

EDJ 2008/124083

Tribunal Supremo Sala 2ª, S 26-6-2008, nº 393/2008, rec. 11259/2007
Pte: Ramos Gancedo, Diego Antonio

Resumen

Desestimando el recurso de casación interpuesto por uno de los acusados, la Sala acoge parcialmente el formulado por el otro imputado, ambos contra sentencia dictada en causa seguida a los mismos por delitos de detención ilegal a menor de edad, detención ilegal, robo con intimidación intentado y allanamiento de morada, faltas de lesiones, secuestro, y agresión sexual. El Alto Tribunal dicta segunda sentencia por la que absuelve a los recurrentes de los tres delitos de secuestro, ya que la libertad de los ilegalmente retenidos no estuvo sujeta a la "condición" de que la madre entregase a sus captores las llaves de su domicilio o que telefonease a un amigo para entregar el dinero.

NORMATIVA ESTUDIADA

LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal
art.8.3 , art.21.4 , art.28 , art.66.4 , art.77 , art.163.1 , art.163.2 , art.164 , art.165 , art.179 , art.202 , art.237 , art.242.1 , art.242.2 , art.617.1
CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española
art.17.1 , art.24.1 , art.24.2

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	3
FUNDAMENTOS DE DERECHO	5
FALLO	10
SEGUNDA SENTENCIA	10

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

AGRESIÓN SEXUAL - VIOLACIÓN

EMPLEO DE FUERZA, INTIMIDACIÓN O VIOLENCIA

Apreciación

Empleo de armas u otros medios peligrosos

PARTICIPACIÓN Y RESPONSABILIDAD

Responsabilidad civil

En general

PENALIDAD

En general

PROCESO PENAL

Presunción de inocencia

Prueba

Declaraciones de la víctima

ALLANAMIENTO DE MORADA

ENTRADA EN MORADA AJENA

En general

EMPLEO DE VIOLENCIA O INTIMIDACIÓN

PENALIDAD

PROCESO PENAL

Presunción de inocencia

AUTOR

CONCEPTO DE AUTORÍA

COAUTORES

DENEGACIÓN DE PRUEBA

DERECHO FUNDAMENTAL A UTILIZAR LOS MEDIOS DE PRUEBA

Denegación de prueba
Inexistencia de violación del derecho

DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS

DERECHO A LA LIBERTAD Y A LA SEGURIDAD

En general

DERECHO A LA TUTELA DE JUECES Y TRIBUNALES

Presunción de inocencia
Facultades judiciales
Valoración de la prueba

DETENCIÓN ILEGAL

DETENCIÓN Y PRIVACIÓN DE LIBERTAD

En general

MODALIDADES AGRAVADAS

Rescate o condición, o consecutiva a delito contra la propiedad
Menor incapaz
Dolo

PENALIDAD

Concurso de delitos

PROCESO PENAL

Presunción de inocencia

ROBO

CON VIOLENCIA O INTIMIDACIÓN EN LAS PERSONAS

Apreciación de su existencia

MODALIDADES AGRAVADAS

Hacer uso de armas u otros medios peligrosos
Apreciación

PENALIDAD

Concurso de delitos

PROCESO PENAL

Presunción de inocencia

FICHA TÉCNICA

Favorable a: Acusado; Desfavorable a: Acusado

Procedimiento: Recurso de casación

Legislación

Aplica art.8.3, art.21.4, art.28, art.66.4, art.77, art.163.1, art.163.2, art.164, art.165, art.179, art.202, art.237, art.242.1, art.242.2, art.617.1 de LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal

Aplica art.17.1, art.24.1, art.24.2 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Cita LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal

Cita art.5.4, art.248.4 de LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial

Cita art.849.1, art.849.2, art.854, art.855, art.903 de RDLeg. de 14 septiembre 1882. Año 1882. Ley de Enjuiciamiento Criminal

Jurisprudencia

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 20 septiembre 2006 (J2006/273674)

Cita en el mismo sentido sobre DETENCIÓN ILEGAL - MODALIDADES AGRAVADAS - Dolo STS Sala 2ª de 5 diciembre 2005 (J2005/225579)

Cita en el mismo sentido sobre DETENCIÓN ILEGAL - MODALIDADES AGRAVADAS - Dolo STS Sala 2ª de 31 marzo 2003 (J2003/25254)

Cita en el mismo sentido sobre AUTOR - COAUTORES STS Sala 2ª de 11 marzo 2003 (J2003/4276)

Cita en el mismo sentido sobre DETENCIÓN ILEGAL - PENALIDAD - Concurso de delitos, ROBO - PENALIDAD - Concurso de delitos STS Sala 2ª de 17 junio 2002 (J2002/23910)

Cita en el mismo sentido sobre AUTOR - COAUTORES STS Sala 2ª de 12 abril 2002 (J2002/10010)

Cita en el mismo sentido sobre AUTOR - COAUTORES STS Sala 2ª de 18 febrero 2002 (J2002/3090)

Cita en el mismo sentido sobre DETENCIÓN ILEGAL - MODALIDADES AGRAVADAS - Dolo STS Sala 2ª de 17 noviembre 2000 (J2000/37124)

Cita en el mismo sentido sobre DETENCIÓN ILEGAL - PENALIDAD - Concurso de delitos, ROBO - PENALIDAD - Concurso de delitos STS Sala 2ª de 22 noviembre 2000 (J2000/36576)

Cita en el mismo sentido sobre AUTOR - COAUTORES STS Sala 2ª de 27 septiembre 2000 (J2000/31869)

Cita en el mismo sentido sobre AUTOR - COAUTORES STS Sala 2ª de 11 septiembre 2000 (J2000/24412)

Cita en el mismo sentido sobre AUTOR - COAUTORES STS Sala 2ª de 10 julio 2000 (J2000/19124)

Cita en el mismo sentido sobre DETENCIÓN ILEGAL - DETENCIÓN Y PRIVACIÓN DE LIBERTAD - En general STS Sala 2ª de 19 junio 2000 (J2000/15776)

Cita en el mismo sentido sobre DETENCIÓN ILEGAL - PENALIDAD - Concurso de delitos, ROBO - PENALIDAD - Concurso de delitos STS Sala 2ª de 23 junio 2000 (J2000/14723)

Cita en el mismo sentido sobre DETENCIÓN ILEGAL - MODALIDADES AGRAVADAS - Dolo STS Sala 2ª de 14 junio 2000 (J2000/13860)

Cita en el mismo sentido sobre AUTOR - COAUTORES STS Sala 2ª de 14 abril 1999 (J1999/8879)

Cita en el mismo sentido sobre DETENCIÓN ILEGAL - DETENCIÓN Y PRIVACIÓN DE LIBERTAD - En general STS Sala 2ª de 11 marzo 1999 (J1999/1711)

Cita en el mismo sentido sobre AUTOR - COAUTORES STS Sala 2ª de 9 octubre 1998 (J1998/23103)

Cita en el mismo sentido sobre AUTOR - COAUTORES STS Sala 2ª de 7 noviembre 1997 (J1997/8535)

Citada por SAP Sevilla de 22 abril 2009 (J2009/109916)

En la Villa de Madrid, a veintiséis de junio de dos mil ocho.

En los recursos de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, que ante Nos penden, interpuestos por las representaciones de los acusados Lázaro y Eduardo, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Veintiséis, que les condenó por delitos de detención ilegal a menor de edad, detención ilegal en concurso ideal con robo con intimidación intentado y allanamiento de morada, faltas de lesiones, secuestro de un menor de edad, delitos de secuestro y agresión sexual, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Diego Ramos Gancedo, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes representados, respectivamente, por los Procuradores Sra. García Hernández y Sr. Plasencia Baltes.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 5 de Alcalá de Henares instruyó sumario con el núm. 1 de 2006 contra Lázaro, Eduardo y otros, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Veintiséis, que con fecha 18 de septiembre de 2.007 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados: Resulta probado y así se declara que sobre las 21,30 horas del día 1 de abril de 2005, los procesados Eduardo y Lázaro, Domingo y Álvaro, mayores de edad y sin antecedentes penales, se dirigieron en el vehículo Volkswagen Golf, matrícula W-....-WB, a la CALLE000 núm.000 de Alcalá de Henares, domicilio de Nieves, y abordaron a la misma cuando acababa de entrar en el garaje del inmueble, en un vehículo BMW, matrícula....-KFB, en el que también viajaban sus hijos Consuelo, de 11 años de edad y Gerardo, de 4 meses, y Fidel, y mostrando Eduardo un arma de fuego, les obligan a permanecer en el vehículo BMW, colocándose Lázaro en el volante y Eduardo en el asiento del copiloto, exhibiendo en todo momento el arma, manifestando que si hacían lo que les decía no les pasaría nada. A continuación el BMW emprende la marcha seguido del Volkswagen Golf, en el que iban los otros dos procesados, por diversas calles hasta que en un momento posterior Nieves, intenta bajar del BMW, lo que es impedido por Eduardo, así como por uno de los procesados que iba en el Volkswagen Golf, que circulaba detrás, al cogerle de las piernas y empujarle hacia dentro.

Aprovechando este incidente Consuelo se arroja del vehículo logrando escapar. Ante este hecho Nieves es atada de pies y manos y le colocan una capucha en la cabeza, al tiempo que introducen a Fidel en el maletero, desde donde llama a la Policía. Continúan la marcha hasta que cogen la tarjeta de crédito de Nieves a la que obligan a dar su número secreto y parando en la calle Garibay 9, de Torrejón de Ardoz, extraen 30 € de la c/c. Prosiguen hasta una gasolinera donde compran agua y efectúan recarga de móvil. Por último llegan a un descampado donde exigen con violencia a Nieves las llaves de su domicilio, con intención de ir al mismo y apropiarse del dinero y efectos de valor que allí había, y en posesión de las llaves Álvaro y Domingo, en el Volkswagen Golf, vuelven al domicilio de Nieves en la CALLE000 núm.000 de Alcalá de Henares, entran en el mismo y pese a revolverlo no encuentran el dinero y joyas que buscaban. Al salir del domicilio fueron detenidos por la Policía que estaba en el lugar avisados por Consuelo y dos llamadas telefónicas de Fidel que denunciaban el secuestro. Mientras tanto, enterados Lázaro y Eduardo, que estaban en el descampado custodiando el BMW

donde estaban Nieves, Fidel y Gerardo, de la detención de Álvaro y Domingo, y llegando personas no identificadas, obligan a Nieves a la entrega de otro juego de llaves de su casa y a que llame a una persona de su confianza que resulta ser, el procesado Ricardo, para que entre en el domicilio y diciéndole dónde está el dinero se lo entregue a éstos.

Efectuada una llamada por Nieves desde el móvil de Lázaro a Ricardo, le indica que entre en su casa y le dice dónde está el dinero y que lo entregue a terceras personas. Tras la llamada, Lázaro se marcha con las personas no identificadas que habían llegado al descampado en un vehículo oscuro del que se ignoran las características, y llegan al domicilio de Nieves donde les esperaba Ricardo y del que se llevan dinero y objetos de valor, como esmeraldas, 4 relojes, 2 móviles, un bolso, 2 gafas de sol, quedándose Lázaro con 6.000 €, de dicho dinero. Mientras en el descampado donde sólo estaba Eduardo con Nieves, Gerardo y Fidel, a la que saca del maletero porque el menor lloraba, y le sienta en el asiento delantero para que calle al niño, y él sube a la parte trasera en la que estaba Nieves y a la que exhibiendo el arma de fuego le obliga a practicar sexo oral, le desnuda, y después de realizarle tocamientos le penetra vaginalmente. A consecuencia de estos hechos Nieves tuvo lesiones consistentes en herida inciso contusa en ambas manos, arañazo en la espalda, y contusión en muslo derecho precisando una asistencia médica y tardó 7 días en curar sin impedimento. Finalmente, en la madrugada del día 2 de abril de 2005, Lázaro regresa al descampado en coche, y junto a Eduardo limpian las huellas en el BMW, y les dicen a Nieves y Fidel que esperen en el lugar 20 minutos y no digan nada porque sino les matan, abandonando los procesados el lugar en el coche que había llevado Lázaro.

No se ha acreditado que Ricardo actuara de común acuerdo con los procesados. Al denunciar Nieves los hechos del 1 de abril de 2005, manifestó que el 10 de enero de 2005, en su domicilio de entonces CALLE001 núm.001 de Alcalá de Henares, los procesados Domingo y Álvaro, y otra persona no identificada, abordaron a Fidel, que entraba en la casa y golpeándola y empujándola logran entrar en la casa exhibiendo una pistola, que dentro de la vivienda acceden a su dormitorio y le preguntan por el dinero y las joyas, ante la negativa a decir donde están disparan la pistola y alcanzan a Nieves, sin que necesitara tratamiento médico la herida, que a continuación son atadas y que ante la amenaza de llevarse al hijo recién nacido de Nieves consiguen apoderarse de dinero, esmeraldas, joyas, relojes, ordenador, reproductor de DVD, cámara de vídeo, teléfonos móviles, pero que sobre ellos no había interpuesto con anterioridad denuncia, tales hechos no se han acreditado en el juicio oral, sin que haya quedado probada la participación de los citados procesados en estos hechos.

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: Fallamos: Que debemos condenar y condenamos a Álvaro como autor de un delito de detención ilegal a menor de edad, ya definido a la pena de tres años y un día de prisión, por los tres delitos de detención ilegal en concurso ideal con el robo con intimidación intentado y el allanamiento de morada por cada uno la pena de tres años y seis meses de prisión, y la pena de inhabilitación especial por el tiempo que dure la condena, y costas proporcionales, debemos absolver y absolvemos a Álvaro, de un delito de robo con intimidación en concurso con un delito de allanamiento de morada y dos faltas de lesiones que venía acusado con declaración de las costas de oficio. A Domingo como autor de un delito de detención ilegal a menor de edad, ya definido a la pena de tres años y un día de prisión, por los tres delitos de detención ilegal en concurso ideal con el robo con intimidación intentado y el allanamiento de morada por cada uno la pena de tres años y seis meses de prisión, y la pena de inhabilitación especial por el tiempo que dure la condena, y costas proporcionales, debemos absolver y absolvemos a Domingo, de un delito de robo con intimidación en concurso con un delito de allanamiento de morada y dos faltas de lesiones que venía acusado con declaración de las costas de oficio.

A Lázaro en el que concurre la atenuante del art. 21.4, como autor de un delito de detención ilegal a menor de edad ya definido a la pena de tres años y un día de prisión, como autor de un delito de robo intentado en concurso ideal con el allanamiento a la pena de 2 años y 8 meses de prisión, como autor de un delito de secuestro de un menor de edad ya definido a la pena de 4 años y 6 meses de prisión, como autor de dos delitos de secuestro ya definidos a la pena de tres años y día de prisión, por cada uno de ellos, y la pena de inhabilitación especial por el tiempo que dura la condena, pago de costas proporcionales y debemos absolver y absolvemos a Lázaro de la falta de lesiones que venía acusado con declaración de las costas de oficio. A Eduardo como autor de un delito de detención ilegal de menor de edad ya definido a la pena de tres años y un día de prisión, como autor de un delito de robo intentado en concurso ideal con el allanamiento a la pena de 2 años y 8 meses de prisión, como autor de un delito de secuestro de menor de edad ya definido a la pena de 5 años de prisión, como autor de dos delitos de secuestro a la pena de cuatro años y día de prisión, por cada uno como autor de un delito de agresión sexual a la pena de 8 años de prisión, y la pena de inhabilitación especial por el tiempo que dura la condena, por la falta de lesiones a la pena de 1 mes multa con cuota diaria de 6 €, y responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 del C. Penal EDL 1995/16398 y costas proporcionales.

Se acuerda también la prohibición de aproximarse a Nieves, a Fidel, a Consuelo y Gerardo, a sus domicilios, lugares de trabajo, a una distancia de 1.000 metros y comunicar con ellos por cualquier medio con una duración superior a 10 años a la pena impuesta (art. 57.1). Eduardo deberá indemnizar a Nieves, en la cantidad de 20.000 € por los daños morales y 210 € por las lesiones causadas. Eduardo y Lázaro deberán indemnizar a Nieves y Ricardo conjunta y solidariamente en la cantidad que se tase en ejecución de sentencia por los efectos sustraídos el día 2 de abril. Eduardo y Lázaro, Domingo y Álvaro, conjunta y solidariamente a Nieves, en la cantidad de 30 €. Para el cumplimiento de la pena de prisión impuesta, será de abono el tiempo que los penados hayan estado privados de libertad por esta causa. Que debemos absolver y absolvemos a Ricardo de los delitos de secuestro, robo, allanamiento y falta de lesiones que venía acusado con declaración de oficio de la parte proporcional de las costas. Notifíquese la presente sentencia en la forma prevista en el art. 248.4 de la L.O.P.J. EDL 1985/8754, con instrucción a las partes de que la misma no es firme, y que contra ella cabe interponer recurso de casación, que habrá de prepararse en la forma prevista en los arts. 854 y 855 de la L.E.Cr. EDL 1882/1, dentro de los cinco días siguientes a la última notificación.

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, por la representación de los acusados Lázaro y Eduardo, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala

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

CUARTO.- I.- El recurso interpuesto por la representación del acusado Lázaro, lo basó en los siguientes motivos de casación:

Primero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 L.O.P.J. EDL 1985/8754 por vulneración del derecho a la presunción de inocencia de nuestro poderdante, consagrado en el art. 24.2 de la C.E. EDL 1978/3879

Segundo.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 L.O.P.J. EDL 1985/8754 , por vulneración al derecho de la presunción de inocencia de nuestro poderdante, consagrado en el art. 24.2 de la C.E. EDL 1978/3879

Tercero.- Por infracción de ley, acogido al núm. 1 del art. 849 L.E.Cr. EDL 1882/1 , cuando dados los hechos que se consideren probados en la sentencia, se hubiera infringido un precepto penal de carácter sustantivo.

Cuarto.- Por infracción de ley, acogido al núm. 1 del art. 849 L.E.Cr. EDL 1882/1 , cuando dados los hechos que se consideren probados en la sentencia, se hubiera infringido un precepto penal de carácter sustantivo.

Quinto.- Por infracción de ley al amparo de lo preceptuado en el art. 849.1º L.E.Cr. EDL 1882/1 , cuando dados los hechos que se consideren probados en sentencia, se hubiera infringido un precepto penal de carácter sustantivo.

Sexto.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 L.E.Cr. EDL 1882/1 cuando dados los hechos probados en sentencia, se hubiera infringido un precepto penal de carácter sustantivo.

II.- El recurso interpuesto por la representación del acusado Eduardo, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Lo invocamos al amparo del art. 5.4 L.O.P.J. EDL 1985/8754 por inaplicación del art. 24.2 de la C.E. EDL 1978/3879 , regulador del derecho a la presunción de inocencia.

Segundo.- Lo invocamos al amparo del art. 5.4 L.O.P.J. EDL 1985/8754 por vulneración de preceptos constitucionales art. 17, art. 24.1 y 2 de la Constitución EDL 1978/3879 y el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa.

Tercero.- Lo invoco al amparo del art. 849.2 L.E.Cr. EDL 1882/1 por infracción de ley, por aplicación indebida del Código Penal EDL 1995/16398 .

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, solicitó la inadmisión de todos los motivos, desestimándolos subsidiariamente, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 18 de junio de 2.008.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La A.P. de Madrid condenó a los ahora recurrentes como autores responsables de un delito de detención ilegal de menor edad del art. 163.1 en relación con el 165 C.P. EDL 1995/16398 ; de un delito de robo intentado en concurso ideal con allanamiento de morada de los artículos 237, 242.1 y 2 y 202 C.P. EDL 1995/16398 ; de un delito de secuestro de un menor de edad del art. 164 y 165 C.P. EDL 1995/16398; de dos delitos de secuestro del art. 164 C.P. EDL 1995/16398 Y al coacusado Eduardo, además, de un delito de agresión sexual del art. 179 C.P. EDL 1995/16398 y una falta de lesiones del art. 617.1 del mismo Código.

Recurso de Lázaro.

SEGUNDO.- Este acusado alega la vulneración del derecho a la presunción de inocencia reconocido en el art. 24.2 C.E. EDL 1978/3879 Sostiene el motivo que no se ha practicado prueba de cargo que acredite la participación de Lázaro en los hechos que tuvieron lugar con anterioridad a las 22,30 horas del día de autos, y que su intervención se inició cuando ya había escapado del vehículo donde estaban encerradas las víctimas, la menor Consuelo, razón por la cual sólo debe responder por la detención ilegal de tres personas y no de cuatro.

El motivo debe ser desestimado.

La sentencia declara probado que Lázaro participó en los hechos desde el primer momento, esto es, desde que "sobre las 21,30 horas del día 1 de abril de 2005, los procesados Eduardo y Lázaro, Domingo y Álvaro, mayores de edad y sin antecedentes penales, se dirigieron en el vehículo Volkswagen Golf, matrícula W-....-WB, a la CALLE000 núm.000 de Alcalá de Henares, domicilio de Nieves, y abordaron a la misma cuando acababa de entrar en el garaje del inmueble, en un vehículo BMW,....-KFB, en el que también viajaban sus hijos Consuelo, de 11 años de edad y Gerardo, de 4 meses, y Fidel, y mostrando Eduardo un arma de fuego, les obligan a permanecer en el vehículo BMW, colocándose Lázaro en el volante y Eduardo en el asiento del copiloto, exhibiendo en todo momento el arma, manifestando que si hacían lo que les decía no les pasaría nada. A continuación el BMW emprende la marcha seguido del Volkswagen Golf, en el que iban los otros dos procesados, por diversas calles hasta que en un momento posterior Nieves, intenta bajar del BMW, lo que es impedido por Eduardo, así como por uno de los procesados que iba en el Volkswagen Golf, que circulaba detrás, al cogerle de las piernas y empujarle hacia dentro. Aprovechando este incidente Consuelo se arroja del vehículo logrando escapar. Ante este hecho Nieves es atada de pies y manos y le colocan una capucha en la cabeza, al tiempo que introducen a Fidel en el maletero, desde donde llama a la Policía.

Continúan la marcha hasta que cogen la tarjeta de crédito de Nieves a la que obligan a dar su número secreto y parando en la calle Garibay 9, de Torrejón de Ardoz, extraen 30 € de la c/c. Prosiguen hasta una gasolinera donde compran agua y efectúan recarga de móvil" Ninguno de los protagonistas de los hechos, ni los acusados ni las víctimas, declaran que el BMW hiciera parada alguna desde que salieron del garaje hasta la parada en la gasolinera para que Lázaro apareciera subiendo al coche y conduciéndolo. Hipótesis que, por lo demás, se revela carente de sentido, pues ya había uno de los asaltantes conduciendo el vehículo y no se atisba la necesidad de ese supuesto cambio de conductor. Además, -como señala la motivación fáctica de la sentencia- del visionado del vídeo se desprende que los procesados acuden en el Volkswagen al domicilio de Blas, que del coche se bajan cuatro personas, y dos se suben en el BMW y otras dos vuelven al Volkswagen. En la declaración judicial que presta Nieves, dice que las dos personas del garaje eran Lázaro y Eduardo, y que Lázaro se sube en el coche y ello se corresponde con el relato de Lázaro en el sentido de que conduce el BMW.

TERCERO.- La misma invocación a la presunción de inocencia se hace en el segundo motivo, esta vez en relación con la participación de Lázaro en el delito intentado de robo en concurso con allanamiento de morada, ya que, se dice por el recurrente, el acusado no acudió ni entró en el domicilio de las víctimas.

A este episodio se refiere el Hecho Probado en los siguientes términos, después de la parada en la gasolinera.

"Por último llegan a un descampado donde exigen con violencia a Nieves las llaves de su domicilio, con intención de ir al mismo y apropiarse del dinero y efectos de valor que allí había, y en posesión de las llaves Álvaro y Domingo, en el Volkswagen Golf, vuelven al domicilio de Nieves en la CALLE000 núm.000 de Alcalá de Henares, entran en el mismo y pese a revolverlo no encuentran el dinero y joyas que buscaban. Al salir del domicilio fueron detenidos por la Policía que estaba en el lugar avisados por Consuelo y dos llamadas telefónicas de Fidel que denunciaban el secuestro. Mientras tanto, enterados Lázaro y Eduardo, que estaban en el descampado custodiando el BMW donde estaban Nieves, Fidel y Gerardo, de la detención de Álvaro y Domingo, y llegando personas no identificadas, obligan a Nieves a la entrega de otro juego de llaves de su casa y a que llame a una persona de su confianza que resulta ser, el procesado Ricardo, para que entre en el domicilio y diciéndole dónde está el dinero se lo entregue a éstos. Efectuada una llamada por Nieves desde el móvil de Lázaro a Ricardo, le indica que entre en su casa y le dice dónde está el dinero y que lo entregue a terceras personas. Tras la llamada, Lázaro se marcha con las personas no identificadas que habían llegado al descampado en un vehículo oscuro del que se ignoran las características, y llegan al domicilio de Nieves donde les esperaba Ricardo y del que se llevan dinero y objetos de valor, como esmeraldas, 4 relojes, 2 móviles, un bolso, 2 gafas de sol, quedándose Lázaro con 6.000 €, de dicho dinero".

La protesta casacional carece de sentido desde el momento en que la sentencia no establece como dato probado que Lázaro acudiera al domicilio de Nieves y penetrase en el mismo. Lo cual no empece de ningún modo su responsabilidad en concepto de autor de estos hechos, puesto que estamos ante un supuesto que se integra perfectamente en el concepto de autoría del art. 28 C.P. EDL 1995/16398 que responsabiliza como tales a "quienes realicen el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento".

El relato histórico refleja cómo los acusados acuerdan y deciden apoderarse de los bienes que Nieves guardara en su casa; cómo, a tal fin, estando privada de libertad y en poder de los acusados, de noche y en un descampado junto a las otras víctimas, entrega a aquéllos las llaves de su vivienda, que se las exigen "con violencia" y bajo la intimidación de un arma de fuego; cómo, en ejecución del plan, dos de los acusados se desplazan a ejecutar el latrocinio, mientras el recurrente y otro compinche permanecen en el lugar custodiando a los retenidos esperando el regreso con el botín de los dos ejecutores materiales del delito (finalmente frustrado).

La moderna doctrina de este Tribunal Supremo establece que la coautoría del art. 28 C.P. EDL 1995/16398 se presenta cuando varias personas de común acuerdo toman parte en la fase ejecutiva de la realización del tipo, codominando entre todos, apareciendo, pues, la autoría como un supuesto de "división de trabajo", requiriendo, pues, una decisión conjunta, un codominio del hecho, y una aportación al mismo en fase ejecutiva. El dominio del hecho, sin embargo, existe aunque cada persona que interviene no realice por sí solo y enteramente el tipo, pues es posible derivar un dominio del hecho, en razón a cada aportación al mismo, basada en la división de funciones o del trabajo entre los intervinientes (SS.T.S. 1365/97, de 7 de noviembre EDJ 1997/8535 ; 294/2002, de 18 de febrero EDJ 2002/3090 ; 650/2002, de 15 de marzo EDJ 2002/10010).

Citemos, por último, la STS de 11 de marzo de 2003 EDJ 2003/4276 en la que se establece que, la doctrina de esta Sala en materia de autoría conjunta (Sentencias de 14 de diciembre de 1998, núm. 1177/98 EDJ 1998/23103 , 14 de abril de 1999, núm. 573/1999 EDJ 1999/8879 , 10 de julio de 2000, núm. 1263/2000 EDJ 2000/19124 , 11 de septiembre de 2000, núm.1240/2000 EDJ 2000/24412 y 27 de septiembre de 2000, núm. 1486/2000 EDJ 2000/31869 , entre otras), señala que la nueva definición de la coautoría acogida en el art. 28 del Código Penal EDL 1995/16398 1995 como "realización conjunta del hecho" implica que cada uno de los concertados para ejecutar el delito colabora con alguna aportación objetiva y causal, eficazmente dirigida a la consecución del fin conjunto.

No es, por ello, necesario que cada coautor ejecute, por sí mismo, los actos materiales integradores del núcleo del tipo, y concretamente en el robo con violencia la materialización de la violencia o intimidación, pues a la realización del delito se llega conjuntamente, por la agregación de las diversas aportaciones de los coautores, integradas en el plan común, siempre que se trate de aportaciones causales decisivas, como lo es, en estos supuestos, la vigilancia.

Si en su desarrollo el plan se modifica, por las circunstancias sobrevenidas, el coautor continua siéndolo respecto del nuevo tipo delictivo, sino retira su participación.

El motivo debe ser desestimado.

CUARTO.- Ahora por corriente infracción de ley del art. 849.1° L.E.Cr. EDL 1882/1 , se denuncia error de derecho por incorrecta aplicación del art. 164 C.P. EDL 1995/16398 que tipifica el delito de secuestro en relación con la privación de libertad sufrida por tres de las víctimas.

La sentencia recurrida califica como sendos delitos de secuestro del art. 164 la privación temporal de libertad que, llegados al descampado, sufren Nieves, Gerardo y Fidel. Fundamenta el Tribunal a quo esta subsunción argumentando que "se condicionó la puesta en libertad de las tres personas retenidas al hecho de que diera instrucciones a un tercero sobre el lugar de su domicilio en el que escondía el dinero y éste fuera entregado a los procesados y otras personas que no se han identificado, la entrada posterior en el domicilio de los secuestrados se considera que es desarrollo del tipo delictivo, pues la víctima entrega las llaves para que se cumpla la condición".

Según la más reciente doctrina científica, el art. 164 C.P. EDL 1995/16398 regula una figura que es en realidad un subtipo agravado de las conductas previstas en el art. 163 en sus tres primeros apartados. Por lo tanto, los tipos objetivo y subjetivo coinciden en sus aspectos básicos con los de la detención ilegal. La acción consiste, pues, en la misma conducta prevista en el art. 163, es decir, encerrar o detener a otro ilegalmente, privándole de su libertad, si bien añadiéndole la imposición de una condición para liberar a la persona o personas detenidas ilegalmente. En el Código Penal vigente EDL 1995/16398 , esta conducta es expresamente denominada como secuestro. No debe entenderse que es suficiente la existencia de un propósito cuyo cumplimiento, alcance o satisfacción considera el autor que ha de ser previo a una eventual puesta en libertad. Aunque es posible que en algunas ocasiones la finalidad de la detención se agote en sí misma, es decir, que consista en la misma privación de la libertad, generalmente este tipo de acciones pretenden la consecución de un determinado objetivo, que el autor espera lograr mediante la privación de libertad del sujeto pasivo. El tipo objetivo del art. 164 C.P. EDL 1995/16398 no se refiere a esa finalidad, que tendría su mejor encaje en la referencia que se hace en el art. 163.2 al objetivo propuesto, sino que exige que entre la situación de detención y la puesta en libertad se sitúe por el autor una auténtica condición, es decir, algo cuyo cumplimiento se exige a otros para que cese la privación de libertad, lo cual debe aparecer con suficiente claridad en el hecho. Como se dice en la STS núm. 376/1999, de 11 de marzo EDJ 1999/1711 , detener a una persona para conseguir un objetivo no se identifica exactamente con exigir el logro de ese objetivo a cambio de la liberación de aquélla.

Criterio éste que ratifica la doctrina jurisprudencial de esta Sala, entre la que cabe destacar la STS de 19 de junio de 2.000 EDJ 2000/15776 , cuando señala que el tipo penal del art. 164 establece una relación precisa entre la puesta en libertad del detenido y el cumplimiento de la condición, lo que dará lugar en su caso a la agravación o atenuación prevista en el propio precepto en relación con el básico de detención ilegal. En el presente caso se confunde el móvil o propósito de los acusados con la imposición de una condición en sentido estricto a la que se subordina la puesta en libertad del detenido. La privación de libertad deambulatoria de una persona obedece generalmente a su designio u objetivo, según terminología del propio artículo 163.2 C.P. EDL 1995/16398 , que a su vez puede ser objeto en sí mismo de un reproche penal añadido, sin que ello signifique la realización de un hecho o acontecimiento que pueda o deba determinar la puesta en libertad del sujeto pasivo (condición).

En el caso objeto de nuestro análisis, resulta diáfano a tenor del pensamiento lógico y las reglas de la experiencia, que la libertad de los ilegalmente retenidos no estuvo sujeta a la "condición" de que Nieves entregase a sus captores las llaves de su domicilio o que telefonease a un amigo para entregar el dinero. Ni consta en el "factum" esta condición, ni puede pensarse racionalmente que los acusados liberarían a sus víctimas tras la entrega de las llaves, no sólo porque los hechos lo demuestran, sino porque sería absurdo que así sucediera permitiendo a los capturados dar inmediato aviso a la Policía y evitar, así, el robo domiciliario.

En realidad, el desarrollo de los hechos pone de manifiesto que la llamada telefónica no fue para cumplir ninguna condición impuesta, sino para evitar los daños físicos con que los acusados amenazaban de no acceder a la exigencia. De hecho, nos encontramos ante la habitual situación de quien es ilegalmente detenido y coaccionado/agredido para entregar la tarjeta de crédito con la que los autores extraen dinero del cajero automático y después dejan en libertad a la víctima, casos ciertamente frecuentes que no son calificados como secuestro. Esa misma mecánica delictiva es la que se practica por los acusados en el caso actual, sólo que en lugar de exigir una tarjeta de crédito, exigen primero las llaves del domicilio para acceder a su interior y apoderarse de los bienes que ahí encontrarán, y luego, que Nieves telefonee al amigo.

Por todo lo cual, el motivo debe ser estimado, casada la sentencia de instancia en este extremo, procediendo en la nueva sentencia que dicte esta Sala absolver al recurrente de los tres delitos de secuestro por los que fue condenado, y condenarle por otros tantos delitos de detención ilegal del art. 163.1 y 2 C.P. EDL 1995/16398 en relación al que afecta al menor Gerardo, con el art. 165, a las penas de dos años y seis meses de prisión por cada uno de los delitos de detención ilegal de las víctimas no menores, y tres años y un día de prisión por el delito del que fue víctima el menor Gerardo.

A tenor de lo dispuesto en el art. 903 L.E.Cr. EDL 1882/1 , la estimación del presente motivo aprovechará al acusado Eduardo.

QUINTO.- También por la vía del art. 849.1° L.E.Cr. EDL 1882/1 , se denuncia la incorrecta aplicación del art. 66.4 C.P. EDL 1995/16398 que establece las reglas aplicables a las penas en caso de concurrencia de más de una atenuante, o bien una sola muy cualificada.

Sostiene el motivo que la atenuante de confesión del art. 21.4 C.P. EDL 1995/16398 debería haberlo sido como muy cualificada, a tenor del hecho probado que dice que Lázaro encontró en su casa un número de teléfono de Policía "Pelos", con el que se puso en contacto y acudió a la cita que convinieron el día 2 de abril, momento en que se procede a su detención, colaborando en la identificación del resto de los procesados.

La jurisprudencia ha destacado para apreciar la atenuante común la exigencia de que el confesante no oculte elementos relevantes, de manera que ofrezca una versión irreal que demuestre la intención del acusado de eludir sus propias responsabilidades (STS de 20 de septiembre de 2.006 EDJ 2006/273674).

Como apunta el Fiscal al impugnar el motivo es mucho más sincero el acusado cuando cuenta lo que hicieron los demás acusados que cuando explica lo que hizo él. No hay más que leer los términos de sus sucesivas declaraciones y contrastar lo que allí se cuenta con los hechos declarados probados. Mal puede entenderse que se da un supuesto de confesión de los hechos en condiciones tales que deba entenderse como muy cualificada la atenuación cuando se está negando los hechos por los que el acusado es condenado.

El motivo debe ser desestimado.

SEXTO.- El siguiente motivo se formula también por infracción de ley al amparo del art. 849.1 de la L.E.Cr. EDL 1882/1 , por indebida inaplicación del art. 8.3 del Código Penal EDL 1995/16398 , en tanto considera que el Tribunal de instancia tendría que haber considerado la existencia de un concurso de normas en la que el precepto más amplio o complejo -el robo- absorbera a las infracciones consumidas en aquél -la detención ilegal-.

Sobre la queja de que los hechos calificados como secuestro en la sentencia de instancia deben ser considerados constitutivos de detención ilegal, ya se ha resuelto anteriormente.

El resto del motivo viene a sostener que las detenciones ilegales de las víctimas deben ser absorbidas por el delito de robo argumentando que el traslado forzado de un lugar a otro de la víctima o su retención mientras se obtiene el objeto del delito se considera que forman parte de esa intimidación o violencia que se utiliza contra el sujeto pasivo, con tal que su duración sea la mínima e imprescindible para lograr el despojo patrimonial, que es lo ocurrido en el supuesto que aquí nos ocupa. Así, los autores, para robar el patrimonio de la víctima eligieron apoderarse de ella y de sus acompañantes hasta que se hicieron con el dinero y objeto pretendido. Una vez alcanzado el objetivo, procedieron a la inmediata puesta en libertad de todos ellos. Por ello el Tribunal de instancia debería haber aplicado el art. 8.3 del Código Penal EDL 1995/16398 que establece "que el precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél".

Es doctrina reiterada de esta Sala que el delito de detención ilegal es un tipo penal de consumación instantánea, que se alcanza en el instante mismo en que se priva a una persona de su libertad deambulatoria que, como derecho fundamental de todo individuo, está constitucionalmente proclamado en el art. 17.1 C.E. EDL 1978/3879 y que consiste en la libertad de movimientos, de trasladarse de un lugar a otro según la voluntad del sujeto. También es un delito permanente, en el que sus efectos se mantienen hasta la liberación de la víctima.

Cuando se trata de establecer la relación jurídico-penal de los delitos de robo con intimidación y detención ilegal, la doctrina de esta Sala aplica el concurso de normas o de leyes únicamente en aquellos supuestos de mínima duración temporal, en los que la detención, encierro o paralización del sujeto pasivo tiene lugar durante el episodio central del apoderamiento, es decir mientras tiene lugar la actividad de aprehensión de la cosa mueble que se va a sustraer, y queda limitada al tiempo estrictamente necesario para efectuar el despojo conforme al "modus operandi" utilizado, por entender que en estos supuestos, y únicamente en ellos, la detención ilegal queda absorbida por el robo, atendiendo a que todo robo con violencia o intimidación afecta, aún cuando sea de modo instantáneo, a la libertad deambulatoria de la víctima. En los demás casos, cuando ni la acción de robo con violencia o intimidación, ni la acción de detención ilegal, por sí solos, abarcan completamente el injusto contenido de los hechos, no nos encontramos ante un concurso de normas en que, conforme al principio de especialidad del art. 8 C.P. EDL 1995/16398 , el delito de robo absorba una privación momentánea de la libertad de la víctima de la acción depredatoria ínsita en la dinámica comisiva, sino ante un concurso de las diferentes infracciones que deben calificarse y sancionarse como delitos autónomos, aplicando los dos tipos penales para poder abarcar totalmente el desvalor de la conducta enjuiciada y la acumulada vulneración de dos bienes jurídicos diferentes y penalmente tutelados de forma autónoma (por todas, SS.T.S. de 23 de junio EDJ 2000/14723 , 22 de noviembre de 2.000 EDJ 2000/36576 y 17 de junio de 2.002 EDJ 2002/23910).

En el caso de autos, la privación de libertad Nieves, Fidel y el menor Gerardo (la otra menor, Consuelo había logrado escapar con anterioridad al primer despojo en el cajero) se prolongó desde las 21,30 horas hasta la madrugada siguiente, concretamente hasta las 06,00 del día siguiente, aproximadamente.

Desde luego, cabe descartar desde ya el concurso de normas que postula el recurrente, dado que la duración de las ilícitas detenciones tuvieron una duración palmariamente excesiva para la entrada en una vivienda y sustracción de los bienes ajenos, una vez conseguidas las llaves del domicilio mediante la violencia y grave intimidación que califica el robo, de manera que ambas acciones delictivas -robo y detención ilegal- adquieren autonomía propia en relación concursal.

Podría pensarse, pues, en la relación de concurso ideal que regula el art. 77 C.P. EDL 1995/16398 , en cuanto las detenciones pudieran considerarse un medio para conseguir el desapoderamiento, en el caso, para hacerse con las llaves y realizar el despojo en la vivienda. Repárese en que la sentencia sólo condena por delito intentado de robo que se perpetra tras apoderarse con violencia e intimidación de las llaves del domicilio de Nieves. Pero no hace mención del robo consumado finalmente producido, ni se pronuncia sobre su calificación. Sin embargo, tampoco cabe esta solución en el supuesto estudiado. En efecto, por una parte la norma legal no requiere una simple relación de medio a fin entre ambas conductas delictivas, sino que exige una situación de real necesidad, esto es, que no obedezca a una mera conveniencia o mayor facilidad para cometer el delito, sino que haya una conexión instrumental de carácter objetivo, situada más allá del mero pensamiento o deseo del autor de los hechos para entrar en el ámbito de lo imprescindible. De suerte que aunque

entre ambas infracciones pudiera existir una relación de medio a fin en el propósito del sujeto, si falta el nexo de necesidad objetiva, no podrá aplicarse el concurso medial.

En lo que concierne a Nieves, la privación de libertad para apoderarse con violencia e intimidación de las llaves de la vivienda y, así perpetrar el robo puede y debe entenderse como una necesidad según el plan de los acusados, pero de ninguna manera la prolongación de esa detención durante más de ocho horas, que es tiempo palmariamente excesivo del mínimo indispensable para llevar a cabo el robo proyectado, por lo que ese largo período extra de privación de libertad aparece manifiestamente innecesario y, por ende, no permite el concurso medial.

Todavía más evidente aparece esta desconexión de necesidad en relación con las demás víctimas, cuya privación de libertad se revela patentemente gratuita, pues ni estaban en posesión de las llaves del piso, ni su detención constituía un medio necesario para la comisión del robo, objetivamente considerada la acción depredatoria.

Estamos, en definitiva, ante un concurso real entre ambos delitos y, por ello, el motivo debe ser desestimado.

SÉPTIMO.- El último motivo reclama infracción de ley del art. 849.1º L.E.Cr. EDL 1882/1 porque al haberse condenado al acusado como autor responsable de un delito de robo con violencia en concurso medial del art. 77 con un delito de allanamiento de morada del art. 202, ambos del Código Penal EDL 1995/16398, se ha infringido por su incorrecta aplicación el citado art. 202.

Al respecto se alega que el delito de allanamiento de morada debe ser absorbido por el de robo, ya que los acusados "carecían de dolo de ningún tipo de atentar contra el ámbito personal y privado de la víctima".

El motivo no puede prosperar.

El tipo penal únicamente requiere el dolo genérico de entrar o mantenerse en morada ajena, sin exigirse la concurrencia de ningún otro especial elemento subjetivo del injusto, bastando con la conciencia de la ajeneidad de la morada y de la ilicitud de la acción (véase, por todas, SS.T.S. de 17 de noviembre de 2.000 EDJ 2000/37124 y 5 de diciembre de 2.005 EDJ 2005/225579).

Por otra parte, nuestra doctrina es clara, reiterada y precisa al establecer la compatibilidad entre el delito de robo con violencia o intimidación en las personas y el delito de allanamiento de morada, de suerte que en estos supuestos habrá un concurso entre uno y otro, que, si se da la relación de medio a fin exigida por el art. 77, deberá pensarse con arreglo a dicho precepto, que, justamente es lo que aparece en el caso presente (véanse SS.T.S. de 31 de marzo de 2.003 EDJ 2003/25254 y 14 de junio de 2.000 EDJ 2000/13860).

RECURSO DE Eduardo.

OCTAVO.- Inicia este coacusado su impugnación casacional denunciando la violación del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 C.E. EDL 1978/3879, alegando que no se ha practicado un mínimo de actividad probatoria de cargo que determine la culpabilidad del recurrente, ya que, se afirma, éste en ningún momento participó en los hechos que se le imputan.

La motivación fáctica de la sentencia impugnada ofrece cumplida respuesta a tan infundada censura. Allí se dice que la participación de Eduardo viene determinada porque es la persona que reconocen las víctimas Fidel y Nieves como el que empuña un arma de fuego, Lázaro le coloca en el lugar de los hechos, lo mismo que a Álvaro y Domingo. Pero es que en este caso su huella dactilar aparece en el Volkswagen, folios 407 y siguientes, además de sus restos biológicos en diversos objetos que había en el BMW, y por último también su perfil genético es compatible con el obtenido en las muestras extraídas de la vagina de Nieves. En cuanto al delito de agresión sexual contamos no sólo con la declaración de la víctima sino con las pruebas biológicas ratificadas por los peritos en el acto del juicio oral, pues se tomaron muestras de Eduardo y de Nieves que denunciando la agresión sexual fue trasladada por agentes de la Policía al Hospital "Príncipe de Asturias" de Alcalá de Henares, donde fue examinada y le tomaron muestras que se remiten a la Comisaría General de Policía Científica. Realizados los análisis los peritos declaran que si bien la proporción en la pericia es referente a la población española se puede trasladar al caso de varón angoleño. Concretamente en las conclusiones obrantes al folio 1496 de la causa, en las que se establece que el cromosoma Y de la muestra de Eduardo es el mismo que el de la torunda vaginal de Nieves.

El motivo debe ser desestimado.

NOVENO.- El segundo motivo se invoca al amparo del art. 5.4 L.O.P.J. EDL 1985/8754 por vulneración de preceptos constitucionales artículo 17, artículo 24.1 y 2 de la Constitución EDL 1978/3879 y el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa.

En apoyo de la plural y diversa vulneración de sus derechos constitucionales, el motivo expone que todos ellos han sido infringidos porque "desde un principio se ha violado el derecho a que mi representado esté en libertad, ya que dice ser inocente....".

Pone el recurrente especial énfasis en la incomparecencia de las víctimas al Juicio Oral que no pudieron ser sometidos a contradicción. Pero olvida, de un lado, que sí compareció el coimputado Lázaro, que ya había acusado a Eduardo en fase de instrucción en diligencia judicial practicada con todas las garantías y con la presencia de la Letrada defensora de éste y de los otros acusados, donde tuvo oportunidad de interrogar al declarante que le inculcaba, así como también pudo hacerlo en el juicio.

En cuanto a las declaraciones inculpatorias de Nieves en instrucción ante el Juez, es cierto que, según hemos comprobado, no asistió el defensor del recurrente, sin duda citado a tal fin como lo sugiere la presencia del Letrado de otro acusado. En todo caso, aquí no se trata de una prueba preconstituida porque no aparecía indicio o sospecha alguna de que la deponente no acudiría a declarar al acto de la vista. Sea como fuere, la declaración del coacusado Lázaro, reproducida en el Juicio Oral mediante su lectura es prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia al venir corroborada por otros elementos de prueba ya mencionados, a los que hay

que añadir los testimonios de referencia de los agentes policiales intervinientes, que tienen plena aptitud como prueba al haber resultado infructuosas las múltiples gestiones realizadas por orden del Tribunal para la localización, citación y comparecencia de las víctimas de los hechos, pues en tales casos ante la imposibilidad de oír al testigo directo, es válido como elemento probatorio, el testimonio de referencia de quien directamente y por percepción personal ha oído las manifestaciones del testigo directo incomparecido.

El motivo debe ser desestimado.

DÉCIMO.- Al amparo del art. 849.2º L.E.Cr. EDL 1882/1 se alega error de derecho, "por aplicación indebida del Código Penal EDL 1995/16398 " (sic).

El motivo es un confuso e incongruente alegato que viene a ser compendio de los anteriores, mezclando alegaciones tan dispares y anodinas como que el acusado no reconoció los hechos imputados, con otras absolutamente ajenas al objeto del proceso, como son las manifestaciones sobre que el acusado desconocía que llevara drogas en el interior de su maleta, o, en fin, reiterando la inexistencia de prueba de cargo.

El motivo debe ser desestimado.

FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación por infracción de ley, con estimación del motivo tercero y desestimación del resto, interpuesto por la representación del acusado Lázaro; y, en su virtud, casamos y anulamos la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Veintiséis, de fecha 18 de septiembre de 2.007, en causa seguida contra el mismo y otros por delitos de detención ilegal a menor de edad, detención ilegal en concurso ideal con robo con intimidación intentado y allanamiento de morada, faltas de lesiones, secuestro de un menor de edad, delitos de secuestro y agresión sexual. Se declaran de oficio las costas procesales correspondientes a su recurso.

Asimismo, DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuesto por la representación del acusado Eduardo, contra indicada sentencia. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas procesales ocasionadas en su recurso. Y, comuníquese esta resolución, y la que seguidamente se dicte, a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Joaquín Gimenez García.- Julián Artemio Sánchez Melgar.- José Manuel Maza Martín.- Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.- Diego Antonio Ramos Gancedo.

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiséis de junio de dos mil ocho.

En la causa instruida por el Juzgado de Instrucción núm. 5 de Alcalá de Henares, con el núm. 1 de 2.006, y seguida ante la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Veintiséis, por delitos de detención ilegal a menor de edad, detención ilegal en concurso ideal con robo con intimidación intentado y allanamiento de morada, faltas de lesiones, secuestro de un menor de edad, delitos de secuestro y agresión sexual contra los acusados Álvaro, nacido el 14 de julio de 1982, hijo de Agustín y Margarita, natural de Cali Valle, Colombia, con domicilio en Marisol núm.002, escalera núm.003 núm.004 núm.005, Torrejón de Ardoz, Madrid, con número ordinal de informática núm.006, sin antecedentes penales, en prisión provisional, por esta causa, cuya situación económica no consta; Eduardo, nacido el 23 de febrero de 1986, hijo de Bernardo y Emilia, natural de Luanda, Angola, con domicilio en la CALLE002 núm.007, núm.008 puerta núm.000, Torrejón de Ardoz, Madrid, con número ordinal de informática núm.009, sin antecedentes penales, en prisión provisional por esta causa, cuya situación económica no consta; Domingo, nacido el 20 de enero de 1980, hijo de Arturo y Leopolda, natural de La Habana, Cuba, con domicilio en la CALLE003 núm.010, núm.008 núm.004, titular de D.N.I. núm.011, sin antecedentes penales, en prisión provisional por esta causa, cuya situación económica no consta; Lázaro, nacido 3 de octubre de 1973, hijo de Orlando y Amalia, natural de Guantánamo, Cuba, con domicilio en la CALLE002 núm.007, núm.008 puerta núm.000, titular de pasaporte de Cuba núm.012, en prisión provisional por esta causa, sin antecedentes penales, cuya situación económica no consta y contra Ricardo, nacido el 19 de enero de 1962, hijo de Juan de Dios y de Flor de María, natural de Buga Valle-Col, Colombia, con domicilio en la CALLE003 núm.000 núm.013 núm.005, titular de N.I.E. núm.014, sin antecedentes penales, cuya situación económica no consta, y en cuya causa se dictó sentencia por la mencionada Audiencia, con fecha 18 de septiembre de 2.007, 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. Diego Ramos Gancedo, hace constar lo siguiente:

ANTECEDENTES

ÚNICO.- Procede dar por reproducidos e incorporados al presente, los hechos probados de la sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Los que figuran en la primera sentencia de esta Sala y los de la sentencia recurrida que no se opongan a aquéllos.

FALLO

Que debemos absolver y absolvemos a los acusados Lázaro y Eduardo de los tres delitos de secuestro que se les imputaban, debiendo ser condenados como autores de un delito de detención ilegal de menor de edad (Gerardo) del art. 163.1 y 2 en relación con el 165 C.P. EDL 1995/16398 a la pena de tres años y un día de prisión a Lázaro y de tres años y seis meses a Eduardo; y como autores de dos delitos de detención ilegal del art. 163.1 y 2 C.P. EDL 1995/16398 (en las personas de Nieves y Fidel) a la pena de dos años y seis meses de prisión a Lázaro y dos años y nueve meses a Eduardo, por cada uno de ellos.

Manteniéndose en su integridad el resto de los pronunciamientos contenidos en el fallo de la sentencia de instancia.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Joaquín Gimenez García.- Julián Artemio Sánchez Melgar.- José Manuel Maza Martín.- Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.- Diego Antonio Ramos Gancedo.

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

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079120012008100438