

TSJ La Rioja, Sala de lo Civil y Penal, Sec. 1.ª, 1/2013, de 28 de febrero
Recurso 1/2013. Ponente: **IGNACIO ESPINOSA CASARES**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - En fecha 29 de Noviembre de 2012 el Tribunal del Jurado, en el procedimiento antes reseñado, dictó sentencia que contiene los siguientes hechos probados:

"De conformidad con el Veredicto emitido por el TRIBUNAL DEL JURADO se declaran probados los siguientes hechos:

PRIMERO.- El acusado Secundino contrajo matrimonio con María Ángeles en 22 de Febrero de 2002. De este matrimonio nació el NUM000 de 2006, María Cristina, única hija del matrimonio.

Posteriormente, estos cónyuges iniciaron un *procedimiento de separación matrimonial de mutuo acuerdo* ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 10 de Granada (tramitado con el nº 679/2008), en el que recayó sentencia de mutuo acuerdo en 21 de Julio de 2008, en la que se acordaba la separación matrimonial de mutuo acuerdo de los mismos, con aprobación judicial del Convenio Regulador suscrito por ambos en 30 de Junio de 2008.

En este convenio (cláusula 2ª) *se atribuyó al padre, Secundino, la guarda y custodia de la hija menor* - María Cristina -, y, así, se pactó que el régimen de visitas y comunicaciones entre la madre - María Ángeles - y la hija - María Cristina -, se llevase a cabo con flexibilidad y siempre en interés de la menor.

SEGUNDO.- Durante el mes de Julio de 2008, el acusado, Secundino, trasladó su residencia desde la ciudad de Granada a la de Logroño, donde se instaló con la hija menor, María Cristina, estando María Ángeles de acuerdo con ese cambio de residencia de Secundino y de María Cristina.

TERCERO.- María Ángeles decidió trasladar, también, su residencia a la ciudad de Logroño con el fin de favorecer su comunicación con María Cristina, lo que llevó a cabo durante el mes de Junio de 2009, después de obtener destino profesional en la Jefatura Superior de Policía en La Rioja.

CUARTO.- Instalada María Ángeles en la ciudad de Logroño, decidió proponer al acusado, Secundino, padre de la menor, María Cristina, hija de ambos, *llevar a cabo una modificación en el régimen de custodia de la hija común con el fin de trasformarlo en una situación o régimen de custodia compartida*.

QUINTO.- A las 11.54 horas del día 30 de Octubre de 2009, el acusado, Secundino, mantuvo una conversación telefónica con María Ángeles durante 25,57 minutos.

SEXTO.- En el curso de la conversación telefónica mantenida a las 11.54 horas del indicado día 30 de Octubre (25,57 minutos), María Ángeles, comunicó al acusado, Secundino, su firme e irrevocable decisión de solicitar la custodia compartida.

SEPTIMO.- *El acusado, Secundino, no estando conforme con esa decisión*, se trasladó al domicilio de María Ángeles en la localidad de Lardero, en cuyo interior y después de haber conversado con ella sobre aquella decisión de solicitar la custodia compartida, y sin llegar a convencerla de que no pidiese la misma, *decidió darle muerte*.

Para ello, Secundino, de manera sorpresiva atacó a María Ángeles, de modo que esta no pudo defenderse, llegando de esa forma a producirle asfixia hasta que pereció.

OCTAVO.- El acusado, Secundino, con el fin de dificultar la investigación y así eludir su responsabilidad por la muerte de María Ángeles, decidió deshacerse de su cuerpo, ocultándolo temporalmente en el trastero del garaje, al que tenía acceso, lo mismo que a la vivienda, y así, y

con posterioridad, a 1ª horas de la tarde-noche, trasladarse con un vehículo a una zona del río Ebro, no determinada, donde arrojó el cuerpo de María Ángeles .

NOVENO.- El cadáver de María Ángeles fue localizado el día 15 de Noviembre de 2009 en el río Ebro a su paso por la localidad de Baños de Ebro.

DECIMO .- El acusado, en la fecha de los hechos no presentaba ninguna alteración de sus facultades intelectivas o volitivas que le impidiesen conocer la ilicitud y significado del hecho o actuar con arreglo a esa comprensión.

DÉCIMOPRIMERO .- (XVIº en los ordinales del Veredicto). El acusado, Secundino, es responsable de haber causado intencionadamente y por sorpresa la muerte de María Ángeles.

DECIMOSEGUNDO.- (XVBIIº en los ordinales del Veredicto) Considera el Jurado que el acusado, Secundino, " es culpable de haber causado intencionadamente la muerte de María Ángeles con alevosía."

SEGUNDO.- El Fallo de dicha sentencia es del siguiente tenor literal:

*""A la vista del Veredicto de culpabilidad emitido por el Tribunal del Jurado y de los demás pronunciamientos y declaraciones contenidos en el mismo, debo condenar y condeno a Secundino, ya circunstanciado, como autor criminalmente responsable de un delito de asesinato con alevosía, ya definido, con la concurrencia de la circunstancia mixta de agravación de parentesco, a **la pena de veinte (20) años de prisión**, con accesoria de inhabilitación absoluta de privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos del penado y la incapacidad para obtener los mismos o cualquiera otro honor, cargo o empleo público, y la de ser elegido para cargo público, durante el tiempo de la condena y al pago de las costas del juicio, incluidas las derivadas de las Acusación Particular y Popular y la correspondiente a la intervención de la Abogacía del Estado. Secundino indemnizará a Victorio en cuantía de 12.000 € en concepto de daño moral y a María Cristina en cuantía de 150.000 €, en concepto de daño moral, a percibir a través de su representación legal. Estas cantidades generarán el interés del art. 576 LEC . Se abona al acusado el tiempo del que ha estado privado de libertad en esta causa, para el cumplimiento de la responsabilidad penal impuesta privativa de libertad. Se aprueba el auto de solvencia dictado por el instructor en la pieza de responsabilidad civil. Dese a los efectos intervenidos el destino legal. Únase a esta resolución el acta del Jurado. Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma pueden interponer Recurso de apelación, ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, en el plazo de DIEZ DÍAS, a contar desde la última notificación.""*

TERCERO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por parte del acusado Secundino, al amparo de lo dispuesto en el art. 846-bis-c), letras b y e) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal solicitando la revocación total, o, en su caso, parcial de la misma.

CUARTO. - Una vez emplazadas las partes para comparecer ante este Tribunal así lo hicieron todas ellas, teniéndose por esta Sala por comparecidas y personadas a todas en la forma respectivamente interesadas. Después de elevarse por la Ilma. Audiencia Provincial de La Rioja la causa de referencia, procedente del Juzgado de Violencia contra la Mujer, y tramitada por el procedimiento Ley del Jurado Nº 4/2011, se señaló en el presente rollo de apelación la vista de este recurso, de conformidad con lo previsto en el art. 846 bis c) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Con fecha 25 de Enero de 2013 la Procuradora Dª. Gema Mues Magaña, en nombre y representación de D. Secundino, formuló sendas recusaciones contra los Magistrados Sres. Loma-Orsorio Faurie y Oliver Albuerne, las cuales fueron inadmitidas por Auto firme de fecha 12 de Febrero, dictado por el Magistrado Sr. Espinosa Casares.

Finalmente la vista tuvo lugar en la Sala de Audiencias de este Tribunal Superior de Justicia el día 22 de Febrero de 2013 a las 9,30 horas, con la asistencia de todas las partes, solicitándose en dicho acto por parte del Letrado recurrente la revocación de la sentencia en los términos que ya tenía interesado con anterioridad; mientras que por parte del Ministerio Fiscal y de las otras 3 acusaciones se solicitó su confirmación.

Finalmente todas las partes informaron lo que estimaron oportuno en defensa de sus respectivas posiciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Contra la sentencia nº 172, de fecha 29 de Noviembre de 2012, dictada por el Tribunal del Jurado, constituido en **la Audiencia Provincial de La Rioja**, se ha interpuesto recurso de apelación por parte de la procuradora D^a Gema Mues Magaña, en nombre y representación de D. Secundino.

Dicho recurso consta de 4 motivos, el 1º de ellos con carácter principal, y los 3 restantes con carácter subsidiario.

En el primero de dichos motivos, y bajo el amparo procesal del art. 846-bis, c), letra 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"- el Letrado recurrente considera que en el acto del juicio oral no existió "una actividad probatoria válida, incriminatoria y suficiente apta para enervar su derecho constitucional a la presunción de inocencia (art. 24 C.E.)". En defensa de su tesis, el Letrado recurrente niega la existencia de la "manifestación o declaración policial autoinculpatoria del acusado", y además resalta la "insuficiencia y falta de contenido incriminadas de la restante prueba de cargo careciendo de toda base razonable la condena impuesta".

SEGUNDO. Así las cosas, se hace preciso en 1º lugar recordar, la doctrina jurisprudencial acerca de la presunción de inocencia que ha elaborado esta Sala en numerosas sentencias.

Baste resumir a esos efectos que la Sala de lo Civil y Penal en la función de control de la tutela de ese derecho fundamental a **la presunción de inocencia** debe comprobar que:

- a) que haya mediado una actividad probatoria mínima;
- b) de signo o sentido incriminador respecto de la participación del acusado en los hechos, esto es, de cargo;
- c) que esa actividad sea constitucionalmente legítima, y
- d) que la valoración de la prueba no haya sido arbitraria o no haya sido realizada con manifiesto error.

La sentencia apelada es un claro caso de construcción de prueba indiciaria a los efectos de enervar la presunción de inocencia en la acusación por el delito de asesinato que se formuló frente al acusado.

Por su importancia para la labor de motivación que debemos cumplir nos detendremos en alguno de los precedentes acerca de los requisitos que debe cumplir la prueba indiciaria para ser apta a efectos de destruir la presunción de inocencia.

En ese sentido **se ha dicho que la prueba indirecta, indiciaria o circunstancial es susceptible de enervar la presunción de inocencia**, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional que en multitud de precedentes se ha pronunciado al respecto, declarando desde las sentencias 174 y 175, ambas de 17.12.1985, la aptitud de la prueba de indicios para contrarrestar la mencionada presunción, a la vista de la necesidad de evitar la impunidad de múltiples delitos, particularmente los cometidos con especial astucia, y la advertencia de que habría de observarse singular cuidado a fin de evitar que cualquier simple sospecha pudiera ser considerada como verdadera prueba de cargo.

A partir de tal fecha con frecuencia se ha venido aplicando y estudiando por los Tribunales de Justicia esta clase de prueba que ha adquirido singular importancia en nuestro Derecho Procesal, porque, como es obvio, **son muchos los casos en que no hay prueba directa sobre un determinado hecho**, y ello obliga a acudir a la indirecta, circunstancial, o de inferencias, para a través de los hechos plenamente acreditados (indicios), llegar al conocimiento de la realidad de aquel necesitado de justificación, por medio de **un juicio de inducción lógica** conforme a las reglas que ofrece la

experiencia sobre la base de la forma en que ordinariamente se desarrollan los acontecimientos (SSTC 229/88, 107/89, 384/93, 206/94, 45/97, y 13.7.98).

Del mismo modo **el Tribunal Supremo** ha generado una amplia jurisprudencia al respecto, según la cual la realidad del hecho y la participación en el mismo del acusado puede ser establecida por la fórmula de indicios (STS 17.11 y 11.12.2000 21.11 y 29.10.2001, 29.1.2003, y 16.3.2004) siempre que concurren una serie de requisitos:

- 1.- Pluralidad de los hechos-base o indicios.
- 2.- Como se ha señalado la propia naturaleza periférica del hecho-base hace carecer de suficiencia para fundar la convicción judicial, conforme a la norma contenida en el art. 741 LECrim.
- 3.- la existencia de un hecho único o aislado de tal carácter, admitir lo contrario sería un inadmisibles retroceso dentro del Estado de Derecho e incidiría en el área vedada por el art. 9.3 CE .
- 4.- Precisión de que tales hechos-base estén acreditados por prueba de carácter directo y ello para evitar los riesgos inherentes que resultarían de admitirse una concatenación de indicios, con la suma de deducciones resultantes que aumentaría los riesgos en la valoración.
- 5.- Necesidad de que sean periféricos respecto al dato fáctico a probar.
- 6.- No todo hecho puede ser relevante, así resulta preciso que sea periférico o concomitante con el dato fáctico a probar.

No en balde, por ello, esta prueba indirecta ha sido tradicionalmente denominada como circunstancial, pues el propio sentido semántico, como derivado de "circum" y "stare" implica "estar alrededor" y esto supone no ser la cosa misma, pero si estar relacionado con proximidad a ella. Interrelación.

Derivadamente, esta misma naturaleza periférica exige que los datos estén no solo relacionados con el hecho nuclear precisado de prueba, sino también interrelacionados; es decir, como notas de un mismo sistema en el que cada una de ellas represente sobre las restantes en tanto en cuanto formen parte de él. La fuerza de convicción de esta prueba dimana no sólo de la adición o suma, sino también de esta imbricación.

Racionalidad de la inferencia. Esta mal llamada prueba de presunciones no es un medio de prueba, sino una forma de valoración de los hechos indirectos plenamente acreditados. Por ello, entre éstos y el dato precisado de acreditar ha de existir, conforme a lo requerido por el art. 1253 Cc . "un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano", enlace que consiste en que los hechos-base o indicios no permitan otras inferencias contrarias igualmente válidas epistemológicamente.

Expresión en la motivación del cómo se llegó a la inferencia en la instancia.

Pues solo cuando se contienen en la motivación de la sentencia exigida por el art. 120.3 CE , los grandes hitos del razonamiento cabe el control extraordinario representado por el recurso de casación ante el Tribunal Supremo o en su caso, por el de amparo ante el Tribunal Constitucional determinar si la inferencia ha sido de manera patente irracional, ilógica o arbitraria; pues de no mostrarse tal carácter ilógico no cabe alterar la convicción del Tribunal de instancia formada con arreglo a la normativa contenida en los citados art. 117.3 CE y 741 LECrim. (STS 24.5.1996, 23.9.1996 y 16.2.1999).

En relación con estas exigencias debe destacarse la importancia de los 2 últimos requisitos señalados, que la doctrina del **Tribunal Supremo** ha insistido en resaltar y, en particular el de la explícita motivación jurídica de la inferencia deducida, especialmente exigible cuando se trata de esa clase de pruebas indirectas, a diferencia de los supuestos en los que el fundamento de convicción del Tribunal se sustenta en pruebas directas, en las que es suficiente la indicación de éstas sin que sea preciso, en principio, un especial razonamiento, como por el contrario, es necesario cuando las pruebas indiciarias se trata (STS 25.4.96).

En este sentido, debe recordarse que el ejercicio de la potestad jurisdiccional está subordinado al cumplimiento y observancia de las formalidades legales, entre las que destaca, incluso con rango constitucional, (art. 120.3 CE), la obligación de motivar las resoluciones judiciales, de tal suerte que el juicio valorativo de los hechos indiciarios a partir de los cuales se llega al hecho-consecuencia, cabe según un proceso lógico y explicitado en la sentencia que permita al acusado conocer el razonamiento del Juzgador y al Órgano jurisdiccional superior verificar la racionalidad del juicio de inferencia, es decir, que la conclusión inferida de los indicios probados responde a las reglas de la

lógica y de la razón y no permite otra inferencia igualmente razonable deducida de los mismos datos indiciarios.

En definitiva como señala la sentencia de 16.11.2004, es necesario que "la sentencia haga explícito el razonamiento a través del cual, partiendo de los indicios, se ha llegado a la convicción sobre el acaecimiento del hecho punible y la participación del acusado, explicitación que aún cuando sea sucinta o escueta se hace imprescindible en el caso de prueba indiciaria, precisamente para posibilitar el control casacional de la inferencia.

Es decir, es necesario que el Órgano judicial precise cuales son los indicios y como se deduce de ellos la autoría del acusado, de tal modo que cualquier otro Tribunal que intervenga con posterioridad pueda comprobar y comprender el juicio formulado a partir de tales indicios, siendo preciso pues, que el órgano judicial explique no solo las conclusiones obtenidas, sino también los elementos de prueba que conducen a dichas conclusiones y el iter mental que le ha llevado a entender probados los hechos, a fin de que pueda enjuiciarse la racionalidad y coherencia del proceso mental seguido y constatarse que el Juez ha formado su convicción sobre una prueba de cargo capaz de desvirtuar la presunción de inocencia.

.. "y" en cuanto a la inducción o inferencia es necesario que sea razonable, es decir, que no solamente no sea arbitraria, absurda e infundada, sino que responda plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia, de manera que de los hechos base acreditados fluya, como conclusión natural el dato precisado de acreditar, existiendo entre ambos un enlace previo y directo, según las reglas del criterio humano".

Ahora bien, la labor de control casacional -que puede ser la que realicen en este tipo de procedimientos las Salas de lo Civil y Penal- tiene también 2 límites, como destaca la STS 25.9.92, el 1º se refiere a la acreditación de los indicios o hechos base, que la Sala ha declarado probados, pues si lo han sido mediante prueba directa no es posible su cuestionamiento, ya que tanto el principio de inmediación, como lo dispuesto en el art. 741 de la LECrim y la propia naturaleza del recurso de casación impiden que se pueda entrar en el ámbito valorativo propio del Tribunal de Instancia.

Puede criticarse que la Sala considere indicio al que no lo es, así como la racionalidad de la inferencia, pero no la valoración que de la prueba testifical, por ejemplo ha realizado el Tribunal sentenciador para declarar que un determinado hecho base ese estima acreditado.

En 2º lugar el control de la racionalidad de la inferencia no implica la sustitución del criterio valorativo del Tribunal sentenciador por el del Tribunal casacional y mucho menos por el del recurrente.

Como señalan las Sentencias 272/1995, de 23 febrero o 515/1996 de 12 Julio "es evidente que el juicio relativo a si los indicios deben pesar más en la convicción del Tribunal sentenciador que la prueba testifical (de descargo), o la propia declaración exculpatoria del acusado, es una cuestión íntimamente vinculada a la inmediación que tuvo el Tribunal de los hechos, que no puede ser objeto de revisión por otro que no gozó de aquella inmediación y, por tanto, ni oyó ni vio la prueba practicada en su presencia.

Este juicio podría únicamente ser impugnado si fuese contrario a las reglas de la lógica o a las máximas de la experiencia".

Es decir que queda fuera del ámbito del recurso casacional la valoración por el Tribunal sentenciador del peso de los indicios inculpativos en relación con las pruebas de descargo practicadas que el Tribunal valora con inmediación, otorgándoles o no credibilidad o con las manifestaciones exculpativas del acusado, quien proporciona una versión fáctica alternativa que el Tribunal puede estimar convincente o bien inverosímil por su incoherencia interna, falta de consistencia, contradicción con datos objetivos debidamente acreditados, etc.; ponderación de elementos

incriminatorios y de descargo que debe ser respetada, pues constituye el núcleo de la función enjuiciadora del Tribunal "a quo", siempre que responda a las reglas de la lógica y del criterio humano.

En definitiva, una vez constatado el cumplimiento de los requisitos formales anteriormente indicados, así como la concurrencia de indicios incriminatorios que cumplan las condiciones ya expresadas, no se trata de sustituir la ponderación efectuada por el Tribunal sentenciador de los indicios y contraindicios, sino únicamente de comprobar su racionalidad, así como la racionalidad del proceso deductivo que, desde dicha valoración, conduce a considerar acreditado el hecho consecuencia.

Por otra parte, como en el recurso de apelación el acusado cuestiona y se opone a las conclusiones probatorias obtenidas en los hechos del veredicto por el Jurado y por el Magistrado Presidente en la sentencia, con base al examen y valoración de las declaraciones de varios testigos a la hora de establecer varios de los hechos base objeto del juicio de inferencia que se realiza, es importante precisar y recordar una vez más la función de control que a efectos de la tutela del derecho fundamental a la presunción de inocencia puede llevar a cabo este Tribunal Superior de Justicia. A este respecto nuestro criterio es constante en varias Sentencias en las que nos hemos tenido que pronunciar en el análisis de los medios de prueba practicados para comprobar si fueron realmente de cargo para el acusado, es preciso distinguir la interpretación de la prueba de la valoración de la prueba.

La labor de interpretar la prueba es anterior a la de valorarla, y consiste en establecer el contenido de la misma, de modo que antes de entrar a valorar, por ejemplo, si lo que el testigo ha dicho es verdad, debe dejarse establecido qué es lo que el testigo ha dicho.

Con ello, la presunción de inocencia sólo se desvirtúa si existió actividad probatoria y si su contenido fue de incriminación.

Si esto es así, lo que se está confiando a la Sala de lo Civil y Penal es el control de la interpretación de la prueba, pero no la valoración de la prueba; lo que significa que esta Sala no puede controlar, por este motivo e) del art. 846 bis c) de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la valoración de la prueba practicada; en fin, siguiendo con el mismo ejemplo, la Sala no puede controlar si el testigo debe ser o no creído.

Por otra parte, no debe olvidarse que la norma utiliza la expresión: "*toda base razonable*", lo que debe entenderse como explica el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en sentencia 3 de febrero de 2003, en el sentido propio de sus palabras, lo que significa que "esta Sala debe centrar su control en saber si el resultado probatorio es imposible que pueda llevar a la conclusión fáctica que el Jurado declara probada o, dicho de otra manera, si la conclusión fáctica afirmada como existente es absurda, ilógica o contraria a la razón habida cuenta del resultado probatorio.

El legislador no ha dicho que, atendida la prueba practicada la condena impuesta carezca "de base razonable"; ha dicho que carezca de "toda base razonable", y si las palabras han de tener algún sentido a la hora de determinar el contenido de la norma, como no pueden dejar de tenerlo, lo que el legislador ha querido es confiar a esta Sala una función de control del Jurado para evitar que éste llegue a decisiones arbitrarias, a menos ejercicios de voluntad carentes de razón, pero de la misma manera no ha querido que esta Sala controle al Jurado cuando su decisión tiene alguna base razonable".

En conclusión, la Sala de lo Civil y Penal podrá controlar si con los medios de prueba practicados legalmente existió base suficiente para llegar a una conclusión de existencia de los hechos imputados, pero no podrá controlar la valoración de estos medios de prueba que haga el Jurado.

Los efectos de la existencia de prueba de cargo que desvirtúa la presunción de inocencia, puede quedar resumida en las propias palabras del Tribunal Supremo vertidas en sentencia 20/2001, de 28 de marzo, en la que recoge la doctrina sentada en anteriores pronunciamientos -7 de abril de 1992 y 21 de diciembre de 1999-, que reitera posteriormente en Sentencia 935/2006, de 6 de octubre, en el sentido de que "el derecho a la presunción de inocencia, alcanza sólo a la total ausencia de prueba y no a aquellos casos en que los autos se halla reflejado un mínimo de actividad probatoria de cargo, razonablemente suficiente y producida en el juicio oral con las debidas garantías procesales (S. TS 7.4.92 y 21.12.99)".

Por otro lado, también ha de recordarse que el recurso de apelación de las sentencias dictadas a través del proceso especial del Tribunal del Jurado, pese a su nombre, no es propiamente un recurso

ordinario sino que su naturaleza está más cerca de los recursos extraordinarios, así lo tiene declarado el Tribunal Supremo en Sentencia 364/98, de 11 de marzo.

Sólo puede formularse por motivos tasados; así el artículo 846 bis c) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal comienza diciendo: "El recurso de apelación deberá fundamentarse en alguno de los motivos siguientes".

Y ninguno de los motivos previstos en tal precepto prevé el error de juzgador (o del Jurado) en la valoración de la prueba, de tal manera que los hechos declarados probados por el Tribunal del Jurado son vinculantes para el Tribunal Superior de Justicia, sobre todo cuando expresan hechos, acontecimientos o sucesos -no cuando contienen juicios de inferencia, es decir proposiciones en que se afirma, o eventualmente se niega, la concurrencia de un hecho subjetivo, que por su propia naturaleza no es perceptible u observable de manera inmediata o directa-.

Y así el Tribunal Supremo en sentencia de 20 de setiembre de 2000, juzgando un supuesto en el que el Tribunal Superior de Justicia realizó una nueva valoración de la prueba pericial practicada ante el Jurado, declaró "en este supuesto la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia extravasa su función de control y realiza una nueva valoración de una actividad probatoria que no ha percibido directamente con quebrantamiento de las normas del procedimiento ante el Tribunal del Jurado y del procedimiento ordinario (art. 741 LECrim.), al señalar que sólo el Tribunal que ha presenciado el juicio oral puede valorar la prueba en lo referente al que hemos denominado primer nivel de valoración, la percepción sensorial de una prueba.

El Tribunal Superior al realizar una nueva valoración de la prueba pericial desde su documentación olvida el contenido inmediato de esa prueba que sólo puede percibir el Tribunal del Jurado, salvo los extremos referidos en la estructura racional de la prueba".

En conclusión, la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, al conocer del recurso de apelación contra sentencia del Tribunal del Jurado, puede revisar los juicios de inferencia realizados por el Tribunal del Jurado, es decir puede valorar el proceso lógico-racional seguido por éste para obtener la consideración de probado de un hecho mediante su contraste con las reglas de la lógica o de la experiencia, pero no puede realizar una nueva valoración acerca de la credibilidad del propio acusado o de la prueba testifical, o de otras pruebas íntimamente vinculadas a los principios de contradicción e inmediación (Sentencia TC 170/2000).

TERCERO.- Dicho lo anterior procede pasar a examinar si en el supuesto enjuiciado concurren los requisitos expresados y aparece prueba indiciaria suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia.

Recordemos que tanto el hecho probado 7º como el 8º aseveran que "El acusado, Secundino, no estando conforme con esa decisión -a la que se refieren los hechos probados 3º, 4º, 5º y 6º-, se trasladó al domicilio de María Ángeles en la localidad de Lardero, en cuyo interior y después de haber conversado con ella sobre aquella decisión de solicitar la custodia compartida, y sin llegar a convencerla de que no pidiese la misma, decidió darle muerte..."

En los fundamentos de derecho el Magistrado Presidente del Tribunal del Jurado explica que los jurados han atendido como elementos de convicción para hacer las precedentes declaraciones, en 1º lugar, la prueba testifical de los Policías Nacionales con carnet profesional números NUM001 ; NUM002 ; NUM003 y NUM004 .

Conviene en este punto transcribir literalmente lo manifestado por el Inspector Jefe, Nº NUM004 , Jefe de Operativo, que llevó la instrucción, quien ha declarado que Secundino en una manifestación espontánea en Comisaría el día 7 de Noviembre "dijo que después de hablar con ella, después de haber discutido, decidió ir para allá, que se había trasladado a Lardero y que allí siguió discutiendo con ella, y que en un momento de la discusión se me echó en el baño ... Secundino se metió en el baño y dice: vino detrás de mí María Ángeles y quería seguir discutiendo, *entonces la empujé, la tiré para atrás y se cayó y se golpeó contra la bañera y cayó al suelo, que la saqué y al ver que estaba*

sin sentido la saqué y la extendí en el salón, y una vez que la extendí en el salón abrió la ventana para que respirara, que al ver que no se recuperaba, que se había asustado y decidió deshacerse del cuerpo...

Que además decidió deshacerse del cuerpo y que había ido a por unas bolsas de plástico grandes, entonces luego que había venido le había quitado la ropa dejándola desnuda, y que una vez que la había metido en las bolsas a ella y también las cosas que llevaba puestas, el pijama, la ropa que llevaba puesta, y después la había bajado al trastero, que luego había fregado el salón, que lo había fregado bien y que luego, después había tirado la fregona, el bolso de María Ángeles, todas las cosas que tenía en la cartera, el móvil, las llaves, todo y que lo había metido también en unas bolsas, que había bajado al trastero luego, después que se había marchado hacia las 5 de la tarde a buscar su hija al colegio, que *se iba con los primos a la fiesta de Halloween*, que luego se había ido a Pérez Galdos para hacer unas compras para las niñas, que en Pérez Galdos le manda un mensaje, le había llamado por teléfono: Oye María Ángeles que vamos a cenar con los niños al Foster Hollywood y si quieres venir ya sabes dónde estamos, ven allá.

Sobre las 2 de la mañana o así que había ido a Lardero, que había cogido las bolsas en que estaba María Ángeles, y sus efectos los metió en su coche mercedes, con la niña ya dormida en la parte de atrás del coche se había dirigido después de dar varias vueltas, se había dirigido al puente del Ebro, que estaba allí en la parte de debajo de donde el Berceo y que había tirado el cadáver y había tirado las cosas".

Además, añade el Magistrado que "Los policías Nacionales con nº profesional NUM001 , NUM002 y NUM003 han declarado que fueron llamados por el anterior testigo -el Inspector Jefe Nº NUM004 - para que a su presencia el acusado volviera a relatar los anteriores hechos a lo que accedió el mismo. Y que sus declaraciones en el acto del juicio han sido sustancialmente idénticas, coincidentes o, coherentes, aunque cada uno con un estilo de relato diferente, y plenamente creíbles". Así pues, ha quedado palmariamente probado que tuvo lugar la citada manifestación espontánea del acusado Secundino, en contra de lo que afirma su Letrado recurrente -página 2 del recurso-; otra cosa es la validez de la misma; cuestión de que seguidamente se hablará.

Ciertamente que *los atestados policiales deben ser considerados como simples denuncias a todos los efectos legales* - art. 297 de la L.E.Crim .- y tal y como tiene declarado la jurisprudencia, es decir, no tienen el valor de prueba, de modo que las diligencias que en ellas se reflejen deben ser objeto de contradicción en el plenario - S.T.S. 14-2-95 ; 8-4-96 y 14-10-2002 -.

Añadiendo *la jurisprudencia que los atestados policiales no tienen carácter de prueba documental*, pues incluso en los supuestos en que los agentes de policía que intervienen en el atestado presten declaración en el juicio oral, dichas declaraciones tienen la consideración de prueba testifical - STS 2-12-1998 y 27-9-2006 -.

La cuestión relativa a la posibilidad de valorar como única prueba de cargo las declaraciones de acusados y testigos realizadas ante la policía y no ratificadas, o rectificadas, ante las autoridades judiciales, ha sido examinada en numerosas ocasiones tanto por *el Tribunal Supremo como por el Tribunal Constitucional con criterios no siempre coincidentes en su integridad en ambas sedes*, aunque la evolución de la jurisprudencia en los dos tribunales, permite considerar actualmente resuelta la cuestión en el sentido que luego se dirá - STC nº 68/2010 y STS 726/2011 y 1.55/2011-.

Se ha entendido, como principio, que las únicas pruebas de cargo que pueden ser valoradas con eficacia enervante de la presunción de inocencia son las practicadas en el juicio oral bajo los principios de oralidad, intermediación y contradicción, y, ordinariamente, de publicidad, mientras que las diligencias practicadas en la fase de instrucción son solamente medios de investigación que permiten preparar la decisión sobre la apertura del juicio oral e identificar y asegurar los medios de prueba.

Respecto de las declaraciones prestadas por los testigos en sede policial, debe concluirse que carecen en principio de valor probatorio de cargo, no bastando con su reproducción en el juicio oral para que puedan ser tenidas como pruebas - STC 31/1981; 9/1984; 51/1995 y 206/2003- *siendo necesario para ello que sean ratificadas y reiteradas a presencia judicial*.

Cuando se trata de declaraciones prestadas por el imputado en sede policial es evidente que no podrán ser utilizadas en caso de que se hubieran practicado con vulneración de derechos fundamentales.

Estas declaraciones, prestadas voluntariamente y sin coacción alguna, pueden aportar datos objetivos, hasta entonces desconocidos, que permitan según líneas de investigación que conduzcan a la obtención de verdaderas pruebas.

Además, las diligencias de comprobación de la existencia de los aspectos fácticos contenidos en la declaración policial del imputado, podrán ser valoradas en función de su contenido incriminatorio una vez incorporadas adecuadamente al juicio oral -STS 1106/2005-.

En este sentido conviene señalar que **las declaraciones prestadas en sede policial por un imputado no pueden ser consideradas, por sí mismas, prueba de cargo**, por tratarse de una actividad preprocesal, que no ha sido incorporada ni al sumario ni al juicio oral - STS 1940/2002 -.

Ello no quiere decir, sin embargo, que carezcan de cualquier valor atinente a la misma investigación, pues en caso de tratarse de declaraciones autoincriminatorias proporcionan datos objetivos de donde obtenerse indicios de su veracidad intrínseca; de modo que la prueba de cargo se obtendrá a través de esos otros elementos probatorios, que conformarán la convicción judicial, y no estrictamente de su declaración policial.

Dicho de otro modo: si alguien confiesa un homicidio voluntariamente en sede policial -libre y espontáneamente y sin coacción alguna- y fruto de los datos que ha proporcionado se encuentra el cuerpo del delito, la declaración autoinculpatória habrá cobrado valor a través de otros datos, ciertamente proporcionados por el imputado, pero corroborados por pruebas estrictamente procesales, incorporadas legítimamente al juicio oral, sin que pueda señalarse que la prueba descansaba exclusivamente en la declaración policial del acusado.

Es decir, **cuando el imputado aporte en sede policial datos hasta entonces desconocidos, las diligencias de comprobación de su correspondencia con la realidad, podrán ser incorporadas al juicio oral y ser valoradas como prueba.**

Esta línea jurisprudencial es completada en posteriores sentencias.

Concretamente en la STS nº 1228/2009 se decía lo siguiente: "Esa declaración, que no es diligencia sumarial, es no obstante un hecho sucedido, un hecho ocurrido que por su misma existencia es susceptible de ser considerado en el curso del razonamiento valorativo que recaiga sobre las verdaderas pruebas del proceso, cuyo análisis, sometido a una ineludible exigencia de razonabilidad, no permite prescindir de la índole insignificante, -aunque no por sí misma probatoria- del comportamiento del inculpado en actos preprocesales cuando éstos permiten calibrar el alcance de los datos aportado por las pruebas.

La declaración autoinculpatória en sede policial, no es una prueba de confesión ni es diligencia sumarial, pero es un hecho personal de manifestación voluntaria y libre documentada en el atestado. Un acto que en todo caso por su misma naturaleza sólo puede suceder dentro de un marco jurídico, con observancia de requisitos legales, sin los cuales el ordenamiento le niega validez, es decir existencia jurídica, y por ello aptitud para producir efecto alguno".

De estas consideraciones se obtiene que si en la declaración policial autoinculpatória, que no opera en sí misma como prueba de cargo, se contienen datos objetivos cuya existencia es después comprobada mediante otras diligencias, estas diligencias, incorporadas debidamente al juicio oral, por ejemplo a través de la testifical de quienes las practicaron y la aportación material de sus resultados, pueden ser valoradas como elementos relevantes dentro de un razonamiento inferencial al objeto de establecer conclusiones en el aspecto fáctico.

Por otra parte, en Pleno no jurisdiccional celebrado el 28 de noviembre de 2006, la Sala 2ª del Tribunal Supremo acordó que "las declaraciones válidamente prestadas ante la Policía pueden ser objeto de valoración por el Tribunal, previa su incorporación al juicio oral en alguna de las formas admitidas por la jurisprudencia".

Acuerdo que fue seguido de la STS nº 1215/2006, de 4 de diciembre . La interpretación de este acuerdo, debe ajustar su sentido a los posteriores pronunciamientos del Tribunal Constitucional, en alguna medida no unitarios en el momento en que se acordó.

Nada impide, por otro lado, que las declaraciones policiales válidas sean empleadas en el interrogatorio del plenario con la finalidad de aclarar las diferencias entre unas y otras manifestaciones,(STS nº 1228/2009), especialmente en relación con los aspectos objetivos acreditados por otras pruebas a los que se acaba de hacer referencia, pues es claro que debe existir una oportunidad para la defensa del acusado en orden a la aportación de una explicación razonable respecto de aquellos elementos que lo incriminan.

Bien entendido que el contenido de la declaración policial podrá ser útil como instrumento de confrontación para contrastar la credibilidad de lo manifestado en el plenario, pero no para acreditar hecho alguno.

Por lo tanto, cuando se trata de declaraciones policiales de imputados, es preciso, en primer lugar establecer su validez, descartando la vulneración de derechos fundamentales, a lo cual puede contribuir la declaración de quienes han intervenido o han presenciado la declaración. Y en segundo lugar, el Tribunal puede proceder a la valoración de la comprobación posterior de los datos objetivos contenidos en aquella declaración, una vez que tal comprobación ha sido incorporada debidamente al plenario a través de otros medios de prueba, lo que puede permitir al Tribunal alcanzar determinadas conclusiones fácticas por vía inferencial en función de la valoración del conjunto de la prueba. Pero en ningún caso el contenido de la declaración prestada en sede policial puede constituir prueba de cargo. En el sentido expuesto, entre otras, la STS nº 541/2007 y la STS nº 1228/2009.

CUARTO.- La sentencia impugnada se basa en una gran medida en las declaraciones policiales del acusado donde narra cómo ocurrieron los hechos, y fundamentalmente que había dado muerte a su exesposa María Ángeles y la había tirado al río Ebro.

Y, precisamente, esos datos fácticos que constan en su declaración espontánea y su correspondencia con la realidad, que la sentencia recurrida valora expresamente, son los datos que pueden ser valorados a esos efectos pues se refieren a aspectos no conocidos en ese momento.

Es decir, se trata de elementos fácticos que solamente hubieran sido conocidos a través de la declaración policial y cuya correspondencia con la realidad se hubiera constatado posteriormente a través de otras diligencias luego incorporadas como elementos probatorios al juicio oral.

En el caso que nos ocupa es evidente que no hay una plena prueba directa sobre la autoría material del asesinato de Secundino sobre María Ángeles, pero, sin embargo, la prueba indiciaria -suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia del art. 24 de la Constitución como ya se ha explicado- es contundente.

Así vemos como el propio acusado -en la tan mencionada declaración libre y espontáneamente prestada ante la policía- reconoció los hechos, y su veracidad fue corroborada al aparecer en el río Ebro el cadáver de María Ángeles , tal y como había relatado Secundino , si bien en otro lugar del río.

Pero es que, además, ha quedado acreditado que Secundino mentía cuando decía que se encontraba en su domicilio de Nalda -y no en el de María Ángeles situado en Lardero-, puesto que el informe de la empresa Vodafone sitúan a Secundino en Lardero -folio 25 de la Sentencia recurrida- entre las 12,30 y las 16 horas del día 30 de octubre de 2009.

Incluso el pintor Carlos -que depuso como testigo- declaró que estaba realizando el día 30 de octubre trabajos de pintura en la casa de Secundino en Nalda y comprobó que entre las 12,30 y las 16 horas Secundino no estuvo allí; es más, hablaron por teléfono a las 13,30 horas.

También es sintomático que Secundino, que se había comprometido a ayudar a su prima Carmela a realizar unas compras a las 12 de dicho día, llamara a dicha prima sobre las 12,30 para decirle que cambiaba de planes y que no podía ir, e indicándole que María Ángeles no acudiría por la noche a una cena que tenían prevista.

Así pues, en base a la prueba válidamente practicada en el acto del juicio oral, y a través de la prueba indiciaria antes mencionada -existiendo racionalidad en la inferencia efectuada y expresión en la sentencia de la motivación de cómo se realizó aquella- se ha desvirtuado la presunción de inocencia del art. 24 de la Constitución, de modo que la sentencia recurrida no ha infringido, en este punto, lo dispuesto en el art. 846 bis c), letra e) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Así pues procede desestimar el presente motivo del recurso.

QUINTO .- En el 2º de los motivos del recurso, y con carácter subsidiario el Letrado recurrente, bajo el amparo procesal del art. 846 bis) c), letra b) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal -"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"- denuncia "la inadecuada aplicación e infracción por tanto del art. 139.1ª del Código Penal (asesinato con alevosía) en relación con la infracción del art. 24 CE por falta de motivación". En definitiva, según el Letrado recurrente no se ha probado que existiera alevosía en la muerte de María Ángeles, razón por la cual el tipo penal que habría que aplicar era el del homicidio, previsto y penado en el art. 138 del Código Penal con la pena de prisión de 10 a 15 años.

Como ya se ha dejado expuesto al estudiar el 1º de los motivos del recurso en el caso que nos ocupa es evidente que no hay una plena prueba directa sobre cómo ocurrieron los hechos, de ahí que se hacía preciso examinar la prueba indiciaria practicada; debiendo tenerse en cuenta los parámetros jurisprudenciales que hemos expuesto en el fundamento de derecho 2º.

Como tiene declarado esta Sala en sentencia de 17 de mayo de 2012, siguiendo lo dicho por el Tribunal Supremo en sentencia de 24-1-2012, la alevosía es una circunstancia en la que deben concurrir 2 elementos: en cuanto al elemento objetivo descansa en 2 pilares que resaltan su carácter ejecutivo:

- a) el aseguramiento de la acción delictiva y
- b) la eliminación de la consiguiente reacción defensiva.

Por lo que respecta al elemento subjetivo de la alevosía, el mismo radica en la tendencia, concretada a modo de específica utilización por el culpable de los medios, modos o formas de ejecución hacia aquel doble fin.

De este modo, el dolo del agente debe proyectarse tanto sobre la acción como sobre la indefensión del ofendido.

Consecuentemente a la naturaleza mixta, objetivo-subjetiva de la alevosía, el fundamento de la previsión de esta concreta circunstancia, aquí configurada del asesinato es, en opinión de nuestra jurisprudencia, un plus de antijuridicidad y de culpabilidad.

El núcleo del concepto de alevosía se halla en la inexistencia de posibilidades de defensa por parte del ofendido.

Tal inexistencia de posibilidades de defensa puede derivarse de la manera de realizarse la agresión, bien de forma proditoria o aleve, cuando se obra en emboscada y al acecho a través de una actuación preparada para que el que va a ser la víctima no pueda apercibirse de la presencia del atacante o atacantes hasta el momento mismo del hecho, bien de modo súbito o por sorpresa, cuando el agredido que no sospecha del ataque del que va a ser víctima, se ve atacado de forma rápida e inesperada.

En cualquiera de las modalidades en que se presente, proditoria, sorpresiva o por desvalimiento de la víctima, el núcleo esencial de la alevosía se encuentra en la anulación deliberada de las posibilidades de defensa de la víctima o de cuya situación de indefensión se aprovecha conscientemente el autor para asegurar la acción y sin riesgos para su persona.

Cuando se trata de **la llamada alevosía sorpresiva**, el elemento básico que la configura es el ataque repentino, fulgurante, súbito e imprevisto por la víctima, que suprime la posibilidad de su defensa, pues quien no espera ni sospecha un ataque, difícilmente puede prepararse contra el mismo en la medida de lo posible - sentencias del Tribunal Supremo de 1-2-1995, 9-7-1999 y 12-5-2008 -.

SEXTO .- Conviene en este punto, por ser de trascendental importancia, resaltar que la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, al conocer del recurso de apelación contra una sentencia del Tribunal del Jurado, puede revisar los juicios de inferencia realizados por el Tribunal del Jurado, es decir, puede valorar el proceso lógico-racional seguido por este para obtener la consideración de probado de un hecho mediante su contraste con las reglas de la lógica o de la experiencia - S.T.C. 170/2000 -.

Por otra parte, ninguno de los motivos previstos en el artículo 846 bis c) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal prevé el error del Juzgador (o del Jurado) en la valoración de la prueba, de tal manera que los hechos declarados probados por el Tribunal del Jurado son vinculantes para el Tribunal Superior de Justicia, sobre todo cuando expresan hechos, acontecimientos o sucesos, pero no cuando contienen juicios de inferencia, es decir proposiciones en que se afirma, o eventualmente se niega, la concurrencia de un hecho subjetivo, que por su propia naturaleza no es perceptible o observable de manera inmediata o directa.

Sentado lo anterior, esta Sala considera que el juicio de inferencia llevado a cabo por el Tribunal del Jurado respecto de la concurrencia de la circunstancia de alevosía no fue el adecuado, puesto que falta un enlace lógico y racional; es decir, ha faltado o no existe el juicio lógico valorativo de los hechos indiciarios a partir de los cuales se llega al hecho-consecuencia.

Veamos los hechos indiciarios a los que se refiere el Magistrado-Presidente en relación con el hecho probado nº 8, y que constan en los folios 32 y 33 de la sentencia recurrida.

"Llegamos a la conclusión de que ha sido la muerte por asfixia por:

1º.- Por los documentos obrantes a los folios 1840, 1873 y 4928 y ss. se constata la experiencia profesional en técnicas de defensa y ataque personal con ausencia de lesiones externas e internas, así como la condena por un incidente acaecido en Ceuta en el que resultó muerta una persona.

2º.- Todos los informes forenses de la víctima no muestran ninguna señal visible que sea causante de la muerte (folios 1351, 3865 y 4901). Ningún perito en su declaración en el acto del juicio ha descartado que la muerte de María Ángeles pudiera ser por asfixia.

3.- Declaraciones en el acto del juicio de los Policías Nacionales que actuaron en la investigación del caso, en concreto los funcionarios con nº profesional NUM001 , NUM002 , NUM004 y NUM003 , que fueron coincidentes en este extremo.

4º.- Registros domiciliarios según folios 2289 y ss. y 2320 y ss., en la Inspección Ocular de Policía Científica de la casa de María Ángeles , se hallaron restos orgánicos y se remitieron cinco muestras del suelo del salón a la Comisaría General de Policía Científica en Madrid. -Informe de Policía Científica obrante a los folios 2720 y ss., que fue ratificado en el acto del Juicio por los Policías Nacionales con nº profesional NUM005 , NUM006 , Maximino y Natividad - en los que se encontraron restos biológicos con el ADN de María Ángeles con una pequeña concentración de sangre.

Estos restos orgánicos forman una huella de arrastre.

También se encontraron restos orgánicos en unas botas pertenecientes al acusado en su casa con ADN femenino.

En las declaraciones del acusado sobre estos restos encontrados en sus botas, hay una contradicción, ya que en la declaración judicial (folio 802) manifiesta que esa sangre la achacaba a que su hija había sangrado días antes de la nariz, sin embargo en las declaraciones en la vista oral declara ante la pregunta del abogado de la acusación "¿aparecieron unas botas manchadas de sangre?", respuesta "si, más y no están manchadas de sangre, estaban manchadas de algo, estarían manchadas de alguna sustancia que parece ser que no es sangre"

Abogado "¿restos orgánicos?" respuesta "hombre eso es posible" Abogado "es raro que Ud. no las limpiase, o ¿ cómo puede Ud. explicarlo? " respuesta "no, eso tiene una explicación lógica, cuando entraron a mi casa la noche del registro vinieron 10 policías, entonces entró la Policía, venían 2 policías de policía científica, la policía científica va de blanco de arriba abajo, entonces la impresión que le dio a mi hija a las 11 y media de la noche, pues fue importante y María Cristina vomitó 2 veces, una de ellas fue en el cuarto de baño, entonces entiendo que al estar las botas en el cuarto de baño es muy probable que parte del vómito, de la saliva cayera a las botas", esto entra en contradicción, 1º había declarado ante el Juzgado que era sangre, pasa a ser vómito de la niña cuando ninguna de las personas que él dice vio ningún vómito, según han declarado en este Juicio, y tampoco fueron 10 personas fueron entre 5 y 7. El informe de la Policía Científica sobre las botas consta al folio 3967".

Como se puede apreciar de la simple lectura de estos hechos indiciarios no puede desprenderse el enlace lógico y racional de la existencia de alevosía en la muerte de María Ángeles.

El Tribunal Supremo tiene declarado -sentencias 21-5-86; 22-6-87; 8-7-88; 9-2-89 y 11-7-91 - que la alevosía exige que la víctima no sólo esté indefensa ante el autor o no pueda sospechar que este prepara el ataque, sino es preciso que dicha situación de indefensión provenga de la confianza de la víctima en el autor.

Encontrándose este elemento implícito, en realidad, en el proditorio y en el aleve sorpresivo, en los que la víctima deposita su confianza engañada o se despreocupa confiadamente del autor. De ahí que se eliminen del ámbito de esta circunstancia agravatoria los supuestos de previa agresión del ofendido, de riña mutuamente aceptada, de fuerte enfrentamiento verbal, cuando pudo sospecharse la agresión y precaverse frente a ella y demás hipótesis en que no se consigue eliminar totalmente el riesgo de defensa, singularmente cuando ha habido advertencia del acontecimiento. Precisamente de la lectura de los hechos declarados probados nº 4º, 5º y 6º, incluso del propio 7º - salvo sus 2 últimas líneas- se desprende que María Ángeles pudo estar advertida del malestar de Secundino por su decisión de solicitar la custodia compartida de su hija María Cristina; y conociendo el **comportamiento violento de Secundino** pudo sospechar la agresión de éste e incluso tomar medidas para evitarla, toda vez que ella era policía nacional.

Así pues, y por todo lo expuesto, procede estimar el presente motivo de apelación, y considerar que **la muerte que efectuó Secundino sobre María Ángeles era constitutiva de un delito de homicidio**, previsto y penado en el ar. 138 del Código Penal, con la pena de 10 a 15 años de prisión.

SEPTIMO.- En el 3º de los motivos del recurso, también con carácter subsidiario, y bajo el mismo amparo procesal que el anterior, el Letrado recurrente denuncia "la infracción o indebida aplicación del art. 23 CP relativo circunstancia mixta de parentesco".

Como criterio general, sentado por el Tribunal Supremo entre otras en sentencias de 6-7-92; 14-7-94 y 5-10-95, **el parentesco actuará normalmente como agravante en los delitos contra las personas y contra la libertad sexual, mientras que operará como atenuante en los delitos patrimoniales**.

Veamos cual es el tenor literal del actual art. 23 del Código Penal, tras la modificación operada por la Ley Orgánica 11/2.003, de 29 de septiembre:

"Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente."

Si comparamos el actual tenor literal de dicho artículo con el original de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, se observa que el legislador ha añadido "**haber sido el agraviado cónyuge**", y no solo -como hasta entonces "**ser cónyuge**".

De modo que no es de aplicación la jurisprudencia citada por el letrado recurrente de fechas 21-5-1999 y 6-2-2004, que se basaban en la redacción antigua del citado art.23.

Así pues, y como según el hecho probado 1º Secundino y María Ángeles habían estado casados y, posteriormente se habían separado, no cabe duda de que procede -como ha hecho la sentencia recurrida- considerar que concurre la agravante de parentesco, prevista en el art. 23 del Código Penal; por lo que de acuerdo con lo dispuesto en el art. 66-1-3ª del referido Código se ha de fijar la pena en la mitad superior de la que fije la ley para el delito.

Es decir, que como el art. 138 del Código Penal castiga el homicidio con la pena de 10 a 15 años, la mitad superior de la misma sería la de 12 años y medio y 15 años.

Por lo que respecta a la individualización judicial de la pena, esta Sala comparte el criterio del Magistrado-Presidente expuesto en su fundamento de derecho 9º y que damos por reproducido en evitación de inútiles repeticiones, y fijamos la pena en 15 años de prisión.

OCTAVO.- En el 4º y último de los motivos del recurso, también con carácter subsidiario, el Letrado recurrente, bajo el mismo amparo procesal de los 2 motivos anteriores, denuncia la infracción de lo dispuesto en los art. 239 a 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En definitiva, considera que no debió ser condenado al pago de las costas causadas por la acusación popular, ejercida por *la Asociación de Mujeres Juristas Themis*, ni las de la Abogacía del Estado. Como ya tuvo ocasión de declarar esta Sala en sentencia de 17 de mayo de 2012, la inclusión en la condena en costas de las causadas a la víctima o al perjudicado por el delito que se persona en las actuaciones en defensa de sus intereses constituye una manifestación del **principio de causalidad**.

Efectivamente, la condena en costas al acusado no solamente incluye las causadas a la acusación particular en los delitos sólo perseguibles a instancia de parte, sino que se extiende de forma general a todos los supuestos de actuación de la acusación particular en el proceso penal.

La posición de la **jurisprudencia en materia de imposición de costas** puede ser sintetizada del siguiente modo:

- a) la condena en costas por delitos solo perseguibles a instancia de parte incluye siempre las de la acusación particular - sentencia del Tribunal Supremo de 9-12-1999;
- b) la condena en costas por el resto de los delitos incluye como regla general las costas devengadas por la acusación particular o actor civil - sentencias del Tribunal Supremo de 26-11-1997; 16-7-1998; 28-3-1999 y 15-9-1999;
- c) la exclusión de las costas de la acusación particular únicamente procederá cuando su actuación haya resultado notoriamente inútil o superflua, o bien haya formulado peticiones absolutamente heterogéneas respecto de las conclusiones aceptadas en la sentencia - sentencias del Tribunal Supremo de 21-2-1995; 2-2-1996; 9-10-1997; 29-7-1998; 9-12-1999; 30-10-2000; 31-10-2001 y 25-3-2004 -.

Así pues, [el criterio jurisprudencial es el de que las costas causadas en el procedimiento penal por la acusación particular y por el actor civil deben imponerse por regla general al condenado](#), puesto que, como él cometió el hecho delictivo que ocasionó el proceso, debe soportar la carga que supone el mismo, salvo que la intervención de aquellas partes hubiera sido notoriamente irrelevante, superflua, inútil e incluso perturbadora.

Siendo lo anterior predicable tanto de la acusación particular como del actor civil, sin embargo [no ocurre lo mismo respecto de la acusación popular](#).

En efecto, es reiterada la doctrina del Tribunal Supremo -v.g. sentencias de 21-2-1995; 2-2-1996; 1811/2000; 1092/2002; 17-11-2005; 1318/2005; 2-10-2009 y 16-05-2012, que excluye de la condena en costas al condenado las correspondientes a las acusaciones populares que se pudieran haber personado en la causa. Como argumento de dicha exclusión se ha citado que el condenado no tiene porqué soportar los gastos procesales causados por aquellos que no siendo perjudicados por el delito, se personan en la causa so pretexto de la defensa de un interés público, cuya legitimación, por ley, viene asignada al Ministerio Fiscal.

Ciertamente, esta reiterada doctrina ha sido modulada por el propio Tribunal Supremo en los supuestos en que la acusación popular defiende intereses difusos o colectivos -como el medio ambiente- en los que existe una verdadera macro-victimización en perjuicio de toda la comunidad, en cuyo caso su actividad puede tener el carácter de un verdadero coadyuvante de la actividad del Ministerio Fiscal.

En el presente caso es evidente que no nos hallamos ante un delito que atente contra los intereses colectivos de la sociedad, sino que el perjudicado directo -D. Victorio padre de la fallecida María Ángeles - se ha personado como acusador particular.

Por tanto, no proceder condenar al acusado al pago de las costas procesales causadas por la acusación popular ejercida por la Asociación de Mujeres Juristas Themis.

Sin embargo, sí que procede la condena respecto de las costas causadas por la Abogacía del Estado, toda vez que su participación en el proceso se produjo en virtud de lo dispuesto en el art. 29 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de Septiembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.

NOVENO.- Así pues, y por todo lo expuesto procede estimar solo en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación letrada de D. Secundino, en los términos en que se ha hecho referencia.

Respecto de las costas causadas en esta instancia, procede declararlas de oficio, tal y como dispone el art. 240-1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación:

FALLAMOS

Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora D^a Gema Mues Magaña, en nombre y representación de D. Secundino, contra la sentencia nº 172/2012, de 29 de Noviembre de 2.012, dictada por el Tribunal del Jurado, constituido en la Audiencia Provincial de La Rioja, debemos revocar en parte y revocamos dicha sentencia, **condenando a Secundino, como autor criminalmente responsable de un delito de homicidio ya definido**, con la concurrencia de la circunstancia mixta de agravación de parentesco, a la pena de 15 años de prisión; confirmando aquella sentencia respecto del resto de sus pronunciamientos, excepto en lo relativo a las costas procesales causadas por la acusación popular ejercida por la Asociación de Mujeres Juristas Themis, que se declaran de oficio.

Se declaran de oficio las costas causadas en esta instancia.

Notifíquese la presente sentencia a las partes personadas, haciéndoles saber que la presente resolución no es firme y que contra la misma cabe interponer RECURSO DE CASACIÓN, que ha de prepararse mediante escrito autorizado por Abogado y Procurador, presentado ante este Tribunal dentro de los cinco días siguientes al de la última notificación y que deberá contener los requisitos exigidos en el art. 856 de la L.E.Criminal.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.