T R I B U N A L S U P R E M O
Sala de lo Penal
SENTENCIA

Sentencia Nº: 875/2016

RECURSO CASACION (P) Nº: 10278/2016 P

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria

Señalamiento: 21/09/2016

Procedencia: Sala Civil y Penal Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

Fecha Sentencia: 21/11/2016

Ponente Excmo. Sr. D.: José Ramón Soriano Soriano

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

Escrito por: MBP

*** ASESINATO**

- No se produce ninguna actuación que pueda tacharse de no imparcial en el instructor, en el Magistrado-Presidente o en los jurados.

- Presunción de inocencia. Extremos combatidos:

1) Se cuestiona el suministro de la sustancia lorazepam, que contenía el Orfidal, a la niña para debilitarla produciéndole somnolencia, decaimiento y sedación. Episodios de sedación. No se acredita que padeciera alergia. En los análisis no se detectan antihistamínicos.

2) Se pone en entredicho que el día en que se produjo la muerte se le suministrara lorazepam en la comida realizada en compañía de sus padres en casa de Alfonso Basterra.

3) Traslado de la menor por parte de la acusada a su casa de Montouto de Teo. Reconocimiento por razón del videograma grabado. La hora fue poco después de las 18'15.

4) Niega la recurrente la provocación de la muerte de la hija. Son inciertas y no responden a la realidad las exculpaciones:

a) Sobre distintos recorridos entre Montouto y Santiago. Véase actas de reconstrucción de hechos, testimonio de Guardia Civil que las hizo.

b) No se acredita que el teléfono de la acusada se haya detectado por la antena

de la C/ Hórreo.

c) Testimonios de Clara Baltar. Corroboraciones de tal testimonio.

d) Análisis técnico de las cuerdas halladas junto al cadáver y existencia de otras iguales en la casa de Montouto.

5) Imposibilidad efectiva de defenderse la menor por efecto de la sedación. La ingesta de lorazepam no le impedía caminar. Tal efecto es el último que se produce.

6) No es posible la exculpación por la intervención de un tercero, en este caso del Sr. Cerón Jaramillo. En un principio procesado, posteriormente sobreseídas libremente las diligencias dada la contundente prueba que acreditaba que cuando se produjo la muerte de la niña él se hallaba en Madrid.

- Eliminación de la alteración del factum realizada por el T. Superior.

Era legítima la modificación al ser consecuencia de la estimación de un motivo por presunción de inocencia.

El que no estuviera suficientemente acreditada la participación en la ejecución material de la muerte de la niña de Alfonso Basterra, no le releva de la concertación para matar a su hija y la realización de actos esenciales de carácter ejecutivo. El jurado declaró a ambos culpables. El jurado ha declarado probado que ambos padres se concertaron y se pusieron de acuerdo para acabar con la vida de su hija.

- Pretensión de nulidad del testimonio de Rosario Porto evacuado el 27 de septiembre de 2013 que incrimina a Alfonso Basterra. Secreto de las actuaciones.

- Práctica de la prueba pericial por un solo perito. Consecuencias jurídicas (art. 459 y 471 L.E.Cr.).

- Dolo: animus necandi. Se dice infundadamente que concurrió en el recurrente Alfonso Basterra al no materializar la muerte de la hija.

- Inclusión en hechos probados de algún complemento por el T.S.J.: "reformatio in peius". Indebida aplicación del art. 23 C.P.

- Sostiene el recurrente, erróneamente, que los jurados no pueden tener a su disposición las piezas de convicción, sino únicamente valerse de ellas durante el juicio oral. Claridad del texto del art. 46.2º L.O.T.J.

- Función del Magistrado-Presidente en la decisión del proceso (sentencia). Función complementadora. Control de la presunción de inocencia (art. 70.2 L.O.T.J.). No procedía la devolución del acta (art. 59 L.O.T.J.).

- Delegación por el instructor de la práctica de diligencias en el sumario. Diligencias de investigación: potestad autónoma de la policía judicial y práctica de diligencias ordenadas por el Juez instructor. Ningún derecho se viola. Las diligencias sumariales no constituyen prueba y no están sometidas a los principios de contradicción e inmediación.

- Invalidez de las conversaciones grabadas en el calabozo entre los coacusados, al inicio de las diligencias. S.T.C. nº 145 de 22-09-2014.

- Exceso de la detención. Superó las 24 horas señaladas en el art. 496 L.E.Cr. Disposición no actualizada. Prevalencia del art. 17.2 C.E. y 520.1 L.E.Cr.

- Atenuante de dilaciones indebidas. No concurre, por el hecho concreto de sufrir dos retrasos, uno de 2 meses y otro de uno, al resolver sendos recursos el T.S.J. Es absolutamente imposible desde una óptica jurídica configurar una atenuente analógica, computando en las dilaciones indebidas las restricciones o vulneraciones de derechos soportadas por el recurrente.

Nº: **10278/2016P**

Ponente Excmo. Sr. D.: **José Ramón Soriano Soriano**

Fallo: **21/09/2016**

Secretaría de Sala: **Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández**

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SENTENCIA Nº: **875/2016**

Excmos. Sres.:

D. Andrés Martínez Arrieta. Presidente
D. José Ramón Soriano Soriano
D. José Manuel Maza Martín
D. Francisco Monterde Ferrer
D. Alberto Jorge Barreiro

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituída por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Noviembre de dos mil dieciséis.

En los recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuestos por las representaciones de los acusados **Dña. ROSARIO PORTO ORTEGA** y **D. ALFONSO BASTERRA CAMPORRO**, contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el que se desestimaron los recursos de apelación interpuestos por las representaciones de los anteriores acusados contra sentencia de fecha 11 de noviembre de 2015 del Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección Sexta, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. José Ramón Soriano Soriano, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes acusados representados, respectivamente, por la Procuradora Sra. Briones Torralba y el Procurador Sr. Huidobro Sánchez-Toscano, y la recurrida Acusación Popular Asociación Clara Campoamor representada por la Procuradora Sra. García Simal.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- Seguido por la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección Sexta, el procedimiento del Tribunal del Jurado, dimanante de la causa instruida por el Juzgado de Instrucción nº 2 de Santiago de Compostela bajo el nº 23 de 2014 de Ley de Jurado, se dictó sentencia con fecha 11 de noviembre de 2015, que contiene los siguientes Hechos Probados: *De conformidad con el veredicto del Jurado, se declaran probados los siguientes hechos: Los acusados don Alfonso Basterra Camporro y doña Rosario Porto Ortega, de común acuerdo, suministraron repetidamente, desde al menos tres meses antes del fallecimiento, a su hija Asunta Yong Fang Basterra Porto un*

medicamento que contenía lorazepam, sustancia perteneciente al grupo de las benzodiacepinas y que produce somnolencia y sedación y en ejecución del plan acordado, don Alfonso retiró en, al menos, tres ocasiones, en el periodo comprendido entre principios del mes de julio y mediados del mes de septiembre de 2013, una cantidad de, al menos, 125 comprimidos de Orfidal de la farmacia de la Rúa do Hórreo, de Santiago de Compostela. El día 21 de septiembre de 2013, los acusados doña Rosario Porto Ortega y don Alfonso Basterra Camporro, puestos de común acuerdo para acabar con la vida de su hija Asunta Yong Fang Basterra Porto, comieron con ella en el domicilio de don Alfonso, sito en la calle República Argentina, n° 8 y le suministraron una cantidad de medicamento que contenía lorazepam, necesariamente tóxica, para posteriormente, cuando hiciera efecto, asfixiarla. La acusada doña Rosario Porto Ortega, ese mismo día, siguiendo el plan acordado con don Alfonso Basterra Camporro, después de las 18:15 horas llevó a su hija Asunta Yong Fang Basterra Porto a la casa familiar sita en el lugar de A Poboa, en Montouto, Teo, utilizando para ello el vehículo Mercedes Benz, matrícula C-3574-BC. En un momento comprendido entre las 18:33 y las 20:00 horas, en la casa de Montouto los acusados doña Rosario Porto Ortega y don Alfonso Basterra Camporro asfixiaron a su hija Asunta por medio de la compresión que le aplicaron sobre la boca y la nariz y en un momento próximo a la muerte de la menor, los acusados ataron a su hija por los brazos y los tobillos por medio de unas cuerdas plásticas de color naranja. Asunta Yong Fang Basterra Porto, nacida el 30 de septiembre de 2000, no pudo defenderse de modo efectivo porque estaba bajo los efectos del medicamento que con ese fin se le había suministrado.

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS: *Que debo condenar y condeno a don Alfonso Basterra Camporro, como autor responsable de un delito de asesinato, con la*

concurrencia de la agravante de parentesco, a la pena de dieciocho años de prisión, inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena e inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por el mismo tiempo y al pago de la mitad de las costas procesales, salvo las de la acusación popular. Para el cumplimiento de la pena de privación de libertad que le impongo al acusado, le abono todo el tiempo que ha estado en prisión preventiva por esta causa. Que debo condenar y condeno a doña Rosario Porto Ortega, como autora responsable de un delito de asesinato, con la concurrencia de la agravante de parentesco, a la pena de dieciocho años de prisión, inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena e inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por el mismo tiempo y al pago de la mitad de las costas procesales, salvo las de la acusación popular. Para el cumplimiento de la pena de privación de libertad que le impongo a la acusada, le abono todo el tiempo que ha estado en prisión preventiva por esta causa. Se mantiene la prisión provisional de los acusados en los términos acordados en el auto de fecha 21 de julio de 2015, en base a los fundamentos expuestos en dicha resolución y a la gravedad de la pena impuesta. Notifíquese esta sentencia a los acusados personalmente y a las demás partes, haciéndoles saber que pueden interponer recurso de apelación para ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, preparándolo ante esta Sala dentro de los diez días siguientes al de la última notificación de esta resolución.

Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por las representaciones de los acusados D. Alfonso Basterra Camporro y Dña. Rosario Porto Ortega, dictándose sentencia por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia con fecha 15 de marzo de 2016, cuya parte Dispositiva es la siguiente: *Desestimando los recursos de apelación*

presentados por la procuradora Sra. Trillo del Valle en nombre y representación de Rosario Porto Ortega, y por el Procurador Sr. Núñez Blanco, principal y supeditado, en el de Alfonso Basterra Camporro contra la sentencia dictada el día once de noviembre de 2015 por el Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado constituido en la sección sexta de la Audiencia Provincial de A Coruña con sede en Santiago de Compostela, en la causa número 23/2014 a que este rollo se contrae, debemos confirmar y confirmamos la expresada resolución. Se imponen las cosas de este recurso, por mitad y sin incluir las de la acusación popular, a los condenados. Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra ella pueden interponer recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, preparándolo en esta Sala de lo Civil y Penal dentro de los cinco días siguientes al de la última notificación que se haga de la misma, incluida la del acusado en su persona.

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional, por las representaciones de los acusados **D. Alfonso Basterra Camporro** y **Dña. Rosario Porto Ortega**, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **D. ALFONSO BASTERRA CAMPORRO**, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero.- Al amparo del art. 5.4 L.O.P.J. y art. 852 L.E.Cr. por vulneración de derecho constitucional, consistente en vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 C.E.): derivado de la inclusión en la sentencia de apelación, de hechos probados no

considerados acreditados por el Jurado (art. 70 L.O.T.J., a sensu contrario); Segundo.- Al amparo del art. 5.4 L.O.P.J. y art. 852 L.E.Cr. por vulneración de derecho constitucional, consistente en vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 C.E.), derivado del mantenimiento del secreto de las actuaciones, desde el 27/09/2013; Tercero.- Al amparo del art. 5.4 L.O.P.J. y art. 852 L.E.Cr. por vulneración de derechos constitucionales, consistente en vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, concretado en el derecho a un juez imparcial (art. 24.2 C.E.), durante la instrucción del procedimiento; Cuarto.- Al amparo del art. 5.4 L.O.P.J. y art. 852 L.E.Cr. por vulneración de derecho constitucional, consistentes en vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 C.E.): derivado de la incorporación al juicio, por el trámite del art. 46.5 L.O.T.J., del testimonio de la declaración prestada por Dña. Rosario Porto Ortega en fase de instrucción, el 27/09/2013, por supuestas contradicciones en preguntas referidas a D. Alfonso Basterra Camporro; Quinto.- Al amparo del art. 5.4 L.O.P.J. y art. 852 L.E.Cr. por vulneración de derecho constitucional, consistentes en vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24 C.E.): declaración de coimputada no susceptible de constituir prueba de cargo; Sexto.- Al amparo del art. 5.4 L.O.P.J. y art. 852 L.E.Cr. por vulneración de derecho constitucional, consistentes en vulneración de los derechos a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 C.E.), derivado de la práctica de periciales en juicio por un solo facultativo, pese a tratarse de periciales no reproducibles en el acto del juicio, y practicadas en su momento, sin intervención de las partes (art. 459, en relación con el art. 471 L.E.Cr.); Séptimo.- Al amparo del art. 850.1º L.E.Cr. por quebrantamiento de forma, por denegación de diligencias de prueba pertinentes, propuestas en tiempo y forma, habiéndose formulado la oportuna protesta; Octavo.- Al amparo del art. 850.3º y/o 4º L.E.Cr., por quebrantamiento de forma, por negativa del Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado, a que en el acto

del juicio, algunos testigos contestasen a preguntas pertinentes y de manifiesta influencia en la causa, que fueron declaradas impertinentes, no siéndolo en realidad, teniendo verdadera importancia para el resultado del juicio, habiéndose formulado la oportuna protesta; Noveno.- Al amparo del art. 5.4 L.O.P.J. y art. 852 L.E.Cr. por vulneración de derecho constitucional, consistentes en vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 C.E.): inexistencia de prueba indiciaria; Décimo.- Se renuncia a formalizar este motivo de recurso; Undécimo.- Al amparo del art. 849.1º por infracción de ley, por inadecuada aplicación de los arts. 138.1 y 139.1.1ª C. Penal, en relación con los arts. 27 y 28 C. Penal; Duodécimo.- Al amparo del art. 5.4 L.O.P.J. y art. 852 L.E.Cr. por vulneración de derecho constitucional, consistente en vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 C.E.): derivado de la inclusión en la sentencia de apelación, de hechos probados no contenidos en la sentencia de instancia, incurriendo en reformatio in peius; Décimo tercero.- Al amparo del art. 849.1º L.E.Cr., por infracción de ley, por inadecuada aplicación del art. 23 C. Penal, en relación con el art. 66.1.3º C. Penal; Décimo cuarto.- Al amparo del art. 5.4 L.O.P.J. y art. 852 L.E.Cr. por vulneración de derechos constitucionales del Sr. Basterra, consistente en vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, concretado en el derecho a un juez imparcial, y a la no contaminación de los testigos del juicio (art. 24.2 C.E.), como consecuencia de la retransmisión de las sesiones del juicio a los medios de comunicación, de forma indiscriminada (arts. 43 L.O.T.J. y 680 L.E.Cr. en la redacción vigente a la fecha de celebración del juicio, ambos a sensu contrario); Décimo quinto.- Se renuncia a formalizar este motivo de recurso; Décimo sexto.- Al amparo del art. 5.4 L.O.P.J. y art. 852 L.E.Cr. por vulneración de derecho constitucional, consistente en vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 C.E.), derivado de la vulneración de normas esenciales del procedimiento durante el juicio, por parcialidad en las instrucciones dadas al

Jurado (art. 54 L.O.T.J.); Décimo séptimo.- Al amparo del art. 5.4 L.O.P.J. y art. 852 L.E.Cr., por vulneración de derecho constitucional, consistente en vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 C.E.), derivado de la vulneración de normas esenciales del procedimiento durante el juicio, como consecuencia de la entrega al Jurado del testimonio de juicio, para las deliberaciones (art. 53.3 y 54.1 L.O.T.J., a sensu contrario); Décimo octavo.- Al amparo del art. 5.4 L.O.P.J. y art. 852 L.E.Cr. por vulneración de derecho constitucional, consistente en vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 C.E.), derivado de la vulneración de normas esenciales del procedimiento durante el juicio, como consecuencia de la inclusión en la sentencia, de valoración de la prueba realizada por el Magistrado-Presidente al margen del veredicto (art. 70.2 L.O.T.J., a sensu contrario); Décimo noveno.- Al amparo del art. 5.4 L.O.P.J. y art. 852 L.E.Cr. por vulneración de derecho constitucional, consistente en vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 C.E.), derivado de la vulneración de normas esenciales del procedimiento durante el juicio, por concurrir motivos que debieron haber dado lugar a la devolución del Veredicto al Jurado, y ésta no fue ordenada, derivada de la alteración del texto del apartado de la culpabilidad (art. 63.1 e) L.O.T.J., en relación con el art. 59 del mismo texto legal); Vigésimo.- Se renuncia a formalizar este motivo de recurso; Vigésimo primero.- Al amparo del art. 5.4 L.O.P.J. y art. 852 L.E.Cr. por vulneración de derecho constitucional, consistente en vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 C.E.), derivado de la vulneración de normas esenciales del procedimiento durante el trámite de Cuestiones Previas, al no haber celebrado la Magistrada-Presidente del Tribunal del Jurado, la vista de Cuestiones Previas (art. 36.2 L.O.T.J., en relación con el art. 673 L.E.Cr.); Vigésimo segundo.- Al amparo del art. 5.4 L.O.P.J. y art. 852 L.E.Cr. por vulneración de derecho constitucional, consistente en vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías

(art. 24.2 C.E.), derivado de la vulneración de normas esenciales del procedimiento durante la instrucción, al haber delegado el instructor, partes de la investigación judicial, en los agentes de la Policía Judicial de la Guardia Civil, al margen de las partes personadas en el procedimiento judicial, una vez incoado éste, inclusive cuando las actuaciones no eran secretas; Vigésimo tercero.- Al amparo del art. 5.4 L.O.P.J. y art. 852 L.E.Cr. por vulneración de derecho constitucional, consistente en vulneración del derecho fundamental del Sr. Basterra a la libertad (art. 17 C.E.), derivado de su detención por la Policía Judicial el 25/09/2013, y su no puesta a disposición judicial hasta el 27/09/2013; Vigésimo cuarto.- Al amparo del art. 5.4 L.O.P.J. y art. 852 L.E.Cr. por vulneración de derecho constitucional, consistente en vulneración del derecho a un proceso público con todas las garantías (art. 24.2 C.E.), derivado de la ampliación de los hechos del Auto de Apertura del Juicio Oral, realizada por la Magistrada-Presidente, a instancias del Ministerio Fiscal; Vigésimo quinto.- Al amparo del art. 5.4 L.O.P.J. y art. 852 L.E.Cr. por vulneración de derecho constitucional, consistente en vulneración del derecho a un proceso público con todas las garantías (art. 24.2 C.E.), derivado del pronunciamiento de la Magistrada-Presidente sobre la pertinencia de los medios de prueba propuestas por las partes, por motivos de legalidad, en los Autos resolutorios de las Cuestiones Previas de 20/10/2014 y 30/10/2014, no revisado por el del TSJ de 09/03/2015 (art. 37.e) L.O.T.J., a sensu contrario); Vigésimo sexto.- Al amparo del art. 5.4 L.O.P.J. y art. 852 L.E.Cr. por vulneración de derecho constitucional, consistente en vulneración de los derechos fundamentales del Sr. Basterra a la intimidad de las comunicaciones (art. 18.3 C.E.), al derecho a no declarar contra sí mismos y no confesarse culpables (art. 24.2 C.E.) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 C.E.), derivada de la grabación de las conversaciones mantenidas por el Sr. Basterra, durante el tiempo que permaneció detenido, en las dependencias de la Guardia Civil, en Lonzas-A Coruña, primero; Vigésimo séptimo.- Al

amparo del art. 5.4 L.O.P.J. y art. 852 L.E.Cr. por vulneración de derecho constitucional, consistente en la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 C.E.); Vigésimo octavo.- Al amparo del art. 849.1º L.E.Cr., por infracción de ley, por inaplicación de la atenuante de dilaciones indebidas en la tramitación del procedimiento, art. 21.6º C. Penal; Vigésimo noveno.- Al amparo del art. 849.1º L.E.Cr., por infracción de ley, por inadecuada aplicación del art. 139.1.1ª C. Penal: concurrencia de alevosía; Trigésimo.- Al amparo del art. 849.1º L.E.Cr., por infracción de ley, por inaplicación de la atenuante analógica de vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, del art. 21.7º C. Penal, en relación con el apartado 6º de dicho precepto del mismo texto legal.

II.- El recurso interpuesto por la representación de la acusada **Dña. ROSARIO PORTO ORTEGA**, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero.- Vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y a un juez imparcial, consagrado en el art. 24.2 C.E., lo que verifico al amparo de lo dispuesto en el art. 5.4 L.O.P.J., en relación con el art. 852 L.E.Cr.; Segundo.- Violación del derecho fundamental a la presunción de inocencia, consagrado en el art. 24.2 C.E., lo que verifico al amparo de lo dispuesto en el art. 5.4 L.O.P.J., en relación con el art. 852 L.E.Cr.; Tercero.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.2º L.E.Cr., al existir error en la valoración de prueba, basado en documentos literosuficientes que obran en autos; Cuarto.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 850.1º L.E.Cr., por haberse denegado diligencias de prueba propuestas en tiempo y forma por las partes; Quinto.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851.1º L.E.Cr., por manifiesta contradicción entre los hechos que se consideran probados y por consignarse como tales conceptos que, por su carácter jurídico, implican la predeterminación del fallo; Sexto.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851.3º L.E.Cr., por no haberse

resuelto en la sentencia todos los puntos objeto de defensa; Séptimo.- Ad cautelam, y para el improbable supuesto de que se rechazaren las anteriores consideraciones a los efectos de la estimación del presente recurso de casación por vulneración de los derechos a la presunción de inocencia y a la igualdad ante la ley, basándonos en idénticos razonamientos denunciamos, con carácter subsidiario, infracción del art. 849.2º L.E.Cr., y ello por cuanto en el peor de los casos el T.S.J. habría incurrido en manifiesto error al apreciar y valorar la prueba.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, solicitó la inadmisión de todos sus motivos, impugnándolos subsidiariamente, dándose igualmente por instruida la representación de la parte recurrida, impugnando la admisión del recurso de Rosario Porto Ortega y de Alfonso Basterra Camporro y quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 21 de septiembre de 2016, prorrogándose el plazo para dictar sentencia por Auto de 4 de octubre de 2016 por un mes a adicionar al ordinario de diez días, prolongándose las deliberaciones hasta el día de la fecha.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO DE ROSARIO PORTO ORTEGA

PRIMERO.- El primer reparo sentencial de esta recurrente se concreta en la vulneración del derecho a un juicio con todas las garantías, en particular por la falta de imparcialidad del juez (art. 24.2 C.E.), todo ello de conformidad a los arts. 5.4 L.O.P.J. y 852 L.E.Cr.

1. La recurrente cuestiona la imparcialidad del juez instructor, pero también de los miembros del Tribunal del jurado y del Magistrado-Presidente del jurado.

a) La imparcialidad del Instructor de la causa se pone en entredicho, a la hora de tomar declaración a la recurrente, porque el juez discutió con ella y emitió juicios de valor. Igual actitud mantuvo al tomar declaración a ciertos testigos, como Manuel Crespo, Rosario Sánchez y Marlén Alzate, así como al coacusado Alfonso Basterra.

Descalifica igualmente al instructor por la permisibilidad e inacción del mismo frente a las continuas filtraciones a los medios de comunicación, a pesar de haberse decretado el secreto de las actuaciones.

La afectación de la imparcialidad venía predeterminada por la intervención de los investigadores policiales que sin justificación trasladaron al titular del Juzgado de Instrucción sus sospechas, derivadas de apreciaciones subjetivas en relación con determinadas reacciones o comportamientos de la Sra. Porto.

b) Falta de imparcialidad de los jurados a consecuencia de la influencia que los medios de comunicación pudieron ejercer los mismos, citando varios artículos periodísticos de diversos autores, sobre juicios paralelos o prejuicios sociales acerca de la culpabilidad de los acusados previamente señalados.

c) Falta de imparcialidad del Magistrado-Presidente del Jurado, vulnerándose el art. 54 L.O.T.J., a la hora de impartir instrucciones a los jurados, sobre el alcance de la prueba de indicios y la necesidad de someterse en general, como regla de juicio, al principio "in dubio pro reo".

En particular se achaca por la recurrente que:

1) Se admitió prueba pericial a cargo de un solo perito, cuando en el art. 459 L.E.Cr. se exigen dos. Se trata del dictamen del forense Dr. Pampín,

sin el auxilio de la forense que con él firmó el dictamen de autopsia, la Dra. Pérez de Albéniz.

2) Se rechazaron pruebas integradas:

- Por la aportación de atestados relevantes para el esclarecimiento de los hechos, de noticias de prensa sobre casos similares, averiguación sobre la procedencia de las cuerdas, visionado de todas las grabaciones de las cámaras existentes entre la casa de Montouto, la pista forestal de Teo y Santiago de Compostela.

- Al retirarse para deliberar los jurados les fue entregado para consulta el íntegro contenido del testimonio de Sala y de las piezas de convicción. Estima vulnerado el art. 46.2 L.O.T.J., que si bien dispone que "los jurados verán por sí los libros, documentos, papeles y demás piezas de convicción", esa posibilidad hay que circunscribirla a la fase del juicio oral y no a la posterior deliberación.

- No se disolvió el jurado a pesar de que "del juicio -según su opinión- no resultaba prueba de cargo que pudiera fundar una condena de la acusada" (art. 49 L.O.T.J.).

- Se vulneró el tenor del art. 66 L.O.T.J., al ordenarse por la Presidencia la retirada de los jurados suplentes antes de dar comienzo la deliberación, cuando el precepto establece que el cese de su función se produce después de leído el veredicto.

- Se excluyeron indebidamente del objeto del veredicto las preguntas 14 y 15 de la inicial propuesta del presidente del Tribunal, referidas al traslado del cadáver de Asunta Basterra a la pista forestal en la que fue hallada.

2. Sobre los tres aspectos combatidos por la recurrente relativos a la imparcialidad del órgano jurisdiccional, hemos de poner de manifiesto, que la referida al órgano instructor no fue planteada ante el Tribunal Superior, por lo que no cabe proponer ante esta sede casacional cuestiones ajenas a las

debatidas en el recurso de apelación, o dicho de otro modo, el marco de disidencia en casación queda limitado a lo que es objeto del recurso de apelación, por lo tanto quedó fuera de la posibilidad de recurso.

El instructor tiene como norte de su actuación la obligación de buscar la verdad forense, conforme al principio de investigación de oficio. De todos modos desde el punto de vista material, y haciendo una interpretación benévola del derecho a la tutela judicial, aunque se hubiera planteado la queja ante el Tribunal inferior oportunamente existían razones para proceder a su rechazo. En efecto, la recurrente para este supuesto pudo y debió haber acudido para preservar su derecho al juez imparcial a la vía de la recusación (art. 219.11º L.O.P.J.), tan pronto como advirtió que se practicaron diligencias que, a su juicio, denotaban una actitud parcial, no neutral del juez instructor, pero no lo hizo.

La imparcialidad se circunscribe, por un lado a la separación del órgano instructor del órgano sentenciador, y de otro lado, a que el instructor no tenga un interés subjetivo en la causa (relaciones con las partes) o un interés objetivo (relación personal del juez con el objeto del proceso o relación orgánica o funcional con el mismo).

En materia de imparcialidad es conocida la doctrina mantenida por el T. Europeo de Derechos Humanos (Estrasburgo) y nuestro Tribunal Constitucional acerca de la importancia de las apariencias de imparcialidad en el órgano decisor, ya que entra en juego la confianza que los Tribunales de justicia deben despertar en la sociedad democrática, aunque no es suficiente con no levantar sospechas sobre la imparcialidad sino que se impone analizar caso por caso al objeto de comprobar que tales sospechas tienen consistencia objetiva y están legítimamente justificadas y todo ello por cuanto **la imparcialidad de los Tribunales se presume**, de suerte que su pérdida debe ser probada, sin que baste su sola alegación.

La recurrente no ha acreditado en qué concretos aspectos y por qué razones se han producido decisiones no imparciales, tratándose únicamente de opiniones de la recurrente carentes de fundamento.

3. Respecto a la imparcialidad de los jurados y del Magistrado-Presidente, el Tribunal Superior en el fundamento 9º ha dado cumplida respuesta a las alegaciones de la recurrente (págs. 44 a 47).

Acerca de la imparcialidad de los miembros del jurado la alegación impugnativa es genérica y nada aporta que revele la existencia de influencia de los medios de comunicación sobre los mismos que ponga en tela de juicio dicha imparcialidad.

A su vez la propia defensa ha podido aprovechar la oportunidad de expresar su versión ante los medios de comunicación, hecho público y notorio, lo que en multitud de ocasiones le pudo haber favorecido para generar dudas tanto en el jurado como en la opinión pública.

Por lo demás es innegable que todo proceso penal en el que el hecho o sus autores tengan relevancia pública, genera un interés informativo cuya legitimidad está fuera de duda, y que, por mandato constitucional, como puso de relieve el Tribunal Superior de Galicia, goza de protección reforzada. En este sentido el art. 20.1.d) C.E. otorga el derecho de comunicar y recibir libremente información veraz (S.T.S. 587/2014 de 18 de julio) y el mismo derecho atribuye el principio de publicidad de las actuaciones judiciales (art. 120.1 C.E.).

Por otra parte, sin perjuicio del riesgo potencial de afectación que produce en los medios de comunicación el desarrollo de las investigaciones y procesos judiciales, conforme al art. 24 C.E. los argumentos impugnativos de la recurrente no aportan pruebas o razones que puedan llevar a dar por acreditada la actualización o materialización de ese riesgo más allá de que se pueda elucubrar sobre la mayor vulnerabilidad de los jueces legos a la presión mediática.

4. Todos los demás reparos a la imparcialidad del Magistrado-Presidente han sido resueltos solventemente y con acierto por el Tribunal Superior. Sobre ellos podemos añadir lo siguiente:

a) Respecto a la impartición de instrucciones del Magistrado-Presidente no consta ninguna infracción del art. 54.1º.2º y 3º L.O.T.J., como lo avala el hecho de que después de una hora de explicaciones (véase vídeo del juicio) ninguno de los jurados abrigó duda alguna, por lo que los jurados no pidieron la presencia del Magistrado-Presidente para ampliar instrucciones, conforme al derecho que les asiste a tenor del art. 57.1 L.O.T.J.

b) Sobre la emisión del dictamen pericial por un solo perito en lugar de dos, como impone el art. 459 L.E.Cr., dada la incomparecencia a juicio de la Dra. Pérez Albéniz, debemos poner de manifiesto -como hizo el T. Superior- que la diligencia de autopsia **la realizó y firmó** dicha doctora junto con su compañero Dr. Blanco Pampín y su incomparecencia al plenario tuvo por causa una grave enfermedad que se lo impidió. De esta circunstancia se dio traslado a todas las partes por providencia de 29 de septiembre de 2015, que fue evacuado por ambas defensas, las cuales renunciaron a su presencia material en juicio (fol. 1289, representación de Rosario Porto, y fol. 1294, representación de Alfonso Basterra).

Por otro lado en el juicio oral nadie solicitó la comparecencia de la perita otro día, ni interesaron la suspensión de la declaración de los otros peritos.

A su vez el art. 459 impone la dualidad de peritos por la mayor fiabilidad de dictamen, pero atribuye validez al emitido por uno solo en supuestos especiales. La presencia de dos no es, por tanto, requisito de validez como se desprende del tenor del propio art. 459 L.E.Cr.

Por último la inexistencia de duplicidad de informantes, no afecta a la tutela judicial efectiva, ya que el único perito compareciente fue sometido a contradicción, sin cortapisas de las partes.

A su vez y a mayor abundamiento, las periciales referidas a la autopsia fueron realizadas por organismos oficiales integrados por más de un técnico, funcionarios públicos, que emitieron sus pericias con criterios analíticos.

Entre los organismos que intervinieron en la autopsia cabe citar a los especialistas de la Universidad de Santiago, Instituto Nacional de Toxicología (Madrid y Sevilla), Instituto de Medicina legal de Galicia (IMELGA), laboratorios de la Guardia Civil, etc.

De todo ello se concluye, como lo hizo el Tribunal Superior, que poco podía aportar la Dra. Pérez Albéniz, si firma el informe de autopsia de consuno con el Dr. Blanco, sin matización o discrepancia alguna o sobre la diligencia de levantamiento de cadáver con la Dra. Lacalle.

c) Acerca del rechazo de pruebas propuestas por las defensas, es del caso recordar que el derecho a la prueba no es absoluto ni se configura como un derecho ilimitado o incondicionado a que se admitan todas las propuestas por las partes. Solo serán admisibles aquellos medios probatorios que propuestos en tiempo y forma, sean lícitos, pertinentes, relevantes, necesarios y posibles, y en caso de recurso cuando su práctica pudiera suponer el dictado de un fallo de contenido diferente por el Tribunal Superior.

En nuestro caso se propusieron las siguientes pruebas, aunque se hizo de modo genérico o impreciso:

- documental consistente en aportación de atestados relevantes para el esclarecimiento de los hechos (el Magistrado-Presidente rechazó unir informes contenidos en determinados atestados por razón de que los funcionarios que los redactaron estaban citados para el juicio oral, y emplazó a la parte proponente a que formulara al funcionario correspondiente las preguntas que estimara oportunas); de noticias de prensa sobre casos similares (se trata de hechos ajenos al presente procedimiento); de investigación sobre la procedencia de las cuerdas (fue acordada por el Instructor y compareció al

juicio oral el funcionario que la practicó); del visionado de todas las grabaciones de las cámaras existentes en los diferentes recorridos (las grabaciones están custodiadas en la Pieza de Convicción “Caja 10”. En el acto de juicio no pidieron que se visionara ninguna); etc...

d) Sobre la entrega al jurado, previa consulta, del íntegro contenido del testimonio de Sala y de las piezas de convicción, se halla dentro de la legalidad por así autorizarlo el art. 46.2 L.O.T.J. en relación al art. 34.2º y 3º de dicha Ley; en el primero de los cuales se establecen que "los jurados verán por sí los libros, documentos, papeles y demás piezas de convicción a que se refiere el art. 726 L.E.Cr.".

Realmente sobre la base del testimonio y las piezas de convicción versan las declaraciones de los peritos y demás profesionales que han emitido dictámenes e informes -autopsia, sangre, orina, telecomunicaciones, cuerdas, tierra, huellas de ADN, etc.- y sobre ellos se ha discutido ampliamente en las sesiones del juicio, por lo que es normal que puedan los peritos y los jurados tener a la vista y a su disposición en todo momento las piezas de convicción. No entenderlo así es tanto como pretender que los jurados motiven su veredicto sin tener acceso a los libros, documentos, papeles y demás piezas de convicción.

e) Sobre la disolución del jurado, conforme al art. 49 L.O.T.J., por no existir prueba de cargo que pueda fundar la condena del acusado, no resultaba de aplicación, al entender el Magistrado-Presidente que se contaba con abundante prueba de cargo que oportunamente relacionó en la sentencia y que el Tribunal Superior entendió correcta y procedente.

f) Se invoca que se excluyeron del objeto del veredicto las preguntas 14 y 15 de la inicial propuesta del Magistrado-Presidente.

Tales proposiciones fueron excluidas a solicitud de Alfonso Basterra.

El Magistrado-Presidente lo acordó así, a pesar de la oposición de la recurrente Rosario Porto. Y es que ante las tesis contradictorias defensivas cualquier decisión perjudicaría teóricamente a una u otra parte. En la práctica, como explica la sentencia del Tribunal Superior, no se puede confundir indefensión con perjuicio. En el fondo las proposiciones se referían a la forma y tiempo de desprenderse del cadáver de la occisa lo que afecta al agotamiento del delito pero no al delito en sí mismo considerado.

En el caso concernido hubo posibilidad real de alegar y contradecir, lo que impide cualquier indefensión, al no coartarse ninguna facultad procesal a las defensas, lo que no quita que el Magistrado-Presidente, razonando y motivando la decisión, haya estimado oportuno no incluir tales proposiciones en el objeto del veredicto.

Por todo lo expuesto el motivo debe fenecer.

SEGUNDO.- Al amparo del art. 5.4 L.O.P.J. y 852 L.E.Cr., en el correlativo ordinal denuncia violación del derecho fundamental a la presunción de inocencia, consagrado en el art. 24.2 C.E.

1. El motivo sostiene la absoluta inexistencia de prueba. No se contó con prueba directa y la indiciaria -nos dice- no mereció la consideración de tal al no haber sido acreditados los hechos base con el rigor y grado de certeza exigible, de ahí que los hechos declarados probados por el jurado no se sustentaran en indicios sino en meras suspicacias o conjeturas. Según la impugnante la condena no obedece a parámetros racionales, en tanto resulta posible y lógica una alternativa mantenida por la defensa.

Se pone en entredicho la data de la muerte, así como la causa de la misma ya que los dictámenes de autopsia fueron confeccionados "ad hoc" después de que se hubiera dispuesto de otros elementos probatorios más o menos rigurosos, pero no basados en estrictos criterios científicos.

Por otra parte el Magistrado-Presidente no incluyó en el objeto del veredicto los desplazamientos de la recurrente en la tarde de los hechos.

La recurrente analiza uno a uno cada párrafo del hecho probado, y en base a ciertos elementos probatorios distorsionados o sesgadamente interpretados, pretende dejar sin efecto las conclusiones del jurado, propugnando otra versión alternativa. Dicha alternativa se apoya igualmente en alterar la hora de la muerte y cuando el primer testimonio prestado por la recurrente que aseguraba que el día de autos la menor se había quedado en casa haciendo los deberes, descubierto el traslado en el vehículo de madre e hija, adujo varias idas y venidas de Santiago a Montouto y viceversa, no probadas.

Dicha alternativa se sustenta igualmente en la ausencia de datos sobre el traslado del cadáver a la pista forestal en la que fue encontrada muerta la menor; son las proposiciones 14 y 15 que el Magistrado-Presidente propuso y luego se desestimaron a instancia de la defensa de Alfonso Basterra. Esta ausencia de pruebas hace que se desconozca quién, cómo y a qué hora fue despositado el cadáver en el lugar donde fue hallado, circunstancia que debe favorecer a la recurrente.

Igualmente la alternativa tendría su apoyo en la posibilidad de intervención en los hechos de un tercero, respecto a cuyo extremo se contaba con pruebas. Se está refiriendo a las manchas de semen pertenecientes al Sr. Cerón Jaramillo. Igualmente se rechazó la aportación de noticias de prensa que hacían alusión al modus operandi, similar al acreditado en autos, así como la identidad de las características de las víctimas con el supuesto que nos concierne, concretamente el conocido caso del pederasta de Ciudad Lineal.

2. Hemos de partir de que el objeto del recurso es la impugnación de la sentencia dictada por el T.S.J., aunque sean en ocasiones inevitables las referencias a la sentencia del jurado. El jurado en el veredicto y el Magistrado-Presidente en la sentencia operan con una pluralidad de indicios,

concordantes, coherentes, unidireccionales y convergentes. Existen indicios abundantes no destruidos por contraindicios, que a su vez se reforzaron entre sí y permitieron obtener un juicio de inferencia razonable, entendiendo por tal el "enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano".

Como tiene dicho una jurisprudencia abundante de esta Sala (véase por todas, la S.T.S. 220/2015 de 9 de abril), en la que se declara en concordancia con el T. Constitucional (S.T.C. 128/2011 de 18 de julio) que también la prueba indiciaria es capaz de sustentar un pronunciamiento condenatorio sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia siempre que:

1) El hecho o hechos base (indicios) estén plenamente probados.

2) Los hechos constitutivos de delito deben deducirse precisamente de estos hechos base completamente probados.

3) Control de la razonabilidad de la inferencia, lo que impone que el órgano judicial exteriorice los hechos o indicios que estén acreditados, explicando a su vez el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia.

4) Que dicho razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o de la experiencia común o en "una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes".

Pues bien, el Tribunal de jurado contó con suficientes indicios para destruir la presunción de inocencia, indicios debidamente valorados por dicho Tribunal, a quien por imperativo del art. 741 L.E.Cr. (inmediación judicial) compete tal cometido.

La recurrente ahora discute en este motivo la existencia de los hechos probados, proponiendo lo que denomina una "alternativa exculpatoria razonable", una interpretación personal e interesada de los mismos,

sustituyendo el criterio imparcial del Tribunal "a quo" por el suyo propio, divergente del aceptado por el veredicto, reflejado en el factum.

El Tribunal Superior deberá comprobar la racionalidad de la inferencia pero no la valoración de las pruebas personales, respecto a las que ha carecido la inmediación, ya que no se trata de sustituir la ponderación efectuada por el Tribunal sentenciador de los indicios y contraindicios, sino de comprobar su racionalidad y la racionalidad del proceso deductivo que, desde dicha valoración, conduce a tener por acreditado el hecho consecuencia. El T.S.J. analiza de forma detallada la versión alternativa ofrecida por la recurrente, para desmontarla en cada una de sus afirmaciones, desde el punto de vista de la mera racionalidad.

3. El Tribunal Superior analiza el recurso con meticulosidad, comprobando la racionalidad de las abundantes inferencias convergentes sobre la existencia de prueba indirecta que sustentan la sentencia del jurado.

En su fundamento jurídico 3º, relata la combatida hasta 31 indicios de cargo de que se sirvió el Tribunal de jurado todos ellos debidamente acreditados.

En el siguiente fundamento (4º) el T. Superior va desbaratando las alegaciones, valoraciones e interpretaciones que la recurrente hace de la prueba concurrente tratando de introducir tesis alternativas, negando la capacidad probatoria o su virtualidad para imponerse a otras pruebas indiciarias más contundentes y fiables a juicio del **Tribunal sentenciador**.

En particular, podemos destacar las siguientes consideraciones del T. Superior:

a) Los jurados han desechado el informe sobre la hora de la muerte emitido por los peritos de parte, Sras. Lama Maldonado y Gamero Lucas, en cuanto afirman desconocer datos de importancia para precisar la data de la muerte.

b) También marginan las argumentaciones de parte sobre el posicionamiento del móvil de la Sra. Porto Ortega en las dos conexiones de la tarde del 21 de septiembre de 2013, posteriores a las 19 horas, por atribuir, con razón, más valor a los informes del grupo de Apoyo Técnico Operativo de la Guardia Civil.

c) Según los jurados la niña a las 6 y 20 minutos de la tarde ya estaría bastante afectada por el "lorazepan", cuando es vista por la calle junto con el padre, como lo atestigua Clara Baltar Lorenzo y otras corroboraciones, lo que no quita que estuviera en condiciones de deambular.

d) Al Colegio de jurados no se les dio oportunidad de pronunciarse sobre las idas y venidas de la recurrente la tarde del 21 de septiembre de 2012. Mas tal aspecto no fue formulado por las partes para que se concretara en una proposición a responder por los jurados. Por otro lado las imágenes de las cámaras callejeras existentes en el recorrido no acreditan tales desplazamientos.

e) Los trozos de cuerda para efectuar las ligaduras de manos y pies no puede excluirse que procedan de las que poseían los acusados en Montouto, aunque los cabos o extremos de unas y otras no coincidan, lo que puede indicar que ya fueron cortados en otra ocasión, pero existía plena identidad en su composición físico-química.

f) Tampoco a través de las pruebas científicas se acreditó la existencia en el cuerpo de la menor o en análisis de cabello de sustancias antihistamínicas. Ninguna prueba seria y fiable existió de que la occisa padeciera alergia de clase alguna.

g) El hecho de existir alguna discrepancia secundaria entre los diversos expertos e instituciones que participaron en la autopsia no permite considerar que las conclusiones obtenidas no respondan a criterios científicos.

h) Resulta igualmente gratuito descalificar al testigo Sr. Doldan, por una supuesta relación con el juez instructor a través de un hermano de éste,

debiendo prevalecer los testimonios directos de ese testigo frente a lo que el comisario Sr. Sabáriz Rolán cuenta que otros le han contado acerca de lo que el Sr. Doldán dijo.

En definitiva, el T. Superior de Justicia (véase fund. jurídico 4º) desmonta las tesis y argumentaciones acerca de la valoración de las pruebas hechas por la recurrente.

Por último, el Magistrado-Presidente al redactar la sentencia, no ha hecho sino desarrollar aquello que ya venía determinado y fijado por los jurados en su extensa, precisa y clara motivación del veredicto, desgranando el contenido incriminatorio de las pruebas, en su función de desvirtuación del derecho a la presunción de inocencia (art. 70 L.O.T.J.).

4. Aunque con lo argumentado hasta el momento bastaría para rechazar el motivo, habida cuenta del exhaustivo, preciso y certero control sobre la existencia, legitimidad y valoración de la prueba que en su momento hizo el Tribunal de Jurado, todavía podríamos profundizar más si cabe el reafirmar y reforzar el acierto valorativo del Tribunal de jurado, examinando los alegatos que pretenden apuntalar una tesis alternativa, con descalificación de cada uno de los 5 apartados del relato probatorio, que analizamos separadamente.

Respecto al **apartado I**, la recurrente cuestiona las pruebas que acreditan el suministro de lorazepan a la víctima por parte de los acusados desde al menos tres meses antes de su fallecimiento, y se descarta la presencia de antihistamínicos en el cadáver y en el cabello de la víctima.

Frente a tal tesis el Tribunal sentenciador contó con:

1) Informe pericial realizado por el Instituto de Ciencias Forenses de la Universidad de Santiago de Compostela, que constata la existencia de lorazepan en ese período.

2) Dictamen del Instituto Nacional de Toxicología, Servicio de Química, en que el análisis capilar acredita en ese tiempo la presencia de ese

medicamento. Estos analizaron la presencia de antihistamínicos y en los análisis realizados no se detectaron.

Sobre la afirmación de que la recurrente no tenía por qué conocer la cantidad de medicación comprada por Alfonso Basterra, se prescinde de datos plenamente probados:

1) Que hasta el día 30 de julio de 2013 no fue prescrito por ningún médico oficial a Rosario Porto (Declaración de su psiquiatra Dr. Ramiro Primo Teuriño).

2) El propio testimonio de la acusada de que durante el mes de julio solo tomaba algún Orfidal suelto.

3) En el acto del juicio reconoció que Alfonso Basterra le entregaba a ellas las cajas de Orfidal que compraba.

Asimismo la recurrente no hace mención a que:

a) Todos los episodios de sedación de Asunta Basterra se produjeron durante los meses de julio y septiembre de 2013 cuando la víctima se encontraba en compañía de sus padres. Pero durante los períodos en que aquélla estuvo con su madrina en Vilanova y con la empleada doméstica en Val do Dubra, Asunta gozó de buena salud.

b) El primer período de sedación, el día 9 de julio de 2013 Rosario Porto recogió a su hija en la Escuela de Altos Estudios Musicales, manifestándole lo ocurrido la testigo Bárbara Kataryna.

c) El segundo episodio de sedación, 22 de julio de 2013, en la Academia Play los testigos Mª José Pampano y María Isabel Bello manifestaron que Asunta les comunicó que su madre le había dado unos polvos blancos que sabían fatal y que se los recomendó una amiga.

d) En el tercer episodio de sedación (18-septiembre-2013) Rosario Porto envía una nota manuscrita al tutor de su hija justificando su inasistencia porque le habían recetado un fármaco que le había ocasionado graves vómitos y mareos.

e) La acusada desde que recibió el alta el 3 de julio hasta la muerte de Asunta llevó una vida normal, como refieren los informes de la Guardia Civil y los whatsapps del teléfono de la recurrente.

Sobre este punto sostiene la recurrente que se prescindió de testimonios de testigos respecto a problemas alérgicos de la víctima y prescripción de antihistamínicos. Pero en contra de tal alegato el Tribunal de jurado contó:

1) Con los testigos que en el plenario descartaron que padeciera alergia (madrina, empleada de hogar y profesora de violín).

2) La pediatra de Asunta declaró en el plenario que se trató de una consulta rápida porque "Asunta era una niña sana", y al preguntarle sobre el hecho de haberle recetado algo a la niña, responde: "que recuerde exactamente no".

Del mismo modo la impugnante cuestionó la contradicción apreciada por el jurado entre las declaraciones de los acusados y las de la empleada de hogar Carmen Amarelle, sobre el lugar donde durmió Asunta la noche del 17 al 18 de septiembre.

Sin embargo el testimonio de la empleada resulta corroborado:

1) Los whatsapps enviados entre Alfonso Basterra y Rosario Porto el 18 de septiembre de 2013.

2) En cualquier caso la credibilidad de los testigos queda fuera de las posibilidades de revisión casacional como tenemos dicho.

5. En relación al **hecho II** de los declarados probados.

El cuestionamiento recae, respecto a las pruebas que acreditan el suministro de lorazepan a la víctima de común acuerdo por los dos acusados el día 21 de septiembre de 2013 en el período comprendido entre las 15 horas en que Alfonso y Rosario comieron con su hija y las 17:21:28, momento hasta el

que la víctima permaneció en el domicilio del padre en compañía de la madre y la menor como captan las cámaras de Bankia al salir del mismo.

Para ello invoca interesadamente fragmentos de informes periciales obrantes en autos, omitiendo conclusiones de los mismos y declaraciones prestadas en el plenario por los peritos que elaboraron los mismos.

Se desprecia, asimismo, la contundencia de los informes periciales de los que resulta:

1) Informe de autopsia: "la muerte se produjo entre las 16 y las 20 horas del 21 de septiembre de 2013, encontrándose la víctima bajo el efecto de una importante cantidad de benzodiacepinas (lorazepam)".

2) Informe pericial del Instituto de Ciencias Forenses de la Universidad de Santiago de 25 de septiembre de 2013.

3) Informe pericial del Servicio de Química del Instituto Nacional de Toxicología, en cuyo informe dos peritos manifestaron que la ingesta de lorazepan se produjo entre las 3 ó 4 horas previas a la muerte.

Sostiene igualmente que con una importante ingesta de tal sustancia no hubiera podido caminar, dadas las condiciones físicas y en la cámara de Bankia se le observa caminando.

Frente a tal afirmación la recurrente omite:

1) Que según el Instituto Nacional de Toxicología los efectos se producen progresivamente y la persona afectada no cae al suelo de un "hachazo". El inicio de la absorción del medicamento es compatible con la deambulación porque tarda en llegar a la sangre y la "dificultad para caminar es de los síntomas finales, más tardíos".

2) El médico forense Sr. Blanco Pampín, confirma que en las funciones de deambulación, la motora grosera es la última que se pierde; es al final del efecto y con muchas dosis cuando puede afectarse.

3) Por otra parte es incierto que la testigo Clara Baltar haya visto a la menor a la hora que refiere la recurrente y que el testigo D. Xoan Ramón

Doldán la haya visto en Santiago entre las 19 y las 19:30 horas del día 21 de septiembre de 2013, como examinaremos al referirnos al apartado 4º de los hechos probados:

4) Los testigos profesores de Asunta que declararon que aunque la niña tenía dificultades para ver y hablar con ellos o para tocar el violín, "sí era capaz de caminar y subir y bajar las escaleras".

5) Respecto al pretendido síndrome de abstinencia que alega la recurrente ninguna prueba se practicó o intentó practicar sobre tal extremo.

6. En relación al **párrafo III de los hechos probados**. Admite la recurrente que el 21-9-2013 después de las 18'15 horas, llevó a su hija Asunta a la casa familiar sita en Montouto (Teo) conduciendo su coche Mercedes Benz, siguiendo el plan criminal acordado con Alfonso Basterra.

Sobre tal extremo no invoca ninguna prueba ni explica las razones de su discrepancia. Tampoco cita pruebas o contraindicios, no valorados por el Tribunal y que desvirtúen la afirmación dada por probada.

7. Respecto al **hecho IV del factum**, la recurrente niega que haya provocado la muerte de la hija asfixiándola.

Sobre este punto son inciertas o no responden a la realidad las siguientes afirmaciones impugnativas:

1) Los supuestos recorridos en coche que Rosario Porto afirma haber realizado la tarde del 21 de septiembre de 2013, no tuvieron lugar. Ello se deduce de:

a) El acta de reconstrucción de hechos de 19-12-2013 (folios 332-341 del testimonio de Sala) en que se realizan 4 "Tracks" de reconstrucción en los que se concluye que, salvo el inicial los restantes "**no fueron realizados**".

b) Reconstrucción del recorrido y versión consolidada de POWER POINT de las imágenes de los recorridos en cuestión.

c) Declaración del Guardia Civil W-48128-J que elaboró los Tracks.

2) No es cierto que el teléfono de Rosario Porto haya sido detectado por la antena de la calle Hórreo a las 19:26:09, ya que el grupo de Apoyo Técnico Operativo de la Guardia Civil informó que las conexiones de datos no son seguras y las intermedias no son fiables para localizar.

3) Afirma que no responde a la realidad que la testigo Clara Baltar haya visto a Asunta Basterra en Santiago entre las 17'30 y las 19 horas del 21 de septiembre.

Sin embargo:

a) La testigo fue contundente porque conocía a la niña.

b) El ticket de compra efectuada (tienda Sportwon) que exhibía la hora de compra (18'21 horas).

4) Resulta incierto que el testigo Xoan Ramón Doldán haya visto a Asunta Basterra entre las 19 horas y las 19,20 del día 20 de septiembre en la C/ República del Salvador. En juicio precisó que no estaba seguro, simplemente afirmó "que vio a una adolescente con rasgos orientales".

5) Tampoco es aceptable la afirmación de la recurrente de que el testigo Valentín Tato haya confirmado que nadie iba en el vehículo además de Rosario en el momento de regresar de Montouto a Santiago. El testigo dice que "no se apercibió ni se le pasó" y al ser preguntado si prestó atención contesta "para nada, para nada", precisando incluso que "la visión hacia atrás es bastante complicada desde donde él se encontraba".

6) Tampoco es cierta la afirmación de la recurrente de que el vehículo Mercedes Benz 190-E haya sido captado por diversas cámaras existentes en los recorridos que dijo haber efectuado.

A la vista de las pruebas practicadas, como ya dijimos, dada la reconstrucción de hechos realizada por la Guardia Civil (Tracks), nada se acredita sobre este particular:

7) Es igualmente incierto que los informes 13/11526-02/Q3 y 13/11526/12Q de Departamento de Química del Servicio de Criminalística de

la Guardia Civil no pudieron determinar la identidad de las cuerdas halladas en la pista forestal al lado del cadáver, con las existentes en la vivienda de Montouto, ya que los peritos declaran que son plenamente coincidentes en sus propiedades físicas y composición química.

8) Tampoco puede tener la efectividad que pretende atribuir la recurrente al testimonio del matrimonio residente a pocos metros del lugar del hallazgo del cadáver.

Respecto a las condiciones de luminosidad y a la posibilidad de ver el cadáver existieron pruebas en contra o que pudieron devaluar o cuestionar la imagen según los testimonios de dicho matrimonio.

En tal sentido el Tribunal contó:

1) Con el atestado nº 2013-100975-00000/18 de la Dirección General de la Guardia Civil sobre condiciones meteorológicas y de luminosidad.

2) Vídeo sobre reconstrucciones de condiciones de luminosidad de la pista forestal.

3) Declaraciones de los guardias civiles que estuvieron en la pista forestal la noche que apareció el cadáver.

9) Tampoco responde a la realidad la afirmación de la recurrente respecto a las vías de investigación seguidas, a cuyo efecto se cuestiona el testimonio de los guardias civiles V 43919 y J 01305 T, que declararon en el plenario sobre la investigación seguida. Los primeros sospechosos fueron los que hallaron el cadáver.

También el Sr. Cerón Jaramillo fue investigado por la mancha de semen hallada en la ropa de la menor.

10) No puede admitirse que nada se diga sobre el objeto que provocó la asfixia y el lugar donde se cometió el crimen.

El lugar fue la casa de Montouto y el mecanismo mortal la compresión que aplicaron sobre la boca y la nariz -según hechos probados-, y

que la autopsia precisa un poco más haciendo referencia a un "objeto blando y deformable".

11) Es igualmente anodina la afirmación de la recurrente de que la sentencia no da respuesta a "la razón o móvil del crimen", dada la irrelevancia jurídica de la cuestión.

8. El **párrafo V** del hecho probado, relativo a la imposibilidad efectiva de defenderse la menor por efecto de la sedación, resulta contradictorio para la recurrente que si la sedación no impedía caminar tampoco debe limitar la posibilidad de defenderse.

Sobre este punto omite la impugnante dos circunstancias:

1) Que la cámara de Bankia que detectó caminando a Asunta se produjo a las 17:21:128 y la llegada a Montouto tuvo lugar más de una hora después.

2) Los informes médicos determinaron que el efecto iba en ascenso a medida que se asimilaba el medicamento.

En cualquier caso el mayor o menor efecto sedante y la nula resistencia que puede oponer una niña de 12 años, aseguraba la muerte sin riesgo de sufrir ningún peligro el ejecutor para su vida o integridad corporal.

Es de destacar, por último, dentro de este motivo, la falacia en que incurrió la censurante, al afirmar en el momento inicial que había dejado a su hija en la casa de Santiago estudiando y ella se fue sola a Montouto, ya que cuando se tuvo conocimiento de la grabación que en el vehículo viajaba con ella su hija, tuvo la necesidad de alterar su testimonio introduciendo unas idas y venidas al lugar del crimen, no acreditadas en absoluto.

Por último y respecto a la "alternativa exculpatoria razonable" hemos de manifestar lo siguiente:

a) En cuanto a la posible participación en el hecho de Cerón Jaramillo, ya se incoaron diligencias, que se sobreseyeron libremente el 2 de abril de 2014, después de un cúmulo de pruebas incontestables, que excluían

cualquier posibilidad de que esa persona hubiera estado la tarde-noche de 21 de septiembre de 2013 en Santiago de Compostela. Recordemos:

1) La prueba pericial del departamento de Biología del Servicio de Criminalística de la Guardia Civil, en cuyos informes se pudo aclarar la contaminación de esa prueba.

2) Los peritos de la Universidad de La Coruña que sostuvieron la existencia de una contaminación.

3) Testifical del plenario (6 testigos que confirmaron la presencia en el día y hora de los hechos delictivos del Sr. Jaramillo en la localidad de Arroyomolinos (Madrid) en el Restaurante "La Tranquera".

4) Fotos tomadas del Sr. Jaramillo y sus acompañantes en el restaurante citado.

5) Ticket y comanda del restaurante "La Tranquera" del 21-septiembre-2013.

6) Oficio de la Guardia Civil sobre tráfico de llamadas constando que todos los posicionamientos de los contactos con el móvil del Sr. Cerón se hallaban bajo la influencia del repetidor R-5 Peaje de Arroyomolinos entre las 19'43 y las 19'47 horas.

b) En lo concerniente a la incorporación de artículos de prensa referidos al "pederasta de La Ciudad Lineal", el rechazo de esta prueba estuvo plenamente justificado al referirse a hechos ajenos al objeto de este procedimiento.

Por todo lo expuesto ha quedado claro que no se quebrantó el derecho a la presunción de inocencia. El motivo ha de claudicar.

TERCERO.- En el correlativo ordinal la recurrente, al amparo del art. 849.2 L.E.Cr., alega la existencia de error en la valoración de la prueba, basado en documentos literosuficientes que obran en autos.

1. La recurrente enumera lo que ella entiende que son documentos, en una amplia relación.

Dichos documentos son los siguientes:

1. Informe de Ensayo n° 13/11526-02/BI e Informe de Ensayo n° 13/11526-16/BI, del Departamento de Biología del Servicio de Criminalística de la Dirección General de la Guardia Civil (sobre semen en la camiseta de Asunta, señalados por la recurrente con los números 1 y 2):

1.1.- Prueba testifical practicada en el plenario: declaraciones de Doña Marlen Azlate Cerón, Doña Diana Carolina Montesdeoca Pelaez, Doña Luz Adriana Londoño García, Don Andrés Felipe Muriel Valencia, Don Renato Briato Gallar y Don Alvaro de Santos Prieto (Vídeos 7 y 8 DVD 2 del día 08.10.2015) que afirmaron la presencia en la localidad de Arroyomolinos (Madrid) del Sr. Cerón Jaramillo el día 21 de septiembre de 2013 y en el restaurante "La Tranquera" de Madrid cenando la noche de ese mismo día. Tales declaraciones se encuentran corroboradas por prueba pericial: Informe pericial Informático de fecha 19.02.2013 (Folios 728-737 del testimonio de Sala) y declaración del perito en el acto de juicio, respecto de las fotos tomadas del Sr. Cerón Jaramillo y sus acompañantes en el restaurante "La Tranquera" la noche del 21 de septiembre de 2013. Y por prueba documental: ticket y comanda del restaurante "La Tranquera" del día 21 de septiembre de 2013 (Pieza de convicción número 15.1); y oficio N° 2175 de la Dirección General de la Guardia Civil, UOPJ de la Guardia Civil de La Coruña, adjuntando el tráfico telefónico del terminal del Sr. Cerón Jaramillo el día 21 de septiembre de 2013 (Folios 1016-1026 y 1334-1344 del testimonio de Sala) constatando que todos sus posicionamientos son en Madrid, y bajo la influencia del repetidor R-5 Peaje Arroyomolinos entre las 19:43 y las 19:47 horas.

1.2.- Prueba pericial: declaración de los peritos miembros del departamento de Biología del Servicio de Criminalística de la Guardia Civil,

que elaboraron los Informes de ensayo N° 13/11526-02/BI y N° 13/11526-16/BI y que preguntados si la mancha del cuello de la camiseta de la víctima era en su totalidad una mancha de semen, declararon que "No".

2. Dictamen nº M13-11149, de 14 de octubre de 2013, emitido por el Servicio de Química del Instituto de Toxicología y Ciencias Forenses, Departamento de Madrid, sobre la no detección de antihistamínicos.

3. Dictamen nº M13-11149, de 13 de febrero 2014, ampliatorio del anterior, emitido por el Servicio de Información Toxicológica del Instituto de Toxicología y Ciencias Forenses, Departamento de Madrid, sobre la ingesta de lorazepam, en la comida del 21-septiembre-2013.

4. Dictamen n° M13-11149, de 9 de octubre 2014, Servicio de Química del Instituto de Toxicología y Ciencias Forenses, Departamento de Madrid, sobre tiempo transcurrido entre la ingesta de lorazepam y la muerte.

5. Informe Toxicológico con referencia n° 948/13, de 25 de septiembre de 2013, del Servicio de Toxicología Forense del Instituto de Ciencias Forenses de la Universidad de Santiago de Compostela, sobre síntomas del lorazepam.

6. Informe Toxicológico con referencia n° 948/13, de 7 de octubre de 2013, del Servicio de Toxicología Forense del Instituto de Ciencias Forenses de la Universidad de Santiago de Compostela, acerca de la búsqueda de antihistamínicos.

7. Informe de autopsia de 11 de diciembre de 2013, del Servicio de Patología Forense del Instituto de Medicina Legal de Galicia en Santiago de Compostela.

8. Informe Forense de 14 de febrero de 2014, del Servicio de Patología Forense del Instituto de Medicina Legal de Galicia en Santiago de Compostela, sobre data de la muerte.

9. Dictamen nº S13-04941, de 18 de noviembre 2013, Servicio de Histopatología del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, Departamento de Sevilla, sobre el mecanismo letal de sofocación por fases.

10. Acta de levantamiento del cadáver, de 22 de septiembre 2013, y Diligencia de levantamiento del cadáver, de 22 de septiembre de 2013, e Informe de 26 de septiembre del Servicio de Patología Forense del Instituto de Medicina Legal de Galicia en Santiago de Compostela (señalados por la recurrente con los números 11, 12 y 13).

11. Informe emitido por los catedráticos de Medicina Legal y Forense, Dres. Luna Maldonado y Gamero Lucas, de 8 de septiembre de 2014, sobre causa de la muerte.

12. Informe Técnico Ocular n° 2013-105309-006, de la pista forestal, de la vivienda de Montouto y de los pisos de Santiago de Compostela.

13. Informe de inspección técnico ocular denominado "Examen criminalístico n° 13/11526-04/ID, de fotografías de la vivienda de Montouto".

14. Informe médico-forense sobre valoración de capacidades cognitivas y volitivas de Rosario Porto Ortega, de 31 de marzo de 2014.

15. Informe pericial psicológico de Rosario Porto Ortega, de 27 de marzo de 2014, sobre lapsus de memoria.

16. Informe de ensayo n° 13/11526-02/Q3, del Departamento de Química y Medio Ambiente del Servicio de Criminalística de la Dirección General de la Guardia Civil, de 30 de octubre de 2013; Informe de ensayo n° 13/11526-12/Q, del Departamento de Química y Medio Ambiente del Servicio de Criminalística de la Dirección General de la Guardia Civil, de 19 de noviembre de 2013; y Oficio sobre resultado de gestiones realizadas, de 18 de marzo de 2014, (señalados por la recurrente con los números 19, 20 y 21).

17. Diligencia haciendo constar las condiciones de luminosidad de la pista forestal de Teo, obrante en el Atestado n° 2013-100975-00000118.

18. Informe de ensayo n° 13/11526-02/Q, de 7 de octubre, sobre la imposibilidad de que Rosario Porto caminase por la pista forestal.

19. Informe médico-forense sobre reconocimiento practicado a Rosario Porto el día 25 de septiembre de 2013.

2. A la vista del cúmulo de documentación resulta necesario una vez más recordar la doctrina de esta Sala sobre el error facti, en que deben concurrir una serie de exigencias o requisitos. Estos son:

A) Que se hayan incluido en el relato histórico hechos no acontecidos o inexactos.

B) Que la acreditación de tal inexactitud tiene que estar evidenciada en documentos en el preciso sentido que tal término tiene en sede casacional. Sobre esta cuestión podemos recordar la STS de 10 de noviembre de 1995 en la que se entienden por tales aquellas representaciones gráficas del pensamiento, generalmente por escrito, creadas con fines de preconstitución probatoria y destinadas a surtir efectos en el tráfico jurídico, originados o producidos fuera de la causa e incorporados a la misma.

C) Que el documento en sí mismo sea demostrativo del error que se denuncia cometido por el Tribunal sentenciador al valorar las pruebas, error que debe aparecer de forma clara y patente del examen del documento en cuestión, sin necesidad de acudir a otras pruebas ni razonamientos, conjeturas o hipótesis. Es lo que la doctrina de esta Sala define como literosuficiencia.

D) Que el supuesto error patentizado por el documento no esté a su vez desvirtuado por otras pruebas de igual consistencia y fiabilidad. Al respecto debe recordarse que la ley no concede ninguna preferencia a la prueba documental sobre cualquier otra, antes bien todas ellas quedan sometidas al cedazo de la crítica y de la valoración en conciencia de conformidad con el art. 741 L.E.Cr.

E) Que los documentos en cuestión han de obrar en la causa, ya en el sumario o en el rollo de la Audiencia, sin que puedan cumplir esa función impugnativa los incorporados con posterioridad a la sentencia.

F) Finalmente, el error denunciado ha de ser transcendente y con valor causal en relación al resultado o fallo del asunto, por lo que no cabe la estimación del motivo si este sólo tiene incidencia en aspectos accesorios o irrelevantes. Hay que recordar que el recurso se da contra el fallo, no contra los argumentos que de hecho o derecho no tengan capacidad de modificarlo (STS. 765/04 de 14 de junio).

G) A los anteriores, ha de añadirse, desde una perspectiva estrictamente procesal, la obligación que compete al recurrente de citar expresamente el documento de manera clara, cita que si bien debe efectuarse en el escrito de anuncio del motivo -art. 855 L.E.Cr.- esta Sala ha flexibilizado el formalismo permitiendo que tal designación se efectúe en el escrito de formalización del recurso (STS 3-4-02) pero en todo caso, y como ya recuerda, entre otras la STS 332/04 de 11 de marzo, es obligación del recurrente además de individualizar el documento acreditativo del error, precisar los concretos extremos del mismo que demuestren claramente la equivocación en la que se dice incurrió el Tribunal (STS 465/2004 de 6 de abril y 1345/2005 de 14 de octubre).

Además de los vicios ya detectados que arrastrarían a la desestimación del motivo, para que los informes y dictámenes periciales puedan actuar como documentos, a pesar de su indudable carácter de prueba personal, sería preciso que, según doctrina de esta Sala, se dieran las siguientes circunstancias:

a) que existiendo un solo dictamen o varios absolutamente coincidentes y no disponiendo la Audiencia de otras pruebas sobre los mismos elementos fácticos, el Tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero

incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de modo que se altere relevantemente su sentido originario.

b) que contando solamente con dicho dictamen o dictámenes coincidentes y no concurriendo otras pruebas sobre el mismo punto fáctico, el tribunal de instancia haya llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes, sin expresar razones que lo justifiquen.

3. La primera observación que procede realizar es que ni la prueba testifical ni la pericial poseen carácter documental aunque se documenten las declaraciones y los informes.

No obstante la mayor parte de las referencias lo son a dictámenes e informes periciales, que salvo las excepciones citadas en la doctrina jurisprudencial, que en nuestro caso no se dan, poseen el carácter de prueba personal, y mucho más, cuando los autores de los informes y dictámenes comparecen a juicio, como aquí ocurre, y ha sido sometido a contradicción el dictamen. En tanto han sido o podido ser bien ratificados, clarificados, matizados o incluso modificados en el plenario es el Tribunal sentenciador con su inmediación el que debe valorarlos.

A su vez en las hipótesis planteadas no han concurrido alguno de los requisitos impuestos por nuestra jurisprudencia. En particular la recurrente no concreta qué parte del factum quiere modificar, suprimiéndola, ampliándola o alterándola en algún punto.

Por otro lado es perfectamente comprobable que tales dictámenes y pericias deban interpretarse en conjunto y en armonía o coordinación con otras pruebas, algunas de las cuales contradicen a las invocadas (prueba contradictoria).

Finalmente de los términos en que se expresa el motivo es patente que la recurrente pretende reinterpretar el relato probatorio y las pruebas que lo sostienen, lo que es tanto como usurpar una facultad que compete de forma

exclusiva y excluyente al Tribunal de inmediación (art. 117.3 C.E. y 741 L.E.Cr.).

Por lo expuesto el motivo debe rechazarse.

CUARTO.- En el motivo del mismo ordinal, amparado en el art. 850.1º L.E.Cr. (quebrantamiento de forma), alega que se han denegado diligencias de prueba propuestas en tiempo y forma.

1. Antes de dar respuesta al motivo resulta oportuno una vez más reiterar alguna referencia a la doctrina de esta Sala y del T. Constitucional, según la cual, el derecho a la prueba no es absoluto ni se configura como un derecho ilimitado o incondicionado a que se admitan las pruebas que han tenido a bien proponer las partes.

Es preciso, en primer término, que los medios probatorios se propongan en tiempo y forma, sean lícitos y pertinentes, relevantes, necesarios y posibles.

A su vez cuando el examen de la cuestión se efectúa en vía de recurso la queja solo podrá ser estimada cuando en función de las características del caso concreto, según resulta de todo lo actuado, su práctica podría suponer la adopción de un fallo de contenido diferente (véase SS.T.S., 271/2015 de 12 de mayo).

Por otro lado o desde otra perspectiva el derecho a la prueba no desapodera al Tribunal competente de su facultad para valorar la pertinencia de las mismas y el rechazo de las que considere impertinentes o inútiles.

2. Las pruebas que el recurrente estima indebidamente denegadas y las razones de su denegación se contraen a las siguientes:

1) Incorporación a las actuaciones del oficio policial nº 9789/13, de 24 de septiembre de 2013: Los funcionarios que redactaron los informes contenidos en el mismo estaban citados para el juicio oral. El magistrado-

presidente emplazó a la parte proponente a que formulara al funcionario correspondiente las preguntas que estimare oportunas.

2) Librar oficio a la Unidad investigadora de la Policía Judicial para que llevara a efecto la diligencia propuesta por esa defensa, y declarada pertinente por el Instructor, relativa a la fabricación y distribución de las cuerdas litigiosas. Entendemos se refiere a la diligencia de instrucción que solicitó esta defensa en la comparecencia del art. 25 LOTJ, celebrada el 28/11/2013/, una vez levantado el secreto. El juez de instrucción lo acordó. No hay denegación de prueba, ya que la parte recurrente tuvo ocasión en el acto de juicio oral de formular preguntas al respecto al funcionario (M-20103-T) que llevó a cabo el encargo encomendado, es decir, el Oficio sobre resultado de gestiones realizadas, de 18 de marzo de 2014.

3) Librar oficio a la Policía Judicial al objeto de que con relación a la "ampliación, análisis e informes de ensayo" remitidos mediante oficio de 3 de julio de 2014, se concretasen y explicasen los extremos que indica para que llevara a efecto la diligencia. Los funcionarios que redactaron los informes contenidos en el mismo comparecieron en el juicio oral. La parte proponente pudo formular al funcionario correspondiente las preguntas que estimó oportunas.

4) Librar oficio a la Cadena Tele 5 al objeto de que se remita la grabación íntegra del programa matinal de Ana Rosa Quintana de 6 de junio de 2015: carece manifiestamente de fundamento.

5) Recabar del Instituto Nacional de Toxicología de Madrid informe sobre las causas de la muerte de Asunta. Obran incorporados a las actuaciones Informes periciales de INT de Madrid y Sevilla y del Instituto de Ciencias Forenses de USC, y del Instituto de Medicina Legal de Galicia sobre los extremos propuestos. En todo caso, los funcionarios que redactaron los informes estaban citados para el juicio oral, por lo que la parte proponente pudo formular las preguntas que estimó oportunas.

6) Artículos periodísticos sobre casos similares, concretamente, relacionados con el caso del "pederasta de Ciudad Lineal", a pesar de que ninguna proposición se realizó en el objeto del veredicto sobre los casos habidos en otras ciudades ni sobre la eventual participación en éste de alguno de los protagonistas de aquellos.

3. A la vista de lo que acabamos de exponer es patente que ninguna indefensión material se ha producido a la recurrente, la cual no precisa en qué aspectos ha resultado agraviada. En realidad la invocación de la indefensión es simplemente genérica e imprecisa, en tanto no se acreditó la privación o limitación, menoscabo o negación del derecho de defensa en un proceso público con todas las garantías.

Por todo ello el motivo debe declinar.

QUINTO.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 851.1º L.E.Cr., por quebrantamiento de forma, por manifiesta contradicción entre los hechos que se consideran probados y consignarse como tales conceptos que, por su carácter jurídico, implican predeterminación del fallo.

1. La recurrente en el desarrollo del motivo se limita a explicar que los hechos declarados probados tanto en la sentencia de fecha 11 de noviembre de 2015 dictada por el Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado como la sentencia de fecha 15 de marzo de 2016, que se recurre, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, incurren en vicio de predeterminación del fallo, sin que se desarrolle nada relacionado con la invocación de contradicción entre los hechos probados.

Los hechos predeterminantes la recurrente los concreta en los siguientes.

En la primera sentencia (11-noviembre-2015) se indica en hechos probados: "*Los acusados ...., de común acuerdo, suministraron repetidamente, desde al menos tres meses antes del fallecimiento, a su hija ... un*

medicamento que contenía lorazepam. .... El día 21 de septiembre de 2013, los acusados ...., puestos de común acuerdo para acabar con la vida de su hija .... suministraron una cantidad de medicamento que contenía lorazepam, ..., para posteriormente, cuando hiciera efecto, asfixiarla. .... los acusados .... asfixiaron a su hija ....".

En la sentencia de apelación de 15 de marzo de 2016 se reflejan como hechos probados que "*Los acusados .... suministraron repetidamente, desde al menos tres meses antes del fallecimiento, a su hija .... un medicamento que contenía lorazepam ...., y en ejecución de un plan acordado, Alfonso retiró en, al menos, tres ocasiones .... una cantidad de, al menos, 125 comprimidos de Orfidal .... El día 21 de septiembre de 2013, los acusados ....., puestos de común acuerdo para acabar con al vida de su hija ... comieron con ella .... y le suministraron .... lorazepam, necesariamente tóxico para posteriormente, cuando hiciera efecto, asfixiarla .... la acusada, Rosario Porto Ortega, para continuar la ejecución del plan preconcebido con el acusado Alfonso ...., asfixia a su hija ....*".

2. Los requisitos que esta Sala ha venido exigiendo para incurrir en este vicio procesal son los siguientes:

a) Que se trate de expresiones técnicamente jurídicas que definan o den nombre a la esencia del tipo aplicado.

b) Que tales expresiones, generalmente, sean asequibles a los juristas tan solo y no compartan su uso en el lenguaje común.

c) Que tengan valor causal respecto al fallo.

d) Que, suprimidos tales conceptos, dejen el hecho histórico sin base.

3. A la vista de tal doctrina ninguna predeterminación del fallo se detecta en los párrafos transcritos.

El relato está exento de cualquier término técnico solo asequible a expertos que sustituya la descripción fáctica que integraría una determinada calificación jurídica.

El juzgador al describir el hecho puede incluso incorporar terminología que el precepto reseñe, siempre que pueda ser entendida por la generalidad de las personas, sin omitir o sustituir los comportamientos enjuiciados por un concepto jurídico que los englobe.

En nuestro caso sería determinante afirmar que los acusados "asesinaron" a su hija. Se impone, por tanto, describir los actos causantes de la muerte, con la indefensión de la víctima, y después en una segunda fase calificar los hechos jurídicamente de asesinato.

El motivo no puede prosperar.

SEXTO.- En el correlativo ordinal, con amparo en el art. 851.3 L.E.Cr. se alega incongruencia omisiva por no haberse resuelto en la sentencia alguna de las pretensiones de la recurrente.

1. La recurrente nos explica que "como ya se dijo en innumerables oportunidades a lo largo del presente escrito ni el Tribunal del Jurado en primera instancia ni la Sala de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en vía de apelación realizaron análisis alguno de la cuestión explícitamente suscitada y propuesta por esta defensa en el escrito de conclusiones definitivas incorporado al acta del juicio oral, a saber, la actividad desarrollada por la Sra. Porto Ortega durante las horas que mediaron entre las 18,33 y las 21,40 horas del fatídico día 21 de septiembre de 2013.

2. No es de más hacer referencia a los requisitos exigidos por esta Sala para la prosperabilidad de un motivo de esta naturaleza.

Los requisitos o exigencias jurisprudenciales son las siguientes:

1. No resolución de una cuestión jurídica o pretensión de carácter sustantivo y no de hecho (ésta tendría encaje en la falta de claridad o bien al amparo del art. 849.2 L.E.Cr.).

2. Que las pretensiones hayan sido ejercitadas en tiempo y forma.

3. Que su resolución no resulte de modo directo o manifiesto, o bien de modo implícito o indirecto

3. Varias razones impiden acoger el motivo.

En primer término, conforme a lo dispuesto en el art. 267 L.O.P.J. y el art. 161 de la L.E.Cr., reformados por Ley 13/2009, resulta imperativo para la parte el planteamiento de la omisión una vez notificada la sentencia al objeto de completar la resolución en el punto omitido, evitando así una retroacción de las actuaciones con la producción de dilaciones indebidas. La recurrente perdió la oportunidad de haberlo planteado en su momento.

De todos modos las exigencias jurisprudenciales establecen de forma clara que los pronunciamientos omitidos han de referirse necesariamente a cuestiones jurídicas, y en el caso concernido la recurrente pretende un pronunciamiento sobre la existencia o no de un comportamiento (cuestión fáctica) la tarde del 21-septiembre-2013.

Item más, el Tribunal de Jurado se pronunció sobre este extremo para descartar, por incompatibles, los desplazamientos, varios, que sostuvo haber hecho Rosario Porto para justificar la actividad desarrollada por la misma entre las 18'33 y 21'40 horas del 21 de septiembre de 2013.

La prueba que descartaba las idas y venidas de la acusada entre la casa de Montouto y Santiago se sostenían en la prueba de reconstrucción de hechos de fecha 19-12-2013 (folios 332-341 del testimonio de Sala) y el testimonio del Guardia Civil W-48128-J que elaboró "los 4 TRACKS" y la versión consolidada de "POWER POINT".

Por lo expuesto el motivo ha de rechazarse.

SÉPTIMO.- En el último motivo denuncia, con carácter subsidiario, infracción del art. 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por incurrir el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en manifiesto error al apreciar y valorar la prueba.

1. Brevemente expuesto, para el supuesto de que se rechace el recurso por vulneración de los derechos a la presunción de inocencia y a la igualdad ante la ley, la recurrente denuncia, con carácter subsidiario y basándose en idénticos razonamientos, infracción del artículo 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por incurrir el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en manifiesto error al apreciar y valorar la prueba. La recurrente da por reproducidos los razonamientos establecidos en el segundo motivo de casación, añadiendo únicamente la referencia a algunas sentencias del Tribunal Supremo.

2. La invocación del art. 849.2º L.E.Cr., hace improsperable el motivo. El cauce procesal ya se utilizó en el motivo 3º, y en aquella ocasión se puso de manifiesto la ausencia total de los requisitos exigidos por la jurisprudencia de esta Sala. En el motivo se muestra la total discrepancia con la valoración probatoria hecha por el Tribunal Superior de Justicia.

A ese Tribunal Superior no competía llevar a cabo una valoración de material probatorio, sino controlar la corrección del proceso valorativo hecha por el Tribunal de Jurado, lo que hizo certeramente con adecuados argumentos y de forma exhaustiva, circunstancia que determina que la sentencia en lo concerniente a la recurrente sea confirmada en todos sus extremos, con desestimación del presente motivo y todos los demás articulados.

RECURSO DE ALFONSO BASTERRA CAMPORRO

OCTAVO.- El primer motivo lo articula por vulneración de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 L.O.P.J. y 852 L.E.Cr. al atacar el derecho a un proceso con todas las garantías que le asiste (art. 24.2 C.E.)

derivado de la inadmisión, en la sentencia de apelación, de hechos probados no considerados acreditados por el jurado (art. 70 LOTJ, a sensu contrario) por cuanto la sentencia de apelación declara probado un hecho cuarto, relativo a la existencia de un plan preconcebido entre el Sr. Basterra y la Sra. Porto, para que aquélla matase a su hija por sofocación, y le atara muñecas y tobillos con cuerdas, en los momentos próximos a su muerte, que no se contenía en la sentencia de instancia, y que ni tan siquiera fue votado por el Jurado, lo que excede la capacidad de revisión del Tribunal de apelación y en consecuencia, supone una vulneración del derecho del Sr. Basterra Camporro a un proceso con todas las garantías.

1. El motivo pretende que se deje sin efecto la introducción del nuevo hecho, absolviendo al Sr. Basterra, al haberse apreciado que la valoración de la prueba indiciaria realizada por el Jurado, vulneró el derecho a la presunción de inocencia, y subsidiariamente, devolviendo las actuaciones a la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de A Coruña, para la celebración de un nuevo juicio.

2. La queja formulada no puede prosperar, ya que el Tribunal Superior de Justicia al resolver un motivo planteado precisamente por el recurrente, afirmaba que a la vista de los hechos probados o inferencias deducidas y argumentos explicitados por el Tribunal de jurado no permitían sostener con contundencia y firmeza la participación material de los dos acusados en el momento exacto en que se produce la muerte por asfixia. Cierto que constituye una posibilidad que cuando el recurrente acompaña a la hija, al lugar donde había quedado con Rosario Porto para recogerla en el coche, pudo perfectamente subir al vehículo, pero las imágenes de las cámaras de la vía pública no permiten ver si en el asiento de atrás del vehículo se hallaba ocupado por el padre de la niña.

El Tribunal, en la labor de control así lo entendió en beneficio del recurrente, pero ello no le eximió de responsabilidad porque la actuación de

ambos acusados, fue desde el primer momento de "consuno". Y si las inferencias del Tribunal de jurado carecían de la entidad suficiente para asegurar la presencia en el lugar en el que se dio muerte a la niña ello no evita la existencia de la coautoría, dada la concertación existente entre ambos y su participación activa y esencial en el proyecto delictivo.

El suprimir ese dato del relato probatorio, al Tribunal Superior no le impidió reiterar la participación conjunta en el hecho criminal de ambos acusados, ya explicitada en otros apartados del relato probatorio.

En efecto en el factum se dice:

a) "los acusados Rosario Porto Ortega y Alfonso Basterra Camporro, **puestos de común acuerdo para acabar con la vida de su hija** (Hecho probado 2º).

b) "la acusada Rosario Porto, ese mismo día, **siguiendo el plan acordado con Alfonso Basterra Camporro** ...." (Hecho probado 3º).

La modificación introducida por el T.S.J., por tanto, se concreta exclusivamente al sujeto de la ejecución material del preciso acto de la asfixia sufrida por la víctima y causa inmediata de su muerte, al estimar -en su análisis del derecho a la presunción de inocencia- que la presencia del recurrente en la casa de Montouto constituye una inferencia o "razonamiento poco racional y por tanto incompatible con los criterios lógicos de la inducción asentada en hechos probados" (sic).

3. La reiteración de la participación conjunta y coordinada de los dos acusados en el desarrollo del plan criminal, restaba cualquier trascendencia jurídica a la autoría conjunta, ya que los jurados por unanimidad reputaron a Alfonso Basterra autor del asesinato de su hija, tales como la acción de suministrar fármacos en cantidad relevante para, según la pericial, determinar una afectación del sistema nervioso central que posibilite la posterior asfixia, ya que participó en la decisión en plano de igualdad con su esposa Rosario con aportación al hecho criminal de acciones esenciales en la

fase ejecutiva, sin que sea preciso -como tiene dicho esta Sala: S.T.S. 723/2014 de 30 de octubre- que "cada coautor ejecute por sí mismo todos los actos materiales integrantes del núcleo del tipo, pues a la realización de éste se llega por la agregación de las diversas aportaciones causales decisivas ....". "La consecuencia es que entre todos los coautores rige el principio de imputación recíproca que permite considerar a todos ellos autores de la totalidad del injusto típico con independencia de su concreta aportación al mismo" (véase entre otras, SS.T.S. 871/2012 de 31 de octubre, 170/2013 de 28 de febrero, 474/2013 de 24 de mayo, 129/2014 de 20 de febrero, 731/2014 de 31 de diciembre).

En este sentido ya la sentencia del jurado (fundamento jurídico 5º, in fine) insistía en la existencia de coautoría "desde el momento que los acusados, de común acuerdo, deciden acabar con la vida de su hija y para ello le suministran una cantidad muy elevada de lorazepan para poder después asfixiarla sin posibilidad de evitarlo por parte de la menor y ello con **independencia de que la acción última** (la asfixia) **hubiese sido ejecutada materialmente por los dos, o por uno de ellos de conformidad con el plan acordado**".

Efectivamente el suministro de gran cantidad del fármaco Orfidal, por parte del recurrente, de acuerdo con Rosario, facilitó sobremanera que una hora después aproximadamente, con suma facilidad y con solo obstruir unos pocos minutos las vías respiratorias de la menor se produjera la **muerte alevosa** de la misma.

La culminación del horrendo crimen se conseguía con el desprendimiento del cadáver, sobre cuyo extremo el recurrente insistentemente interesó la supresión de las preguntas al jurado que el Magistrado-Presidente inicialmente había proyectado formularle. Finalmente el Presidente acordó su supresión, ignorándose por tanto quién, cómo y en qué momento se trasladó el cadáver desde Montouto al lugar donde fue hallado.

Por lo expuesto el motivo no puede prosperar.

NOVENO.- En el segundo motivo el recurrente, con sede procesal en los art. 5.4 L.O.P.J. y 852 L.E.Cr. estima vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 C.E.) derivado del mantenimiento del secreto de las actuaciones desde el 27 de septiembre de 2013 hasta el 19 de octubre de 2013.

1. El recurrente en el fondo pretende la nulidad de la declaración de Rosario Porto, evacuada el 27 de septiembre de 2013, que accedió al plenario por la vía del art. 46.5 L.O.T.J., excluyendo del acervo probatorio tal prueba incriminatoria, y a su vez contribuir a establecer el presupuesto fáctico para la estimación de la circunstancia analógica del art. 21.7º, en relación al 21.6 (dilaciones indebidas).

2. La restricción a la publicidad de las actuaciones sumariales que la medida del secreto comporta ha sido reputada por el Tribunal Constitucional plenamente congruente con el derecho de defensa. La declaración del secreto de las actuaciones tiene por objeto evitar que las personas investigadas puedan interferir en la práctica de las pruebas y perjudicar así la acción de la justicia, a condición de que antes del juicio oral el material preprobatorio acumulado se ponga en conocimiento de la defensa con la antelación suficiente para articular su estrategia defensiva. En efecto, el secreto ha de alzarse antes de finalizar la investigación, con una antelación de al menos diez días, teniendo de este modo conocimiento las partes de lo actuado y la posibilidad de completar la investigación desde su propia perspectiva, con posibilidad de neutralizar los indicios en su contra (art. 302 L.E.Cr.).

Por otra parte la declaración objetiva del secreto y su posterior levantamiento tenía por finalidad averiguar si habían terceros implicados en los hechos, al existir, según informe policial científico, restos biológicos de

otra persona distinta de los acusados, posteriormente descartados, lo que justificaba la decisión judicial, aunque no fuera compartida por el recurrente.

3. Conforme a lo que acabamos de manifestar y dirigiendo nuestra atención al petitum del motivo, hemos de reputar conforme a derecho la declaración de Rosario Porto el día 27 de septiembre de 2013, en que se hallaba ya decretado el secreto del sumario, en tanto ésta fue prestada con las debidas garantías de contradicción, fue asistida de abogado defensor y efectuada ante el juez competente, con intervención del Mº Fiscal, que pudo además controlar la legalidad, ya que al Fiscal no afecta el secreto de las actuaciones.

Respecto a la consideración de presupuesto fáctico para la estimación de una atenuante analógica de dilaciones indebidas, nada tienen que ver las restricciones a la publicidad con la esencia de tal atenuación, revelándose la petición como insólita e inconsistente.

Por lo expuesto el motivo ha de declinar.

DÉCIMO.- En el tercer motivo el recurrente alega, -vía arts. 5.4 L.O.P.J. y 852 L.E.Cr.- vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías concretado en el derecho a un juez imparcial (art. 24.2 C.E.) durante la instrucción del procedimiento.

1. El impugnante precisa en el desarrollo del motivo aquellas situaciones que a su juicio el instructor incurre en falta de imparcialidad. Atribuye también tal vicio procesal al Mº Fiscal.

Consecuencia de tal queja interesa la nulidad de todas las diligencias de instrucción practicadas en el sumario, en particular que se declare viciada la declaración de la Sra. Porto Ortega del día 27/9/2013, que accedió al plenario por el trámite del art. 46.5 L.O.T.J. A su vez dicha vulneración debía actuar como presupuesto fáctico para la apreciación de la atenuante analógica de dilaciones indebidas (art. 21.7º, en relación al 21.6º C.P.).

2. La pretensión impugnativa, ya fue rechazada en su momento por el Magistrado-Presidente del jurado y confirmada tal decisión en el recurso interpuesto ante el Tribunal Superior como se comprueba en el auto de 9 de marzo de 2015, basándose como argumento principal en no haber hecho uso de la recusación, como instrumento primordial para preservar el derecho al juez imparcial.

Respecto a la pretendida intervención o interferencia del Mº Fiscal en los actos de instrucción no podemos olvidar el contenido de los arts. 306 y 319 L.E.Cr., entre otros, que atribuyen a los Fiscales la condición de inspectores directos de los sumarios y contribuyen con su intervención junto al instructor al mejor y más pronto esclarecimiento de los hechos.

Es cierto también que en las cuestiones relativas a la imparcialidad el T. Constitucional y el T. Europeo de los Derechos Humanos, vienen declarando que las apariencias son muy importantes, ya que está en juego la confianza que los Tribunales deben inspirar en una sociedad democrática, aunque también es cierto, que no es suficiente con levantar sospechas sobre su imparcialidad sino que hace falta que se produzca el examen caso a caso para ver si las sospechas que puedan surgir en la mente del denunciante tienen consistencia, son objetivas y se hallan justificadas, toda vez que la imparcialidad de los Tribunales se presume, de suerte que su pérdida debe ser probada, no bastando con su sola alegación.

Por último y como argumento definitivo desde la óptica de la denunciada vulneración de derechos fundamentales el principio de contradicción que inspira el proceso se preserva en todo momento, especialmente durante las extensas jornadas en que se desarrolló el juicio, en el que las defensas actuaron sin limitaciones o cortapisas, por lo que no produciéndose la infracción denunciada el motivo debe decaer.

DÉCIMO PRIMERO.- En el motivo 4º, y con amparo procesal en los arts. 5.4 L.O.P.J. y 852 L.E.Cr., denuncia una vez más vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, consecuencia de la incorporación a juicio, por el trámite del art. 46.5 L.O.T.J. del testimonio de la declaración prestada por Rosario Porto en fase de instrucción, el 27 de septiembre de 2013, por supuestas contradicciones sobre preguntas referidas a Alfonso Basterra.

1. El recurrente, sin cuestionar la existencia de contradicción entre la declaración prestada por Rosario Porto en fase de instrucción, el 27/09/2013, y la prestada en el acto de juicio oral, aduce la ilegalidad de la incorporación de la referida declaración al plenario, por no haber sido prestada con las debidas garantías de defensa de la Sra. Porto Ortega y especialmente, de contradicción por la defensa del Sr. Basterra, a quien perjudicaba, al haber sido evacuada mientras la causa se hallaba secreta. Invoca que la incorporación de la declaración vulneró el derecho del recurrente a un proceso con todas las garantías, debiendo retrotraerse las actuaciones al momento previo a tal decisión y, en consecuencia, procedería la repetición del juicio, o subsidiariamente habrá de constituir el presupuesto fáctico para el reconocimiento de la atenuante del art. 21.7º del C. Penal.

2. El motivo carece de fundamento atendible ya que el art. 46.5 L.O.T.J. prevé y autoriza la incorporación del testimonio de la declaración al plenario cuando existe contradicción entre la declaración judicial prestada en fase de instrucción y lo manifestado en el juicio oral. Se trataba de dejar claro si la niña había dicho a la madre que era el recurrente quien le había dado unos polvos el 18-9-2013, determinantes de unos supuestos mareos del mes de julio o no hizo tal imputación.

Realmente el testimonio judicial prestado por la Sra. Porto tuvo lugar con plena acomodación a la ley a presencia del letrado de la declarante y la intervención del Mº Fiscal, garante de la legalidad. Tras alzarse el secreto

del sumario, la defensa del recurrente ha podido contradecir tal testimonio en todo aquello que tuvo por conveniente. Incluso el 28 de noviembre de 2013, antes del juicio oral, Rosario Porto declaró de nuevo ante el juzgado de instrucción en presencia de todas las partes, incluida la letrada del recurrente.

El Tribunal de jurado, de conformidad al art. 714 L.E.Cr., pudo inclinarse ante tal contradicción por la versión que estimase más veraz, haciéndolo justificadamente por la primera declaración, sin duda más espontánea y menos aleccionada que la prestada en el plenario, que tuvo más de dos años para preparar.

En conclusión y recapitulando podemos afirmar que tanto la primera declaración sumarial como la ampliatoria fueron prestadas en legal forma e introducidas en el plenario en condiciones que permitieron a la defensa del recurrente someterlas a contradicción.

El motivo ha de rechazarse.

DÉCIMO SEGUNDO.- Con igual sede procesal que en los motivos precedentes (art. 5.4 L.O.P.J. y 852 L.E.Cr.) en el 5º, alega vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 C.E.).

1. Se cuestiona la validez otorgada por el jurado a la declaración de la coimputada, por entender que no era susceptible de integrar prueba de cargo, cuando en realidad se cita en el veredicto como una de las pruebas que tuvo en consideración el jurado para declarar probado el apartado primero del factum. Es en realidad la única declaración -según el recurrente- en la que se afirma que la niña manifestó que había sido Alfonso Basterra quien le había dado los polvos blancos que le producían somnolencia.

Por otra parte, el recurrente entiende que la declaración de un coimputado, para constituir prueba, susceptible de enervar la presunción de inocencia, es necesario que sea corroborada o avalada por algún hecho, dato o

circunstancia exterior de carácter objetivo, como apunta una línea jurisprudencial consolidada.

A su vez resulta plenamente razonable -sigue diciendo el recurrente- que para la Sra. Porto era importante evadir la eventual responsabilidad sobre la imputación que se le hacía y que lo fácil era desviarla hacia el Sr. Basterra en un claro ánimo exculpatorio.

Consecuencia de todo ello será la inhabilidad de dicha declaración para constituir prueba de cargo contra el recurrente, por lo que las actuaciones deberán devolverse a la Audiencia Provincial de La Coruña para la repetición del juicio ya que no es posible en esta instancia casacional efectuar una nueva valoración de la prueba en ausencia de inmediación.

2. El motivo viene a ser una repetición o insistencia del anterior, ahora desde el punto de vista de la eficacia objetiva de la prueba.

Consiguientemente deberá comprobarse a efectos de validez constitucional si dicho testimonio es la única prueba de cargo para declarar probado el apartado 1º del factum, y si existe una corroboración mínima a partir de otros hechos, datos o circunstancias externas ajenos a la misma. La corroboración no es preciso que sea plena, bastaría y sería suficiente que fuera "mínima".

En nuestro caso el testimonio de la Sra. Porto sobre la respuesta de la hija acerca de la persona que le suministraba los polvos blancos, estaba corroborada por los siguientes datos probatorios:

1) La declaración de profesores de Asunta en el juicio oral, atestiguando que vieron mareada a la niña, como “drogada”, dos diferentes días del mes de julio, el 9 y el 23, y afirmando:

a) La testigo Sra. Bárbara Kataryna, profesora de la Escuela de altos estudios musicales, nos dice que el padre llevó a clase a su hija y "contó que la niña había tomado antihistamínicos y estaba drogada".

b) Las declaraciones, sobre el mismo episodio del día nueve de julio, de la Sra. Elina Viksne: "que la trajo Alfonso, quien le refirió que ese día había dormido en su casa; que Asunta estaba drogada por la ingesta de antihistamínicos por lo que era normal el estado en que se encontraba".

c) La Sra. Bello Juanatey de la academia Play: "que va voluntariamente a la Guardia Civil cuando se entera de la muerte de la niña y cuenta lo ocurrido el día 23 de julio: que la niña, llevada por su padre, estaba como dormida".

d) Doña María José Pampano López: que la alumna le comentó que no sabía lo que le estaban dando; que el día anterior faltó porque llamaron diciendo que la niña se encontraba mal, con alergia; que le dieron unos polvos que sabían fatal, que llevaba durmiendo no sabía cuántas horas, como un día y medio y que manifestó: “yo no tengo alergia, nadie me quiere decir la verdad ”.

2) El día 18 de septiembre en que la niña sufre otro episodio de mareo con vómitos se encuentra, ya por la mañana, con su padre como se desprende de los mensajes telefónicos obrantes a los folios 967, 968, 969, 1001 y 1002 del Tomo 3 y de las declaraciones de Carmen Amarelle.

3) Los registros farmacéuticos demuestran la adquisición de Orfidal en grandes cantidades -ciento veinticinco pastillas- por Basterra Camporro, que lo admite, los días 5 y 17 de julio de 2013, si bien la receta electrónica la presentó el 22 y el 16 de septiembre (la receta era del Dr. Touriño).

Es decir, no solo es Alfonso Basterra quien compra y hace acopio del Orfidal que suministraban a Asunta, sino que tiene consigo a la niña los días en que ésta aparece mareada, es decir, el 9 y 23 de julio y 18 de septiembre de 2013.

En conclusión, el Jurado no ha valorado con exclusividad la declaración de la coimputada, sino que la misma es complementada por otras pruebas que le sirven de soporte ratificador, con lo que no se produce la

infracción denunciada a través del presente motivo de recurso, que deberá desestimarse.

DÉCIMO TERCERO.- Con amparo procesal en los arts. 5.4 L.O.P.J. y 852 L.E.Cr., en el motivo sexto el recurrente alega vulneración de los derechos a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías, derivado de la práctica de las pruebas periciales en juicio por un solo facultativo, pese a tratarse de pericias no reproducibles en juicio y practicadas en su momento sin intervención de las partes (art. 459 y 471 L.E.Cr.).

1. El recurrente ataca en concreto la validez probatoria de periciales realizadas y emitidas por un solo perito (D. Javier Ponte Ortega, técnico de Antega); o realizadas por dos, pero practicadas en juicio por uno solo de los peritos (levantamiento de cadáver y autopsia), por imposibilidad de comparecencia de la segunda perita interviniente en ambos casos, a causa de enfermedad grave; por entender que pese a que los técnicos intervinientes pertenecían a un organismo oficial, no se cumplía el presupuesto de que la elaboración del dictamen lo fuese por un equipo de investigación. Se cuestiona especialmente, tal validez, cuando dichas pruebas periciales no eran reproducibles en juicio y se practicaron sin dar intervención a las partes.

De forma puntual para el recurrente tenían una especial transcendencia el "**levantamiento de cadáver**", sobre la detección en la camiseta de la occisa de manchas que podían ser de semen, y la prueba de "**autopsia**", en este último caso en los extremos relativos a la causa de la muerte y a la data de la misma.

A juicio del recurrente en este caso los técnicos profesionales del organismo no consta que actuaron en equipo distribuyéndose las funciones, por lo que no sería de aplicación el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de

esta Sala de 23-2-2001, que equiparan el informe emitido por un Perito oficial, al realizado por una pluralidad de técnicos.

Junto a tales razones impugnativas cabe añadir que a los acusados les fue imposible la intervención en las pericias, porque no habían sido todavía imputados, al desconocerse la autoría de la muerte violenta de la menor.

Por todo ello el recurrente interesa la declaración de nulidad de tales medios probatorios y la retroacción de las actuaciones al momento en que fueron introducidas en juicio, lo que supone la repetición completa del mismo.

Tal vulneración del derecho de defensa debe actuar, a su vez, como presupuesto fáctico de la atenuante analógica de dilaciones indebidas.

2. Basa y centra el recurrente el motivo en la incomparecencia a juicio de uno de los dos peritos que realizaron y firmaron las diligencias de levantamiento del cadáver y autopsia, la Dra. Pérez Albéniz del Val del Instituto de Medicina Legal de Galicia (IMELGA) por imposibilidad sobrevenida a causa de enfermedad grave, como consta en autos. No se ha incumplido, como oportunamente declaró el Tribunal Superior lo dispuesto en el art. 459 de la LECRIM ya que dicha perita perteneciente al IMELGA, fue una de los médicos especialistas que realizaron y firmaron el Informe de autopsia con el Dr. Blanco Pampín, que compareció en juicio; y también uno de los dos peritos del IMELGA, que junto con la Dra. Lacalle Blanco intervino en el levantamiento del cadáver, y también declaró en juicio. En todo caso, la Sra. Pérez Albéniz firmó el Informe de autopsia y la diligencia de levantamiento del cadáver con los otros peritos firmantes, sin matización ni discrepancia alguna.

La incomparecencia en juicio oral de la Dra. Doña Carmen Pérez de Albéniz fue debida a razones de salud, enfermedad grave, como consta justificado en el folio 1227 del rollo de la Sala. De esta situación que afectaba a la perito se dio traslado a todas las partes por Providencia de fecha 29/09/2015 que fue evacuado como consta en las actuaciones:

- Folio 1289: Consta la renuncia de la representación de Rosario Porto a la declaración de la perito Sra. Pérez de Albéniz.

- Folio 1294: Consta la renuncia expresa de la representación de Alfonso Basterra a la pericial conjunta de la perito Sra. Pérez de Albéniz y del perito Sr. Blanco Pampín.

En el acto del juicio oral, nadie solicitó la comparecencia de la perito otro día, ni la suspensión de la declaración de los otros para que depusieran juntos.

Es reiterada y constante la doctrina sentada por esta Sala de que la dualidad de peritos prevista en el art. 459 L.E.Cr. está orientada a obtener una mayor fiabilidad del dictamen, pero no posee carácter esencial y no es requisito de validez de la prueba, como se desprende claramente de la dicción literal del art. 459 L.E.Cr.

3. En nuestro caso, en los supuestos en que compareció un solo perito al juicio oral fue sometido a contradicción, siendo interrogado sin cortapisas por las partes, por lo que no aparece la producción de indefensión alguna en el recurrente.

Por otra parte, resulta lógico, que no fuera posible la intervención inicial de los recurrentes en la pericia, ya que al momento del levantamiento del cadáver y posterior autopsia se desconocía cuál o cuáles fueran los posibles autores de la muerte violenta de la niña.

Por último, las pericias cuestionadas fueron reforzadas por dos circunstancias:

a) Porque fueron complementadas por otros dictámenes emitidos de diferentes expertos sobre las autopsias, sumándose al dictamen de los médicos especialistas del IMELGA, como es el caso de los técnicos de AMTEGA, de la Universidad de Santiago y La Coruña, del Instituto Nacional de Toxicología, y de los laboratorios de la Guardia Civil.

b) El dictamen básico emitido por IMELGA, lo es, además, por un organismo público oficial, en el que indudablemente no se descartan la colaboración en la realización de actividades de laboratorio, de los funcionarios que lo integran.

Por todo ello el motivo no puede prosperar.

DÉCIMO CUARTO.- Amparado en el art. 850.1º L.E.Cr., en el motivo 7º, el recurrente alega quebrantamiento de forma por denegación de diligencias de prueba propuestas en tiempo y forma, habiéndose formulado la oportuna protesta.

1. El recurrente cuestiona la desestimación por el TSJG de su alegación acerca de la improcedencia de la inadmisión por el Magistrado-Presidente, de dos pruebas propuestas por su defensa para su práctica en el acto de juicio, ya propuestas en trámite de cuestiones previas, que son: la incorporación como documental de artículos periodísticos sobre el "secuestrador de Ciudad Lineal"; y la práctica de una inspección ocular por parte del Tribunal del lugar donde fue hallado el cadáver de la menor fallecida. Alega y desarrolla la parte las razones por las que entiende la pertinencia y relevancia de las pruebas inadmitidas e injustificada la desestimación del motivo por el Tribunal Superior, interesando se retrotraigan las actuaciones y se repita el juicio, o, subsidiariamente el reconocimiento de la atenuante analógica de dilaciones indebidas por vulneración del derecho del Sr. Basterra a un proceso con todas las garantías y a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa.

2. Sobre esta cuestión es necesario recordar una vez más que el artículo 24.2 C.E. no atribuye a las partes un derecho ilimitado y a que se admitan y practiquen todas las pruebas interesadas, sino solo aquellas que, propuestas en tiempo y forma, sean lícitas y pertinentes, relevantes, necesarias y posibles (STC 70/2002, de 3 de abril y F.J. primero de la STS 271/2015, de

12 de mayo). Esta última sentencia también establece que: "Cuando el examen de la cuestión se efectúa en vía de recurso ... la queja solo podrá ser estimada cuando en función de las características del caso concreto, según resulta de todo lo ya actuado, su práctica podría suponer la adopción de un fallo de contenido diferente".

Por todo ello el reconocimiento de la relevancia constitucional del derecho a la prueba no desapodera al Tribunal competente de su facultad para valorar en cuanto a su admisión, la pertinencia de las pruebas propuestas rechazando las demás (art. 659 y concordantes de la L.E.Cr.).

3. En lo que respecta a la incorporación como documental de artículos periodísticos sobre el "secuestrador de Ciudad Lineal", no alcanza a comprender esta Sala de casación la relevancia que pueden tener unos artículos periodísticos sobre el secuestrador de Ciudad Lineal, ante la falta de conexidad con los hechos enjuiciados en el caso Asunta. Además, no explica la defensa por qué el autor de aquellos hechos tenía algo que ver con este asunto, ni aporta el más mínimo dato, no solo sobre la permanencia del secuestrador en Galicia, sino tampoco si tuvo acceso alguno a la víctima o la más mínima relación con la misma o sus padres, ni se realizó ninguna proposición en el objeto del veredicto sobre los casos habidos en otras ciudades ni sobre la eventual participación en éste de alguno de los protagonistas de aquéllos.

4. En cuanto a la inspección ocular del lugar donde apareció el cadáver de Asunta, baste recordar que la inspección es ajena a la ejecución del delito y por tanto, nada aporta al hecho en sí del asesinato, sino al posterior de deshacerse del cadáver de la niña. No sabemos qué luz puede arrojar sobre la muerte de Asunta, dos años después de acontecidos los hechos, otra inspección del lugar en tiempo y condiciones distintas y probablemente bajo distintas circunstancias físicas del terreno. En todo caso, fue inadmitido y

fundamentada la inadmisión, como explicó el Magistrado Presidente por Auto de 12 de mayo de 2015.

En efecto, el Jurado dispuso de abundante prueba testifical, documental y videográfica que constatan y reproducen las condiciones de luminosidad de la pista forestal en que se encontró el cadáver, entre las que cabe destacar:

1) Atestado N° 2013-100975-00000118 de la Dirección General de la Guardia Civil, UOPJ de La Coruña, sobre condiciones meteorológicas y de luminosidad del día 21.09.2013 en la pista forestal en que se halló el cadáver de la víctima (Folios 250-251 del testimonio de Sala).

2) Vídeo de reconstrucción de condiciones de luminosidad de la pista forestal en que se halló el cadáver (Pieza de convicción 25.3).

3) Declaraciones en el plenario de todos los guardias civiles que estuvieron en la pista forestal la noche en que apareció el cadáver y la noche en que efectuó la reconstrucción de condiciones de luminosidad de la pista.

Por último, hemos de manifestar que, sobre la perspectiva material, en el recurso no se precisa nada sobre la indefensión generada por las decisiones judiciales sobre medios de prueba concretos, que resultasen inadmitidos. En tal sentido, la invocación de indefensión es simplemente genérica e imprecisa.

El motivo ha de rechazarse.

DÉCIMO QUINTO.- En el motivo octavo el censurante al amparo del art. 850.3º y 4º L.E.Cr. (quebrantamiento de forma) alega que el Magistrado-Presidente del jurado se negó a que algunos testigos contestaran a preguntas de manifiesta influencia en la causa y que se declararon impertinentes, sobre cuyo extremo se formuló la pertinente protesta.

1. Las preguntas formuladas y no respondidas se referían a los siguientes particulares:

a) Las realizadas al técnico de policía judicial de la Guardia Civil, sobre el orden en que habría sido despositado en la papelera de la casa de Teo (Montouto), el trozo de cuerda naranja hallado en su interior, respecto a los restantes objetos encontrados en la misma, o sobre la forma en la que se hallaba colocado el rollo del que presuntamente procedía tal trozo, en la despensa de la vivienda.

b) Las realizadas al técnico del mismo Cuerpo, encargado del análisis de las grabaciones efectuadas por las cámaras existentes en las inmediaciones del domicilio de ambos acusados, y del trayecto probable desde dichos domicilios a la casa de Montouto, acerca de las maniobras o recorrido que habría tenido que realizar el Sr. Basterra Camporro la tarde del 21/09/2013, para salir de su domicilio, sin ser registrado por ninguna de dichas cámaras.

c) En el desarrollo del motivo añade la inadmisión de ciertas preguntas formuladas al Sr. Cerón Jaramillo.

La consecuencia de tales vulneraciones ha de determinar la retroacción de las actuaciones y repetición del juicio, o subsidiariamente el reconocimiento como presupuesto de hecho de la atenuante analógica de dilaciones indebidas por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías.

2. Del análisis de la causa se advierte que ninguna pregunta de las formuladas se le denegó por el Tribunal de jurado a las defensas. Cosa distinta es que el testigo no contestase en los términos esperados por la defensa.

Así al agente J-45829-P, a la hora de establecer el orden de los objetos, hallados en la papelera, afirmó que recuerda perfectamente que "estaba todo muy enmarañado", luego, si solo recuerda eso, ninguna precisión más cabe sobre la cuestión.

Respecto al agente W 48128-J, al ser preguntado sobre la posibilidad de salir de su casa el Sr. Basterra sin ser advertido por las cámaras

existentes en la vía pública el agente respondió, que sabiendo la existencia de las cámaras y su localización es posible salir de la casa sin ser grabado. En particular responde que ello se consigue "cruzando la calle", "si cruza la calle y gira hacia Puente Castro, a la derecha, ya no lo verían las cámaras".

Por otro lado modificado el factum por el Tribunal Superior, las preguntas en la actualidad carecen de sentido, al haberse entendido que no se ha acreditado suficientemente que la tarde en que se dio muerte a la menor, el recurrente estuviera en la casa de Montouto.

No se ha descartado en el factum que no estuviere allí, sino que no se ha acreditado con suficiente prueba su presencia, y en la duda (en aplicación del derecho a la presunción de inocencia y del principio in dubio pro reo) el Tribunal Superior ante un recurso del ahora recurrente alteró el factum en el sentido dicho.

3. También estuvieron justamente denegadas las preguntas formuladas al testigo Sr. Cerón Jaramillo, por las siguientes razones:

a) En el interrogatorio la defensa trataba al testigo como un acusado, cuando después de una exhaustiva investigación y de una anterior imputación se dictó auto de fecha 2 de abril de 2014, de sobreseimiento y archivo definitivo de la causa con relación al mismo, auto que fue confirmado por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de La Coruña.

b) A mayor abundamiento se practicó en el plenario la prueba del interrogatorio de testigos Ramiro Cerón Jaramillo, Marlen Azlate Cerón, Diana Carolina Montesdeoca Peláez, Luz Adriana Londoño García, Andrés Felipe Muriel Valencia, Renato Briato Gallar y Álvaro de Santos Prieto, que prestaron declaración el día 8 de octubre de 2015, (Vídeos 7° y 8° del DVD 2) los cuales afirmaron la presencia en la localidad de Arroyomolinos del Sr. Cerón Jaramillo el día 21 de septiembre de 2013 y en el restaurante "La Tranquera" de Madrid cenando la noche de ese mismo día. Tal versión se encuentra corroborada por las siguientes pruebas:

1) Informe pericial de fecha 19.02.2013 (Folios 728-737 del testimonio de Sala) y declaración del perito que elaboró dicho informe prestada en el acto de juicio, respecto de las fotos tomadas del Sr. Cerón Jaramillo y sus acompañantes en el restaurante "La Tranquera" la noche del 21 de septiembre de 2013.

2) Ticket y comanda del restaurante "La Tranquera" del día 21 de septiembre de 2013 (Pieza de convicción número 15.1).

3) Oficio N° 2175 de la Dirección General de la Guardia Civil, UOPJ de La Coruña, adjuntando el tráfico telefónico del "móvil" del Sr. Cerón Jaramillo el día 21 de septiembre de 2013 (Folios 1016-1026 y 1334-1344 del testimonio de Sala) constatando que todos sus posicionamientos son en Madrid, y bajo la influencia del repetidor R-5 Peaje Arroyomolinos entre las 19:43 y las 19:47 horas.

Por todo ello el motivo debe claudicar.

DÉCIMO SEXTO.- Con base procesal en los arts. 5.4 L.O.P.J. y 852 L.E.Cr. en el noveno motivo denuncia vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 C.E.), por inexistencia de suficiente prueba indiciaria.

1. El recurrente cuestiona en esta queja la existencia de prueba indiciaria válida para enervar la presunción de inocencia respecto de su responsabilidad en la administración de lorazepam a su hija, así como en su conocimiento, consentimiento y participación en el plan para causar su muerte. Plantea al Tribunal de casación tres cuestiones, a saber: 1) si la valoración realizada por el TSJG respecto de la intervención de Alfonso Basterra en un plan preconcebido con Rosario Porto para causar la muerte de su hija, además de extralimitar sus competencias, vulnera en sí misma la presunción de inocencia del Sr. Basterra, por inexistencia de prueba indiciaria; 2) si todos los hechos que finalmente se consideran probados, también los de

la sentencia de instancia que el Tribunal de apelación confirmó, vulneran tal presunción por el mismo motivo; 3) El jurado omitió y el T.S.J.G. lo convalidó, hechos que constituían relevantes contraindicios, en concreto el Tribunal Superior, ha omitido la explicación del distinto papel jugado por ambos padres en la proyectada muerte de su hija y por qué el recurrente eludió hallarse presente en la fase última de la ejecución delictiva, cargando la acusada con todo el peso de ejecutar la muerte y trasladar el cadáver al lugar donde fue hallado. Tras afirmar que los indicios con los que el Jurado primero, y el Tribunal de apelación después, construyeron la prueba indiciaria de la culpabilidad del recurrente, no cumplen los requisitos de hallarse plenamente probados, quebrándose la inferencia que se realiza en base a los mismos, que no se siguen de manera natural y lógica, interesa que el Tribunal de casación concluya que no existe prueba de cargo válida para enervar la presunción de inocencia del Sr. Basterra y casando la sentencia, declare la absolución del recurrente.

A continuación en el desarrollo del motivo pone en entredicho algunas circunstancias o situaciones que se daban por acreditadas degradando o no aceptando los indicios o las consecuencias que de ellos se derivan. Son tres extremos referidos a las siguientes materias:

I) No resulta acreditado que el Sr. Basterra hubiere administrado lorazepam a su hija en los tres meses previos a su fallecimiento o fuese conocedor de que se le estaba administrando tal fármaco.

II) Niega que el Sr. Basterra hubiera administrado lorazepam a su hija el día de su muerte o tuviere conocimiento que la Sra. Porto lo hubiera hecho.

III) No resulta probado que el recurrente hubiera viajado a la casa de Montouto esa tarde, con intención de matar a la niña conjuntamente con la Sra. Porto Ortega.

2. En el caso concernido existió abundante prueba indiciaria de carácter incriminatorio, que acreditó suficientemente los hechos de los que se derivaba la comisión del delito imputado.

El fundamento jurídico 3º de la sentencia del Tribunal Superior describe hasta 31 indicios, todos ellos concordantes, coherentes, unidireccionales y convergentes, los cuales no han sido enervados por contraindicios, que se refuerzan entre sí y que permiten obtener un juicio inferencial razonable, entendiendo por tal racionalidad "el enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano".

El cometido de esta Sala casacional no es otro que comprobar que el control de racionalidad verificado por el Tribunal Superior ha sido correcto y adecuado, exteriorizando los hechos o indicios que consideró acreditados el Tribunal de jurado, explicando el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia, y finalmente llegar al convencimiento de que ese razonamiento se halla asentado en las reglas del criterio humano o de la experiencia común, o dicho en otros términos, que tiene su apoyo en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes.

En nuestro caso el jurado por un lado motivó sucintamente su decisión, como así consta en el acta de deliberación y veredicto, entendiendo acreditados cada uno de los extremos sometidos a su consideración y por su parte el Magistrado-Presidente efectúa el engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia.

3. En el desarrollo del recurso, el recurrente discute con carácter general la existencia y realidad de los hechos probados en la resolución recurrida, lo que le estaba vedado por la vía casacional elegida, conforme a lo dispuesto en el art. 897.3 LECrim., y realiza una interpretación personal del resultado de las pruebas practicadas, discrepando de la sentencia dictada, con

pretensiones de sustituir el criterio imparcial del Tribunal "a quo", obtenido de la apreciación en conciencia de las pruebas habidas, por su propia y necesariamente interesada valoración de la prueba, e infiriendo de las mismas una resultancia fáctica divergente de la aceptada por el veredicto del Jurado confirmado por la sentencia de apelación.

No se trata de que el T. Superior y esta Sala de casación ponderen la valoración del Tribunal sentenciador conforme a criterios de calidad y oportunidad, sino de controlar que la sentencia de instancia ha respetado la presunción de inocencia, sin invadir las facultades valorativas de ese Tribunal y sin que sea posible sustituir la apreciación valorativa realizada por aquél de los indicios y contraindicios, sino, insistimos, nuestra función procesal como órgano jurisdiccional superior, es comprobar la racionalidad del proceso deductivo, según el cual, dicha valoración conduce a acreditar el hecho consecuencia. Esta Sala ha acudido en alguna ocasión a criterios interpretativos, referidos a la seguridad de la inferencia, aludiendo a la probabilidad estadística que se presenta como probabilidad determinante.

El Tribunal Superior, ha considerado con fundamento que aunque no haya podido pormenorizarse por entero la intervención del recurrente en el hecho, ha llegado al convencimiento de que éste participó en plano de igualdad con la acusada, sin datos que abonen una intervención subordinada en la decisión, aportando al hecho criminal acciones relevantes en su fase ejecutiva (momento antes de la muerte).

En todo ello nos remitimos al fundamento jurídico 7º de la recurrida, en el que se explicita de forma concreta, completando los argumentos del fundamento 3º, los elementos probatorios de cargo (indicios incriminatorios) que justifican la participación desplegada por el acusado en el hecho criminal junto a Rosario Porto, diseñando y ejecutando actos propios del plan ideado al efecto.

Así, compra las cajas de Orfidal, tiene consigo a la niña los días en que ésta aparece mareada -9 y 23 de julio y 18 de septiembre-; no hace nada para diagnosticar la posible enfermedad causante de la descoordinación; echa la culpa a su madre a quien responsabiliza de la administración de antihistamínicos o de darle "polvos blancos"; afirma que lo más que le da a la niña es un "flis flis" en la nariz; no denuncia el confuso intento de dar muerte a Asunta en la noche del 5 de julio; también acompaña a su hija en la comida y sobremesa del día 21 de septiembre cuando se produce la ingesta tóxica de lorazepam según las pruebas médicas; está después con ella, instantes antes de que suba al coche de su madre para ir a la casa de campo; conoce los efectos del medicamento en su hija; vierte afirmaciones sobre la insanidad física de su hija, precisamente en las vías respiratorias, etc.

4. Descendiendo a los tres apartados que de forma específica analiza el recurrente, hemos de anticipar que los señalados en los epígrafes I) y III), no ofrecen dificultad, aunque alguna atención merecerá el segundo (II).

No plantea ninguna cuestión el primer apartado porque sobre el suministro a la menor de lorazepam durante los tres meses previos a la muerte, el acusado parte de negar, nada menos, que ocho indicios incriminatorios (páginas 47 a 54 del recurso) de los que tanto el Tribunal de jurado como el de apelación analizan y asumen en su valor incriminatorio. El recurrente lo único que hace es dar su explicación o valoración personal e interesada, usurpando la potestad exclusiva y excluyente del Tribunal sentenciador para realizar tales valoraciones probatorias. Además persiste en afirmar, a pesar de los juicios científicos y testificales en contra, que la niña **padecía alergia** y que el suministro de medicamentos era de la clase de **antihistamínicos**. Pues bien, ni en la autopsia, ni en las demás pruebas clínicas aparece rastro alguno del suministro de ningún antihistamínico, y ninguna alergia que justificara la ingesta de lorazepam se le había diagnosticado, y ningún médico se lo había recetado.

Sí se revela, por el contrario, una voluntad conjunta y persistente de las partes de propagar la idea de que la niña padecía alergia, que nunca pudieron apreciar su madrina o la doméstica Sra. Amarelle, ni la propia niña, que llegó a decir que ella no tenía alergia y que sus padres no querían decirle lo que tenía.

Pareciera que resultaba de interés a los acusados propagar la "especie" de que la niña padecía de alergia, a la vista del desenlace final, reflejo de unos propósitos iniciales. El Tribunal siendo conocedor de que un ataque de alergia en casos especiales podría producir la muerte por asfixia de la niña, fomenta este estado de opinión, entre las personas próximas a Asunta.

Las pruebas científicas de autopsia descartan la presencia de antihistamínicos y las demás pruebas cualquier padecimiento de alergia. La persistencia en el recurso de casación en sostener una tesis descartada por el Tribunal de jurado, y confirmada por el Superior de Justicia a quienes compete la valoración y control de las pruebas, descalifica la alegación.

Por otra parte y en relación al extremo II) relativo al desplazamiento del recurrente la tarde del 21 de septiembre de 2013 a Montouto, carece de sentido al haber alterado el factum el Tribunal Superior, descartando jurídicamente tal posibilidad en beneficio de la presunción de inocencia, independientemente de que de facto pudiera o no haber estado el recurrente en tal lugar.

5. Merece una especial atención el tercer apartado (III) del recurso sobre la administración de lorazepam por parte del recurrente precisamente el día de la muerte de la niña que supuso su aportación a la ejecución del hecho.

A ello se une una incongruencia añadida, que no planteó de forma directa o específica el acusado pero que el Tribunal se ha cuestionado, cual es, si es correcta la cantidad estimada de fármaco ingerido el día de autos (27 pastillas de 1 miligramo), y si con esa ingesta la niña sería capaz de caminar,

como evidencian los vídeos con los que contó el Tribunal, en los que se le observa deambular con normalidad por la calle.

Ante tal duda, el art. 899 L.E.Cr., otorga al Tribunal Supremo la posibilidad de acudir a los autos, en este caso para asegurarse de los términos y alcance del porcentaje de fármaco ingerido, según la prueba pericial de las peritas del Instituto de Ciencias Forenses de la Universidad. En ausencia de acta que explicite dicho extremo ha sido necesario acudir a la videograbación del juicio y la emisión del dictamen en el juicio oral (Discos 1 y 2; vídeo 40).

Sobre ello tenemos que partir de varios hitos secuenciales debidamente probados:

A) El día del luctuoso suceso (21-9-2013) la niña y sus padres estuvieron comiendo en casa del padre. La comida no fue antes de las tres de la tarde (15 horas). Rosario reconoce que llega a casa de su marido a las 2'45 horas, y traía los huevos para cocinar un revuelto de champiñones, comida que no pudo concluir el recurrente hasta que llegó Rosario.

B) La niña salió de casa del padre sobre las 17'21 horas (cámara de Bankia), y caminaba con normalidad. Consiguientemente en el margen horario que media entre las 3 y las 5'21 los tres estuvieron comiendo juntos en casa del recurrente, el cual hizo la comida.

C) Sobre **hora de la muerte** los hechos probados la fijan entre las 18'33 horas en que accedió a la vivienda de Montouto, y como tope máximo las 20 horas. Este último es absolutamente coincidente en todos los dictámenes periciales (informe de autopsia, dictamen del Instituto Nacional de Toxicología, Informe del Instituto de Ciencias Forenses). Para ello se tuvieron en cuenta datos o premisas contundentes como el proceso de digestión y el contenido gástrico habido en el aparato digestivo de la menor.

D) El tiempo transcurrido desde la ingesta -fuera única o en tomas sucesivas-, hasta la muerte fue de 3 a 4 horas o "incluso un poquito más". Lo dice el Instituto Nacional de Toxicología, el informe pericial del Instituto de

Ciencias Forenses de la Universidad de Santiago y el médico forense, en los análisis complementarios a las autopsias.

E) Para hacer los cálculos con una mayor precisión acerca de la hora de la muerte, a la vista de los dictámenes que la establecen aproximadamente entre las 6'30 y las 8, la hora de más probabilidad son las 7'15 (punto medio), pues si nos colocamos en los extremos de la horquilla unos minutos por exceso o por defecto dejarían el suceso fuera de los términos temporales de los dictámenes periciales.

Si a las 7'15 le restamos 4 horas, el momento de la ingestión del fármaco se situaría en las 3'15, hora de la comida. Si disminuimos tres horas, la hora de la ingesta se situaría sobre las 4'15, hora de la sobremesa, en la que, sin duda, la niña **estaba con el padre**.

Hemos de partir, según los dictámenes, que de tomarse el fármaco fuera de la comida siempre tenía que ser "antes de comenzar la digestión". Las peritas Tabernero Duque y Bermejo Barrera señalan que los **efectos** se producen a partir de los 30 ó 45 minutos, y no se produce la absorción por completo hasta pasadas dos horas, cuando se da el **efecto** máximo.

F) La madre sin estar presente el padre, solo podía dárselo por su cuenta de 5'30 a 6 de la tarde, lo que significa, que si comieron a las tres o tres y media la digestión hacía mucho tiempo que había comenzado a producirse. Además si sobre las 6 de la tarde la madre le administra el lorazepam, y la muerte se produce 3 ó 4 horas después de la ingesta, la muerte habría que situarla a las 21 ó 22 horas, fuera de los dictámenes científicos, que como tope la fijan en las 20 horas.

6. Un análisis aparte merece la determinación de la **cantidad** de fármaco ingerido (27 pastillas de 1 miligramo) según el dictamen de las dos peritas del Instituto de Ciencias Forenses, Sras. Tabernero y Bermejo.

Analizando el vídeo se evidencian datos o circunstancias que devalúan las garantías de certeza de dicho dictamen.

Entre éstos nos dicen las peritas:

- "Ellas no actúan así si no es con la posterior intervención del Instituto de Toxicología".

- "Los análisis los debían hacer con carácter urgentísimo, en el menor tiempo posible". Todas las muestras se remiten a Madrid.

- "Ellas actuaban como laboratorio de urgencia".

- "Normalmente en Madrid confirman sus resultados". Quizás en los resultados analíticos de orina se detectaron ligeras diferencias. "Ellos actúan siempre" a condición de que luego actúe Madrid.

Para el jurado (f. 12 de la sentencia), al menos se le habían suministrado a la menor 27 pastillas, señalando que "es confirmado por el informe de autopsia de fecha 11-12-2013 (folios 304-323 del testimonio)". Tal aserto debe matizarse, en el sentido de que el informe pudo ser confirmado, pero el dato de la cantidad de tóxico ingerida (27 pastillas) se obtuvo con papel y bolígrafo en un minuto en pleno juicio oral, delante del Tribunal, tomando como referencia el peso de unos 40 kilogramos de la niña, y los 0'68 microgramos por litro en sangre hallados.

A pesar de todo ello las peritas realizaron afirmaciones importantes, tales como:

a) Que el medicamento (lorazepam) y la comida debieron suministrarse juntos o con alguna diferencia y siempre antes de que empezara la digestión.

b) Que si no pasa a sangre el tóxico no produce **efecto**. Y que si se está haciendo la digestión tarda más. Y que la muerte detiene el proceso de digestión, que no tarda más de 6 horas.

c) Solo pudo caminar a las 5'30, si se parte de una hipótesis, esto es, que hubiera ingerido el medicamento una hora antes de salir a la calle". Ello, como hemos dicho, sitúa a la niña en **compañía del padre**.

El Tribunal de jurado que es el que goza de inmediación se halló ante la disyuntiva de rebajar la intoxicación de la niña (indudablemente severa o muy elevada como la calificó el médico forense), o desconocer otros datos probatorios objetivos, contundentes, absolutamente acreditados. Porque fuera mayor o menor la intoxicación la niña caminaba al salir de **casa del padre** (5'20 horas); también se le vio al padre acompañándola (6'20) e igualmente podía caminar.

Por su parte los peritos Blanco Pampín y Salguero de Diego, en relación con la autopsia precisaron la data y la causa de la muerte, datos que aceptó el Tribunal del Jurado, oídos los contraperitos Luna y Gamero.

El Tribunal de instancia también tuvo en cuenta testimonios de los profesores de la Alta Escuela de Música que textualmente declararon que "la niña sedada, con dificultades para ver o hablar con los profesores o para tocar el violín, sin embargo era **capaz de caminar y subir y bajar las escaleras**". Testimonio que, en cuanto a los **efectos**, coincide con la pericial citada que señala que la incapacidad para caminar es el último efecto que se produce.

7. Los indicios incriminatorios que hemos referido en este fundamento (epígrafe 3º) son los mismos en el padre y la madre de la menor, hasta el día del desenlace en que los tres comen juntos y durante el tiempo que están comiendo o en la sobremesa en casa del padre ingiere medicamentos (horario de ingesta en relación a los dictámenes periciales); a las 6'20 acompaña a la niña, conociendo los síntomas del medicamento, lo que va a favorecer la muerte (alevosa) a la vez, que en su entorno vital más próximo podrían considerar la muerte un efecto de la enfermedad padecida (ataque de alergia).

El Tribunal de jurado, estimó que el recurrente estuvo en Montouto, en el momento de producirse la muerte consecuencia de una inferencia de dicho Tribunal basada, en que si acompañó a la niña hasta el coche que conduce la madre, no resulta lógico que el recurrente las dejara solas con la

madre (salvo que se programara por los acusados así para ocuparse el recurrente de hacer desaparecer el cadáver, por ejemplo, valiéndose de su coche). A su vez miente el impugnante diciendo que no salió de casa esa tarde, y no da explicaciones creíbles de lo que hizo en ese tiempo en su casa. Pues bien, el Tribunal Superior altera esta resultancia fáctica y con buen criterio aplica el derecho a la presunción de inocencia, y ante la inseguridad de que Alfonso Basterra estuviera en los asientos traseros del coche en que viajaba la madre y la hija, considera que no estuvo allí, pero tampoco descarta que pudiera haber estado en Montouto esa tarde, ante la ausencia de pruebas que lo excluyan.

8. El suministro previo y reiterado de tal medicamento productor de tan perniciosos efectos para la salud de la niña realizado por ambos cónyuges, sin que ningún médico lo aconsejara, ni recetara, atribuyendo a la menor una dolencia que no padece (alergia) y su empeño en propagar ese hecho entre las personas más cercanas a la menor, favorecido todo ello por el concierto de ambos (sin esa circunstancia habría resultado imposible llevar a buen término el macabro plan), así como atribuir un intento de agresión a la menor a un propósito del agresor de **asfixiarla** (no existe prueba de que el incidente ocurriese), constituyen un cúmulo de datos incriminatorios que no hallan explicación alguna, si no se relacionan directamente con el propósito de acabar con la vida de la menor, circunstancia inconcusa, que conecta un comportamiento con el otro, sin cuya interrelación carecería de sentido la conducta previa desplegada conjunta y coordinadamente por los acusados.

Por todo ello el motivo no puede prosperar.

DÉCIMO SÉPTIMO.- En el motivo undécimo, por renuncia del décimo, el recurrente, amparado en el art. 849.1º L.E.Cr. entiende indebidamente aplicados los arts. 138 y 139.1º C.P., en relación a los arts. 27 y 28 del mismo motivo legal.

1. El recurrente en este motivo sostiene que, dada la modificación del párrafo 4º de los hechos probados realizada por el Tribunal Superior, en el resto del factum no aflora el ánimo de provocar la muerte de su hija, y por tanto debe proceder la absolución por el delito de asesinato o en su caso de homicidio. Tal alegato lo basa en que eliminado el seguro conocimiento por parte del recurrente de la ejecución material del hecho por asfixia, su limitada intervención en la administración de la sustancia tóxica a la niña, resultaba innecesaria.

Invoca la jurisprudencia emanada de esta Sala sobre la coautoría, y concluye que en este caso podríamos perfectamente hallarnos ante una hipótesis de exceso en la ejecución del hecho criminal o de actos previos no imprescindibles.

2. Al recurrente no le asiste razón, pues los jueces-jurados votaron y declararon por unanimidad afirmaciones contundentes que se mantienen en el relato probatorio.

Entre éstas:

- "los acusados Rosario Porto Ortega y Alfonso Basterra Camporro, puestos de común acuerdo para acabar con la vida de su hija" (hecho probado 2º), y que "la acusada Rosario Porto Ortega, ese mismo día, siguiendo el plan acordado con Alfonso Basterra Camporro" (hecho probado 3º).

Por todo ello hemos de concluir que la modificación del apartado 4º de hechos probados no tiene transcendencia jurídica en lo atinente al título de participación en el hecho del recurrente, al considerarlo el Tribunal de apelación, al igual que los jurados por unanimidad, autor del asesinato de su hija, ya que participó en la decisión en plano de igualdad con Rosario Porto e intervino con actos esenciales que condujeron a la ejecución del hecho criminal proyectado. No nos hallamos ante un supuesto de exceso, por cuanto Rosario ejecutó lo acordado, ni tampoco ante actos previos no imprescindibles, ya que sin la intervención del recurrente no hubiera podido

ser llevado a cabo el macabro desenlace. Ninguna prueba o justificación exculpatoria existe sobre el carácter que pretende atribuirse a la actuación de censurante. Además, se desconoce, porque ninguna pregunta se formuló al jurado sobre ello por oponerse radicalmente el recurrente, quién fue la persona que trasladó el cadáver al lugar donde fue hallado.

El motivo, por todo ello, debe claudicar.

DÉCIMO OCTAVO.- En el motivo duodécimo el recurrente aduce, vía art. 5.4 L.O.P.J. y 852 L.E.Cr., violación del derecho constitucional a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 C.E.), consecuencia de la inclusión en la sentencia de apelación, de hechos probados no contenidos en la sentencia de instancia, incurriendo en "reformatio in peius".

1. Parte de que, los arts. 267 L.O.P.J. y 161 L.E.Cr., establecen la invariabilidad de las resoluciones judiciales, y la competencia para rectificar errores del órgano jurisdiccional que los deslizó y no de un órgano distinto como aquí ha ocurrido.

Realmente el recurrente cuestiona la inclusión en el relato de "hechos probados" en la sentencia de 15/03/2016, de un Hecho 6, relativo a la relación de parentesco que mediaba entre los condenados y la fallecida, que no constaba en la sentencia del Magistrado-Presidente del tribunal del jurado, de 11/11/2015. Alega incompetencia del TSJG para rectificar el error material e invoca vulneración del principio non bis in idem (sic), que prohíbe que las resoluciones de los Tribunales superiores puedan agravar la de la instancia, cuando ello no haya sido instado por vía de recurso. Interesa la supresión del Hecho probado 6º y la eliminación de la circunstancia agravatoria de parentesco.

2. El motivo carece de fundamento, toda vez que la filiación o parentesco con la víctima Asunta Basterra fue establecida por las acusaciones

en sus escritos de calificación y también por el jurado en el veredicto (ap. 15) y el Magistrado-Presidente en la sentencia.

La rectificación del hecho 4º realizada por el Tribunal Superior no dejó de mencionar incluso por dos veces el parentesco entre acusados y víctima.

Así, en los hechos probados de la sentencia se dice:

- "Los acusados D. Alfonso Basterra Camporro y doña Rosario Porto Ortega, de común acuerdo, suministraron repetidamente, desde al menos tres meses antes del fallecimiento, **a su hija** Asunta Yong Fang Basterra Porto un medicamento que contenía lorazepam (párr. 1º)". "El día 21 de septiembre de 2013, los acusados doña Rosario Porto Ortega y don Alfonso Basterra Camporro, puestos de común acuerdo **para acabar con la vida de su hija Asunta** Yong Fang Basterra Porto (párr. 2º)". "Rosario Porto ese mismo día .... **llevó a su hija Asunta** ... (párr. 3º)". "La acusada, Rosario Porto, para continuar la ejecución del plan preconcebido con el acusado Alfonso Basterra asfixia a su **hija Asunta** .....". ....."la acusada **ató a su hija** por los brazos (párr. 4º)".

3. Conforme a lo dicho en el epígrafe precedente resultaba de todo punto innecesario la adición del apartado 6º en el factum efectuada por el T. Superior.

La narración de dicha relación parental de forma explícita en el relato probatorio (hasta seis veces), configura de forma plena la **agravante** de parentesco, dada la naturaleza del delito sobre el que se proyecta la circunstancia mixta prevista en el art. 23 del C. Penal.

El jurado declaró probada la relación paterno-filial por alusión a la partida de nacimiento aportada a autos, sin que venga al caso la aplicación del principio "non bis in idem".

Por todo ello el motivo no puede prosperar.

DÉCIMO NOVENO.- En el motivo decimotercero, el impugnante, con sede procesal en el art. 849.1º L.E.Cr. estima indebidamente aplicado el art. 23, en relación al 66.1.3º C.P.

1. Se cuestiona la desestimación por el T.S.J., de la alegación realizada ante el Magistrado-Presidente y no estimada, en la que pretendía la inaplicación del art. 23 C.P., por constituir una vulneración del principio acusatorio y de congruencia de la sentencia, al apreciar la circunstancia mixta en funciones agravatorias prevista en el art. 23 C.P., cuyo presupuesto fáctico no constaba en sus hechos probados.

2. El motivo es consecuencia del anterior. El olvido por parte del Magistrado-Presidente de incorporar como apartado autónomo del objeto del veredicto el vínculo parental existente entre autores y víctima del delito (art. 23 C.P.) no tuvo la menor influencia ya que el propio factum recoge por seis veces el parentesco existente entre ellos.

El motivo ha de claudicar.

VIGÉSIMO.- En el motivo décimo cuarto el recurrente, con asiento procesal en el art. 5.4 L.O.P.J. y 852 L.E.Cr. aduce vulneración del derecho a un juez imparcial y a la no contaminación de los testigos del juicio, consecuencia de la retransmisión de las sesiones del juicio a través de los medios de comunicación de forma indiscriminada (arts. 43 L.O.T.J. y 680 L.E.Cr.).

1. El acusado pone en entredicho el acierto de la decisión del Magistrado-Presidente del jurado al permitir la emisión al exterior de la señal institucional del juicio, permitiendo la retransmisión de sus sesiones en programas televisivos de opinión (que no de información) comprometiendo la imparcialidad de los jurados, y permitiendo que los testigos y peritos que habían de intervenir en dicho juicio pudieran tener conocimiento directo de lo

declarado por los que le precedieron en tal trámite, en contra de lo ordenado por el art. 704 L.E.Cr.

2. La Sala de apelación ya dio respuesta a esta cuestión en el fundamento jurídico 9º (págs. 46 y 47), siendo sus argumentos asumibles por este Tribunal de casación. Recordemos que aun admitiendo la posible existencia de riesgo de contaminación, la carencia de pruebas sobre ello al objeto de dar por probada la actualización o materialización de ese riesgo más allá de que se pueda elucubrar sobre la mayor vulnerabilidad de los jueces legos a la presión mediática, pone de manifiesto que el recurrente no dijo como tampoco dice ahora qué perito o qué testigo ha podido tergiversar su declaración judicial por influencia de los medios, sino que se habla de modo vago y tópico del juicio paralelo o de que los argumentos se elaboran artificiosamente tras haber tomado la decisión de condena ya publicada en los medios y ni siquiera las partes defensoras han preguntado a peritos y testigos si habían visto u oído en los medios algo sobre lo que luego hubieran de declarar, ni en qué medida esas declaraciones previas aventadas por los medios hubieran podido influir en su razón de ciencia o experiencia.

Por otro lado no se puede negar que las defensas han aprovechado la oportunidad de expresar su versión ante los medios de comunicación, hecho público y notorio, lo que en multitud de ocasiones les pudo haber favorecido para generar dudas tanto en el Jurado como en la opinión pública. Todo ello sin olvidar que, "es innegable que todo proceso penal en el que los sujetos tengan relevancia pública, genera un interés informativo cuya legitimidad está fuera de dudas y que, por mandato constitucional, goza de protección reforzada que el art. 20 de la CE otorga al derecho de comunicar y recibir libremente información veraz" (STS 18-7-2014 nº 587/2014, en el que este argumento de la defensa no fue acogido por el Alto Tribunal).

Es de destacar, como hace el Tribunal de Apelación, la sentencia de la Sala primera del Tribunal Constitucional 56/2004, de 19 de abril, sobre la

relación existente entre el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz (art. 20.1 .d) CE) y el principio de publicidad de las actuaciones judiciales (art. 120.1 CE).

El Magistrado-Presidente del jurado se ajustó a la ley (art. 680 L.E.Cr.) en su actuación, manteniendo la publicidad de los debates que la norma impone bajo pena de nulidad. Las excepciones o restricciones a tal publicidad no se daban en el caso concernido. A su vez el Presidente del jurado como es preceptivo (art. 43 L.O.T.J.) dio cuenta a sus miembros de la publicidad de las sesiones, los cuales no se opusieron a la misma, ya que ellos estaban cubiertos por el anonimato.

Tampoco admitió, con razón, el T.S.J., la pretendida vulneración de los arts. 704 y 705 de la L.E.Cr. por cuanto el aislamiento relativo de los testigos establecido en el primero de los preceptos se refiere exclusivamente al día en que deponen y con relación a los que ya hubieran declarado, pero estos preceptos no prohíben que en fechas anteriores se hubieran podido comunicar con quienes tuvieran a bien.

En atención a lo expuesto el motivo deberá rechazarse.

VIGÉSIMO PRIMERO.- En el motivo décimo sexto, por renuncia expresa al número 15º, con amparo procesal en el art. 5.4 L.O.P.J. y 852 L.E.Cr., alega vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 C.E.) por la parcialidad mostrada por el Magistrado-Presidente en trance de impartir instrucciones al jurado (art. 5.4 L.O.T.J.).

1. La razón del reparo casacional radica en la parcialidad de las instrucciones referidas a las reglas de valoración del testimonio de un coimputado y a la ambigüedad en sus referencias a la valoración de la prueba indiciaria y a la primacía de la presunción de inocencia y al juego del principio "in dubio pro reo".

Tales deficiencias y omisiones en las instrucciones a la hora de hacer entrega del veredicto, tuvieron a juicio del recurrente directa influencia para que el jurado considerase acreditada la culpabilidad del recurrente. El recurrente califica las instrucciones de penosas y poco tajantes en lo referente a la prueba indiciaria y al principio "in dubio pro reo". También las consideró incompatibles sobre la posibilidad de valorar las declaraciones en fase de instrucción.

Como consecuencia de ello solicita retrotraer las actuaciones al inicio del juicio, con la celebración de uno nuevo con otros jurados.

2. El recurrente no concreta en qué sentido han sido incorrectas las instrucciones impartidas a los jurados.

Las explicaciones o instrucciones, al parecer, duraron casi una hora y todas las preguntas o sugerencias de las partes defensoras fueron atendidas por el Magistrado-Presidente, inquiriendo de los defensores qué aspectos querían le fueran explicados a los jurados, además de lo ya concretado hasta ese momento.

Ante tal genérica protesta no resulta infringido el art. 54 p. 1, 2 y 3º L.O.T.J., pues ninguno de los jurados tuvieron dudas sobre cualquiera de los aspectos del objeto del veredicto, lo que hizo que no pidieron ampliación o aclaración de las instrucciones recibidas, derecho que les asiste conforme al art. 57.1º L.O.T.J.

Por lo expuesto y no apareciendo afectado ningún derecho constitucional procede la desestimación del motivo.

VIGÉSIMO SEGUNDO.- En el motivo décimo séptimo, al amparo del art. 5.4 L.O.P.J. y 852 L.E.Cr., denuncia la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 C.E.) derivado de la entrega a los jurados del testimonio del juicio, para su utilización en sus deliberaciones (art. 53.3 y 54.1 L.O.T.J.).

1. El recurrente insiste que la entrega al jurado para la deliberación debe limitarse al "acta del juicio" y al "objeto del veredicto", sin que quepa incluir ni el testimonio del juicio ni las piezas de convicción, al no hallarse previsto expresamente, procediendo a una interpretación restrictiva, en aplicación del principio "in dubio pro reo".

Considera que los documentos, papeles y piezas de convicción pueden ser examinadas por los jurados durante el juicio, pero no con posterioridad al mismo.

2. El motivo carece de fundamento. Para su resolución debemos hacer referencia a dos aspectos.

El primero de ellos es que no cabe la menor duda de que los jurados pueden **tener a la vista y examinar, durante el juicio y en la deliberación** los libros, documentos, papeles y demás piezas de convicción a que se refiere el art. 726 L.E.Cr., por así establecerlo de forma específica el art. 46.2 L.O.T.J.

También según el nº 3 de ese artículo las diligencias remitidas por el juez instructor podrán ser exhibidas a los jurados en la práctica de la prueba (art. 46.4 L.O.T.J.). Pero su práctica y resultado constará en acta y el recurrente no pone en entredicho que el acta del juicio debe ser entregada a los jurados para su deliberación.

El art. 34 L.O.T.J., reitera tal posibilidad al establecer en el nº 2 que el testimonio, efectos e instrumentos del delito ocupados y demás piezas de convicción serán inmediatamente remitidos al Tribunal competente para su enjuiciamiento".

3. Aclarado este punto otro régimen prevé la ley especial de jurado, para los testimonios de procesados, peritos y testigos evacuados en la fase de instrucción. En principio tales declaraciones, salvo las resultantes de prueba anticipada, no tendrán valor probatorio de los hechos en ellos afirmados.

Sin embargo, existe una excepción que se produce cuando resultan contradicciones entre lo declarado en el sumario (ante el juez instructor) y el testimonio del juicio. En estos casos no se puede dar lectura a lo allí declarado, pero sí puede y debe unirse al acta de juicio el testimonio de lo declarado en el sumario, que el que interroga debe presentar en el acto (art. 46.5 p. 1 L.O.T.J.). Ello se complementa con el art.. 34 L.O.T.J., según el cual, las partes "podrán pedir en cualquier momento, los testimonios que les interesen para su ulterior utilización en el juicio oral".

Por consiguiente en casos de contradicción entre lo declarado en el sumario (ante el juez) y en el plenario, es posible proceder conforme al art. 714 L.E.Cr. También persiste y se mantiene incólume la posibilidad de introducir en el juicio, vía art. 730 L.E.Cr., aquellas declaraciones judiciales del sumario, que por razones de fuerza mayor no puedan reproducirse en juicio.

Por todo lo expuesto y remitiéndonos a las argumentaciones del T. Superior del fundamento jurídico 9º, punto 4º, no se advierte ninguna infracción de la legalidad aplicable al caso con repercusión en derechos fundamentales.

El motivo se desestima.

VIGÉSIMO TERCERO.- En el motivo décimo octavo con base procesal en el art. 5.4 L.O.P.J. y 852 L.E.Cr. denuncia la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, consecuencia de la inclusión en sentencia de valoraciones de la prueba realizadas por el Magistrado-Presidente al margen del veredicto (art. 70.2 L.O.T.J., a contrario sensu).

1. Cuestiona el recurrente la decisión de convalidar la introducción por el presidente del jurado en la sentencia de 11/11/2015, valoraciones de prueba, apartándose de las realizadas por el jurado a quien compete tal facultad.

En el desarrollo del motivo se extraen las argumentaciones no coincidentes con la motivación del veredicto que suponen una valoración autónoma de las pruebas practicadas por parte del Presidente del jurado.

Pone algunos ejemplos, tales como alterar la hora en que se debió producir la muerte de Asunta Basterra que fija el jurado entre las 18 y 20 horas y el Magistrado-Presidente precisa más (entre las 18'33 y las 20 horas).

Invoca para acreditar la infracción una sentencia de esta Sala, citada por el Magistrado-Presidente en su sentencia, en la que aparecen argumentos a favor y en contra de la tesis que sostiene.

En ella se dice: "la motivación de la sentencia del Tribunal del Jurado viene precedida del acta de votación, que constituye su base y punto de partida, en cuanto contiene la expresión de los elementos de convicción (....). Pero debe ser desarrollada por el Magistrado-Presidente al redactar la sentencia, expresando el contenido incriminatorio de esos elementos de convicción señalados por los jurados y explicitando la inferencia cuando se trate de prueba indiciaria o de hechos subjetivos. (.....) el Magistrado-Presidente (....) debe estar en condiciones de plasmar con el necesario detalle en cada caso, cuáles son las pruebas tenidas en cuenta por los jurados y cuál es su contenido incriminatorio, así como, en caso de prueba indiciaria y de elementos subjetivos, cuál es el proceso racional que conduce de forma natural desde unos hechos ya probados hasta otros hechos, objetivos o subjetivos, necesitados de prueba (....) se trata, a la postre, de que el redactor de la sentencia realice el esfuerzo intelectual y motivador de **complementar**, **sin alterarla**, la argumentación del Jurado, haciéndola más comprensible y racionalmente sólida. Es decir, reforzándola, agotando toda la argumentación que pudiera enriquecerla, tanto para cumplimentar el derecho a la tutela judicial efectiva de los afectados por la resolución como para permitir la impugnación de ésta a partir del debate acerca de la suficiencia lógica de esa argumentación".

2. El motivo resulta inconsistente.

Ya el Tribunal Superior en el fundamento jurídico 9º, ap. 10, pág. 52 de su sentencia de 15 de marzo de 2016, consideró banal la presente protesta al haberse limitado el Magistrado-Presidente "a precisar al por menor el contenido incriminatorio de los diversos elementos de prueba citados por los jurados para apoyar su decisión".

Nos dice el recurrente que el Presidente incluyó en la sentencia "hechos y valoraciones", que no se contenían en el veredicto, lo que no es absolutamente cierto. En ningún caso se salieron o extralimitaron del relato probatorio o se hicieron proposiciones fácticas no votadas por los jurados, y en cuanto a las "valoraciones" es cierto que no pueden ser absoluta reproducción de las del jurado en su "sucinta motivación", ya que la actividad argumentativa de ambos (jurados y presidente) se manifiestan en dos planos distintos, correspondiendo al Presidente, sin salirse de los hechos probados, la **complementación** de las argumentaciones en cuanto se hallen dirigidas a la enervación del derecho a la presunción de inocencia.

3. Sobre la complementación de la sentencia (interpretación del art. 70.2 L.O.T.J.) esta Sala ha ido conformando una doctrina que sitúa a la argumentación del presidente en una posición autónoma y de reforzamiento de las cuestiones declaradas probadas en el objeto del veredicto (véanse, entre otras SS.T.S. 1385/2011, 154/2012, 144/2013, 486/2013).

De ellas podemos extraer las siguientes afirmaciones:

1) En el caso de que, por declararse probados por el Jurado los hechos que la justifican, la sentencia sea de condena, el Magistrado-Presidente la redactará exponiendo ahora aquellos motivos, que, antes, fueron determinantes para que su decisión fuera la de no disolver el Jurado y decidir sobre el objeto del veredicto.

No se trata, pues, de que el Magistrado justifique la decisión del Jurado declarando un hecho probado. Es la suya la que debe justificarse,

porque, en cuanto que es la que decide que esa eventual condena respetaría la garantía de presunción de inocencia, es precisamente esa decisión, y solamente esa decisión, del Magistrado-Presidente, en cuanto a la admisibilidad constitucional de la condena, la que es susceptible de someterse a control por vía de recurso de apelación fundado en el motivo del artículo 846 bis c) apartado e) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

2) En la Exposición de motivos de la Ley Orgánica del Tribunal de Jurado acerca de la distribución de funciones se dice: "Es de resaltar que la preocupación en la Ley por la motivación de la resolución lleva también a exigir al Magistrado que, con independencia de la motivación que los jurados hagan de la valoración de la prueba existente, aquél ha de motivar por qué consideró que existía dicha prueba sobre la que autorizó el veredicto. De esta suerte pretende la Ley obstar las críticas suscitadas en torno a la fórmula de separación del colegio decisor, tanto en lo relativo a la inescindibilidad del hecho y del derecho, como en lo concerniente a la supuesta irresponsabilidad por falta de motivación en el veredicto y sentencia, que, se dice, deberían ser inherentes a dicho sistema".

Desde esta perspectiva, resulta patente que corresponde al Magistrado-Presidente valorar en la sentencia las pruebas practicadas durante el acto del juicio, incluidas aquéllas que teniendo sentido incriminatorio no fueron tenidas en cuenta por el jurado para emitir el veredicto de culpabilidad, puesto que es dicha valoración la que debe justificar su decisión de no disolver el Tribunal del Jurado.

3) La línea jurisprudencial que aboga por la interpretación extensiva del art. 72.2 se razona en numerosas sentencias. Entre otras:

a) SS.T.S. de 20 de mayo y 11 de septiembre de 2000 que afirman que al no poder exigirse a los ciudadanos que integran el tribunal el mismo grado de razonamiento intelectual y técnico que debe exigirse al juez profesional, las razones de convicción del jurado deberán ser complementadas

por el Magistrado-Presidente en tanto pertenece al Tribunal atento al juicio (...) motivando la sentencia de culpabilidad conforme al art. 70.2 .

b) En idéntica línea, la STS 12 febrero 2003 señala que la motivación del veredicto, si bien se trata de una obligación impuesta al jurado que no puede ser suplida por el Magistrado-Presidente, éste puede complementar tal motivación.

c) La STS de 3 mayo de 2012 señala que la sucinta explicación de las razones de los jurados en el veredicto debe ser desarrollada por el Magistrado-Presidente al redactar la sentencia.

d) La STS de 17 de octubre de 2012 analiza un supuesto en el que la motivación del veredicto se realizó por remisión a las pruebas testificales, y se afirma que en tal caso la labor del juez profesional es desarrollar extensivamente la motivación del jurado, ofreciendo datos que permitan su complemento y comprensión; y añade que esta labor debe realizarla también el Tribunal de apelación cuando en el trámite del recurso se invoca defecto de motivación, el cual debe remediar tal defecto expresando las razones que concurren en la enervación del derecho a la presunción de inocencia.

e) Como colofón la ya citada sentencia de 3 de mayo de 2012 apartado e) respecto a hipótesis de prueba indiciaria nos dice: "el Magistrado-Presidente debe estar en condiciones de plasmar con el necesario detalle en cada caso cuáles son las pruebas tenidas en cuenta por los jurados y cuál es el contenido incriminatorio, y en caso de prueba indiciaria y de elementos subjetivos, cuál es el proceso que conduce de forma natural de unos hechos ya probados hasta otros, objetivos o subjetivos, necesitados de prueba".

El enlace lógico jurídico que exige la prueba indiciaria es un plus que no es exigible a los jueces legos, según afirma de forma clara la STS de 7 de abril de 2005, y la STS de 14 de julio de 2010 señala que "es el Magistrado-Presidente, al concretar la existencia de prueba de cargo, el que

debe precisar los indicios y la expresión de la inferencia en la sentencia que finalmente se dicte".

Por todo lo expuesto el motivo deberá desestimarse.

VIGÉSIMO CUARTO.- En el motivo décimo noveno con sede procesal en los arts. 5.4 L.O.P.J. y 852 L.E.Cr. por vulneración del derecho a un juicio con todas las garantías, el recurrente protesta por no haberse producido la devolución del acta del veredicto, a pesar de haber sido alterado el texto relativo a la culpabilidad (art. 63.1.e) y 59 L.O.T.J.).

1. El impugnante alega que el Presidente del jurado debió haber devuelto el Veredicto, para que se votase el texto propuesto por él, y/o se consignasen las incidencias que dieron lugar a la introducción de un texto alternativo. Al no hacerlo así, incurrió en un quebrantamiento de normas y garantías procesales, que debió dar lugar a la declaración de nulidad del juicio por parte del T.S.J., y a su repetición (art. 846 bis f) L.O.T.J.). La modificación, además, supone una alteración sustancial del apartado en un extremo que determina **una responsabilidad más grave**, y que no se corresponde con el texto del Apartado 14 que era objeto del Veredicto, lo cual, en última instancia, obliga a tenerla por no puesta, con los efectos legales de tal declaración.

En los apartados 16 y 17 (punto 3º) correspondientes al aspecto de la culpabilidad se preguntó con respecto a ambos acusados si son culpables de haber dado muerte **intencionadamente** a Asunta Basterrra, y lo que se acabó votando es que los acusados son culpables de haber dado muerte a Asunta Basterrra, **sin posibilidad de defenderse**.

El impugnante hace notar dos modificaciones en relación a la comisión de los hechos: suprime el adverbio "intencionadamente" y añade al veredicto de culpabilidad el término "sin posibilidad de defenderse", cuando al

votarse la posible concurrencia de alevosía se utilizó la expresión "no poder defenderse de forma efectiva".

2. El motivo no puede prosperar ya que las alteraciones son insustanciales y no afectan a la fidelidad de lo declarado probado por los jurados.

Las expresiones "sin poder defenderse de forma efectiva" y "sin posibilidad de defenderse" son absolutamente iguales en el contexto en que se emplean. El Tribunal Superior de Justicia puso de relieve la irrelevancia de esta supuesta alteración, que nada altera.

Sobre el término intencionadamente, el tenor de todo el relato probatorio nos indica la consciente y coordinada actuación de ambos acusados, evidenciándose del hecho el "animus necandi". Además no existe otra alternativa transcrita por el jurado al respecto, ni fue motivo de controversia esgrimida en momento procesal pertinente.

La sentencia de esta Sala 267/2013 de 22 de marzo, sobre esta cuestión tiene declarado que:

".... la denuncia de los defectos del veredicto constituye una carga para las partes. La admisibilidad del recurso de apelación, por el cauce del apartado a) del artículo 846 bis c) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se condiciona a la indefensión como consecuencia y a la previa reclamación como medio de subsanación. Efectivamente, dicha norma procesal, después de excluir la necesidad de previa reclamación, cuando la apelación se funda en la vulneración de un derecho fundamental, enuncia, entre los motivos que exigen esa reclamación, por su dimensión de infracción de mera legalidad, la concurrencia de motivos de los que debieran haber dado lugar a la devolución del acta del veredicto al Jurado".

En el presente caso, además no consta que el recurrente hubiera efectuado la previa reclamación como medio de subsanación que se hizo valer en el recurso de apelación y ahora nuevamente se plantea.

3. Finalmente y como conclusión debemos atenernos a los ponderados y certeros argumentos del Tribunal Superior que en el fundamento jurídico 9º, apartado 11º, págs. 52 y 53 nos dice: "no se ha infringido el art. 59 en relación con el 63.1.e), ambos de la L.O.T.J. El jurado, de forma unánime e inequívoca, ha declarado culpables -autores- a los dos acusados de haber dado muerte a su hija, intencionadamente y sin posibilidad de defensa, por lo que, más allá de redacciones concretas, no han alterado ni modificado lo más mínimo la esencia de las proposiciones 16ª y 17ª del objeto del veredicto porque también por unanimidad declararon que Asunta, de doce años de edad, no pudo defenderse de modo efectivo porque estaba bajo los efectos del medicamento que con ese fin se le había suministrado. Ni por asomo se ofreció a los jurados la posibilidad de una muerte imprudente, que no estuvo nunca en los escritos de calificación. No se ha infringido, por tanto, ninguna norma de deliberación".

Por todo ello el motivo debe rechazarse.

VIGÉSIMO QUINTO.- Por renuncia al motivo 20º, en el vigésimo primero el recurrente, al amparo del art. 5.4 L.O.P.J. y 852 L.E.Cr., alega vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24. 2 CE) derivado de la vulneración de normas esenciales del procedimiento durante el trámite de cuestiones previas.

1. El fundamento de este motivo es no haber celebrado la Magistrada-Presidenta del Tribunal del Jurado la vista de cuestiones previas (art. 36. 2 L.O.T.J., en relación con el art. 673 LECRIM) impidiendo a las partes ampliar la información relativa a las cuestiones ya expuestas y planteadas, lo que se dice, afectó a su derecho de defensa pues ante la seguridad de celebración de la vista, reservó para ésta algunos de los argumentos que apoyaban o desarrollaban sus alegaciones ya efectuadas.

Además la indefensión producida debe constituir un presupuesto fáctico de la atenuante analógica de dilaciones indebidas (sic).

2. Nuevamente el motivo considera una pretendida deficiencia procesal de tal entidad como para poder vulnerar derechos constitucionales y se refiere a alegaciones que han sido ya formuladas y resueltas a lo largo de la tramitación del proceso, pretensión a su vez desestimada por el TSJ en el auto de 9 de marzo de 2015 que resolvía las cuestiones previas alegadas y a cuyo contenido se remite la sentencia ahora impugnada.

En aquel auto el TSJ entendió que el alegato del apelante expresamente daba por indiscutible un presupuesto que no podía compartir, a saber, que la celebración de la vista del artículo 673 LECRIM es preceptiva aún sin haberlo solicitado las partes. No era ésta la interpretación del precepto que realizó el TSJ pues lo consideró incardinado en el trámite de prueba regulado en los artículos anteriores de la LECRIM, y de cuya redacción se desprende: 1º Que ha de haber transcurrido el término de prueba para que el Secretario Judicial señale día para la vista; 2º Que ésta se señalará inmediatamente después de ese trámite; 3º Que las partes, todas o una, deben haber solicitado tal trámite; y 4º Que el mismo se dirige a que las partes informen como convenga a su derecho. Por tanto el auto consideró que la vista era solo imperativa en el caso de que alguna de las partes lo pidiese expresamente en el momento de plantear las "cuestiones previas", lo que no sucedió. En principio, el sentido de la ley resulta claro.

El propio auto puso de manifiesto que la omisión de dicho trámite no hubiera causado indefensión al recurrente, que dispuso nada menos que de tres ocasiones (en el escrito de personación y planteamiento de cuestiones previas, en el escrito de apelación del auto que las desestimó y en el acto de la vista de dicho recurso) para formular las alegaciones que consideró pertinentes y de defenderlas con la amplitud que estimara conveniente.

Por todo ello el motivo no puede prosperar.

VIGÉSIMO SEXTO.- Con sustento procesal en los arts. 5.4 L.O.P.J. y 852 L.E.Cr. en su motivo vigésimo segundo denuncia la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2) al haber delegado el instructor parte de la investigación judicial en los agentes de la policía judicial de la Guardia Civil, al margen de las partes personadas en el procedimiento judicial, una vez incoado éste. Inclusive cuando las actuaciones no eran secretas.

1. El recurrente cuestiona la desestimación por el T.S.J., de la petición de nulidad de esta parte, de todas las actuaciones llevadas a cabo por la Policía Judicial por delegación del Instructor, una vez incoado el procedimiento judicial y personadas las partes, privando a éstas de la posibilidad de alegar sobre su pertinencia e intervenir en las mismas. La trascendencia de tal alegación, en trámite de cuestiones previas, suponía impedir el eventual acceso al plenario de aquellas diligencias de investigación que se hallaban en tal situación. A día de la fecha, como finalmente no llegaron a introducirse, se mantiene el motivo a los efectos de constituir un presupuesto fáctico de la atenuante analógica de vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, a la que aludimos en varios de los motivos de este recurso.

En el desarrollo del motivo el recurrente enumera multitud de diligencias practicadas por la Guardia Civil.

2. Si nos atenemos al estricto petitum del motivo, esto es, su exclusiva limitación a constituir el presupuesto fáctico de una atenuante analógica de dilaciones indebidas, por haberse producido una violación de sus derechos a un proceso con todas las garantías, la absurda petición y su clara improcedencia, determinaría el rechazo inmediato del motivo, al no existir la menor identidad formal o sustancial con la atenuante de dilaciones indebidas, pretendiendo generalizar un argumento jurisprudencial que en su día permitía

reputar a tal específica atenuante como analógica, lo que en la actualidad, ya regulada la atenuante, resulta a todas luces insostenible.

Por otra parte resulta indiferente que el recurrente haya participado o no en la práctica de las diligencias instructoras (han de quedar excluidas las diligencias que puedan preconstituir prueba), ya que según la Ley reguladora del Tribunal del Jurado, así como su exposición de motivos expresamente afirma que las declaraciones practicadas en fase de instrucción no tendrán valor alguno. Igualmente las diligencias practicadas por delegación constituyen actuaciones carentes de valor probatorio, a las que no le son aplicables los principios de inmediación y contradicción.

3. Desde el punto de vista competencial hemos de dejar sentado ante la afirmación de que la facultad instructora es indelegable, que una cosa es la responsabilidad y actividad que ejerce el juez en funciones de instructor y otra la posibilidad de que ordene la práctica de diligencias a la policía judicial o incorpore las que conforme a sus competencias la policía ha confeccionado en su misión investigadora.

En efecto el art. 282 L.E.Cr. nos dice en su párrafo 1º, que "la policía judicial tiene por objeto y será obligación de todos los que la componen, averiguar los delitos públicos que se cometieren en su territorio o demarcación; practicar, según sus atribuciones, las diligencias necesarias para comprobarlos y detener a los delincuentes, y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la autoridad judicial".

La capacidad investigadora de la policía judicial se evidencia en el párrafo 1º del art. 283 L.E.Cr. que nos dice "Constituirá la policía judicial y serán auxiliares de los Jueces y Tribunales competentes en materia penal y del Mº Fiscal .... etc.".

A su vez debemos tener presente que la fase de instrucción integrará a las diligencias policiales que el juez instructor incorpore al procedimiento,

junto a las que practique u ordene practicar el propio juez y las que acuerde adicionar de las presentadas o aportadas por las partes procesales, siempre que refiriéndose directamente al delito investigado y a sus autores, puedan servir de base para articular en su día las pruebas y ejercitar las demás pretensiones.

Debe igualmente tenerse en cuenta que aun cuando la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado potencia la imparcialidad y neutralidad del Juez de Instrucción, en su artículo 27.3 faculta a éste a ordenar las diligencias que estime necesarias, como complemento de las solicitadas por las partes para la comprobación del hecho justiciable, es decir, puede acordar de oficio la práctica de otras diligencias de investigación no solicitadas por las partes si las considera necesarias, siempre que se limiten a la comprobación del hecho justiciable y respecto de las personas objeto de imputación por las partes acusadoras.

4. Por último hemos de recordar que la pretensión que ahora se ejerce ya fue desestimada en 2014 por un Auto de la Magistrada-Presidenta de 20 de noviembre, que consideró que a las diligencias de investigación sin valor probatorio, cuya función es hacer avanzar el proceso no le son aplicables los principios de inmediación y contradicción.

Frente a ello el recurrente consideró que la resolución debía haber sido más extensa en su razonamiento, y que se trataba de una motivación insuficiente, vulneradora de su obligación de motivar sus decisiones y en última instancia, de los derechos fundamentales del Sr. Basterra a un proceso con todas las garantías.

Pues bien, el TSJ en su auto de 9 de marzo de 2015, resolviendo certeramente las diversas cuestiones planteadas, mantuvo que la no participación de las partes en diligencias de investigación sin valor probatorio no es causa para declarar su nulidad, y menos en el seno del procedimiento de Jurado, de cuya ley reguladora y exposición de motivos se sigue expresamente que las declaraciones practicadas en la fase de instrucción no tendrán valor

probatorio de los hechos en ellas afirmados y lo mismo cabría sostener de las diligencias practicadas por delegación dado que nos encontraríamos ante diligencias carentes de valor probatorio a las que no les son aplicables los principios de inmediación y contradicción, manifestaciones que esta Sala de casación hace propias.

Por todo ello el motivo no puede prosperar.

VIGÉSIMO SÉPTIMO.- En el motivo vigésimo tercero, con igual amparo procesal que los precedentes, se alega vulneración del derecho constitucional a la libertad (art. 17 C.E.), consecuencia de su detención por la policía el 25/9/2013 y su no puesta a disposición judicial hasta el 27/9/2013.

1. El recurrente alega la afectación del derecho fundamental a la libertad, por el hecho de haber sido detenido por la Policía Judicial una vez incoado el procedimiento judicial, y haber permanecido en esta situación, sin pasar a disposición judicial, más de las 24 horas establecidas como límite por el art. 496 LECrim. Alega, asimismo, que la actuación policial carecía de cobertura legal y en consecuencia se convirtió en una detención ilegal, y la duración de la detención tuvo por objeto y causa la práctica de una diligencia nula (grabación de conversaciones), lo que entiende vicia de nulidad la detención en sí misma. Afirma el recurrente que tal pretensión tenía trascendencia para decretar la nulidad de las declaraciones de Alfonso Basterra y en el motivo interesa se declare vulnerado el derecho a la libertad del recurrente con el efecto de constituir presupuesto fáctico para la aplicación de la atenuante analógica que se insta en el Motivo XXX y la ineficacia de la declaración de Rosario Porto en sede judicial de fecha 27/09/2013.

2. La detención del Sr. Basterra Camporro se acordó en el seno de unas diligencias judiciales de instrucción (exactamente, a las 19 horas del día 25 de septiembre de 2013 y tras tenerse conocimiento del resultado del informe toxicológico del IMELGA), respetándose el constitucionalizado plazo

máximo de setenta y dos horas de detención preventiva dentro del cual el detenido deberá ser puesto en libertad "o a disposición de la autoridad judicial" (art. 17.2 C.E.), tal y como efectivamente tuvo lugar, lo que no se discute, con lo que a su vez se respetó el concordante precepto de legalidad ordinaria (art. 520.1 LECrim.) ajustado al referido mandato constitucional.

Alega el recurrente que fue la Policía quien tuvo la iniciativa de detener a Basterra pese a la existencia de unas diligencias previas desde tres días antes de las que tenía conocimiento, unido al hecho de que no consta que concurriese ninguna causa de urgencia (delito in fraganti, riesgo de fuga, evitación de la comisión de un delito...); y no ponerlo a disposición judicial hasta después de transcurrir el plazo de 24 horas que establece el art. 496 de la LECrim., lo cual motiva que tal actuación careciera de cobertura legal y se convierta en detención ilegal con la consiguiente nulidad de todas las actuaciones a partir del cumplimiento de ese plazo. La invocada vulneración debe rechazarse, por las siguientes razones.

La detención se practicó por la policía en el marco de las diligencias de investigación derivadas de la muerte violenta de la menor hija del acusado concurriendo un evidente riesgo de fuga y desaparición de pruebas y no rebasó los plazos máximos de la detención, ni en fase policial, ni en la instructora judicial.

En efecto, no existió vulneración del derecho fundamental a la libertad en las privaciones provisionales de la misma respecto al acusado, ya que tal como establece el Tribunal Supremo en STS Sala 2 núm. 256/1999 de 14 de mayo, entre otras, la detención en fase policial puede durar setenta y dos horas, según resulta establecido en el art. 17 de la CE que debe prevalecer frente al art. 496 de la LECrim. que reduce a veinticuatro horas el plazo para poner en libertad al detenido o entregarlo a la autoridad judicial, y asimismo, la detención en fase judicial instructora puede durar setenta y dos horas según lo dispuesto en el art. 497 de la LECrim. La detención policial de Alfonso

Basterra no rebasó las setenta y dos horas ya que se inició el día 25 de septiembre y fue puesto a disposición judicial el día 27 de septiembre de 2013.

En todo caso, las irregularidades denunciadas no comportarían violación del derecho de defensa del acusado, ni vicio esencial del procedimiento que pudiese determinar la nulidad de éste. De haberse rebasado los topes legales establecidos para la detención practicada, tal infracción no tendría relevancia como vicio in procedendo que pudiera determinar la nulidad de lo actuado.

Además, la alegación del recurrente de que la duración de la detención tuvo por objeto y causa la práctica de una diligencia nula (grabación de conversaciones), es una mera conjetura sin ningún tipo de fundamento.

3. A mayor abundamiento tal cuestión ya fue resuelta y desestimada por el T.S.J., en auto de 9 de marzo de 2015, con certeros argumentos.

Por otra parte la tesis del recurrente es contraria a la práctica policial y forense que parte de la consideración de la congruencia del referido art. 496 L.E.Cr. con las previsiones de las Constituciones de 1812, 1869, 1876 y 1931, pero no con la actual Constitución que fija el plazo máximo de detención en 72 horas, al igual que el art. 186 del C.P. de 1963 que sustituyó las 24 horas por las 72.

El criterio de esa Sala es considear igualmente abrogado el art. 496, estimando que el plazo de 24 horas que establece era el límite fijado por la Constitución de 1876 el cual ha sido sustituido por el de 72 horas del art. 17.2 de la C.E. vigente. Pero aunque a efectos dialécticos admitiéramos que el plazo constitucional es un límite temporal, ello que no excluye otros plazos legales menores, lo que hace que debamos tener presente que el principio general es que la detención no puede durar más de lo necesario sin que pueda superar las 72 horas, como es el caso concernido. Mas, el límite legal de garantía seguiría siendo el de 72 horas (art. 17.2 C.E.).

El motivo ha de decaer.

VIGÉSIMO OCTAVO.- El vigésimo cuarto motivo, también con igual respaldo procesal (art. 5.4 L.O.P.J. y 852 L.E.Cr.) entiende infringido el art. 24.2 C.E. (derecho a un juicio con todas las garantías) derivado de la ampliación de los hechos del auto de apertura del juicio oral, realizada por la Magistrada-Presidenta, a instancias del M. Fiscal.

1. El recurrente en la presente censura cuestiona la desestimación por el TSJG de su alegación de ampliación indebida por la Magistrada-Presidenta, a instancia del Ministerio Fiscal, de los hechos del auto de apertura de juicio oral, a cuestiones que carecían de relevancia penológica, constituyendo tal pretensión un nuevo presupuesto fáctico del reconocimiento de la atenuante analógica de vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (sic).

2. El motivo no puede prosperar por no producirse la infracción denunciada. La resolución que acuerda abrir el juicio oral ex artículo 33 LOTJ no define el objeto del proceso, ni delimita los delitos que pueden ser objeto de enjuiciamiento, ni supone ninguna vinculación respecto de los hechos imputados, ya que unos y otros deben quedar inicialmente concretados en los escritos de conclusiones provisionales de las partes acusadoras, y finalmente en las conclusiones definitivas.

La ampliación de los hechos del auto de apertura de juicio oral, realizada por la Magistrada-Presidenta del Jurado a instancias del Ministerio Fiscal, tenía por objeto hechos que ya previamente se reflejan en el escrito de conclusiones provisionales del Fiscal y que el instructor omitió, lo que se acredita con la mera confrontación del referido auto de apertura de juicio oral con el escrito de conclusiones provisionales del Ministerio Fiscal.

A su vez tal pretensión ya fue igualmente resuelta con plena corrección por el T.S.J. en su auto de 9 de marzo de 2015, argumentando que

los puntos cuya inclusión solicita el Fiscal constaban ya en su escrito de calificación provisional.

El motivo ha de rechazarse.

VIGÉSIMO NOVENO.- En el motivo número 25ª el recurrente con sustento en los tan repetidos arts. 5.4 L.O.P.J. y 852 L.E.Cr., alega vulneración del derecho a un juicio con todas las garantías (art. 24.2 C.E.), consecuencia del pronunciamiento de la Magistrada-Presidenta sobre la pertinencia de los medios de prueba propuestos por las partes en los autos resolutorios de las cuestiones previas de 20 de octubre de 2014 y 30 de octubre de 2014, no revisado por el T.S.J. (art. 37.e) L.O.T.J. a sensu contrario).

1. Concretamente el impugnante cuestiona la desestimación por el TSJG de su alegación de vulneración del derecho del recurrente a un proceso con todas las garantías, derivado de la resolución por la Magistrada-Presidenta del tribunal del jurado, en trámite de cuestiones previas, acerca de la pertinencia o no de las pruebas propuestas no impugnadas por las partes en dicho trámite, anticipándose al momento procesal oportuno para tal decisión, que sería el auto de hechos justiciables; y condicionando la decisión de quien finalmente dictó dicha resolución, que en el presente caso se trató de un Magistrado-Presidente diferente, por sustitución de la anterior por grave enfermedad. Alega que tal pretensión la mantiene a pesar de recibir el rechazo de dos órganos jurisdiccionales porque constituye un nuevo presupuesto fáctico del reconocimiento de la atenuante analógica de vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías.

2. Las pruebas solicitadas por el hoy recurrente al personarse ante la Audiencia Provincial por medio de escrito de fecha 10/09/2014, en el que planteó cuestiones previas, se concretan: 1) en la solicitud de que se librase exhorto al juzgado de Navalcarnero para la identificación de un procedimiento

incoado a raíz de una denuncia contra Don Ramiro Cerón Jaramillo, frente al que se dictó auto de sobreseimiento y archivo de dicha causa; 2) la unión de los artículos periodísticos sobre el caso de "el secuestrador de Ciudad Lineal"; 3) la incorporación de tres testimonios cuya unión no había sido aceptada por el Instructor (los números 4, 5 y 17 de su escrito de conclusiones provisionales). La Magistrada-Presidenta admitió dos de ellos y mantuvo el rechazo de otro que consistía en un auto de entrada y registro.

El Magistrado-Presidente que presidió el juicio oral tuvo ocasión de pronunciarse al respecto. Al inicio de las sesiones del juicio oral, por la defensa del recurrente se solicitaron una serie de diligencias de prueba, entre ellas las señaladas en el párrafo anterior salvo la remisión del oficio a Navalcarnero, de la que desistió. La consecuencia -según el recurrente- es que la queja relativa a la valoración inicial que hizo la Magistrada-Presidenta primeramente designada queda sin contenido, dado que la valoración de las pruebas sí fue finalmente realizada por el Magistrado-Presidente que presidió el juicio oral, y que sustituyó a la primera por enfermedad.

Acerca de la perspectiva material, en el recurso no se precisa nada sobre la indefensión generada por las decisiones judiciales sobre medios de prueba concretos. En tal sentido, la invocación de indefensión es solamente genérica e imprecisa.

Por lo demás si solo mantiene la pretensión impugnativa por constituir parte del presupuesto fáctico de una atenuante analógica, la improcedencia de tal pretensión, como vimos en su momento, hace que el motivo carezca de sentido, por lo que procede su rechazo.

TRIGÉSIMO.- En el motivo 26º el recurrente con igual apoyo procesal que en los precedentes (arts. 5.4 L.O.P.J. y 852 L.E.Cr.) denuncia la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías derivada de la grabación de las conversaciones mantenidas por el Sr. Basterra durante el

tiempo en que permaneció detenido en las dependencias de la Guardia Civil en Lonzas (La Coruña).

1. Con el planteamiento de este motivo el impugnante pretende el reconocimiento de que la intervención o grabación de las conversaciones mantenidas por el Sr. Basterra y la Sra. Porto, durante el tiempo que permanecieron privados de libertad en las dependencias de la Guardia Civil en Lonzas, posteriormente anuladas por la Magistrada-Presidenta en trámite de cuestiones previas (auto 24/10/2014), supuso una vulneración de los derechos fundamentales que se dejan invocados, en especial el de un proceso con todas las garantías, a los efectos de instar la aplicación de una atenuante analógica del art. 21.7º C. Penal, en relación con el apartado 6º de dicho precepto, en caso de mantenerse su condena.

Por auto de 25/9/2013 el Juez Instructor autorizó la grabación de las conversaciones mantenidas entre el Sr. Basterra Camporro y la Sra. Porto Ortega en los calabozos de la Guardia Civil de Lonzas (La Coruña), mientras duró su detención. En trámite de cuestiones previas, esta parte instó la nulidad de dicha intervención, en base a dos motivos: 1) la inconstitucionalidad de la medida en sí, al hallarse los sujetos a los que afectaba, privados de libertad, con independencia de las circunstancias que rodearon su concreta detención; y 2) subsidiariamente, porque el auto que la acordaba, no cumplía los requisitos para constituir una resolución judicial habilitante: a) porque se fundaba jurídicamente en una resolución del T.S. (la S.T.S. nº 513/2010, de 2 de junio de 2010), que abordaba un supuesto diferente, y por tanto, no amparaba la adopción de la medida en el caso concreto para el que se adoptaba; b) porque no se hallaba suficientemente motivada, en cuanto a la valoración de los indicios de la autoría de las personas investigadas, que justifique sean sometidos a una medida de investigación restrictiva de sus derechos; c) porque vulneraba los principios de proporcionalidad y subsidiariedad; y d) presentaba graves deficiencias acerca de cómo debía llevarse a cabo la intervención.

En base a tales razones, solicitó de la Magistrada-Presidenta: a) una declaración de que en la instrucción del procedimiento se habían vulnerado los derechos fundamentales del Sr. Basterra a la intimidad de sus conversaciones (art. 18.3 C.E.), a no declararse culpable (art. 24.2 C.E.), y como consecuencia de ello, a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 C.E.); b) como efecto de ello, la declaración de nulidad de las grabaciones, por aplicación del art. 238 L.O.P.J., y de todas las diligencias practicadas en función de su contenido, conforme a lo previsto en el mismo precepto y en el art. 11 L.O.P.J.

2. Como quiera que mientras se sustanciaba el incidente, fue dictada la S.T.C. nº 145 de 22/09/2014, que declaró la nulidad de las grabaciones en calabozos, por tratarse de una limitación del derecho al secreto de las comunicaciones, no regulada legalmente, la Magistrada-Presidenta aplicó dicho fallo al caso presente, declarando nulas las referidas grabaciones en calabozos. Tal decisión no fue alterada en el recurso de apelación dictado el 9 de marzo de 2015 por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

Por lo demás resulta evidente que todas las diligencias obrantes en autos son autónomas de la escucha. En efecto, existe desconexión causal entre las escuchas y las restantes diligencias practicadas en la instrucción, o lo que es igual, no existe conexión de antijuridicidad entre la intervención anulada y las demás diligencias. Y que esto es así, se demuestra porque: a) Las diligencias no se dirigieron contra los acusados por la escucha. b) Ni el auto acordando los registros en las viviendas de Montouto-Teo, C/ Doctor Teijeiro y C/ República Argentina de fecha 22.09.13 (obrante en folios 15 y 16) ni el auto decretando el secreto de fecha 23.09.13 (obrante en folios 17 y 18), ni los autos de prisión contra Porto y Basterra de fecha 27.09.13 (folios 323 a 325 y 339 a 341 respectivamente) se motivaron en la escucha. c) Tampoco las diligencias posteriores traen causa o se derivan de la escucha. Por tanto, no hay contaminación o menoscabo de derecho fundamental alguno y las demás pruebas son total y absolutamente lícitas.

Por lo alegado el motivo debe decaer.

TRIGÉSIMO PRIMERO.- En el motivo número 27º, el recurrente al amparo del art. 5.4 L.O.P.J., alega vulneración del derecho constitucional a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 C.E.).

1. El recurrente hace referencia a la existencia de dos demoras anormales en la tramitación del procedimiento, ajenas a la actuación de la parte recurrente: la primera, durante los trámites ante el TSJG del recurso de apelación de las cuestiones previas, basándose en que se dilataron más de tres meses desde la interposición del último de los recursos hasta el día de la vista; la segunda, durante los trámites, también ante dicho Tribunal, de los recursos de apelación contra la Sentencia del Tribunal del Jurado, basándose en que trascurrió un mes desde el señalamiento de la vista del recurso y su celebración, desde el 12/01/2016 hasta el 23/02/2016. La pretensión tiene por objeto solicitar el reconocimiento para Alfonso Basterra, en caso de mantenerse su condena, de la circunstancia atenuante del art. 21.6 C. Penal.

2. El motivo vigésimo séptimo no puede ser acogido por las razones que a continuación desarrollamos como bien apunta la recurrida Asociación Clara Campoamor. Conforme al art. 21.6 C.P. para que las dilaciones del procedimiento puedan dar lugar a la apreciación de la atenuante, se requiere que sean extraordinarias e indebidas, que no sean atribuibles al propio inculpado y que no guarden proporción con la complejidad de la causa.

No concurre la primera dilación indebida alegada por el recurrente durante los trámites ante el TSJG del recurso de apelación de las cuestiones previas. Lo cierto es que en la tramitación del recurso de apelación referido se planteó una disparidad acerca de la tramitación procedente entre el recurso formulado por la defensa de Alfonso Basterra y el formulado por la defensa de Rosario Porto, por lo que la defensa del Sr. Basterra pretendió que la Magistrada-Presidenta del Jurado dejase sin efecto la providencia de 5 de

noviembre de 2014 por la que se acordó tramitar el recurso de la Sra. Porto ex artículo 766.3 LECrim., para que se tramitase ex artículo 846 bis d) o, subsidiariamente, ex art. 224 LECrim.

Se recibieron las actuaciones por el TSJG el día 11 de diciembre de 2014 y el día 17 de diciembre se personó ante la Sala del TSJG la última de las representaciones procesales de las partes (la defensa de Alfonso Basterra). Por providencia de fecha 23 de noviembre de 2914 se acordó por la Sala oir a las partes sobre la disparidad de tramitaciones.

Oídas las partes, la Sala acordó por providencia de fecha 20 de enero de 2015 darles vista para instrucción ex art. 229 LECrim. Instruidas se señaló día para la celebración de la vista de los recursos con arreglo al plazo previsto en el artículo 230 LECrim., fijándose al efecto el 27/02/2014. La realidad es que desde que se recibieron las actuaciones por el TSJG y la celebración de la vista trascurrieron tan sólo dos meses, durante los que se llevó a cabo la tramitación de lo expuesto por las discrepancias procedimentales planteadas exclusivamente por la defensa del Sr. Basterra, y sin que en ningún momento se produjera paralización o dilación indebida, por lo que la primera dilación denunciada no puede prosperar.

3. Tampoco concurre la segunda dilación referida a los trámites, también ante el Tribunal Superior de Justicia, de los recursos de apelación contra la Sentencia del Tribunal del Jurado, basándose en que transcurrió un mes desde el señalamiento de la vista del recurso y su celebración, desde el 12/01/2016 hasta el 23/02/2016.

Es evidente, que dada la complejidad de la causa que motivó que las sesiones del juicio ante el Jurado se extendieran por el período de un mes, no concurre la infracción denunciada por la recurrente, ya que el plazo de un mes en ningún caso puede considerarse como una dilación extraordinaria y menos en un procedimiento de la extensión y complejidad del presente.

En definitiva, no se han producido las dilaciones indebidas alegadas por la recurrente, con lo que no ha lugar a estimar la infracción denunciada a través del presente motivo de recurso.

TRIGÉSIMO SEGUNDO.- El motivo vigésimo octavo lo dedica el recurrente a solicitar la aplicación de la atenuante de dilaciones a que hemos hecho referencia en el motivo anterior (art. 21.6, en relación al 21.7) en su condición de analógica al objeto de compensar la agravante de parentesco, todo ello a través del cauce procesal previsto en el art. 849.1º L.E.Cr.

1. El motivo es la consecuencia lógica de la admisión del precedente. Su rechazo evita cualquier otra argumentación.

2. Consecuentemente debe mantenerse en vigor la agravante de parentesco, única concurrente.

Propugnar en una causa con una prueba prolija y abundante, dada la existencia, como único material incriminatorio, de la prueba indirecta o indiciaria, la atenuante de dilaciones por demorarse la causa a consecuencia de dos recursos, en uno de ellos dos meses y en otro un mes, constituye un despropósito por cuanto se halla dentro de una diligente tramitación procesal.

El motivo se desestima.

TRIGÉSIMO TERCERO.- El motivo número vigésimo noveno, al amparo del art. 849.1º L.E.Cr. (corriente infracción de ley) estima indebidamente aplicada la cualificativa de alevosía (art. 139.1º C.P.).

1. El recurrente pretende excluir la aplicación de la alevosía como circunstancia configurativa del asesinato, a tenor del apartado 14 del veredicto y en su consecuencia evitar la aplicación del art. 139.1.1º C.P., reduciéndose la pena en caso de mantenerse su condena.

2. En las páginas 7 y 8 del acta de votación, los Jurados explican perfectamente por qué llegan a la conclusión de que la víctima “no pudo

defenderse de modo efectivo" (objeto sometido a su consideración). Se basan en los informes de la USC y del INT. Destacan además, de forma determinante, las explicaciones que dieron los peritos José Luis Miguel Pedrero y Carmen Larrotcha Palma del INT cuando declararon por videoconferencia el 20/10/2015 que "estaría gravemente intoxicada y estarían muy limitadas sus capacidades de defensa". Además en el apartado cuarto los Jurados declararon probado que "le suministraron una cantidad de medicamento que contenía lorazepam, necesariamente tóxico, para posteriormente, cuando hiciera efecto, asfixiarla".

Asimismo, en el acta referida, el Jurado consignó:

Apartado tercero: "... Igualmente, el Jurado por unanimidad encuentra al acusado Alfonso Basterra Camporro culpable del hecho delictivo de haber dado muerte a Asunta Basterra Porto sin posibilidad de defenderse".

En definitiva, por unanimidad los jurados declararon que Asunta, de doce años de edad, no pudo defenderse de modo efectivo porque estaba bajo los efectos del medicamento que con ese fin se le había suministrado. Ni por asomo se ofreció a los jurados la posibilidad de una muerte imprudente, que no estuvo nunca en los escritos de calificación.

Resulta obvia la concurrencia de la circunstancia cualificadora de asesinato en este caso, la alevosía, porque la redacción resulta meridianamente clara: "sin posibilidad de defenderse" bastando a mayor abundamiento recordar a la defensa que fueron sus padres los que suministraron a la niña lorazepam en rango tóxico, eliminando así la posibilidad de defensa de la víctima**.**

No es necesario insistir en que, cuando menos, la modalidad alevosa de desvalimiento de la niña se impone por sí misma aunque sólo sea a la vista de los efectos descritos por los facultativos, causados por la intencionada administración en cantidad tóxica de la benzodiacepina y consistentes en somnolencia y sedación; en conclusión, se produjo una depresión generalizada

del sistema nervioso central. Prueba de ello es que la víctima no presentaba señales de defensa.

La aplicación, por tanto, de la agravante de abuso de superioridad al homicidio, no resulta en modo alguno procedente.

El motivo ha de rechazarse.

TRIGÉSIMO CUARTO.- Por último el recurrente con sede procesal en el art. 849.1º L.E.Cr. en el postrer motivo (número 30), protesta por la inaplicación de la **atenuante analógica de vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías** (sic), del art. 21.7º, en relación al apartado 6º de dicho precepto.

1. El recurrente nos dice que al computar y valorar las irregularidades producidas en el proceso, invocadas en muchos de los motivos por infracción de derechos fundamentales, en cuanto suponen una vulneración del derecho fundamental del recurrente a un proceso con todas las garantías, deben ser objeto de una respuesta penológica lenitiva por su analogía con la atenuante de dilaciones indebidas (sic). Y ello por cuanto han sido reiteradas las alusiones a irregularidades procesales compatibles con el fundamento ontológico de tal atenuación, que imponen la necesidad de compensar al imputado cuando el proceso ha infringido sus derechos fundamentales (sic).

Es indiferente, por otra parte, que se califique la atenuación de ordinaria o cualificada.

2. La pretensión ejercitada constituye un dislate jurídico, por varias razones:

a) En primer lugar las circunstancias atenuantes analógicas han de poseer y demostrar una analogía con las circunstancias "típicas o nominadas", y en este caso anudada a la atenuante de dilaciones indebidas, no tiene el menor parecido ni en la forma, ni en la teleología, ni en la ontología. Ningún

parentesco de clase alguna que permita calificarla de análoga significación a la atenuante de dilaciones indebidas existe.

b) En segundo término no poseen un efecto asimilador a otra atenuante el hecho que se hayan producido vulneraciones de derechos fundamentales, incapaces jurídicamente de alumbrar, por esa sola razón, una atenuación analógica, no se sabe con cuál atenuante concreta.

c) Tampoco las referidas vulneraciones por sí mismas producen el efecto de atenuar la pena y mucho menos por la vía analógica con la atenuante de dilaciones indebidas.

En definitiva, el motivo ha de decaer.

TRIGÉSIMO QUINTO.- La desestimación de todos los motivos alegados por uno y otro recurrente hace que las costas del recurso se impongan a éstos de conformidad al art. 901 L.E.Cr.

III. FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido **DECLARAR NO HABER LUGAR A LOS RECURSOS DE CASACIÓN** interpuestos por las representaciones de los acusados **Dña. Rosario Porto Ortega** y **D. Alfonso Basterra Camporro** contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de fecha 15 de marzo de 2016, en el que se desestimaron los recursos de apelación interpuestos por las representaciones de los anteriores acusados contra sentencia de fecha 11 de noviembre de 2015 del Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado de la Audiencia Provincial de La Coruña, Sección Sexta. Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas procesales ocasionadas en sus respectivos

recursos. Comuníquese esta resolución al mencionado Tribunal Superior de Justicia, a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa , lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Andrés Martínez Arrieta

José Ramón Soriano Soriano

José Manuel Maza Martín

Francisco Monterde Ferrer

Alberto Jorge Barreiro

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