



Roj: **STS 4456/2007 - ECLI:ES:TS:2007:4456**

Id Cendoj: **28079120012007100550**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **18/06/2007**

Nº de Recurso: **10028/2007**

Nº de Resolución: **531/2007**

Procedimiento: **Penal. Jurado**

Ponente: **JOSE RAMON SORIANO SORIANO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP, Barcelona, Tribunal del Jurado, 29-05-2006,**
STS 4456/2007,
STSJ CAT 12417/2006

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Junio de dos mil siete.

En el recurso de casación por infracción de ley y de preceptos constitucionales, que ante este Tribunal pende, interpuesto por la procesada Maite, contra la sentencia de apelación dictada el 30 de noviembre de 2006 por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, en Rollo penal 18/2006 que desestimaba el recurso interpuesto por la misma contra la sentencia de fecha 29 de mayo de 2006 dictada por el Tribunal del Jurado de la Audiencia Provincial de Barcelona en Procedimiento de dicha clase núm. 3/2006 procedente de Causa nº 1/2005 del Juzgado de Instrucción nº 17 de Barcelona y también el recurso supeditado de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra dicha sentencia, confirmando íntegramente la misma; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan, se han constituido para votación y fallo, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. José Ramón Soriano Soriano, siendo parte el Ministerio Fiscal y estando dicha recurrente representada por el Procurador Sr. Ferrer Recuero.

I. ANTECEDENTES

1.- La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Rollo de apelación 18/2006) dictó sentencia con fecha treinta de noviembre de dos mil seis, que contiene en el primero de sus antecedentes de hecho y con referencia a la sentencia de fecha 29 de mayo de 2006 dictada por el Tribunal de Jurado de la Audiencia Provincial de Barcelona, en la que aparecen los siguientes HECHOS PROBADOS:

"1º.- El día 4 de junio de 2005 sobre las 10 horas de la mañana, la acusada Maite, se hallaba en su domicilio de la c/ DIRECCION000 NUM000 - NUM001 - NUM002 de esta ciudad de Barcelona, donde convivía con Jesus Miguel (su pareja de hecho) y los dos hijos menores de edad fruto de tal relación análoga a la conyugal: Inocencio de 2 años de edad y Jesús Luis de 8 meses de edad. Una vez ausente el padre, y conocedora la acusada de que emprendía un viaje hacia Girona, procedió a llenar de forma parcial la bañera del lavabo, e inducida del ánimo de acabar con la vida de ambos menores, introdujo en primer lugar a Jesús Luis en el agua sumergiéndole la cabeza y mateniéndole en esta posición hasta que falleció por ahogamiento. A continuación, repitió la acción con Inocencio hasta provocarle también la muerte por asfixia derivada de dicha inmersión. Minutos después, la acusada subió hasta la terraza del edificio y se arrojó por el patio interior de luces, con la intención de acabar también con su propia vida. A pesar de la consideraba altura (7 pisos y 25 mts) no lo consiguió, al amortiguar la caída un tendedero de ropa y un tejadillo de uralita existentes en el entresuelo. Sufrió múltiples fracturas en las extremidades inferiores y heridas en la cabeza.



2º.- Al ejecutar ambos hechos, la acusada era consciente de la especial situación de desvalimiento e indefensión de ambos menores, objetivamente derivada de su edad infantil (8 meses Jesús Luis y 2 años con 6 meses Inocencio), sin que ello ni el vínculo materno filial que le unía con los menores hubiera significado un freno a su decisión de acabar con su vida.

3º.- Una vez causada la muerte de ambos hijos, la acusada procedió a llamar a la policía para confesar los hechos. Informó de forma clara y sucinta que los había ahogado, facilitó sus datos de identificación personal, e indicó el domicilio donde habían ocurrido, facilitando con ello el descubrimiento del delito y las investigaciones policiales.

4º.- Con posterioridad a los hechos y durante el periodo de prisión preventiva transcurrido (11 meses), la acusada ha manifestado de forma reiterada a su compañero sentimental (Jesús Miguel) y padre de los menores de edad, su profundo arrepentimiento y deseo de mitigar el inmenso daño moral ocasionado, habiendo obtenido de éste el perdón en nombre propio y renuncia a reclamarle ninguna responsabilidad civil.

5º.- En el momento de cometer los hechos, la acusada se encontraba afectada por un trastorno antisocial límite de la personalidad, que no anulaba ni limitaba su capacidad intelectual o consciencia de entender la ilicitud de sus actos, ni tampoco la capacidad volitiva o intencional de llevarlos a cabo.

6º.- La acusada era mayor de 18 años en el momento de los hechos y carece de antecedentes penales".

Igualmente y en dicha sentencia del Tribunal de Jurado consta la siguiente parte dispositiva:

"Que de conformidad con el veredicto unánime de culpabilidad emitido por el Tribunal de Jurado, debo **CONDENAR Y CONDENO** a la acusada Maite como autora responsable de dos delitos consumados de asesinato con alevosía, concurriendo la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal agravante de parentesco, así como la atenuante simple de confesión y la analógica de reparación moral del daño. Por ello, le impongo la pena de **QUINCE AÑOS DE PRISIÓN** por cada uno de ellos, en total 30 años, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, y abono de las costas procesales causadas.

De conformidad con lo previsto en el art. 76.1 a) del Código Penal, establezco como límite máximo de cumplimiento efectivo de la suma de ambas penas de libertad, un total de 25 AÑOS, sin perjuicio de los beneficios penitenciarios que le pudieran corresponder".

2.- Por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, tras los fundamentos de derecho que estimó oportunos, se dictó la siguiente PARTE DISPOSITIVA:

"LA SALA DE LO PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA, HA DECIDIDO:

DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por el procurador de los Tribunales D.Fabián Maymó Obradors en representación de D^a Maite contra la sentencia de fecha 29 de mayo de 2006 dictada por el Tribunal del Jurado de la Audiencia Provincial de Barcelona en el Procedimiento de dicha clase núm. 3/06, procedente de la Causa núm. 1/05 del Juzgado de Instrucción núm. 17 de Barcelona, así como también el recurso supeditado de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la misma sentencia, y, en consecuencia, CONFIRMAR íntegramente la mencionada sentencia.

No se hace especial pronunciamiento en materia de costas.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal, a las partes personadas y al acusado, haciéndoseles saber que contra la misma cabe recurso de casación ante la Excelentísima Sala Segunda del Tribunal Supremo, en los términos que previene el art. 847 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Así por esta sentencia, lo pronuncian, mandan y firman la Presidenta y los Magistrados expresados al margen".

3.- Notificada dicha sentencia a las partes, se preparó contra la misma recurso de casación por infracción de ley y de preceptos constitucionales, por la procesada Maite , 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 dicho recurso.

4.- El recurso interpuesto por la representación de la procesada Maite , se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero.- A): Por error en la apreciación de la prueba, al amparo del art. 849-2º L.E.Criminal, basado en documentos que obren en autos, que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradictos por otros elementos probatorios. B): Por infracción corriente de ley, al amparo del art. 849-1º y 852 de la L.E.Criminal, o del art. 5.4 L.O.P.J., por vulneración del art. 24.1 de la Constitución española en relación con el art. 9.3 del mismo texto legal. Segundo.- Por infracción corriente de Ley, al amparo del art. 849-1º y 852 L.E.Criminal o del art. 5.4 L.O.P.J., por vulneración del art. 24.1, en relación con el art. 9.3 que proscribía la arbitrariedad y del art. 25.1, todos ellos, de la Constitución española, por vulneración de la

garantía constitucional derivada del principio de legalidad penal de interdicción de la interpretación extensiva y analógica in malam partem. Tercero.- Por infracción corriente de ley, al amparo del art. 849.1º L.E.Criminal, por aplicación del art. 139 del Código e inaplicación del art. 138 del mismo cuerpo legal. Cuarto.- Por infracción corriente de ley, al amparo del art. 849-1º L.E.Cr., por aplicación de la circunstancia mixta de parentesco del art. 23 del C.Penal en su modalidad agravatoria e infracción por inaplicación del mismo art. 23 en su modalidad atenuatoria. Quinto.- Por infracción corriente de ley, al amparo del art. 849-1º L.E.Criminal, por la no aplicación de la circunstancia atenuante -eximente incompleta- del art. 21.1 en relación con el art. 20.1 del Código Penal. Sexto.- Por infracción corriente de ley, al amparo del art. 849-1º L.E.Criminal, por la indebida aplicación del art. 66.1.2º y art. 68 del C.Penal, respecto a la aplicación de la pena aplicable en virtud de la calificación jurídica de los hechos y las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Séptimo.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 L.E.Criminal o del 5.4 L.O.P.J. por vulneración del art. 25 de la Constitución española, quebrantándose la garantía del principio de legalidad penal y sancionadora, en su vertiente de derecho a no ser sancionado doblemente por unos mismos hechos ne bis in idem y por agravio del art. 24.1 de la Constitución española en relación con el 9.3 del mismo texto legal.

5.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto pidió la inadmisión y consiguiente desestimación de todos los motivos alegados en el mismo; la Sala lo admitió a trámite y quedaron conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el correspondiente señalamiento, se celebró la votación y fallo del presente recurso el día 6 de Junio del año 2007.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En un solo motivo incluye el recurrente dos causas impugnativas diferentes que en realidad constituyen sendos submotivos, que habrá que analizar separadamente.

El primero por error en la apreciación de la prueba, al amparo del art. 849-2 L.E.Cr., basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

1. Se aduce que el tribunal incide en evidente error valorativo en su proceso de convicción cuando en la resultancia fáctica que se combate se omiten las contradicciones entre peritos, indicativas de la falta de unanimidad de criterio, que actuó como base para descartar la existencia del trastorno psíquico como causa de atenuación.

Rechaza abiertamente la afirmación conclusiva en la convicción del jurado que establece que en el momento de cometer los hechos "la acusada se encontraba afectada por un trastorno antisocial límite de la personalidad que no anulaba ni limitaba su capacidad intelectual o conciencia de entender la ilicitud de sus actos, ni tampoco la capacidad volitiva o intencional de llevarlos a cabo".

Califica de errónea la agumentación que fundamenta la inexistencia de la eximente incompleta de enajenación mental postulada por no valorar en su justa medida la prueba pericial médica, produciéndose de este modo un error fáctico patente, manifiesto, evidente y notorio.

Al calificar la base psicopatológica de la recurrente como "trastorno antisocial límite" se hace una mezcla confusa de las dos afecciones que pondera: "trastorno límite de la personalidad" y "trastorno antisocial de la personalidad".

No comparte la recurrente la importancia valorativa que se concede al diagnóstico de la Dra. Paula, que nunca fue negado o rebatido, ni contradicho por otros peritos médicos.

Falta según su tesis la constatación y consideración del informe médico de los Dres. Luis y Millán, que en su conclusión octava dicen que "como consecuencia del campo de conciencia, consideramos que en el momento de los hechos de autos pudo existir una grave afectación de la atención, el pensamiento y la capacidad de juicio".

La sentencia recaída no hace referencia alguna a la hipótesis aportada por estos dos peritos sobre un posible trastorno ciclotímico ni al trastorno adaptativo mixto ni a la comorbilidad o suma de varios transtornos cíclicos (trastorno límite de la personalidad o trastorno antisocial), que darían lugar al estado crepuscular de etiología psicógena, con gran afectación del pensamiento, definido como "homicidio ampliado".

Concluye afirmando que los informes no son contradictorios sino complementarios, manifestando, en suma, su desacuerdo sobre el criterio de que si los peritos declararon conjuntamente su silencio sobre las posiciones de otros no debe reputarse necesariamente como un desacuerdo o una insuficiencia probatoria.



2. Dada la naturaleza del motivo, las razones con las que tropieza para su estimación son varias, como bien apunta el Mº Fiscal.

Por un lado, el recurrente no concretó qué documento y qué manifestaciones del mismo acreditan un extremo o aspecto concreto que el factum recoge sin base probatoria distinta al documento, de suerte que los términos del mismo se imponen a lo declarado en aquél. Si lo que se pretende es complementarlo, quedaría vigente la expresión de que las alteraciones de la personalidad u otros padecimiento psíquicos no afectaron a la conciencia y voluntad del sujeto agente, que siempre estuvieron en contradicción con lo pretendido por la recurrente.

Desde otro punto de vista, sobre la base de una deficiente valoración de los distintos dictámenes periciales no puede sustentarse un recurso por error facti, dado el carácter personal de la prueba de peritos. Es cierto que esta Sala atribuye el carácter de documentos casacionales a aquéllos en los que concurren varias circunstancias, siempre que no se resienta la intermediación judicial, en razón de que la apreciación directa del tribunal de instancia y el de casación han de producirse exactamente sobre la misma prueba susceptible de valoración.

Esta Sala atribuye el carácter documental a los informes o dictámenes periciales siempre que concurren las dos circunstancias siguientes:

a) que existiendo un solo dictamen o varios absolutamente coincidentes y no disponiendo la Audiencia de otras pruebas sobre los mismos elementos fácticos el Tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de modo que se altere relevantemente su sentido originario.

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

3. En nuestro caso no se dan estas circunstancias. En primer lugar los informes fueron aclarados, matizados y explicados en juicio, como pone de relieve la sentencia del Tribunal Superior, luego, los dictámenes, para ser entendidos en su genuino y preciso sentido según el autor que los emite, en contraste con otros previos obrantes en la causa ya aportados por el mismo perito, deberían incorporar todos esos matices que escapan al Tribunal de casación por su falta de intermediación, y ello no siempre se consigue por mucho que el fedatario judicial trate de reflejar en el acta las aclaraciones o puntualizaciones verificadas por tales peritos.

Pero la necesidad de que exista coincidencia en las pericias o que no exista otra prueba que haya podido influir en la convicción del tribunal sobre este punto no es cierta, ya que como razona y demuestra exhaustivamente el Tribunal Superior no existió unanimidad en el diagnóstico de todos los peritos, de los cinco que intervinieron, y el tribunal recurrió para formar su convicción a otros elementos o datos probatorios, en particular a la prueba testifical del primer agente policial que atendió a la acusada en el lugar de los hechos y departió con ella, como también pudo tener en consideración, para detectar el grado de conciencia y libertad de la mujer, la conversación grabada que aquélla mantuvo con la policía judicial al confesarle los hechos y manifestar su voluntad de suicidarse para que no se culpabilizara a una tercera persona.

En síntesis, a pesar de lo alegado, los propios informes periciales y el acta del juicio oral nos indican que no existió unanimidad en el acto de la vista en orden a la aceptación de la hipótesis de "un trastorno mental transitorio derivado de un cuadro ansioso depresivo de naturaleza ciclotímica".

4. A su vez y como último argumento obstativo a la pretensión de la recurrente figura la convicción formada por el Jurado en trance de valorar las pruebas sobre el grado de imputabilidad de la misma y que condicionaron la redacción del factum por el Magistrado Presidente. La proposición desfavorable número 7º es reproducida en la sentencia en los términos en que por unanimidad fue aceptada por los miembros del Jurado.

Todo ello pone en evidencia que lo pretendido por la recurrente es tratar de imponer otra versión o valoración probatoria que asuma las opiniones de una parte de los peritos, no contrastadas, sino simplemente apuntadas como hipótesis. La valoración de la prueba y en este caso de los informes periciales y demás probanzas sobre la capacidad de culpabilidad de la acusada es facultad exclusiva del tribunal de instancia, el cual no ha sufrido error al consignar una apreciación en el factum que posee asiento probatorio, aunque existan otros matices o modos de interpretar el problema médico jurídico, que no pueden imponerse a dicho tribunal por mor de lo dispuesto en el art. 117-3 C.E. y 741 L.E.Criminal.

El submotivo no puede prosperar.



5. El otro apartado impugnativo, dentro del mismo motivo, lo residencia procesalmente de modo simultáneo a diversos preceptos (art. 849-1º y 852 L.E.Cr. y 5-4 L.O.P.J.) por entender vulnerado el art. 24.1 C.E. en relación al art. 9-3 del mismo Texto fundamental.

La recurrente estima arbitraria, irracional e ilógica la interpretación de la prueba médico-pericial, al silenciar o expresar sesgadamente extremos de la misma comprendidos en documentos incluídos en actuaciones. El error versaría sobre extremos fácticos relativos a las patologías de base de la acusada y la valoración de las mismas con incidencia en la apreciación de la eximente incompleta.

En la fundamentación de este submotivo la recurrente se apoya en la manifestación que el Magistrado-Presidente del Jurado hace en el párrafo final del fundamento tercero de la sentencia de instancia que nos dice: "No debe olvidarse además, que en casos como el presente en que los cinco peritos en psiquiatría legal que han declarado en el juicio, han apuntado como plausible (sin existir unanimidad entre ellos) la hipótesis de que nos pudiéramos hallar ante un trastorno mental transitorio derivado de un cuadro ansioso depresivo de naturaleza ciclotímica, la dificultad de dilucidar cuando resulta justificada dicha apreciación atenuatoria y cuando no, deviene casi insuperable, en especial, para ciudadanos legos en medicina y en derecho".

6. Es indudable la posibilidad de que un error del juzgador puede dar lugar a la infracción del art. 24-1º C.E., aunque para que se produzca deben concurrir determinados requisitos impuestos por el Tribunal Constitucional (véase por todas S. 158/2002 de 16 de septiembre):

a) el error ha de ser fáctico, patente, manifiesto, evidente o notorio, en cuanto su existencia sea inmediatamente verificable de forma clara e incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales por haberse llegado a una conclusión absurda o contraria a los principios elementales de la lógica y la experiencia.

b) el error ha de ser determinante de la decisión adoptada, de forma que constituya el soporte único o fundamental de la resolución, su ratio decidendi; en definitiva, se trata de que, comprobada su existencia, la fundamentación jurídica pierde el sentido o alcance que la justificaba y no puede conocerse cuál hubiese sido el sentido de la resolución de no haberse incurrido en el mismo.

c) además, la equivocación debe ser atribuible al órgano que la cometió, es decir, no imputable a la negligencia o mala fe de la parte que, en tal caso, no podría quejarse, en sentido estricto, de haber sufrido un agravio del derecho fundamental.

d) por último, el error ha de producir efectos negativos en la esfera jurídica del ciudadano.

7. La doctrina enunciada no desvirtúa otra, nacida del mismo Tribunal Constitucional, que nos dice que el contenido del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva incluye la oportunidad dialéctica de alegar y justificar procesalmente el reconocimiento judicial de los derechos e intereses legítimos -lo que se efectuó por la defensa en primera instancia y en la apelación y nuevamente ahora-, pero no supone el éxito de las pretensiones o de las razones de quien promueve la acción de la justicia, y no comprende, en modo alguno, la obtención de un pronunciamiento conforme a las peticiones e intereses de las partes, sino el logro de resoluciones razonadas y que ofrezcan respuestas motivadas a las cuestiones planteadas. En definitiva, consiste en la obtención de una resolución de fondo razonada y razonable.

En el presente caso la recurrente ha obtenido una resolución que razona suficientemente acerca de la concurrencia o no de la precitada circunstancia.

En la medida en que, como explica la sentencia recurrida, la decisión del jurado sobre dicha proposición nº 7 se apoyó en la valoración diagnóstica de una de las peritos (Doña. Paula), en la testifical ya referida de un policía y en el hecho de que los forenses plantearon la posibilidad de un estado crepuscular de la acusada como una "hipótesis", advirtiendo que no podían convertir dicha hipótesis en diagnóstico, y como quiera que esa hipótesis no apareció en ninguno de los restantes dictámenes periciales, no cabe calificar la conclusión del jurado de ilógica, irracional o vulneradora del derecho a la tutela judicial efectiva.

8. Finalmente no se produce ninguna confusión al expresar la perito el trastorno mixto antisocial y límite, donde aparecían meridianamente claros los dos aspectos de la personalidad a que se refiere el dictamen.

Desde el punto de vista material es obvio que la calificación psicopatológica atribuida al sujeto activo del delito, es acorde con la línea jurisprudencial de esta Sala que ha reputado con carácter general la irrelevancia en la imputabilidad de los trastornos de la personalidad, que son susceptibles de tratamiento (psicoterapia o fármacos) y sin excluir que en ocasiones representen signos de otras alteraciones más graves (patologías neurológicas), no son capaces de influir de forma ostensible en la capacidad de querer y obrar.

Como más de una vez ha declarado esta Sala, en unión de otras anomalías o trastornos, pueden alumbar una atenuante analógica y más difícilmente cualificada, como sería la adicción a opiáceos de larga duración.

En nuestro caso no se dan tales circunstancias, lo que hace que las certeras, coherentes y exhaustivas argumentaciones sentenciales del Tribunal Superior, que explican y justifican la decisión del tribunal de instancia, deban ser asumidas en plenitud por este Tribunal de casación (véase Fud. 2º, pag. 8-16).

El motivo en todas sus proyecciones debe desestimarse.

9. Directamente enlazado con el motivo primero se plantea el quinto, por corriente infracción de ley (art. 849-1 L.E.Cr.), al no aplicar la circunstancia atenuante de eximente incompleta del art. 21-1º en relación al 20-1º C.Penal.

Resultando inalterado el factum, al que debemos plena sumisión (art. 884-3 L.E.Cr.), es patente la falta de sustrato fáctico en que apoyar la apreciación de tal atenuante. No hay un diagnóstico médico que haya puesto de manifiesto una perturbación psíquica, siquiera sea moderada o leve, de las facultades intelectivas o volitivas de la acusada en el momento de la ejecución del hecho.

Las hipótesis, que no diagnósticos, de algunos peritos, contrapuestas a la opinión de otros, no constituyen razón o base para acoger la pretensión atenuatoria.

Cuando se trata de circunstancias eximentes o atenuantes la regla de juicio halla su presupuesto en el principio general que late en nuestro Código Penal al estructurar las causas de imputabilidad de forma negativa, de modo que debemos siempre entender que una persona disfruta de las facultades mínimas de comprender y querer, salvo que se pruebe lo contrario, esto es, las causas de exención o restricción de la imputabilidad o capacidad de culpabilidad deben hallarse tan acreditadas como el hecho principal mismo sobre el que inciden.

La carga de la prueba en nuestro caso, en el que se postula la estimación de una atenuante cualificada, compete a la defensa que la alega, que no ha probado la base fáctica que propiciaría su acogimiento.

Por todo ello el motivo quinto no puede prosperar.

SEGUNDO.- Por corriente infracción de ley (art. 849-1º L.E.Cr.), en el homónimo ordinal la recurrente denuncia vulneración del art. 24-1º en relación al 9-3 de la C.E., que proscribe la arbitrariedad y del art. 25-1º del mismo texto fundamental, en cuanto ha sido atacado el principio de legalidad penal en su interpretación extensiva y analógica in malam partem hecha de la cualificativa de alevosía, prevista en el nº 1 del art. 22 del C.Penal.

1. Dos aspectos combaten en la interpretación de la agravante.

Por un lado nos dice que la circunstancia objetiva de la edad de los menores víctimas del delito hace que cualquier modo o forma de ejecución del hecho habría garantizado el resultado, en tanto un niño de tan corta edad por naturaleza se halla indefenso, sin que su agresor necesite desplegar actividad alguna tendente a la eliminación de riesgos y al aseguramiento del delito.

Como ofendido debe considerarse la misma "víctima", si nos atenemos al tenor literal de la ley que habla de ofendido, pues de haber querido referirse a terceros en funciones de garantes, habría incluido el término "terceros". El hecho de que se asegurara la agresión con ausencia del marido, padre de los niños, supone una ampliación interpretativa que la ley no consiente.

Por otro lado considera que la acusada no ha "empleado" ningún medio para ejecutar con garantía y sin riesgos el delito, sino que la indefensión era consustancial al sujeto pasivo de la infracción.

La recurrente pudo "aprovecharse" de las circunstancias para ejecutar el hecho a placer, pero no emplea ningún mecanismo o pone en juego ningún artificio agresivo que tienda a los fines que la agravante indica. A lo sumo aprovecha la situación que le es dada. Si la razón de la agravante reside en la dinámica delictiva, en este caso no se da, ya que no se escogieron medios de ataque ni se proyecta o planifica una ejecución eficaz de la muerte de los niños. No existió elección o búsqueda de medios, pues de entenderlo así matar a un recién nacido siempre será alevoso.

2. Desde cierta perspectiva interpretativa de la cualificación le asiste razón a la recurrente, aunque el Tribunal Supremo ha establecido una línea jurisprudencial sólida y firme que contradice la tesis planteada.

Es cierto que el art. 22-1º, utiliza la expresión "emplear" medios, modos o formas de ejecución, y en nuestro caso no ha tenido que utilizar ninguno de forma especial. Habiendo decidido recurrir al mecanismo homicida de ahogamiento por inmersión, el procedimiento, como cualquier otro, habría garantizado el resultado.

La mayor parte de la doctrina científica ha venido sosteniendo que, de acuerdo con los términos literales con los que se describe la agravatoria, su consideración jurídica debería incardinarse dentro del abuso de superioridad. Incluso no falta alguna aislada sentencia de esta Sala, ya lejana en el tiempo, que se ha inclinado por el abuso de superioridad en la muerte de un recién nacido, al ser inherente a esa condición la imposibilidad de defenderse, siempre que tal situación no hubiera sido buscada o aprovechada.



Sin embargo, la doctrina última y consolidada de esta Sala ha venido distinguiendo dentro de la alevosía modalidades derivadas del modo de ejecución del hecho:

- a) la denominada proditoria, que incluye la traición, equiparable a la asechanza, insidia, emboscada, celada o lazo.
- b) la súbita o inopinada que se caracteriza por el ataque imprevisto, fulgurante y repentino.
- c) por último, la consistente en el aprovechamiento de una situación de desvalimiento, como acontece en los niños de corta edad, ancianos debilitados, enfermos graves, ciegos o víctimas dormidas o ébrias en la fase letárgica o comatosa, etc.

3. El legislador pudo precisar con mayor rigor los términos que delimitan la agravación, que en nuestro caso actúa como complemento tipológico que alumbra el subtipo de asesinato, incluyendo, cosa que no ha hecho, alguna expresión clarificadora, como la prevista en el Proyecto de Código Penal de 1992 que refería entre los supuestos de alevosía <<..... o cuando el hecho se ejecutare sobre persona absolutamente indefensa>>.

Al no incluirlo, la doctrina científica más caracterizada sigue sustentando que en aquellos casos en que el aseguramiento y ausencia de riesgo para el agresor ha sido simplemente buscado, cuando por las características de la víctima esas circunstancias nos vengan dadas, debe interpretarse el supuesto como abuso de superioridad (art. 22-2 C.P.), situación fronteriza con la alevosía no fácilmente deslindable.

No obstante esta Sala, en la dialéctica entre el excesivo rigor interpretativo del principio de taxatividad y una interpretación teleológica, sistemática y coherente, ha entendido que sin vulnerar el principio de legalidad era perfectamente acogible la cualificativa haciendo notar que el aseguramiento del hecho y la ausencia de riesgo para el ofensor se daban exactamente igual en los casos que se eliminaba cualquier reacción defensiva, como cuando conscientemente se aprovecha la situación en que la posible defensa del ofendido aparecía anulada.

El Tribunal Superior ha analizado la cuestión y ha hecho un alarde de citas jurisprudenciales de esta Sala, que confirman el criterio invariable que acabamos de apuntar sobre el tema planteado. En el caso que nos concierne se da un claro supuesto de alevosía de desvalimiento.

4. La pretendida ampliación interpretativa del art. 22-1º, respecto a la indefensión de la víctima o sujeto pasivo del delito, no tiene la menor influencia en nuestro caso. Ciertamente, como sostiene la recurrente, dentro del término utilizado por la ley "ofendido" no deben incluirse personas distintas a la propia víctima, por lo que el padre como garante de la salud y la vida del hijo, no constituía un obstáculo a eliminar para asegurar la acción o evitar la reacción defensiva.

La alevosía no se refiere a terceras personas, aunque se hallen en situación de garante, de ahí, que resulte indiferente que la acusada se preocupara de esperar la ocasión de que el marido, padre de los niños, se ausentara, en previsión de que pudiera desbaratar sus macabros planes.

En cualquier caso, aunque aceptáramos la hipótesis contraria de la eliminación de cualquier oposición, resistencia o defensa del padre, también en este caso fue eludida o soslayada.

El argumento no debe prosperar y con él el motivo.

TERCERO.- Consecuencia directa del motivo anterior es el siguiente, tercero en el orden que los formula, en el que con amparo en el art. 849-1º L.E.Cr., entiende indebidamente aplicado el art. 139, e inaplicado, cuando debió serlo, el 138 C.P.

La recurrente pretende calificar los hechos de homicidio, al descartar la concurrencia de alevosía, pero como se razonó en el anterior motivo el modus operandi, aprovechar la situación de las víctimas, incapaces de defensa, es propio de la alevosía de desvalimiento que encierra el mismo desvalor por concurrir la misma ratio agravatoria que en aquellos casos en que el agresor busca la sorpresa o la emboscada.

Pretende igualmente la inaplicación de la agravación de abuso de superioridad, cuya realidad acepta, pero que, a su juicio, resulta imposible su estimación en este trance procesal por no haber sido propuesta por las partes acusadoras, privando de toda posibilidad de defensa a la recurrente. Como quiera que se estimó la alevosía, huelga argumentar sobre cualquier hipótesis diferente.

El motivo ha de rechazarse.

CUARTO.- En el ordinal del mismo número y residenciado en el art. 849-1º L.E.Cr., alega la indebida aplicación al caso de la agravante mixta de parentesco prevista en el art. 23 del C.Penal, en su modalidad agravatoria, cuando debió estimarse con carácter atenuatorio.



1. Aduce que para apreciar la circunstancia se hace preciso la existencia de una ligazón entre el delito cometido y el parentesco que integra la circunstancia, de forma que si la motivación del hecho punible fue ajena a los lazos familiares no debe operar con efectos agravatorios.

En realidad vuelve a reproducir los argumentos expuestos ante el Tribunal Superior, que con razonamientos consistentes rebatió en su sentencia (Fud. 6º, pag. 23-27), con oportuna jurisprudencia de esta Sala que dejó debidamente reseñada.

En efecto, por un lado, la recurrente considera que el verdadero fundamento de la circunstancia mixta de parentesco obliga a tener en cuenta "la naturaleza, los motivos y los efectos del delito" para decidir si debe agravar o atenuar la pena en el caso concreto. En base a ello y atendida la existencia de una efectiva relación de afectividad entre la acusada y las víctimas, se sostiene que si "los motivos que llevaron a la acusada a matar a sus propios hijos son de tipo altruista", como llegaron a decir los psiquiatras que informaron en su condición de peritos en el juicio oral ("para evitarles dolores y sufrimientos a los hijos" o "para evitar un mal mayor"), y, por tanto, "no merecedores de mayor reproche penal", no existe razón alguna para la agravación de la pena, sino todo lo contrario, para la atenuación.

Por otro lado, entiende que si la agravación de la pena en virtud de la circunstancia mixta de parentesco se fundamenta en la quiebra de la relación de confianza propia de las relaciones familiares, tampoco se justificaría la agravante en este caso, puesto que dada la temprana edad de las víctimas, la única relación posible con su madre era la de dependencia absoluta y no la de confianza.

2. Antes de resolver la cuestión planteada es oportuno esbozar algunas consideraciones generales sobre la naturaleza y caracterización de la circunstancia que puedan ofrecer luz sobre la adecuación o inadecuación del juicio de subsunción realizado.

Es indudable que el carácter mixto del parentesco se erige como principal elemento de distorsión de la circunstancia, pues resulta contradictorio derivar, sin más, de una relación interpersonal, efectos antagónicos.

Los términos naturaleza, motivos y efectos a que alude el art. 23, como determinantes del carácter atenuatorio o agravatorio de la circunstancia, constituyen la referencia del Tribunal para dilucidar si la circunstancia de parentesco supone un cambio de valor o de gravedad del comportamiento.

a) Por <<naturaleza>> del delito debe entenderse la índole de la infracción perpetrada, en atención al bien jurídico que protege.

b) Por <<efectos>> las consecuencias derivadas de la manifestación volitiva integrante del respectivo hecho criminal, constituyendo una noción más amplia que la de resultados.

c) Los <<motivos>> son equivalentes a los móviles que impulsan al sujeto a actuar de modo antijurídico.

Conforme a esa conceptualización la jurisprudencia ha introducido unos criterios generales en razón del delito cometido o bien jurídico lesionado: la circunstancia actuará como agravante en delitos contra las personas y libertad sexual y como atenuante en los delitos patrimoniales y contra el honor. En delitos patrimoniales tendrá poco juego por la excusa absolutoria de sustracciones no violentas entre parientes (art. 268 C.P.).

El carácter agravatorio del parentesco en delitos contra las personas ha tenido excepciones en nuestra legislación. Así el delito de infanticidio y el de producción de lesiones a un pariente para liberarse del servicio militar les reconoció el Código Penal derogado efectos lenitivos.

Junto al criterio general se usa el criterio particular de la permanencia o ruptura de la relación de afectividad, que actúa como elemento corrector del mismo. En ocasiones funcionando como agravatoria, en delitos contra las personas, puede convertirse en atenuante, como en el caso de ruptura del vínculo inicial por rencillas familiares o intereses contrapuestos, cuando la ruptura ha generado un ambiente enrarecido entre los parientes; o también las hipótesis en que se apoya a la madre frente a otro pariente próximo. En otros casos la ruptura de la relación familiar hace irrelevante la relación parental (ni agrava ni atenúa), como puede ser:

1) cuando la víctima provoca el delito.

2) cuando la relación afectiva se ha transformado, desapareciendo la comunidad de intereses, sustituyéndose por la enemistad y el distanciamiento.

3) cuando en las relaciones familiares surgen intereses controvertidos o contrapuestos, etc.

3. Resulta interesante destacar la naturaleza e incidencia del parentesco sobre la responsabilidad criminal. En este sentido la función de la familia como pilar social requería la implicación del derecho penal, en aras a reconocer o intensificar la protección de ese reducto de sentimientos, intimidades y especial respeto y ayuda

que debe reinar entre sus miembros, en razón a que era perfectamente exigible que dichos miembros se comportaran como si fueran extraños.

Entre la incidencia de la circunstancia en el injusto o la culpabilidad del delito en que deba aplicarse, la doctrina científica, en este punto dividida, parece inclinarse por la última de las alternativas, de modo que el parentesco debe considerarse como un elemento graduacional de la pena de carácter objetivo, basado en un sistema de presunciones, que afectan a la culpabilidad del sujeto. Para que la circunstancia pueda operar es preciso:

- a) Que se dé la relación parental o asimilada a que se refiere el precepto.
- b) Que el sujeto activo sea consciente de su concurrencia.
- c) Que realmente en la relación parental o asimilada medie un mínimo de afectividad, respeto y consideración propios del vínculo o la situación, pues lo que importa no es la concurrencia formal, sino la realidad subyacente: afectividad o conciencia de la vinculación afectiva.

Esta última nota deberá ser matizada en los casos de vínculo matrimonial o uniones de hecho asimiladas, dada la objetivación del lazo parental ("ser o haber sido") consecuencia de la reforma operada por L.O. nº 11 de 29-09-2003.

4. En nuestro caso es perfectamente comprobable que concurren las circunstancias referidas.

La madre era consciente de que mataba a sus hijos con los que se hallaba en una normal relación de afectividad, la que es propia de una relación materno filial, y se percataba de lo que hacía y quería hacerlo, sin perjuicio de que su conducta estuviera condicionada por su carácter psicopático, pero sin repercusión ostensible o relevante en las facultades de comprender y obrar.

Los conceptos del "suicidio ampliado" u "homicidio altruista" apuntados como hipótesis por algunos psiquiatras en el afán de buscar una motivación a la conducta criminal, sólo pueden operar en el plano de las motivaciones secundarias, ya que en el fondo la recurrente era consciente de sus actos y de la ilicitud de los mismos. Desde el punto de vista objetivo no es sostenible que buscando el bien de los hijos les produzca el mayor mal imaginable. Desde esta última perspectiva no puede sino calificarse el hecho de un crimen horrendo, que su espuria motivación no permite computar a efectos de reducción de la culpabilidad. El Tribunal no estimó ninguna atenuación por razón de cualquier padecimiento psicótico u otro que pudiera reducir el grado de imputabilidad.

Respecto a la pretendida ausencia de confianza de la acusada y sus hijos, como ratio agravatoria, hemos de dejar sentado que, aunque la confianza o abuso de la misma puede ser una de las razones de la cualificación por lo que tiene de favorecedora en la ejecución del hecho, no es única ni tampoco la más importante. Su fundamental ratio agravatoria es el mayor nivel de exigencia en el comportamiento, nacida de la comunidad de afectos y sentimientos que debe reinar en la institución familiar, de la que forman parte agresora y agredidos. El derecho penal no atribuye igual grado de reproche al hecho de privar de la vida a los extraños, que a los propios hijos.

Por lo expuesto el motivo debe decaer.

El parentesco es perfectamente aplicable al caso, en funciones agravatorias.

QUINTO.- Examinado el motivo quinto al tratar del primero, el sexto no posee sustantividad propia. La queja consiste en la infracción del art. 66.1.2º y 68 C.P., por indebida aplicación, todo ello a través del cauce previsto en el art. 849-1º L.E.Cr.

El motivo se asienta sobre hipótesis inexistentes, al partir de la estimación de todos los motivos que articula y en esa línea argumentativa nos dice, que como quiera que debió aplicarse la atenuante de eximente incompleta del art. 21-1, en relación al 20-1º, por trastorno mental transitorio, debió rebajarse la pena en uno o dos grados, interesando la máxima reducción. Rebajada la pena en dos grados debió repetirse la reducción por la estimación de tres atenuantes, dos de ellas aceptadas en sentencia (reparación parcial del daño y confesión de la infracción a las autoridades, art. 21-4º y 5º) a las que tendría que añadirse la circunstancia de parentesco que el recurrente postula con efectos atenuatorios.

Como quiera que no han prosperado ninguna de las pretensiones, no cabe realizar las operaciones individualizadoras interesadas.

El motivo ha de rechazarse.

SEXTO.- En el último de los motivos (7º), utilizando el cauce previsto en los arts. 852 L.E.Cr. y 5-4 L.O.P.J., estima vulnerado el art. 25 que regula el principio de legalidad en su vertiente de prohibición de no sancionar doblemente unos mismos hechos con quebranto del non bis idem (art. 24-1º y 9-3 C.E.).



1. La recurrente condensa las razones de su recurso argumentando del modo que a continuación se expone.

"Si lo que fundamenta la apreciación de la agravante por el Juzgador a quo es la especial vulnerabilidad de la víctima derivada de la propia desprotección en la que les sitúa su madre, que convierte su papel de garante y protectora máxima, en aquellos momentos, a fuente real de su peligro, tal circunstancia ya habría sido tomada en consideración por el juzgador para la apreciación del delito como alevoso y por tanto constitutivo de asesinato. Si la agravación del delito, en este caso, la determina la quiebra de las obligaciones como madre de la acusada que provoca situar en una indefensión natural a los menores, el fundamento de tal agravación es el mismo que el que se tuvo en cuenta para apreciar la circunstancia específica que determinó la calificación de los hechos como alevosa.

No se debió, pues, condenar a la acusada por asesinato concurriendo la agravante de parentesco, si lo que sustenta la apreciación de ambas agravantes -específica y genérica- es la misma fundamentación. En este caso o se debió condenar por asesinato, que consumiría por las reglas del artículo 8 del Código Penal la infracción que da lugar a la agravante genérica de parentesco, o de haberse apreciado ésta última, no siendo posible la apreciación de la alevosía, los hechos tendrían que haber sido considerados homicidios con la agravante del artículo 23 del Código Penal".

2. A la recurrente no le asiste razón, en cuanto parte de una incompatibilidad inexistente. No resulta solapada una agravante por otra, en todo el desvalor que las justifica. Ambas están animadas de una ratio agravatoria (la circunstancia mixta, funcionando con tal carácter) totalmente distinta y perfectamente deslindable.

En la cualificación de parentesco el mayor reproche del legislador proviene de la desatención de las obligaciones naturales y jurídicas que los lazos de parentesco establecen imponiendo un mayor grado de exigibilidad a la conducta tuitiva, que se halla enraizada en los lazos de sangre y afectividad, que la hace más censurable. Para el legislador no es lo mismo dar muerte a los propios hijos que a un extraño.

Junto a esta cualificación se alza la de alevosía, cuya caracterización es muy otra. En ésta el mayor reproche, con base en razones objetivas que afectan al injusto y subjetivas a la culpabilidad, se concreta en el aseguramiento de la acción delictiva y en la ausencia de reacción o peligro para el que comete el delito que puede hacerlo a su sabor y sin riesgo, en atención al modus operandi desplegado, bien anulando las posibilidades defensivas del sujeto pasivo o aprovechando la ausencia de las mismas.

3. Con todo lo dicho se comprueba una clara autonomía de ambas agravatorias, que pueden funcionar una sin la otra o concurrir ambas completando el hecho principal, mediante la incorporación de elementos desvalorativos distintos y heterogéneos, que contribuyen, una a configurar el delito de asesinato (subtipo agravado) y la otra a aportar una agravación común, en trance de individualizar la pena marco que el subtipo (asesinato) establece.

Así, la acusada pudo cometer el hecho con alevosía dando muerte a otros niños, si ningún lazo parental les unía, sin que hubiera lugar a agravar por razón de parentesco, o bien agravar por parentesco, si mata a sus propios hijos, pero sin alevosía (homicidio) si éstos no son niños sino adolescentes con posibilidades de defenderse, siempre que no acuda a otros procedimientos alevosos como el denominado "asesinato proditorio" o "el súbito o inesperado".

En síntesis, se puede concluir que se puede cometer el hecho concurriendo alevosía sin parentesco o parentesco sin alevosía o simultáneamente incidir ambas cualificaciones en el delito.

Cosa distinta es el caso, sobre el que esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse, de que el delito se ejecute en su modalidad de comisión por omisión a que se refiere el art. 11 del C.Penal, si la situación de garante exigida en el mismo surge del incumplimiento de los deberes legales materno-filiales, en cuya hipótesis el desvalor de la desatención, incumpliendo las obligaciones legales de madre, debería reputarse determinante de la consumación del delito, situación que se ha computado una vez y no sería acorde con el principio de "non bis in idem" volver a tenerla en cuenta para estimar la agravación del art. 23 C.Penal.

En nuestro caso no se cometió el delito en la forma de comisión por omisión, por lo que el desprecio a los vínculos parentales solo incidió una vez en el hecho, al limitarse a producir la muerte. El supuesto incumplimiento de los deberes de madre como causa de la muerte no es aceptable, en tanto no puede incluirse entre los deberes específicos de madre no producir la muerte a los hijos, ya que ello afecta también y del mismo modo a cualquier persona que no se halle en situación de garante.

El motivo ha de rechazarse.

SÉPTIMO.- La desestimación de todos los motivos determina la imposición de costas a la recurrente, de conformidad al art. 901 L.E.Criminal.



III. FALLO

Que debemos DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la representación de la procesada Maite , contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal de fecha treinta de noviembre de dos mil seis, que desestimaba el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha veintinueve de mayo de dos mil seis, dictada por el Tribunal del Jurado de la Audiencia Provincial de Barcelona, y confirmaba íntegramente dicha sentencia, en causa seguida a dicha procesada por delito de asesinato, imponiéndose a dicha recurrente las costas ocasionadas en el presente recurso.

Comuníquese esta resolución al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Joaquín Delgado García Carlos Granados Pérez José Ramón Soriano Soriano Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Luis- Román Puerta Luis

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

FONDO DOCUMENTAL CEJL 2015