

Roj: **STS 3532/2010 - ECLI:ES:TS:2010:3532**Id Cendoj: **28079120012010100519**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **16/04/2010**Nº de Recurso: **11366/2009**Nº de Resolución: **437/2010**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **ENRIQUE BACIGALUPO ZAPATER**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP M 8681/2009,**
STS 3532/2010

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciséis de Abril de dos mil diez.

En el recurso de casación por **quebrantamiento de forma y infracción de ley**, que ante Nos pende interpuesto por **Juan Luis**, representado por el Procurador Sr. D. Javier Perez Castaño Rivas, contra Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, sección 27, de fecha 30 de Junio de 2009, que lo condenó por los delitos de asesinato y descubrimiento de **secretos**, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan se han constituido para la deliberación y fallo, bajo la presidencia y ponencia del Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater, quién expresa el parecer de la Sala. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal, siendo parte recurrida Andrés, Filomena, representados por el Procurador Sr. D. Domingo Jose Collado Molinero, Blas, en representación de sus hijos menores, representado por el Procurador Sra Doña Paloma Gutierrez Paris.

I. ANTECEDENTES

1º.- El Juzgado nº 2 de Violencia sobre la Mujer de Madrid, incoa sumario nº 5/2007, contra Juan Luis, y una vez concluso lo remite a la Audiencia Provincial de Madrid, sección 27, que con fecha 31 de junio de 2009, dicta Sentencia nº 41/2009, que contiene los siguientes **hechos probados**:

" Probado, y así se declara que, el acusado Juan Luis, mayor de edad en tanto que nacido el día 16 de noviembre de 1969, en Colombia, con NIE Nº NUM000, sin antecedentes penales y en situación regular en España, contando con permiso de residencia y de trabajo, convivía desde unos dos años atrás con su pareja sentimental, Paulina, también mayor de edad, nacida el día 2 de Agosto de 1966 en Perú, y con D.N.I. NUM001, y los dos hijos menores de esta, en el domicilio sito en la CALLE000, NUM002, NUM002 NUM003, de Madrid. Durante un periodo de varios meses anteriores al día 13 de febrero de 2006, y con el proposito de conocer las llamadas y comunicaciones intimas de Paulina, Juan Luis accedió, sin contar con su consentimiento al correo electrónico de ella, Y utilizando su clave de acceso al ordenador, examinó sus mensajes y llamadas de su teléfono movil, e instaló un aparato grabador en el teléfono fijo, mediante el que tenía conocimiento de todas las conversaciones privadas que su pareja tenía a través del mismo, accediendo así su vida intima y personal.

Entre las 12,30 y las 3,30 horas de la madrugada del día 13 de febrero de 2006, tras ver una película en la televisión, el acusado se dirigió al dormitorio donde se encontraba Paulina durmiendo y, tras despertarla, comenzó a discutir con ella, por causa del deseo que le había manifestado de poner fin a sus relaciones, en el transcurso de la cual, y aprovechando que se encontraba sentada en la cama, de espaldas a él, el acusado, de forma sorpresiva, se abalanzó sobre ella, y, con el ánimo de causarle la muerte, rodeó su cuello con una cinta elastica de doble cordón, de los utilizados para sujetarse el pelo, apretándolo fuertemente, sin que la victima, por lo sorpresivo de la actuación de él, y que la presión de la cinta la estaba efectuando por detrás de ella, pudiera llegar a defenderse



del ataque, produciéndole la asfixia por el mecanismo de estrangulación a lazo, lo que le provocó la muerte por anoxia encefálica con compromiso vascular y parada cardiorrespiratoria.

Tras estos hechos, el acusado tapó el cuerpo de Paulina con la manta-edredón de la cama, hasta el cuello, y llamo por teléfono al móvil de Belinda, pareja de Plácido, hermano de Paulina, que vivían en el mismo inmueble, unas plantas más arriba, y le dijo que había ocurrido una desgracia con Paulina, personándose, a continuación, sobre las 5,20 horas, en las dependencias de la Comisaría de Policía de Retiro, comunicando a la Policía que había acabado con la vida de su pareja, siendo detenido en el mismo momento al constatarse desde las dependencias policiales con los funcionarios del Grupo de Homicidios de la Brigada Provincial de Policía Judicial, que ya habían iniciado las investigaciones en el domicilio, la realidad de sus afirmaciones, acordándose, por auto de 15 de febrero de 2006, su prisión provisional, situación en la que permanece desde dicha fecha, al haberse prorrogado la misma por Auto de esta Sala de 23 de enero de 2008, hasta el día 13 de febrero de 2010.

La víctima tenía en el momento del fallecimiento dos hijos menores de su anterior matrimonio, Epifanio y Miriam, nacidos el día 27 de noviembre de 1996, y el 16 de septiembre de 1998, respectivamente, que se encontraban durmiendo en su habitación cuando sucedieron los hechos, así como sus padres, Andrés y Filomena, que vivían en Colmenar Viejo (Madrid), con quienes mantenía una relación estrecha y constante, encargándose con habitualidad del cuidado de los niños mientras su hija trabajaba.

Juan Luis ha sido diagnosticado de trastorno antisocial de la personalidad, que no afecta a su capacidad de entendimiento ni a su voluntad de controlar sus propios actos."

2º.- La Audiencia de instancia, dictó el siguiente **pronunciamiento**:

" Que debemos **CONDENAR y CONDENAMOS** a Juan Luis, como autor responsable de los siguientes delitos:

a) De un delito de descubrimiento de **secretos**, ya definido, con la concurrencia de la circunstancia mixta de parentesco, con efectos agravatorios, a la pena de TRES AÑOS DE PRISION, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y VEINTE MESES DE MULTA, con una cuota diaria de 10 euros, y con la responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, y

b) De un delito de asesinato ya definido, con la concurrencia de la circunstancia mixta de parentesco, con efectos agravatorios, y la circunstancia atenuante de confesar su infracción a las autoridades, a la pena de DIECISIETE AÑOS DE PRISION, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, imponiéndole, igualmente, las PROHIBICIONES de que se aproxime a una distancia no inferior a 1.000 metros a los dos hijos de la víctima, Epifanio y Miriam, y de que se comunique con ellos por cualquier medio, por tiempo de VEINTIDOS AÑOS.

Le condenamos, igualmente al pago de las costas de este procedimiento, con inclusión de las costas de las acusaciones particulares, y a que indemnice a cada uno de los dos hijos mencionados en la suma de CIENTO SESENTA Y TRES MIL EUROS A CADA UNO DE ELLOS, y al padre y a la madre de Paulina, D. Andrés, y D^a Filomena, en la suma de QUINCE MIL EUROS, a cada uno de ellos, devengando tales cantidades un interés anual igual al del legal del dinero, incrementado en dos puntos, desde la fecha de la presente resolución hasta la de su total cumplimiento.

De dicha indemnización deberá detrarse en su caso, el importe de la suma total de la ayuda satisfecha a los expresados perjudicados por el Estado, en aplicación de la Ley 35/1995 previa la acreditación de su pago.

Para el cumplimiento de la pena impuesta, será de abono al condenado la totalidad del tiempo que ha permanecido privado de libertad cautelarmente por esta causa.

Se decreta el comiso definitivo de la cinta y efectos de vestir intervenidos en la presente causa a los que se dará el destino legalmente previsto.

Esta sentencia no es firme. Contra ella cabe interponer recurso de casación, que habrá de prepararse en la forma prevista por los artículos 854 y 855 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dentro de los cinco días siguientes a su última notificación escrita.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y a las demás partes procesales.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al rollo de Sala, y se anotara en los Registros correspondientes, lo pronunciamos, mandamos y firmamos".

3º.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma y infracción de ley, por Juan Luis, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal



Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

4º.- La representación procesal del acusado Juan Luis, basó su recurso en los siguientes motivos de casación:

Primero.- Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con los artículos 197.1 y 201.1 del Código Penal.

Segundo.- Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con el artículo 197.1 del Código Penal.

Tercero.- Al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con los artículos 23 y 21.4 del Código Penal.

Cuarto.- Al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal con relación con el artículo 24.2 de la Constitución Española.

Quinto.- Al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con el artículo 139.1º del Código Penal.

Sexto.- Al amparo del artículo 852 y 849.11 y 2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con el artículo 24 de la Constitución Española.

5º.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, la Sala lo admitió a trámite quedando conclusos los autos para señalamiento de deliberación y fallo cuando por turno correspondiera.

6º.- Hecho el señalamiento para la deliberación, esta se celebró el día **7 de abril de 2010**.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Los motivos **cuarto** y **sexto** del recurso plantean cuestiones constitucionales basadas en el art. 24.2 y 24.1 CE y forman una unidad con el **quinto** . Por un lado sostiene el recurrente que ha sido vulnerado el derecho a presunción de inocencia y por otro que la sentencia carece de la motivación exigida constitucionalmente respecto de la individualización de la pena. Cuestiona en el primer sentido la apreciación de la conducta del acusado como sorpresiva. Hace mención del informe Médico Forense en la que, a su juicio, sólo se afirma la posibilidad general de que en la estrangulación a lazo la víctima puede ser tomada por sorpresa. Señala además la Defensa que el acusado no atacó a la víctima dormida ni aprovechó tal estado de la misma, que el ataque no se produjo ya inicialmente por detrás, sino que esa posición la habría adoptado en el "discurrir de la acción", que el acusado tenía un arañazo en la comisura derecha de los labios que se comprobó habían sido causadas por la víctima y que no existió una facilidad absoluta de realizar la acción, pues habría existido un primer intento fallido. De todo ello deduce la Defensa en el **quinto** motivo del recurso que debió ser aplicado al caso el art. 138 CP.

Respecto de la insuficiente motivación de la individualización de la pena alega la Defensa del recurrente que el trastorno de personalidad que padecía, debió ser valorado como circunstancia de atenuación al no considerar íntegramente los informes psiquiátrico y psicológico. Por lo tanto, sostiene, la pena debió ser impuesta en la mitad inferior del marco penal.

Los tres motivos deben ser **desestimados**.

Respecto de la primera cuestión, planteada en los motivos cuarto y quinto del recurso. El carácter sorpresivo de la acción no es la esencia de la alevosía, sino una de sus formas. En la jurisprudencia de esta Sala, lo esencial es la indefensión de la víctima frente al autor. En todo caso, una acción agresiva por la espalda también puede dar lugar a la alevosía. En todo caso, una persona provista de un instrumento que aumenta como en este caso considerablemente su capacidad agresiva y lo usa de tal forma que disminuye seriamente las posibilidades defensivas de la víctima, como en este caso, actúa alevosamente, según los principios jurisprudenciales, Ciertamente es que el recurrente cuestiona que su acción haya sido por la espalda, basándose en la generalidad de las afirmaciones médico-forenses y en la lesión que presenta el autor en la comisura de sus labios. Pero esa lesión no es imposible que haya sido realizada por la víctima al intentar defenderse de un ataque por la espalda que necesariamente requiere un estrecha cercanía del autor con la víctima.

En lo concerniente a la individualización de la pena se trata de la valoración de los informes psiquiátrico y psicológico. La Audiencia ponderó extensamente (nueve páginas) las circunstancias personales del acusado y su significación desde el punto de vista de la capacidad de culpabilidad. Las conclusiones de los dictámenes citados por la Defensa no permiten llegar a otra conclusión. Como es sabido, las anomalías de la personalidad, salvo cuando sean equivalentes en sus efectos a una enfermedad mental, no excluyen la



capacidad de culpabilidad y no deben ser necesariamente consideradas como circunstancias atenuantes. La motivación de la Audiencia, en este sentido, es convincente y se ajusta a los criterios jurídicos aceptados. Especialmente cuando hace referencia la autoinculpación del acusado como demostrativa de su total comprensión de la ilicitud del acto y de su capacidad para dirigir sus acciones.

SEGUNDO .- El **primero** y el **segundo** de los motivos del recurso se dirige contra la aplicación del art. 197.1 CP y la correspondiente infracción del art. 201.1.CP, dado que la perjudicada, no obstante su presunto conocimiento de la incursión del acusado en sus **secretos** no presentó denuncia o querrela contra el acusado. También se sostiene que la víctima había renunciado al **secreto** de sus comunicaciones, aunque pudiera sentirse molesta por la desconfianza de su compañero.

Ambos motivos deben ser **estimados**.

En su informe el Fiscal sostiene que el requisito del art. 201.1.CP puede tenerse por cumplido, basándose para ello en el art. 5 de la LO 1/1982, que, estima, podría aplicarse al caso del art. 197.1 CP.

Sin embargo, el art. 5 de la LO 1/1982 se refiere a la acción civil y no a la acción penal, como surge del art. 1 de la mencionada LO. La extensión de esta norma al derecho penal contradice el silencio del legislador, que probablemente ha tenido en cuenta que en ámbitos privados familiares la protección penal de la intimidad debería limitarse a un ejercicio personalísimo de la acción.

En todo caso, el Fiscal sostiene también que el derecho de denunciar se transmite a los herederos, "salvo que de forma explícita o por actos concluyentes (la víctima) haya renunciado a ella". Sin perjuicio de otras consideraciones esta salvedad es aplicable al presente caso, en el que cabe apreciar una conducta concluyente de la víctima, pues ésta, con conocimiento de los hechos, se comportó de tal manera que no es posible inferir de su conducta que quería ejercer el derecho de accionar en persecución de su pareja y, eventualmente, transmitirlo a sus herederos.

Tal conclusión se reafirma por el hecho de que la víctima no estableció ninguna medida de seguridad y exclusión que impidiera al acusado acceder a las informaciones de su correo electrónico, ni a su teléfono móvil. Asimismo, en los hechos probados no consta que el acusado hubiera obtenido la clave de acceso a su ordenador en forma clandestina o que se hubiera apoderado del teléfono móvil de la víctima de la misma forma, lo que hace suponer que ella no tenía el propósito de excluir a su "pareja sentimental", según la terminología usada en la sentencia recurrida.

TERCERO.- En el **tercer** motivo del recurso alega la Defensa del acusado la infracción del art. 23 CP por cuanto en las SSTS 1099/1999 y 694/2003, referidas al descubrimiento de **secretos** de un cónyuge por el otro, no fue aplicada la agravante de parentesco. Afirma asimismo que dado el doble carácter de esta circunstancia en el presente caso cabría aplicarla como atenuante. Por otra parte sostiene el recurrente que "en el presente caso es el acusado el que pone de manifiesto haber accedido a las comunicaciones" de su compañera, por lo que respecto de este delito debería haber sido aplicado el art. 21.4º CP. El Ministerio Fiscal apoyó el motivo sólo en lo referente a la exclusión de la agravante de parentesco, admitiendo, sin embargo, que ella pueda ser considerada como un factor de individualización de la pena favorable al acusado que permitiría reducir la pena al mínimo legal correspondiente. Por el contrario, estima que no sería procedente la aplicación de esta circunstancia como atenuante.

El motivo debe ser **parcialmente estimado**.

1. Respecto de la agravante de parentesco la Sala entiende que ha sido debidamente aplicada respecto del delito de asesinato. Sin embargo, en la medida en la que hemos estimado los motivos primero y segundo, respecto del delito del art. 197.1 CP, el motivo ha devenido una cuestión abstracta que ya no requiere pronunciamiento alguno.

2. En lo relativo a la atenuante de confesión el Ministerio Fiscal se ha opuesto a la pretensión del recurrente por entender que, si bien reveló los hechos que luego le han sido imputados, también niega que ellos sean constitutivos de delito en otros motivos del recurso. Sin embargo, la atenuante de confesión no requiere que el inculpado deba renunciar a esgrimir en la casación la falta de tipicidad de los hechos puestos de manifiesto ante la Policía o a otras defensas posibles. Se trata de un antiguo principio que se conocía como confesión cualificada y que permitía apreciar la confesión cuando al mismo tiempo se alegaban eximentes o atenuantes. Es suficiente con que, con independencia de si los estima delictivos o no, los revele ante la autoridad competente.

III. FALLO



Que debemos declarar y declaramos **haber lugar parcialmente** al recurso de casación interpuesto por **Juan Luis**, frente a la sentencia dictada por la **Audiencia Provincial de Madrid, sección nº 27**, de fecha **30 de Junio de 2009**, por los delitos de **asesinato y descubrimientos de secretos**, con estimación de los motivos **primero y segundo de su recurso y estimación parcial del 3º motivo del mismo** casando y anulando parcialmente la misma, en los extremos que afecten a dichos motivos, declarando **de oficio las costas** del recurso.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos **D. Juan Saavedra Ruiz D. Andres Martinez Arrieta D. Perfecto Andres Ibañez D. Francisco Monterde Ferrer D. Enrique Bacigalupo Zapater**

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciséis de Abril de dos mil diez.

En la causa incoada por el Juzgado nº 2 de Violencia sobre la mujer de Madrid, se instruyó Procedimiento Sumario nº 5/2007, contra Juan Luis, en cuya causa se dictó sentencia nº 41/2009 por la Audiencia Provincial de Madrid, sección 27, con fecha 31 de junio de 2009, que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del **Tribunal Supremo**, integrada por los Excmos. Sres expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. **D. Enrique Bacigalupo Zapater**, hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

UNICO.- Se dan por reproducidos los de la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, sección nº 27, con fecha 31 de Junio de 2009.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO.- Se dan por reproducidos los de la primera sentencia.

III. FALLO

1º.- Que debemos condenar y condenamos a Juan Luis, como autor de un delito de **asesinato** del art. 139.1ª CP con la concurrencia mixta de parentesco y la atenuante de confesión (art. 21.4º CP) a la pena de **16 años de prisión**, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, imponiéndole, asimismo, las prohibiciones de que se aproxime a una distancia no inferior a mil metros respecto de Epifanio y Miriam y de que se comunique con ellos por cualquier medio durante veintidos años.

2º.- Asimismo lo **absolvemos** del delito de descubrimiento de **secretos** (art. 197.1 CP) por el que venia acusado.

3º.- Se mantienen los demás pronunciamientos de la sentencia de instancia no modificados por el presente fallo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos **D. Juan Saavedra Ruiz D. Andres Martinez Arrieta D. Perfecto Andres Ibañez D. Francisco Monterde Ferrer D. Enrique Bacigalupo Zapater**

PUBLICACIÓN.- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.