1.10^a de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

RECURSO CASACION (P) núm.: 10479/2022

Ponente: Excm. Sra. D.^a Carmen Lamela Díaz

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 159/2023

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar



D. Antonio del Moral García

D.ª Carmen Lamela Díaz

D. Leopoldo Puente Segura

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 8 de marzo de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación núm. 10479/2022 por infracción de precepto constitucional, quebrantamiento de forma e infracción de ley, interpuesto por **D. Luis Carlos**, representado por la procuradora D.ª Veneranda Rodríguez Aguiar y bajo la dirección letrada de D. Alberto Suárez Bruno, contra la sentencia núm. 50/2022, de 27 de junio, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, en el Recurso de Apelación de la Ley del Jurado núm. 44/2022, que estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el recurrente contra la Sentencia núm. 46/2022, de 17 de febrero, dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, dimanante del Procedimiento del Tribunal Jurado núm. 229/2019 del Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Arona, que le condenó como autor criminalmente responsable de un delito de asesinato con la concurrencia de circunstancia agravante de la responsabilidad criminal de parentesco. Es parte el **Ministerio Fiscal** y, como parte recurrida la **Oficina de Protección el Menor**, en condición de acusación popular, representada por la procuradora D.ª Fátima Esther de Armas Castro y bajo la dirección letrada de D. Manuel Jesús Martín Bethencourt y el **Instituto Canario de Igualdad**, en condición de acusación popular, representado por la procuradora D.ª María Granizo Palomeque y bajo la dirección letrada de D.ª Lucrecia Roldán Piñero.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª Carmen Lamela Díaz.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Arona, incoó Procedimiento del Tribunal Jurado núm. 229/2019, por delito de asesinato, contra D. Luis Carlos y una vez concluso, lo remitió para su enjuiciamiento a la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife cuya Sección Quinta dictó, en el Rollo del Tribunal Jurado núm. 43/2022, sentencia el 17 de febrero de 2022, que contiene los siguientes **hechos probados**:

"Primero.- En horas de la mañana del día 23 de abril de 2019, en un paraje aislado del término municipal de DIRECCION000 cercano al CAMINO000 a DIRECCION001, el acusado Luis Carlos agredió a su esposa Marí Trini. Con intención de causar su muerte la golpeó repetidamente con fuerza empleando tanto sus manos como alguna piedra hasta que consiguió que cayera al suelo en el interior de una cueva, momento en el que el acusado la golpeó con una piedra de unos ocho kilogramos y medio de peso hasta aplastarle el cráneo y provocar finalmente su muerte.

El acusado D. Luis Carlos para ejecutar tal hecho había conducido a su esposa y a sus dos hijos, de diez y siete años de edad, intencionadamente a un lugar aislado donde no podría recibir ayuda alguna de terceras personas, sin que Da. Marí Trini tuviera posibilidad de defensa efectiva, dada la desproporción de fuerzas con el acusado y el contexto en el que se produjo el ataque.

El acusado D. Luis Carlos estaba casado y en procedimiento de separación con D.ª Marí Trini.

Segundo.- En horas de la mañana del día 23 de abril de 2019, en un paraje del término municipal de DIRECCION000 cercano al CAMINO000 a DIRECCION001, el acusado Luis Carlos agredió a su hijo de diez años de edad Evelio, quien trataba de defender a su madre de los golpes que recibía por parte del acusado, siendo Evelio violenta y reiteradamente golpeado por su padre con las manos y utilizando piedras hasta que el mismo cayó al suelo en el interior de una cueva, momento en el que el acusado le golpeó en la cabeza con una piedra de unos ocho kilogramos y medio de peso, causando intencionadamente su muerte a consecuencia de los múltiples traumatismos en el cráneo.

El acusado D. Luis Carlos para ejecutar tal hecho había conducido a su esposa y a sus dos hijos, de diez y siete años de edad, intencionadamente a un lugar aislado donde no podría recibir ayuda alguna de terceras personas, sin que Evelio tuviera posibilidad de defensa efectiva, dada la desproporción de fuerzas con el acusado y el contexto en el que se produjo el ataque.

El acusado D. Luis Carlos mató a su hijo Evelio causándole de manera consciente un tremendo sufrimiento no necesario para acabar con la vida del mismo.

El acusado D. Luis Carlos era padre del menor Evelio.



Tercero.- El día 23 de abril de 2019, en horas de la mañana, el acusado Luis Carlos intentó acabar con la vida de su hijo de siete años de edad Humberto , conduciéndolo junto con su esposa y el hijo también común Evelio de diez años de edad a un paraje aislado del término municipal de DIRECCION000 cercano al CAMINO000 a DIRECCION001 . Tras presenciar el menor Humberto que su padre el acusado agredía a su madre Marí Trini y a su hermano Evelio decidió huir del lugar, dejándolo el acusado a su suerte en la creencia de que su hijo Evelio no sobreviviría dado su desconocimiento de un terreno angosto y solitario.

El menor Humberto vagó al azar durante al menos dos horas en las que recorrió más de cuatro kilómetros, siendo hallado hacia las 16:00 horas en la zona de DIRECCION002 .

El acusado D. Luis Carlos para ejecutar tal hecho había conducido a su esposa y a sus dos hijos, de diez y siete años de edad, intencionadamente a un lugar aislado donde no podría recibir ayuda alguna de terceras personas, sin que Humberto tuviera posibilidad de defensa efectiva, dada su edad y su desconocimiento del terreno.

El acusado D. Luis Carlos era padre de Humberto ."

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente **pronunciamiento**:

"1) Que debo condenar y condeno a D. Luis Carlos , como autor criminalmente responsable de un delito de asesinato con alevosía, concurriendo la circunstancia agravante de la responsabilidad criminal de parentesco, a las penas de veintitrés años de prisión, e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, a la medida de libertad vigilada por tiempo superior de diez años, a cumplir con posterioridad a la pena de privativa de libertad, debiendo indemnizar en concepto de responsabilidad civil a los herederos de la fallecida D^a. Marí Trini en la cantidad de ciento cincuenta mil euros (150.000) distribuidos de la siguiente forma; setenta y cinco mil euros (75.000) a los padres de D^a. Marí Trini y setenta y cinco mil euros (75.000) al menor Humberto a través de su representante legal; y más los intereses legales conforme a lo dispuesto en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como al abono de las costas procesales.

2) Que debo condenar y condeno a D. Luis Carlos , como autor criminalmente responsable de un delito de asesinato con alevosía y ensañamiento, concurriendo la circunstancia agravante de la responsabilidad criminal de parentesco, a las penas de prisión permanente revisable e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, a la medida de libertad vigilada por tiempo de diez años, a cumplir con posterioridad a la pena privativa de libertad, debiendo indemnizar en concepto de responsabilidad civil a los herederos del menor fallecido Evelio en la cantidad de ciento cincuenta mil euros (150.000) distribuidos de la siguiente forma; setenta y cinco mil euros (75.000) a los padres de D^a. Marí Trini y setenta y cinco mil euros (75.000) al menor Humberto a través de su representante legal; y más los intereses legales conforme a lo dispuesto en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como al abono de las costas procesales.

3) Que debo condenar y condeno a D. Luis Carlos , como autor criminalmente responsable de un delito de asesinato con alevosía en grado de tentativa, concurriendo la circunstancia agravante de la responsabilidad criminal de parentesco, a las penas de dieciséis años de prisión e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, a la medida de libertad vigilada por tiempo de diez años, a cumplir con posterioridad a la pena privativa de libertad, a la privación de la patria potestad, y a la prohibición de aproximarse a una distancia inferior a 500 metros respecto del menor Humberto , su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro frecuentado por el mismo y de comunicarse con él por cualquier medio, por el plazo de 10 años superior a la pena de prisión, a cumplir simultáneamente con esta, debiendo indemnizar en concepto de responsabilidad civil en la cantidad de sesenta mil euros al menor Humberto a través de su representante legal; y más los intereses legales conforme a lo dispuesto en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como al abono de las costas procesales.

Se decreta el abono, para el cumplimiento de las penas privativas de libertad, de todo el tiempo de privación de libertad que ha sufrido por razón de esta causa, desde el 23 de abril de 2019, manteniéndose la situación de prisión provisional para D. Luis Carlos en los términos ya acordados."

TERCERO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal del condenado D. Luis Carlos , dictándose sentencia por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, en fecha 27 de junio de 2022, en el Rollo de Apelación del Tribunal Jurado núm. 44/2022, cuyo **Fallo** es el siguiente:

"1. Que debemos estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Luis Carlos , contra la sentencia de fecha 17 de febrero, de 2022 dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife en el rollo 43/2021, proveniente del procedimiento de Tribunal del Jurado n.º 299/2019, del Juzgado de Violencia sobre la Mujer n.º 1 de Arona la cual se revoca ÚNICAMENTE para



suprimir el ensañamiento del artículo 139.1.3 del Código Penal en el delito de asesinato del menor Evelio , confirmando el resto de la resolución recurrida. Y declarando de oficio las costas causadas por este recurso.

2. Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal y el supeditado de apelación interpuesto por el Instituto Canario de Igualdad, contra la sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife en el rollo 43/2021, proveniente del procedimiento de Tribunal del. Jurado 299/2019, del Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Arona. Y declarando de oficio las costas causadas por estos recursos.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y demás partes personadas, haciéndoles saber que la misma no es firme, pudiendo solicitarse ante esta Sala, en el plazo de CINCO DÍAS, preparación del recurso de casación a celebrar ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo."

Y en la que consta como **hechos probados**:

"UNICO.- SE ACEPTAN LOS HECHOS PROBADOS DE LA SENTENCIA APELADA CON LA EXCEPCION SIGUIENTE:

Del párrafo "el acusado D. Luis Carlos mató a su hijo Evelio causándole de manera consciente un tremendo sufrimiento no necesario para acabar con la vida del mismo" se suprime "de manera consciente", de forma que la Sala considera probado que: el acusado D. Luis Carlos mató a su hijo Evelio causándole un tremendo sufrimiento no necesario para acabar con la vida del mismo."

CUARTO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de precepto constitucional, quebrantamiento de forma e infracción de ley, por el acusado, 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.

QUINTO.- La representación procesal del recurrente basa su recurso de casación en los siguientes motivos:

Primero.- Al amparo de los dispuesto en el art. 852 de la LECrim y art. 5.4 de la LOPJ, vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y con todas las garantías, proclamado en el art. 24.1 y 2 de la Constitución y, por inaplicación del art. 416.1 de la LECrim, dado que al menor no se le hizo la advertencia de su derecho a no declarar al momento de realizar la prueba preconstituida así como su posterior ratificación por parte del Juzgado alemán de ahí que su declaración sumarial, incorporada al juicio mediante lectura, adolezca de nulidad y no pueda ser tomada en consideración como prueba de cargo.

Segundo.- Al amparo de los dispuesto en el art. 849 1º de la LECrim, vulneración de precepto penal sustantivo al vulnerar el art. 188 apartado f de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea en relación con la realización de la prueba documental relativa a la autorización del tutor del menor.

Tercero.- Al amparo de los dispuesto en el art. 849. 1º de la LECrim, vulneración de precepto penal sustantivo al vulnerar el art. 45 de la LOTJ en relación con la admisión de la prueba documental relativa a la autorización del tutor del menor para que se admitiera la anterior prueba preconstituida.

Cuarto.- Al amparo de los dispuesto en el art. 850. 1 de la LECrim. Quebrantamiento de garantías procesales, en relación al no haber practicado la prueba solicitada en nuestro escrito de defensa relativa a la realización de una prueba PEC-TAC al encausado. Expresamente señalamos los siguientes particulares; Escrito de conclusiones provisionales de la defensa, escrito de cuestiones previas de la defensa de 11 de mayo de 2021, Auto de la Audiencia Provincial de Tenerife de 27 de mayo de 2021, Auto de la Audiencia Provincial de Tenerife de 27 de julio de 2021, escrito alegaciones defensa de 13 de septiembre de 2021, auto de la Audiencia Provincial de Tenerife de 1 de octubre de 2021, escrito de protesta formal de la defensa de fecha 28.10.2021.

Quinto.- Al amparo de los dispuesto en el art. 850. 1 de la LECrim. Quebrantamiento de garantías procesales, en relación al no haber practicado la prueba relativa al informe pericial aportado de parte en el escrito de defensa, consistente en un Informe Criminológico sobre los hechos y en particular sobre las circunstancias que rodearon los acontecimientos. Expresamente se designan como particulares el informe pericial del Criminólogo D. Jesús Luis unido a nuestro escrito de conclusiones provisionales de la defensa, Auto de 1 de octubre de 2021 dimanante de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Tenerife, Escrito de formal protesta de la defensa de fecha 28.08.2021, grabaciones de las sesiones del juicio del Tribunal del Jurado, Acta del veredicto del jurado.

Sexto.- Al amparo de los dispuesto en el art. 849 1º de la LECrim, vulneración de precepto penal sustantivo al infringir los arts. 45, 46, 37, 34 y 29 de la LOTJ en relación con el art. 726 de la LECrim, todo ello relacionado con la admisión de la prueba documental gráfica relativa a las fotos de la autopsia de D.^a Marí Trini .



Séptimo.- Al amparo de los dispuesto en el art. 852 de la LECrim. y el art. 5.4 de la LOPJ. Infracción de precepto constitucional relativo a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, proclamado en el art. 24. 1 y 2 de la Constitución, dado que al no conocer la prueba documental gráfica del Instituto de Medicina Legal, se cercenó la posibilidad de aportar pericial al respecto en el momento procesal oportuno.

Octavo.- Al amparo de los dispuesto en el art. 850. 1 de la LECrim. Quebrantamiento de garantías procesales, en relación al no haber practicado la ampliación de la prueba relativa a la existencia de restos biológicos en las uñas de las víctimas. Expresamente señalamos los siguientes particulares: Dictamen del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses con sede en Canarias de 15 de mayo de 2019, Dictamen NUM000 del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses con sede en Canarias de 8 de abril de 2021, Diligencia de ordenación de 8 de abril de 2021, diligencia de 12 de abril de 2021 (Juzgado de Violencia sobre la mujer de Arona), Auto de 17 de abril 2021 (Juzgado Violencia sobre la mujer Arona), Escrito de alegaciones de la defensa presentado en fecha 16 de abril de 2021 Escrito de recurso de reforma de la defensa de fecha 22 de abril de 2021, diligencia de ordenación de 12 de mayo de 2021 Juzgado de violencia sobre la mujer de Arona, Auto de 12 de mayo de 2021 (Juzgado de violencia sobre la mujer de Arona), Escrito de alegaciones de la defensa presentado en fecha 24 de mayo de 2021, Auto de 27 de mayo de 2021 (Audiencia Provincial de Sta. Cruz de Tenerife), Auto de 23 de junio de 2021 (Audiencia Provincial de Sta. Cruz de Tenerife), Auto de 27 de julio de 2021 (Audiencia Provincial de Sta. Cruz de Tenerife), Escrito de alegaciones de la defensa de 12 de enero de 2022.

Noveno.- Al amparo de los dispuesto en el art. 852 de la LECrim y el art. 5.4 de la LOPJ. Infracción de precepto constitucional relativo a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, previsto en el art. 24.2 de la CE, porque, atendida la prueba practicada en el juicio carece de toda base racional y con ausencia de las reglas de la lógica, máximas de experiencia y conocimientos científicos, la aplicación indebida de la agravante de la alevosía recogida en el art. 22 1ª del CP, frente a la víctima D.ª Marí Trini .

Décimo.- Al amparo de los dispuesto en el art. 852 de la LECrim y el art. 5.4 de la LOPJ. Infracción de precepto Constitucional relativo a vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, previsto en el art. 24.2 de la CE, porque, atendida la prueba practicada en el juicio carece de toda base racional y con ausencia de las reglas de la lógica, máximas de experiencia y conocimientos científicos la inaplicación del art. 20.1 del CP, o subsidiariamente el art. 21.1 del mismo texto legal o subsidiariamente a lo anterior la aplicación del art. 21.3, todos ellos del vigente Código Penal Expresamente desistimos del apartado décimo de presente recurso.

Undécimo.- Al amparo de los dispuesto en el art. 852 de la LECrim y el art. 5.4 de la LOPJ. Infracción de precepto constitucional relativo a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, previsto en el art. 24.2 de la CE, porque, atendida la prueba practicada en el juicio carece de toda base racional y con ausencia de las reglas de la lógica, máximas de experiencia y conocimientos científicos la aplicación indebida de la agravante de la alevosía recogida en el art. 22. 1ª del Código Penal, frente al menor Evelio .

Duodécimo.- Al amparo de los dispuesto en el art. 852 de la LECrim y el art. 5.4 de la LOPJ Infracción de precepto constitucional relativo a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, previsto en el art. 24.2 de la CE, porque, atendida la prueba practicada en el juicio carece de toda base racional y con ausencia de las reglas de la lógica, máximas de experiencia y conocimientos científicos la estimación de la calificación de tentativa de asesinato frente al menor Humberto .

Decimotercero.- Al amparo de los dispuesto en el art. 852 de la LECrim y el art. 5.4 de la LOPJ. Infracción de precepto constitucional relativo a vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, previsto en el art. 24.2 de la CE, porque, atendida la prueba practicada en el juicio carece de toda base racional y con ausencia de las reglas de la lógica, máximas de experiencia y conocimientos científicos la aplicación indebida de la agravante de la alevosía recogida en el art. 22 1ª del CP, frente al menor Humberto .

Decimocuarto.- Al amparo de los dispuesto en el art. 852 de la LECrim y el art. 5.4 de la LOPJ. Infracción de precepto constitucional relativo a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, previsto en el art. 24.2 de la CE, porque, atendida la prueba practicada en el juicio carece de toda base racional y con ausencia de las reglas de la lógica, máximas de experiencia y conocimientos científicos la inaplicación del art. 20.1 del CP, o subsidiariamente el art. 21.1 del mismo texto legal o subsidiariamente a lo anterior la aplicación del art. 21.3 todos ellos del vigente Código Penal.

Decimoquinto.- Al amparo de los dispuesto en el art. 852 LECrim y el art. 5.4 de la LOPJ Infracción de precepto constitucional relativo a la por vulneración al derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE en su vertiente del derecho al juez imparcial. Expresamente desistimos de este argumento exculpatario, anunciados por esta parte.



SEXTO.- Instruidas las partes, el Ministerio Fiscal y las partes recurridas, solicitan la inadmisión de todos los motivos, impugnándolos subsidiariamente; Evacuado el traslado del art. 882, párrafo segundo, de la LECrim por la representación procesal del recurrente, la Sala admitió el recurso de casación, quedando conclusos los autos para el señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 7 de febrero de 2023.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. El recurrente, D. Luis Carlos ha sido condenado en sentencia confirmada en parte en apelación por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, como autor de los siguientes delitos:

1) un delito de asesinato con alevosía, concurriendo la circunstancia agravante de la responsabilidad criminal de parentesco, a las penas de veintitrés años de prisión, e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, a la medida de libertad vigilada por tiempo superior de diez años, a cumplir con posterioridad a la pena de privativa de libertad, debiendo indemnizar en concepto de responsabilidad civil a los herederos de la fallecida D.^a Marí Trini en la cantidad de ciento cincuenta mil euros (150.000) distribuidos de la siguiente forma; setenta y cinco mil euros (75.000) a los padres de D.^a Marí Trini y setenta y cinco mil euros (75.000) al menor Humberto a través de su representante legal; y más los intereses legales conforme a lo dispuesto en el art. 576 LEC, así como al abono de las costas procesales.

2) un delito de asesinato con alevosía, concurriendo la circunstancia agravante de la responsabilidad criminal de parentesco, a las penas de prisión permanente revisable e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, a la medida de libertad vigilada por tiempo de diez años, a cumplir con posterioridad a la pena privativa de libertad, debiendo indemnizar en concepto de responsabilidad civil a los herederos del menor fallecido Evelio en la cantidad de ciento cincuenta mil euros (150.000) distribuidos de la siguiente forma; setenta y cinco mil euros (75.000) a los padres de D.^a Marí Trini y setenta y cinco mil euros (75.000) al menor Humberto a través de su representante legal; y más los intereses legales conforme a lo dispuesto en el art. 576 LEC.

3) un delito de asesinato con alevosía en grado de tentativa, concurriendo la circunstancia agravante de la responsabilidad criminal de parentesco, a las penas de dieciséis años de prisión e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, a la medida de libertad vigilada por tiempo de diez años, a cumplir con posterioridad a la pena privativa de libertad, a la privación de la patria potestad, y a la prohibición de aproximarse a una distancia inferior a 500 metros respecto del menor Humberto, su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro frecuentado por el mismo y de comunicarse con él por cualquier medio, por el plazo de 10 años superior a la pena de prisión, a cumplir simultáneamente con esta, debiendo indemnizar en concepto de responsabilidad civil en la cantidad de sesenta mil euros al menor Humberto a través de su representante legal; y más los intereses legales conforme a lo dispuesto en el art. 576 LEC, y al abono de las costas procesales.

2. El recurso se dirige contra la sentencia núm. 50/2022, de 27 de junio, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias, en el Rollo de Apelación de la Ley del Jurado 44/2022, sentencia que estimó en parte el recurso de apelación interpuesto por el recurrente contra la sentencia núm. 46/2022, de 17 de febrero, dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, en el Rollo del Procedimiento del Tribunal del Jurado núm. 43/2021.

3. Antes de entrar en el estudio del recurso, debemos recordar la naturaleza del recurso de casación en relación a los juicios competencia del Tribunal del Jurado.

Conforme señala la sentencia de esta Sala Segunda núm. 811/2016, de 28 de octubre, con remisión expresa a las sentencias núm. 660/2000, de 12 de diciembre, 1126/2003 de 19 de septiembre, y a las más recientes 41/2009, de 20 de enero, 168/2009, de 12 de febrero y 717/2009, de 17 de junio, 85/2012, 136/2012, 903/2012, de 21 de noviembre, 1027/2012, de 18 de diciembre, 302/2013, de 27 de marzo, 721/2013, de 1 de Octubre y 127/2015, de 3 de marzo, en sus orígenes históricos, la casación no era sino un control de legalidad referido a la interpretación y aplicación de la Ley por los Tribunales, a efectuar por el Tribunal de Casación que en funciones de verdadera "policía jurídica" depuraba y eliminaba aquellas resoluciones judiciales que se apartaban de la interpretación correcta fijada, precisamente por la Sala de Casación, que de este modo se convertía en garante y custodio del principio de seguridad jurídica, esencial en todo sistema jurídico y al que se refiere el artículo 9 apartado 3 de la Constitución en términos de existencia y de efectividad "...la Constitución garantiza... la seguridad jurídica..." de ahí su naturaleza de recurso extraordinario. Con ello se garantizaba, igualmente el principio de igualdad ante la Ley, pues quedaba garantizada una idéntica interpretación y aplicación de la misma en todos los procesos.



Es precisamente en referencia a los juicios del Tribunal del Jurado que esa nota brilla con luz propia en la medida que la casación descansa sobre el recurso de apelación.

En acatamiento estricto al principio de doble instancia reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 1966 y también en el Protocolo VII al convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 22 de Noviembre de 1984, ratificado por España el 15 de Octubre de 2009, se articula en la Ley del Jurado un recurso de apelación que, en palabras de la Exposición de Motivos, "...aspira a colmar el derecho al doble examen o doble instancia en tanto su régimen cumple suficientemente con la exigencia de que tanto el fallo condenatorio como la pena impuesta sean sometidas a un Tribunal Superior...", lo que permite resituar la casación en su propia función de control de la interpretación y aplicación de la Ley -principio de legalidad y seguridad jurídica- máxime en casos en el que los motivos son por Infracción de Ley.

De lo expuesto deriva con claridad que la sentencia objeto del recurso de casación es la dictada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad correspondiente, y por ello no pueden ser objeto de denuncia cuestiones ajenas a lo debatido en el recurso de apelación o, dicho de otro modo, el marco de la disidencia en el recurso de casación queda limitado por lo que fue objeto del recurso de apelación. Lo que quedó fuera del ámbito de conocimiento de la apelación no puede ser objeto del recurso de casación, en la medida que ello supondría obviar la existencia del previo control efectuado en la apelación. De este modo el control casacional se construye, precisamente, sobre lo que fue objeto del recurso de apelación.

En definitiva, el objeto del recurso de casación no está integrado por la sentencia dictada en la instancia, en la que se han valorado las pruebas con inmediatez, sino por la sentencia dictada por la Sala de Apelación del Tribunal Superior de Justicia, al resolver -y motivar- la queja sobre la insuficiencia o invalidez de las pruebas, así como sobre la falta de racionalidad con la que aquéllas han sido ponderadas. Es este proceso motivacional el que habrá de servir de base para el discurso impugnativo.

Pues bien, el recurrente reproduce en casación los mismos motivos alegados en apelación, y combate nuevamente la sentencia dictada por la Audiencia Provincial como si de una tercera instancia se tratara, sin efectuar nueva alegación que desvirtúe los razonamientos contenidos en la sentencia de apelación, lo cual podría llevar ya a la desestimación del recurso, que no obstante pasamos a examinar, teniendo en cuenta los intereses en conflicto y la gravedad de la condena a la que se enfrenta el acusado.

SEGUNDO.- 1. El primer motivo del recurso se deduce por vulneración de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en el art. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim., por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y con todas las garantías, proclamado en el art. 24.1 y 2 CE, y, por inaplicación del art. 416.1 LECrim.

A través de este motivo interesa la nulidad de la prueba preconstituida relativa a la declaración del menor Humberto , al entender que no se realizó con las debidas garantías procesales.

Denuncia que no se practicó prueba de madurez de ningún tipo por parte de los psicólogos para determinar el grado de ésta y la credibilidad de la narración que de los hechos hizo el menor, así como que no se informó a los representantes legales del menor (concretamente a los abuelos), ni a las instituciones que correspondieran en aquel momento, la posibilidad que ofrecía la dispensa determinada en la Ley. Tampoco se designó defensor judicial para el menor que pudiera haber intervenido en la causa.

Explica que la Audiencia Provincial remitió una orden europea de investigación a fin de que, con audiencia del menor Humberto , se determinase su capacidad para entender el sentido de la dispensa o renuncia a declarar como testigo en la fase de Juicio Oral, por razón de su parentesco con el encausado Luis Carlos , así como que, en el caso de considerar que contaba con capacidad de decisión suficiente, fuera informado de los hechos que motivaban la acusación, de su condición de testigo en el proceso, así como del derecho que le asistía a rehusar declarar como testigo en el proceso en el que se dirigía acusación contra su padre Luis Carlos .

Continúa relatando que el Juzgado de Kamenz, al que correspondió la ejecución de la euroorden, negó la realización de la prueba, por entender, conforme a su ley, que el menor no tenía la madurez necesaria, todo ello sin necesidad de acudir a expertos.

Finalmente la prueba fue visionada en el Plenario, tras haber sido impugnada por la defensa del recurrente y formulado la oportuna protesta al inicio de las sesiones del juicio.

A su juicio, la citada prueba no cumplía las formalidades propias de las pruebas del juicio oral, debiendo haberse practicado en el Juzgado de Instrucción la prueba de madurez del menor para poder decidir sobre la dispensa a declarar que le reconoce la ley, antes de proceder a su exploración.



Indica, además, que el propio Juzgado alemán exhortado, no realizó la prueba solicitada, con lo cual, el propio mandato de la Sección Quinta que intentaba dar validez a la citada prueba, fue declinado por el Tribunal, por lo que entiende que debería de haberse excluido la prueba del acto del juicio oral.

Sostiene asimismo que la visualización de la declaración del menor en el Juicio Oral le ha causado indefensión al constituir la base de los hechos probados.

Considera además que el Tribunal Superior de Justicia no resolvió sobre el debate jurídico planteado que no era otro sino la circunstancia jurídica relativa a que el propio Juzgado alemán exhortado no practicó la prueba solicitada, con lo cual, el propio mandato de la Sección Quinta que intentaba dar validez a la citada prueba, no fue realizado. Estima que el umbral de madurez, en cada caso, debe de someterse a valoración por el Tribunal español y no del alemán, y, en caso de negar dicho derecho a la dispensa por entender que el menor no tiene la madurez necesaria, dicha decisión deberá motivarse y razonarse adecuadamente exponiendo el porqué de dicha negativa, debiendo ser objeto de interpretación restrictiva y motivada la limitación de aquel derecho. Cita en apoyo de su pretensión la sentencia de esta Sala núm. 205/2018, de 25 de abril.

Concluye solicitando que se declare la nulidad de todo lo actuado, debiendo celebrarse un nuevo juicio y con diferente Jurado.

2. La queja del recurrente fue articulada en el previo recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Tribunal del Jurado y desestimada por la sentencia del Tribunal Superior Justicia, fundamento de derecho segundo, con argumentos que deben ser asumidos en su totalidad.

La denuncia se concreta en que no se realizó prueba de madurez por parte de los psicólogos para determinar el grado de ésta y la credibilidad de la narración que de los hechos hizo el menor, y no se informó a los representantes legales del menor, ni a las instituciones que correspondieran en aquel momento, la posibilidad que ofrecía la dispensa determinada en la Ley. Tampoco se designó defensor judicial para el menor que pudiera haber intervenido en la causa.

La Jurisprudencia de esta Sala en relación a esta cuestión, ha sido expuesta de forma exhaustiva por el Magistrado Presidente del Tribunal del Jurado y reiterada por el Tribunal Superior de Justicia, por el recurrente, al formular el presente recurso y por las acusaciones, al proceder a su impugnación. Por ello no vamos a insistir sobre ella en este momento, sin perjuicio de la referencia que a la misma realicemos al ofrecer contestación al recurrente sobre las cuestiones que plantea.

Debemos comenzar recordando que las excepciones a las dispensas de declarar a que se refiere el art. 416 LECrim, tanto en su redacción anterior a la reforma operada mediante Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, como en la redacción actual, tiene por finalidad proteger al testigo, especialmente cuando éste es menor de edad. Sus previsiones se establecen en beneficio de la capacidad de determinación del testigo, y no en beneficio del procesado.

En este sentido, nos pronunciábamos en la sentencia de Pleno de esta Sala núm. 389/2020, de 10 de julio: "Hemos dicho que la dispensa a declarar es un derecho del testigo, pero no se corresponde con derecho alguno del acusado (STS 130/2019, de 12 de marzo), y también hemos proclamado que el art. 416 LECrim. supone el desarrollo en el ámbito del proceso penal de un derecho de rango constitucional dimanante del haz de garantías del art. 24 CE. Es un derecho procesal atribuido a quien no es parte procesal: un derecho de un tercero a no declarar.

Siguiendo con esta línea de pensamiento, la STS 205/2018, de 25 de abril, reitera que el derecho a la dispensa tutela a esos terceros y no a las partes procesales. No existe un derecho del acusado a que sus parientes no declaren; sino un derecho de esos familiares a no ser compelidos a declarar (vid. STC 94/2010, de 15 de noviembre). En tal Sentencia se expresa que esta consideración es esencial para no desviarnos de la recta interpretación del art. 416 LECrim. Con lenguaje calderoniano apuntaba la STS de 26 de noviembre de 1973, que el fundamento de tal previsión es sortear la colisión entre la voz de la sangre y el deber ciudadano de colaborar con la justicia.

En efecto, no es difícil encontrar una justificación de esta dispensa de declarar (vid. STS 557/2016, de 23 de junio), ya que la razón de acogerse a la dispensa queda plenamente justificada tanto por los vínculos de solidaridad entre el testigo y el acusado, lo que resulta acorde con la protección de las relaciones familiares que proclama el art. 39 de la Constitución, así como en el derecho a proteger la intimidad del ámbito familiar. En definitiva, el secreto familiar tiene su fundamento en los vínculos de solidaridad que existen entre los integrantes del vínculo familiar dentro de los límites recogidos en dicho art. 416".

Tal consideración además es compatible con los compromisos derivados de la Convención Europea de Derechos Humanos y así lo ha reconocido el Tribunal Europeo en diversas sentencias (casos Kostovski, TEDH



S. 20 de noviembre de 1989; caso Windisch, TEDH S, 27 de septiembre de 1990; caso Delta, TEDH S, 19 diciembre de 1990; caso Isgró, TEDH. S 19 de febrero de 1991; y caso Unterpertinger, TEDH S, 24 de noviembre de 1986). La última de ellas, para proteger al testigo evitando problemas de conciencia, considera que un precepto que autorice al testigo a no declarar en determinados casos no infringe el artículo 6.1 y 3 d) del Convenio.

En este mismo sentido, el Preámbulo de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, declara expresamente que las excepciones a la dispensa de la obligación de declarar que se introducen en el art. 416 LECrim, tienen como finalidad proteger en el proceso penal a las personas menores de edad o con discapacidad necesitadas de especial protección.

Se ha cuestionado por el recurrente la norma procesal que debe ser atendida para resolver la queja que plantea, esto es, el art. 416 LECrim anterior o posterior a la reforma operada por la citada Ley Orgánica 8/2021. No cabe duda que en principio y con carácter general debe aplicarse la vigente ley procesal en el momento oportuno a cada acto procesal. Ello no obstante, en nuestro caso, tal principio carece de trascendencia si atendemos a que la redacción actual del citado precepto ha recogido la doctrina de esta Sala en el sentido de que, no sólo la edad biológica, sino especialmente el grado de desarrollo y madurez del menor será esencial para predicar del mismo la capacidad para autodeterminarse en el proceso penal mediante el ejercicio de la citada dispensa o, en su caso, la renuncia a la misma.

Esta regla, como decimos, recogida también en la actual regulación, en principio parece sencilla: la dispensa no será de aplicación cuando el testigo por razón de su edad o discapacidad no pueda comprender el sentido de la dispensa. Y a continuación señala el precepto que a tal efecto, el Juez oír previamente a la persona afectada, pudiendo recabar el auxilio de peritos para resolver.

Sin embargo, subyace el problema que se planteaba en la etapa anterior a la reforma para determinar cuando el menor es suficiente para autodeterminarse en el ejercicio de la dispensa legal. Ello lógicamente dependerá no solo de su edad sino también de su desarrollo y madurez, de ahí que el precepto ordene al Juez oír previamente a la persona afectada y establezca la posibilidad ("pudiendo"), no la obligación, de que se auxilie de peritos en tal cometido.

En nuestro caso, no consta que el Juez de Instrucción oyera al menor antes de proceder a su exploración. A ello no venía obligado conforme a lo dispuesto en el art. 416 LECrim vigente en aquel momento. Tampoco queda constancia de que le advirtiera de que no tenía obligación de declarar. Ahora bien, la exploración se llevó a cabo con todas las garantías. De esta forma, se realizó con auxilio de intérprete, al no conocer el menor el idioma español, con la asistencia de dos expertos del Instituto de Medicina Legal, y con la presencia e intervención del Ministerio Fiscal, del investigado y de su defensa letrada, garantizándose con ello la preceptiva contradicción. Ninguna objeción planteó la defensa del acusado, ni entonces ni durante la instrucción de la causa, ya que conforme expresa el propio recurrente, la queja en este sentido la formuló en su escrito de conclusiones provisionales y, por tanto, cuando la instrucción había finalizado.

Además, como estimó, no solo el Juez alemán encargado de la ejecución de la euroorden, sino también el Magistrado Presidente del Tribunal del Jurado y el Tribunal Superior de Justicia, en el caso de autos, tanto la edad del menor, siete años en el momento de su exploración en instrucción, como las circunstancias entonces concurrentes, revelaban sin duda alguna y sin necesidad de acudir a especialistas, que aquel carecía de capacidad de autodeterminación para decidir sobre el ejercicio de la dispensa legal.

Así, describe el Tribunal, después de hacerse eco de la corta edad del menor, que tan solo habían pasado "seis días de los trágicos sucesos que determinaron el fallecimiento de su madre y de su único hermano, muertes que desconocía en ese momento el menor, cuyo conocimiento únicamente abarcaba a los recuerdos cercanos y a las vívidas impresiones derivadas de la agresión por parte de su padre a su madre y hermano, a quienes vio por última vez postrados en el suelo del interior de la cueva, así como de su precipitada huida por una zona ignota de una isla extraña. A esa confusión debe añadirse la trascendental significación que su relato de los hechos podía comportar, pues un testimonio incriminatorio contra su progenitor afectaría a elementos esenciales de su vida futura, y en concreto a las circunstancias inmediatas en las que desarrollaría a partir de entonces su infancia".

En el mismo sentido se ha expresado el Tribunal alemán, el que ha incidido en esa falta de madurez, evidente sin necesidad de apoyo por parte de peritos, incluso a fecha actual, en la que el menor ha cumplido los diez años de edad. Tal decisión se ha realizado, además, tras oír al representante legal del menor designado por el Tribunal de Familia.

La contestación del Juez alemán llegó el día 24 de enero de 2022, que coincidía con el inicio de las sesiones del juicio. En ella el Tribunal de Primera instancia de Kamenz, Sección Penal, comunicaba su decisión de prescindir



del interrogatorio del menor debido a que el representante legal del menor designado por el Tribunal de Familia había afirmado que, debido al riesgo de retraumatización, el menor no tiene ninguna voluntad de declarar. Indicaba que conforme al artículo 52 párrafo 2 de StPO a los menores cuyo grado de madurez sea insuficiente para comprender el significado de su derecho a la dispensa de la obligación de declarar solo se les podrá interrogar si tienen disposición de declarar. Añadía que la audiencia del menor no es estrictamente necesaria para evaluar su madurez mental pues, dada la edad del niño, diez años, debe suponerse a su favor que no tiene aún la madurez mental necesaria.

Ello no implica, como parece afirmar el recurrente, que la falta de madurez para decidir sobre el ejercicio de la dispensa legal haya sido decidida por el juez alemán, sino que tal decisión ha sido adoptada por la Justicia española. Primero lo fue tácitamente por el juez de instrucción, quien no le hizo la advertencia que preveía la ley, conviniendo en ello todas las partes, ninguna de las cuales efectuó objeción alguna; y después por el Magistrado Presidente del Tribunal del Jurado, quien de forma razonada y debidamente fundamentada ha declarado la validez de la prueba considerando que el grado de madurez del menor en el momento de ser practicada le impedía entender el sentido de la dispensa y actuar en consecuencia. Tal decisión además ha sido avalada por el Tribunal Superior de Justicia.

Por último, debe destacarse que los intereses del menor han estado defendidos desde el inicio del procedimiento, no solo por parte de la Dirección General del menor del Gobierno de Canarias y el consulado de Alemania sito en Las Palmas de Gran Canaria, sino también por la Oficina de Protección del Menor - Administración Municipal de Bautzen - que ejerce la representación legal del menor por resolución del Tribunal del distrito de Halle (Saale), Tribunal de familia, desde el día 6 de mayo de 2019, habiéndose personado como acusación particular en las actuaciones, ya desde la fase de instrucción, y formulado acusación contra D. Luis Carlos . La citada acusación, interesó, junto a las demás acusaciones, la presentación en juicio de la exploración del menor Humberto mediante reproducción del CD en el que constaba la prueba preconstituida realizada el día 29 de abril de 2019, registrada como pieza de convicción número 16/2019.

Y como el propio recurrente expone en el motivo tercero del recurso, en la ejecución de la orden intervino la Fiscalía alemana de Görlitz a través de la cual se adjuntó el escrito presentado por D. Argimiro , tutor legal del menor Humberto , en el que se exponía que "una audiencia y citación del mismo agravarán la traumatización y le causarán daños psicológicos, por lo que solicitaba se prescindiera de interrogarlo en persona, manifestando además de acuerdo en que se utilicen las anteriores declaraciones del menor en el juicio y que ni él ni el menor querían acogerse al derecho a la dispensa de la obligación de declarar".

Como consta en el encabezamiento del citado escrito, el mismo fue presentado ante el Juzgado de 1ª Instancia de Kamenz, Sección Penal, constando en el mismo el sello de entrada en el citado juzgado.

En consecuencia, cabe concluir estimando que la actuación del Instructor en la exploración del menor fue acorde con las prevenciones establecidas en la ley procesal, tanto anterior como posterior a la reforma operada mediante la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, siendo tal exploración por tanto válida, y pudiendo ser por ello objeto de valoración junto con el resto de la prueba sometida a la consideración del Tribunal del Jurado, sin que ninguna indefensión se haya ocasionado en la defensa del Sr. Luis Carlos .

El motivo por ello se desestima.

TERCERO.- El segundo motivo del recurso se formula al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1º LECrim, por vulneración de precepto penal sustantivo al vulnerar el art. 188 apartado f de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea.

Denuncia la utilización del instrumento de la Orden Europea de Investigación para la validación de la prueba preconstituida de la declaración del menor Jonas. Señala que el instrumento utilizado por la Audiencia Provincial de Tenerife para requerir la que luego se tornó fallida colaboración del juez penal alemán, fue una orden europea de investigación, que nunca fue solicitado por él.

Tal instrumento, a su juicio únicamente se encuentra previsto para realizar actos propios de instrucción, y la diligencia acordada no lo es, por lo que no tenía cabida en el momento procesal en el que se produjo.

Esta cuestión no fue suscitada ni ante el Tribunal del Jurado ni ante el Tribunal Superior de Justicia.

Como dijimos en la sentencia núm. 345/2020 (Pleno), de 25 de junio, "Sin embargo emerge ahora, al examinar con detalle el recurso y sus antecedentes, otro problema de admisibilidad: se suscita una cuestión nueva en tanto no fue planteada ni en la instancia ni en apelación. No es ello posible, salvo supuestos marcadamente excepcionales. Lo impide la naturaleza revisora del recurso de casación. Lo que se recurre es la sentencia de apelación. Se analiza si ha acertado al resolver el recurso planteado. No pueden traerse a casación cuestiones que no han sido objeto de debate en apelación. No podemos revisar la decisión de la Audiencia sobre ese punto,



sencillamente porque no ha adoptado ninguna decisión al respecto en cuanto el tema no le fue planteado. Eso comporta la inadmisibilidad del recurso".

En el mismo sentido, señalábamos en la sentencia núm. 67/2020, de 24 de febrero, que "Respecto de la cuestión nueva, hemos recordado con reiteración (STS nº 828/2005, de 27 de junio), que la doctrina de esta Sala sobre el recurso de casación "establece que el control casacional no puede extenderse a cuestiones que, siendo posible, no se hayan planteado oportunamente en la instancia, de modo que puedan haber sido objeto del pertinente debate, dando lugar a una resolución del Tribunal que pueda ser revisada en esta sede". En sentido similar, entre otras, la STS nº 22/2005, de 17 de enero.

Este planteamiento tiene su origen en resoluciones anteriores a la generalización de la segunda instancia en materia penal. (...)

Establecido el previo recurso de apelación contra la sentencia de instancia, la jurisprudencia ha venido insistiendo en la necesidad de que las cuestiones que se plantean en casación lo hayan sido anteriormente en apelación. Así decíamos en la STS nº 661/2019, de 14 de enero de 2020 que "la existencia de un recurso previo de apelación impone la exigencia de que las cuestiones que se plantean en el recurso de casación lo hayan sido antes en aquel. Dicho de otra forma, en el recurso de casación no podrán examinarse cuestiones nuevas no planteadas en la apelación cuando el recurrente pudo hacerlo". (En sentido similar, entre otras, STS 781/2017, de 30 de noviembre; STS nº 451/2019, de 3 de octubre; o STS nº 495/2019, de 17 de octubre).

La jurisprudencia había admitido dos excepciones a esta doctrina general. Así, esta Sala había reconocido la necesidad de arbitrar un cauce absolutamente excepcional para aquellos casos en los que se alegue infracción de derechos fundamentales y aquellos otros en los que el planteamiento de la cuestión no suscitada en la instancia se construya sobre el propio contenido fáctico de la sentencia, pues en estos casos es la propia resolución judicial la que viene a permitir su análisis (cfr. SSTS 683/2007, 17 de febrero y 57/2004, 22 de enero).

Sin embargo, estas excepciones estaban pensadas para los casos en que no existía otro recurso que el de casación, lo que justificaba un ensanchamiento de los cauces propios del mismo, lo cual ya no aparece como necesario al generalizarse la apelación, permitiendo al recurso de casación recuperar su esencia.

De todos modos, la segunda de las citadas excepciones, especialmente, estaba referida a los casos en los que, no habiéndose alegado en el plenario, la concurrencia de una atenuante o de un subtipo atenuado o de una circunstancia similar, resultara directamente de los hechos que el Tribunal había declarado probados la base fáctica que permitiría apreciar su concurrencia. Posición generalizable a cualquier otra alegación omitida que cumpliera esas exigencias. Así, el recurrente, aunque hubiera omitido indebidamente esa alegación en el plenario, podía reclamar en apelación la aplicación de aquello que resultara directamente de los hechos probados de la sentencia recurrida.

No ocurre así cuando ya existe un previo recurso de apelación. Esta alegación omitida en la instancia, es posible en ese recurso, pero si se prescinde de ella, como ocurre con cualquier otra en la apelación, nada justifica su planteamiento per saltum en casación.

Tampoco se justifica cuando se alega en casación una infracción de derechos fundamentales que no ha sido planteada en apelación. Esta Sala ha excluido del recurso de apelación las alegaciones amparadas en el artículo 852 de la LECrim cuando se trata de recursos contra sentencias dictadas en apelación por las Audiencias provinciales. Por lo tanto, el hecho de que se alegue la vulneración de un derecho fundamental no justifica por sí mismo que se examine la cuestión nueva en casación.

Además de estos supuestos que puedan encuadrarse en la noción de cuestiones de orden público, la jurisprudencia ha admitido otros casos que tienen una justificación diferente. Se trataría de cuestiones que, o bien no pudieron ser planteadas en el recurso de apelación, por razones obvias, o bien de cuestiones que, aunque desde otras perspectivas, en realidad ya habían sido planteadas en aquel recurso. (...)

Aun así, todavía podrían plantearse supuestos en los que, muy excepcionalmente, se justificaría el examen de una cuestión no planteada en apelación.

Esta Sala ha admitido esa posibilidad cuando se trata de la prescripción o de otras cuestiones que deban apreciarse de oficio por los Tribunales. Así, en la STS nº 174/2006, de 22 de febrero [El reproche es impugnado por una de las partes recurridas por tratarse de una cuestión nueva no planteada en la instancia. Este reparo, sin embargo, no puede ser aceptado por cuanto la prescripción es una institución de orden público que puede y debe ser apreciada incluso de oficio por los órganos jurisdiccionales (véanse SS.T.S. de 26 de abril de 1.996 y 9 de mayo de 1.997, entre otras muchas)]. O, con carácter más general, STS nº 22/2005, de 17 de enero [Tan insalvable obstáculo pretende soslayarlo el recurrente alegando que la atenuante que ahora interesa "debió aplicarse de oficio" por el Tribunal sentenciador, argumento inaceptable al no tratarse de una materia de orden



público que legitimaría a aquel a resolver de oficio sin previa pretensión de alguna de las partes procesales]. O en la STS nº 480/2009, de 22 de mayo, [para que pueda apreciarse la existencia de reforma peyorativa, constitucionalmente prohibida, el empeoramiento de la situación del recurrente ha de resultar de su propio recurso, sin mediación de pretensión impugnatoria de otra parte y con excepción del daño que se derive de la aplicación de normas de orden público procesal (SSTC. 15/87 de 11.2, 17/89 de 30.1, 70/99 de 26.4) "cuya recta aplicación es siempre deber del Juez, con independencia de que sea o no pedida por las partes"].

También por el Tribunal Constitucional, entre otras en la STC 123/2005, de 12 de mayo; STC 140/2006, de 8 de mayo, FJ 5; STC 155/2009, de 25 de junio o STC 198/2009, de 28 de setiembre, FJ 2.

A esta posibilidad también se ha referido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en la Sentencia de 17 de marzo de 2016, Bensada Benallal, (Cuando de conformidad con la legislación nacional, un motivo planteado por primera vez ante un tribunal nacional de casación, basado en la violación del derecho interno, sólo es admisible si es de orden público, un motivo basado en la violación del derecho a ser oído, tal y como garantiza el derecho de la UE, y que se plantea también por primera vez ante el mismo tribunal de casación, debe ser declarado también admisible si cumple las condiciones exigidas por la legislación nacional para ser considerado como un motivo de orden público, lo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente). En similar sentido la STJUE de 14 de noviembre de 2017, Caso British Airways contra Comisión Europea.

En definitiva, aunque las excepciones a la regla general han sido interpretadas y aplicadas en ocasiones con amplia generosidad, una vez que se ha generalizado el recurso de apelación, en rigor, debe rechazarse en casación, como cuestión nueva, el examen de aquellas cuestiones que no fueron planteadas en apelación, cuando el recurrente pudo hacerlo".

Además, lo que está denunciando el recurrente no es la infracción de un precepto de carácter sustantivo. Los arts. 186 y siguientes de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, regulan la Orden europea de investigación en materia penal, autoridades competentes para su emisión y ejecución, su emisión y transmisión, y su reconocimiento y ejecución en España. Y el art. 45 LOTJ que el recurrente estima igualmente infringido, regula el inicio del juicio ante el Tribunal del Jurado, las alegaciones previas de las partes al jurado y la proposición de nuevas pruebas.

Se trata de preceptos de carácter eminentemente procesal y por tanto excluidos del art. 849.1 LECrim.

El motivo por ello no puede ser admitido.

En todo caso, en contra de las consideraciones que efectúa el recurrente, como se expresa en el preámbulo de la Ley 3/2018, de 11 de junio, por la que se modifica la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, para regular la Orden Europea de Investigación, "La solicitud y práctica de una medida de investigación se podrá llevar a cabo en cualquiera de las fases del procedimiento penal, incluida la de la vista, si es preciso con la participación del interesado, a efectos de la obtención de pruebas". En consonancia con ello, señala el art. 187.1 de la citada Ley que "Son autoridades de emisión de una orden europea de investigación los jueces o tribunales que conozcan del proceso penal en el que se debe adoptar la medida de investigación o que hayan admitido la prueba si el procedimiento se encuentra en fase de enjuiciamiento".

CUARTO.- 1. El tercer motivo se deduce al amparo del art. 849.1º LECrim, por infracción del art. 45 LOTJ en relación con la admisión de la prueba documental relativa a la autorización del tutor del menor para que se admitiera la anterior prueba preconstituida.

Denuncia que avanzado el Juicio y celebrada la prueba preconstituida, en la sesión del día 28 de enero se dio traslado en el acto de la vista del escrito de la Fiscalía de Kamenz, en el cual se sustituía la figura del Juez y lo solicitado en la orden europea de investigación, indicando que el tutor de Humberto autorizaba la utilización de su testifical y desechaba el derecho a la dispensa, acordando el Magistrado Presidente su unión al procedimiento.

Considera que la prueba no podía ser unida al procedimiento dado que el art. 45 LOTJ establece como último momento procesal para la aportación de dicha prueba el inicio de las sesiones del juicio oral.

Indica que el citado escrito fue uno de los pilares de la fundamentación de la sentencia por parte del Magistrado Presidente, con lo cual ha existido una trascendencia real al proceso, dado que lo usa como regla de validación. Cuestiona que, si tan evidente era la supuesta falta de madurez del menor, se solicitara la orden europea de investigación por parte de la Audiencia Provincial, por lo que entiende que la decisión del Magistrado Presidente fue contraria a lo acordado con anterioridad, debiendo en todo caso haber sido ratificada por un perito tal y como indicó al emitir la orden europea de investigación.



Expone que lo que decidió el Tribunal alemán fue no realizar la prueba solicitada por España dado que su legislación impide la "revictimizar" a las víctimas del delito y que en Alemania -como en España- se presume la falta de madurez de un menor de esa edad que puede ser enervada ante la voluntariedad del menor de declarar. A juicio del recurrente, esa presunción -iuris tantum-, era lo que se intentaba corroborar con la prueba solicitada, al objeto de determinar si entendía lo que conllevaba la dispensa de declarar.

Considera también que el Tribunal Superior de Justicia no alude en momento alguno en su sentencia a la causa jurídica por la que entiende enervada la prohibición de aportar documentos más allá del momento establecido en el art 45 LOTJ, entendiéndose que incurre en incongruencia omisiva.

Discrepa con el Tribunal Superior de Justicia cuando señala que el jurado no tuvo acceso a dicha documentación dado que la copia fue trasladada en ese momento al mismo y se unió en ese acto a los testimonios que estaban a su disposición. Asimismo no comparte que el documento en cuestión no tuviera efecto real en el proceso. Sostiene que se intentó validar el revés otorgado por el Juez alemán que no llevó a cabo la prueba solicitada, validez que choca de pleno con el momento procesal en el que se aporta. Estima además que es un elemento que tiene especial transcendencia, pues, desde un punto de vista formal, constituye un elemento más de la sentencia condenatoria que otorga validez a su unión a los autos.

Por todo ello entiende que la unión de la prueba documental indicada, determina su nulidad debiendo ser extraída del procedimiento sin efecto alguno sobre la ratificación de la validez de la prueba preconstituida, lo que conllevaría igualmente a determinar la nulidad de la prueba preconstituida.

2. Nuevamente la invocación de infracción se realiza respecto a un precepto, art. 45 LOTJ, de carácter procesal, no sustantivo, lo que debería llevar directamente a la inadmisión del motivo.

En todo caso, frente a las consideraciones que efectúa el recurrente, ni el art. 45 LOTJ ha sido infringido, ni la Fiscalía alemana (Fiscalía de Görlitz no de Kamenz) en momento alguno ha sustituido la figura del Juez.

Recordemos que lo solicitado por la Audiencia Provincial a la autoridad competente alemana fue que se determinase la capacidad del menor para entender el sentido de la dispensa o renuncia a declarar como testigo en la fase de Juicio Oral, por razón de su parentesco con el encausado Luis Carlos, así como que, en el caso de considerar que contaba con capacidad de decisión suficiente, fuera informado de los hechos que motivaban la acusación, de su condición de testigo en el proceso, así como del derecho que le asistía a rehusar declarar como testigo en el proceso en el que se dirigía acusación contra su padre Luis Carlos.

Tal colaboración se acordó mediante auto de fecha 3 de septiembre de 2021 de fijación de hechos justiciables, en el que se resolvió sobre la procedencia de los medios de prueba propuestos por las partes, acordando posponer la decisión sobre la admisión de la prueba propuesta por las acusaciones, consistente en la exploración del menor Humberto mediante reproducción del CD en el que constaba la prueba preconstituida realizada el día 29 de abril de 2019, registrada como pieza de convicción número 16/2019, al resultado de la comisión rogatoria librada a los tribunales alemanes a los fines de evaluar la capacidad actual del menor para el ejercicio del derecho de dispensa o de pronunciarse sobre la misma en caso de considerarse que cuenta con esa comprensión.

Conforme señala el Magistrado Presidente en su sentencia, la contestación llegó el día 24 de enero de 2021, día de inicio del juicio, incorporándose a las actuaciones con su correspondiente traducción al español por intérprete oficial del idioma alemán, adjuntándose a la misma copia del auto de 19 de enero de 2022 del Tribunal de Primera instancia de Kamenz acordando prescindir del interrogatorio del menor debido a que el representante legal del menor designado por el Tribunal de Familia había afirmado que, debido al riesgo de retraumatización, el menor no tenía ninguna voluntad de declarar. Añadía que la audiencia del menor no era estrictamente necesaria para evaluar su madurez mental pues, dada la edad del niño, diez años, debe suponerse a su favor que no tiene aún la madurez mental necesaria.

Por tanto, en la resolución del juez alemán ya se hacía referencia a las manifestaciones realizadas al respecto por el representante legal del menor. La documentación que se recibió el día 28 de enero, cuando la prueba preconstituida ya había sido reproducida ante el Tribunal del Jurado el día 26 de enero, no es más que el escrito dirigido a la autoridad de ejecución por el tutor legal del menor en los términos recogidos en el auto de 19 de enero de 2022 dictado por el Tribunal de Primera instancia de Kamenz en el sentido expuesto.

En consecuencia, la prueba fue solicitada por las acusaciones en momento procesal hábil, esto es, en sus escritos de conclusiones provisionales. Sobre ella se pronunció el Tribunal al dictar el auto de hechos justiciables, conforme a lo dispuesto en el art. 37 LOTJ, posponiendo su decisión sobre su admisión hasta conocer el resultado de la orden europea de investigación emitida.



La contestación se obtuvo el mismo día del inicio de las sesiones de juicio, confiriéndose traslado a las partes y acordando el Magistrado Presidente su incorporación a las actuaciones y la reproducción en el acto del juicio de la prueba preconstituida. Todo ello tuvo lugar en el trámite de cuestiones previas y, por tanto, con estricta observancia de lo dispuesto en el art. 45 LOTJ.

La intervención de la Fiscalía alemana en la ejecución de la orden europea de investigación ha sido consecuencia de la actuación de la autoridad de ejecución en relación a un menor de edad, actuando en defensa de sus intereses, recabando para ello el informe del tutor legal del menor Humberto y, dos documentos técnicos de la pediatra D.^a María Teresa y D.^a María Virtudes en su condición de especialista en psicoterapia social para niños.

Tal actuación es además conforme a lo dispuesto en los arts. 9.2 y 10.3 de la Directiva 2014/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo. El primero de ellos dispone que "la autoridad de ejecución observará las formalidades y procedimientos expresamente indicados por la autoridad de emisión, salvo que la presente Directiva disponga lo contrario y siempre que tales formalidades y procedimientos no sean contrarios a los principios jurídicos fundamentales del Estado de ejecución". El segundo establece la posibilidad de que la autoridad de ejecución recurra a "una medida de investigación distinta a la indicada en la OEI cuando la medida de investigación elegida por la autoridad de ejecución tenga el mismo resultado por medios menos invasores de la intimidad que la medida de investigación indicada en la OEI".

Igualmente es acorde con lo dispuesto en el art. 186.1. pfo. 2 de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, en virtud del cual "Se considerarán válidos en España los actos de investigación realizados por el Estado de ejecución, siempre que no contradigan los principios fundamentales del ordenamiento jurídico español ni resulten contrarios a las garantías procesales reconocidas en éste". En nuestro caso la intervención, primero del Ministerio Fiscal, en ejercicio de su función protectora sobre el menor, y después, y a instancia de éste, de su tutor como representante del menor, es acorde con el ordenamiento jurídico español (vid. arts. 209 y 225 y ss Código Civil) y con las garantías procesales reconocidas en nuestro Derecho. No fue el juez alemán, sino el juez español, quien decidió sobre la admisión de la prueba, y quien consideró que el menor no tenía el grado de madurez suficiente para comprender el significado y alcance de la dispensa contemplada en el art. 416 LECrim y para actuar en consecuencia.

El motivo por ello no puede prosperar.

QUINTO.- El cuarto motivo del recurso se formula al amparo de lo dispuesto en el art. 850.1 LECrim, por quebrantamiento de garantías procesales.

La queja del recurrente se refiere a la denegación de la práctica de la prueba solicitada en su escrito de defensa relativa a la realización de la prueba PET-TAC, para determinar la existencia de una posible afectación neurológica que pudiera haber condicionado su conducta.

1. De acuerdo a reiterada jurisprudencia de esta Sala, expuesta en la sentencia núm. 237/2018, de 22 de mayo, "el quebrantamiento de forma por denegación de prueba exige unos requisitos necesarios para la estimación y consecuente nulidad del enjuiciamiento tendentes a clarificar la observancia de los requisitos procesales en orden a la regularidad de la pretensión de prueba, y para constatar la existencia de una efectiva indefensión. Así hemos declarado que el quebrantamiento de forma requiere:

a) Un requisito formal: la oportuna propuesta en tiempo y en la forma legalmente impuesta. El proceso penal aparece conformado por requisitos que obedecen al proceso debido y que deben ser observados por las partes, entre otras razones para evitar una efectiva lesión.

b) El requisito de pertinencia: Conforme al mismo el medio propuesto ha de poseer una relación con el objeto del proceso, o más exactamente con el tema de prueba. Si aquello que se propone demostrar es ajeno a lo que la decisión del proceso exige que sea demostrado, el medio es no pertinente.

c) Su práctica debe ser necesaria: Con ello se exige que entre el medio y lo que se trata de demostrar exista una relación instrumental. Para tal objetivo el empleo del medio debe resultar ineludible. Ahí se afecta al derecho a no sufrir indefensión, pues de no concurrir el objetivo probatorio de la parte devendría frustrado (STS nº 1289/1999 de 5 de marzo).

Es de subrayar que la presencia de este requisito puede variar según el momento del procedimiento. Lo inicialmente necesario -por ejemplo, al tiempo de decidir la admisión del medio puede devenir innecesario -por ejemplo, al tiempo en que su práctica estaba prevista- lo que ocurrirá si la práctica de otros medios, conforme a una ponderada valoración, hacen prescindible el excluido, cualquiera que sea su eventual resultado. Por ello se hace referencia a la necesidad de ponderar la prueba de cargo ya practicada en el momento de denegar



la práctica de un determinado medio. Sea de manera directa sea indirectamente al denegar la suspensión del juicio para disponer de dicho medio en una sesión ulterior.

d) La práctica del medio, incluso después de su admisión, ha de resultar posible. Lo que exige ponderar las circunstancias del caso concreto. A tal situación cabe equiparar aquéllas en que la dificultad resulte, por extrema, no proporciona.

e) Además se requiere que el resultado eventual del medio resulte de indudable relevancia. Atañe esta exigencia a la consideración del sentido de la resolución que ha de fundarse en dicho resultado probatorio. Sea la de condena o absolución, sea cualquier otra consecuencia de trascendente contenido penal. Para ser relevante ha de considerarse que tenga potencialidad para modificar de alguna forma importante el sentido del fallo, a cuyo efecto el Tribunal puede tener en cuenta el resto de las pruebas de que dispone (STS nº 1591/2001 de 10 de diciembre y STS nº 976/2002 de 24 de mayo).

f) Como carga de orden procesal, se viene exigiendo la exteriorización, al tiempo de la exclusión del medio, de la oportuna protesta.

En la STS nº 1023/2013 de 18 de diciembre, también en cuanto a la falta de práctica de un medio de prueba previamente admitido, dijimos que la denegación de la misma por el Tribunal del juicio, debe ser objeto de la pertinente protesta, tal como deriva de los artículos 785.1 y 786.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Y, además, como se reitera por la Jurisprudencia - STS nº 910/2012 de 22 de noviembre - han de hacerse constar las preguntas que quien la propone pretendía dirigir al testigo, con la finalidad de que, primero el Tribunal de enjuiciamiento, y después esta Sala, en su caso, puedan valorar la trascendencia de la prueba propuesta. En cualquier caso, la parte que la propone, debe preocuparse de que conste la eventual trascendencia de la prueba respecto del fallo de la sentencia. La omisión de este requisito no impedirá, sin embargo, la estimación del motivo cuando la pertinencia y necesidad de la prueba se desprenda fácilmente de su propia naturaleza y características.

El fundamento de la exigencia no es otro que el de dar oportunidad a la sala de enjuiciar de replantearse su inicial decisión poniendo de manifiesto la entidad de la denegación y la indefensión que se produce. Siquiera esta exigencia deba ser objeto de cierta relativización cuando se estima vulnerado el derecho en su contenido constitucional.

g) En la sentencia de este mismo Tribunal de 10 de Junio del 2011, también requeríamos para estimar este motivo que los órganos judiciales hayan rechazado inmotivadamente su práctica, con una explicación incongruente, arbitraria o irrazonable, de una manera tardía.

h) Y, añadíamos en esa misma sentencia como requisito, que, habiendo admitido la prueba, finalmente no hubiera podido practicarse ésta por causas imputables al propio órgano judicial, habiendo de tenerse en cuenta a este respecto que no resulta aceptable que de la admisión se derive un bloqueo absoluto del trámite o, en el mejor de los casos, se incurra en la violación del derecho, también constitucional, a un juicio sin dilaciones indebidas, en tanto que al juez tampoco le puede ser exigible una diligencia que vaya más allá del razonable agotamiento de las posibilidades para la realización de la prueba que, en ocasiones, desde un principio o sobrevenidamente se revela ya como en modo alguno factible."

Igualmente señalábamos en la sentencia núm. 545/2014, de 26 de junio, que "el canon de "pertinencia" que rige en el momento de admitir la prueba se muta por un estándar de "relevancia" o "necesidad" en el momento de resolver sobre un recurso por tal razón.

Y en la misma resolución citada se precisa que en casación la revisión de esa decisión ha de hacerse a la luz de la sentencia dictada, es decir, en un juicio 'ex post'. No se trata tanto de analizar si en el momento en que se denegaron las pruebas eran pertinentes y podían haberse admitido, como de constatar a posteriori y con conocimiento de la sentencia (ahí radica una de las razones por las que el legislador ha querido acumular el recurso sobre denegación de pruebas al interpuesto contra la sentencia, sin prever un recurso previo autónomo) si esa denegación ha causado indefensión.

Para resolver en casación sobre una denegación de prueba no basta con valorar su pertinencia. Ha de afirmarse su indispensabilidad. La superfluidad de la prueba, constatable a posteriori convierte en improcedente por mor del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas una anulación de la sentencia per causas que materialmente no van a influir en su parte dispositiva."

2. En nuestro caso, la defensa, al proponer la prueba que le ha sido denegada lo que pretendía era una búsqueda a ciegas de un anómalo funcionamiento de una parte del cerebro únicamente sobre la base de la terrible conducta desplegada por el encausado, persona sin antecedentes y sometido a psicofármacos.



El Magistrado Presidente del Tribunal del Jurado, tras oír a la defensa sobre determinados extremos necesarios para decidir sobre la admisión de la prueba propuesta acordó su denegación al no encontrar, y al no indicarse tampoco por la defensa, hecho o circunstancia alguna en el informe pericial psiquiátrico que había sido elaborado por el Doctor Plácido, de los que pudiera deducirse la conveniencia de realizar la prueba diagnóstica pretendida. En el citado informe ninguna referencia se hacía a que el recurrente pudiera padecer problemas neurológicos cerebrales. Lejos de ello, se le definía como una persona de natural pacífico y nulas disposiciones antisociales o psicopáticas, presentando un perfil antagonista de una persona con tendencia a la resolución violenta de los conflictos y, por ende, y a priori, alejada del perfil criminal homicida.

De esta forma el Tribunal ha rechazado motivadamente la práctica de la prueba con una explicación congruente y racional de forma motivada.

Como acertadamente señala el Tribunal Superior de Justicia, "Evidentemente la realización de la prueba solicitada por la defensa podría servir para detectar elementos patológicos en el acusado que al parecer no ha tenido sintomatología previa, pero si no se aporta un indicio de cierta consistencia sobre su necesidad, más allá de que no había tenido comportamientos agresivos con anterioridad y que estaba sometido psicofármacos, supondría la inasumible consecuencia que indica. la sentencia del Tribunal Supremo mencionada, correr el riesgo de "avaluar una degradación de la naturaleza humana que convierte al hombre en un "títere del destino", que le lleva a matar precisamente a su mujer y a su hijo de 10 años de edad para posteriormente tirar al contenedor de la basura todos los efectos que podrían incriminarle".

Consecuentemente con lo expuesto el motivo ha de rechazarse.

SEXTO.- 1. El quinto motivo se formula por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 850.1 LECrim por no haber practicado la prueba relativa al informe pericial aportado por el recurrente con su escrito de defensa, consistente en un informe criminológico sobre los hechos y en particular sobre las circunstancias que rodearon los acontecimientos.

Señala que el citado informe explicaba el estudio del camino hasta la cueva, cómo pudieron desarrollarse los hechos que diferían de lo indicado en el atestado policial, así como el estudio de los acontecimientos posteriores a las agresiones. Junto al mismo se acompañaba una reproducción mediante infografías de cómo ocurrió la agresión.

Sostiene que el hecho de privarle de dicha prueba cercenó la posibilidad de explicar en base a su línea de defensa, los hechos y acontecimientos que llevaron a los trágicos sucesos en el interior de la cueva y muy especialmente, al posible estado mental del encausado al momento de la agresión, explicitando para ello la escena del crimen.

2. En el supuesto de autos, sustenta el recurrente la utilidad de la incorporación a las actuaciones de la información que pretendía obtenerse con la prueba no practicada en la necesidad ofrecer al Tribunal del Jurado su versión de cómo acaecieron los hechos objeto de enjuiciamiento.

El Magistrado Presidente explicó de forma motivada y acertada las razones por las cuales la prueba fue denegada. Así, consideró que la información o las conclusiones que pudieran obtenerse del informe criminológico, "con valoración global de distintas fuentes de prueba, tienden a solaparse con la función valorativa y con la obtención de conclusiones fácticas a partir del resultado de los medios de prueba, función ponderativa que forma parte de las atribuciones del jurado".

El perito es una persona con conocimientos científicos o artísticos de los que el juez, o en este caso el jurado, pueden carecer. Esta persona es llamada al proceso precisamente para apreciar, mediante máximas de experiencia especializadas propias de su preparación, algún hecho o circunstancia que han sido adquiridas con anterioridad por otros medios de averiguación y sean de interés o necesidad para la investigación.

Lo que en el marco de la jurisdicción confiere naturaleza pericial aun conocimiento es el hecho de que, siendo de carácter extra jurídico, pertenezca a un área del saber que, por razón de su especialidad, no forma parte de la experiencia y la cultura común del hombre medio sino que se integra en el bagaje que es propio de los profesionales de alguna ciencia o técnica (STS 27 de febrero de 2009).

Por ello, el informe que la parte trataba de aportar no era una prueba pericial sobre conocimientos científicos o artísticos, como expresa el art. 456 LECrim, sino un mero estudio que anticipaba conclusiones sobre la forma de en que ocurrieron los hechos enjuiciados, cuya labor correspondía al Tribunal tras valorar las pruebas que debían practicarse en el acto del juicio oral.

Por lo demás, la explicación de línea de defensa correspondía al Letrado del acusado quien, a través de su intervención en el juicio y especialmente al evacuar el trámite de alegaciones previas al Jurado y al emitir el informe final tras la práctica de las pruebas, pudo ilustrar a los miembros del Jurado sobre su parecer de



cómo tuvieron lugar los hechos, estado mental del encausado al momento de la agresión, y cuantas otras circunstancias fueran de su interés.

Se trata, por tanto, de una prueba impertinente e innecesaria, y desde luego irrelevante para la decisión de los hechos que fueron sometidos a la consideración del Tribunal, a quien correspondía en exclusiva alcanzar sus propias conclusiones valorando personal e individualmente las pruebas practicadas a su presencia.

El motivo en consecuencia debe ser desestimado.

SÉPTIMO.- 1. El sexto motivo del recurso se deduce por infracción de ley, al amparo de los dispuesto en el art. 849.1º LECrim, por vulneración de precepto penal sustantivo al infringir los arts. 45, 46, 37, 34 y 29 de la LOTJ en relación con el artículo 726 LECrim, todo ello relacionado con la admisión de la prueba documental gráfica relativa a las fotografías de la autopsia de D.^a Marí Trini .

Afirma que en el acto de la vista oral, al declarar D.^a Delfina , forense adscrita al Instituto de Medicina Legal de La Laguna e interviniente en la autopsia de D.^a Marí Trini , por ésta se efectuó una presentación de fotos tomadas al realizar la autopsia, respecto a las cuales manifestó que habían sido adjuntadas junto al informe de autopsia. No obstante, indica el recurrente que las citadas fotografías no habían sido entregadas a la defensa, habiendo comprobado después que las fotografías que exhibió la perito forense no se encontraban testimoniadas en la causa. Añade que la exhibición de las fotografías tuvo una trascendencia vital en la deliberación del Jurado, especialmente aquella en el que aparecen gotas de sangre en el pantalón de la víctima explicando la forense, a pregunta del Jurado, que las gotas de sangre que presentaba se habían producido por gravedad, en el exterior de la cueva relacionándolas con las lesiones de la boca, e indicando a continuación que "está claro que estuvo de pie y se movió mientras sangraba". Ello determinó que el Jurado estimase que la primera agresión a D.^a Marí Trini se produjo fuera de la cueva que se correspondería con las importantes lesiones que presenta en la mandíbula.

Entiende que la prueba así introducida en el acto del juicio fue ilegítima y sorpresiva, además vulneró su derecho de defensa, siendo asumida por el Jurado y posteriormente en la sentencia para determinar cómo ocurrieron los hechos en la agresión previa en la entrada a la cueva, determinando un elemento fundamental para establecer como alevosa, la conducta del encausado.

Por ello estima que procede declarar la nulidad de todo lo actuado, debiendo celebrarse un nuevo juicio y con diferente Jurado.

El séptimo motivo de deduce al amparo de los dispuesto en el art. 852 LECrim y del art. 5.4 LOPJ, por infracción de precepto constitucional relativo a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, proclamado en el art. 24.1 y 2 CE.

Insiste en que, al no conocer la prueba documental gráfica del Instituto de Medicina Legal, se cercenó la posibilidad de aportar pericial al respecto en el momento procesal oportuno. Reitera que al encontrarse de forma sorpresiva las fotos de la autopsia de la Sra. Marí Trini , no tuvo la posibilidad de analizarlas, ni tan siquiera observarlas, de cara a una posible pericial. Indica también que la pericial practicada a su instancia fue realizada por un especialista en daño corporal para coadyuvar la línea de defensa desde lo sucedido en la fisiología del condenado al interaccionar con la medicación suministrada, así como para determinar la muerte casi instantánea de las víctimas.

Analizaremos conjuntamente ambos motivos al ser idéntica la queja que se articula a través de ellos

2. Como señala el Tribunal Superior de Justicia, aun cuando en la documentación remitida a dicho Tribunal para resolver el recurso de apelación no se encontraba el CD donde al parecer debían constar las fotografías tomadas al realizar la autopsia del cadáver de la Sra. Marí Trini , sí constaba el informe de autopsia (folios 1133 a 1139), en el que se va indicando las fotografías correspondientes a cada parte del informe.

Por ello, las partes conocían al menos la existencia de las fotografías sobre las cuales ninguna reclamación se realizó por el recurrente hasta el acto del Juicio Oral.

Además, aun cuando la Médico Forense adscrita al Instituto de Medicina Legal utilizara las fotografías en el acto del Juicio Oral para ilustrar mejor sus explicaciones, nada nuevo pudieron aportar. El informe emitido recoge los resultados del examen externo e interno realizado. Describe como la fallecida iba vestida y en él se hace constar expresamente que la ropa exterior se encuentra manchada de sangre seca, piedras y tierra, que coincide con la fotografía que se exhibió al Jurado, conforme pudo comprobar el Tribunal Superior de Justicia que visionó la práctica de dicha prueba. De esta forma el Tribunal Superior de Justicia evidenció que se describió la prenda cuya fotografía se exhibió al jurado y además se indicó que estaba manchada de sangre. Las conclusiones a las que llega el Tribunal Superior de Justicia no son gratuitas ya que al reproducir la grabación del juicio pudo objetivar cómo "La explicación sobre las conclusiones que derivan de las gotas



de sangre en el pantalón, se podrían haber explicado igual sin fotografías, de hecho sobre el minuto 1:31 de la grabación del juicio del día 31 de enero, que este Tribunal ha visto, el perito D. Pedro Antonio explicó, sin fotografías, que D.^a Marí Trini tenía la cara anterior de los muslos con muchas manchas de sangre que tuvieron que ser de antes de caer boca abajo".

Por tanto las gotas de sangre halladas en el pantalón de la mujer es un dato contenido en el informe escrito que hubiera afluído en todo caso en el juicio ya que se trataba de un apunte básico para llegar a una de las conclusiones emitidas por los forenses. Pero no era el único dato. Junto a ello se valoró otro dato importante, como es el hallazgo, durante la diligencia de levantamiento del cadáver, de sangre y restos de cabello de la víctima en el exterior de la cueva, lo que llevó a entender a la perito que la fractura de maxilar superior que presenta aquella sería compatible con un golpe muy fuerte con una piedra fuera de la cueva, pues las gotas de sangre en el pantalón por gravedad implican que la agredida se encontraba de pie, sentada o de rodillas en el momento del grave impacto, el cual provocó fracturas y erosiones. Y es esta apreciación de la perito, y no las fotografías, lo que fue valorado por el Tribunal, según se explica en la sentencia redactada por el Magistrado Presidente. Además, como señaló el Tribunal Superior de Justicia, ni en el acta del veredicto ni en la sentencia se hace referencia alguna a las fotografías, sino que se alude al informe médico forense emitido por D.^a Delfina, sometido a contradicción en el acto del juicio oral donde fue ratificado y explicado por la perito.

Así pues, la exhibición de fotos en el acto del juicio no causó indefensión a la defensa pues ningún dato o circunstancia nueva fue puesta de manifiesto por la perito que no constara en el informe emitido. Además este informe constaba en la causa casi desde el inicio de las actuaciones, por lo que el recurrente conocía su contenido además de la existencia de fotografías que habían sido tomadas durante la realización de la autopsia. Por ello pudo rebatirlo e interesar otras pruebas que desvirtuaran su contenido. Igualmente en el acto del juicio pudo solicitar su ampliación, formular preguntas y pedir aclaraciones a la perito. También pudo contrastar su opinión con la de otros forenses que igualmente declararon en el juicio, e incluso con el parecer del perito propuesto a su instancia, D. Anibal, con cualificación suficiente para ello aun cuando su pericia tuviera un objeto distinto. De hecho, el Sr. Anibal estuvo presente durante el desarrollo de toda la prueba pericial y fue recabado su criterio sobre los informes de autopsia.

Los motivos por ello no pueden ser acogidos.

OCTAVO.- El octavo motivo se formula al amparo de lo dispuesto en el art. 850. 1 LECrim, por quebrantamiento de garantías procesales.

Alega vulneración de su derecho a poder aportar informe pericial relativo a la ampliación del informe emitido por el Instituto Nacional de Toxicología relativo a los restos biológicos aparecidos bajo las uñas de las víctimas.

Señala que la citada pericia descarta que su ADN pueda estar presente en aquellas muestras pero ha obviado determinar datos que pudieran favorecerle, pues nada dice sobre a quién pertenecen los restos biológicos en la propia pericia o indicar que ello no era técnicamente posible.

Como ya hemos expresado en el fundamento de derecho quinto de la presente resolución, en casación la revisión de la decisión sobre la pertinencia y utilidad de la prueba ha de realizarse a la luz de la sentencia dictada. No se trata de realizar el análisis sobre la pertinencia de la prueba, con retroacción al momento en que ésta fue denegada, sino que debemos constatar, a posteriori y con conocimiento de la sentencia, si la práctica de la prueba era indispensable y si esa denegación ha causado indefensión. Carecería de sentido declarar la nulidad de una sentencia para practicar una prueba cuyo resultado no va a influir en el fallo del Tribunal. Además sería contrario al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

En el supuesto examinado, la prueba pericial que tendría por objeto determinar a quién pertenecían los restos biológicos o indicar que no era técnicamente posible conocerlo, deviene en este momento inútil, al haber sido finalmente conocidos tales datos en base a las explicaciones que ofrecieron los profesionales que habían llevado a cabo la pericia.

Conforme ya fue indicado por el Magistrado Presidente del Tribunal del Jurado, "los peritos judiciales D. Cecilio, D. Cirilo, D.^a Tania y el Facultativo del Servicio de Biología 71.717, al ratificarse en los informes obrantes a los folios 664 a 669 de las actuaciones, manifestaron que se practicaron todas las pruebas conforme a los protocolos para determinar la presencia de alelos de perfil genético de terceras personas en las muestras recibidas, siendo los resultados negativos.

Y en el acto del Juicio Oral los citados peritos afirmaron que los restos biológicos podrían explicarse con los perfiles genéticos de madre e hijo, y que ninguno de los alelos que el perfil genético del acusado no comparte con el del menor Evelio se encuentra en la mezcla, lo que sugiere que no está presente ADN del padre, no existiendo prueba alguna adicional que permita ir más allá de esa afirmación".



En el mismo sentido, expone el Tribunal Superior de Justicia, tras el visionado de la prueba que fue practicada en el juicio oral, que "los peritos dijeron claramente, a preguntas de la defensa, que no existía ninguna prueba que pudiera determinar con más exactitud si el ADN de las uñas es de uno solo de los contribuyentes a la mezcla. Explicaron los peritos que no se habían detectado en las mezclas alelos del acusado y sí del hijo y de la madre".

Desde luego, teniendo en cuenta las conclusiones alcanzadas por los peritos, las dudas que pudiera tener el recurrente sobre ellas no habrían podido solventarse con la repetición de la pericial. Y como indica el Tribunal Superior de Justicia, tampoco se ha precisado por el recurrente, qué prueba complementaria (los peritos manifestaron que no existía) se podría haber realizado para diferenciar el ADN de los contribuyentes. Tampoco expone las razones por las que duda de las conclusiones alcanzadas por aquellos y que fueron debidamente explicadas en el acto del juicio.

En todo caso, el Tribunal contó también con la declaración del menor Humberto, quien sobre este particular refirió que la primera agresión por parte del acusado a su madre se produjo hallándose ambos en el exterior de la cueva.

Por ello, el resultado que la pericia pudiera arrojar es evidente. El parecer de los peritos fue claro: no existía ninguna prueba que pudiera determinar con más exactitud si el ADN de las uñas es de uno solo de los contribuyentes a la mezcla.

Se trata, por tanto, en este momento de una prueba irrelevante para la decisión de los hechos que fueron sometidos a la consideración del Tribunal y totalmente innecesaria por carecer realmente de utilidad para los intereses del recurrente, por lo que su ausencia en el proceso ninguna indefensión le puede haber ocasionado.

En consecuencia el motivo ha de rechazarse.

NOVENO.- El noveno motivo se formula al amparo del art. 852 LECrim y del art. 5.4 LOPJ, por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, previsto en el art. 24.2 CE.

1. Sostiene que ha sido aplicada indebidamente agravante de alevosía frente a D.^a Marí Trini.

Indica que, conforme razonó el Jurado, había conducido a su esposa y a sus dos hijos intencionadamente a un lugar aislado donde no sería posible la ayuda, y que la fallecida no tuvo posibilidad de defensa efectiva por la desproporción de fuerzas frente al acusado y por el contexto dónde se produjo el ataque. Considera que el Magistrado Presidente se excedió en su cometido al complementar la sentencia, dado que el Jurado no introdujo alusión alguna de ataque inopinado, sorpresivo, en el acta de votación del jurado.

Señala que los elementos de convicción descansan en la imposibilidad de que la agredida opusiera una defensa efectiva; la premeditación en llevar el núcleo familiar a un paraje aislado tras una caminata dura; la agresión inicial e inopinada, al encontrarse la víctima de pie, sentada o de rodillas en el exterior de la cueva cuando recibió el primer impacto; y las lesiones en manos compatibles con intentos de defensa, heridas en las extremidades inferiores y superiores de la víctima heridas compatibles con arrastre, posiblemente a consecuencia de una caída en la entrada de la cueva.

Frente a ello argumenta que el menor Jonas declaró que sus padres se pegaron y que estaban discutiendo, lo que corroboró la testigo D.^a Agueda quien manifestó que el niño le explicó que sus padres se habían pegado. No existe por tanto a su juicio un solo indicio del que se infiera que el ataque fuera sorpresivo e inopinado. Indica que tampoco el acta de votación del jurado hace referencia a un ataque sorpresivo, entendiéndose por ello que el Magistrado Presidente introdujo elementos que no se desprendían del propio veredicto.

Concluye estimando que no puede apreciarse ningún tipo de alevosía en la conducta del encausado frente a Marí Trini, por lo que de apreciarse la exclusión del tipo delictivo del asesinato, que ha de ser sustituido el de homicidio.

2. La declaración del menor, transcrita por el Magistrado presidente, aun cuando inicialmente refiere que su padre y madre al llegar a la cueva se pegaron, añade que "hubo una discusión entre ellos fuera de la cueva, que él y Evelio quisieron marcharse pero su padre les dijo que se quedaran para ayudar a la madre. Que su padre empezó a pegar a su madre y luego quiso que su hermano Evelio se acercara a la mochila para atender a la madre, que sangraba. Tanto él como su hermano tiraron piedras a su padre, y que no querían entrar en la cueva a pesar de que su padre insistía para que Evelio ayudase a su madre". Y lo que señaló la testigo D.^a Agueda es algo más que lo que afirma el recurrente: "En el cuartel de la policía local, Humberto le contó que sus padres discutieron, que el padre había malherido a su madre y a su hermano tras haber hecho una caminata muy larga durante la que habían comido un bocadillo. Su padre les había escondido regalos en una cueva por Pascua, y al llegar a la misma dejaron las mochilas por fuera y los papás comenzaron a pelear. Primero el padre agredió a la madre, quien cayó al suelo con la boca llena de sangre, malherida, sin dientes en la boca, y después agredió



a Evelio , así que pensó que el siguiente iba a ser él y huyó tras tirar una piedra a su padre diciéndose que " mejor la vida que los regalos de Pascua".

Lo que se desprende de las dos declaraciones es que se produjo una discusión entre sus progenitores fuera de la cueva y que fue su padre quien empezó a pegar a su madre.

El hecho que se sometió a consideración del Jurado y que fue declarado probado por éste fue "Si el acusado D. Luis Carlos para ejecutar tal hecho había conducido a su esposa y a sus dos hijos, de diez y siete años de edad, intencionadamente a un lugar aislado donde no podría recibir ayuda alguna de terceras personas, sin que D.^a Marí Trini tuviera posibilidad de defensa efectiva, dada la desproporción de fuerzas con el acusado y el contexto en el que se produjo el ataque".

Efectivamente en el mismo ninguna mención literal se efectúa de un ataque por sorpresa. Tampoco el Jurado destaca el factor sorpresa para establecer su conclusión. Ello no obstante tal factor se infiere naturalmente de los hechos que el jurado ha estimado probados y de los razonamientos que los sustentan.

En todo caso, aun cuando el Magistrado Presidente, tras exponer la doctrina de esta Sala sobre la agravante de alevosía, inicia su razonamiento afirmando que "Ciertamente el ataque por parte del encartado hacía su esposa se produjo de forma súbita, rápida, inesperada y brutal, con arreglo a la doctrina que acabamos de exponer, por lo que merece el calificativo de alevoso", ello no obstante la base fáctica y fundamento de la alevosía que contiene la sentencia de instancia no descansa en exclusiva ni principalmente en el elemento sorpresivo.

Después de aquella afirmación inicial, el Magistrado Presidente transcribe literalmente los razonamientos ofrecidos por el Jurado: "Fundó la acreditación de tales hechos en los siguientes argumentos: "porque el acusado para llevar a cabo los hechos condujo a su esposa y familia a una cueva alejada de zonas transitadas y frecuentadas por otros excursionistas, tal y como queda acreditado por los testimonios de un agente de la policía local de DIRECCION000 , residente en la zona y buen conocedor del terreno, por el informe de la guardia civil número NUM001 y por el testimonio del guardia civil del grupo de rescate de montaña NUM002 , que encuentra a los cadáveres. Al tratarse de una madre acompañada de sus hijos, implica este hecho una falta de posibilidad de defensa efectiva al no poder emprender huida. También es destacable la mayor corpulencia y capacidad física de Luis Carlos , según se observa en las fotografías tomadas en el momento de su detención, según consta en el atestado de la Guardia civil. En el testimonio del hijo menor se dice que su familia quiso detener la caminata pero Luis Carlos insiste en llegar a las cuevas que es donde encontrarán los regalos y podrán hacer un largo descanso. Este testimonio indica el interés de Luis Carlos por llegar a la cueva a pesar de las quejas de su familia por tener que recorrer un sendero de un nivel elevado de dificultad y unos 10 km de longitud".

A continuación, corroborando el parecer del Jurado revalida su parecer con los siguientes razonamientos: "No cabe sino avalar la apreciación del Jurado respecto a las características del ataque perpetrado, así como la imposibilidad de que la agredida opusiera una defensa efectiva. Así, el acusado de manera premeditada había llevado tras una caminata dura y desde luego no apta para niños de esa edad al núcleo familiar a un paraje aislado en el que no cabía esperar el auxilio de terceras personas, no constando que se encontraran durante las varias horas de marcha en ese día laborable con ningún senderista. Por otra parte, a pesar de que caminaron por un sendero señalizado, la cueva en la que se produjeron los ataques se encontraba apartada de dicho camino y no era visible desde el mismo. El niño Humberto manifestó en su exploración que pudo ver huevos de pascua en el interior de la cueva, por lo que el acusado previamente al día de los hechos había preparado el terreno y seleccionado el mismo como idóneo para la finalidad pretendida. En ese contexto se produjo la primera agresión por parte del acusado a Da. Marí Trini , hallándose ambos en el exterior de la cueva, tal y como relató el hijo menor Humberto y se desprende del informe médico forense, apreciando como se ha señalado la perito médico forense Da. Delfina que en el informe de autopsia encontraron gotas de sangre de la víctima en su pantalón que tenían las características de gotas por precipitación, lo cual indicaba que D.^a Marí Trini se hallaba de pie, sentada o de rodillas al recibir un impacto, el cual estima la citada perito que debería corresponderse con las importantes lesiones que presenta en la mandíbula. Igualmente, se hallaron varios restos de sangre y restos de mechones de cabello de D.^a Marí Trini en el exterior de la cueva. Por otra parte, se apreciaron lesiones en manos compatibles con intentos de defensa, heridas en las extremidades inferiores y superiores de la víctima heridas compatibles con arrastre, posiblemente a consecuencia de una caída en la entrada de la cueva.

Tras esa agresión inicial e inopinada, la capacidad de reacción de D.^a Marí Trini era en la práctica estéril, colocada en una situación de inferioridad tanto por la mayor corpulencia del acusado como por la elección por este de un lugar idóneo para consumir con impunidad su ataque homicida, y especialmente de una circunstancia que eliminaba cualquier posibilidad de huida por parte de su cónyuge: la presencia de los dos hijos de diez y siete años de edad. Indudablemente los estériles intentos defensivos que se deducen de las



heridas en manos que presentaba la víctima se dirigían no solamente a proteger su propia integridad sino a la salvaguarda de sus hijos menores, respecto de los cuales se presentaba como única barrera frente al agresor. En todo caso, una vez caída en el suelo del interior de la cueva D^a. Marí Trini continuó siendo golpeada con piedras por parte del acusado, algunas de las cuales impactaron en el cráneo, y en concreto una de ellas, de más de ocho kilogramos y medio de peso, le causó la enorme fractura con pérdida de masa encefálica que resultaba incompatible con la vida. En esos términos, el Jurado valoró la existencia de un ataque intencionadamente preparado por el acusado para asegurarse la culminación de su propósito de dar muerte a su esposa".

Se fundamenta por tanto en la sentencia la agravante de alevosía en las mismas circunstancias buscadas y aprovechadas por el acusado para imposibilitar que la agredida opusiera una defensa efectiva que fueron valoradas por los jurados: una cueva alejada de zonas transitadas y frecuentadas por otros excursionistas; madre acompañada de sus hijos lo que implica falta de posibilidad de defensa efectiva al no poder emprender huida; mayor corpulencia y capacidad física de Luis Carlos; e interés especial del acusado por llegar hasta la cueva a pesar de las quejas de su familia por tener que recorrer un sendero de un nivel elevado de dificultad y unos diez kilómetros de longitud.

Conforme se expresaba en la sentencia núm. 496/2018, de 23 de octubre, la doctrina de esta Sala viene señalando (sentencia 161/2017, de 13 de marzo) que "la alevosía resulta de la falta de defensa de la víctima; es decir, el núcleo de la alevosía se encuentra en el aniquilamiento de las posibilidades de defensa; o bien en el aprovechamiento de una situación de indefensión, cuyos orígenes son indiferentes.

Hemos dicho en nuestra sentencia 39/2017, de 31 de enero, que la agravante de alevosía concurre cuando el autor comete el delito contra las personas (elemento normativo aquí no discutido) empleando tanto medios como modos o formas caracterizados porque tienden (lo que exige el componente subjetivo de conciencia de esa funcionalidad) directa o especialmente a asegurarla (nota objetiva compartida con otras circunstancias como la de abuso de superioridad) sin el riesgo para la persona del autor, pero de un riesgo que se estime procedería de la acción defensiva de la víctima.

Esta última nota -conjurar el riesgo generable por la víctima- es la más específica de la alevosía. Ciertamente tal conjura, entendida como acción de impedir o evitar con previsión una situación que puede resultar peligrosa (según diccionario RAE), puede procurarse bajo diversas modalidades de comisión. Así cuando la víctima está inerme o indefensa por sus propias condiciones personales o por la situación en que se encuentra. O cuando, por la confianza depositada en el autor, no se previene frente a eventuales ataques del autor del delito. O bien porque éste lleva a cabo sus actos cuidando, mediante la rapidez o el ocultamiento de su intención, de que la víctima no disponga de tiempo para precaverse mediante cualquier modalidad defensiva que implique precisamente eventuales daños para la persona del autor".

En la misma sentencia, con cita a su vez de las sentencias núm. 16/2018, de 16 de enero, y 51/2016 de 3 de febrero, exponíamos que "la eliminación de toda posibilidad de defensa que la alevosía exige ha de ser considerada desde la perspectiva de su real eficacia, y es compatible con intentos defensivos nacidos del propio instinto de conservación pero sin capacidad verdadera de surtir efecto contra el agresor y la acción homicida (en este sentido STS 626/2015 de 18 de octubre y las que ella cita)."

En nuestro caso, las circunstancias expuestas por el Jurado evidencian sin lugar a dudas que el lugar donde se iba a perpetrar la agresión fue deliberadamente buscado por el acusado. Pese a las quejas de la familia, el acusado condujo a su esposa y a sus dos hijos de corta edad, durante diez kilómetros, por lugares de difícil acceso. Les llevó hasta una cueva alejada de zonas transitadas y frecuentadas por otros excursionistas, que no se encontraba señalizada. Con ello eliminaba el riesgo de que otras personas pudieran acudir en auxilio de la víctima. Además aprovechó el hecho de que su víctima era la madre de los niños, de diez y de siete años, lo que implicaba una seria dificultad, sino imposibilidad, para emprender la huida. También aprovechó su mayor corpulencia y capacidad física frente a D.^a Marí Trini.

En suma, según ha declarado probado y ha motivado suficientemente el Jurado, el acusado se había representado esta situación para asegurar, como así fue, el resultado del ataque y para evitar al mismo tiempo que la víctima pudiera oponer defensa que llevara a la frustración de su designio o a cualquier riesgo para su persona, lo que constituye precisamente el elemento central de la alevosía.

El hecho de que se produjera una pelea previa entre acusado y víctima, incluso con intercambio de algún golpe, no elimina la concurrencia de la alevosía, teniendo en cuenta el número de golpes que D.^a Marí Trini recibió y la zona donde estos fueron proyectados, la imposibilidad de huida, la eliminación del riesgo de que terceras personas pudieran acudir en su auxilio, y la diferencia objetiva de fuerzas con su agresor.

Por ello, puede concluirse que no existió una defensa mínimamente efectiva que permita eliminar la concurrencia de la agravante de alevosía que cualifica el asesinato.



El motivo se desestima.

DÉCIMO.- Tras desistir del motivo décimo, el motivo undécimo se formula al amparo de lo dispuesto en el art. 852 LECrim y en el art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por infracción del derecho fundamental a la presunción de inocencia, previsto en el art. 24.2 CE.

Considera aplicada indebidamente la agravante de alevosía frente al menor Evelio .

Argumenta que los razonamientos para establecer la existencia de alevosía en la conducta del condenado, son idénticos que los empleados para motivar la existencia de alevosía en la agresión a Marí Trini . Por ello, da por reproducidos todos los argumentos que se han empleado para la idéntica formulación que se hizo frente a Marí Trini .

Añade que, en relación a Evelio , es erróneo lo que afirma la sentencia cuando expresa que Humberto le dijo a la persona que se hizo cargo de él la noche del día en que sucedieron los hechos que su hermano le gritó que se fuera, ya que dicha frase nunca fue dicha por la citada testigo.

Descarta la alevosía por prevalimiento basada en la edad del niño, diez años.

Expone que, conforme manifestó Humberto , ambos niños tiraron piedras al padre, por lo que la víctima fue consciente del peligro desde que vio agredir a su madre, pudiendo haber escapado. Partiendo de que Evelio tuvo una confrontación con el padre, tirándole piedras e inclusive acudiendo a auxiliar a la madre, estima que no existió tampoco alevosía sorpresiva, ni sobrevenida.

También considera que el Tribunal confunde alevosía con la agravante de superioridad.

Concluye señalando que no puede apreciarse ningún tipo de alevosía en la conducta del encausado frente al menor, por lo de apreciarse la exclusión del tipo delictivo del asesinato, que ha de ser sustituido el de homicidio.

Las consideraciones que efectúa el recurrente no pueden ser compartidas.

No se trata de analizar una por una, de manera individualizada cada una de las circunstancias concurrentes, sino todas ellas en su conjunto a fin de determinar si existió alevosía.

Partiendo de las mismas consideraciones realizadas en el anterior fundamento de derecho, debemos recordar una vez más que, teniendo en cuenta la definición legal de alevosía contenida en el art. 22.1 CP, conforme referíamos en la ya citada sentencia núm. 496/2018, de 23 de octubre, "la jurisprudencia de esta Sala (sentencia 16/2018, de 16 de enero), "ha exigido para apreciar la alevosía: en primer lugar, un elemento normativo consistente en que se trate de un delito contra las personas. En segundo lugar, como requisito objetivo, que el autor utilice en la ejecución medios, modos o formas que han de ser objetivamente adecuados para asegurarla mediante la eliminación de las posibilidades de defensa, sin que sea suficiente el convencimiento del sujeto acerca de su idoneidad. En tercer lugar, en el ámbito subjetivo, que el dolo del autor se proyecte no sólo sobre la utilización de los medios, modos o formas empleados, sino también sobre su tendencia a asegurar la ejecución y su orientación a impedir la defensa del ofendido, eliminando así conscientemente el posible riesgo que pudiera suponer para su persona una eventual reacción defensiva de aquél. Y en cuarto lugar, que se aprecie una mayor antijuridicidad en la conducta derivada precisamente del modus operandi, conscientemente orientado a aquellas finalidades".

En el supuesto examinado, el Jurado primero y el Magistrado Presidente después, en armonía con los razonamientos efectuados por los jurados, ha tomado en consideración, no una, sino varias circunstancias que fueron buscadas y aprovechadas por el acusado para eliminar las posibilidades de defensa de sus víctimas a fin de asegurar la ejecución de su plan de acabar con sus vidas y de eludir cualquier riesgo para su persona consecuencia de la reacción que aquellas pudieran tener.

El error denunciado por el recurrente en cuanto a lo manifestado por Jonas ante D.^a Agueda en el sentido de que su hermano le gritó que se fuera ha sido constatado efectivamente por el Tribunal Superior de Justicia. Ello no obstante, como ahora veremos, no es óbice para llegar a idénticas conclusiones que las alcanzadas por el Tribunal del Jurado y confirmadas por el Tribunal Superior de Justicia.

Lógicamente, al acontecer los hechos en un mismo contexto y en idénticas circunstancias de tiempo y lugar, coexisten elementos comunes a los tomados en consideración para apreciar la concurrencia de alevosía en la muerte de D.^a Marí Trini para afirmar también la existencia de alevosía en la acción del acusado para dar muerte a su hijo Evelio . El Jurado ha valorado que el acusado condujo a su esposa e hijos a una cueva alejada de zonas transitadas y frecuentadas por otros excursionistas. El ataque se llevó a cabo sobre un niño, hijo del acusado, de tan solo diez años de edad, y, como expresa el Jurado, con capacidad física y corpulencia muy inferior a la de su padre lo que implica que su capacidad de defensa era también muy inferior. Junto a ello valora el interés del acusado por llegar a la cueva a pesar de las quejas de su familia por tener que recorrer un sendero



de un nivel elevado de dificultad y unos diez kilómetros de longitud. Y cuando Evelio , al ver como su padre golpeaba a su madre, acudió en auxilio de ésta, ese momento fue aprovechado por el acusado para dirigirse contra el mismo, cuando se encontraba ya en el interior de la cueva postrado en el suelo en posición fetal y tratando de protegerse la cabeza con los brazos, siendo en esa situación yacente cuando su padre decidió estrellar en al menos dos ocasiones una piedra de grandes dimensiones contra su cabeza hasta conseguir acabar con su vida.

En base a todo ello, concluyó racionalmente el Magistrado Presidente estimando la existencia de un ataque intencionadamente preparado por el acusado para asegurarse la finalidad de su propósito de dar muerte a su hijo Evelio , no solo por tratarse de un niño de tan solo diez años de edad, sino también por encontrarse extenuado tras una caminata muy severa, angustiado por el acometimiento súbito hacia su madre por parte de su padre, sin duda alguna absolutamente desconfiado y expuesto ante un sorprendente ataque por parte de su propio progenitor, y sin posibilidad de pedir ayuda a terceras personas. En esa situación, lo único que hizo fue acurrucarse protegiendo su cabeza con los brazos, momento que fue aprovechado por el acusado para golpear fuertemente su cabeza, al menos dos veces, con una piedra de más de ocho kilos.

Tales elementos en su conjunto satisfacen las exigencias objetivas y subjetivas de la alevosía ex art. 139.1ª del Código Penal.

El hecho de que Evelio y su hermano en un primer momento arrojaran piedras contra su padre ante la agresión de que estaba siendo objeto su madre, o que hubiera podido huir en aquel momento, no empecen tal conclusión. Nos encontramos ante un niño de diez años que presencia una agresión de su padre frente a su madre, la que está siendo golpeada brutalmente fuera de la cueva. Su lógica reacción es defenderla como puede. Momentos después, cuando su madre se encuentra ya malherida en el interior de la cueva y su padre ha conseguido que él entre también, Evelio acaba situándose en posición fetal cubriéndose como puede, momento que aprovecha el acusado para golpearle mortalmente en la cabeza.

No existió pues una defensa mínimamente efectiva que permita eliminar la concurrencia de la agravante de alevosía que cualifica el asesinato, en favor de la agravante genérica de abuso de superioridad, reservada para aquellos supuestos en que las posibilidades de defensa de la víctima no lleguen a quedar eliminadas, sino notablemente disminuidas tal y como señala la sentencia núm. 16/2018, de 16 de enero, con referencia expresa a las sentencias núm. 888/2013, de 27 de noviembre; núm. 225/2014, de 5 de marzo y núm. 626/2015, de 18 de octubre.

El motivo se desestima.

UNDÉCIMO.- 1. El duodécimo motivo del recurso se formula al amparo de lo dispuesto en el art. 852 LECrim y en el art. 5.4 LOPJ, por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, previsto en el artículo 24.2 CE.

Discrepa el recurrente con la calificación de tentativa de asesinato respecto a su conducta frente al menor Humberto .

Señala que no existe prueba alguna que determine que iniciara la agresión a su hijo Humberto , tampoco de que su voluntad fuera agredirle. Indica que el menor en ningún momento ha manifestado que el padre fuera a agredirle. Y ello, aun cuando hubo varias ocasiones para ello y él no inició acto alguno contra Humberto . Considera que no podemos determinar que la caminata por el sendero y la posterior agresión a la madre y hermano conllevara a una tercera agresión contra él, siendo una mera hipótesis entender que iba a ser el tercero en ser agredido. Sostiene que no ha sido acreditado que ideara "ex ante" o con posterioridad a los hechos un plan consistente en el abandono a su suerte de Humberto , sino que éste, tal y como relata en su exploración en la prueba preconstituida, huyó del lugar. Tampoco estima acreditado que el hecho de no preguntar por el niño implique dejarle abandonado a su suerte, estimando que también puede interpretarse como una manifestación de la propia situación emocional en la que se encontraba. Añade que preguntó en dependencias policiales por su hijo, tal y como manifestó la testigo D.ª Agueda .

Explica que no pudo hacer uso de sus teléfonos para pedir ayuda ya que éstos quedaron en su domicilio, y, si estaban los teléfonos de Marí Trini , no había cobertura en el lugar, como así manifestó el testigo que halló los cadáveres. También considera que carece de lógica afirmar que conocía que el menor iba a fallecer por lo peligroso del camino ya que no hay ningún dato objetivo de tal peligrosidad, pues se trataba de un sendero a campo abierto que se encuentra señalizado.

Entiende por todo ello que no existe indicio alguno que nos lleve a pensar que el acusado en su fuero interno mantuvo la idea de que el menor no sobreviviría.



El decimotercer motivo se formula al amparo de lo dispuesto en el art. 852 LECrim y en el art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por infracción del derecho fundamental a la presunción de inocencia, previsto en el art. 24.2 CE.

Considera aplicada indebidamente la agravante de alevosía frente al menor Humberto .

Sin embargo, tras reproducir los fundamentos de derecho de las sentencias dictadas por la Audiencia y el Tribunal Superior de Justicia se limita a insistir en que no se desplegaron la totalidad de actos de ejecución, dado que si bien queda acreditado que se realizó la caminata hasta la cueva, ello no conllevó el inicio de la agresión. Igualmente reitera en que la agresión en ningún momento se inició hacia Humberto ni existe indicio alguno en ese sentido, considerando que la valoración del riesgo que hace el Magistrado Presidente no está refrendada en dato objetivo alguno.

Concluye señalando que la tentativa conlleva la pena inferior en uno o dos grados y que la agravante existente establece el marco superior de la pena inferior en grado, por lo que entiende que, de entender concurrente la tentativa de asesinato, procedería la imposición de la pena de once años de prisión.

2.1. Como exponíamos en la sentencia núm. 500/2019, de 24 de octubre, "Sobre el dolo homicida y sus distintas modalidades, la sentencia de este Tribunal de fecha 30 de enero de 2010, con cita de las sentencias núm. 210/2007, de 15 de marzo, 172/2008, de 30 de abril, y 716/2009, de 2 de julio, sintetiza la doctrina de esta Sala en los siguientes términos:

"El elemento subjetivo del delito de homicidio no solo es el "animus necandi" o intención específica de causar la muerte de una persona, sino el "dolo homicida", el cual tiene dos modalidades: el dolo directo o de primer grado constituido por el deseo y la voluntad del agente de matar, a cuyo concreto objetivo se proyecta la acción agresiva, y el dolo eventual que surge cuando el sujeto activo se representa como probable la eventualidad de que la acción produzca la muerte del sujeto pasivo, aunque este resultado no sea el deseado, a pesar de lo cual persiste en dicha acción que obra como causa del resultado producido (STS. 8.3.2004)".

"Como se argumenta en la STS. de 16.6.2004 el dolo, según la definición más clásica, significa conocer y querer los elementos objetivos del tipo penal. En realidad, la voluntad de conseguir el resultado no es más que una manifestación de la modalidad más frecuente del dolo en el que el autor persigue la realización de un resultado, pero no impide que puedan ser tenidas por igualmente dolosas aquellas conductas en las que el autor quiere realizar la acción típica que lleva a la producción del resultado o que realiza la acción típica, representándose la posibilidad de la producción del resultado".

"Pero ello no excluye un concepto normativo del dolo basado en el conocimiento de que la conducta que se realiza pone en concreto peligro el bien jurídico protegido, de manera que en esta segunda modalidad el dolo radica en el conocimiento del peligro concreto que la conducta desarrollada supone para el bien jurídico, en este caso, la vida, pues, en efecto, "para poder imputar un tipo de homicidio a título doloso basta con que una persona tenga información de que va a realizar lo suficiente para poder explicar un resultado de muerte y, por ende, que prevea el resultado como una consecuencia de ese riesgo. Es decir, que abarque intelectualmente el riesgo que permite identificar normativamente el posterior resultado. En el conocimiento del riesgo se encuentra implícito el conocimiento del resultado y desde luego la decisión del autor está vinculada a dicho resultado" (STS de 1 de diciembre de 2004, entre otras muchas). Así pues, y como concluye la sentencia de esta Sala de 3 de julio de 2006, bajo la expresión "ánimo de matar" se comprenden generalmente en la jurisprudencia tanto el dolo directo como el eventual".

"Así como en el primero la acción viene guiada por la intención de causar la muerte, en el segundo caso tal intención no puede ser afirmada, si bien el autor conoce los elementos del tipo objetivo, de manera que sabe el peligro concreto que crea con su conducta para el bien jurídico protegido, a pesar de lo cual continúa su ejecución, bien porque acepta el resultado probable o bien porque su producción le resulta indiferente. En cualquiera de los casos, el conocimiento de ese riesgo no impide la acción. En otras palabras, se estima que obra con dolo quien, conociendo que genera un peligro concreto jurídicamente desaprobado, no obstante actúa y continua realizando la conducta que somete a la víctima a riesgos que el agente no tiene la seguridad de poder controlar y aunque no persiga directamente la causación del resultado, del que no obstante ha de comprender que hay un elevado índice de probabilidad de que se produzca".

Por consiguiente, tal como se aprecia en los precedentes jurisprudenciales reseñados, esta Sala, especialmente a partir de la sentencia de 23 de abril de 1992 (relativa al caso conocido como del "aceite de colza" o "del síndrome tóxico") ha venido aplicando en numerosas resoluciones un criterio más bien normativo del dolo eventual, en el que prima el elemento intelectual o cognoscitivo sobre el volitivo, al estimar que el autor obra con dolo cuando haya tenido conocimiento del peligro concreto jurídicamente desaprobado para los bienes tutelados por la norma penal.



Sin embargo, ello no quiere decir que se excluya de forma concluyente en el dolo el elemento volitivo ni la teoría del consentimiento. Más bien puede entenderse que la primacía que se otorga en los precedentes jurisprudenciales al elemento intelectual obedece a un enfoque procesal del problema. De modo que, habiéndose acreditado que un sujeto ha ejecutado una acción que genera un peligro concreto elevado para el bien jurídico con conocimiento de que es probable que se produzca un resultado lesivo, se acude a máximas elementales de la experiencia para colegir que está asumiendo, aceptando o conformándose con ese resultado, o que cuando menos le resulta indiferente el resultado que probablemente va a generar con su conducta.

Así pues, más que excluir o descartar el elemento volitivo, la jurisprudencia lo orilla o lo posterga en la fundamentación probatoria por obtenerse de una mera inferencia extraíble del dato de haber ejecutado el hecho con conocimiento del peligro concreto generado por la acción. Y es que resulta muy difícil que en la práctica procesal, una vez que se acredita el notable riesgo concreto que genera la acción y su conocimiento por el autor, no se acoja como probado el elemento de la voluntad o del consentimiento aunque sea con una entidad liviana o claramente debilitada. A este elemento volitivo se le asignan los nombres de asentimiento, asunción, conformidad y aceptación, en lo que la doctrina ha considerado como una auténtica disección alquimista de la voluntad, y que en realidad expresa lingüísticamente el grado de debilidad o precariedad con que emerge en estos casos el elemento voluntativo.

Por lo demás, también parece claro que el conocimiento siempre precede a la voluntad de realizar la conducta que se ha previsto o proyectado. Si a ello se le suma que probatoriamente la acreditación del elemento intelectual, una vez que el riesgo es notablemente elevado para que se produzca el resultado, deriva en la acreditación inferencial de la voluntad, es comprensible la postergación de ésta en la práctica del proceso. Y es que tras constatarse que el autor actuó con el conocimiento del peligro concreto que entrañaba su acción, no parece fácil admitir probatoriamente que el acusado no asume el resultado lesivo. Las máximas de la experiencia revelan que quien realiza conscientemente un acto que comporta un grave riesgo está asumiendo el probable resultado. Sólo en circunstancias extraordinarias podrían aportarse datos individualizados que permitieran escindir probatoriamente ambos elementos. Las alegaciones que en la práctica se hacen en el sentido de que se confiaba en que no se llegara a producir un resultado lesivo precisan de la acreditación de circunstancias excepcionales que justifiquen esa confianza, pues ésta no puede convertirse en una causa de exculpación dependiente del subjetivismo esgrimido por el imputado. En principio, el sujeto que ex ante conoce que su conducta puede generar un grave riesgo para el bien jurídico está obligado a no ejecutarla y a no someter por tanto los bienes jurídicos ajenos a niveles de riesgo que, en el caso concreto, se muestran como no controlables.

La obliteración procesal del elemento de la voluntad ha acabado afectando, sin duda, a la construcción del dolo en su dimensión teórico-dogmática. El hecho de haber quedado ese elemento diluido o desdibujado debido a su posición subordinada y a su carencia de autonomía en el marco del proceso, ha determinado en gran medida su absorción por el conocimiento del peligro concreto de la acción.

De otra parte, la jurisprudencia de esta Sala viene considerando como criterios de inferencia para colegir el ánimo de matar los datos existentes acerca de las relaciones previas entre agresor y agredido; el comportamiento del autor antes, durante y después de la agresión, lo que comprende las frases amenazantes, las expresiones proferidas, la prestación de ayuda a la víctima y cualquier otro dato relevante; el arma o los instrumentos empleados; la zona del cuerpo a la que se dirige el ataque; la intensidad del golpe o golpes en que consiste la agresión, así como de las demás características de ésta; la repetición o reiteración de los golpes; la forma en que finaliza la secuencia agresiva; y en general cualquier otro dato que pueda resultar de interés en función de las peculiaridades del caso concreto (SSTS. 57/2004 de 22-1; 10/2005, de 10-1; 140/2005, de 3-2; 106/2005, de 4-2; y 755/2008, de 26-11)."

Conforme señalábamos en la Auto núm. 1939/2007, de 8 de noviembre, "la construcción de la muerte como un delito culposo sólo es posible considerando previamente cuál fue el dolo directo del autor y hasta qué punto asumió el resultado de su acción (STS núm. 696/1.997). Como ya dijera la sentencia de esta Sala núm. 16/1997, de 21 de enero, la preterintencionalidad heterogénea ha de encontrar su correspondencia técnica y su sanción punitiva en las reglas generales del concurso de delitos, viniendo atribuido el segundo de ellos a título de culpa. El "ultra propositum" o "plus in effectum", al diferir notablemente el resultado de la intención animadora, lleva a la ruptura del título de imputación, reputándose al reo autor de una infracción dolosa en cuanto a lo que quiso ejecutar y ejecutó, y como agente de otra culposa en cuanto a la que no quiso ejecutar y, sin embargo, produjo. En general, se destaca que en el delito preterintencional se da cita una especie de "mixtura de dolo y culpa", es decir, nos hallamos ante un hecho-base de contornos intencionales, entrevisto y aceptado en su fundamental "substratum", y otro hecho- consecuencia que, escapando a las previsiones del



agente, aunque ciertamente previsible (culpa inconsciente) o previsto pero no aceptado (culpa consciente), acaba por imponerse, sin que se eche de menos, naturalmente, el preciso nexo causal."

2.2. Conforme señala el art. 16.1 CP, "Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor".

En nuestra sentencia núm. 361/2020, de 1 de julio, exponíamos la evolución de la doctrina y de la jurisprudencia en torno a esta forma incompleta de ejecución, llegando a la actual posición de este Tribunal reflejada, entre otras muchas, en la sentencia núm. 548/2017, de 12 de julio. En ella indicábamos que deben ser considerados actos ejecutivos "aquellos que suponen ya una puesta en peligro siquiera remoto para el bien jurídico, incluso cuando no constituyan estrictamente hablando la realización de la acción típica, siempre que en tal caso se encuentren en inmediata conexión espacio-temporal y finalístico con ella y se hace mención a la triple concurrencia de un plan del autor cuyo dolo abarque la creación del peligro típico propio del delito, el inicio del riesgo para el bien jurídico protegido mediante un principio de ejecución manifestada por hechos exteriores y la inmediatez de la acción del sujeto con la finalidad perseguida, que no se llega a alcanzar por causas independientes de la voluntad del autor y se añade que para que podamos decir que la ejecución de un delito se ha iniciado, es necesario que concurren los siguientes requisitos: 1º. Que haya univocidad, es decir, que tales actos exteriores sean reveladores, de modo claro, de esa voluntad de delinquir. 2º. Que exista ya una proximidad espacio-temporal respecto de lo que, en el plan del autor, habría de suponer la consumación del delito. 3º. Y este es el criterio que ha de marcar la última diferencia entre los actos preparatorios y los de ejecución: que esa actuación unívoca y próxima en el tiempo y en el espacio sea tal que en su progresión natural conduzca ya a la consumación, es decir, que si esa acción continúa (no se interrumpe) el delito va a ser consumado. Es entonces cuando puede decirse que ya hay un peligro para el bien jurídico protegido en la norma penal; asimismo se declara que la tentativa supone ya pasar de la fase preparatoria a la de ejecución, pues como señala el artículo 16.1 Código Penal, hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor, es decir: objetivamente, se requiere la ejecución parcial o total de los hechos descritos en el tipo penal; subjetivamente, la voluntad del agente de alcanzar la consumación del delito; y, por último, la ausencia de un desistimiento voluntario. Mientras que en relación con los actos preparatorios la regla general es la de su impunidad, cuando se ha pasado ya a la fase ejecutiva del delito el principio que opera es el de la punición de la tentativa con las excepciones señaladas en el artículo 16 del Código Penal".

3. En el caso, el Jurado estimó que el recurrente actuó con dolo de matar al menor Humberto . Así declara probado que "El día 23 de abril de 2019, en horas de la mañana, el acusado Luis Carlos intentó acabar con la vida de su hijo de siete años de edad Humberto , conduciéndolo junto con su esposa y el hijo también común Evelio de diez años de edad a un paraje aislado del término municipal de DIRECCION000 cercano al CAMINO000 a DIRECCION001 . Tras presenciar el menor Humberto que su padre el acusado agredía a su madre Marí Trini y a su hermano Evelio decidió huir del lugar, dejándolo el acusado a su suerte en la creencia de que su hijo Evelio no sobreviviría dado su desconocimiento de un terreno angosto y solitario.

El menor Humberto vagó al azar durante al menos dos horas en las que recorrió más de cuatro kilómetros, siendo hallado hacia las 16:00 horas en la zona de DIRECCION002 ".

Como explica el Magistrado Presidente, "la ejecución comenzó con la puesta en peligro del bien jurídico protegido (la vida) al llevarlos a ese paraje aislado tras una caminata extenuante, asegurarse de que quedara expuesto causando la muerte de la madre y hermano del mismo, y alcanzar con ello la convicción de que, aun cuando consiguiera evadirse, no sobreviviría en una zona solitaria, inhóspita un niño de siete años absolutamente desconocedor de la isla, sin agua ni alimentos, y dando por sentado que habría emprendido la huida por el sendero de ida, cuya bajada resultaba aún más peligrosa, no pudiendo imaginar que por fortuna Humberto en su desorientación había topado con la pista que pasaba por la parte superior de la colina en la que había formado la cueva y que iba a parar, tras cuatro kilómetros de descenso, hasta la localidad de La Quinta. (...) el acusado desplegó todos los actos encaminados a procurar la muerte de su hijo menor Humberto , siendo solo la fortuna (materializada en topar al comienzo de su huida sin rumbo con una pista que, aun tras un largo caminar, le conduciría hasta una zona poblada) la que evitó el resultado letal".

El Tribunal contó con pruebas suficientes para llegar de forma racional y motivada a tales conclusiones. Tales pruebas vienen constituidas por la propia declaración del acusado, por lo declarado por el menor superviviente, Humberto , en su exploración introducida en el plenario con el carácter de prueba preconstituida, y por el hallazgo de ropa y enseres del encausado en un contenedor de basura próximo a la vivienda. Razona la intencionalidad del acusado de acabar también con la vida de su hijo Humberto , al abandonar a éste a su suerte creyendo que no sobreviviría.



Destacan los jurados que los policías locales de DIRECCION000 NUM003 y NUM004, en su actuación del día de los hechos, les manifestó el acusado que lo único que quería era ir a dormir y no preguntó por su hijo. Ante las preguntas de la policía local acerca del paradero de su familia, les indicó que se encontraban en el monte. Atienden también a un informe de la Guardia Civil elaborado sobre los teléfonos del acusado, comprobando que no se produjeron llamadas al teléfono de emergencia ni tampoco el acusado se desplazó hasta la comisaría cercana a su domicilio. El recurrente afirma que preguntó por su hijo al prestar declaración ante la policía y que ese día había dejado sus teléfonos en su domicilio y además no había cobertura en la cueva. Sin embargo tales excusas no justifican que, tras huir Humberto, no intentara seguirle y guiarle de vuelta para evitar su pérdida; que volviera a su domicilio sin dar la alarma de la desaparición del niño; que al ser preguntado por la policía sobre el paradero de su familia su única contestación fuera que se encontraban en el monte; y que sin embargo si se preocupara de deshacerse de ropa y enseres tirándolos en un contenedor de basura para ocultar pruebas que podrían incriminarle.

La propias manifestaciones que efectúa el menor y son reproducidas por el acusado en su recurso ponen de manifiesto sin duda alguna cuál era su verdadera intención. Así, el menor describe que después de que golpear a su madre con una piedra y estando ésta sangrando, les dijo a su hermano y a él que debían ir a su mochila, cumpliendo ellos la orden. Continúa su relato refiriendo que fue entonces cuando su padre cogió una piedra e hirió a su mamá y luego les dijo: "Vamos a dar los primeros auxilios", expresando el menor que él no participó, y entonces su padre le dio a Evelio, manifestando a este respecto: "... No sé si lo empujó o ... y luego tomó una piedra pero sé ... y luego salí corriendo primero y realmente no vi que Evelio ... no sé si estaba sangrando porque salí corriendo antes". Cuando se le preguntó si entonces papá quería primero que los dos hermanos ayudaran a su madre, contestó afirmativamente, reiterando que él no quiso hacerlo. Señaló que se sentó porque así se lo indicó su padre. Después describió como su padre "cogió... la piedra y entonces ya estaba... la cogió en el aire y entonces salí corriendo y no lo vi para nada". Al preguntarle si Evelio hizo algo, si ayudó, respondió "Respuesta: Sí, lo hizo... quiso ayudar, pero entonces papá empujó a Evelio a la esquina y entonces cogió la piedra y luego ya no sé". Explica a continuación que su padre levantó la piedra en el aire y él se levantó rápidamente y salió corriendo porque pensó que le pasaría lo mismo.

De tal relato es difícil deducir que la intención del acusado fuera otra distinta a acabar también con la vida de Humberto, lo que definitivamente resulta más que evidente, cuando después de estos hechos dejó al menor a su suerte, sin agua ni comida, en medio de un paraje aislado de un monte que no conocía, siendo lo más probable que el mismo tomara el mismo solitario y escarpado camino de regreso que habían seguido en la subida, que por sus características resultaba aún más peligroso al efectuarse en sentido descendente. Junto a ello el Jurado ha atendido también a las circunstancias y estado en que se encontraba el menor, que el acusado necesariamente conocía. Se trataba de un niño de siete años, asustado y angustiado como consecuencia de las escenas que acababa de vivir, al que previamente había sometido a una caminata extenuante, y absolutamente desconocedor de la isla.

No cabe duda de que el acusado conocía el peligro concreto que entrañaba su acción, por lo que difícilmente puede concluirse que no aceptara las consecuencias que de tal actuar podrían producirse. El ánimo homicida atribuible al acusado fluye naturalmente. Conocía el peligro concreto para la vida del menor como consecuencia de los actos por él realizados. Pese a ello no desistió de su acción, aceptando con ello el resultado probable que con toda probabilidad podría producirse.

Sin embargo, el resultado perseguido no se produjo por causas totalmente ajenas a la voluntad del acusado, quien nada hizo para impedir tal situación. Como razona la sentencia de instancia, lo que no podía imaginar el acusado es que el niño se equivocara y tomase el camino por el que habían subido, de tal suerte que accedió a la pista que pasaba por la parte superior de la colina en la que había formado la cueva y que iba a parar, tras cuatro kilómetros de descenso, hasta la localidad de La Quinta.

Los actos realizados por el acusado no solo son unívocos desde la perspectiva del plan del autor, sino que además suponen la ejecución de la conducta típica por la que ha sido condenado y la inminente puesta en peligro para el bien jurídico que ampara, lo que excluye la necesidad de actos o fases intermedias.

Al igual que en el ataque sufrido por su madre y su hermano, existe alevosía en la acción perpetrada para acabar con la vida de Humberto. Las circunstancias ya expresadas, relacionadas con su edad, paraje aislado donde había sido conducido intencionadamente por su padre, desconocimiento y peligrosidad del terrero, estado psíquico del menor y el cansancio acumulado como consecuencia del ascenso a la cueva impuesto por su padre, eliminaban cualquier resistencia física por su parte.

Así las cosas, el motivo no puede acogerse.



DUODÉCIMO.- 1. El decimocuarto motivo del recurso se formula al amparo de lo dispuesto en los arts. 852 LECrim y 5.4 LOPJ, por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, previsto en el art. 24.2 CE, e inaplicación del art. 20.1 CP, o subsidiariamente del art. 21.1 ó 21.3 CP.

Considera que en atención a su estado mental al momento ocurrir los hechos, debió apreciarse la existencia de trastorno mental transitorio que afectó su capacidad cognoscitiva como exención recogida en el art. 20.1 CP, y subsidiariamente a la anterior, la posibilidad de la existencia del arrebató o estado pasional semejante prevista en el art. 21.3 CP y subsidiariamente la aplicación como atenuante muy cualificada o atenuante.

Señala que el Magistrado Presidente se ha excedido en su cometido puesto que ha valorado multitud de circunstancias que no han sido recogidas por el Jurado en su veredicto.

Atendiendo únicamente a los razonamientos ofrecidos por el Jurado, refiere que los numerosos comprimidos indicados en depresión, ansiedad y cuadro de dolor, hallados en el registro de su domicilio, reflejan que ingería los medicamentos prescritos. Argumenta que el hecho de acudir a médicos privados y de adquirir los medicamentos sin receta evidencia que los compraba para consumirlos, pues de otra forma carecería de sentido que adquiriese los medicamentos, alguno de ellos muy caros, para luego no ingerirlos.

Manifiesta también que estuvo 72 horas detenido antes de pasar a disposición judicial, lo que le impidió solicitar prueba toxicológica alguna por no tener conciencia de los efectos que habían producido y por ser del todo imposible que la Guardia Civil adoptara esa resolución más allá de llevarlo ante el médico de guardia que le prescribió Valium. Se refiere al informe emitido por el perito de la defensa Dr. Plácido, así como a los informes que obran en autos que reflejan su patología física que le incapacitan de forma absoluta para toda profesión u oficio, como fue reconocido por el Estado alemán.

Destaca también que los peritos forenses del Instituto de Medicina Legal de La Laguna en ningún momento mostraron disconformidad con lo alegado por el Dr. Plácido.

Solicita por todo ello la estimación de la eximente alegada y con ello, su absolución, o subsidiariamente la apreciación de una afección parcial en su capacidad cognoscitiva y/o volitiva y con ello la imposición de penas y medidas invocadas en el escrito de defensa y ratificadas en Sala al momento de conocer el veredicto.

2. En el supuesto examinado, la resolución recurrida, ofrece al recurrente explicación suficiente sobre los motivos que han llevado al Tribunal a desestimar la pretensión de exención o atenuación de la responsabilidad penal por él deducida.

Conforme expresábamos en la sentencia núm. 151/2014, de 4 de marzo, con referencia expresa a las sentencias de esta Sala núm. 960/2000, de 29 de mayo, 1240/2000, de 11 de septiembre de 2000, 132/2004, de 4 de febrero, 816/2008, de 2 de diciembre, 300/2012, de 3 de mayo, 888/2013, de 27 de noviembre y 45/2014, de 7 de febrero, "tratándose de sentencias dictadas por el Tribunal del Jurado no puede exigirse a los ciudadanos que integran por sí solos el Jurado de hechos y de culpabilidad, el mismo grado de razonamiento intelectual y técnico que puede exigirse a un Juez profesional y experimentado y por ello la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado sólo exige (art. 61.d) "una sucinta explicación de las razones..." que han tomado en consideración los ciudadanos jurados como elementos de convicción para declarar probados los hechos y la participación en ellos del acusado, razones que deberán ser complementadas, cuando sea necesario y de forma congruente con lo expresado por el Jurado, por el Magistrado-Presidente en tanto en cuanto pertenece al Tribunal y ha contemplado atentamente el desarrollo del juicio, motivando la sentencia de conformidad con el art. 70.2 de la LOTJ (STS 29 de mayo de 2000)".

Esto es lo que ha llevado a cabo el Magistrado Presidente del Tribunal del Jurado. Partiendo de las consideraciones efectuadas por los jurados, la sentencia de instancia completa y avala las conclusiones alcanzadas por aquellos, analizando de forma pormenorizada la totalidad de las pruebas periciales practicadas, a instancia de las acusaciones y de la defensa, en relación con el estado que presentaba o podía presentar el acusado en el momento de cometer los hechos por los que ha sido enjuiciado. Tanto los jurados como el Magistrado Presidente han razonado y explicado por qué acogen determinadas conclusiones.

El Tribunal Superior de Justicia recoge y comparte la argumentación que sobre este punto hicieron los jurados, así como la expresada en la sentencia dictada por el Magistrado Presidente del Tribunal del Jurado.

Se refiere a la falta de prueba toxicológica que pudiera acreditar la medicación que el acusado manifiesta haber tomado el día de los hechos. Razona de manera lógica señalando que su falta deriva de que en ningún momento se apreció que pudiera estar bajo los efectos adversos de la medicación. Nadie, ni las personas que trataron con él cuando le detuvieron ni el médico que le asistió y que le dio un Valium, lo apreciaron. Destaca también la falta de colaboración del acusado con los peritos de la acusación, así como el hecho de no explicar al médico que le atendió cuando estaba detenido la medicación que había tomado o que necesitara en ese



momento. Respecto a esta circunstancia, indica el Tribunal, el acusado tenía derecho a actuar como lo hizo, pero ello puede tener sus consecuencias, cuando lo que se pretende es acreditar un estado mental puntual alterado que le impida comprender la ilicitud de los hechos o actuar conforme a dicha comprensión en el momento de suceder los hechos, que nunca se había evidenciado y que tampoco se volvió a evidenciar con posterioridad.

Esta falta de colaboración por parte del acusado fue puesta de manifiesto por los Médicos Forenses Dra. María Rosario y Dr. Juan, quienes, según se expone en la sentencia de instancia, su estudio se vio limitado ante la falta de colaboración de D. Luis Carlos. Además, nada consta sobre su estado psíquico en ninguno de los dos informes médicos emitidos por los facultativos que le examinaron. En el primer reconocimiento, practicado el día 24 de abril de 2019, solo consta que solicitó medicación y que presentaba "estado ansiedad no especificado". En el segundo, realizado al día siguiente, únicamente se objetivan lesiones físicas.

No es que los jurados no hayan tomado en consideración los informes elaborados por el perito de la defensa, sino que otorgan prevalencia, razonándolo debidamente, a otros practicados también a su presencia. Así, como expone el Tribunal Superior de Justicia, "el Jurado explica de forma racional y lógica por qué no consideran acreditados los síndromes que las peritos de la defensa manifiestan que pudo sufrir el acusado y ello porque han dado más valor a las periciales de la acusación que los descartan porque hubiera necesitado asistencia sanitaria urgente. También descartan que su estado de depresión y la actuación derivada de la crisis matrimonial le afectara puesto que se trata de un hecho planeado tras el cual reaccionó de forma tranquila. Ello es suficiente para descartar la concurrencia, de las circunstancias que pudieran exonerar o aminorar la responsabilidad criminal del acusado"

También ofrece contestación al recurrente sobre los efectos de la impugnación que la defensa realizó de las periciales propuestas por la acusación, lo que, como debidamente expone "no significa que el Jurado no pueda valorarlas si no se han apartado del procedimiento, la pericial de la defensa fue tenida en cuenta por el Jurado, pero explica porque considera que sus conclusiones no acreditan lo que se pretende y es porque tienen en consideración lo dicho por los peritos de la acusación".

Por último, se refiere al complemento llevado a cabo por el Magistrado Presidente, el cual considera "impecable y no viene sino a corroborar las apreciaciones del Jurado que ya son de por sí suficientes para descartar la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal del acusado".

De esta manera concluye, junto al Tribunal del Jurado, excluyendo que el recurrente sufriera abolición plena o limitación de sus facultades mentales, lo que lógicamente impide la apreciación de la eximente o atenuantes pretendidas por aquel.

Con ello se comprueba, lejos de la queja que efectúa el recurrente, que el Tribunal de instancia ha tenido en cuenta todas las pruebas practicadas y tras su adecuada y ponderada valoración, conforme a los criterios de la sana crítica, la lógica y la experiencia, ha ofrecido oportuna respuesta al recurrente, explicando de manera clara los hechos que han quedado probados conforme a la totalidad de la prueba practicada y el razonamiento discursivo que le lleva a alcanzar la conclusión.

Las consideraciones efectuadas en este sentido por el Tribunal Superior de Justicia son asumidas en su totalidad en esta sede casacional, máxime cuando las quejas del recurrente son reproducción exacta de las deducidas ante el Tribunal de apelación de quien ya ha obtenido oportuna contestación.

El motivo por ello se desestima.

DECIMOTERCERO.- La desestimación del recurso conlleva la condena en costas al recurrente, de conformidad con las previsiones del artículo 901 de la LECrim.

FALLO

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

- 1) **Desestimar** el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Luis Carlos, contra la sentencia núm. 50/2022, de 27 de junio, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, en el Recurso de Apelación de la Ley del Jurado núm. 44/2022, en la causa seguida por un delito de asesinato con alevosía.
- 2) **Imponer** a dicho recurrente el pago de las costas ocasionadas en el presente recurso.
- 3) **Comunicar** esta resolución a la mencionada Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, a los efectos legales, con devolución de la causa, interesando acuse de recibo.



Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ