

EDJ 2007/15794

Tribunal Supremo Sala 2ª, S 21-2-2007, nº 159/2007, rec. 10776/2006
Pte: Colmenero Menéndez de Luarca, Miguel

Resumen

Contra la sentencia de la Audiencia Provincial, que condenó al acusado como autor de los delitos de amenazas, allanamiento de morada, dos faltas de lesiones, un delito de secuestro, un delito contra la integridad moral, un delito de agresión sexual y un delito de falsedad en documento oficial, se interpone recurso de casación que resulta parcialmente estimado. La Sala del TS confirma los hechos denunciados realizados en la persona de la compañera sentimental del acusado aunque considera que las amenazas proferidas más que como delito deben calificarse como falta pues no hay reiteración de la amenaza, ni actos de violencia ni se utilizan armas en la acción.

NORMATIVA ESTUDIADA

LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal
art.21.4 , art.21.6 , art.23 , art.153 , art.163.2 , art.164 , art.173.1 , art.180.1 , art.202.1 , art.202.2

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	3
FUNDAMENTOS DE DERECHO	5
FALLO	12
SEGUNDA SENTENCIA	12

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

AGRESIÓN SEXUAL - VIOLACIÓN
 EMPLEO DE FUERZA, INTIMIDACIÓN O VIOLENCIA
 Apreciación

ALLANAMIENTO DE MORADA
 ENTRADA EN MORADA AJENA
 En general

AMENAZAS
 MAL QUE NO CONSTITUYE DELITO
 Falta
 MAL QUE CONSTITUYE DELITO

DETENCIÓN ILEGAL
 DETENCIÓN Y PRIVACIÓN DE LIBERTAD
 En general
 Proporcionar lugar para la detención

FALSEDADES - FALSIFICACIÓN
 SUPUESTOS: OBJETO DEL DELITO
 Documentos públicos, oficiales o de comercio
 En documento verdadero para alterar su sentido
 Simulándolo para inducir a error sobre su autenticidad

FALTAS
 CONTRA LAS PERSONAS
 Lesiones

FICHA TÉCNICA

Favorable a: Acusación particular,Acusado,Ministerio Fiscal; Desfavorable a: Acusación particular,Acusado,Ministerio Fiscal
Procedimiento:Recurso de casación
[Legislación](#)

Aplica art.21.4, art.21.6, art.23, art.153, art.163.2, art.164, art.173.1, art.180.1, art.202.1, art.202.2 de LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal

Cita LO 11/2003 de 29 septiembre 2003. Medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros

Cita LO 14/1999 de 9 junio 1999. Modifica Código Penal, Protección a Víctimas de Malos Tratos y LECriminal

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

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

Cita art.10, art.15, art.24 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Cita art.448, art.730, art.849.1, art.852, art.899, art.948.1 de RDLeg. de 14 septiembre 1882. Año 1882. Ley de Enjuiciamiento Criminal

Jurisprudencia

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 25 noviembre 2004 (J2004/192468)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 4 octubre 2004 (J2004/152698)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 23 junio 2004 (J2004/82704)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 6 mayo 2004 (J2004/82682)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 9 julio 2003 (J2003/80556)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 29 enero 2003 (J2003/2108)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 26 septiembre 2002 (J2002/37218)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 10 junio 2002 (J2002/26746)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 27 mayo 2002 (J2002/19851)

Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 3 febrero 1998 (J1998/333)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 30 diciembre 1997 (J1997/20971)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 4 noviembre 1996 (J1996/8054)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 29 abril 1996 (J1996/3617)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 14 marzo 1996 (J1996/2094)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 14 febrero 1995 (J1995/957)

Cita en el mismo sentido STC Sala 1ª de 14 febrero 1995 (J1995/250)

Cita en el mismo sentido STC Sala 1ª de 28 febrero 1991 (J1991/2252)

Cita en el mismo sentido STC Sala 1ª de 5 noviembre 1990 (J1990/10051)

Citada sobre PRINCIPIOS PENALES - RECTORES DEL PROCESO PENAL - Acusatorio - En general por STS Sala 2ª de 4 diciembre 2009 (J2009/307286)

Citada por SAP A Coruña de 30 junio 2011 (J2011/165458)

Citada por SAP Alicante de 4 abril 2012 (J2012/332570)

Citada por STS Sala 2ª de 10 julio 2014 (J2014/122370)

Citada por SAP Madrid de 2 diciembre 2014 (J2014/234591)

Citada por STS Sala 2ª de 23 abril 2014 (J2014/62248)

Citada por SAP A Coruña de 4 junio 2015 (J2015/102960)

Citada por SAP Badajoz de 3 junio 2015 (J2015/109079)

Citada por SAP Salamanca de 10 junio 2015 (J2015/118767)

Citada por SAP Vizcaya de 12 febrero 2015 (J2015/42891)

Citada por SAP Madrid de 23 marzo 2015 (J2015/75141)

Cita Acuerdo no Jurisdiccional TS Sala 2 Pleno de 20 diciembre 2006 (J2006/353057)

ENRIQUE BACIGALUPO ZAPATER

JOSÉ MANUEL MAZA MARTIN

MIGUEL COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA

FRANCISCO MONTERDE FERRER

LUIS ROMAN PUERTA LUIS

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiuno de febrero de dos mil siete.

En el recurso de Casación por infracción de Precepto Constitucional y de Ley, que ante Nos pende, interpuesto por Fernando, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Sexta), con fecha cinco de mayo de dos mil seis, en causa seguida contra el mismo por delitos de amenazas, allanamiento de morada, dos faltas de lesiones, un delito de secuestro, un delito contra la integridad moral, un delito de agresión sexual y un delito de falsedad en documento oficial, los Excmos. Sres. 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

citados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, siendo parte recurrente el acusado Fernando representado por la Procuradora D^a Isabel Mota Torres. Siendo parte recurrida Ariadna representada por la Procuradora D^a Sonia López Caballero.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El Juzgado de Instrucción número cinco de los de Gavá, instruyó Sumario con el número 2/2.004 contra Fernando, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Sexta, rollo 31/2.004) que, con fecha cinco de mayo de dos mil seis, dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"Único.- Ha sido probado, y así expresa y terminantemente se declara que el 4 de abril de 2004 - sobre las 18:00 horas- el procesado Fernando (también identificado en ocasiones como Alejandro, Carlos Ramón y Pablo), con carta de identidad núm. núm.000, natural de Barileve (Kosovo), mayor de edad y sin antecedentes penales, se dirigió a la vivienda particular de su ex compañera sentimental Ariadna sita en la C/ DIRECCION000 núm. núm.001, bloque núm.002, núm.003 núm.003 de la localidad de Gává (Barcelona) y, tras negarle la misma la entrada a su domicilio, el procesado desde la puerta profirió hacia ella expresiones tales como "déjame ver a mi hijo o te mato" y "no vas poder salir de aquí", con intención de causar en ella un amedrentamiento que le llevara a consentir lo que Fernando pretendía.- Como quiera que Ariadna fue a llamar a la policía y se lo hizo saber así a su excompañero sentimental, el acusado huyó del lugar en un Renault Megane de color verde, no obstante, al abandonar el lugar vio aparcado frente al domicilio el vehículo Opel Corsa propiedad de Carlos Miguel, quien le constaba que era amigo personal de Ariadna y acudía habitualmente a su vivienda, por lo que con una intención revanchista y de perjuicio le fracturó de sendos golpes el retrovisor y una ventanilla del turismo.- El día 6 de abril de 2004, sobre las 01:00 horas, el procesado se dirigió de nuevo a la vivienda particular de la Sra. Ariadna. Allí el acusado se descolgó hasta la terraza de la vivienda de su antigua compañera sentimental, intentando entrar en la morada por la ventana correspondiente al cuarto de estar, lo que no consiguió por encontrarse cerradas las contraventanas de persiana existentes. Ante el impedimento el acusado se dirigió a la ventana del dormitorio y, tras quebrantar la misma, accedió a tal dependencia, dirigiéndose de inmediato hacia el cuarto de estar. En ese escaso trayecto fue interceptado por Carlos Miguel que se encontraba en la casa con Ariadna. El acusado, con la intención de librarse de Carlos Miguel e imponer su proyecto de actuación por la fuerza, le propinó dos puñetazos que le derribaron, aprovechando esta situación para propinarle varias patadas. Tras esta agresión fue el acusado a buscar a Ariadna, a quien alcanzó en una habitación contigua de la que -después de golpearle varias veces- la sacó arrastras.- Durante las tres horas siguientes el acusado se quedó en el domicilio en contra de la que era la voluntad de sus moradores, ocupando el tiempo fundamentalmente en realizar reproches a Ariadna por la ruptura de la pareja y en reclamarle que le entregara al hijo fruto de su relación y que había nacido constante ya la separación entre ellos. Logró el acusado esta permanencia profiriendo varios golpes a Ariadna, apagando un cigarrillo contra su mano izquierda y amedrentándole con cortale la oreja con una navaja que llevaba y con la que llegó a realizarle un corte en un dedo. En todo este lapso de tiempo no sólo renunció a abandonar la casa de Ariadna tal y como esta deseaba, sino que impidió que Carlos Miguel y Ariadna pudieran ausentarse, supeditando su liberación a que trajeran a su hijo que estaba en otro domicilio.- Pasado ese tiempo, el acusado decidió llevarse consigo a Ariadna. Inmovilizó entonces al acusado a la Sra. Ariadna agarrándole del cuello y retorciéndole el brazo por la espalda y la sacó de la vivienda y la introdujo en un vehículo Renault Megane de color verde, no sin antes conminar a Carlos Miguel para que llevara al niño al lugar que le haría saber mediante el teléfono móvil.- Se dirigieron así el acusado y su rehén a las inmediaciones de la gasolinera de la Pava de la localidad de Castelldefels, donde les esperaban con otro vehículo blanco dos individuos encapuchados con pasamontañas que no han sido identificados. Los tres compinches amordazaron entonces con cinta adhesiva a su víctima, le taparon además los ojos y, con la misma cinta, le inmovilizaron de manos y pies, introduciéndole después en la parte trasera del vehículo y conduciéndola a un lugar desconocido para Ariadna, pero que la investigación acreditó como los apartamentos "Crisbeth" sitos en el Paseo Marítimo núm. 255-257 de la localidad de Castelldefels (Barcelona).- Una vez allí sacaron a la Sra. Ariadna del turismo y la trasladan en brazos al apartamento sexto (perteneciente a la planta baja) donde el procesado le quitó la cinta de los ojos y la mordaza de la boca para posteriormente -con un cuchillo estriado- cortarle las bragas e introducirlas en la boca, volviéndola a amordazar después con la cinta adhesiva. Tras sucesivos malos tratos, y teniendo a la víctima atada a una silla, su acción se centró en sacarle las bragas de la boca y forzarle -por un agujero que hizo en la recolocada mordaza- en ingerir una bebida alcohólica. Tras ello, el acusado buscó una cuchara metálica con la que golpeó reiteradamente a Ariadna en dedos y tobillos, culminando esta fase de agresiones físicas pasándole papel de lija por la oreja derecha.- Tras tales agresiones Ariadna fue conducida -atada de pies y manos- al cuarto de baño, donde le introdujo en una bañera llena de hielo hasta su mitad y con agua fría lo restante. Sobre su cuerpo el acusado hizo caer más agua fría procedente de la ducha, sumergiéndolo en la gélida agua en varias ocasiones a la atormentada joven. Posteriormente trasladó a la Sra. Ariadna al dormitorio, siempre atada de pies y manos, la dejó sobre la cama tumbada de espaldas al agresor y la penetró, vaginalmente y después por el ano. Tras tal inhumano ataque, le cubrió todavía con una toalla mojada en agua fría y le obligó a que telefonara a Carlos Miguel y le transmitiera las coordenadas a las que habría de conducir al niño.- Cuando llegó la hora prevista del encuentro, el acusado abandonó el domicilio, siendo custodiada Ariadna por un hombre encapuchado que le entregó ropa seca que allí se encontraba y que tras ello desapareció de la vista de la acusada. Instantes después regresó Fernando con Carlos Miguel y el hijo de Ariadna, permaneciendo todos en el interior del apartamento durante aproximadamente una hora, tras lo cual y como quiera que el niño había de comer y no tenían lo preciso para ello, Fernando les permitió a todos abandonar la vivienda no sin antes advertirles que si contaban algo les mataría.- La Sra. Ariadna sufrió lesiones consistentes en cicatriz de 0,5 cm en dorso mano izquierda (cicatriz circular por quemadura de cigarrillo), cicatriz longitudinal de 0,5 cm en primer dedo (zona interfalángica de la mano derecha), policontusiones con hematomas en glúteos y resto del cuerpo, hematoma en ojo izquierdo por contusión. Para la curación de estas lesiones precisó 15 días de evolución, de los cuales 2 días fueron impeditivos para su actividad habitual. A su vez psíquicamente la Sra. Ariadna ha sido sometida a tratamiento que no ha corregido un trauma de estrés postraumático.- El valor de los daños ocasionados en el vehículo Opel Corsa ascienden según

informe pericial a la cantidad de 130 euros.- El día 2 de junio de 2004 el procesado fue identificado por Agentes del Cuerpo Nacional de Policía en el aeropuerto del Prat de Llobregat (Barcelona) identificándose con un pasaporte de nacionalidad Eslovaca con núm. núm.004 a nombre de Carlos Ramón y un carnet de conducir con núm. núm.005 expedido al mismo nombre. Ambos documentos portaban la foto del procesado incorporada." (sic)

Segundo.- La Audiencia de instancia en la citada sentencia, dictó la siguiente Parte Dispositiva:

"FALLAMOS.- Que debemos condenar y condenamos a Fernando : 1.- Como autor de un delito de amenazas del artículo 169.2 del CP EDL 1995/16398 , concurriendo la agravante del artículo 23 del mismo texto, a la pena de 15 meses de prisión.- 2.- Como autor de un delito de allanamiento de morada, con violencia e intimidación, del artículo 202.2 del CP EDL 1995/16398 , concurriendo la agravante del artículo 23 del CP EDL 1995/16398 , a la pena de 2 años y medio de prisión y multa de 9 meses en cuota diaria de 12 euros.- 3.- Como autor de dos faltas de lesiones, del artículo 617.1 del CP EDL 1995/16398 , a la pena de 12 días de localización permanente por cada una de ellas.- 4.- Como autor de un delito de secuestro del artículo 164 del CP EDL 1995/16398 , concurriendo la agravante del artículo 23 del CP EDL 1995/16398 , a la pena de ocho años de prisión.- 5.- Como autor de otro delito de secuestro del artículo 164 del CP EDL 1995/16398 , en relación con el artículo 163.2 del mismo texto legal, a la pena de prisión por tiempo de 3 años.- 6.- Como autor de un delito contra la integridad moral previsto y penado en el artículo 173.1 del CP EDL 1995/16398 , concurriendo la agravante del artículo 23 del CP EDL 1995/16398 , a la pena de 2 años de prisión.- 7.- Como autor de un delito de agresión sexual, del artículo 178 y 179 del CP EDL 1995/16398, concurriendo la agravante específica del artículo 180.1.1ª del CP EDL 1995/16398 , así como la agravante del artículo 23 del mismo texto punitivo, a la pena de prisión por tiempo de 15 años.- 8.- Como autor de un delito de falsedad en documento oficial del artículo 392, en relación con el artículo 390.1 y 2 del mismo texto legal, a la pena de prisión por tiempo de seis meses y multa de seis meses en cuota diaria de 12 euros. Todo ello condenándole como le condenamos a que indemnice a Ariadna en la cantidad de 30.525 euros por las lesiones causadas y secuelas que le restan, así como al pago de las costas procesales causadas." (sic)

Tercero.- En fecha veintitrés de mayo de dos mil seis la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona, dictó auto en cuya parte dispositiva se recoge lo siguiente:

"Corregir la omisión detectada en la parte dispositiva de la sentencia referida, la cual quedará integrada en los siguientes términos: FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos a Fernando : 1. Como autor de un delito de amenazas del artículo 169.2 del CP EDL 1995/16398 , concurriendo la agravante del artículo 23 del mismo texto, a la pena de 15 meses de prisión.- 2. Como autor de una falta de daños del artículo 625.1 del CP EDL 1995/16398 , a la pena de 10 días multa en cuota diaria de 12 euros.- 3. Como autor de un delito de allanamiento de morada, con violencia e intimidación, del artículo 202.2 del CP EDL 1995/16398 , concurriendo la agravante del artículo 23 del CP EDL 1995/16398 , a la pena de 2 años y medio de prisión y multa de 9 meses en cuota diaria de 12 euros.- 4.- Como autor de dos faltas de lesiones, del artículo 617.1 del CP EDL 1995/16398 , a la pena de 12 días de localización permanente por cada una de ellas.- 5.- Como autor de un delito de secuestro del artículo 164 del CP EDL 1995/16398 , concurriendo la agravante del artículo 23 del CP EDL 1995/16398 , a la pena de ocho años de prisión.- 6.- Como autor de otro delito de secuestro del artículo 164 del CP EDL 1995/16398 , en relación con el artículo 163.2 del mismo texto letal, a la pena de prisión por tiempo de 3 años.- 7.- Como autor de un delito contra la integridad moral previsto y penado en el artículo 173.1 del CP EDL 1995/16398 , concurriendo la agravante del artículo 23 del CP EDL 1995/16398 , a la pena de 2 años de prisión.- 8.- Como autor de un delito de agresión sexual, del artículo 178 y 179 del CP EDL 1995/16398, concurriendo la agravante específica del artículo 180.1.1ª del CP EDL 1995/16398 , así como la agravante del artículo 23 del mismo texto punitivo, a la pena de prisión por tiempo de 15 años.- 9.- Como autor de un delito de falsedad en documento oficial del artículo 392, en relación con el artículo 390.1 y 2 del mismo texto legal, a la pena de prisión por tiempo de seis meses y multa de seis meses en cuota diaria de 12 euros.- Todo ello condenándole como le condenamos a que indemnice a Ariadna en la cantidad de 30.525 euros por las lesiones causadas y secuelas que le restan, así como al pago de las costas procesales causadas." (sic)

Cuarto.- Notificada la resolución a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de Precepto Constitucional y de Ley, por la representación de Fernando, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Quinto.- El recurso interpuesto por la representación del recurrente Fernando se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

1 y 2.- Se alega vulneración de la presunción de inocencia del artículo 24.2 de la Constitución Española EDL 1978/3879 , en relación con todos los delitos por los que ha sido condenado y del derecho de defensa.

3.- Alega el recurrente al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 , vulneración del principio acusatorio.

4.- Se alega vulneración de los artículos 10 y 15 de la Constitución Española EDL 1978/3879 por falta de proporcionalidad de la pena.

5.- Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 denuncia aplicación indebida del delito de amenazas del artículo 169.2 del Código Penal EDL 1995/16398 .

6.- Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 denuncia vulneración por aplicación indebida del artículo 202.1º y 2º del Código Penal EDL 1995/16398.

7.- Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 denuncia aplicación indebida del artículo 164 del Código Penal EDL 1995/16398 .

8.- Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 denuncia la aplicación indebida del artículo 173.1 del Código Penal EDL 1995/16398 .

9.- Al amparo del artículo 948.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 alega vulneración de los artículos 178, 179 y 180.1.1º del Código Penal EDL 1995/16398 .

10.- Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 alega el recurrente aplicación indebida del artículo 23 del Código Penal EDL 1995/16398 .

11.- Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 alega vulneración del artículo 28 del Código Penal EDL 1995/16398 pues la sentencia no indica que el acusado hiciera la falsificación.

12.- Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 denuncia infracción de Ley por inaplicación de los artículos 21.4ª y 21.6ª del Código Penal EDL 1995/16398 .

Sexto.- Instruido el Ministerio Fiscal, lo impugnó; quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Séptimo.- Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró la votación prevenida el día catorce de febrero de dos mil siete.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia de instancia que lo condenó, entre otros, por dos delitos de secuestro a penas de tres y ocho años de prisión, por un delito contra la integridad moral a pena de dos años de prisión y por un delito de agresión sexual a la pena de quince años de prisión, interpone recurso de casación formalizando doce motivos, cuyo orden alteraremos parcialmente por razones que se derivarán del propio contenido de esta sentencia.

En el motivo segundo, al amparo de los artículos 852 de la LECrim EDL 1882/1 y 5.4 de la LOPJ EDL 1985/8754 , denuncia la vulneración de los derechos fundamentales a la defensa, a la asistencia letrada y a un proceso con todas las garantías. La razón de su denuncia se encuentra en que la testigo víctima, principal prueba de cargo, y única respecto a los delitos más graves, se negó a declarar en juicio, de manera que la defensa no pudo interrogarla, sustituyéndose su declaración por la lectura de las declaraciones sumariales. Entiende que la imposibilidad de la testigo para declarar, que ha sido apreciada por el Tribunal, muy bien pudo ser simulada, pues no existe ningún informe médico de la misma fecha del juicio que acredite la imposibilidad de prestar declaración. Y no puede considerarse prueba la lectura de sus declaraciones, pues a ellas no asistió el letrado de la defensa, de manera que no existió la necesaria contradicción. En cualquier caso, en instrucción, según dice, no se le requirió para que designara letrado siendo asistido por el de oficio.

La primera cuestión, esto es, la relativa al estado de la testigo y a la posibilidad real de prestar declaración es una cuestión de hecho ajena al recurso de casación salvo en cuanto se refiere a la razonabilidad de la decisión del Tribunal en función de los datos disponibles. Este es el aspecto que nos corresponde controlar, pues partiendo de que la decisión del Tribunal es trascendente en cuanto que restringió en alguna medida las posibilidades de contradecir el testimonio de cargo por parte del acusado, esta Sala no puede examinar la situación de la testigo en la misma forma en que se hizo en la instancia.

El Tribunal dispuso de un informe médico emitido como consecuencia de la imposibilidad de declarar que apreció en la testigo en un anterior señalamiento, que hubo de ser suspendido. Dicho informe describía un trastorno compatible con una situación de estrés postraumático derivada de los hechos enjuiciados, suficiente para impedir el recuerdo de lo ocurrido y su adecuada exposición ante el Tribunal sometiendo al interrogatorio de las partes. En el nuevo señalamiento, tras un informe médico en el que no se apreció la imposibilidad de declarar, la testigo, que inició su declaración con normalidad respondiendo a las preguntas del Ministerio Fiscal, comenzar a referirse a la parte más traumática de los hechos según los denunció en su día, presentó las mismas dificultades físicas y psíquicas que el Tribunal había apreciado en la ocasión anterior, lo que motivó la asistencia médica, y tras sucesivas interrupciones del plenario, la decisión del Tribunal de suspender la declaración para no continuar sometiendo a la testigo a la tensión derivada del interrogatorio en atención a los efectos de físicos y psíquicos que estaba provocando en la misma. Ante esa situación, entendió que era apreciable una imposibilidad material de prestar declaración.

En estos casos, es cierto que debe adoptar las medidas necesarias para evitar una negativa infundada o caprichosa o una posible simulación, pero es claro que el Tribunal no puede conminar al testigo al cumplimiento de la obligación de declarar más allá de los términos de lo posible.

El Tribunal intentó resolver la situación en un primer momento suspendiendo el juicio y examinando médicamente a la testigo, con la finalidad de excluir cualquier simulación y para valorar adecuadamente lo que externamente parecía una imposibilidad para prestar su declaración ante el Tribunal. Al repetirse las dificultades con la misma apariencia externa, no era preciso repetir el examen médico, a pesar de lo cual la testigo fue atendida médicamente con la finalidad de conseguir su testimonio directo, del que no se prescindió hasta que se entendió que no era posible.

No puede decirse, por lo tanto, que la decisión del Tribunal haya sido caprichosa, inmotivada o irreflexiva.

En cuanto a la segunda cuestión, es decir, si en esas condiciones era posible acudir a la lectura de las declaraciones sumariales y valorar después su contenido como prueba de cargo, es preciso determinar si tal posibilidad está cubierta por las previsiones del artículo 730 de la LECrim EDL 1882/1 .

Es claro que los derechos que se reconocen al acusado en el proceso penal deben hacerse compatibles con los derechos de las víctimas. En este sentido, la presunción de inocencia exige que el testigo se confronte con el acusado para garantizar la posibilidad de una contradicción efectiva, pero esta regla no excluye las excepciones en casos particulares. En este sentido, el artículo 448 de la LECrim EDL 1882/1 se refiere a la prueba testifical de menores regulando la posibilidad de evitar la confrontación visual con el acusado. Y el artículo 730 de la misma Ley prevé la posibilidad de dar lectura a las diligencias del sumario, entre ellas a las declaraciones testificales prestadas ante el Juez, cuando no puedan ser reproducidas en el juicio oral por causas independientes de la voluntad de las partes.

La jurisprudencia ha entendido que tal imposibilidad es apreciable cuando el testigo haya fallecido, se encuentre en paradero desconocido de forma que no pueda ser citado u obligado a comparecer, y cuando se halle fuera de la jurisdicción del Tribunal y sea imposible o extremadamente dificultoso hacerlo comparecer ante el Tribunal. Pero no se trata de una enumeración exhaustiva y cerrada que impida considerar otros supuestos de imposibilidad. Entre ellos la imposibilidad física y la de origen psíquico, siempre que estén suficientemente contrastadas.

Por lo tanto, acreditada la imposibilidad de prestar declaración por la observación directa del Tribunal, apoyado en los exámenes médicos realizados con anterioridad a la testigo, e incluso por la ausencia de cualquier mejoría a pesar de la atención médica dispensada durante la celebración del juicio, nada impedía suspender la declaración y acudir a la lectura de las manifestaciones sumariales.

Es evidente, sin embargo, que una prueba testifical con estas características, aunque pueda ser valorada como prueba de cargo, puede estar debilitada en su capacidad convictiva, lo cual no debe ser ignorado por el Tribunal. Si con carácter general, cuando se trata de la única prueba de cargo, la declaración testifical, y especialmente la prestada por la víctima, debe ser examinada con prudencia y detenimiento, en estos casos debe extremarse la cautela, evitando cualquier apriorismo. Pero esta es una cuestión que será resuelta al examinar la alegación relativa a la vulneración de la presunción de inocencia.

Se queja también el recurrente de que no fue requerido para nombrar letrado. Su alegación no puede ser atendida. Consta en las actuaciones sumariales, que la Sala ha examinado al amparo del artículo 899 de la LECrim EDL 1882/1 , que en Comisaría, el día 4 de junio de 2004, se le informó de sus derechos, entre ellos el de designar abogado de su elección o ser atendido por el del turno de oficio, optando por esto último y siendo asistido por el Letrado D. Fernando José Martínez Medina. El día 5 siguiente prestó declaración ante el Juez, siendo nuevamente informado de sus derechos y constandingo bajo la fe pública que designó expresamente al letrado antes mencionado, el cual le asiste en su declaración. El día 6 de julio, presta declaración ante el Juzgado con el mismo letrado, y el día 16 de setiembre designa nuevo letrado, con la venia del anterior, el cual se ocupó de su defensa en lo sucesivo. No se aprecia irregularidad alguna en el ejercicio del derecho a la asistencia letrada.

En cuanto a la última cuestión, denuncia que no ha podido interrogar a la testigo, pues no asistió a la declaración sumarial al no tener letrado designado ni tampoco ha podido hacerlo en el juicio oral ante la imposibilidad física y psíquica que apreció el Tribunal. Consta asimismo en las actuaciones que en providencia del día 7 de julio, el Juez acordó citar a la denunciante para el día 22 a las 9,00 horas, con la finalidad de recibirle declaración, lo cual fue notificado al letrado, a pesar de lo cual no asistió a la diligencia. Por lo tanto, no es cierto que no dispusiera de letrado de su designación, pues consta, como se ha dicho, que el día 5 de junio designó expresamente al Letrado del turno de oficio que le había asistido en las diligencias policiales. Y tampoco es cierto que no pudiera interrogar, pues en lo que consta la decisión de no acudir a la diligencia de declaración se debió exclusivamente a su propia voluntad. Y en esas circunstancias en las que la contradicción fue posible, la ausencia de contradicción efectiva no impide la valoración de la prueba.

Consecuentemente, y sin perjuicio de la cautela con la que ha de valorarse la declaración de la víctima cuando es la única prueba de cargo, no existen razones que la invaliden e impidan su valoración.

SEGUNDO.- En el primer motivo denuncia vulneración de la presunción de inocencia. Alega que la única prueba de cargo en los hechos más graves es la declaración de la víctima. Asimismo, señala que debe tenerse en cuenta que no denunció los hechos hasta 24 días después, que de esa fecha es el parte de lesiones y que el testigo, amigo suyo e igualmente víctima de parte de los hechos, no denunció cuando, según la versión de aquella, el acusado se la llevó de la casa a la fuerza.

El derecho a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 24 CE EDL 1978/3879 implica que toda persona acusada de un delito debe ser considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad con arreglo a la Ley (artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículo 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Esto supone que es preciso que se haya desarrollado una actividad probatoria de cargo, cuya iniciativa corresponde a la acusación, que desvirtúe racionalmente esa presunción inicial, en cuanto que permita declarar probados unos hechos y la participación del acusado en ellos.

La alegación de su vulneración en el recurso de casación conduce a esta Sala del Tribunal Supremo a realizar una triple comprobación. En primer lugar que el Tribunal de instancia ha apoyado razonadamente su relato fáctico en pruebas relativas a la existencia del hecho y a la participación del acusado en él. En segundo lugar, que las pruebas son válidas, es decir, que han sido obtenidas e incorporadas al juicio oral con respeto a los derechos fundamentales y con arreglo a las normas que regulan su práctica. Y en tercer lugar, que la valoración realizada para llegar a las conclusiones fácticas que son la base de la condena, teniendo en cuenta el contenido probatorio

de la prueba de cargo disponible, no se aparta de las reglas de la lógica, de las enseñanzas de la experiencia y de los conocimientos científicos, y no es, por lo tanto, irracional, manifiestamente errónea o arbitraria.

En numerosas ocasiones esta Sala ha alertado de las cautelas con las que debe valorarse la declaración de la víctima cuando es la única prueba de cargo, las cuales habrán de extremarse cuando además su declaración es la única noticia del delito. En todo caso, es recomendable el establecimiento por parte del Tribunal de instancia de elementos externos de corroboración del decir de la víctima, con la finalidad de objetivar en lo posible la valoración de su testimonio. En este sentido se ha dicho que debe comprobarse que su versión no es caprichosamente cambiante, y que no existen razones de enemistad, resentimiento o similar, de carácter previo que pudieran enturbiar la credibilidad. Además, debe considerarse la existencia de elementos externos de corroboración, especialmente cuando se deriven de las mismas características de los hechos denunciados.

En el caso, el Tribunal examina en el Fundamento de derecho segundo, expresa y detenidamente, los aspectos valorables relacionados con la declaración de la víctima. No es preciso dar aquí por reproducido el contenido argumentativo de la sentencia de instancia en este particular, pero puede recordarse que parte de su versión es corroborada por el propio acusado; otra parte encuentra su corroboración por otra prueba, pues en sentido coincidente se manifestó el otro testigo, asimismo víctima de parte de los hechos; otros aspectos son coincidentes con la declaración sumarial del testigo Juan Manuel, rectificadas de forma poco convincente para el Tribunal en el juicio oral; asimismo su versión es corroborada por el parte inicial de lesiones, aun con el retraso ya mencionado en la denuncia, en el que se describen lesiones con un periodo de evolución compatible con los hechos denunciados; y finalmente, la pericial que constata la existencia de un trastorno de estrés postraumático, compatible asimismo con lo directamente observado por el Tribunal. Finalmente, la previa relación de pareja entre el recurrente y la víctima, de la que nació un hijo que entonces estaba al cuidado de la madre, así como los intentos que aquél realizó para interferir en la vida de la mujer, que el Tribunal ha apreciado según la prueba practicada, pueden explicar las dudas de la víctima respecto de la decisión de denunciar los hechos, de manera que este solo hecho no puede desvirtuar la fuerza de convicción de las pruebas de cargo. Por otro lado, no se aprecian en su versión alteraciones o cambios sustanciales que debiliten su coherencia interna.

Por lo tanto, ha de concluirse que ha existido prueba de cargo y que ha sido razonada y razonablemente valorada por el Tribunal, lo cual determina la desestimación del motivo.

TERCERO.- En el tercer motivo denuncia vulneración del principio acusatorio, pues entiende que por el delito de secuestro de Ariadna se impone una pena de ocho años de prisión, cuando las acusaciones habían solicitado seis. Entiende que de esta forma se viene a rechazar la aplicación de un subtipo atenuado propuesto implícitamente por las acusaciones.

El examen de las actuaciones, nuevamente al amparo del artículo 899 de la LECrim EDL 1882/1 , permite comprobar que las acusaciones consideraron que los hechos relativos a las detenciones ilegales de Carlos Miguel y de Ariadna constituían un delito del artículo 164 del Código Penal EDL 1995/16398 , sin mayores aclaraciones. Este precepto señala, en su tipo básico, una pena comprendida entre seis y diez años, previendo la pena inferior en grado si se dieran las condiciones del artículo 163.2, es decir, que el culpable diera libertad al encerrado o detenido dentro de los tres primeros días de su detención, sin haber logrado el objeto que se hubiera propuesto. Las acusaciones solicitaron en sus conclusiones definitivas la imposición de una pena de cinco años para el primer caso, lo cual indica con claridad que entendían que concurrían tales circunstancias, en tanto que la pena solicitada corresponde a la inferior en un grado a la prevista para el tipo básico. Respecto a los hechos de los que resultó víctima Ariadna, la pena solicitada era de seis años, lo cual podía inducir a error en cuanto al tipo aplicado, pues si bien en ese momento, dada la modificación del artículo 70 del Código Penal EDL 1995/16398 que entró en vigor el 1 de octubre de 2004 (aplicable como más beneficiosa en este aspecto) tal pena correspondía al tipo básico, ya que el máximo de la inferior en grado debía establecerse restando un día de tal extensión temporal, las mismas acusaciones apreciaban la concurrencia de la agravante de parentesco, lo que hacía incorrecta su pretensión en cuanto a la extensión de la pena, que de corresponder al tipo básico no podría ser inferior a ocho años.

Aun cuando a esta cuestión no es de aplicación el principio "in dubio pro reo", limitado a las dudas relativas al resultado de la valoración de las pruebas sobre los hechos, la disyuntiva entre estos dos posibles errores de las acusaciones no debe resolverse acogiendo la posibilidad más gravosa para el acusado, en tanto que podría afectar al derecho a la defensa si hubiera entendido, como era sin duda posible, que el error se refería a la posibilidad menos gravosa, es decir, que las acusaciones pretendieron apreciar el subtipo atenuado y solicitaron por error una pena de seis años de prisión cuando el máximo posible era de 5 años, 11 meses y 29 días.

Establecida así la acusación, es claro que el Tribunal no podía desconocer la calificación de las acusaciones para acudir a otra más grave sin infringir el principio acusatorio. Este principio, en su exacta formulación, supone que nadie puede ser condenado sin que se haya formulado debidamente una acusación contra él, y asimismo exige la separación total entre quien acusa y quien juzga. Se trata de un principio estructural del proceso penal, el cual se ha de configurar conforme al mismo, de forma que la acusación ha de ser sostenida por alguien distinto del Juez o Tribunal. Congruentemente, a éste le corresponde resolver imparcialmente sobre la pretensión acusatoria, dando previamente al acusado la posibilidad de organizar su defensa.

Ello produce como consecuencia necesaria la exigencia de una correlación entre acusación y sentencia, pues el límite máximo de la sentencia vendrá constituido por el contenido de la acusación.

Aunque no aparece formulado expresamente en la Constitución, el Tribunal Constitucional, en Sentencias 17/1988 EDJ 1998/333 , 168/1990 EDJ 1990/10051 , 47/1991 EDJ 1991/2252 , 14 febrero 1995 EDJ 1995/250 y 10 octubre 1994, ha consagrado una constante doctrina que reflejada, entre otras, en Resoluciones de esta Sala de 14 febrero 1995 EDJ 1995/957 , 14 marzo EDJ 1996/2094 , 29 abril EDJ 1996/3617 y 4 noviembre 1996 EDJ 1996/8054 , es del siguiente tenor: "los derechos a la tutela judicial sin indefensión, a ser

informado de la acusación y a un proceso con todas las garantías que reconoce el art. 24 CE EDL 1978/3879 conducen a señalar que este precepto consagra el principio acusatorio en todos los procesos penales, de tal manera que nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él una acusación de la que haya tenido oportunidad de defenderse de manera contradictoria, lo que obliga al Tribunal a pronunciarse sobre los términos del debate tal y como hayan sido formulados por la acusación y la defensa. Ello significa, además, que ha de existir una correlación entre la acusación y el fallo". (STS núm. 1590/1997, de 30 de diciembre EDJ 1997/20971).

En el mismo sentido, destacando nuevamente la necesidad de conocer la acusación para evitar la indefensión, esta Sala ha señalado en STS núm. 1954/2002, de 29 de enero EDJ 2003/2108 , que "el contenido propio del principio acusatorio consiste en que nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él acusación por una parte acusadora ajena al órgano enjuiciador, en tales términos que haya tenido oportunidad de defenderse de manera contradictoria, estando obligado el Juez o Tribunal a pronunciarse en el ámbito de los términos del debate, tal y como han quedado formulados por la acusación y la defensa, lo que significa que ha de existir correlación entre la acusación y el fallo de la sentencia condenatoria".

Esta correlación se manifiesta en la vinculación del Tribunal a algunos aspectos de la acusación, concretamente a la identidad de la persona contra la que se dirige, que no puede ser modificada en ningún caso; a los hechos que constituyen su objeto, que deben permanecer inalterables en su aspecto sustancial, aunque es posible que el Tribunal añada elementos circunstanciales que permitan una mejor comprensión de lo sucedido según la valoración de la prueba practicada; y a la calificación jurídica, de forma que no puede condenar por un delito más grave o que, no siéndolo, no sea homogéneo con el contenido en la acusación.

La cuestión de la vinculación del Tribunal a la pena interesada por las acusaciones, como límite máximo de la imponible, ha sido tratada por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo en el Pleno no jurisdiccional de fecha 20 de diciembre de 2006 EDJ 2006/353057 , en el que acordó que "el Tribunal sentenciador no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas en concreto por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancie la causa".

Consecuentemente, en el caso, debemos entender que el Tribunal, aun cuando haya recurrido a una argumentación no del todo objetable, finalmente ha procedido de manera que, optando por la posibilidad más gravosa para el acusado, ha rechazado la calificación de las acusaciones para aplicar un tipo más grave que el que aquellas habían considerado aplicable, lo que determina la infracción objetiva del principio acusatorio.

Ello determina la estimación del motivo, dictando nueva sentencia en la que la pena por el delito de secuestro en relación a Ariadna quede reducida a 5 años, 11 meses y 29 días de prisión.

CUARTO.- En el quinto motivo, con apoyo en el artículo 849.1º de la LECrim EDL 1882/1 , denuncia la indebida aplicación del artículo 169.2 del Código Penal EDL 1995/16398 . Sostiene que los hechos deberían ser calificados como constitutivos de una falta. No hay reiteración de la amenaza, ni actos de violencia ni se utilizan armas en la acción. Además, afirma que la realización del mal amenazado debería suponer la absorción de la amenaza en la tipificación del delito cometido. Por lo tanto, penar como amenaza grave los hechos que la sentencia declara ocurridos el día 4 de abril cuando al día siguiente se atribuyen al acusado graves hechos conllevaría la infracción del principio de consunción. Para la gravedad de la amenaza no es posible acudir a lo ocurrido días después.

En el hecho probado se declara que el acusado se llegó a la vivienda particular de Ariadna y tras negarle ella la entrada, desde la puerta le dirigió expresiones tales como "déjame ver a mi hijo o te mato" y "no vas a poder salir de aquí". Al decidir la mujer llamar a la Policía, el acusado abandonó el lugar.

Es claro, pues, que el recurrente, luego de hacer una petición o exigencia a la mujer, la conminó con la ejecución de un mal constitutivo de delito, pues tales han de considerarse el homicidio o la detención ilegal. El Tribunal ha valorado expresamente si la amenaza era grave, seria y creíble, para lo cual, excluyendo de la valoración los hechos posteriormente ocurridos, ha tenido en cuenta la personalidad agresiva del acusado, según la testifical referida a las varias peleas de aquél y el que el delito era su modo de vida, unido a que eran reiterados los intentos del acusado de interferir en la nueva vida de la mujer desde su ruptura. Asimismo, ha valorado la reacción colérica del acusado, hasta el punto de causar daños en un automóvil propiedad del testigo Carlos Miguel, cuando se percató de que la mujer procedía a llamar a la Policía. Todo ello, revela desde luego la existencia de una amenaza.

Sin embargo, las condiciones en que se produjo y las circunstancias del acusado, conducen a atribuir las expresiones amenazantes a la ira y frustración momentáneas del acusado al negársele la entrada en el domicilio, que él pretendía con la finalidad de conseguir ver a su hijo, más que a un deseo de intimidar gravemente mediante la conminación de un mal de forma seria y persistente. Todo ello, unido a la falta de reiteración de la amenaza, en el momento o inmediatamente después, a la ausencia del empleo de armas o instrumentos peligrosos y a la ausencia de otros actos anteriores o simultáneos que pudieran conducir a entender el propósito anunciado como algo suficientemente serio, conduce a valorar la amenaza como leve, lo que determinará la condena por una falta de amenazas.

Consecuentemente, el motivo se estima.

QUINTO.- En el sexto motivo, por la misma vía de impugnación, denuncia la aplicación indebida de los artículos 202.1 y 202.2 del Código Penal EDL 1995/16398. Sostiene que no ha existido permanencia en el domicilio contra la voluntad del morador ni deseo ni conciencia de atentar contra la intimidad del domicilio. En todo caso, dice, la violencia empleada no está orientada a permanecer en el domicilio, pues aunque se describe una agresión al Sr. Carlos Miguel no se razona que lo fuera en relación de medio a fin con el tipo de allanamiento. Afirma que lo que quería era ver a su hijo.

Son tres las cuestiones que el recurrente plantea en el motivo. En primer lugar, si ha existido permanencia en el domicilio en contra de la voluntad de los moradores, alegando que esa apreciación constituye un juicio de valor revisable por esta vía de casación. En segundo

lugar, que no existió ni deseo ni conciencia de atentar contra el domicilio. Y en tercer lugar, ya en relación con el subtipo agravado, que la violencia empleada no estaba orientada a ejecutar el allanamiento.

Como es sabido, el motivo de casación previsto en el artículo 849.1º de la LECrim EDL 1882/1 permite verificar si el Tribunal ha interpretado y aplicado correctamente los preceptos legales procedentes a los hechos declarados probados, sin prescindir de ninguno de ellos y sin añadir otros diferentes. De ahí que constituya una causa de inadmisión la falta de respeto a los hechos probados o la realización de alegaciones jurídicas en contradicción con aquellos.

En los hechos probados se declara que el acusado, luego de violentar una ventana del domicilio y penetrar por ella en el interior, golpeó a Carlos Miguel propinándole dos puñetazos que le derribaron, aprovechando para darle en el suelo varias patadas, buscando a continuación a Ariadna a la que alcanzó en una habitación de la que la sacó arrastrándola. A continuación se declara probado que en las tres horas siguientes permaneció en el domicilio logrando tal permanencia golpeando a Ariadna, apagando un cigarrillo sobre su mano y amenazándola con cortarle en una oreja con una navaja, con la que llegó a realizarle un corte en un dedo.

Partiendo de esos hechos probados, intocables por esta vía de impugnación, la conclusión de la Audiencia en orden a que la permanencia en el domicilio se realizó contra la voluntad de los moradores se ajusta a las reglas de la lógica y a las enseñanzas de la experiencia, por lo que debe ser mantenida.

En cuanto a la intención de atentar contra la intimidad del domicilio, para la comisión del delito de allanamiento de morada no es preciso que el autor persiga directamente tal clase de atentado contra ese bien jurídico, derecho fundamental del individuo. Basta con que su conocimiento abarque el hecho de que penetra o permanece en morada ajena y que lo hace contra la voluntad del morador. En el caso, quien, como el acusado, había intentado la entrada el día anterior y le había sido terminantemente negada, hasta el punto de llamar a la Policía, y lo intenta nuevamente en la fecha de los hechos penetrando en la vivienda tras fracturar una ventana, teniendo que golpear a los moradores de aquella para que tolerasen su presencia, no puede tener ninguna duda de que ha realizado los hechos exigidos por el tipo penal aplicado.

Finalmente, duda el recurrente que se pueda relacionar la violencia empleada con la voluntad de permanencia en la vivienda. Sin embargo, la descripción de los hechos despeja cualquier duda sobre el particular, pues resulta evidente que solo los golpes y malos tratos empleados contra ambos obligó a los moradores a permanecer en el lugar y les impidió reclamar el auxilio de terceros para que cesara tal situación, tal como habían hecho el día anterior. Y es evidente que ese aspecto era conocido por el recurrente.

El motivo, por lo tanto, se desestima.

SEXTO.- En el séptimo motivo denuncia la aplicación indebida del artículo 164 y subsidiariamente la inaplicación indebida del 163.2, ambos del Código Penal EDL 1995/16398 . Sostiene que en el caso de Carlos Miguel no hubo detención ilegal, pues aunque el acusado permaneció en el domicilio no le impidió la salida. En el caso de Ariadna no hay acto de detención o encierro, pues cuando el desconocido le entregó la ropa, pudo huir. En cualquier caso, sostiene que sería de aplicación el subtipo atenuado del artículo 163.2, pues lo que pretendía, según la sentencia, era que le entregaran a su hijo, lo cual finalmente no ocurrió en tanto que permitió que Ariadna y Carlos Miguel se fueran de la casa con el niño.

El delito de secuestro del artículo 164 del Código Penal EDL 1995/16398 se comete cuando un particular priva de libertad a una persona encerrándola o deteniéndola contra su voluntad, exigiendo una condición para que la recupere.

Las alegaciones del recurrente que pretenden añadir al relato fáctico de la sentencia otros hechos u otras consideraciones también de carácter fáctico no pueden ser atendidas dada la vía de impugnación que ha elegido, que parte del examen de los hechos que el Tribunal ha establecido tras valorar la prueba practicada.

En los hechos probados se encuentran los elementos requeridos por el tipo de secuestro tal como se define en el Código Penal EDL 1995/16398 , pues se declara que el acusado, luego de penetrar en la vivienda por una ventana golpeó a sus moradores, permaneciendo en la misma durante tres horas, durante las cuales no les permitió abandonarla, salvo que trajeran a su hijo que se encontraba en otro domicilio. Además, se describe la violencia empleada sobre Ariadna durante el tiempo de permanencia en el lugar, lo que naturalmente impidió a la citada y a su compañero Carlos Miguel abandonar la vivienda. En lo que se refiere a la mujer, además la detención ilegal se prolongó por más tiempo, lo que explica la diferente pena impuesta en uno y otro caso, pues la obligó por la fuerza a acompañarle a otro lugar donde la mantuvo hasta que el hijo de ambos fue conducido al mismo. La calificación de la Audiencia, por lo tanto, fue la correcta al aplicar el artículo 164.

En cuanto a la aplicación del artículo 163.2, sin perjuicio de lo razonado por la Audiencia y de lo que alega el recurrente, ya hemos establecido en el fundamento de derecho tercero que debía entenderse que las acusaciones aplicaban dicho precepto, por lo que es innecesaria cualquier consideración más al respecto, en tanto que las penas están calculadas en atención al mismo.

El motivo, por lo tanto, se desestima.

SEPTIMO.- En el motivo octavo denuncia la indebida aplicación del artículo 173 del Código Penal EDL 1995/16398 , pues entiende que el trato degradante quedaría englobado en la agresión sexual, en la que se aplica el subtipo agravado del artículo 180.1.1º. Se queja de que la sentencia incurre en incongruencia interna, pues luego de decir que no es posible la condena simultánea por ambos preceptos, aplica los mismos a los hechos probados.

En el motivo noveno plantea dos cuestiones por la misma vía de impugnación. De un lado la inexistencia de agresión sexual basándose en dos alegaciones; en primer lugar la inexistencia de prueba, y en segundo lugar la inexistencia de oposición acreditada de la mujer a

las relaciones sexuales con el acusado, con quien, se dice, había convivido un año y había tenido un hijo. De otro lado, como segunda cuestión, se insiste en la imposibilidad de aplicar simultáneamente el artículo 173 y el artículo 180.1.1º, afirmando que los actos descritos en el relato de la sentencia, calificados como de especial sadismo, no estaban orientados directa y necesariamente a la agresión sexual, sino al primer propósito de lograr la entrega del hijo.

Ambos motivos pueden ser examinados conjuntamente en lo que se refiere a la alegación relativa a la aplicación simultánea de los artículos 173 y 180.1.1º del Código Penal EDL 1995/16398.

Con carácter previo, la alegación relativa a la existencia de las agresiones sexuales debe ser terminantemente rechazada. De un lado porque en cuanto se refiere a la existencia de prueba es una cuestión que, dejando a un lado que no debe plantearse a través de un motivo por infracción de ley, ha sido ya debidamente resuelta en el fundamento de derecho segundo de esta sentencia. De otro lado porque en lo que se refiere a la ausencia de oposición de la mujer a las relaciones sexuales, no puede pretenderse de ninguna manera que no existe oposición por parte de una persona que ha sido conducida mediante la fuerza física a un lugar donde no quiere estar, que ha sido obligada a permanecer en él, que ha sido sometida a las vejaciones que se describen en el hecho probado, y que ha sido atada de pies y manos, encontrándose por lo tanto totalmente indefensa ante las pretensiones del sujeto activo. Es evidente el empleo de violencia física y, mediante la misma, el sometimiento de la mujer a los deseos del acusado.

En lo que se refiere a la cuestión planteada en ambos motivos, el Tribunal justifica su decisión en que después de las relaciones sexuales impuestas, el acusado aún realizó una conducta degradante al cubrir el cuerpo de la mujer con una toalla mojada en agua fría, obligándola a telefonar a Carlos Miguel para que trajera al niño, a lo que ella accedió. Además, argumenta que los actos degradantes a los que el acusado sometió a la mujer, tal como han sido descritos en el hecho probado de la sentencia, aunque pudieran otra finalidad diferente, estaban también orientados a debilitar su resistencia ante la futura agresión sexual.

Tal como argumenta el Tribunal, poco importa que el acusado orientara directamente su conducta vejatoria y humillante sobre la mujer a obtener una disminución de su resistencia a una eventual agresión sexual. Lo determinante es que, ejecutados esos hechos, con evidente conciencia de sus efectos sobre la mujer y sobre su capacidad de resistir a la agresión total a la que era sometida, el acusado los aprovechó para ejecutar los actos de contenido sexual que se describen en el relato fáctico de la sentencia. Como hemos dicho en otras muchas ocasiones, la violencia o intimidación relevantes en el delito de agresión sexual son las que se orientan a superar la eventual o real resistencia del sujeto pasivo a las acciones de esa naturaleza que el sujeto activo ejecuta. Pero eso no significa que esa finalidad necesariamente sea la única de tal conducta violenta o intimidante, pues es posible apreciar su concurrencia en aquellos casos en los que, orientada inicialmente a otro fin distinto, sea finalmente aprovechada para la ejecución de la conducta atentatoria contra la libertad sexual de la víctima. Así ocurre en el caso.

Por otro lado, la aplicación del supuesto agravado del artículo 180.1.1º del Código Penal EDL 1995/16398 exige que concurra una violencia o intimidación de carácter particularmente degradante o vejatorio. No es en sí el acto de naturaleza sexual lo que debe revestir tal condición, pues es claro que la relación sexual impuesta con violencia o intimidación ya es de por sí degradante y vejatoria para cualquier individuo, dado el ataque a su dignidad personal y a su libertad que tal clase de actos suponen. Lo que el tipo exige es que sea la violencia o la intimidación empleadas las que revistan aquellos caracteres. Y así ocurre en el caso, pues sin ninguna duda someter a una mujer a la que se ha privado de libertad y atado de pies y manos a las maniobras descritas en el relato fáctico de la sentencia no puede ser calificado de otra forma. Así pues, el citado subtipo agravado ha sido aplicado correctamente.

Cuestión distinta es si procede al mismo tiempo sancionar también por un delito contra la integridad moral del artículo 173.1 del Código Penal EDL 1995/16398. Es claro que la comisión del delito de agresión sexual, más aún cuando se agrava al concurrir una violencia o intimidación particularmente degradantes o vejatorias, suponen un ataque grave a la integridad moral, si bien su sanción ya viene comprendida en la que la ley anuda al delito contra la libertad sexual con la agravación antes dicha. Para apreciar al mismo tiempo un delito del artículo 173 sería necesaria la existencia de una conducta relevante desligada de la que se entiende comprendida y ya ha sido sancionada en el delito de agresión sexual. El Tribunal de instancia ha entendido que el hecho de cubrir a la mujer con una toalla mojada en agua fría es conducta bastante a estos efectos. La Sala entiende sin embargo, que la conducta del acusado que presenta relevancia en este sentido es la ya sancionada con la aplicación del subtipo agravado en el delito de agresión sexual, y que los actos restantes, si bien no son irrelevantes a los efectos de la individualización de la pena, no tienen entidad suficiente para afirmar que, por sí mismos, menoscaban gravemente la integridad moral del sujeto pasivo, lo que determina la estimación del motivo, acordando la absolución del acusado por este delito en la segunda sentencia que se dictará, en la que se mantendrá la condena a quince años de prisión por el delito contra la libertad sexual.

OCTAVO.- En el décimo motivo denuncia la aplicación indebida de al agravante de parentesco, pues según señala, la sentencia se limita a decir que se trataba de su ex compañera sentimental.

La circunstancia mixta de parentesco resulta aplicable cuando, en atención al tipo delictivo, la acción merece un reproche mayor o menor del que generalmente procede, a causa de la relación parental de que se trate. En los delitos contra las personas, su carácter de agravante no está basado en la existencia de un supuesto cariño o afectividad entre agresor y ofendido, exigencia que llevaría a su práctica inaplicación como agravante en los delitos violentos contra las personas, sino en la mayor entidad del mandato contenido en la ley dirigido a evitar esas conductas en esos casos, en atención precisamente a las obligaciones que resultan de las relaciones parentales.

Es cierto que, como sugiere el recurrente, esta Sala ha entendido en algunas ocasiones, en especial en relación con el vínculo conyugal o equiparable, que no es apreciable la agravante de parentesco cuando pueda entenderse que han desaparecido, incluso de hecho, las razones que justifican su apreciación, siempre se ha exigido una desaparición terminante del vínculo.

La redacción dada al artículo 153 del Código Penal EDL 1995/16398 por la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio EDL 1999/61778 , al referirse en relación con el delito de violencia habitual en la familia, a quien sea o haya sido su cónyuge o persona que esté o haya estado ligada a él de forma estable por análoga relación de afectividad, y al agravar en estos casos la pena correspondiente a la falta del artículo 617, venía a sugerir la irrelevancia a estos efectos de la desaparición del vínculo conyugal o equiparable a los efectos de la agravante de parentesco.

Definitivamente, la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de setiembre EDL 2003/80370 , que entró en vigor el 1 de octubre de 2003, al redactar nuevamente el artículo 23 del Código Penal EDL 1995/16398 , modifica aquellas consideraciones en la medida en la que establece la posibilidad de apreciar esta circunstancia respecto, no solo a quien sea cónyuge o persona ligada por análoga relación de afectividad, sino también a quien lo haya sido, lo que resta relevancia a la desaparición efectiva de la relación.

En el caso, se dice en el hecho probado que la víctima era la ex compañera sentimental del acusado, y se deduce con claridad que ambos habían tenido un hijo. Como complemento de estas afirmaciones, al justificar la aplicación de la agravante, se aclara que habían convivido varios meses. De todo ello se desprende la concurrencia de los elementos exigidos en el Código para aplicar esta circunstancia, pues se aprecia una relación íntima basada en una afectividad análoga a la característica del matrimonio, que dio lugar a una convivencia durante unos meses y al nacimiento de un hijo común.

Por lo tanto, ha de concluirse que la agravante ha sido correctamente aplicada, lo que determina la desestimación del motivo.

NOVENO.- En el motivo undécimo denuncia la aplicación indebida del artículo 28 en relación con el artículo 392, ambos del Código Penal EDL 1995/16398. Entiende que la sentencia no declara probado que el acusado falsificara el pasaporte ni el permiso de conducir.

Esta Sala ha establecido en varias sentencias que el delito de falsedad no es de propia mano de forma que la responsabilidad en concepto de autor no exige la intervención corporal en el acto falsario, bastando el acuerdo previo y el reparto de papeles para la realización de la falsedad pactada, de modo que también será autor quien participa teniendo el dominio del hecho aunque no ejecute materialmente la falsedad.

Es cierto que en la sentencia no se dice que el acusado falsificara el pasaporte y el permiso de conducir. Pero se declara probado que se identificó con dichos documentos falsos, los cuales portaban la fotografía del acusado. Es evidente, por lo tanto, el nivel de su participación en la ejecución de la falsedad concretada en la confección de ambos documentos.

Por lo tanto, el motivo se desestima.

DECIMO.- En el motivo duodécimo denuncia la inaplicación indebida de la atenuante de confesión del artículo 21.4º o subsidiariamente de la analógica del núm. 6 del mismo artículo en relación con el anterior. Sostiene que la atenuación se basa en que el acusado reconoció su verdadera identidad cuando se le conducía a la Comisaría.

La atenuante de confesión del artículo 21.4º exige que el sujeto confiese la infracción a las autoridades antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él. No es preciso ningún elemento subjetivo relacionado con el arrepentimiento por el hecho cometido. Cumpliéndose el elemento temporal, es suficiente con una confesión del hecho que pueda reputarse veraz, es decir, que no oculte elementos relevantes y que no añada falsamente otros diferentes, de manera que se ofrezca una versión irreal que demuestre la intención del acusado de eludir sus responsabilidades mediante el establecimiento de un relato que le favorezca, y que resulta ser falso según la valoración de la prueba realizada después por el Tribunal. En este sentido la STS núm. 1072/2002, de 10 de junio EDJ 2002/26746 ; STS núm. 1526/2002, de 26 de septiembre EDJ 2002/37218 ; y STS núm. 590/2004, de 6 de mayo EDJ 2004/82682 , entre otras.

La atenuante analógica debe apreciarse en atención a la concurrencia de las mismas o similares razones de atenuación en relación con las atenuantes expresamente contempladas en el artículo 21 del Código Penal EDL 1995/16398 , pero no permite construir atenuantes incompletas cuando falten los requisitos que se exigen por la Ley. En alguna sentencia (STS núm. 1060/2004, de 4 octubre EDJ 2004/152698) se ha recogido una aparente ampliación de esta idea, al señalar que "la Jurisprudencia más moderna entiende que la analogía requerida en el artículo 21.6 CP EDL 1995/16398 no es preciso que se refiera específicamente a alguna de las otras circunstancias descritas en el mismo (como se venía exigiendo tradicionalmente), sino que es suficiente para su apreciación que la misma se refiera a la idea básica que inspira el sistema de circunstancias atenuantes, es decir, la menor entidad del injusto, el menor reproche de culpabilidad o la mayor utilidad a los fines de cooperar con la justicia desde una perspectiva de política criminal (SSTS, entre otras, de 27/05/02 EDJ 2002/19851 o 1006/03 EDJ 2003/80556)". Aunque en realidad, y finalmente, esa idea básica del sistema venga a manifestarse en las atenuantes expresamente contempladas en la Ley.

En relación con la atenuante de confesión se ha apreciado la analógica en los casos en los que, no respetándose el requisito temporal, sin embargo el autor reconoce los hechos y aporta una colaboración relevante para la justicia, realizando así un acto contrario a su acción delictiva que de alguna forma contribuye a la reparación o restauración del orden jurídico vulnerado. Así, decíamos en la STS núm. 809/2004, de 23 junio EDJ 2004/82704 que "esta Sala ha entendido que la circunstancia analógica de colaboración con la justicia requiere una aportación que, aun prestada fuera de los límites temporales establecidos en el artículo 21.4º del Código Penal EDL 1995/16398 , pueda ser considerada como relevante a los fines de restaurar de alguna forma el orden jurídico perturbado por la comisión del delito". En el mismo sentido, la STS 1348/2004, de 25 de noviembre EDJ 2004/192468 .

Sin embargo, la jurisprudencia de esta Sala ha excluido de los supuestos en los que procede aplicar la atenuante de confesión aquellos en los que el acusado ha reconocido o confesado aspectos del hecho cuyo descubrimiento era ya inevitable en ese momento.

En el caso, el recurrente solo reconoció algo que, dadas las circunstancias, iba a ser inevitablemente descubierto por la Policía, que ya había procedido a su detención por delitos muy graves. Por lo tanto, no aportó ningún elemento relevante que fuera desconocido o que no fuera a ser descubierto de forma inmediata por la autoridad.

Consecuentemente el motivo se desestima.

UNDÉCIMO.- En el cuarto motivo denuncia la vulneración del principio de proporcionalidad de la pena. Argumenta que la pena total es de treinta y dos años, tres meses y veinticuatro días de localización permanente además de la multa (sic), que entiende desproporcionada. Solicita que no supere el mínimo.

El principio de proporcionalidad de las penas está, en principio, dirigido al legislador. No obstante no es un principio que los Tribunales puedan desatender totalmente en el momento de la individualización de la pena, pues ésta, dentro de la señalada legalmente, no debe sobrepasar la medida de la culpabilidad del sujeto por el hecho o hechos cometidos. La gravedad del hecho y las circunstancias relevantes del autor, son elementos valorables en este sentido, como por otra parte obliga el artículo 66.6ª del Código Penal EDL 1995/16398 , en norma extensible a otros supuestos similares.

En el caso, la imposición de las penas en los máximos legales se justifica por la gravedad de cada uno de los hechos cometidos, tal como aparecen descritos en el relato fáctico de la sentencia. La extensión temporal, sin duda apreciable, del conjunto de las penas impuestas deriva especialmente de la gravedad de alguna de ellas, especialmente la impuesta por el delito de agresión sexual, y del resultado de la suma de todas las impuestas, en algunos casos también por delitos muy graves, como ocurre con los delitos de secuestro.

Por lo tanto, la proporcionalidad no se ve afectada negativamente si se tiene en cuenta el conjunto fáctico enjuiciado, sin perjuicio de que el Tribunal de instancia, en ejecución de sentencia, proceda a establecer el límite máximo de cumplimiento conforme a lo dispuesto en el artículo 76 del Código Penal EDL 1995/16398 .

Por todo ello, el motivo se desestima.

FALLO

Que debemos ESTIMAR Y ESTIMAMOS PARCIALMENTE por acogimiento de los motivos tercero y quinto, el Recurso de Casación por infracción de Precepto Constitucional y de Ley interpuesto por la representación del acusado Fernando contra la Sentencia dictada el día cinco de mayo de dos mil seis por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Sexta), en causa seguida contra el mismo por delitos de amenazas, allanamiento de morada, dos faltas de lesiones, un delito de secuestro, un delito contra la integridad moral, un delito de agresión sexual y un delito de falsedad en documento oficial, y en su virtud casamos y anulamos parcialmente la expresada sentencia, dictándose a continuación otra más ajustada a derecho y declarándose de oficio las costas devengadas en este recurso.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Enrique Bacigalupo Zapater José Manuel Maza Martín Miguel Colmenero Menéndez de Luarda Francisco Monterde Ferrer Luis-Román Puerta Luis

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiuno de febrero de dos mil siete.

El Juzgado de Instrucción número cinco de los de Gavá instruyó Sumario número 2/2.004 por un delito de amenazas, un delito de allanamiento de morada, dos faltas de lesiones, dos delitos de secuestro, un delito contra la integridad moral, un delito de agresión sexual y un delito de falsedad en documento oficial, contra Fernando, nacido el 15 de febrero de 1975, hijo de Vesel y Lemzie, natural de Berileve (Kosovo), y una vez concluso lo remitió a la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona que con fecha cinco de mayo de dos mil seis dictó Sentencia condenándole como autor responsable de un delito de amenazas del artículo 169.2 del CP EDL 1995/16398 , concurriendo la agravante del artículo 23 del mismo texto, a la pena de 15 meses de prisión, como autor de una falta de daños del artículo 625.1 del CP EDL 1995/16398 , a la pena de 10 días multa en cuota diaria de 12 euros, como autor de un delito de allanamiento de morada, con violencia e intimidación, del artículo 202.2 del CP EDL 1995/16398 , concurriendo la agravante del artículo 23 del CP EDL 1995/16398 , a la pena de 2 años y medio de prisión y multa de 9 meses en cuota diaria de 12 euros, como autor de dos faltas de lesiones, del artículo 617.1 del CP EDL 1995/16398 , a la pena de 12 días de localización permanente por cada una de ellas, como autor de un delito de secuestro del artículo 164 del CP EDL 1995/16398 , concurriendo la agravante del artículo 23 del CP EDL 1995/16398 , a la pena de ocho años de prisión, como autor de otro delito de secuestro del artículo 164 del CP EDL 1995/16398 , en relación con el artículo 163.2 del mismo texto letal, a la pena de prisión por tiempo de 3 años, como autor de un delito contra la integridad moral previsto y penado en el artículo 173.1 del CP EDL 1995/16398 , concurriendo la agravante del artículo 23 del CP EDL 1995/16398 , a la pena de 2 años de prisión, como autor de un delito de agresión sexual, del artículo 178 y 179 del CP EDL 1995/16398, concurriendo la agravante específica del artículo 180.1.1ª del CP EDL 1995/16398 , así como la agravante del artículo 23 del mismo texto punitivo, a la pena de prisión por tiempo de 15 años, como autor de un delito de falsedad en documento oficial del

artículo 392, en relación con el artículo 390.1 y 2 del mismo texto legal, a la pena de prisión por tiempo de seis meses y multa de seis meses en cuota diaria de 12 euros y a indemnizar a Ariadna en la cantidad de 30.525 euros por las lesiones causadas y secuelas que le restan, así como al pago de las costas procesales causadas. Sentencia que fue recurrida en casación ante esta Sala Segunda del Tribunal Supremo por la representación legal del acusado y que ha sido CASADA Y ANULADA, por lo que los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, proceden a dictar esta Segunda Sentencia con arreglo a los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

Unico.- Se reproducen e integran en esta Sentencia todos los de la sentencia de instancia parcialmente rescindida en cuanto no estén afectados por esta resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO.- Por las razones expuestas en nuestra sentencia de casación procede condenar al acusado a la pena de 5 años, 11 meses y 29 días de prisión por el delito de secuestro de Ariadna.

Procede acordar su absolución por el delito de amenazas, condenándole como autor de una falta del artículo 620.2º a la pena de 15 días de multa, con cuota diaria de 12 euros.

Procede acordar su absolución por el delito contra la integridad moral.

FALLO

Que DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS al acusado Fernando como autor de un delito de secuestro en la persona de Ariadna a la pena de cinco años, once meses y veintinueve días de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Que DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS al acusado Fernando del delito de amenazas, condenándole como autor de una falta de amenazas ya definida a la pena de quince días de multa con cuota diaria de doce euros.

Que DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS al acusado Fernando del delito contra la integridad moral.

Se mantienen los demás pronunciamientos de la sentencia de instancia no afectados por el presente.

El Tribunal de instancia, en ejecución de sentencia, establecerá el máximo de cumplimiento efectivo de conformidad con el artículo 76 del Código Penal EDL 1995/16398 .

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Enrique Bacigalupo Zapater José Manuel Maza Martín Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Francisco Monterde Ferrer Luis-Román Puerta Luis

Publicación.- Leidas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, 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: 28079120012007100137