

Referencia: NCJ058132

## TRIBUNAL SUPREMO

*Sentencia 731/2013, de 7 de octubre de 2013 Sala de lo Penal*

*Rec. n.º 11142/2012*

### SUMARIO:

**Principio acusatorio: imposición de una pena superior a la solicitada por las acusaciones. Concepto de morada o domicilio. Ausencia de cédula de habitabilidad.** 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, siempre que la pena solicitada se corresponda con las previsiones legales al respecto, de modo que cuando la pena se omite o no alcanza el mínimo previsto en la ley, la sentencia debe imponer, en todo caso, la pena mínima establecida para el delito objeto de condena. Se viene así a permitir que el juzgador corrija al alza -si bien solo hasta el límite punitivo mínimo del tipo penal objeto de acusación y condena- la petición errónea de pena efectuada por las acusaciones -ya fuere por la solicitud de la pena en una extensión menor de la legal o inclusive por la omisión de petición de una de las procedentes. El concepto de domicilio morada a efectos penales identificado como un «espacio apto para desarrollar vida privada que entraña una estrecha vinculación con su ámbito de intimidad aunque la ocupación sea temporal o accidental y ha de entenderse de modo amplio y flexible. De ahí que la certificación administrativa acerca de la existencia o ausencia de cédula de habitabilidad no habría añadido nada a la efectiva existencia de un recinto en el que se desarrollaban las funciones propias de la vida personal y familiar.

### PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 62, 77.2, 163.1, 179 y 202.  
Constitución Española, arts. 10.1, 18.2 y 24.  
Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, art. 733.

### PONENTE:

*Don Manuel Marchena Gómez.*

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a siete de Octubre de dos mil trece.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el recurso de casación por infracción de Ley, quebrantamiento de forma y vulneración de precepto constitucional, interpuesto por la representación del acusado Ceferino , contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 21ª) de fecha 28 de junio de 2012 en causa seguida contra Ceferino , por un delito de allanamiento de morada; detención ilegal y allanamiento de morada con violencia en concurso medial con tentativa de violación, 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. Ha intervenido el Ministerio Fiscal, el recurrente representado por la procuradora doña Olga Martín Márquez. Siendo Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gomez.

## I. ANTECEDENTES

**Primero.**

El Juzgado de instrucción núm. 1 de Barcelona, instruyó sumario núm. 5/2010, contra Ceferino y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 21) rollo de Sala nº 14/2011-L que, con fecha 28 de junio de 2012, dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"Se declara probado que el día 31 de octubre de 2.010, sobre las 14:00 horas, Ceferino , mayor de edad del que no constan antecedentes penales, al parecer nacional de Gambia en situación irregular en España por no contar con permiso de residencia en el territorio nacional, al pasar por la CALLE000 de Barcelona -sita en una zona urbanizada pero boscosa- y ver que la puerta de la pequeña vivienda de su número NUM000 - NUM001 se hallaba abierta, entró en la misma y cuando se encontraba abriendo una cartera o monedero que encontró en la dependencia de entrada -que era también dormitorio-, fue sorprendido por la moradora de la vivienda Marta que en aquel momento llegó. Al verse sorprendido, Ceferino agarró por los hombros a Marta y la sentó sobre la cama, cerrado seguidamente la puerta con el pestillo de que ésta disponía, para impedir que aquélla saliera de la casa.

A pesar de la exigencia de Marta de que marchara de la casa, incluso indicándole que su pareja podría llegar y hacerle daño, Ceferino se negó a hacerlo manifestando que buscaba casa donde alojarse hasta que, transcurrido un tiempo no determinado pero comprendido entre diez y veinte minutos y que fue suficiente para que ella simulara darle conversación para ganar la confianza de Ceferino , en un momento de distracción de éste, logró abrir la puerta de la vivienda y salir huyendo en busca de ayuda de unos vecinos de la misma calle. Cuando, acompañada por un vecino, regresó a su domicilio, Ceferino seguía en él, sentado en la cama, y sólo ante la intervención de dicho vecino marchó de la casa.

Al día siguiente, 1 de noviembre de 2.010, sobre las 11:30 horas, cuando Marta se encontraba en su referido domicilio, echada sobre la cama leyendo, se dio cuenta de que Ceferino se encontraba en el exterior del mismo y pretendía entrar de nuevo en él, por lo que colocó el pestillo de la puerta para impedirlo, al tiempo que le decía que marchara y que no quería volver a verle. Tras intentar entrar en la casa por una ventana sin lograrlo, lo que provocó los gritos de Marta , Ceferino aparentó alejarse del lugar y dejó transcurrir un tiempo no determinado para regresar y, de improviso, cuando Marta se había acostado de nuevo, dar una fuerte patada a la puerta haciendo ceder el pestillo, y una vez en el interior de la vivienda, con intención de forzar a Marta a mantener una relación sexual con él, se abalanzó sobre ella haciéndole objeto de tocamientos por los pechos y en la zona genital, despojándola del pantalón de pijama y de las bragas que vestía y disponiéndose -quitándose el cinturón de su pantalón y bajando la cremallera del mismo- a penetrarla por vía vaginal, mientras la inmovilizaba con su cuerpo y con sus piernas.

Marta , que en todo momento, ofrecía resistencia a los propósitos de Ceferino , ante la mayor fuerza física de éste en un momento aparentó estar dispuesta a avenirse a su pretensión y al ceder momentáneamente su inmovilización cogió un aparato calefactor de aire que tenía junto a la cama y, con él, golpeó en la cabeza a Ceferino , lo que le permitió poder llegar a la cocina y coger un cuchillo que esgrimió, lo que hizo desistir a aquél que, precipitadamente, huyó del lugar dejando sobre la cama el referido cinturón y una gorra de color rojo.

Como consecuencia de tales hechos, Marta sufrió erosiones muy superficiales y paralelas en la cara antero- interna del antebrazo izquierdo, tres equimosis redondeadas de entre uno y dos centímetros de diámetro entre el tercio medio y el distal del muslo derecho, eritema y escoriación lineal oblicua en la cara anterior de la rodilla derecha y eritema en la cara anterior de la rodilla izquierda en la zona de inserción del tendón rotuliano; todo ello de pronóstico leve y que no consta precisara atención médica más allá de la primera asistencia".

## **Segundo.**

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLO: Condenamos a Ceferino , como responsable en concepto de autor de 1º) un delito de ALLANAMIENTO DE MORADA, 2º) un delito de DETENCIÓN ILEGAL y 3º) un delito de ALLANAMIENTO DE MORADA CON VIOLENCIA en concurso medial con TENTATIVA DE VIOLACIÓN, antes descritos, de los que fue acusado por el Ministerio Fiscal, sin que le afecte ninguna circunstancia modificativa de su responsabilidad , a las siguientes penas:

1º) SEIS MESES Y UN DÍA de prisión, con su accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo en cuanto le sea aplicable dada su condición de extranjero, y con las accesorias de prohibición de aproximarse a una distancia de menos de mil metros a Marta en cualquier lugar en que se encuentre, así como acercarse a su domicilio, lugares de trabajo o cualquier otro que sea frecuentado por ella, y prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio informático, telemático, escrito, verbal o visual, en ambos casos, por tiempo de UN AÑO SEIS MESES Y UN DIA, y serán de cumplimiento simultáneo con la pena de prisión que se impone; por el primer delito.

2º) CUATRO AÑOS Y UN DÍA de prisión, con iguales accesorias que en la anterior, siendo las

expresadas prohibiciones de CINCO AÑOS Y UN DÍA de duración, con igual prevención en cuanto a su cumplimiento; por el delito de detención ilegal.

3º) CINCO AÑOS DE PRISIÓN con las mismas accesorias, siendo las expresadas prohibiciones de duración de DIEZ AÑOS en las mismas condiciones antes expuestas, por el delito de allanamiento de morada en concurso con el delito de violación en grado de tentativa.

En concepto de responsabilidad civil derivada de los expresados delitos, asimismo le condenamos a indemnizar a Marta en la cantidad de SEIS MIL EUROS (6.000 €).

Asimismo, condenamos al acusado al pago de las costas procesales.

Para el cumplimiento de las penas privativas de libertad impuestas, será de abono al condenado el tiempo que haya estado privado provisionalmente de libertad por razón de esta causa, si no le fue abonado en otra.

ABSOLVEMOS a Ceferino de la falta de HURTO en grado de tentativa de que fue también acusado por el Ministerio Fiscal, y declaramos de oficio las costas proporcionalmente correspondientes."

### **Tercero.**

Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de Ley y de precepto constitucional, por la representación legal del procesado Ceferino que se tuvo anunciado; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente Rollo y formalizándose el recurso.

### **Cuarto.**

El recurso de casación formulado por la representación legal del procesado Ceferino , se basó en los siguientes motivos de casación :

1º.- Por violación de precepto constitucional, ya que quebrantó el derecho fundamental a la presunción de inocencia del art. 24 de la CE , amparado por el art. 5.4 de la LOPJ y 849.1 de la LECrim .

2º.- Por violación de precepto constitucional ya que se quebrantó el derecho fundamental a la presunción de inocencia del art. 24 de la CE , amparado en el art. 5.4 de la LOPJ y art. 849.1 de la LECrim .

3º.- Por violación de precepto constitucional ya que se quebrantó el derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa del art. 24 de la CE , amparado por el art. 5.4 de la LOPJ y 849.1 de la LECrim .

4º.- Por violación de precepto constitucional, ya que se quebrantó el derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa del art. 24 de la CE , amparado por el art. 5.4 de la LOPJ y art. 849.1 de la LECrim .

5º.- Violación del art. 24 de la CE ya que hay incongruencia entre la petición del Ministerio Fiscal y la sentencia recurrida al imponer esta pena superior a la solicitada por aquel, se halla amparado por el art. 5.4 de la LOPJ y art. 850.1 de la LECrim .

6º.- Por violación de precepto constitucional, consistente en el quebranto del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la CE en relación al art. 77 del C. penal .

### **Quinto.**

Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto interesó la decisión del mismo sin celebración de vista e impugnó todos los motivos del mismo excepto el quinto, que apoyó, por las razones expuestas en su informe; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo, cuando por turno correspondiera.

### **Sexto.**

Hecho el señalamiento para el Fallo, se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 2 de octubre de 2013.

## **II. FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **Primero.**

La sentencia de fecha 28 de junio de 2012, dictada por la Sección Vigésimoprimera de la Audiencia

Provincial de Barcelona , condenó al acusado Ceferino como autor de un delito de allanamiento de morada, otro delito de la misma naturaleza como medio para cometer una tentativa de agresión sexual y un delito de detención ilegal. Le fueron impuestas las penas principales y accesorias que constan en los antecedentes fácticos de esta resolución.

Se interpone recurso de casación y se formalizan seis motivos, que van a ser objeto de consideración individualizada

### **Segundo.**

El primero de ellos, con cita del art. 5.4 de la LOPJ , denuncia infracción de precepto constitucional, vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24 de la CE .

Estima el recurrente que el relato de hechos probados que proclama la sentencia cuestionada no se corresponde con el resultado de las pruebas practicadas en el acto del juicio oral. Así, en relación con la secuencia del factum en la que se afirma que Ceferino " cerró seguidamente la puerta con el pestillo de que ésta disponía para impedir que aquélla saliera ", esa finalidad no habría quedado suficientemente acreditada, pues lo más probable es que el acusado quisiera evitar que terceros se adentraran en la vivienda, interrumpiendo la charla iniciada por ambos. También discrepa la defensa de la afirmación que contiene el juicio histórico, relativa a que Marta expresara de forma categórica su voluntad de que el acusado marchara del lugar. De hecho, se limitó a advertirle que si regresaba su novio le iba a pegar.

El motivo es inviable

La alegación casacional de la vulneración del derecho a la presunción de inocencia está sujeta a unas reglas que condicionan su atendibilidad. La reciente STC 88/2013, 11 de abril, sirve de vehículo al Tribunal Constitucional para reiterar, en relación con el derecho a la presunción de inocencia, que se configura como el derecho a no ser condenado sin prueba de cargo válida, lo que determina que sólo quepa considerar vulnerado este derecho cuando los órganos judiciales hayan sustentado la condena valorando una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado (por todas, STC 16/2012, de 13 de febrero , FJ 3). Igualmente también se ha puesto de manifiesto que el control que le corresponde realizar a este Tribunal sobre la eventual vulneración de este derecho se extiende a verificar si se ha dejado de someter a valoración la versión o la prueba de descargo aportada, exigiéndose ponderar los distintos elementos probatorios (así, STC 104/2011, de 20 de junio , FJ 2).

En el presente caso, nada de lo que recoge el factum puede estimarse ayuno de respaldo probatorio. Y nada es objeto de una valoración extravagante o ajena a las reglas de la lógica y máximas de experiencia. La licitud de la prueba no ha sido puesta en cuestión mediante una argumentación sostenible, de ahí que existen razones más que fundadas para concluir que el juicio de autoría ha sido proclamado con respeto al contenido material del derecho a la presunción de inocencia.

En efecto, cuando el Tribunal a quo da por probado que Ceferino se mantuvo en el domicilio de la víctima contra la voluntad de ésta o que el encausado cerró el pestillo de la puerta con la exclusiva finalidad de impedir que Marta pudiera salir del inmueble, no está haciendo una afirmación gratuita. Se trata de un fragmento de los hechos probados que encuentra su apoyo en el testimonio de la denunciante, cuya credibilidad no cuestionan los Jueces de instancia. Para destacar el significado incriminatorio de la declaración de la víctima, debería ser suficiente la cita de la reiterada jurisprudencia constitucional y de esta Sala que, de manera uniforme, viene recordando (cfr. STC 9/2011, 28 de febrero ) que el testimonio de las víctimas, practicado con las debidas garantías, tiene consideración de prueba testifical y, como tal, puede constituir prueba de cargo suficiente en la que puede basarse la convicción del juez para la determinación de los hechos del caso (entre otras, SSTC 201/1989, de 30 de noviembre, FJ 4 ; 173/1990, de 12 de noviembre, FJ 3 ; 229/1991, de 28 de noviembre, FJ 4 ; 64/1994, de 28 de febrero , FJ 5)" ( STC 195/2002, de 28 de octubre , FJ 4).

Pero es que en el caso sometido a nuestra consideración la imputación de los hechos se nutre de otros elementos corroboradores que la misma Audiencia Provincial remarca en el FJ 3 de la sentencia recurrida. La ausencia de toda relación anterior entre Marta y Ceferino refuerza la credibilidad del testimonio de la víctima y excluye cualquier ánimo de venganza o resentimiento personal. La declaración del vecino Nazario , a quien Marta acudió tras aprovechar un momento de descuido del intruso y las propias declaraciones sumariales del acusado -prestadas con asistencia letrada e inhábiles para neutralizar la versión de la víctima-, son elementos ponderados en la instancia y que descartan la vulneración constitucional que pretende hacerse valer en el motivo.

Se impone, por tanto, su desestimación por ausencia de fundamento ( art. 885.1 y 2 LECrim ).

### **Tercero.**

El segundo de los motivos, con la misma cobertura que el precedente, reitera la infracción del

derecho a la presunción de inocencia, ahora respecto de los hechos acaecidos el día 1 de noviembre de 2010. Alega el recurrente que existen fragmentos del hecho probado que no tienen más apoyo que la declaración de la víctima que, además, ha sido interpretada en contra de lo que aquélla afirmó en el plenario. Se trata del pasaje en el que se sostiene que, una vez en el interior de la vivienda, el acusado "... con intención de forzar a Marta a mantener una relación sexual con él se abalanzó sobre ella haciéndole objeto de tocamientos por los pechos y en la zona genital, despojándola del pijama y de las bragas que vestía y disponiéndose (...) quitándose el cinturón de su pantalón y bajando la cremallera del mismo a penetrarla por vía vaginal, mientras la inmovilizaba con su cuerpo y sus piernas".

La misma doctrina constitucional expuesta en el fundamento jurídico precedente para descartar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, tiene ahora aplicación para apoyar el efecto desestimatorio. El reproche que la defensa formula a la sentencia que condena a Ceferino, basado en que Marta no llegó a esclarecer si sus bragas fueron bajadas por el acusado o por ella misma, carece de entidad como razonamiento de descargo, pues el hecho de despojarse voluntariamente de la ropa - si así hubiera sido acreditado- no altera el significado penal de los hechos, cuando ese gesto se realiza bajo el efecto intimidatorio que sigue al ejercicio de la violencia física ejercida sobre la víctima. Lo mismo puede decirse respecto del argumento referido al momento en el que el acusado se despojó del cinturón o se bajó la cremallera.

Como recuerda el Fiscal en su informe, el médico forense ratificó en el plenario el dictamen acerca de las lesiones padecidas por Marta. Señaló que esas heridas eran perfectamente compatibles con su relato y con la cronología de los hechos y el policía autonómico que intervino en la práctica de las diligencias aseveró que la puerta metálica estaba abierta, tenía un golpe y pudo observar la existencia de un pasador desenganchado de la pared. A todo ello habría que añadir la aparición de muestras genéticas en la vivienda del acusado, como pudo precisar el perito que depuso en el plenario. El relato de hechos probados, por tanto, es el resultado de la valoración probatoria de medios de prueba lícitos, de inequívoco signo incriminatorio y valorados racionalmente. La Audiencia Provincial contó con prueba de cargo de la entidad necesaria para respaldar el juicio de autoría más allá de toda duda razonable. Procede por ello la desestimación del motivo por su falta de fundamento ( art. 885.1 LECrim ).

#### **Cuarto.**

El tercero de los motivos, al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 850.1 de la LECrim, denuncia denegación del derecho fundamental a la práctica de las pruebas pertinentes para la defensa.

El quebranto de ese derecho se habría producido -arguye la defensa- ante la negativa de la Audiencia de incorporar a la causa como prueba documental la cédula de habitabilidad de la parcela de la CALLE000 núm. NUM000 - NUM001 de Barcelona. Con ello se habría impedido conocer si existía o no una verdadera vivienda susceptible de ser allanada. De hecho, se aportó como prueba un plano referido a una consulta electrónica efectuada en el Catastro respecto de la indicada parcela.

No tiene razón el recurrente.

El concepto de morada a efectos penales no se identifica con la noción administrativa de vivienda. La idea de que sólo aquellos inmuebles debidamente regularizados a efectos fiscales son susceptibles de protección penal carece de toda justificación. El contenido material del derecho a la inviolabilidad del domicilio ( art. 18.2 CE ) no puede obtenerse a partir de una concepción topográfica del espacio en el que se desarrollan las funciones vitales. Como ya hemos recordado en otras ocasiones, ( STS 530/2009, 13 de mayo y 727/2003, 16 de mayo ) el Tribunal Constitucional, ha identificado el domicilio con un «espacio apto para desarrollar vida privada» ( STC 94/1999, 31 de mayo, F. 4 ), un espacio que «entraña una estrecha vinculación con su ámbito de intimidad», «el reducto último de su intimidad personal y familiar» ( STC 22/1984, STC 60/1991 y 50/1995, STC 69/1999, 26 de abril y STC núm. 283/2000, 27 de noviembre ). Esta Sala, entre otras en la STS 1108/1999, 6 de septiembre, ha afirmado que «el domicilio es el lugar cerrado, legítimamente ocupado, en el que transcurre la vida privada, individual o familiar, aunque la ocupación sea temporal o accidental» ( SSTS 24-10-1992, 19-7-1993 y 11-7-1996 ). Se resalta de esta forma la vinculación del concepto de domicilio con la protección de esferas de privacidad del individuo, lo que conduce a ampliar el concepto jurídico civil o administrativo de la morada para construir el de domicilio desde la óptica constitucional, como instrumento de protección de la privacidad.

Encontrarán la protección dispensada al domicilio aquellos lugares en los que, permanente o transitoriamente, desarrolle el individuo esferas de su privacidad, alejadas de la intromisión de terceros no autorizados. En la STS 436/2001, 19 de marzo, hemos afirmado que «el concepto subyacente en el artículo 18.2 de la CE ha de entenderse de modo amplio y flexible ya que trata de defender los ámbitos en los que se desarrolla la vida privada de las personas, debiendo interpretarse a la luz de los principios que tienden a extender al máximo la protección a la dignidad y a la intimidad de la persona, al desarrollo de su privacidad a través de la cual proyecta su "yo anímico" en múltiples direcciones (cfr. Sentencias del TS de 19 enero, 4 de abril 1995 y 30 abril 1996 ). Como también se ha dicho en la Sentencia de esta Sala, de 7 de noviembre de 1997, el derecho fundamental a la intimidad personal ( art. 18.1 CE ) se concreta en la posibilidad de

cada ciudadano de erigir ámbitos privados, es decir, que excluyen la observación de los demás y de las autoridades del Estado. Tal derecho se deriva directamente del derecho al libre desarrollo de la personalidad ( art. 10.1 CE ). Consecuentemente, la protección del domicilio no es sino un aspecto de la protección de la intimidad que sirve al libre desarrollo de la personalidad.

Por tanto, el cumplimiento de determinados requisitos administrativos, a efectos registrales, no añade un signo distintivo sin cuya concurrencia deba quedar en suspenso la protección constitucional del círculo de privacidad que cada ciudadano dibuja como frontera de exclusión frente a los poderes públicos y a terceros. Como se desprende del factum, el inmueble en el que se introdujo el acusado era una "... pequeña vivienda", en la que existía un dormitorio, con una cama y una puerta cerrada para excluir cualquier injerencia no consentida. El bien jurídico protegido no queda subordinado al tamaño de la vivienda ni a su regularidad administrativa. De ahí que la certificación administrativa acerca de la existencia o ausencia de cédula de habitabilidad no habría añadido nada a la efectiva existencia de un recinto en el que se desarrollaban las funciones propias de la vida personal y familiar de Miren.

No se vulneró el derecho a la prueba y el motivo ha de ser desestimado ( art. 885.1 LECrim ).

#### **Quinto.**

El motivo cuarto, por la misma vía casacional que el precedente, señala como vulneración del derecho a la prueba el hecho de la no incorporación a la causa de las pruebas radiológicas que le fueron efectuadas en el año 2009, con el fin de acreditar la edad de Ceferino .

El motivo no es viable.

La defensa no promovió debate sobre este punto en el turno de intervenciones a que se refiere el art. 786.2 de la LECrim y aceptó sin protesta alguna el resultado de los documentos que fueron incorporados a la causa sobre este extremo. El desarrollo del motivo sitúa la vulneración de su derecho constitucional a la prueba, no tanto en el hecho de que no se practicaran pruebas radiológicas al acusado -que se practicaron-, sino que su resultado no se integrara en la documentación de la causa.

Ninguna duda existía sobre la edad del recurrente y, por tanto, su sujeción a la jurisdicción de mayores. Como destaca el Fiscal, al folio 17 del sumario se hace constar que, según comunica la DGAIA, el acusado Ceferino es mayor de edad, de conformidad con la prueba radiológica que se le ha practicado. Consultadas las bases de datos de la policía autonómica, el acusado aparece como nacido el día NUM002 de 1990 en Gambia, hijo de Alou y de Amae, con domicilio en la CALLE001 núm. NUM003 de Barcelona (folio 17). El Ministerio del Interior, extiende certificado -folio 62- en el que se hace constar como fecha de nacimiento del acusado la del NUM002 de 1990. Y de los documentos obrantes a los folios 128 y ss del rollo de la Sala -informe de 16 de abril de 2012 del Servicio de Atención a la Infancia y Adolescencia de Barcelona, junto con los anexos correspondientes-, se desprende que, después de efectuadas las oportunas comprobaciones médicas, el acusado es mayor de edad.

La ausencia de toda duda acerca de la edad del acusado en el momento en el que sucedieron los hechos, excluye la vulneración constitucional que se dice cometida y conduce, de forma necesaria, a la desestimación del motivo ( art. 885.1 LECrim ).

#### **Sexto.**

El motivo quinto denuncia la quiebra del principio acusatorio, en la medida en que la sentencia recurrida ha impuesto mayor pena -4 años y 1 día de prisión por el delito de detención ilegal- que la solicitada por el Fiscal -4 años de prisión por dicho delito-.

El motivo, que cuenta con el apoyo del Fiscal, ha de ser estimado.

En las SSTS 1263/2009, 4 de diciembre y 504/2007, 28 de mayo , ya abordábamos el problema suscitado. Decíamos entonces que la imposición por el órgano decisorio de una pena superior a la solicitada por las acusaciones, encontraba su apoyo en la jurisprudencia de la Sala Segunda que, con criterio calificable como mayoritario, había declarado que el Tribunal puede imponer la pena asignada al delito imputado en extensión distinta a la solicitada por la acusación, ya que tal materia está reservada por la Ley a la discrecional facultad de la Sala sentenciadora (SSTS 21 octubre 1988 , 12 junio 1989 , 11 junio 1994, 661/1995 , 22 de mayo, 951/1995 , 2 de octubre y 625/1999 , 21 de abril). En palabras de la STS 31 enero 2000 (651/1999 ) , " los Tribunales no tienen obligación de atenerse «cuantitativamente» a la pena pedida por la acusación, debiendo únicamente someterse a la naturaleza de la pena desde el punto de vista «cualitativo», pues en este orden de cosas hay que entender, en primer lugar, que el principio acusatorio no se conculca en caso de disfunción entre la simple «cuantía» de la pena propuesta y la después aplicada, pues con ese acuerdo decisorio no cabe hablar de que se haya producido indefensión al acusado, en cuanto que «el delito enjuiciado y los hechos en que se fundamenta no sufren variación alguna respecto a los acogidos por la acusación»; y, en segundo lugar, y redundando sobre lo mismo, también se ha dicho que los Tribunales no deben quedar encorsetados por el «quantum» de la pena solicitada, «pues ello implicará hacer defección o abandono de su propia competencia juzgadora, con sometimiento automático a

lo pedido por una de las partes» (en el mismo sentido, STS 3 enero 2000, 1881/1999 y 1246/2005, 7 de diciembre).

En la jurisprudencia constitucional tampoco habían faltado pronunciamientos que excluían del contenido del principio acusatorio la fijación del quantum de la pena. Tal principio -razona el Tribunal Constitucional- no exige la vinculación estricta del juzgador a las calificaciones jurídicas y al petitum de las partes, sino sólo que el hecho objeto del juicio del fallo sea aquél sobre el que se haya sostenido la acusación, puesto que el objeto del proceso no es un crimen sino un factum, que debe entenderse respetado cuando el órgano judicial se atiene al hecho punible objeto de la acusación, sin incurrir en incongruencia procesal, aunque imponga una pena cuantitativamente superior a la pedida por el Fiscal ( ATC 377/1987 y STC 43/1997, 10 de marzo ). La STC 163/2004, 4 de octubre , denegó el amparo ante la imposición de una pena de multa no contemplada, por error, en la acusación, mientras que la STC 59/2000, 2 de marzo , condicionó la posibilidad de imponer pena superior a la solicitada por el Ministerio Fiscal al hecho de que el Tribunal motivara de forma detallada las razones que justifican la imposición de la pena concreta.

También es cierto que no faltaban pronunciamientos en la jurisprudencia constitucional que razonaban en sentido distintos. Así, la STC 347/2006, 11 de diciembre -con invocación de la doctrina jurisprudencial que se desprende de la STC 228/2002, 9 de diciembre -, ya había incluido la vinculación al quantum de la pena entre las exigencias del principio acusatorio: "...hemos afirmado -razona el Tribunal Constitucional- que el Juez puede condenar por un delito distinto que el sostenido por la acusación o acusaciones siempre y cuando se trate de un delito homogéneo con el que fue objeto de acusación y siempre y cuando no implique una pena de superior gravedad. Pero, en todo caso, como límite infranqueable en el momento de dictar Sentencia, al Juez le está vedado calificar los hechos de manera que integren un delito penado más gravemente si este agravamiento no fue sostenido en juicio por la acusación, ni imponer una pena mayor que la que corresponda a la pretensión acusatoria fijada en las conclusiones definitivas, dado que se trata de una pretensión de la que no pudo defenderse el acusado".

Sea como fuere, en el Pleno no Jurisdiccional para la unificación de criterios, celebrado el día 20 de diciembre de 2006, se sometió a debate mantener o modificar esta línea jurisprudencial, obteniendo el respaldo mayoritario de la Sala un Acuerdo del siguiente tenor literal: " 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 ".

Tal criterio ha sido ya aplicado por esta misma Sala en numerosas resoluciones. La STS 393/2007, 27 de abril , se refiere de modo expreso al ya mencionado acuerdo del Pleno, fechado el día 20 de diciembre de 2006, justificando el cambio de doctrina en la necesidad de un entendimiento más estricto de las exigencias inherentes al principio acusatorio. Con cita de la STS 1319/2006, de 12 de enero de 2007 , se recuerda que, respecto a la posibilidad de imponer pena superior a la más grave de las solicitadas por las acusaciones, la razón que justifica un cambio en el punto de vista seguido hasta ahora y que produzca la vinculación del juzgador a la pena en concreto solicitada, como ámbito delimitador de las facultades del Tribunal sentenciador, deriva de la esencia misma del principio acusatorio, y en suma, de la estructura del proceso penal, denominado acusatorio, en donde quedan perfectamente escindidas las funciones de acusar y de juzgar, de modo que no puede nunca un mismo órgano arrogarse ambas, bajo pretexto alguno. Del mismo modo que el Tribunal sentenciador no puede condenar por un delito que no haya sido imputado por la acusación, tampoco puede imponer una pena que no le haya sido solicitada por acusación alguna, pues ambos mecanismos se basan en el respeto al principio acusatorio, y sus correlativas derivaciones de congruencia y defensa.

Como tiene señalado el Tribunal Constitucional en reiterada doctrina -sigue razonando la STS 1319/2006 -, entre las exigencias derivadas de tal principio acusatorio, «se encuentra la de que nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le ha acusado y de la que, por lo tanto, haya podido defenderse, habiendo precisado a este respecto que por "cosa" no puede entenderse únicamente un concreto devenir de acontecimientos, un factum, sino también la perspectiva jurídica que delimita de un cierto modo ese devenir y selecciona algunos de sus rasgos, pues el debate contradictorio recae no sólo sobre los hechos, sino también sobre su calificación jurídica" ( SSTC 12/1981, de 10 de abril , 95/1995, de 19 de junio , 225/1997, de 15 de diciembre , 4/2002, de 14 de enero, F. 3 ; 228/2002, de 9 de diciembre, F. 5 ; 35/2004, de 8 de marzo, F. 2 ; y 120/2005, de 10 de mayo , F. 5). La íntima relación existente entre el principio acusatorio y el derecho a la defensa ha sido asimismo señalada por tal Tribunal al insistir en que del citado principio se desprende la exigencia de que el imputado tenga posibilidad de rechazar la acusación que contra él ha sido formulada tras la celebración del necesario debate contradictorio en el que haya tenido oportunidad de conocer y rebatir los argumentos de la otra parte y presentar ante el Juez los propios, tanto los de carácter fáctico como los de naturaleza jurídica ( SSTC 53/1987, de 7 de mayo, F. 2 ; 4/2002, de 14 de enero , F. 3). De manera que «nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él una acusación de la que haya tenido oportunidad de defenderse en forma contradictoria, estando, por ello, obligado el Juez o Tribunal a pronunciarse dentro de los términos del debate, tal y como han sido formulados por la acusación y la defensa, lo cual, a su vez, significa que en última instancia ha de existir

siempre correlación entre la acusación y el fallo de la Sentencia» ( SSTC 11/1992, de 27 de enero, F. 3 ; 95/1995, de 19 de junio, F. 2 ; 36/1996, de 11 de marzo, F. 4 ; 4/2002, de 14 de enero , F. 3).

Dicho principio acusatorio deriva del derecho fundamental al proceso debido (proceso con todas las garantías: art. 24.2 de nuestra Carta Magna ), y es manifestación, como decimos, del principio de congruencia y defensa. De modo que este principio ha de quedar restringido no solamente al *factum* sino a la misma calificación jurídica, y dentro de ésta, tanto al título de imputación (delito), como a la propia petición punitiva contenida en la más grave de las acusaciones. Cierto es que, con respecto a la calificación, han de tenerse en cuenta los conceptos de identidad fáctica y de homogeneidad en la calificación jurídica, pero lo relevante ahora es la vinculación respecto a la pena en concreto solicitada, pues nuestra jurisprudencia anterior había sostenido que no se produce vulneración de tal principio cuando el Tribunal sentenciador se aparta de la concreta petición acusatoria y desborda su umbral, manteniéndose dentro de la banda prefijada por el legislador en el correspondiente tipo penal, si aquél motiva justificadamente tal elevación en consideraciones atinentes al caso enjuiciado, desenfocando en cierta manera el contenido del art. 851.4º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal . Como consecuencia de este reproche casacional,

Es, por otro lado, una consecuencia obligada de la misma aplicación del art. 789.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , en su redacción actual (idéntico al anterior art. 749.3), que para el ámbito del procedimiento abreviado, como es el caso, establece: "... la sentencia no podrá imponer pena más grave de la solicitada por las acusaciones ..." Obsérvese que la ley acentúa sobre la pena a imponer la cuantificación solicitada por las acusaciones, lo que, por otro lado, deja poco margen al intérprete, y responde además a la verdadera filosofía legal y estructural de todo el proceso penal, que se fundamenta en el principio acusatorio. Y no es posible argumentar que la motivación puede convalidar la vulneración de tal principio, cuando es el propio Tribunal, desbordando el umbral de lo pedido por las acusaciones, quien justifica la razón de tal comportamiento, pues entonces habrá quiebra del principio de defensa, ya que es obvio que las razones eventualmente aducidas por el juzgador no han sido evidentemente discutidas por las partes, ni pueden éstas por consiguiente tener oportunidad de refutarlas. En tal sentido, la oportunidad del debate contradictorio es la esencia del principio, ya que, como dice el Tribunal Constitucional: "lo que resulta esencial al principio acusatorio es que el acusado haya tenido oportunidad cierta de defenderse de una acusación en un debate contradictorio con la acusación" ( ad exemplum , STC 278/2000 de 27 de diciembre ). De modo que el marco penal que sirve de presupuesto al principio acusatorio no puede consistir solamente en la calificación delictiva, sino en la propia penalidad solicitada, que condiciona las expectativas del derecho de defensa, y los concretos mecanismos que lo relacionan (como la posibilidad de suspensión o sustitución de condena, entre otros). Por lo demás, esta conclusión interpretativa se aplicará a todos los procesos penales, cualquiera que sean las normas procesales que lo regulen, o su ámbito de aplicación, porque en todos ellos el fundamento es el mismo, sin que podamos decir que un procedimiento es más acusatorio que otro. Y, finalmente, siempre el Tribunal podrá plantear la tesis a que se refiere el art. 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , con la moderación que este Tribunal Supremo ha interpretado para su utilización, al efecto de corregir los manifiestos errores u omisiones en la estructuración de la pena solicitada por las acusaciones, dando oportunidad a todas las partes a un debate contradictorio.

Con idéntico criterio, las SSTS 159/2007, 21 de febrero , 424/2007, 18 de mayo y 20/2007, 22 de enero , han proclamado como principio general la vinculación del órgano jurisdiccional a la petición de pena formalizada por el Ministerio Público.

Pues bien, al primero de los acuerdos de Pleno no jurisdiccional antes mencionado, ha seguido el acuerdo de 27 de noviembre de 2007. En él hemos proclamado que " el anterior acuerdo de esta Sala, de fecha 20 de diciembre de 2006, debe ser entendido en el sentido de que el Tribunal no puede imponer pena superior a la más grave de la pedida por las acusaciones, siempre que la pena solicitada se corresponda con las previsiones legales al respecto, de modo que cuando la pena se omite o no alcanza el mínimo previsto en la ley, la sentencia debe imponer, en todo caso, la pena mínima establecida para el delito objeto de condena".

Se viene así a permitir que el juzgador corrija al alza -si bien sólo hasta el límite punitivo mínimo del tipo penal objeto de acusación y condena- la petición errónea de pena efectuada por las acusaciones -ya fuere por la solicitud de la pena en una extensión menor de la legal o inclusive por la omisión de petición de una de las procedentes.

Este acuerdo ha sido aplicado, entre otras, en las SSTS 11/2008, 11 de enero y 89/2008, 11 de febrero , ambas en supuestos de omisión por la acusación de la petición de la pena de multa aparejada al delito del art. 368, lo que se corrigió en sentencia.

El Tribunal Constitucional, en su reciente sentencia 155/2009, 25 de junio -resolución que inspira la posterior núm. 198/2009, 28 de septiembre-, ha considerado oportuno, una vez constatada algunas oscilaciones en su propia jurisprudencia, "... replantear la cuestión y avanzar un paso más en la protección de los derechos de defensa del imputado y en la preservación de la garantía de la imparcialidad judicial en el seno del proceso penal, en el sentido de estimar que, solicitada por las acusaciones la imposición de una pena dentro del marco legalmente previsto para el delito formalmente imputado, el órgano judicial, por exigencia de los referidos derechos y garantía constitucionales, en los que encuentra fundamento, entre

otros, el deber de congruencia entre acusación y fallo como manifestación del principio acusatorio, no puede imponer pena que exceda, por su gravedad, naturaleza o cuantía, de la pedida por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancia la causa, aunque la pena en cuestión no transgreda los márgenes de la legalmente prevista para el tipo penal que resulte de la calificación de los hechos formulada en la acusación y debatida en el proceso".

Añade el Pleno del Tribunal que "...esta doctrina constitucional, en los términos en los que ha quedado expuesta y perfilada, sobre el deber de correlación, como manifestación del principio acusatorio, entre la acusación y el fallo en el extremo concerniente a la pena a imponer, viene a coincidir sustancialmente, como el Ministerio Fiscal pone de manifiesto en sus alegaciones, con el criterio que al respecto mantiene actualmente la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo".

La sentencia recurrida condena a Ceferino como autor de un delito de detención ilegal del art. 163.1 del CP, castigado con la pena de 4 a 6 años de prisión, a 4 años y 1 día, sobrepasando el límite mínimo fijado por el Fiscal -4 años de prisión- en sus conclusiones definitivas. De ahí que proceda la estimación del motivo y consiguiente rebaja de ese exceso.

#### **Séptimo.**

En el sexto de los motivos, con cita del art. 24.1 de la CE, considera el recurrente que se ha menoscabado su derecho a la tutela judicial efectiva, ya que la motivación sobre la individualización de la pena impuesta es insuficiente y mínima. No es, además, aplicable al concurso entre los delitos de allanamiento de morada cualificado por la violencia o intimidación ( arts. 202.2) y la agresión sexual ( art. 179 CP ).

La Sala no puede acoger la queja del recurrente.

No es cierto que la Audiencia Provincial no haya motivado suficientemente la pena impuesta. En el párrafo 3º del FJ 11º, se dice expresamente: "... en cuanto al delito de allanamiento de morada del art. 202.2 en concurso medial con el de violación del art. 179, ambos del mismo Código, y por aplicación de su art. 77.2, la Sala también estima adecuada la pena solicitada por el Ministerio Fiscal, en atención al grado de la violencia desplegada en su comisión y a la peligrosidad del acusado manifestada en la perpetración de los delitos en breve espacio de tiempo".

Como apunta el Fiscal, por aplicación del art. 77.2 del CP, procede la imposición de la pena correspondiente al delito más grave en su mitad superior. La Audiencia ha rebajado sólo en un grado la tentativa de violación, decisión justificada por el intenso impulso criminal demostrado por el recurrente, que reiteradamente atacó a Marta, lo que sitúa el marco punitivo por el delito de agresión sexual en una franja entre 3 y 6 años de prisión ( art. 179, en relación con el art. 62 CP ). De ahí que resulte de mayor gravedad la pena asociada al delito contra la libertad sexual que la que es propia del allanamiento de morada violento, que fija la respuesta penal en 1 a 4 años de prisión y multa de 6 a 12 meses ( art. 202.2 CP ). Por tanto, la mitad superior de la pena correspondiente al delito más grave se mueve entre 4 años y 6 meses de prisión hasta los 6 años. La pena definitivamente impuesta ha sido fijada en 5 años de privación de libertad, desenlace proporcionado a la violencia desplegada por Ceferino con la finalidad de entrar en la vivienda de la perjudicada, así como al grado de sufrimiento infligido a ésta.

No se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho a una resolución de fondo debidamente motivada. Tampoco se han quebrantado los límites derivados del principio de proporcionalidad, de ahí que acordemos la desestimación del motivo ( art. 885.1 LECrim ).

#### **Octavo.**

Conforme al art. 901 de la LECrim, procede la declaración de oficio de las costas procesales.

### **III. FALLO**

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR al recurso de casación promovido por la representación legal de Ceferino contra la sentencia de fecha 28 de junio de 2012, dictada por la Sección Vigésimoprimer de la Audiencia Provincial de Barcelona, en causa seguida contra el mismo por los delitos de allanamiento de morada, detención ilegal y tentativa de agresión sexual, casando y anulando dicha resolución y procediendo a dictar segunda sentencia, con declaración de oficio de las costas procesales.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Joaquin Gimenez Garcia D. Andres Martinez Arrieta D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre D. Luciano Varela Castro D. Manuel Marchena Gomez

#### **SEGUNDA SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a siete de Octubre de dos mil trece.

Por la Sección Vigésimoprimera de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el procedimiento ordinario núm. 5/2010, tramitado por el Juzgado de instrucción núm. 1 de Barcelona, se dictó sentencia de fecha 28 de junio de 2012 , que ha sido casada y anulada por sentencia pronunciada 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. Manuel Marchena Gomez, se hace constar lo siguiente:

## **I. ANTECEDENTES**

### **Único.**

Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia recurrida.

## **II. FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **Único.**

Por las razones expuestas en el FJ 6º de nuestra sentencia precedente, resulta obligada la estimación del quinto de los motivos entablados, por infracción del principio acusatorio ( art. 24.2 CE ), rebajando la pena impuesta por el delito de detención ilegal del art. 361 del CP dentro del marco solicitado por el Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas.

## **III. FALLO**

Se deja sin efecto la pena de prisión de 4 años y 1 día, impuesta a Ceferino como autor de un delito de detención ilegal y se condena a éste, como autor del mismo delito ya definido, a la pena de 4 años de prisión. Se mantiene el resto de los pronunciamientos de la sentencia dictada en la instancia -con especial referencia a las penas accesorias y a las prohibiciones de aproximación y comunicación- en lo que no se oponga a la presente.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Joaquin Gimenez Garcia D. Andres Martinez Arrieta D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre D. Luciano Varela Castro D. Manuel Marchena Gomez

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