



Roj: **STSJ AS 389/2021 - ECLI:ES:TSJAS:2021:389**

Id Cendoj: **33044310012021100006**

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

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **13/04/2021**

Nº de Recurso: **4/2021**

Nº de Resolución: **18/2021**

Procedimiento: **Recurso de apelación. Tribunal del jurado**

Ponente: **JOSE IGNACIO PEREZ VILLAMIL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.ASTURIAS SALA CIV/PE

OVIEDO

SENTENCIA: 00018/2021

-

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

Telf: 985988411 Fax: 985201041

Correo electrónico:

Equipo/usuario: SCC

Modelo: N91190

N.I.G.: 33044 31 2 2021 0000004

ROLLO: RAJ RECURSO DE APELACION AL JURADO 0000004 /2021

Juzgado procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION TERCERA de OVIEDO

Procedimiento de origen: TRIBUNAL DEL JURADO 0000074 /2019

RECURRENTE: Lucía

Procurador/a: MARIA JOSE GARCIA-BOBIA FERNANDEZ

Abogado/a: JOSE LUIS ALVAREZ NIÑO

RECURRIDO/A: MINISTERIO FISCAL, Mariola , Melisa , Eliseo

Procurador/a: , GUSTAVO MARTINEZ MENDEZ , GUSTAVO MARTINEZ MENDEZ , GUSTAVO MARTINEZ MENDEZ

Abogado/a: , JOSE ANTONIO BALLINA GARCIA , JOSE ANTONIO BALLINA GARCIA , JOSE ANTONIO BALLINA GARCIA

SENTENCIA Nº 18/2021

EXCMO. SR. PRESIDENTE

D. JESÚS MARIA CHAMORO GONZÁLEZ

ILTMOS. SRES. MAGISTRADOS

D. IGNACIO VIDAU ARGÜELLES

D. JOSÉ IGNACIO PÉREZ VILLAMIL

Oviedo, a trece de abril de dos mil veintiuno.



Visto por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, el Recurso de Apelación interpuesto por la Procuradora D^a . **MARIA JOSÉ GARCIA-BOBIA FERNANDEZ** , en nombre y representación de **Lucía** , contra la sentencia dictada por la Ilmo. Sr. Magistrado Presidente del Tribunal del Jurado en el Rollo 74/2019 de la Sección 3^a de la Audiencia Provincial de Oviedo, procedente del Juzgado de Instrucción nº 4 de Siero, en el Procedimiento Especial del Jurado nº 252/18, por delito de asesinato.

Formando Sala, en sede Penal, los Magistrados de la misma han pronunciado en nombre del Rey, la siguiente:

SENTENCIA

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Ilmo. Sr. Magistrado Presidente D. Javier Domínguez Begega se dictó sentencia de fecha nueve de diciembre de dos mil veinte, del siguiente tenor literal:

"II.- HECHOS PROBADOS

PRIMERO.-Se declaran HECHOS PROBADOS lo que se relacionan a continuación:

La acusada Lucía mantuvo una relación de pareja con Remigio durante aproximadamente un año, con convivencia esporádica en el domicilio de los padres de Lucía sito en la CALLE003 N° NUM012 de Lugones. Ente las 20:00 y las 23:00 horas del día 16 de julio de 2018 estuvieron en la cocina del domicilio de los padres de aquella, intuyendo Lucía que su pareja la iba a abandonar para irse con su ex novia Justa , conocida por Monja , al ser perfectamente conocedora que los mismos habían mantenido una relación sentimental durante diez años, así como que Remigio siguió manteniendo dicha relación sentimental con Monja durante todo el periodo que duró la relación de él con Lucía , retirándose finalmente ambos al dormitorio de ésta a dormir. Allí, sobre las 00:00 horas ya del día 17 de julio de 2018, con ánimo de terminar con la vida de Remigio y sin que él pudiera siquiera imaginarse el ataque ni tampoco defenderse puesto que estaba durmiendo o en un proceso de quedarse dormido con una ingesta de alcohol que supuso una impregnación orgánica generalizada que le imposibilitaba para realizar acciones con la defensa o lucha, regresó a la cocina y del cajón de los cubiertos cogió un cuchillo de cocina con una hoja de entre 6 y 10 centímetros, regresando con el mismo sigilosamente al dormitorio donde asestó de forma absolutamente sorpresiva a Remigio hasta un total de 35 puñaladas fundamentalmente en el cuello y en el abdomen, a sabiendas de que se trataba de zonas corporales claramente vitales y de que el resultado fatal era inevitable, empleando para ello una fuerza física extraordinaria y resultando esas puñaladas mortales, todo ello a pesar de ser consciente de que habría conseguido el mismo objetivo de ocasionar la muerte sin necesidad de asestar ese elevadísimo número de puñaladas. Como consecuencia de los hechos Remigio falleció sobre las 00:00horas del día 17 de julio de 2018 al sufrir un shock hipovolémico por sección de vasos de paquete vasculo nervioso derecho e izquierdo del cuello, sufriendo hasta 35 heridas por arma blanca de las cuales las que el dictamen forense numeró como 2,10 y 11, afectaron a planos profundos y la N° 10 era mortal de necesidad. Remigio dejó tres hermanos Eliseo , Mariola y Melisa , lo que reclaman las acciones que le correspondan."

"FALLO

Que debo condenar y condenar a Lucía como autora de un delito de asesinato ya definido, concurriendo la circunstancia mixta de parentesco como agravante, a la pena de 25 años de prisión, con la accesoria legal de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, imponiéndole la medida de libertad vigilada, a determinar a la vista de la propuesta que en el momento pertinente, en fase de ejecución y al menos dos meses antes de la extinción de la pena de prisión, eleve el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, que tendrá en cuenta las medidas de obligación de estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos; comunicar inmediatamente en el plazo y por el medio que se establezca cualquier cambio de domicilio o lugar de residencia y la prohibición de aproximarse y comunicarse con Eliseo , Mariola y Melisa , todo ello por un periodo de diez años.

La condenada abonará el importe de las costas procesales causadas, con inclusión de las devengadas por la acusación particular e indemnizará a cada uno de los citados anteriormente, hermanos de Remigio , en la cantidad de 30.000 euros, que devengará los intereses legales previstos en el art. 576 de la L.E.Civil .

Se acuerda el comiso del cuchillo intervenido en la causa."

SEGUNDO.- Notificada dicha sentencia a las partes en tiempo y forma, se interpuso Recurso de Apelación por la representación de la condenada, siendo admitido dicho recurso y emplazadas las partes a personarse ante esta Sala.



TERCERO.- Habiéndose personado las partes ante esta Sala, se señaló para el 7 de abril de 2021, a las 10'30 horas de la mañana la vista del Recurso interpuesto, la cual tuvo lugar en la sede de este Tribunal Superior de Justicia.

ES PONENTE EL ILMTO. SR. D. JOSÉ IGNACIO PÉREZ VILLAMIL, MAGISTRADO DE LA SALA DE LO CIVIL Y PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS, que expresa el parecer unánime de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Por el presente recurso de Apelación se impugna la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado, en el ámbito, de la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección Tercera, de fecha 9 de diciembre de 2020, en la causa N° 252/2018 del Juzgado de Instrucción nº 4 de Siero, (Rollo de Sala nº 74/2019), cuyos "Hechos Probados" y Fallo se reflejan en los antecedentes fácticos de esta resolución.

SEGUNDO.- Con carácter general, y antes de entrar en el conocimiento y resolución de los concretos motivos impugnatorios propuestos por los apelantes, conviene hacer algunas precisiones acerca de la naturaleza jurídica de este especial recurso de Apelación.

Al respecto es de destacar, como ya hizo el Tribunal Supremo en su sentencia de 11 de Marzo de 1998, que la modificación operada por la Ley Orgánica 5/1995, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al establecer que contra las sentencias dictadas en el ámbito del Tribunal del Jurado quepan los recursos de apelación y de casación, lo que realmente se ha hecho es instaurar dos recursos extraordinarios constreñidos a motivos expresos, por lo que el primero de ellos, no obstante su denominación, no es un recurso ordinario en el que puedan examinarse con total amplitud todas las cuestiones suscitadas en la primera instancia, como ocurre en el normal de apelación, sino que, dada la naturaleza de este recurso, extraordinario y atípico en nuestro clásico ordenamiento jurídico-procesal, tiene unos motivos legalmente tasados y para su formulación han de observarse, incluso en una hermenéutica que respete el principio "pro actione", ciertos rigorisismos formales.

Estos motivos tasados vienen recogidos en el **Artículo 846 bis c) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal** , (en adelante LECrim.) que es del tenor siguiente:

"El recurso de apelación deberá fundamentarse en alguno de los motivos siguientes:

a) Que en el procedimiento o en la sentencia se ha incurrido en quebrantamiento de las normas y garantías procesales, que causare indefensión, si se hubiere efectuado la oportuna reclamación de subsanación.

Esta reclamación no será necesaria si la infracción denunciada implicase la vulneración de un derecho fundamental constitucionalmente garantizado.

A estos efectos podrán alegarse, sin perjuicio de otros:

Los relacionados en los arts. 850 y 851, entendiéndose las referencias a los Magistrados de los núms. 5 y 6 de este último como también hechas a los jurados; la existencia de defectos en el veredicto, bien por parcialidad en las instrucciones dadas al Jurado o defecto en la proposición del objeto de aquél, siempre que de ello se derive indefensión, bien por concurrir motivos de los que debieran haber dado lugar a su devolución al Jurado y ésta no hubiera sido ordenada.

b) Que la sentencia ha incurrido en infracción de precepto constitucional o legal en la calificación jurídica de los hechos o en la determinación de la pena, o de las medidas de seguridad o de la responsabilidad civil.

c) Que se hubiese solicitado la disolución del Jurado por inexistencia de prueba de cargo, y tal petición se hubiere desestimado indebidamente.

d) Que se hubiese acordado la disolución del Jurado y no procediese hacerlo.

e) Que se hubiese vulnerado el derecho a la presunción de inocencia porque, atendida la prueba practicada en el juicio, carece de toda base razonable la condena impuesta.

En los supuestos de las letras a), c) y d), para que pueda admitirse a trámite el recurso, deberá haberse formulado la oportuna protesta al tiempo de producirse la infracción denunciada".

Igualmente resulta pertinente significar lo siguiente:

1º) Como premisa fundamental debe dejarse consignado que, esta singular apelación contra la Sentencia dictada por el Tribunal del Jurado veda la posibilidad de que la Sala de lo Civil y Penal pueda revisar sin más la valoración de la prueba realizada en la instancia.



En efecto, esta Sala ha señalado en ocasiones precedentes que ninguno de los motivos que figuran en el artículo 846 bis c) LECrim (únicos que pueden alegarse en el recurso de apelación) autoriza al Tribunal «ad quem» a una valoración de la prueba enmendando la efectuada por el Tribunal del Jurado, pues sería **suplantar al Jurado en su función exclusiva de valoración de la prueba practicada en su presencia**.

2º) La invocación del derecho a la **presunción constitucional de inocencia** no permite en la segunda instancia realizar una ponderación de las pruebas practicadas valorando la contradicción de las mismas o la existente entre ellas, alterando así la mayor o menor virtualidad conferida a cada una por el Tribunal de Jurado, sino que sólo se trata de saber **si existía prueba de cargo constitucionalmente legítima y si ésta no ha sido valorada arbitrariamente**.

En términos de la Jurisprudencia (STS 20-9-2000) el Tribunal encargado de la impugnación puede controlar el respeto a la presunción de inocencia comprobando si existió actividad probatoria, si ésta fue regularmente obtenida, **si tiene un sentido razonable de cargo y si la deducción que el Tribunal obtiene de la inmediación responde a criterios lógicos y de razonabilidad expresados en la sentencia**.

Ahora bien los límites esenciales de su revisión se encuentran en el **respeto al principio de inmediación** y, como consecuencia de ello, a la potestad exclusiva del Órgano sentenciador para la valoración en conciencia de la prueba practicada en el juicio oral (STS 31 de mayo de 1999 y 20 de septiembre de 2000, dictadas ambas en relación con el Tribunal del Jurado). Lo contrario sería quebrantar las normas del procedimiento ante el Jurado (art. 3º LOTJ) así como del procedimiento ordinario (art. 741 LECrim), de las que se deduce que es el Tribunal que ha presenciado el Juicio Oral el que debe valorar la prueba, racionalmente y en conciencia. Concretamente no puede el Tribunal de apelación revisar la valoración de pruebas personales directas practicadas ante el Jurado (testificales, periciales o declaraciones de los imputados o coimputados) a partir exclusivamente de su fragmentaria documentación en el Acta, vulnerando el principio de inmediación, o ponderar el valor respectivo de cada medio válido de prueba para sustituir la convicción racionalmente obtenida por el Jurado por la suya propia.

Ahora bien, estas afirmaciones han de ser matizadas porque si bien es cierto que este tribunal carece de competencia para valorar la prueba, sí la tiene para estimar error en su apreciación pese a que el artículo 846 bis-c) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no haga referencia alguna al error en la valoración de la prueba, precisamente porque le resultan de aplicación las normas del recurso de casación y así la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 1999 llega a esta conclusión: *"En primer lugar, parece claro que, no habiéndose dispuesto nada sobre dicho art. 849.2º en las normas reguladoras del proceso ante el Tribunal del Jurado, hay que considerar aplicable esta norma relativa a la casación en esta clase de procedimiento. Y, en principio, estimamos que no hay obstáculo para que haya de tener en estos procesos el mismo o similar alcance que en los demás en que no interviene el Jurado. Después, una vez admitida su aplicación en casación, ha de entenderse que también cabe en la apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del correspondiente Tribunal Superior, aunque no aparezca expresamente acogido entre los motivos en que puede fundarse este último recurso, porque esta norma procesal, tal y como viene siendo aplicada por el TS, constituye un supuesto concreto de interdicción de la arbitrariedad de un poder público, a la que se refiere el art. 9.3 CE, y la infracción de precepto constitucional aparece en el art. 846 bis c) como motivo específico en esta clase de apelación... en resumen, por la vía de la interdicción constitucional de la arbitrariedad y por la necesidad de que no haya una casación "per saltum", ante la Sala de lo Civil y Penal del correspondiente TSJ, cuando conoce de un recurso de apelación contra sentencia dictada por el Tribunal del Jurado, puede plantearse como motivo de apelación la existencia de un posible error en la apreciación de la prueba, al menos en los mismos términos en que luego cabe casación ante el TS."*

Este motivo se ha de hacer valer, pues, a través de la infracción de precepto constitucional y como en definitiva se trata de ampliar los motivos legales de la apelación, para su viabilidad determinante de la modificación, supresión o adición al relato histórico de la sentencia apelada, es preciso que se cumpla con los requisitos exigidos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo al interpretar el artículo 849.2 de la Ley procesal penal (SS. de 22/10/1994, 19/4, 16/7 y 28/11/2002, etc.) pues de otro modo no podemos llegar a la conclusión de que la valoración de la prueba ha sido arbitraria o irracional: a) que en la construcción del "factum" de la sentencia se ha padecido un error, por incluir extremos no acontecidos o excluir otros sucedidos; b) que el error se deduzca de una prueba documental -o, en la interpretación más flexible, de una pericial documentada concluyente en sus resultados- con virtualidad propia para evidenciarlo, sin necesidad de recurrir a su contraste con otros medios, ni a conjeturas, razonamientos o deducciones; c) que el dato por tal medio acreditado no se encuentre en contradicción con el resultado de otros medios probatorios, y d) que el extremo documental probado sea relevante para la consecución de un fallo distinto del pronunciado (SS de 9/4 2001 y 23/5, 16/7 y 26/11/2002, por todas). Además, desde una perspectiva estrictamente procesal, pero no menos sustancial, la jurisprudencia exige que el recurrente por tal motivo designe, sin razonamiento alguno, cuando menos en



la formalización del recurso, no sólo el documento sino también los particulares del mismo que evidencien la denunciada equivocación del juzgador de instancia (SS 8/6/1998, 8/7/2000, 10/7/2002 y 17/12/2003).

Sentado lo anterior procede entrar en el examen del recurso de apelación y de los concretos motivos que los fundamentan.

TERCERO.-Según afirma la apelante el recurso se fundamenta en el motivo b) " párrafo segundo" (sic.), del artículo 846 bis c) de la LECrim, al entender que la sentencia ha incurrido en infracción de precepto constitucional o legal en la calificación jurídica de los hechos o en la determinación de la pena...

El referido reproche lo proyecta sobre las agravantes de ensañamiento y mixta de parentesco apreciadas en la sentencia y, finalmente, critica la no apreciación de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal de la recurrente, cuya aplicación rechaza la sentencia apelada en base a lo razonado en su FD Cuarto.

Lleva razón el Ministerio Fiscal cuando pone de manifiesto en su escrito de impugnación , primero que el apartado b) del artículo 846, bis c) de la LECrim., no tiene párrafo segundo, y, después, que pese a que la recurrente denuncia infracción de legal o constitucional, no cita ni un solo precepto sustantivo infringido.

No obstante ello esta Sala está obligada a suplir las carencias u omisiones técnicas de las que adolece el recurso en beneficio del reo y en estricta aplicación de la tutela judicial efectiva y del principio "iura novit curia".

En el desarrollo de los motivos expresa la apelante su discrepancia con "la existencia y validez de las pruebas que dan sustento la decisión, así como de la racionalidad del proceso valorativo que ha llevado desde tales pruebas al veredicto recogido en la sentencia recurrida" (sic.).

En concreto por lo que concierne a la gravante de ensañamiento razona la recurrente lo siguiente:

"En el fundamento Segundo de los Fundamentos jurídicos de la sentencia declaran probado " *el ensañamiento* " aceptando el jurado que la víctima tuvo que experimentar el natural sufrimiento inherente al caso en que una persona asume que está siendo victimada de aquella forma iterativa en el apuñalamiento, con lo que al dolor físico que se deriva de las acometidas, se une la angustia de la sensación de verse morir. Hecho no probado, ya que lo que sí se ha probado es que la víctima estaba en estado comatoso, inconsciente sin signos de lucha ni de defensa y el jurado basa su veredicto en la " *creencia* ", no prueba, de que la víctima sufrió. Testimonio de informe policial en el que se recoge que " *creen* ", no prueban, que la víctima intentó levantarse y " *creen* " que la víctima cayó hacia atrás dando lugar a que Lucía llegara a cambiar de posición para seguir hiriéndole. Este hecho probado según el veredicto del jurado se basa en la " *creencia* " del agente NUM013 que fue el que lo aportó. En ningún caso se basan en una prueba objetiva inequívoca de los hechos si no que aceptan la percepción subjetiva de un agente de policía como un hecho probado.

Mostramos por tanto disconformidad con la apreciación de agravante por ensañamiento, ya que el estado comatoso de la víctima por coma etílico y la inexistencia de signos de defensa ni sufrimiento (no hubo gritos, nadie oyó nada, ni vecinos ni las personas que estaban en el interior de la vivienda oyeron nada) son prueba de no hubo respuesta física, no hubo dolor ni sufrimiento, ni fue consciente de que su vida peligraba".

En este confuso párrafo, condensa la apelante, sin decirlo expresamente, varias cuestiones de capital importancia, que afectan al derecho fundamental a la presunción de inocencia y a la racionalidad de valoración probatoria realizada por el Jurado ,expresada en la motivación de su veredicto y desarrollada por el Magistrado-Presidente en la sentencia, que han de ser resueltas necesariamente por esta Sala por afectar a preceptos constitucionales (arts. 24.2 y 9.3 de la CE) y que como se dijo al principio encuentran cobijo en el "error iuris" en el que se basa el presente recurso.

Antes de entrar en las cuestiones suscitadas conviene recordar la doctrina jurisprudencial sobre la agravante de ensañamiento, para perfilar que elementos o datos de carácter factico han de quedar suficientemente acreditados, tras un racional proceso valorativo por parte del Tribunal del Jurado, a la hora de apreciar, como aquí ocurrió, esta circunstancia de agravación de la responsabilidad penal.

La figura jurídica del ensañamiento, según reiterada doctrina jurisprudencial requiere la concurrencia de dos elementos: el objetivo, constituido por la causación de males objetivamente innecesarios para alcanzar el resultado típico que aumenta el sufrimiento de la víctima; y el subjetivo, consistente en que el agente debe ejecutar de modo consciente y deliberado unos actos que ya no están dirigidos de modo directo a la consumación del delito, sino al aumento del sufrimiento de la víctima (STS núm. 74/2.005; STS. 19 noviembre 2003; STS de 31 de marzo de 2011).

La sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2004, afirma que la agravación genérica del artículo 22.5º y la cualificada del asesinato del artículo 139.3º del Código Penal hacen referencia a una forma de actuar en la que el autor, en el curso de la ejecución del hecho, además de perseguir el resultado propio del



delito, en el asesinato, la muerte de la víctima, causa de forma deliberada otros males que exceden de los necesariamente unidos a la acción típica y por tanto innecesarios objetivamente para alcanzar el resultado, buscando la provocación de un sufrimiento añadido a la víctima.

La reciente STS 81/2021, de 2 de febrero, recuerda que la STS 516/2020, de 15 de octubre -en un caso que se dieron ¡37 puñaladas! repartidas por diversas partes del cuerpo- se expresa así sobre esta agravación: " El art. 22.5 del CP identifica la agravante de ensañamiento con el hecho de "... aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito". De acuerdo con reiterada doctrina, su naturaleza no se identifica con la simple repetición de golpes, sino con lo que un comentarista clásico, en gráfica expresión llamó la maldad de lujo, esto es, la maldad brutal, sin finalidad, por el simple placer de hacer daño. **Se trata, pues, de una maldad reflexiva, que no es fruto de la brutalidad alocada que inspira el momento de acabar con la vida de cualquier persona** (STS 600/2010, 16 de junio). Esta idea aparece claramente reflejada en la STS 589/2004, 6 de mayo , cuando proclama la aplicación de esta agravante para situaciones en las que la víctima se encuentra totalmente a merced de su agresor y éste, por decirlo de alguna manera "... saborea su poder ante ella alargando innecesariamente su sufrimiento". También en la STS 1232/2006, 5 de diciembre , en la que se afirma que la agravante de ensañamiento exige un propósito deliberado, previamente configurado o bien ejecutado en el momento de la comisión de los hechos. **Es necesario que denote el deseo de causar sufrimientos adicionales a la víctima, deleitándose en la metódica y perversa forma de ejecutar el delito de homicidio, de manera que la víctima experimente dolores o sufrimientos que antecedan a la muerte y que sea un prolegómeno agónico del desenlace final.** Se caracteriza por una cierta frialdad en la ejecución ya que se calcula hasta el milímetro la fase previa de aumento injustificado del dolor y sólo movido por el placer personal o por el odio a la persona agredida a la que se agrava su situación, anunciándole, antes de su muerte, que debe sufrir o haciéndole sufrir o experimentar un dolor añadido deliberadamente escogido. En definitiva, se trata de una modalidad de **tortura** realizada por un particular y por tanto atípica, **innecesaria para causar la muerte y que produce sufrimientos físicos e incluso mentales** ya que no puede descartarse el ensañamiento moral, sometiéndola sin dolores físicos a una angustia psíquica tan insufrible como el daño físico"

Planteado el motivo en los términos expuestos, su solución deberá despejar al menos tres interrogantes: 1º) ¿ Describen los hechos declarados probados por el Jurado, con la precisión requerida, un ensañamiento?; 2º) ¿El razonamiento manifestado por el Jurado en la motivación de su veredicto puede considerarse racional y suficiente para alcanzar la certeza, más allá de toda duda razonable, de que el ataque (35 puñaladas) fue ejecutado, además, con la intención de aumentar de forma innecesaria el sufrimiento de la víctima?, y; 3º) ¿Puede el Magistrado-Presidente en la fundamentación jurídica integrar el hecho probado en perjuicio del reo con declaraciones de carácter fáctico y valorativo de la prueba practicada en el Plenario ,no reflejadas en el veredicto del Jurado?.

Para contestar al primer interrogante veamos que dicen los hechos declarados probados al respecto: "asestó de forma absolutamente sorpresiva a Remigio hasta un total de 35 puñaladas fundamentalmente en el cuello y en el abdomen, a sabiendas de que se trataba de zonas corporales claramente vitales y de que el resultado fatal era inevitable, empleando para ello una fuerza física extraordinaria y resultando esas puñaladas mortales, todo ello a pesar de ser consciente de que habría conseguido el mismo objetivo de ocasionar la muerte sin necesidad de asestar ese elevadísimo número de puñaladas".

Del relato de hechos declarados probados por el Jurado no se desprende la concurrencia de los requisitos que la ley y la jurisprudencia requieren para la existencia de la agravante de ensañamiento. Nada se dice en el relato fáctico ni del elemento objetivo (males innecesarios o de lujo para alcanzar el resultado típico de muerte) más allá del extraordinario número de puñaladas asestadas a la víctima y de la referencia "de que habría conseguido el mismo objetivo de ocasionar la muerte sin necesidad de asestar ese elevadísimo número de puñaladas", ni, tampoco del subjetivo (intención del acusado de aumentar con ellos deliberadamente el sufrimiento de las víctimas), salvo que se estime suficiente a que era consciente de que con menos puñaladas hubiera conseguido el resultado mortal. La Jurisprudencia entiende, al día de hoy, que también los elementos subjetivos del tipo o hechos psíquicos son hechos al fin y al cabo y, como tales, deben declararse como plenamente acreditados por los Jurados y recogerse en la secuencia fáctica, pues la presunción de inocencia no consiente, en ningún caso, que alguno de los elementos típicos se presuma en contra del acusado, (por todas vid. STS de 13-3-13 que contiene abundantes citas de otras del TC del TEDH y del TS).

El comportamiento de la acusada podríamos calificarlo de "brutal". Pero jurídicamente brutalidad no es sinónimo del ensañamiento, (STS 896/06, de 14-9, con cita de otras), que el C. Penal describe en el art. 22.5ª, al regular la agravante genérica como: "Aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causándole a esta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito". Y más concretamente en el art.



139,3ª al considerarla como agravante específica calificadora del asesinato definiéndola: "Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido".

En la motivación del veredicto, y en lo que aquí interesa, el Jurado razona del siguiente tenor: Después de afirmar que la acusada aprovechó el estado de embriaguez de la víctima "(*declaración de los forenses que afirman que la víctima tenía 4 gramos de alcohol en sangre lo cual indica que se encontraba en estado semicomatoso*)" (sic.), se refiere a la testifical del policía nº NUM013 que afirma que no se trata de un suicidio y "*Lo califica clarísimamente como una muerte violenta, y que según aparece el cadáver, (posición decúbito supino) podría haberse incorporado y a continuación desplomarse por la pérdida de sangre, momento que aprovechó la acusada para asestarle las últimas puñaladas. El agente del CNP opina que podría haber sufrido*" (sic.).

Ciertamente este razonamiento no supera el estándar mínimo de racionalidad en la motivación que es exigible, incluso a los jueces legos, para desvirtuar la presunción de inocencia en relación con la concurrencia de los elementos típicos de ensañamiento. En primer lugar resulta contradictorio con declarar probado que la acusada era "*consciente de que habría conseguido el mismo objetivo de ocasionar la muerte sin necesidad de asestar ese elevadísimo número de puñaladas*", con argumentar en la motivación del veredicto que la víctima "*podría haberse incorporado y a continuación desplomarse por la pérdida de sangre, momento que aprovechó la acusada para asestarle las últimas puñaladas*". Lo que denota que el Jurado entendió que las "últimas puñaladas" eran necesarias para conseguir el resultado de muerte buscado, y, por lo tanto, incompatibles con los llamados "males de lujo", que caracterizan el ensañamiento.

Pero es que además la posibilidad de que la víctima pudiera haberse incorporado en la que se basa la opinión del agente de la policía que determina el "convencimiento" del Jurado acerca del sufrimiento de la víctima, es solo eso, una posibilidad, no una certeza, ni tan siquiera una probabilidad. Y la opinión del agente responde igualmente a una posibilidad, dado el tiempo o modo verbal empleado "podría", sin aval científico alguno.

En segundo lugar tampoco queda nítidamente recogido, ni en los hechos probados, ni en la motivación del veredicto, el elemento subjetivo de la agravante de ensañamiento, que exige que aquellos males innecesarios, además de ser ocasionados deliberadamente por el sujeto activo, "aumenten el sufrimiento de la víctima". Sobre esto nada se recoge en los hechos probados y, en la motivación del veredicto, hay una referencia al "estado semicomatoso" de la víctima, debido a la excesiva ingesta alcohólica, en relación con la imposibilidad de defensa, que no coincide con el informe médico-forense que concluye que se encontraba en un estado de "estupor profundo o coma", difícilmente compatible con el "sufrimiento". La testifical del agente del CPN a la que se refiere el Jurado no pasa de ser "opinión" sobre una posibilidad, sin fundamento científico alguno, como se dijo.

En definitiva los hechos probados no perfilan con el rigor descriptivo necesario los elementos característicos de la agravante de ensañamiento y la motivación del veredicto es, en este punto, contradictoria y en consecuencia ausente de la necesaria racionalidad para que el juicio fáctico, valorativo de las pruebas, realizado por el Jurado, despeje cualquier duda razonable al respecto y así poder desvirtuar el derecho fundamental a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva con una motivación alejada de la arbitrariedad.

La sentencia argumenta en relación con el ensañamiento lo siguiente: "Ensañamiento: La concurrencia de las vertientes subjetiva y objetiva que caracterizan esta circunstancia que cualifica el asesinato también se consideran probadas. La primera, identificativa de la vileza o perversidad que se muestra la autoría se alcanza si se tiene en cuenta el **número de puñaladas que asestó a la víctima, yendo mucho más allá de lo que sería necesario para matarla**, y si bien no se desconoce el criterio jurisprudencial según el cual ese dato no tiene por qué ser indicativo, sin más, de **la frialdad de ánimo** que caracteriza la circunstancia, que en este caso anidaba el propósito efectivo de recrearse en producir la muerte **se constata** cuando en el **acto del juicio oral la acusada llega a denostar a su víctima** cuando habla de ella como "borracho de mierda", aunque inmediatamente dice que se refiere a otra persona -no aclara a quien- y le atribuye que una vez le pegó, al poco de "tal", sin aclarar nada más, siendo también indicativa del desprecio que mostraba por él el **dato aportado por los policías que acudieron a la vivienda** cuando en aquel escenario de violencia la acusada estaba **muy tranquila y normal**, funcionario N ° NUM014 ; estaba fumando en compañía de su madre pareciéndole una persona normal, absolutamente normal, y que cuando le dijeron que estaba detenida se enfadó y empezó a echar "cagamentos", agente N° NUM015 ; el N° NUM016 dice que Lucía manifestaba que había encontrado el cadáver así que no lo había limpiado -cuando era evidente que sí- estando perfectamente, muy lucida y segura de sí misma, que lo encontró de aquella manera cuando iba adormir con él, que eran pareja sentimental y en similares términos se expresa el 7 agente NUM017 , y todo ello en un contexto en el que también ponía del lado de la víctima una intención autolítica como si él se hubiese suicidado. Ello ha permitido la **convicción del Tribunal sobre una animosidad que explica cómo la reiteración de los apuñalamientos va más allá del simple deseo de asegurarse la muerte de Remigio** .



*En cuanto a la vertiente objetiva, referida al hecho de que la víctima experimentara efectivamente el sufrimiento procurado por la agresora, se pudo constatar porque aunque el dictamen médico forense considerase que es complicado pensar que el agredido se enterase de lo que estaba pasando por estar en estado semicomatoso por el consumo de alcohol, lo que da a suponer que no se percibió de la agresión, **tampoco se excluye la probabilidad de que en su estado de semiinconsciencia, la conciencia la tenía deteriorada, folio 241 antedicho, es decir, no eliminada, resultando que la otra pericia científica de los funcionarios de policía que suscriben el también citado informe de los folios 143 y siguientes, señalaron su creencia de que la víctima si sufrió al percibir la brutal agresión de la que era objeto porque, ratificando los particulares recogidos en el folio 148, creen que intentó levantarse pero por la pérdida de sangre volvería a caer hacia atrás, dando lugar a que Lucía llegara a cambiar de posición para seguir hiriéndole. Este dato que los jurados recogen en su veredicto, significando al agente NUM013 que fue el que lo aportó, les ha convencido sobre que si hubo el dolor deliberadamente buscado por la agresora**".*

Ahora estamos en condiciones de responder al tercer interrogante planteado. La sentencia del Magistrado-Presidente en el FD transcrito relaciona las fuentes de prueba mencionadas por el Jurado en la motivación del veredicto, a las que ya no hemos referido destacando sus contradicciones y, en definitiva, su insuficiencia para construir las certezas requeridas por el derecho fundamental a la presunción de inocencia (deduce solo posibilidades), pero, además, argumenta para tener por acreditado el elemento subjetivo del ensañamiento, que identifica con la vileza o perversidad de la acusada, con el número de puñaladas asestadas, así como con las respuestas dadas por la acusada en el Juicio Oral tendentes a denostar a la víctima, lo que para el Magistrado-Presidente revela su frialdad de ánimo, a lo que añade el comportamiento de la acusada cuando la Policía acudió al domicilio a practicar las primeras diligencias de investigación.

El esfuerzo valorativo realizado por el Magistrado-Presidente excede de las importantes funciones que la LOTJ le atribuye, pues se adentra en el terreno del juicio factico que la ley reserva en exclusiva a los legos, y, por consiguiente, pretende integrar el relato de hechos probados y la valoración de la prueba en perjuicio del reo, con apreciaciones de tal índole realizadas en la fundamentación jurídica, lo que no resulta posible en el esquema de reparto de funciones establecido en la LOTJ, (artículos 3, 4 y 70.2).

No obstante los argumentos añadidos por el Magistrado-Presidente no aportan nada relevante a la configuración del ensañamiento, pues reconoce que el número de puñaladas asestadas no es indicativo por si solo según la jurisprudencia para apreciar la agravante, y las respuestas y comportamiento de la acusada en el Juicio Oral y ante la policía, más que reveladoras de una "frialdad de ánimo" lo son de un carácter bronco, incluso desagradable y grosero , que evidentemente se manifestaría durante su relación con la víctima, pero que no puede servir para tener por acreditada la "maldad reflexiva" que requiere el ensañamiento ,como expresión del deseo de causar sufrimientos adicionales a la víctima de forma consciente y deliberada, que como señala la jurisprudencia, no se identifica con la simple repetición de golpes, ni con la brutalidad alocada que inspira el momento de acabar con la vida de cualquier persona. (STS 600/2010, de 16 de junio, citada por la de STS 516/2020, de 15 de octubre).

En lo concerniente al elemento objetivo el razonamiento del Magistrado-Presidente viene a coincidir con el manifestado por el Jurado y pivota sobre la "creencia" de que la víctima sufrió, según la opinión de uno de los agentes de policía que testifico en el Juicio Oral, y que el estado de semiinconsciencia que padecía no excluye la "probabilidad" de tal sufrimiento.

La crítica que anteriormente hicimos sobre la motivación del Jurado respecto a esta extremo necesariamente hemos de darla ahora por reproducida para este apartado de la sentencia.

Concluyendo, ni de los hechos probados, ni de la motivación del veredicto se desprenden con la precisión y rigor descriptivo necesario los elementos que caracterizan a la agravante de ensañamiento, por lo que el motivo debe ser estimado.

CUARTO.- El enfoque que la apelante ofrece para discrepar de la aplicación de la circunstancia mixta de parentesco conduce directamente a su desestimación, pues lo que muestra es una mera discrepancia valorativa de las pruebas que el jurado tuvo en cuenta para llegar a la conclusión de que la acusada y su víctima mantuvieron una "relación de pareja durante aproximadamente un año con convivencia esporádica", en el domicilio de los padres de aquella. (Hecho primero del veredicto aceptado por unanimidad).

Así mismo El Jurado por unanimidad acepto el Hecho Segundo del veredicto del siguiente tenor: " Lucía causó la muerte de Remigio despreciando las obligaciones más elementales del vínculo de afectividad que había nacido de la relación sentimental y de pareja que habían tenido". Y añade en la motivación que "se acepta porque consideramos probada la relación de pareja y la ausencia de empatía en la acusada despreciando las obligaciones elementales del vínculo de afectividad". Señalando como fuentes de prueba de dicha relación,



las testificales de los agentes del CNP NUM018 , NUM015 , NUM019 y NUM020 , así como las de Justa , Melisa y los padres de la acusada, que confirman la existencia de la relación.

Cohherentemente con lo declarado probado por el Jurado la sentencia en su FD Tercero razona la concurrencia de la agravante mixta de parentesco en base a la existencia de un "vinculo de afectividad equiparable a la relación conyugal".

Lo que la recurrente pretende es sustituir la valoración de la prueba realizada por el Jurado, suficientemente razonada, como se dijo, por la suya propia, lógicamente interesada en el legítimo ejercicio del derecho de defensa, pero ineficaz para el éxito del motivo, pues la esta Sala no puede sustituir el criterio expresado por el Jurado al valorar razonablemente las pruebas que percibió con la intermediación de la que nosotros carecemos.

Aunque la apelante no cuestiona la subsunción jurídica de lo declarado probado razonadamente por el Jurado, hemos de añadir que, al tener por acreditada la relación de pareja, es de aplicación la agravante mixta de parentesco, pues la misma lleva ínsita la "estabilidad "que el artículo 23 del Código Penal exige para las relaciones de afectividad análogas o asimilables al matrimonio a estos efectos. (Vid por todas el FD Quinto de la STS 81/2021, de 2 de febrero).

El motivo se desestima.

QUINTO.- La misma suerte desestimatoria ha de corresponder al tercero y último de los motivos de recurso.

Se limita la recurrente a discrepar de lo decidido por el Jurado al rechazar por unanimidad la concurrencia del basamento factico sobre las que la defensa pretendía apoyar las eximentes previstas en el artículo 20.1 del CP, o las atenuantes recogidas en el 21. 3 y 4, cuya no apreciación razona el FD Cuarto de la sentencia apelada, que damos por reproducido para evitar innecesarias repeticiones.

Ciertamente el Jurado rechazo por unanimidad, es decir no estimo probadas, las proposiciones A, B, C, D, E y F del objeto del veredicto. Y lo razona o motiva al decir que: "Consideramos que los apartados A, B, C, D y E no reflejan la situación de Lucía . Basándonos en la declaración de los funcionarios las facultades volitivas e intelectivas de la acusada no estaban afectadas por el consumo de ningún tipo de sustancias. Su ligero retraso mental le permite diferenciar el bien del mal.

En el apartado F estamos de acuerdo en la declaración espontanea de la madre de Lucía en al que su hija reconoce ser autora de los hechos. Pero no recordamos haber oído las palabras sobre que lo había hecho sin ninguna razón. Ningún policía menciona este detalle en su declaración".

No obstante este último razonamiento en absoluto conduce a la aplicación de la atenuante de confesión, del nº 4 del artículo 21 del CP, pues, como con todo acierto y rigor destaca la sentencia impugnada ello no refiere que la acusada hubiera confesado a autoridad alguna el delito cometido, ni lo que hubiera podido decir a la madre tuviera un relevante papel en el desarrollo de la investigación.

El motivo igualmente se desestima.

SEXTO.- INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA.-

Eliminada la agravante de ensañamiento procede hacer una nueva individualización de la pena acorde con la calificación del delito de asesinato del 139.1, concurriendo la agravante mixta de parentesco del artículo 23, ambos del Código Penal.

La pena legalmente prevista es la de prisión de quince a veinticinco años. Al concurrir una circunstancia agravante ha de aplicarse la mitad superior , de conformidad con lo ordenado por la regla tercera del artículo 66 del Código Penal, es decir de 20 años y un día a 25 años de prisión. Estimando que en este caso resulta ajustada a las previsiones legales una pena de **veintiún años de prisión**, con la accesoria legal de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, y las demás medidas impuestas en la sentencia apelada que se confirman íntegramente.

SEPTIMO.- Al estimarse parcialmente el recurso no procede hacer imposición de las costas de esta alzada

Vistos los preceptos legales citados y demás de aplicación.

LA SALA DE LO CIVIL Y PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS, ACTUANDO COMO SALA DE LO PENAL, DICTA EL SIGUIENTE:

F A L L O:

Que estimamos en parte el Recurso de Apelación interpuesto por la Procuradora D^a . **MARIA JOSÉ GARCIA-BOBIA FERNANDEZ** , en nombre y representación de **Lucía** , contra la sentencia dictada por la Ilmo. Sr.



Magistrado Presidente del Tribunal del Jurado en el Rollo 74/2019 de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Oviedo, de fecha 9 de diciembre de 2020, que se revoca en el único extremo relativo a la agravante de **ensañamiento**, que **se elimina**. Desestimamos el recurso en el resto de los motivos, respecto de los cuales se confirma la referida sentencia.

En consecuencia, **condenamos a Lucía , como autora de un delito de asesinato con alevosía, concurriendo la agravante de parentesco a la pena de VENTIUN AÑOS DE PRISION**, con la accesoria legal de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena y demás medidas establecidas en la sentencia apelada. Sin imposición de las costas de esta alzada.

Notifíquese esta sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo en el plazo de cinco días contados desde el siguiente de la última notificación y por los trámites de los artículos 855 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.