



Roj: **STS 24/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:24**

Id Cendoj: **28079120012019100007**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **09/01/2019**

Nº de Recurso: **10336/2018**

Nº de Resolución: **700/2018**

Procedimiento: **Penal. Apelación procedimiento abreviado**

Ponente: **CARMEN LAMELA DIAZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CV 226/2018,**
STS 24/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 700/2018

Fecha de sentencia: 09/01/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10336/2018 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 19/12/2018

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

Procedencia: T.S.J.COM.VALENCIANA SALA CIV/PE

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

Transcrito por: MGS

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10336/2018 P

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

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 700/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca

D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Pablo Llarena Conde



D^a. Carmen Lamela Diaz

En Madrid, a 9 de enero de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación n.º 10336/2018, interpuesto por **D. Ernesto**, representado por la procuradora Doña Paloma González del Yerro Valdeés, bajo la dirección letrada de Don Antonio Ortíz Fernández, contra la sentencia n.º 37/2018 dictada el 23 de abril de 2018, por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que desestimó el recurso de apelación interpuesto por el recurrente contra la sentencia n.º 424/2017, de fecha 23 de noviembre, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Alicante, que le condenó por delitos de asesinato intentados, de allanamiento de morada y contra la intimidad. Es parte el Ministerio Fiscal y, como parte recurrida la acusación particular, **Don Fidel y D. Florian**, representados por el procurador Don Jorge Deleito García y bajo la dirección letrada de Doña Natividad Campus Alcaraz.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Carmen Lamela Diaz.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de DIRECCION000, incoo sumario con el número 3/2016, por delito de asesinato intentado y allanamiento de morada, contra Don Ernesto, y, concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Alicante, cuya Sección Segunda dictó, en el Rollo de Sala n.º 21/2017, sentencia en fecha 23 de noviembre de 2017, con los siguientes hechos probados:

<<PRIMERO.- El acusado, Ernesto, mayor de edad, nacido el NUM000 -1974, sin antecedentes penales, privado de libertad por esta causa desde el día 6-06-2016, era Brigada de la Guardia Civil con domicilio en la localidad de DIRECCION000, prestaba sus servicios hasta el mes de marzo de 2016 en el Acuartelamiento de esa localidad, sito en la CALLE000 n.º NUM001 de DIRECCION000.

Eva María es Guardia Civil con destino en el acuartelamiento de DIRECCION000 desde julio de 2010. En noviembre de 2012 comenzó a ocupar la vivienda sita en el Pabellón NUM002 de la CASA000 de DIRECCION000, junto a su marido Florian, también Guardia Civil, y el hijo de ambos de 3 años de edad.

Desde el mes de abril de 2011 Eva María desempeñó funciones de Atención al Ciudadano bajo el mando del procesado, el Brigada Ernesto, siendo él el responsable hasta marzo de 2016, fecha en que cesó en su destino por ascenso, residiendo también en el acuartelamiento hasta entonces.

Sobre las 12.51 horas del día 3 de junio del 2016, el procesado accedió al domicilio en el que residían Eva María, su marido Florian y el hijo de ambos de 3 años de edad, en el Cuartel de la Guardia Civil de DIRECCION000. El acceso a la vivienda se realizó mediante el empleo de una copia de las llaves de la misma, guardada por motivos de seguridad en el cuartel de la Guardia Civil. El procesado, con la intención de acabar con la vida de Eva María, Florian y su hijo, vertió un líquido sobre la comida que Florian había dejado preparada para la familia, concretamente sobre un arroz cocido. Dicho líquido, pericialmente analizado, resultó que contenía el compuesto DIRECCION002, insecticida de la familia de los organofosforados.

El DIRECCION002 es un plaguicida moderadamente peligroso. Su toxicidad depende de diferentes factores: dosis, duración y factores individuales (edad, sexo, estado de salud...) La intoxicación aguda por DIRECCION002 en los seres humanos se caracteriza por presentar una sintomatología característica que consisten en: dolor de cabeza, náuseas, mareos, contracciones musculares, debilidad, aumentos de la sudoración y la salivación. Con una exposición suficiente, puede producirse inconsciencia, convulsiones y la muerte. La exposición repetida o prolongada al DIRECCION002 puede causar los mismos síntomas que la exposición aguda.

La misma sustancia tóxica DIRECCION002 hallada en la comida sobre la que el acusado vertió el líquido, se encontraba en una botella de plástico intervenida al procesado en el anexo del acuartelamiento de DIRECCION000, durante la diligencia de entrada y registro practicada en su domicilio el día 4 de junio de 2016.

En la diligencia de entrada y registro, se le intervino al procesado en su domicilio particular un dispositivo de almacenamiento de datos (pen drive) " DIRECCION004 " "128 GB2 color plata y negro con un archivo de Word llamado MI.doc.,-archivo que fue creado por el procesado el 25.05.16 a las 11.48 horas y guardado por última vez el 03.06.2016 a las 10.56 horas, poco antes de acudir al domicilio de Eva María -el cual literalmente dice: "Bueno llego el momento de ver si de verdad tengo valor para hacerlo, lo he planificado muchas veces (al menos en mi pensamiento) pero una cosa es pensarlo y otra atreverse a hacerlo y hacerlo claro está. Pienso que soy muy cobarde para hacerlo, pero lo necesito, estoy en un constante sin vivir por su culpa, mientras tanto, ella parece ser inmensamente feliz y eso no lo puedo soportar, no me deja dormir por las noches, Me corroe la envidia, y me ahoga, si no lo hago creo que reventaré. Pero claro K a una persona no es fácil, al menos para mi,



como he dicho hay tener valor y lo estoy buscando dentro de mi, animándome para encontrarlo y ejecutarlo. Mientras tanto tengo que reconocer qué 'no he estado parado, lo he intentado en otras ocasiones, de forma diferente y si medir bien el daño que pueda causar, vamos que no he tenido en cuenta los daños colaterales, no me ha salido bien, pero un día de estos, o bien me sale bien o por el contrario me pillan. Si esto último pasa, no se que haría..."

La entrada en el domicilio de Eva María y Florian por parte del procesado no se limitó a esa única ocasión, sino que fueron numerosas las ocasiones en las que accedió al domicilio, sin que éstos lo consintieran, desde, al menos, diciembre de 2015.

Desde inicios del 2016, en las diversas ocasiones en las que accedió al domicilio de Eva María y Florian , sin el consentimiento de sus moradores, utilizado una copia de las llaves del domicilio que tenía en su poder, el procesado, con la intención de acabar con la vida de los referidos, añadió sustancias tóxicas a las comidas, que desprendían olores fuertes y sabor desagradable, siendo el mismo olor que desprendía el líquido de una de las botellas intervenidas al procesado durante la entrada y registro, que pericialmente analizada resultó contener DIRECCION005 (raticida), olor que fue reconocido por Florian .

El procesado tenía pleno conocimiento de los horarios de trabajo y pormenores familiares de Eva María y Florian , por razón de la relación laboral y de confianza que les unía, de suerte que era conocedor de la existencia de un niño de 3 años, así como de la enfermedad y tratamiento médico DIRECCION001 al que se había estado sometiendo Florian .

Además, en el transcurso de las diferentes ocasiones en las que accedió al domicilio de Eva María , se llevó consigo objetos personales de Eva María : su pasaporte, a sabiendas de que en fechas próximas el matrimonio tenía planeado un viaje; dos dni caducados y una fotografía de ella, dispositivos informáticos tipo pendrive que contenían fotografías de índole personal, familiar y algunas de carácter sexual de ella, un juego de llaves del vehículo, las del garaje, el mando del garaje, entre otros. En la entrada y registro practicada en el domicilio del procesado se le intervinieron los referidos objetos, los dispositivos informáticos y una memoria externa, propiedad de Eva María , que contenían las fotografías de índole personal y sexual de ella, así como ropa interior de ésta (varias bragas) y un juguete sexual, que el procesado se había llevado del domicilio con el ánimo de conocer la intimidad de Eva María .

SEGUNDO.- No consta acreditado que Eva María , Florian y su hijo menor tuvieran que cambiar por los hechos anteriores sus costumbres y hábitos de vida>>

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

<< **QUE DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS** A Ernesto del delito de acoso del que venía **siendo** acusado.

QUE DEBEMOS CONDENAR Y -CONDENAMOS A Ernesto como autor responsable de:

1.- dos delitos de ASESINATO INTENTADOS, ya definidos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.; por cada uno de ellos, a las penas de **TRES AÑOS Y NUEVE MESES DE PRISIÓN**, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo **durante el tiempo** de la condena;

2.- un delito de ASESINATO INTENTADO respecto de un menor de dieciséis años, ya definido, sin la concurrencia . de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de **DIEZ AÑOS DE PRISIÓN**, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena;

3.- un delito continuado de ALLANAMIENTO DE MORADA, ya definidos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de **UN AÑO Y TRES MESES DE PRISIÓN**, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y;

4.- un delito continuado agravado CONTRA LA INTIMIDAD, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena **TRES AÑOS Y TRES MESES DE PRISIÓN**, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y **VEINTIÚN MESES DE MULTA** con CUOTA DIARIA DE OCHO EUROS; y

5.- imponemos al condenado la medida de libertad vigilada por tiempo de CINCO AÑOS, que en todo caso consistirá en la prohibición de acercamiento a Eva María , Florian y Nicanor , a sus domicilios, lugares de trabajo o estudio y lugares que frecuenten habitualmente, a menos de 500 metros, y a la prohibición de comunicarse con ellos por cualquier medio;

6.- condenamos a Ernesto a que indemnice a Eva María y a Florian en la cantidad de diez mil euros a cada uno de ellos, más los intereses del art. 576 de la LEC , por el daño moral causado;



7.- Condenamos a Ernesto a que abone cinco sextas partes de las costas de este juicio, incluidas las de la acusación particular.

Declaramos de oficio una sexta parte de las costas procesales.>>

TERCERO.- Interpuesto en tiempo y forma recurso de apelación contra dicha resolución, ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, dictándose por esta Sala sentencia de fecha 23 de abril de 2018, en el Rollo de Apelación de Apelación nº 42/2018, con el siguiente pronunciamiento:

<< Fallo: 1º Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por Ernesto contra la sentencia núm. 424/2017, de fecha 23 de noviembre, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Alicante .

2º Se imponen las costas de esta alzada a la parte apelante.>>

CUARTO .-Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación, por infracción de Ley, por la representación procesal, del acusado, Don Ernesto , que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

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

Primero.- Infracción de ley por vía casacional del art. 852 LECr . por vulneración del art. 24.2 de la Constitución Española que garantiza el derecho a la presunción de inocencia en relación con el art. 139.1 del Código Penal .

Segundo.- Infracción de ley por vía 849.1 LECr. por infracción y aplicación indebida del art. 139 del Código Penal .

Tercero.- Infracción de ley por vía 849.1 LECr. por infracción y aplicación indebida de los arts. 139.1 y 140.1.1ª del Código Penal .

Cuarto.- Infracción de ley por vía del art. 852 LECr . vulneración del art. 24.1 y 2 CE que garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva, a un procedimiento público con todas las garantías sin indefensión y al derecho de defensa (acusación sobrevenida por delito de asesinato -en grado de tentativa-).

Quinto.- Infracción de ley por vía del art. 852 LECr . vulneración del derecho a la presunción de inocencia respecto de la condena por delito continuado de revelación de secretos (art. 197 CP) y allanamiento de morada (art. 202 CP) en relación con el art. 74 CP .

Sexto .- Infracción de ley por vía del art. 849.1 LECr . por aplicación indebida del art. 74 -continuidad delictiva- en relación con el art. 197 del Código Penal).

Séptimo.- Infracción de ley por vía del art. 852 LECr . por vulneración del derecho a la presunción de inocencia respecto de la condena por delito continuado de revelación de secretos (art. 197.5 CP).

Octavo.- Infracción de ley por vía del art. 849.1 LECr . por infracción y aplicación indebida del art. 197.5 CP .

Noveno. Infracción de ley por vía del art. 849.1 LECr . por infracción y aplicación indebida del art. 202 del Código Penal en relación con el artículo 8 del mismo texto legal .

Décimo.- Infracción de ley por vía del art. 849.1 LECr . por infracción del art. 116 del Código Penal .

SEXTO. -Instruidas las partes, el Ministerio Fiscal y la parte recurrida, solicitan la inadmisión de todos los motivos, impugnándolos subsidiariamente; la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento del fallo/vista prevenido, se celebró deliberación y votación el día 19 de diciembre de 2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurrente, Don Ernesto , ha sido condenado en sentencia confirmada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia de Valencia, como autor de: 1) dos delitos de asesinato intentados a sendas penas de 3 años y 9 meses de prisión y las accesorias; 2) de un delito asesinato intentado contra un menor de 16 años a la pena de 10 años de prisión y las accesorias; 3) de un delito continuado de allanamiento de morada, a la pena de 1 año y 3 meses de prisión y a las accesorias; y 4) de un delito continuado agravado contra la intimidad a las penas de 3 años y 3 meses de prisión, las accesorias y 24 meses de multa con cuota diaria de 8 euros. Además, al condenado le fue impuesta la medida de libertad vigilada por 5 años con prohibición de acercamiento a sus víctimas y la obligación de indemnizar a Doña Eva María y a Don Florian en la cantidad



de diez mil euros a cada uno de ellos, más los intereses del art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por el daño moral causado.

El recurso concretamente se dirige contra la sentencia núm. 37/2018, de fecha 23 de abril de 2018, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Valencia, en el Rollo de Apelación núm. 42/2018, por la que se desestima el recurso de apelación interpuesto por Don Ernesto contra la sentencia núm. 424/2017, de fecha 23 de noviembre, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Alicante .

Diez son los motivos del recurso:

1º.- Infracción de ley por vía casacional del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por vulneración del artículo 24.2 de la Constitución Española que garantiza el derecho a la presunción de inocencia en relación con el art. 139.1 del Código Penal ..

2º.- Infracción de ley por vía 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por infracción y aplicación indebida del artículo 139 del Código Penal .

3º.- Infracción de ley por vía del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por infracción y aplicación indebida de los artículos 139.1 y 140.1.1ª del Código Penal .

4º.- Infracción de ley por vía del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por vulneración del artículo 24.1 y 2 de la Constitución Española que garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva, a un procedimiento público con todas las garantías sin indefensión y el derecho de defensa (acusación sobrevenida por delito de asesinato -en grado de tentativa-).

5º.- Infracción de ley por vía del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por vulneración del derecho a la presunción de inocencia respecto de la condena por delito continuado de revelación de secretos (artículo 197 del Código Penal) y allanamiento de morada (artículo 202 del Código Penal) en relación con el artículo 74 del Código Penal .

6º.- Infracción de ley por vía del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por aplicación indebida del artículo 74 -continuidad delictiva- en relación con el art. 197 del Código Penal).

7º.- Infracción de ley por vía del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia respecto de la condena por delito continuado de revelación de secretos (artículo 197.5 del Código Penal).

8º.- Infracción de ley por vía del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por infracción y aplicación indebida del artículo 197.5 del Código Penal .

9º.- Infracción de ley por vía del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por infracción y aplicación indebida del art. 202 del Código Penal en relación con el artículo 8 del mismo texto legal .

10º.- Infracción de ley por vía del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por infracción del art. 116 del Código Penal .

SEGUNDO.- 1. Alega Don Ernesto , como primer motivo del recurso, infracción de ley al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por vulneración del artículo 24.2 de la Constitución Española que garantiza el derecho a la presunción de inocencia en relación con el art. 139.1 del Código Penal .

El segundo motivo se articula por infracción de ley al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por infracción y aplicación indebida del art. 139 del Código Penal .

El quinto motivo se deduce por infracción de ley al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por vulneración del derecho a la presunción de inocencia respecto de la condena por delito continuado de revelación de secretos (artículo 197 del Código Penal) y allanamiento de morada (artículo 202 del Código Penal) en relación con el artículo 74 del Código Penal .

El séptimo motivo del recurso se deduce por infracción de ley al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia respecto de la condena por delito continuado de revelación de secretos del artículo 197.5 del Código Penal .

Por razones de sistemática casacional damos respuesta conjunta a estos motivos en los que, pese a la distinta vía casacional articulada, el recurrente denuncia una misma infracción o lo hace a través del mismo cauce casacional.

2. A través del desarrollo de los dos primeros motivos denuncia ausencia de racionalidad y motivación de la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia. Entiende que no existe prueba válida y suficiente para



concluir que la conducta de Don Ernesto estuvo presidida por el ánimo de matar, contraviniéndose las reglas de la lógica, de la experiencia y de las ciencias.

Señala el recurrente que no existía un móvil o causa precedente que justificara un ánimo ni interés de Don Ernesto en acabar con las vidas de Doña Eva María, su marido y su hijo. En este sentido expone que éste ha negado no solo el ánimo de matar sino incluso el de lesionar. Igualmente resalta que, conforme se desprende del contenido de los informes emitidos por el Instituto de Toxicología y los Peritos de Farmacia, la concentración de DIRECCION002 en la sustancia vertida en la comida el día 3 de junio de 2016 e intervenida en sus dependencias del acuartelamiento de DIRECCION000 era ínfima y se trata de una sustancia catalogada como moderadamente peligrosa, lo que impedía que pudiera haber provocado siquiera una intoxicación aguda o crónica, por lo que no existía ningún riesgo ni para la vida ni para la integridad física. Defiende que se trataba de un medio inidóneo para poder atentar contra la vida, por lo que resulta imposible atribuir, en base al mismo, ninguna clase de dolo homicida al acusado. Considera que la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia efectúa una interpretación inversa, arbitraria e irracional contra reo que no se corresponde con los datos concretos, objetivos y acreditados. También sostiene que la interpretación que ha efectuado el Tribunal Superior de Justicia, por remisión a la sentencia dictada por la Audiencia, de la nota de texto en formato "Word" encontrada en los efectos pertenecientes al acusado es errónea, arbitraria y contra reo. Se refiere también al informe emitido por la psicóloga Doña Aurelia en relación al acusado, que no ha sido tomado en consideración ni por el Tribunal Superior de Justicia ni por la Audiencia refiriendo que éste se guiaba por la "Irracionalidad de su pensamiento e inconsciencia de sus actos. Fantasía por parte de Ernesto, una ideación irracional de la realidad", no teniendo por tanto consciencia ni voluntad de dañar físicamente a Doña Eva María ni a su familia, mucho menos por supuesto aceptar siquiera la probabilidad de matarlos.

Trata asimismo de combatir el tercer elemento de convicción valorado en la instancia y confirmado por el Tribunal de apelación, elemento consistente en que antes del día 3 de junio de 2016 el acusado ya se había introducido varias veces en la vivienda de Doña Eva María y de su familia y había arrojado sustancias tóxicas en las comidas. Para ello señala que las declaraciones de Doña Eva María y su marido en este sentido carecen de corroboración objetiva. Añade que existe una inconcreción en las fechas, momentos y supuestos en que se atribuye a Don Ernesto la supuesta comisión de tales hechos, y que no consta la existencia de sustancias tóxicas en las comidas ni asistencias médicas a Doña Eva María, a su marido o a su hijo por el consumo de tales sustancias. Considera que la detección olfativa de Florian sobre el contenido de una botella hallada en el domicilio del acusado y que contenía DIRECCION005, carece de aptitud probatoria alguna al no haberse practicado a presencia judicial y de la Letrada del Sr. Ernesto. Añade que en todo caso tal prueba carece de fiabilidad, que no ha sido cuantificado el DIRECCION005 en las muestras analizadas y que la concentración en ellas de DIRECCION005 es muy baja, razón por la que resulta muy difícil una intoxicación involuntaria o accidental con tal sustancia. Por último destaca que la factura de la compra de dicha sustancia es de fecha 30 de marzo de 2016.

Analiza las pruebas practicadas y concluye estimando que no existe constancia ni prueba objetiva alguna del empleo de alguna clase de sustancia tóxica por parte de Don Ernesto con antelación al día 3 de junio de 2016, ni que esa sustancia fuera DIRECCION005. Tampoco de que la sustancia contuviera concentración suficiente de toxicidad como para determinar consecuencia lesiva alguna y menos aún letal.

A través del quinto motivo del recurso apunta que la sentencia impugnada no contiene razonamiento lógico, suficiente y razonable en función de las pruebas practicadas para la condena a Don Ernesto por los delitos de allanamiento de morada y revelación de secretos. Considera que las declaraciones testimoniales prestadas por Doña Eva María y por Don Florian y los efectos incautados en la entrada y registro del domicilio de Don D. Ernesto y en el anexo del acuartelamiento no son suficientes para alcanzar una convicción de culpabilidad frente a este último. Destaca que Don Ernesto ha negado siempre la variedad de accesos clandestinos al domicilio así como que durante los mismos se sucedieran las aprehensiones de los efectos que le fueron incautados. Para el impugnante no existe en el factum concreción de fechas en las cuales se llevaron a cabo los hechos. Tampoco han sido concretadas por los denunciantes, quienes, a su juicio, tampoco aportan elemento objetivo ni prueba externa alguna que permita un juicio inculpatario. Por último, entiende difícilmente puede atribuirse a Don Ernesto ni presumir, ni siquiera de forma hipotética, ninguna supuesta continuidad de los supuestos accesos domiciliarios desde tales fechas "hasta el 3 de junio de 2016" teniendo en cuenta que el día 7 marzo de 2016 causó baja definitiva en el Puesto de DIRECCION000, cesando en la Comisión de Servicio, y que con fecha 15 de marzo de 2016 abandonó definitivamente el Pabellón oficial que ocupaba, haciendo entrega de las llaves del mismo.

En el séptimo motivo del recurso denuncia también vulneración del derecho a la presunción de inocencia respecto de la condena por delito continuado de revelación de secretos del artículo 197.5 del Código Penal, al considerar que no existe constancia alguna en las actuaciones, ni ninguna clase reproducción gráfica que



permita verificar la existencia de fotografía o video de contenido sexual de Doña Eva María . Añade que tampoco concurre dolo o ánimo de realizar un acto posterior, descubrir el secreto o vulnerar la intimidad de otro.

En suma, las manifestaciones que efectúa vienen a ser expresión de su desacuerdo con la valoración de la prueba efectuada en primera instancia y asumida por el Tribunal Superior de Justicia.

2. La presunción de inocencia es un derecho fundamental reconocido en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. El artículo 6 del Tratado de la Unión Europea (TUE) dispone que la Unión respetará los derechos fundamentales, tal y como se garantizan en el CEDH, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros.

Conforme expone el Considerando 22 de la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio, la carga de la prueba para determinar la culpabilidad de los sospechosos y acusados recae en la acusación, y toda duda debe beneficiar al sospechoso o acusado. Se vulneraría la presunción de inocencia si la carga de la prueba se trasladase de la acusación a la defensa, sin perjuicio de las posibles potestades de proposición de prueba de oficio del órgano jurisdiccional, ni de la independencia judicial a la hora de apreciar la culpabilidad del sospechoso o acusado, ni tampoco de la utilización de presunciones de facto o de iure relativas a la responsabilidad penal de un sospechoso o acusado. Dichas presunciones deben mantenerse dentro de unos límites razonables, teniendo en cuenta la importancia de los intereses en conflicto y preservando el derecho de defensa, y los medios empleados deben guardar una proporción razonable con el objetivo legítimo que se pretende alcanzar. Además, aquéllas deben ser iuris tantum y, en cualquier caso, solo deben poder utilizarse respetando el derecho de defensa.

En consonancia con ello, el artículo. 6.1 de la referida Directiva establece que los Estados miembros garantizarán que la carga de la prueba para determinar la culpabilidad de los sospechosos y acusados recaiga en la acusación. Esta disposición se entiende sin perjuicio de cualquier obligación del juez o tribunal competente de buscar pruebas tanto de cargo como de descargo, y del derecho de la defensa a proponer pruebas con arreglo al Derecho nacional aplicable.

A nivel nacional, el derecho a la presunción de inocencia está reconocido, con carácter de fundamental y rango constitucional, en el artículo. 24.2 de la Constitución Española ("Todos tienen derecho...a la presunción de inocencia").

Como explican numerosas resoluciones de esta Sala, (SS 1126/2006, de 15 de diciembre , 742/2007, de 26 de septiembre , y 52/2008, de 5 de febrero), cuando se alega infracción de este derecho a la presunción de inocencia, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del Juzgador de instancia, porque a este solo corresponde esa función valorativa, pero sí puede este Tribunal verificar que, efectivamente, el Tribunal a quo contó con suficiente prueba de signo acusatorio sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, para dictar un fallo de condena, cerciorándose también de que esa prueba fue obtenida sin violar derechos o libertades fundamentales y sus correctas condiciones de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción; comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el Juzgador el proceso de su raciocinio, al menos en sus aspectos fundamentales, que le han llevado a decidir el fallo sin infringir en ellos los criterios de la lógica y de la experiencia (STS 1125/2001, de 12 de julio).

Fuera de esas comprobaciones, debe acabar la función casacional respecto a las impugnaciones referidas a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, tanto en relación a las sentencias dictadas en los procedimientos sometidos al Tribunal del Jurado, los cuales, como veíamos, están sometidos al doble examen o doble instancia, como con respecto a las sentencias dictadas bajo la cobertura de la reforma operada por Ley 41/2015, de 5 de octubre, que ha establecido una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la instancia. Y ello por cuanto que la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad ya ha sido realizada por el Tribunal de apelación.

Como indican, entre otras, las STSS 476/2017, de 26 de junio y 238/2018 de 22 mayo, la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal operada por la Ley 41/2015, modificó sustancialmente el régimen impugnatorio de las sentencias de la jurisdicción penal, al generalizar la segunda instancia, bien ante la Audiencia Provincial o bien ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, estableciendo un régimen de casación con un contenido distinto, según los supuestos. Estas profundas modificaciones legales satisfacen una antigua exigencia del orden penal de la jurisdicción, la doble instancia. Ahora, una vez superada la necesidad de



atender la revisión de las sentencias condenatorias exigidas por los Tratados Internacionales, la casación ha de ir dirigida a satisfacer las exigencias necesarias de seguridad jurídica y del principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley, a través de la función nomofiláctica, esto es, fijar la interpretación de la ley para asegurar la observancia de ambos principios, propiciando que la ley se aplique por igual a todos los ciudadanos y que la aplicación de la norma penal sea previsible.

3. En el marco expuesto, el examen de la sentencia dictada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia conduce a la desestimación de estos motivos.

Efectivamente, la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Valencia ofrece contestación al recurrente sobre todas y cada una de las cuestiones suscitadas, ofreciendo explicación coherente y clara de lo ocurrido, que, además, viene amparada por el resultado de los medios probatorios practicados.

En la misma ha sido reexaminada la prueba practicada ante la Audiencia. De esta manera analiza la composición, características y efectos que puede producir el DIRECCION002 de modo acorde con el resultado de las pruebas periciales practicadas. A continuación señala que con una exposición suficiente, el DIRECCION002 puede producir inconsciencia, convulsiones y la muerte; su exposición repetida es susceptible de causar los mismos resultados que la exposición aguda. Igualmente coincide con la sentencia dictada por la Audiencia en que, desde una perspectiva ex ante, la conducta del acusado no era absolutamente inidónea para producir la muerte de sus víctimas, no se trataba de una mera tentativa irreal, imaginaria o fantasiosa. Y considera que el acusado no tenía un dominio de cuál iba a ser el resultado tóxico definitivo que sufrirían sus víctimas si hubiesen ingerido los alimentos adulterados; no podía tenerlo máxime tratándose de un niño de tres años (el hijo de Doña Eva María) y de un adulto (su marido Sr. Nicanor) en situación de vulnerabilidad por su tratamiento DIRECCION001 de DIRECCION003 .

Sobre esta cuestión, la sentencia núm. 476/2009, de 7 de mayo da respuesta desde la construcción dogmática de la imputación objetiva, que permite afirmar que, cuando se trata de delitos de resultado, el mismo es imputable al comportamiento del autor si éste crea un riesgo, jurídicamente desaprobado, y de cuyo riesgo el resultado es su realización concreta.

En el mismo sentido hemos señalado en la sentencia núm. 693/2015, de 7 de noviembre , que "la tentativa es idónea cuando la acción era objetivamente adecuada ex ante para causar la muerte a la víctima, y además ex post se comprobó que se generó un peligro concreto para el bien jurídico de la vida." Y en las sentencias núm. 764/2014 y 101/2018 de 28 de febrero leemos: "Objetivamente quiere decir que el plan o actuación del autor, así como los medios utilizados, 'objetivamente' considerados, son racionalmente aptos para ocasionar el resultado."

La tentativa objetivamente considerada ex post, siempre es inidónea para consumir el delito, lo cual no implica que los hechos realizados por el sujeto deban quedar impunes cuando objetivamente se ha puesto en peligro el bien jurídico protegido por el tipo penal. En este sentido, el artículo 16.1 del Código Penal señala que "hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor." Ello implica que debe concurrir el dolo por parte del autor, quien además debe haber iniciado la fase ejecutiva con actos que impliquen "objetivamente" un peligro para el bien jurídico protegido.

Esta puesta en peligro del bien jurídico protegido debe determinarse a partir de criterios objetivos a través de los cuales se deduzca cual era el propósito del sujeto activo al acometer su acción, teniendo en cuenta las circunstancias y contexto en el que actuó.

Solo será punible la que objetivamente con una consideración ex ante, puede llegar a materializarse en su resultado consumativo.

En el caso de autos, los hechos objetivos sobre los que el Tribunal Superior de Justicia asienta sus conclusiones, asumiendo los razonamientos de la Audiencia, no disienten en general con los expuestos por el recurrente. Que las muestras analizadas no tuvieran la concentración necesaria para producir la muerte de las personas que pudieran llegar a ingerir los alimentos sobre los que aquéllas fueron vertidas, no desvirtúa las conclusiones alcanzadas por el Tribunal, que considera que la conducta del acusado no era absolutamente inidónea. Tal conclusión es racional y lógica, teniendo en cuenta que la acción del acusado se mostró como peligrosa ex ante, poniendo objetivamente en peligro la vida de sus víctimas. Decidió vulnerar el bien jurídico protegido por el tipo penal por el que ha sido condenado a través de una acción que no resultaba ajena a la órbita del tipo, utilizando además medios idóneos. De hecho el acusado conocía la toxicidad de las sustancias utilizadas y las circunstancias personales de sus víctimas. Aduce el recurrente que el acusado tenía conocimientos sobre las sustancias utilizadas y que por ello sabía que eran inocuas. Sin embargo, las periciales



practicadas no califican las sustancias de inocuas sino que hacen depender los efectos de la sustancia de diversos factores como la dosis, duración y ruta de exposición, forma y estructura de la sustancia química y factores humanos individuales (edad, estado de salud etc). Aun cuando las cantidades de tales sustancias encontradas en la comida y en el domicilio del acusado no fueran suficientes para ocasionar la muerte en humanos, no fueron las únicas utilizadas o en disposición de ser utilizadas por éste para adulterar la comida de Doña Eva María y de su familia. El conocimiento que podía tener el acusado de las dos sustancias utilizadas venía determinado por el uso por su familia y por él mismo como insecticida (DIRECCION002) y como cebo para ratas y ratones (DIRECCION005), lo que evidencia es que conocía, no que su consumo fuera inocuo, sino, por el contrario, que su contenido era tóxico y por tanto sus efectos perniciosos en caso de consumo humano, máxime teniendo en cuenta las circunstancias que, como se ha indicado, concurrían en sus víctimas, entre las que se encontraban un niño de tres años y un adulto recientemente tratado con DIRECCION003 .

El Tribunal ha valorado también otros datos obtenidos a través de la prueba practicada. Fundamentalmente ha valorado la pluralidad de ocasiones en las que el acusado vertió sustancias tóxicas en la comida que habrían de ingerir sus víctimas hecho que considera acreditado a través de la declaración de la Sra. Eva María y del Sr. Florian a las que ha dotado de credibilidad por su persistencia, coincidencia, ausencia de animadversión frente al acusado (tenían buena relación con el acusado e incluso confiaban en él) y corroboración por otros elementos probatorios como la declaración del acusado, objetos de las víctimas obrantes en su poder y grabación efectuada el día 3 de junio de 2016. Aun cuando lógicamente los perjudicados no han podido ofrecer día concreto en que tuvieron lugar los hechos denunciados, los mismos quedan circunscritos a un periodo de tiempo muy concreto, entre el mes de diciembre de dos mil quince y el mes de junio de dos mil dieciséis. También ha sido objeto de valoración la nota de texto en formato "Word" encontrada en los efectos pertenecientes al acusado cuyo contenido fue analizado de forma detallada, racional y lógica por el Tribunal de instancia, y asumido por el Tribunal Superior de Justicia, en relación con los hechos que tuvieron lugar antes e inmediatamente después del último acceso realizado por el acusado.

Finalmente, el análisis conjunto de todos estos hechos ha llevado al Tribunal a inferir de manera lógica el ánimo que presidió la actuación, esto es, el ánimo de acabar con la vida de la Sra. Eva María y su familia.

Se trata de datos plurales, interrelacionados y concomitantes a partir de los cuales el ánimo de matar que presidió la actuación del acusado constituye una deducción razonable según las reglas de la lógica y de la experiencia. Deducción que no viene desvirtuada por ninguna explicación verosímil que aminore la razonabilidad de aquella inferencia.

4. Denuncia también el recurrente a través de los dos primeros motivos que la detección olfativa que Don Florian efectuó sobre el contenido de una botella hallada en el domicilio del acusado y que contenía DIRECCION005 , carece de aptitud probatoria alguna al no haberse practicado a presencia judicial y de la Letrada del Sr. Ernesto .

Se trata de un hecho del que el recurrente ha tenido conocimiento desde el inicio del procedimiento no habiendo efectuado objeción alguna, ni durante la instrucción de la causa, ni en el acto del Juicio Oral, ni en el recurso de apelación formulado contra la sentencia dictada por la Audiencia. Tal circunstancia debería llevar sin más a rechazar la queja que efectúa en este momento.

En todo caso, la botella que contenía el líquido que fue olido por el Sr. Florian (fotografía 38, f. 81) se encontraba entre las que fueron encontradas en los registros practicados a presencia del acusado y de su Letrada. No se ha impugnado la cadena de custodia de las sustancias que no obstante fue explicada por el Instructor del atestado en el acto del Juicio Oral. Además, en aquel acto declaró el funcionario NUM003 ratificando la diligencia que se extendió cuando se mostraron a las víctimas los objetos hallados en los registros, momento en que Don Florian identificó el olor de una de las botellas con el que desprendían algunas de las comidas adulteradas.

El testigo es llamado a declarar, según su experiencia personal, acerca de la existencia y naturaleza de unos hechos conocidos con anterioridad al proceso por haberlos presenciado o por haber tenido conocimiento de ellos por otros medios. Tales conocimientos pueden ser percibidos por cualquiera de los sentidos. Y en el presente caso el testigo había puesto de manifiesto en su denuncia un extremo muy concreto, esto es, se refirió a un olor determinado que desprendían algunos de los alimentos adulterados, al igual que refirió determinados objetos que habían desaparecido de su domicilio. Ante ello, le fueron mostradas las botellas halladas en los registros que contenían diversas sustancias, al igual que le fueron mostrados determinados objetos encontrados en los registros para que manifestara si alguna de aquéllas olía de la misma forma que algunas de las comidas adulteradas y si reconocía como suyos alguno o algunos de los demás objetos recogidos en los registros efectuados. En consecuencia ninguna irregularidad se observa en la diligencia practicada de esta manera.



5. La convicción sobre la participación del acusado en los delitos continuados de revelación de secretos y allanamiento de morada se ha alcanzado a través del material probatorio obtenido en el acto del Juicio Oral. En tal acto prestaron declaración como testigos Doña Eva María y Don Florian . Como ya se ha expuesto, el Tribunal ha valorado la credibilidad que concede a tales testimonios explicando los motivos que le llevan a darles prevalencia sobre las manifestaciones de descargo efectuadas por el Sr. Ernesto .

Tal y como reiteradamente viene declarando este Tribunal (sentencia 644/2013, de 19 de julio , con expresa cita de las sentencias núm. 187/2012, de 20 de marzo , 688/2012, de 27 de septiembre y 724/2012, de 2 de octubre) "... la declaración de la víctima puede ser considerada prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia, aunque sea la única prueba concurrente, lo que es frecuente que suceda en casos de agresión sexual. También es reiterada la doctrina jurisprudencial que sostiene que la credibilidad del testimonio de las víctimas corresponde valorarla al órgano de enjuiciamiento, que es el que dispone de inmediación. Lo que compete a este Tribunal de Casación, a través del motivo casacional por presunción de inocencia, es el control de la racionalidad de la valoración realizada por el Tribunal de Instancia, en función de los parámetros de la lógica, la ciencia y la experiencia.

Es constante la doctrina que insiste en que para verificar la estructura racional de dicho proceso valorativo se establecen notas o parámetros que coadyuvan a su valoración, y que consisten, en síntesis, en el análisis de su credibilidad subjetiva, de su credibilidad objetiva y de la persistencia en la incriminación.

La misma doctrina jurisprudencial reitera que la falta de credibilidad de la víctima o perjudicado puede derivar de la existencia de móviles espurios o abyectos, en función de las relaciones anteriores con el sujeto activo, pues pueden concurrir razones vinculadas a las previas relaciones acusado - víctima, indicadoras de móviles de odio, resentimiento, venganza o enemistad (STS 22 de octubre de 2012).

El segundo parámetro de valoración de la declaración de la víctima consiste en el análisis de su credibilidad objetiva, o verosimilitud del testimonio, que según las pautas jurisprudenciales debe estar basada en la lógica de la declaración (coherencia interna) y en el suplementario apoyo de datos objetivos de carácter periférico (coherencia externa). ...

... El tercer parámetro de valoración consiste en el análisis de la persistencia en la incriminación, lo que conforme a la jurisprudenciales supone: a) ausencia de modificaciones esenciales en las sucesivas declaraciones prestadas por la víctima; b) concreción en la declaración; c) ausencia de contradicciones, manteniendo el relato la necesaria conexión lógica entre las diversas versiones narradas en momentos diferentes."

En el caso de autos, en relación al delito continuado de allanamiento de morada, el Tribunal ha conferido plena credibilidad a las declaraciones de Doña Eva María y de Don Florian , las cuales a juicio del Tribunal, resultan consistentes y suficientes para considerar demostrado que el acusado se introdujo en diversas ocasiones en el domicilio de sus víctimas. Señala que sus declaraciones son coincidentes entre ellos y persistentes por cuanto mantienen la misma versión, en lo esencial, en las diversas declaraciones prestadas en el proceso.

Como corroboración, el Tribunal pone de manifiesto las propias manifestaciones del acusado, objetos propiedad de las víctimas hallados en su poder y grabación efectuada por aquellos el día 3 de junio de 2016. Igualmente destaca que los testigos mantenían una buena relación previa con el procesado, e incluso de cierta confianza, y concluye descartando cualquier duda en la veracidad de sus afirmaciones.

La defensa por su parte no expresa que existan contradicciones en las declaraciones de los testigos o que éstas no hayan sido persistentes. Tampoco señala motivo alguno por el cual las víctimas pudieran haber tenido interés en falsear los hechos que exponen. Se limita a señalar que Don Ernesto ha negado siempre la variedad de accesos clandestinos al domicilio así como que durante los mismos se sucedieran las aprehensiones de efectos que le fueron incautados. Y añade que causó baja definitiva en el Puesto de DIRECCION000 cesando en la Comisión de Servicio y que con fecha 15 de marzo de 2016 abandonó definitivamente el Pabellón oficial que ocupaba, haciendo entrega de las llaves del mismo, por lo que difícilmente puede atribuírsele ni presumir ni siquiera de forma hipotética ninguna supuesta continuidad de los supuestos accesos domiciliarios desde tales fechas. Sin embargo, admite la entrada en el domicilio el día 3 de junio de 2016, actividad que además se encuentra grabada, lo que pone de manifiesto que después de abandonar el Cuartel aún tenía posibilidad de acceso a la vivienda de sus víctimas.

En relación al delito continuado contra la intimidad el Tribunal ha tenido en cuenta el propio reconocimiento de los hechos que llevó a cabo el acusado en el acto de la vista y de los informes técnico-policiales de las unidades de almacenamiento intervenidas, que se llevaron a cabo tras el volcado de los datos de los dispositivos electrónicos de almacenamiento ocupados en poder del acusado, algunos de ellos pertenecientes a Doña Eva María y Florian , destacando no sólo fotografías y documentación personal, sino también otras fotografías



que representan un ámbito más íntimo relativo a la vida sexual de los perjudicados y especialmente de Eva María .

Los informes técnico-policiales de las unidades de almacenamiento intervenidas fueron ratificados en el acto del Juicio Oral por el funcionario de la Guardia Civil NUM004 , y no han sido impugnados en momento alguno por la defensa. Respecto a tales archivos el Tribunal Superior de Justicia, después de señalar que para la comisión del tipo penal basta el sujeto pasivo capte o se apodere impropriadamente de objetos e imágenes que pertenezcan a la intimidad de otra persona y que ésta hubiera querido sustraer al conocimiento y ponderación de los demás, comprueba y ratifica la conclusión de la Audiencia Provincial de que fue esto precisamente lo que ocurrió en supuesto de autos. De esta forma señala que el acusado en las diversas ocasiones en que accedió a la vivienda se apoderó de una memoria informática externa y de varios pendrives pertenecientes a su víctima, los cuales contenían imágenes personales y reservadas del ámbito familiar, desnudos, actos sexuales; con todo ello el acusado elaboró una carpeta informática que tituló " DIRECCION006 ". Al procesado, además, se le intervinieron diversos objetos pertenecientes a Doña Eva María , tales como un juguete sexual, bragas, DNI caducados o llaves.

Tales razonamientos se ajustan a las reglas de la lógica y se apoyan en hechos objetivos, sin que se aprecie error alguno en los mismos o irracionalidad en el discurso valorativo llevado a cabo por el Tribunal de instancia y asumido por el Tribunal Superior de Justicia.

6. Conforme a lo expuesto puede concluirse que el órgano de apelación ha confirmado la sentencia de instancia, reafirmando la existencia de pruebas válidas, sometidas a contradicción y con un significado incriminatorio suficiente (más allá de toda duda razonable) para estimar acreditada la participación del acusado Don Ernesto en los hechos por los que ha resultado condenado; pruebas que además han sido valoradas con arreglo a las máximas de la experiencia y a criterios lógicos y razonables, constando en la sentencia el razonamiento lógico de la convicción alcanzada por el Tribunal. Se trata en definitiva de una conclusión valorativa ciertamente racional y razonada careciendo esta Sala de casación de motivos para invalidarla.

Los motivos deben por tanto ser rechazados.

TERCERO.- 1. Se formula el tercer motivo del recurso por infracción de ley al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por infracción y aplicación indebida de los artículos 139.1 y 140.1.1ª del Código Penal .

Defiende el recurrente que no debió de ser apreciada la alevosía como caracterizadora del delito de asesinato y, en su defecto, no debió aplicarse la cualificación de la tentativa de asesinato respecto del menor (artículo 140.1.1ª del Código Penal) en razón de la proscripción del principio non bis in ídem.

Explica que, teniendo en cuenta la improbabilidad de causación de resultado, con base a la prueba pericial practicada, no se habría utilizado un modo objetivo adecuado para el aseguramiento de la acción y tampoco concurriría el dolo o elemento subjetivo proyectado respecto del mismo. Y ello, atendiendo a que, dada la inidoneidad concreta y específica de la sustancia incautada, no se habría empleado un medio asegurativo de resultado alguno, y, en particular, de la muerte.

En su defecto, estima que la aplicación del tipo hiperagravado previsto en el art. 140.1.1ª del Código Penal) constituye una vulneración del principio "non bis in ídem", al haberse apreciado una misma circunstancia, como es la minoría de edad, para calificar los hechos como delito de asesinato y para hiperagrar el tipo y las consecuencias penológicas.

2. Señala la sentencia núm 628/2017, de 21 de septiembre , que este precepto, que autoriza la denuncia del error de derecho en la aplicación de una norma penal de carácter sustantivo, impone como presupuesto metodológico la aceptación del hecho probado, hasta el punto que el razonamiento mediante el que se expresa el desacuerdo con la decisión del Tribunal no puede ser construido apartándose del juicio histórico. De lo contrario, se incurre en la causa de inadmisión -ahora desestimación- de los arts. 884.3 y 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

En análogos términos se pronuncia la sentencia de esta Sala 842/2014, de 10 de diciembre , que, con referencia a otras sentencias (SSTS 8/3/2006 , 20/7/2005 , 25/2/2003 , 22/10/2002 ; ATC 8/11/2007), señala que el motivo formulado al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , es el camino hábil para cuestionar ante el Tribunal de casación si el Tribunal de instancia ha aplicado correctamente la Ley, es decir, si los preceptos aplicados son los procedentes o si se han dejado de aplicar otros que lo fueran igualmente, y si los aplicados han sido interpretados adecuadamente, pero siempre partiendo de los hechos que se declaran probados en la sentencia, sin añadir otros nuevos, ni prescindir de los existentes. De tal manera, que la falta de respeto a los hechos probados o la realización de alegaciones jurídicas contrarias o incongruentes con



aquellos, determina la inadmisión del motivo, -y correspondientemente su desestimación- conforme lo previsto en el art. 884. 3 Ley de Enjuiciamiento Criminal .

Teniendo en cuenta la anterior doctrina, debemos atenernos al relato fáctico de la sentencia dictada por la Audiencia y confirmada por el Tribunal Superior de Justicia, relato en el que se declara: "El día 3 de junio de 2016, el procesado accedió al domicilio en el que residían Eva María , su marido Florian y el hijo de ambos de 3 años de edad, en el cuartel de la Guardia Civil de DIRECCION000

... El procesado, con la intención de acabar con la vida de Eva María , Florian y su hijo, vertió un líquido sobre la comida que Florian había dejado preparada para la familia, concretamente un arroz cocido. Dicho líquido, pericialmente analizado, resultó que contenía el compuesto ' DIRECCION002 ', insecticida de la familia de los organofosforados.

El ' DIRECCION002 ' es un plaguicida moderadamente peligroso. Su toxicidad depende de varios factores: dosis, duración y factores individuales (edad, sexo, estado de salud). La intoxicación aguda por ' DIRECCION002 ' en los seres humanos se caracteriza por presentar una sintomatología característica que consiste en dolor de cabeza, náuseas, mareos, contracciones musculares, debilidad, aumentos de la sudoración y la salivación. Con exposición suficiente, puede producirse inconsciencia, convulsiones y la muerte. La exposición prolongada al ' DIRECCION002 ' puede causar los mismos síntomas que la exposición aguda. ...

... La entrada en el domicilio de Eva María y Florian por parte del procesado no se limitó a esa única ocasión, sino que fueron numerosas las ocasiones en las que accedió al domicilio, sin que estos lo consintieran, desde, al menos, diciembre de 2015.

Desde inicios de 2016, en las diversas ocasiones en las que accedió al domicilio de Eva María y Florian , sin el consentimiento de sus moradores y utilizando una copia de las llaves del domicilio que tenía en su poder, el procesado, con intención de acabar con la vida de los referidos, añadió sustancias tóxicas a las comidas que desprendían olores fuertes y sabor desagradable, siendo el mismo olor que desprendía el líquido de una de las botellas intervenidas al procesado durante la entrada y registro, que pericialmente analizado resultó contener ' DIRECCION005 ' (raticida), olor que fue reconocido por Florian . "

3. Conforme viene declarando esta Sala (STS 26/12/2014 con remisión a las sentencias núm. 703/2013, de 8 de octubre ; 599/2012, de 11 de julio ; y 632/2011, de 28 de junio) la alevosía concurre en aquellos casos en los que, por el modo de practicarse la agresión quede de manifiesto la intención del agresor de cometer el delito eliminando el riesgo que pudiera proceder de la defensa que pudiera hacer el agredido, es decir la esencia de la alevosía como circunstancia constitutiva del delito de asesinato, (art. 139.1) o como agravante ordinaria en otros delitos contra las personas (art. 22.1), radica en la inexistencia de probabilidades de defensa por parte de la persona atacada.

En cuanto a su naturaleza, aunque esta Sala unas veces ha destacado su carácter subjetivo, lo que supone mayor culpabilidad, y otras su carácter objetivo, lo que implica mayor antijuricidad, en los últimos tiempos, aun admitiendo su carácter mixto, ha destacado su aspecto predominante objetivo pero exigiendo el plus de culpabilidad, al precisar una previa escogitación de medios disponibles, siendo imprescindible que el infractor se haya representado que su modus operandi suprime todo eventual riesgo y toda posibilidad de defensa procedente del ofendido y desea obrar de modo consecuente a lo proyectado y representado.

En definitiva, en síntesis, puede decirse que la alevosía es una circunstancia de carácter predominantemente objetivo que incorpora un especial elemento subjetivo, que dota a la acción de una mayor antijuricidad, denotando todo riesgo personal, de modo que, al lado de la antijuricidad ha de apreciarse y valorarse la culpabilidad (STS 16-10-96) lo que conduce a su consideración como mixta (STS 28-12-2000).

En cuanto a la "eliminación de toda posibilidad de defensa de la víctima debe ser considerada desde la perspectiva de su real eficacia, siendo compatible con intentos defensivos insitos en el propio instinto de conservación" (STS. 13.3.2000).

Por ello, esta Sala arrancando de la definición legal de la alevosía, refiere invariablemente la concurrencia de los siguientes elementos (SSTS. 155/2005 de 15.2 , 375/2005 de 22.3):

- a) En primer lugar, un elemento normativo. La alevosía solo puede proyectarse a los delitos contra las personas.
- b) En segundo lugar, un elemento objetivo que radica en el "modus operandi", que el autor utilice en la ejecución medios, modos o formas que han de ser objetivamente adecuados para asegurarla mediante la eliminación de las posibilidades de defensa, sin que sea suficiente el convencimiento del sujeto acerca de su idoneidad.



c) En tercer lugar, un elemento subjetivo, que el dolo del autor se proyecte no sólo sobre la utilización de los medios, modos o formas empleados, sino también sobre su tendencia a asegurar la ejecución y su orientación a impedir la defensa del ofendido, eliminando así conscientemente el posible riesgo que pudiera suponer para su persona una eventual reacción defensiva de aquél. Es decir el agente ha de haber buscado intencionadamente la producción de la muerte a través de los medios indicados, o cuando menos, aprovechar la situación de aseguramiento del resultado, sin riesgo.

d) Y en cuarto lugar, un elemento teleológico, que impone la comprobación de si en realidad, en el caso concreto, se produjo una situación de total indefensión, siendo necesario que se aprecie una mayor antijuricidad en la conducta derivada precisamente del modus operandi, conscientemente orientado a aquellas finalidades (STS. 1866/2002 de 7.11).

De lo antes expuesto se entiende que la esencia de la alevosía se encuentra en el aniquilamiento de las posibilidades de defensa; o bien en el aprovechamiento de una situación de indefensión, cuyos orígenes son indiferentes (STS. 178/2001, de 13 de febrero).

En el caso de autos, el acusado utilizó sustancias tóxicas respecto a las cuales, conforme ya se ha expresado en el fundamento de derecho anterior, las periciales practicadas pusieron de manifiesto que no se trataba de sustancias inocuas sino que los efectos de su ingestión dependían de diversos factores, como la dosis, duración y ruta de exposición, forma y estructura de la sustancia química y factores humanos individuales (edad, estado de salud etc). También se ha expresado que, aun cuando las cantidades de tales sustancias encontradas en la comida y en el domicilio del acusado no fueran suficientes para ocasionar la muerte en humanos, no fueron las únicas utilizadas o en disposición de ser utilizadas por éste para adulterar la comida de Doña Eva María y su familia. Igualmente, el acusado conocía los efectos que la ingestión de tales sustancias podía ocasionar en sus víctimas.

Además, el acusado utilizó sustancias venenosas aptas para causar la muerte de sus víctimas, actuando a distancia, aprovechando su ausencia para entrar en la vivienda y verter las sustancias en las comidas preparadas para su ingestión. De esta forma excluía todo riesgo para su persona, a la vez que anulaba cualquier posibilidad de defensa por parte de las víctimas, y garantizaba su anonimato. Concurren por tanto las notas de letalidad, insidia, cobardía, imposibilidad de defensa frente a un peligro oculto y fácil logro de la impunidad, caracterizadoras de la alevosía.

4. La aplicación del tipo hiperagravado previsto en el art. 140.1.1ª del Código Penal respecto al hijo menor del matrimonio no constituye vulneración del principio "non bis in ídem", ya que la edad del menor no ha sido tomada en consideración para calificar como alevosa la conducta del acusado. Las mismas circunstancias apreciadas para calificar alevosa la acción ejecutada frente a sus progenitores han sido las utilizadas para calificar igualmente alevosa la acción ejecutada frente al mismo.

De esta forma, la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia confirmando la sentencia de instancia, toma en consideración para apreciar la existencia de alevosía en el intento de acabar con la vida de Doña Eva María , su marido y su hijo: el hecho de que el acusado allanara de forma reiterada y subrepticia la vivienda de sus víctimas vertiendo sustancias tóxicas que podían causar la muerte en los alimentos que aquellas iban a consumir confiadamente; la confianza de las víctimas en la normalidad y tranquilidad de su hogar; la traición por una sorpresiva e inopinada intromisión agresiva; la indefensión de los agredidos y la ausencia de riesgo para el agresor por su distancia y su disimulo abyecto.

Conforme señalábamos en la sentencia núm. 80/2017, de 10 de febrero , cuando a la alevosía se superpongan circunstancias del apartado 1ª del art. 140.1 del Código Penal no contempladas para calificar el ataque como alevoso será posible la compatibilidad. Así, el acometimiento por la espalda de un menor de 15 años se calificará de asesinato alevoso del art. 138.1 del Código Penal (el ataque por la espalda integra la alevosía) y especialmente grave del art. 140.1.1ª (por ser la víctima un menor).

El motivo, consiguientemente, no puede prosperar.

CUARTO.- El cuarto motivo del recurso se articula por infracción de ley por vía del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al considerar el recurrente que se ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva, a un procedimiento público con todas las garantías sin indefensión y al derecho de defensa al no haber sido acusado por delito de asesinato en grado de tentativa hasta que las acusaciones elevaran sus conclusiones a definitivas en el acto del Juicio Oral. De esta forma señala que la causa se inició por delitos de robo con fuerza en las cosas y contra la salud pública. Al pasar a disposición judicial se le imputó y prestó declaración como imputado por delitos de allanamiento de morada y contra la intimidad personal. El auto de procesamiento le declaró procesado por delitos de allanamiento de morada, contra la intimidad personal y por un delito de homicidio en grado de tentativa. Las acusaciones formularon acusación por tres delitos de homicidio en grado



de tentativa. Finalmente en trámite de conclusiones definitivas las acusaciones calificaron los hechos como constitutivos de tres delitos de "asesinato" en grado de tentativa por los que ha sido condenado. Considera que ello ha impedido a la defensa, con carácter previo al juicio y durante su celebración, articular y dirigir la estrategia o planteamiento defensivo para contrarrestar los elementos del propio tipo y su alcance jurídico.

2. La tesis del recurrente no es aceptable tanto legal como jurisprudencialmente. Conforme tiene declarado esta Sala de forma reiterada y constante (SS. 14/05/1981 , 30/12/199 , 08/03/1994 , 22/10/2004 y 10/12/2014), el sumario tiene su fase de instrucción, su fase de plenario y su fase de sentencia sustancialmente. En el sumario se practican las actuaciones encaminadas a averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos, con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos (artículo 299 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). En él, el instructor tiene una facultad, de manera que cuando resultare del sumario algún indicio racional de criminalidad contra determinada persona dictará auto declarándola procesado, mandando que se entiendan con ella las sucesivas diligencias de forma legal (artículo 384 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Sin embargo, tal apreciación jurídica meramente indiciaria del Instructor, no tiene valor vinculante alguno para las partes. En primer lugar, porque en el plenario las calificaciones provisionales del Ministerio Fiscal y del acusador, si lo hubiere, hacen la "calificación legal de los hechos, determinando ya el delito de que se trata (artículo 650 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) sin que necesariamente tengan que ajustarse al auto de procesamiento vigente, aunque ordinariamente suelen coincidir los indicios y las calificaciones. En segundo lugar, así establecida la materia propia del juicio o del proceso , es bastante amplia, puesto que las partes pueden presentar sobre los puntos objeto de la calificación dos o más conclusiones en forma alternativa (artículo 653 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) es de notar las facultades que la ley otorga a las partes para modificar conclusiones (artículo 732 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) y al Tribunal para plantear la tesis (artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), sin que en ningún caso se les limite sus facultades a la calificación de los indicios del auto de procesamiento. Por tanto, legalmente es correcto que el Instructor califique indiciariamente los hechos de un delito y las acusaciones califiquen con libertad sin su sujeción absoluta a aquella calificación, aunque sí al resultado de la investigación sumarial, enriquecido con las pruebas del juicio oral. Las informaciones suplementarias del artículo 746 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal son otra muestra más de la libertad de las partes y del Tribunal respecto de la apreciación del Instructor que investiga a los fines señalados en el artículo 259 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

En tercer lugar, siendo el juicio el acto donde se ha desarrollado con amplitud la prueba y donde las partes deben hacer valer en igualdad de condiciones los elementos de cargo y de descargo, el sumario no es otra cosa que el conjunto de actuaciones encaminadas a preparar el juicio. Por tanto todas las medidas en él tomadas son provisionales. Es el Tribunal al que en su sentencia corresponde resolver todas las cuestiones propuestas, coincida o no con las que provisionalmente haya formulado el Instructor (sentencia de 6 de junio de 1970).

En cuarto lugar, el procesamiento vincula a la persona y bienes del procesado, a los efectos del proceso, donde se pueda abrir el juicio con toda su amplitud, aun cuando se refieran a materias no precisamente mencionadas en el procesamiento "provisional acopio de indicios" pues habiendo acusación y defensa, es claro que el acusado no puede alegar ni indefensión, ni falta de competencia del Tribunal fundadamente, dentro de nuestro sistema acusatorio.

Igualmente, sobre esta cuestión ha declarado el Tribunal Constitucional que el objeto propio del auto de procesamiento es un juicio de culpabilidad, aunque lo sea a título meramente provisional y con efectos limitados (STC Sala 1ª de 27 febrero 2003); que el auto de procesamiento implica la culpabilidad del interesado ni vincula al propio instructor (SSTC 66/1989, f. j. 2º; 218/1989, f. j. 4º; 70/1990 , f. j. 3º).

No obstante el carácter interino o provisional del procesamiento, el mismo asume una importante función, cuál es la de determinar la legitimación pasiva y convertirse en requisito previo de la acusación, si bien tal correlación es exclusivamente subjetiva y no objetiva, de modo que las partes acusadoras, en los escritos de calificación provisional, no están vinculados, ni por la determinación fáctica, ni por la calificación jurídica de los hechos que haya plasmado el Juez de instrucción en el procesamiento, pues el derecho al conocimiento previo de la acusación no implica convertir al procesamiento en un escrito de acusación. (SS 12/0/1989, 12/06/1990, 5/03 y 20/05/1991, con referencias a las SSTC 146/1983 , 324/1982 y 340/1985).

En definitiva, conforme señala la sentencia de esta Sala núm. 864/2014 de 10 de diciembre , nada impide al Ministerio Fiscal y resto de acusaciones realizar mutaciones fácticas en sus conclusiones provisionales tras la prueba practicada en el juicio (no solo jurídicas: tan modificable es la primera conclusión como las restantes, siempre que se respete la esencialidad de los hechos). Frente a tal escenario la defensa podrá solicitar la suspensión cuando aparezca como medida necesaria para ofrecer nuevas pruebas encaminadas



a contrarrestar ese nuevo dato fáctico o para un estudio de la cuestión introducida que permita armarse con argumentos para rebatirla.

3. En el supuesto de autos, en el punto que ahora nos interesa, efectivamente la causa se inició por delitos de robo con fuerza en las cosas y contra la salud pública, y también por allanamiento de morada. El acusado, al pasar a disposición judicial prestó declaración como investigado por delitos de allanamiento de morada y contra la intimidad personal. Ahora bien, desde el inicio de las actuaciones se dejó constancia de que en las múltiples entradas en el domicilio de sus víctimas, Don Ernesto podía haber contaminado su comida. De hecho se recogió el arroz que la familia había preparado el día 3 de junio de 2016 y se incautaron diversas sustancias en los registros practicados, remitiéndose todo ello al Instituto Nacional de Toxicología para su análisis. Igualmente fue interrogado sobre estos extremos ya en su primera declaración, aun cuando todavía no se había determinado la composición de las sustancias que había utilizado, manifestando entonces el acusado que lo que había vertido sobre la comida era agua de mar y aceite de girasol. También fueron incorporados a las actuaciones los distintos informes periciales de las sustancias intervenidas y finalmente se dictó auto de procesamiento por delitos de homicidio en grado de tentativa, allanamiento de morada y contra la intimidad. Tal resolución fue notificada a las partes y personalmente al procesado, a quien se recibió a continuación declaración indagatoria. Es así innegable que el procesado conoció oportunamente la imputación que se le hacía de haber intentado dar muerte a Doña Eva María, a su marido y a su hijo. No es el auto de procesamiento sino el auto de conclusión del sumario el que pone término a la fase de instrucción, por lo que el investigado, después de ser procesado puede interesar cuantas diligencias de investigación estime procedentes. Asimismo el acusado ha estado en todo momento, ya desde la práctica de los registros y su detención, asistido de Letrado y ha sido informado de sus derechos. No parece pues que el acusado ignorase los hechos que se le imputaban ni las diligencias practicadas en la instrucción. Igualmente ha tenido acceso la práctica de las diligencias de instrucción llevadas a cabo por el instructor, así como al resultado de las mismas, habiendo tenido oportunidad de solicitar, sin limitación alguna, las diligencias que fueran de su interés.

Y el auto de procesamiento, aun cuando únicamente calificó los hechos como constitutivos de un delito de homicidio en grado de tentativa, en el relato de hechos hizo mención expresa a las sustancias tóxicas empleadas por el acusado para contaminar la comida de sus víctimas y el ánimo que guiaba su acción.

En todo caso, al inicio del Juicio Oral, el Ministerio Fiscal adelantó la posibilidad, dependiendo del resultado probatorio que pudiera alcanzarse durante la celebración del juicio, de modificar la conclusión segunda de su escrito de conclusiones, calificando los hechos como delito de asesinato en grado de tentativa, en lugar de homicidio, en cuyo caso solicitaría la pena de doce años de prisión por cada uno de los citados delitos. Por su parte, la acusación particular manifestó que, en su caso, conforme al resultado probatorio, se reservaba la posibilidad de modificar sus conclusiones en el mismo sentido que el Ministerio Fiscal. Ante ello, la defensa no efectuó alegación alguna. Finalmente, las acusaciones efectivamente, atendiendo al resultado probatorio y tal y como habían anunciado al inicio del juicio, modificaron sus conclusiones, calificando los hechos como asesinato, ante lo cual la defensa pudo solicitar la suspensión si lo consideraba necesario para ofrecer nuevas pruebas encaminadas a contrarrestar ese nuevo dato fáctico o para disponer del tiempo necesario para preparar la contestación a esa imputación, lo que no efectuó.

En consecuencia aun cuando el auto de procesamiento o las calificaciones provisionales y auto de apertura de Juicio Oral no contuvieran la calificación definitiva de los hechos como delito de asesinato en grado de tentativa, ello no ha supuesto ninguna vulneración de los derechos y garantías del acusado, mereciendo por ello el motivo ser desestimado.

QUINTO.- 1. En el motivo sexto del recurso se denuncia infracción de ley por vía del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por aplicación indebida del artículo 74 - continuidad delictiva- en relación con el art. 197 del Código Penal .

A través de este motivo expresa el recurrente que el tipo penal contenido en el artículo 197 del Código Penal es un tipo que incluye conceptos globales, o, lo que es lo mismo, hechos plurales incluidos en una única figura delictiva, (apoderamiento de cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales; interceptación de las telecomunicaciones; utilización de artificios de escucha, transmisión, grabación o reproducción de sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación) lo que obliga a considerar que una variedad de acciones punibles de contenido semejante constituyen no un delito continuado sino una sola infracción penal.

2. La construcción del delito continuado conforme señalábamos en la sentencia núm. 624/2017, de 20 de septiembre, es fruto de una larga elaboración doctrinal y jurisprudencial cuyo origen se encuentra en el derecho medieval como medio de atenuar el rigor de aquel tiempo en relación a los delitos contra la propiedad. En el actual Código Penal se encuentran dos supuestos diferenciados: a) el autor que actúa en ejecución de un



plan preconcebido, que supone un dolo ex ante que se va ejecutando en las diversas acciones que solo son ejecución parcial de un único delito, y b) la situación del que sin plan preconcebido actúa cada vez que se le representa la misma ocasión.

En ambos casos, está: a) en presencia de una pluralidad de acciones, b) cometidas por la misma persona y c) un ataque a los mismos bienes jurídicos, o semejantes, es decir, se trata del mismo o de semejante delito. Como dice el art. 74 del Código Penal "...infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza...".

3. En el supuesto examinado, según se expresa en el apartado de hechos probados de la sentencia de instancia, asumidos por el Tribunal Superior de Justicia, el acusado, "en el transcurso de las diferentes ocasiones en las que accedió al domicilio de Eva María ", que la sentencia sitúa entre el mes de diciembre de 2015 y el mes de junio de 2016, "se llevó consigo objetos personales de Eva María : su pasaporte, a sabiendas de que en fechas próximas el matrimonio tenía planeado un viaje; dos DNI caducados y una fotografía de ella, dispositivos informáticos tipo pendrive que contenían fotografías de índole personal, familiar y algunas de carácter sexual de ella, un juego de llaves del vehículo, las del garaje, el mando del garaje, entre otros."

Del contenido del referido relato resulta que el apoderamiento de secretos, papeles, documentos o efectos a que se refiere el tipo penal por el que el acusado ha sido condenado (artículo 197 del Código Penal), no se realizó en un único acto, en cuyo caso sí podríamos encontrarnos ante una unidad de acción aun cuando el apoderamiento fuera múltiple y variado. Por el contrario, se llevó a efecto en sucesivas ocasiones, prolongadas en el tiempo, a lo largo de varios meses (por lo menos seis), de forma incontestada e ilegítima, y aprovechando identidad de circunstancias (utilizando las llaves de la vivienda a las que tuvo acceso por razón de su cargo, y en el momento en que la vivienda se encontraba vacía conociendo el acusado ésta circunstancia) lo que permite la aplicación de la continuidad delictiva. Cada uno de los accesos tiene entidad propia y diferenciada de los otros, se desarrollan en un espacio temporal de varios meses y supone una reiteración en la conducta delictiva.

El motivo, consiguientemente, no puede prosperar.

SEXTO.- 1. El octavo motivo del recurso se deduce por vía del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por infracción y aplicación indebida del artículo 197.5 del Código Penal .

El recurrente estima incorrecta la incardinación y subsunción de los hechos atribuidos en relación con el meritado precepto. Y señala que tanto la sentencia dictada por la Audiencia Provincial como por el Tribunal Superior de Justicia declinan, de forma de todo punto ilógica, omisiva e irrazonable, abordar y considerar la palmaria ausencia de tipicidad en la agravación del art. 197.5 del Código Penal de los hechos atribuidos al Sr. Ernesto y recogidos en el propio factum.

Considera que únicamente podrán integrar este tipo aquellas conductas dirigidas y tendentes a revelar la vida sexual del afectado entendida como algo distinto a las relaciones sexuales de cualquier índole (en cuyo caso, quedaría ya abarcada dicha intromisión en el ámbito sexual dentro del tipo básico del art. 197 CP), sino solamente aquellas que se refieran a la orientación sexual de la víctima, como pudiera ser poner de relieve tendencias que en el momento de la redacción del Código Penal pudieran considerarse por algunos sectores al margen de la norma general, como pudieran, ser ejemplo las relaciones homosexuales, etc.

2. Ambas sentencias, la dictada por la Audiencia Provincial (fundamento de derecho tercero), como la dictada por el Tribunal Superior de Justicia (fundamento de derecho cuarto) ofrecen cumplida contestación al recurrente sobre la cuestión que nuevamente reproduce en casación.

A través de las mismas se pone de manifiesto que el acusado se hizo con diversos dispositivos electrónicos propiedad del matrimonio Florian Eva María . Entre otros, contenían fotografías de Eva María en ropa interior durante el embarazo y vídeos del mismo tenor, constando al menos, tres imágenes de actos sexuales explícitos de la perjudicada, añadiéndose a ello el apoderamiento de un juguete sexual y de unos tangas también propiedad de ella. Además elaboró una carpeta a la que denominó " DIRECCION006 " y en ella introdujo las fotografías de Eva María con contenido erótico, esto es, en ropa interior, otra con el pecho al descubierto y otras más que captan actos sexuales explícitos. Tales fotografías y la carpeta " DIRECCION006 " aparecen también en dos dispositivos electrónicos más hallados en poder del procesado.

Tal y como expresan las sentencias dictadas por la Audiencia Provincial y por el Tribunal Superior de Justicia, asumiendo y confirmando la anterior, la información así obtenida y el juguete sexual afectan a un dato de especial relieve integrador del derecho constitucional a la intimidad, como es la vida sexual.

Conforme se expresa por el Tribunal Superior de Justicia el tipo penal contenido en el artículo 197.5 del Código Penal no está exigiendo la puesta al descubierto de una vida sexual que no sea previsible por los demás. Por el contrario, basta que aspectos de la vida sexual propia que se reservan, que son secretos como núcleo



indudable y más significado de la intimidad lleguen a conocerse por otros contra la voluntad de la persona afectada mediando un apoderamiento o una captación ilícitos.

El acusado ha sido condenado como autor de un delito continuado contra la intimidad previsto y penado en los artículos 197.1 y 197.5 del Código Penal. La conducta consiste en apoderarse de los papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales de un tercero, sin que medie su consentimiento, para descubrir sus secretos o vulnerar su intimidad. Esta conducta se ve agravada cuando los hechos descritos afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual.

El citado precepto se encuentra comprendido dentro del Capítulo I (Del descubrimiento y revelación de secretos) del Título X del Libro II del Código Penal que lleva como rúbrica "Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio".

El bien jurídico protegido es la intimidad, reconocida como derecho fundamental en el artículo 18 de la Constitución Española que garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

Conforme señala el Tribunal Constitucional el derecho a la intimidad personal, en cuanto derivación de la dignidad de la persona (artículo 10.1 de la Constitución Española) implica "la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana" (STCS núm. 231/1988, 197/1991, 20/1992, 219/1992, 142/1993, 117/1994 y 143/1994), y referido preferentemente a la esfera, estrictamente personal, de la vida privada o de lo íntimo (STCS núm. 142/1993 y 143/1994).

El fundamento y la legitimidad político criminal de este motivo de agravación es el mayor menoscabo al bien jurídico intimidad, que se comete cuando los datos de carácter personal afectan al denominado núcleo duro de la privacidad. Tales son los datos relacionados con la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, que gozan de especial protección en el plano constitucional dentro del derecho a la intimidad (artículo 18 Constitución Española), internacional (artículo 8 del Convenio de Roma ó artículo 9 del Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016) y en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (artículo 9).

Sostiene el recurrente que el concepto "vida sexual" debe entenderse referido únicamente a aquellos datos que se refieran a la orientación sexual de la víctima poniendo de relieve tendencias que pudieran considerarse por algunos sectores al margen de la norma general, como las relaciones homosexuales.

Tal consideración no puede ser compartida. El artículo 9 del Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 establece una diferenciación entre ambos conceptos (vida sexual y orientación sexual) al conferir tratamiento especial a determinadas categorías de datos, refiriéndose a "datos relativos a la vida sexual o la orientación sexuales de una persona física".

Desde el punto de vista histórico cultural, la vida sexual es el conjunto de fenómenos emocionales, de conducta y de prácticas asociadas a la búsqueda de emoción sexual, que marcan de manera decisiva al ser humano en todas y cada una de las fases determinantes de su desarrollo. La orientación sexual es un concepto más restringido y se refiere a un patrón de atracción sexual, erótica, emocional y amorosa a un grupo de personas definidas por su sexo. Según la American Psychological Association, la orientación sexual deriva entre un continuo marcado por dos extremos, la atracción exclusiva por el sexo contrario, y la atracción exclusiva hacia individuos del mismo sexo. Por ello, para su estudio, se consideran tres categorías: la heterosexualidad - atracción hacia personas del sexo opuesto-, la homosexualidad -atracción hacia personas del mismo sexo- y la bisexualidad - atracción hacia personas de su mismo sexo y otros géneros-.

En definitiva "vida sexual" es un concepto amplio que abarca cualquier orientación sexual (heterosexual, homosexual o bisexual), siendo el fundamento de la agravación contenida en el artículo 197.5 del Código Penal la especial importancia que tiene este dato de carácter personal que pertenece al denominado "núcleo duro de la privacidad".

Según se recoge en el Diario de Sesiones, en la tramitación parlamentaria para la aprobación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, durante la propuesta y debate sobre la introducción del tipo penal comentado en el nuevo Código Penal, se atendió a la necesidad de recoger de forma individualizada y estructurada las figuras delictivas referentes al tratamiento de los datos de carácter personal más sensibles, esto es, aquellos recogidos en el Título I de la Constitución: ideología, religión y creencias, por un lado; origen racial, salud y vida sexual por, otro. Datos denominados "sensibles" en el lenguaje doctrinal y en el lenguaje especializado que por su trascendencia, y en aplicación precisamente de un conjunto de normas concatenadas de nuestra Carta Constitucional, se consideraba que debían tener una protección suficientemente estricta y rigurosa en el conjunto de nuestro ordenamiento penal. De esta forma no se



estableció ni se discutió el contenido concreto de los datos objeto de protección que deberían afectar a la "vida sexual", ni se limitó a la orientación sexual del individuo, confiriéndose a los mismos igual protección que a otros datos relacionados con otros derechos fundamentales recogidos en el mismo Título I y Capítulo II de la Constitución Española, por el hecho de afectar de manera sensible a la intimidad de la persona cualquiera que sea su orientación sexual.

En el supuesto examinado, tal y como se expresa en la sentencia recurrida, el acusado no solo accedió a fotografías con contenido sexual explícito de la Sra. Eva María a través del primer apoderamiento de distintos dispositivos informáticos, sino que elaboró una Carpeta " DIRECCION006 " en el que iba incorporando todos los datos que revelaban la vida sexual de aquélla, según accedía a los mismos, añadiendo las fotos de contenido erótico de Doña Eva María y apareciendo la Carpeta " DIRECCION006 " en distintos dispositivos electrónicos intervenidos en los registros, lo que evidencia la voluntad clara de vulnerar la intimidad de la Sra. Eva María y su marido, al objeto en este caso de que los efectos de los que se apoderaba le revelaran datos de su vida sexual. A ello debe añadirse el apoderamiento de otros objetos, comprendidos en la relación que contiene el artículo 197.1 del que el apartado 5 es agravación, como unos tangas de Eva María y un juguete sexual del matrimonio que revelan sus prácticas sexuales y desde luego pertenecen al ámbito más profundo de la intimidad de la pareja.

Por ello la actividad llevada a cabo por el acusado descrita en la sentencia impugnada en los términos que han sido expuestos, mediando un apoderamiento o una captación ilícitos, debe ser incardinada en tal tipo agravado por afectar a datos de especial relieve pertenecientes a la intimidad de la Sra. Eva María y de su familia y como tales secretos como núcleo indudable y más significado de la intimidad ("núcleo duro de la privacidad").

El motivo por tanto debe ser desestimado.

SÉPTIMO.- 1. El motivo noveno del recurso se deduce por infracción de ley por vía del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por infracción y aplicación indebida del art. 202 del Código Penal en relación con el artículo 8 del mismo texto legal .

En el desarrollo de este motivo entiende el recurrente que es improcedente la condena por delito de allanamiento de morada cuando la conducta constitutiva de dicho delito no tiene, en este caso, trascendencia ni autonomía propia encontrándose incardinada (y absorbida) en las otras propias dos conductas y delitos por los que también resulta condenado (asesinato en grado de tentativa y delito continuado de revelación de secretos), operando por tanto el principio de consunción en relación con el concurso de leyes ex art. 8 del Código Penal .

El motivo no puede ser estimado.

2. Conforme señalábamos en el auto de fecha 8 de junio de 2017, cuando la tipicidad de cada uno los dos comportamientos concurrentes no abarca completamente el injusto del total comportamiento, se estima que se vulneran sendos bienes jurídicos por dos delitos en concurso real, que deben ser sancionados de manera autónoma.

En la sentencia de este Tribunal núm. 520/2017, de 6 de julio , con referencia a las SSTs. 97/2015, de 24 febrero ; 413/2015, de 30 junio ; 454/2015, de 10 julio ; 535/2015, de 1 de octubre ; 544/2016, de 21 junio , decíamos como la doctrina científica y jurisprudencia son contestes en considerar que el concurso de leyes se produce cuando un mismo supuesto de hecho o conducta unitaria pueden ser subsumidos en dos o más distintos tipos o preceptos penales de los cuales sólo uno resulta aplicable so pena de quebrantar el tradicional principio del "non bis in idem". Distinto es el caso del concurso ideal de delitos, que tiene lugar cuando también concurren sobre un mismo hecho varios preceptos punitivos que no se excluyen entre sí, siendo todos ellos aplicables (SSTs. 1424/2005, de 5 de diciembre ; 1182/2006, de 29, de noviembre ; 1323/2009, de 30 de diciembre).

Entre uno y otro supuesto existe una diferencia esencial u ontológica que radica en que en el concurso de normas el hecho o conducta unitaria es único en su vertiente natural y en la jurídica, pues lesiona el mismo bien jurídico, que es protegido por todas las normas concurrentes, con lo que la sanción del contenido de la antijuricidad del hecho se satisface con la aplicación de una de ellas, porque la aplicación de las demás vulneraría el mencionado principio del "non bis in idem". En cambio, en el concurso ideal de delitos, el hecho lesiona distintos bienes jurídicos, cada uno de los cuales es tutelado por una norma penal concurrente, de suerte que aquel hecho naturalmente único es valorativamente múltiple, pues su antijuricidad es plural y diversa, y para sancionar esa multiplicidad de lesiones jurídicas es necesario aplicar cada una de las normas que tutelan cada bien jurídico lesionado.

3. En relación al binomio allanamiento de morada-asesinato, decíamos en la sentencia núm. 112/2015, de 10 de febrero que asesinar a una persona es menos grave que asesinar a una persona en su hogar. Recuérdese la agravante de "morada " que fue sustituida bien por el delito específico contra la intimidad (STS 415/1998,



de 14 de abril), bien por subtipos agravados en buen número de los más clásicos supuestos (v.gr. robo con violencia o intimidación). Ninguna de las dos calificaciones abarca el desvalor total de la conducta. Es precisa la doble calificación, bien que abrazada por la modalidad de concurso medial: uno de los delitos (allanamiento) se presenta como instrumental respecto del delito fin (homicidio).

Por ello, nos encontraríamos ante un concurso medial de delitos a resolver conforme a lo dispuesto en el artículo 77.3 del Código Penal , partiendo de las penas impuestas en la sentencia de instancia. En base a ello, correspondería imponer una pena de tres años, nueve meses y un día a cinco años de prisión, por cada uno de los delitos de asesinato en grado de tentativa previstos en el artículo 139.1.1ª del Código Penal en concurso medial con el delito de allanamiento de morada de los artículos 202.1 y 74 del Código Penal . Al delito de asesinato en grado de tentativa previsto en los artículos 139.1.1ª y 140.1.1ª del Código Penal le correspondería una pena de diez años y un día a once años, tres meses y un día de prisión. Teniendo la persistencia en su designio criminal manifestada por la realización de actos tendentes a conseguir sus objetivos a lo largo de seis meses, y el número de ocasiones que invadió la morada de sus víctimas, con las que tenía vínculos profesionales y de amistad, las penas deberían ser impuestas en su extensión máxima de cinco años por cada uno de los asesinato intentados en las personas de Don Florian y Doña Eva María y de once años y tres meses por el asesinato intentado en la persona de su hijo. En consecuencia, las penas a imponer resultarían de mayor extensión a las impuestas por la sentencia de instancia.

Por lo que se refiere los delitos de allanamiento de morada y revelación de secretos, igualmente se trata de dos tipos penales sustancialmente distintos, que protegen distintos bienes jurídicos.

La sentencia de esta Sala núm. 832/1979, de 22 de junio , ponía de manifiesto que entre los delitos contra la libertad y seguridad tiene lugar propio el de "allanamiento de morada", en tanto que la, casa viene a ser como una prolongación de la persona, cuya defensa penal implica un estadio jurídico de perfección y progresó hasta alcanzar en nuestro tiempo rango constitucional (artículo 18.2 de la Constitución Española) lo que explica la especialidad de este bien jurídico protegido, que por lo mismo, coexiste con cualesquiera otro delito, salvo que tal concurso delictual sea suplantado por un concurso de normas por consunción del allanamiento de morada en otro tipo penal (robo en casa habitada por ejemplo); por lo que, fuera de tales casos de colisión normativa, el allanamiento de morada conservará su autonomía cualquiera que sea el móvil o dolo final del culpable; tanto más que el delito en examen es más bien instrumental, conectado casi siempre a otros fines, pues nadie entra en morada ajena por el solo placer de violar el sagrado del hogar, sino que la intrusión suele ser el prolegómeno de un proceso que tiene objetivo más lejano (ofensa contra la vida o integridad física, contra la honestidad, la propiedad, la libertad); lo cual quiere decir que esta relación de medio a fin constituirá -con la limitación antes expuesta- un concurso ideal de delitos punible conforme al artículo 77 del Código Penal , tal como señala la práctica judicial (concurso con lesiones: Sentencias de 25 de marzo de 1958 , 11 de marzo de 1964 , 29 de septiembre de 1967 que lo extiende también a los daños ; con tentativa de violación: Sentencia de 13 de mayo de 1964 ; con abusos deshonestos: Sentencias de 2 de noviembre de 1964 y 19 de mayo de 1970 ; con escándalo público: Sentencia de 27 de octubre de 1967 ; con realización arbitraria del propio derecho: Sentencia de 22 de abril de 1978); concurso que incluso se hace posible con el vecino y genérico delito de coacciones, si éste antecede o subsigue al allanamiento (sentencia de 8 de abril de 1964), como igualmente puede concurrir con el de amenazas (sentencia de 15 de diciembre de 1970).

El delito de robo en casa habitada (artículo 241 del Código Penal), que el recurrente propone como símil a aplicar, contiene como elemento integrante del tipo que los hechos tengan lugar en el interior de una vivienda habitada. En este caso un único hecho lesiona el mismo bien jurídico, que es protegido por dos normas concurrentes, de ahí que la apreciación de ambas figuras delictivas supondría una vulneración del principio "no bis in idem". Ello sin embargo no ocurre en el delito de revelación de secretos que no precisa para su comisión la entrada en la morada de la víctima. Cada una de estas figuras protege bienes jurídicos diversos y no son excluyentes. Además, en el supuesto examinado, tal y como se expresa en la sentencia impugnada, existen actos de apoderamiento de efectos personales en los que el acusado no entró en el domicilio de las víctimas; y del mismo modo en otras ocasiones pudo entrar sin consentimiento de los moradores a su vivienda y no apoderarse de ningún efecto personal, efectuándolo a los solos efectos de verter sustancias tóxicas a la comida.

OCTAVO.- El décimo y último motivo del recurso se deduce por infracción de ley al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por infracción del art. 116 del Código Penal .

Estima el recurrente que procede suprimir o al menos reducir las cuantías indemnizatorias fijadas a favor del Sr. Florian y de la Sra. Eva María al no haber tenido especial perjuicio para los mismos la conducta del acusado, no constando que tuvieran que cambiar sus costumbres o hábitos.



La doctrina de esta Sala (Sentencias de 28 de abril de 1995 , y 2 de marzo de 1994) ha señalado de forma reiterada que el daño moral solo puede ser establecido mediante un juicio global basado en el sentimiento social de reparación del daño producido por la ofensa de la víctima, por lo cual deberá atenderse a la naturaleza y gravedad del hecho, no siendo necesario que ese daño moral, consecuencia misma del hecho delictivo no se olvide, tenga que concretarse en determinadas alteraciones patológicas o psicológicas.

Igualmente, debe tenerse en cuenta que existe seria dificultad en la determinación de lo que se entiende por daño corporal, dificultad que se proyecta, lógicamente en el terreno de su valoración y tal valoración, conforme reiterada doctrina jurisprudencial, no se haya sujeta a previsión normativa alguna sino que ha de efectuarla el órgano jurisdiccional discrecionalmente. En el presente caso, el Tribunal de instancia ha considerado, y el Tribunal Superior de Justicia ha confirmado, que la cuantía indemnizatoria que corresponde a cada una de las víctimas debe ser fijada en 10.000 euros, teniendo en cuenta la gravedad de los hechos en sí mismos considerados, y la angustia que sin duda provocó en los perjudicados el atentado hacia su intimidad, la violación de su domicilio y la tentativa de asesinato de los que fueron víctimas, junto con su hijo menor. Basan tal consideración en la apreciación que la propia Audiencia Provincial pudo realizar en el acto del Juicio Oral y en el resultado de la prueba pericial psicológica de Eva María . Tales cuantías se consideran acordes en atención a que los delitos han afectado a la parte más básica de la intimidad del Sr. Florian y de la Sra. Eva María y a su integridad física y seguridad. Igualmente valorables son la incidencia que los hechos han tenido también en su vida social y laboral, teniendo en cuenta que aquéllos tuvieron lugar en el interior de un cuartel donde comparten vida con sus compañeros, y el desasosiego e incertidumbre producido en la pareja a lo largo de varios meses, que les llevó incluso a desechar el menaje de cocina tratando de comprender que era lo que estaba sucediendo.

El motivo por ello debe ser también desestimado.

NOVENO.- La desestimación del recurso conlleva la condena en costas al recurrente, de conformidad con las previsiones del artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

FALLO

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

1) Desestimar el recurso de casación interpuesto por **Don Ernesto** , contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de fecha 23 de abril de 2018, en la causa seguida por dos delitos de asesinato intentados, un delito asesinato intentado contra un menor de 16 años, un delito continuado de allanamiento de morada y un delito continuado agravado contra la intimidad.

2) Imponer a dicho recurrente el pago de las costas ocasionadas en el presente recurso.

Comuníquese esta resolución al Tribunal Superior de Justicia de Valencia, a los efectos legales, con devolución de la causa en su día remitida, interesando acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

Miguel Colmenero Menendez de Luarda Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

Alberto Jorge Barreiro Pablo Llarena Conde Carmen Lamela Diaz.