



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 26/2016, de 28 de enero de 2016

Sala de lo Penal

Rec. n.º 351/2015

SUMARIO:

Procedimiento penal. Prueba. Principio acusatorio. Iniciativa probatoria de oficio al amparo del 729.2.º LECrim. Detención ilegal. Funcionalidad del 729.2.º para práctica de prueba extemporáneamente propuesta por las partes, cuando su necesidad surge del curso de los debates. La excepcional facultad judicial de proponer la práctica de pruebas, prevista legalmente en el art. 729.2 LECrim., no puede considerarse per se lesiva de los derechos constitucionales, pues esta disposición sirve al designio de comprobar la certeza de elementos de hecho que permitan al juzgador llegar a formar, con las debidas garantías, el criterio preciso para dictar Sentencia; pero no puede ser interpretado el art. 729.2 de forma que autorice una toma de posición del Tribunal que pudiera suponer el abandono de su imprescindible imparcialidad para subsanar la inacción o los posibles errores de las partes, especialmente de la acusación. No quiebra principio de imparcialidad la práctica de prueba acordada por el Tribunal, en base al art. 729.2, en cuanto dicha vía fue solicitada por el Ministerio Fiscal o asumida por alguna de las partes.

PRECEPTOS:

Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, arts. 315, 641, 728, 729.2, 733, 741, 758 y 903.

Ley Orgánica 6/1985 (LOPJ), art. 238.3.

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 163 y 165.

Constitución Española, arts. 24 y 117.3.

PONENTE:

Don Andrés Palomo del Arco.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA

Sentencia N.º: 26/2016

RECURSO CASACION N.º : 351/2015

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria Parcial

Fecha Sentencia : 28/01/2016



www.civil-mercantil.com

Ponente Excmo. Sr. D. : Andrés Palomo Del Arco

Secretaría de Sala : Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

Escrito por : MPS

Detención ilegal con víctima menor de edad.

- Iniciativa probatoria de oficio al amparo del 729.2º LECr.

- Funcionalidad del 729.2º para práctica de prueba extemporáneamente propuesta por las partes, cuando su necesidad surge del curso de los debates.

Nº: 351 / 2015

Ponente Excmo. Sr. D.: Andrés Palomo Del Arco

Fallo: 20/01/2016

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA Nº: 26 / 2016

Excmos. Sres.:

D. José Ramón Soriano Soriano
D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca
D. Francisco Monterde Ferrer
D. Andrés Palomo Del Arco
D. Carlos Granados Pérez

EN NOMBRE DEL REY

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiocho de Enero de dos mil dieciséis.

En el recurso de casación por infracción de preceptos constitucionales e infracción de Ley interpuesto por las representaciones procesales de los condenados Amadeo , Cesar Y Fabio contra Sentencia de fecha treinta y uno de julio de dos mil catorce, dictada por la Sección



www.civil-mercantil.com

Séptima de la Audiencia Provincial de Alicante, en causa seguida contra los mismos por delito de detención ilegal de menor, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan, se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco, siendo también parte el Ministerio Fiscal, estando el recurrente Amadeo representado por la Procuradora Sra. Moncayola Martín; y los recurrentes Cesar y Fabio representados ambos por el Procurador Sr. Pérez García.

I. ANTECEDENTES

Primero.

El Juzgado de Instrucción núm. 5 de Torrevieja (Alicante) tramitó Procedimiento Abreviado núm. 110/2012, contra Amadeo , Cesar , Fabio y otros no recurrentes por delito de detención ilegal de menor de edad y una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Alicante cuya Sección Séptima (Rollo de P.A. núm. 53/2013) dictó Sentencia en fecha 31 de julio de 2014 que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"CUARTO.- Como HECHOS PROBADOS en la presente causa se declaran los siguientes: A finales del mes de julio de año 2011, los acusados Amadeo , mayor de edad y sin antecedentepenales y Fabio mayor de edad sin antecedentes penales, hallándose en el domicilio de éste último sito en la CALLE000 n° NUM000 de la localidad de Torrevieja y en presencia de María Dolores , cuya participación en la decisión no está acreditada, debido a que el acusado Amadeo había mantenido una relación sentimental con la menor de edad Hortensia a consecuencia de la cuál se quedó embarazada, hechos que son objeto de instrucción por parte del Juzgado de Instrucción n° 4 del Puerto de Santa María en las Diligencias Previas n° 990/11, y habiéndose reunido los acusados en dicho domicilio, urdieron un plan de acuerdo con el cual el acusado Fabio trasladaría a la menor Hortensia en su vehículo particular marca Opel modelo Astra desde el domicilio de la misma sito en la URBANIZACIÓN000 de la localidad de El Puerto de Santa María donde la recogería, hasta su domicilio sito en la CALLE000 n° NUM001 de la localidad de Torrevieja (Alicante) en la cuál mantendrían oculta a la misma durante su gestación.

De esta forma, y siendo el día 31 de julio de 2011 sobre las 00:30 horas y hallándose los acusados Amadeo , Fabio , en el domicilio de Amadeo sito en la CALLE001 de la localidad de El Puerto de Santa María, y actuando de común acuerdo con el plan urdido, y hallándose en compañía de Leandro , mayor de edad y sin antecedentes penales y de Zaira , mayor de edad y son antecedentes penales, no habiendo quedado acreditado que estos últimos conociesen el plan urdido y el posterior destino de la menor y tras haber avisado por teléfono a Amadeo que se encontraba sola, acudió el mismo a su domicilio sito en la URBANIZACIÓN000 para recoger sus maletas y enseres personales. Posteriormente y siendo las 1:30 horas acudió en su vehículo particular Fabio a recoger a la menor en su domicilio, trasladándose ambos hasta la vivienda de Fabio sita en la localidad de Torrevieja.

Asimismo, y habiendo transcurrido una semana en dicha vivienda, y a consecuencia de las investigaciones que iba elaborando el Cuerpo de la Policía Nacional para la localización de la menor, los acusados decidieron trasladar a Hortensia de vivienda, siendo trasladada al piso sito en la CALLE000 propiedad de Cesar , mayor de edad sin antecedentes penales y en situación irregular en España, y donde la menor fue encerrada bajo llave con el conocimiento y consentimiento de Cesar quien en compañía de Emilia , mayor de edad sin antecedentes



www.civil-mercantil.com

penales y en situación irregular en España, acudiendo diariamente a la vivienda para alimentarle, y prestando el primero su vivienda, ayudaron a Amadeo y Fabio en su propósito de retener a Hortensia .

A su vez, y siendo el viernes 19 de agosto de 2011, los acusados actuando de común acuerdo y de conformidad con el plan elaborado, volvieron a trasladar a la menor al domicilio propiedad de Fabio , manteniendo a la misma en dicho domicilio hasta el día 21 de agosto de 2011 en que los acusados, para evitar que la misma fuera hallada en dicho domicilio por agentes del Cuerpo de la Policía Nacional que continuaban con la averiguación del paradero de la menor, la trasladaron al domicilio sito en la CALLE002 n° NUM002 de la localidad de Orihuela Costa, siendo la menor encerrada en dicho domicilio, hallándose la misma sola, sin luz y viéndose obligada a dormir en el suelo de dicha vivienda, Urbanización en construcción casi deshabitada.

Los acusados y actuando todos ellos de acuerdo con el plan que habían elaborado, y con la intención de ocultar el estado de gestación de la misma durante su cautiverio encargaron a Emilia que adquiriera comprimidos abortivos, adquiriéndolos la misma el lunes de agosto de 2011 y entregándoselos a la menor, no llegando Hortensia a consumir los mismos por temor a los efectos perjudiciales para su salud. Fabio la trasladó a esa vivienda con Emilia , bungalow buscado en alquiler por el acusado Amadeo , donde aquella le suministraba la comida.

La menor fue liberada finalmente en la madrugada del día 25 de agosto de 2011 sobre las 02:00 por efectivos del cuerpo de Policía Nacional y del cuerpo de Bomberos de Torrevieja como consecuencia de las averiguaciones practicadas hallándose la misma sola en dicho domicilio, cerrada bajo llave, sin medio de comunicación y sin posibilidad razonable de pedir socorro, siendo rescata a través de una ventana de la planta superior del bungalow por los bomberos y policía.

El acusado Juan Ramón tuvo conocimiento de que la menor estaba en poder de los acusados, en particular del acusado Amadeo , así como de su embarazo. Recepcionó una carta escrita por la menor, dirigida a la Psicóloga de la menor del Puerto de Santa María entregando la misma en el Puerto de Santa María, desconociendo su contenido.

De igual modo guardó a petición del acusado Amadeo , en su domicilio un ordenador y un disco duro, que podía contener datos importantes sobre comunicaciones de la menor con el acusado Amadeo , desconociéndolo.

La menor presenta en parte a consecuencia de estos hechos un trastorno por estrés postraumático crónico agudo.

El encierro en definitiva duró 25 días".

Segundo.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLAMOS: Que debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a los acusados en esta causa María Dolores , y Juan Ramón , de los delitos de que eran acusados, con declaración de la mitad de las costas de oficio.

Y Que debemos CONDENAR y CONDENAMOS a los acusados en esta causa, Amadeo , Fabio E Emilia , y Cesar como autores responsables de un delito de detención ilegal, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena a los dos primeros acusados, a cada uno de ellos de 7 años de prisión, con la accesoria legal de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de dichas penas de privación de libertad, y pago de la octava parte de las costas del procedimiento, imponiéndoles la prohibición de aproximación a Hortensia , así como a su



www.civil-mercantil.com

domicilio, lugar de trabajo y cualquier otro lugar frecuentado por la misma, a una distancia inferior a 500 metros, durante un plazo de diez años, así como la prohibición de comunicación con la misma por el mismo tiempo, ya sea también por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático; y a los dos segundos acusados, a cada uno de ellos de 6 años, 6 meses y 1 día de prisión, con la accesoria legal de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de dichas penas de privación de libertad, y pago de la octava parte de las costas del procedimiento, imponiéndoles la prohibición de aproximación a Hortensia , así como a su domicilio, lugar de trabajo y cualquier otro lugar frecuentado por la misma, a una distancia inferior a 500 metros, durante un plazo de nueve años, así como la prohibición de comunicación con la misma por el mismo tiempo, ya sea también por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático; y por vía de responsabilidad civil, los cuatro acusados condenados en este procedimiento, indemnizarán a Hortensia , o a sus padres como representantes legales, conjunta y solidariamente, dada su minoría :,de edad en la cuantía de 20.000 euros por daños morales, y secuela.

Abonamos a los acusados la totalidad de tiempo de prisión provisional sufrida por esta causa para el cumplimiento de las expresadas penas de privación de libertad.

Conclúyase en forma las piezas de responsabilidad civil".

Tercero.

Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la representación de Amadeo , Fabio y Cesar que se tuvo por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.

Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, las representaciones legales de los recurrentes, formalizaron los recursos, alegando los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN :

Amadeo

Primer Motivo: Por infracción de precepto constitucional, de los arts. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y al juez imparcial, del art. 24.2 de la Constitución Española .

Segundo Motivo: Por infracción del ley con base en el nº1 del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al amparo del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por infracción del art. 238.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial respecto a la nulidad de los actos judiciales, toda vez que se ha prescindido totalmente de las normas esenciales del procedimiento establecidas por la ley, produciendo indefensión a esta parte, por haberse infringido lo dispuesto en el art. 729.3 y 729.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

Tercer Motivo: Por infracción de precepto constitucional con base en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al amparo del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por infracción del art. 24.1 y 2 de la Constitución , en cuanto a la proscripción de toda indefensión y a la tutela judicial efectiva que consiste en obtener una resolución fundada en derecho dentro de un proceso terminado con todas las garantías legalmente establecidas, respetándose la unidad del acto y la concentración del mismo.



www.civil-mercantil.com

Cuarto Motivo: Por infracción de precepto constitucional al amparo de los arts. 5.4 y 11.1 LOPJ y 852 LECrim , tanto que la sentencia recurrida violenta los derechos constitucionales de presunción de inocencia, del derecho de defensa, de tutela judicial efectiva, proceso debido con todas las garantías e interdicción de la indefensión del art. 24 CE .

Quinto Motivo: Por infracción de precepto constitucional de los arts. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por vulneración del derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, del art. 24.2 de la Constitución Española .

Sexto Motivo: Por infracción de precepto constitucional de los arts. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por vulneración del derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, del art. 24.2 de la Constitución Española .

Séptimo Motivo: Por infracción de ley del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al aplicar indebidamente los arts. 163.1 y 3 y 165 del Código Penal vigente.

Octavo Motivo: Por error en la sentencia en la valoración de la prueba, del art. 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

Cesar

Primer Motivo: Por infracción de precepto constitucional, del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por vulneración de los siguientes derechos constitucionales del art. 24 de la Constitución Española : a la tutela judicial efectiva en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión, al juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa, a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia.

Segundo Motivo: Por infracción de ley del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al aplicar indebidamente los arts. 163.1 y 3 y 165 del Código Penal vigente.

Tercer Motivo: Por infracción de ley, al amparo del nº2 del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , al entender que existe error de hecho en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos y las declaraciones y testificales del juicio oral, que demuestran la equivocación del Juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Fabio

Primer Motivo: Por infracción de precepto constitucional, de los arts. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por vulneración del art. 24.2 de la Constitución Española , y dentro de éste del derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa , a un proceso con todas las garantías, y a la presunción de inocencia.

Segundo Motivo: Por infracción de ley del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al aplicar indebidamente los arts. 163.1 y 3 y 165 del Código Penal vigente.

Tercer Motivo: Por infracción del ley al amparo del art. 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por error en la sentencia en la valoración de la prueba.

Quinto.

Instruidas las partes, el Ministerio Fiscal solicitó la inadmisión de los recursos interpuestos instando su desestimación de conformidad con lo expresado en su escrito de fecha 28 de mayo de 2015; quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.



www.civil-mercantil.com

Sexto.

Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 20 de enero de 2016.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

- Tres de los cuatro condenados en instancia por delito de detención ilegal sobre la persona de la menor Hortensia , recurren en casación la sentencia de la Audiencia Provincial; Amadeo quien había mantenido una relación sentimental con la menor, Fabio , padre de Amadeo y Cesar , hermano de Fabio y por tanto, tío de Amadeo .

Los seis primeros motivos formulados por la representación procesal de Amadeo aparecen condensados en el primero de los respectivamente formulados por la representación procesal de Fabio y Cesar ; y el séptimo y octavo de aquél resultan coincidentes con el segundo y tercero de los respectivamente formulados por éstos. De ahí que sin perjuicio de atender a las escasas peculiaridades de cada recurrente, serán analizados los tres recursos conjuntamente.

Segundo.

- **1.** La representación procesal de Amadeo , a partir del común sustrato alegado en torno a que la declaración de la menor en el juicio, cuyo testimonio fue la única prueba de cargo y en base a la cual se condena a los cuatro acusados, que afirma, no fue interesada por el Ministerio Público en su escrito de conclusiones provisionales, tampoco al inicio del juicio, ni fue solicitada por ninguna de las defensas en sus calificaciones provisionales, a excepción de una defensa, si bien renunció a su práctica, es decir que la principal y única prueba sobre la que gravitaba el delito objeto de acusación, reitera, no fue interesada en momento alguno por el Ministerio Público, sino que fue introducida por el Tribunal por la vía del artículo 729.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , formula varios motivos (primero, segundo, tercero y cuarto), por infracción de precepto constitucional al amparo de los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECr :

- por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y al juez imparcial, del art. 24.2 de la Constitución Española ;

- por infracción del art. 238.3 LOPJ respecto a la nulidad de los actos judiciales, toda vez que se ha prescindido totalmente de las normas esenciales del procedimiento establecidas por la ley, produciendo indefensión;

- por infracción del art. 24.1 y 2 de la Constitución , en cuanto a la proscripción de toda indefensión y a la tutela judicial efectiva, en obtener una resolución fundada en derecho dentro de un proceso terminado con todas las garantías legalmente establecidas, respetándose la unidad del acto y la concentración del mismo;

- por violentar los derechos constitucionales de presunción de inocencia, del derecho de defensa, de tutela judicial efectiva, proceso debido con todas las garantías e interdicción de la indefensión del art. 24 CE ;



www.civil-mercantil.com

2. Nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, tras indicar en el artículo 728 que no podrán practicarse otras diligencias de prueba que las propuestas por las partes, el artículo 729.2^o dispone que se exceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior, las diligencias de prueba no propuestas por ninguna de las partes, que el Tribunal considere necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación. Norma que aún cuando insertada en el procedimiento ordinario también rige en el procedimiento abreviado de conformidad con las previsiones del artículo 758.

Normativa, que resulta en la práctica de aplicación excepcional, que es observada con suspicacia por la doctrina, en cuanto a su concreta conciliación con la observancia de las exigencias de imparcialidad del tribunal y de prohibición de indefensión; pero que en modo alguno, la iniciativa probatoria judicial en los términos regulados, conlleva en todo caso la conculcación de dichos principios.

Así, el propio TEDH, en sentencia de 6 de diciembre de 1998, asunto Barberá, Messegué y Jabardó contra España, contempla esta iniciativa ex officio con la finalidad de encontrar la verdad material, compatible con el derecho a un proceso equitativo: Procede señalar, en primer lugar, que aunque la legislación española deja a las partes una cierta iniciativa para proponer y presentar pruebas, eso no dispensa al tribunal de instancia de asegurar el respeto a las exigencias del artículo 6 del Convenio en la materia (ver especialmente, mutatis mutandis, la sentencia Goddi de 9 de abril de 1984). Además, los artículos 315 y 729.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal habilitan tanto al juez de instrucción como al Tribunal para procurarse las pruebas que estimen útiles para comprobar la verdad (§ 75).

De modo, que no es extraño, encontrar facultades similares de iniciativa probatoria judicial en el derecho comparado europeo, como es el caso del parágrafo 244.2 del STPO alemán, el artículo 340 del Código do Processo Penal portugués, el artículo 507 del Codice di Procedura Penale italiano o el artículo 310 del Code de procédure pénale francés.

De igual modo, la jurisprudencia constitucional, admite ampliamente la posibilidad del tribunal de acudir a dicha iniciativa probatoria; y así las SSTC 188/2000, 130/2002, 229/2003 y la 123/2005; resolución esta última de 12 de mayo de 2005, que expresa: ...en relación con la iniciativa probatoria de oficio por parte de los órganos judiciales penales, se ha reiterado recientemente en la STC229/2003, de 18 de diciembre, FJ 14, que si bien "la garantía de la imparcialidad objetiva exige, en todo caso, que con su iniciativa el juzgador no emprenda una actividad inquisitiva encubierta. Sin embargo, esto no significa que el Juez tenga constitucionalmente vedada toda actividad procesal de impulso probatorio, por ejemplo, respecto de los hechos objeto de los escritos de calificación o como complemento para contrastar o verificar la fiabilidad de las pruebas de los hechos propuestos por las partes. En efecto, la excepcional facultad judicial de proponer la práctica de pruebas, prevista legalmente en el art. 729.2 LECr, no puede considerarse per se lesiva de los derechos constitucionales alegados, pues esta disposición sirve al designio de comprobar la certeza de elementos de hecho que permitan al juzgador llegar a formar, con las debidas garantías, el criterio preciso para dictar Sentencia (art. 741 LECr), en el ejercicio de la función jurisdiccional que le es propia (art. 117.3 CE). Y ello sin perjuicio, claro está, de que no quepa descartar la posibilidad de utilización indebida de la facultad probatoria ex officio iudicis prevista en el art. 729.2 LECr, que pudiera llevar a desconocer las exigencias ínsitas en el principio acusatorio. De cualquier manera, para determinar si en el ejercicio de la antedicha facultad de propuesta probatoria el Juez ha ultrapasado los límites del principio acusatorio, con quiebra de la imparcialidad judicial y, eventualmente, del derecho de defensa, es preciso analizar las circunstancias particulares de cada caso concreto" (STC 188/2000, de 10 de julio, FJ 2; en el mismo sentido STC 130/2002, de 3 de junio, FJ 3).



www.civil-mercantil.com

Por su parte, esta Sala Segunda, aún cuando no ha marcado una línea totalmente definida sobre esta cuestión, restringe la finalidad y posibilidad de la iniciativa probatoria prevista en el art. 729.2, al entender que no era viable una lectura constitucional de esta facultad de proposición de prueba, que conllevara la posibilidad de una condena en base a una prueba de cargo practicada a instancia exclusiva del propio Tribunal sentenciador (SSTS 2030/2002, de 4 de diciembre con cita de otras varias).

Como describe la STS 2520/2001, de 31 de diciembre , la jurisprudencia del Tribunal Supremo hasta el mes de diciembre de 1993 ha sido lineal y constante, admitiendo la vigencia y operatividad del precepto (art. 729) en su totalidad, y especialmente del número segundo (SSTS de 14/4/87 , 23/11/91 , 22/1/92 , 18/12/92 ó 23/4/93). Si bien, en fecha 1 de diciembre de 1993, la propia Sala Segunda dictó dos sentencias que marcaron una inflexión en la pacífica interpretación y alcance de la norma del nº 2 del artículo 729 LECr .

Esta jurisprudencia -como recordaba la STS 1186/2000, de 28 de junio - ha distinguido entre carga de la prueba e impulso probatorio. La prueba se produce para justificar la pretensión (prueba de cargo) o para desvirtuarla (prueba de descargo), que corresponden al Ministerio Fiscal y a las partes. La iniciativa que al Tribunal atribuye el art. 729 de la LECr puede ser considerada como «prueba sobre la prueba», que no tiene la finalidad de probar hechos favorables o desfavorables, sino de verificar su existencia en el proceso, desde la perspectiva del art. 641 de la LECr por lo que puede considerarse neutral y respetuosa con el principio acusatorio, que impone la carga de la prueba a la acusación (existe en este sentido un consolidado cuerpo de doctrina antes y después de la sentencia 2706/1993, de 1 de diciembre , que fue muy restrictiva sobre el alcance del art. 729 de la LECr . Entre otras, sentencias de 22 de enero de 1992, 2709/1993 , también de 1 de diciembre , de 21 de marzo de 1994 , 23 de septiembre de 1995 , 4 de noviembre de 1996 , 27 de abril y 11 de noviembre de 1998 , 7 de abril y 15 de mayo de 1999).

De modo, que efectivamente, no puede ser interpretado el art. 729.2 de forma que autorice una toma de posición del Tribunal que pudiera suponer el abandono de su imprescindible imparcialidad para subsanar la inacción o los posibles errores de las partes, especialmente de la acusación (STS 1062/2003, de 16 de julio).

3. Sucede en autos sin embargo, que la parcialidad no resulta quebrada, pues el Ministerio Fiscal, asume la práctica de la prueba de la declaración de la víctima, tras someter el Tribunal la cuestión a debate de las partes en la vista, una vez declararon inculpados, algún agente policial y el padre de la víctima. Desde esta perspectiva, de manera análoga a como acontece con el art. 733, el Tribunal no pierde su imparcialidad exclusivamente por la formulación de la tesis, ni tampoco cuando luego adopta los postulados propuestos, si es adoptada o asumida por las partes (por la acusación en el supuesto de calificación más grave o por la defensa en caso de acusación más leve si implica tipificación heterogénea).

Perspectiva, que aproxima la práctica probatoria del testimonio de la víctima a un supuesto del art. 728 y lo aleja del 729.2º, por cuanto conlleva una propuesta del Ministerio Fiscal, aunque sea tras la iniciativa del Tribunal, para reconducir la norma a la posibilidad de la práctica de prueba extemporáneamente solicitada por alguna de las partes, como cauce para decidir la práctica de determinadas pruebas cuya necesidad nace del curso de los debates.

Esta funcionalidad del art. 729.2º, donde la práctica probatoria no descansa con exclusividad en la actividad judicial de oficio, aún no exteriorizado, es criterio seguido y argumentado en varias resoluciones que analizan la aplicación del art. 729.2; y así:



www.civil-mercantil.com

- la STS 106/2009, de 4 de febrero , entiende que no quiebra principio de imparcialidad la práctica de prueba acordada por el Tribunal, en base al art. 729.2, en cuanto dicha vía fue solicitada por el Ministerio Fiscal.

- la STS 570/2009, de 21 de mayo , declara la validez de la aportación vía 729.2 de la analítica de la droga intervenida, que fue interesada por una de las partes;

- mientras que por el contrario, la STS 1007/2007, de 23 de noviembre , indica que la incorporación por la Sala sin más, de oficio, del informe pericial, obrante en la causa pero no propuesto como prueba por las partes, a pesar del texto del art. 729.2, sin duda hubiera sobrepasado los límites de la imparcialidad que debe presidir la actuación de todo Tribunal.

De manera más específica, la STS 1100/2002, de 13 de junio , declara que el art. 729, en sus apartados 2º y 3º, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , como ha destacado la doctrina, es cauce para decidir la práctica de determinadas pruebas cuya necesidad nace del curso de los debates. El Tribunal ejercita una facultad ordinaria de resolución que la Ley le concede expresamente en función de su criterio acerca de la necesidad de la prueba extemporáneamente propuesta por alguna de las partes.

Doctrina reiterada entre otras en las SSTS 918/2004, 16 de julio ó la 582/2014, de 8 de julio .

4. Además en todo caso, tampoco en autos, se vulnera el derecho de defensa; tal como concurren las circunstancias concretas en que se practica la prueba cuestionada:

- La víctima había sido explorada contradictoriamente, en sede judicial, en presencia del Ministerio Fiscal y de los defensores de los inculpados; en fecha que la grabación era potestativa.

- Su testimonio en la vista había sido solicitado por una de las defensas, que luego renunció a la misma.

- Las demás defensas, en su propuesta probatoria, incluyeron las propuestas por las demás partes, aunque renunciaran a las mismas.

- La renuncia de la concreta defensa que la propuso, no parece proveída, pero en todo caso, el resto de las defensas no la habían renunciado.

- Sólo cuando el Tribunal, expresa en el curso de la vista, indica la conveniencia de que fuera oída la víctima y decide oír a las partes sobre esta cuestión, en el trámite conferido, es cuando indican su renuncia, pero también es el momento en que el Ministerio Fiscal, asume la propuesta probatoria e informa la necesidad de su audiencia.

De modo, que ninguna sorpresa supuso la citación de la víctima para las defensas de los inculpados; la fuente era conocida, su exploración en instrucción determinó en gran medida el interrogatorio de inculpados y de algún testigo; había sido propuesta y no fue renunciada por las defensas (salvo por la de Emilia) hasta después de haber declarado inculpados y agentes policiales.

De otra parte, tanto la omisión inicial de su citación, como su posterior llamada a testimoniar, resultaban congruentes con la observancia del Estatuto de la Víctima, aprobado por Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos , y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo. Directiva no transpuesta en la fecha de la vista, pero de observancia en esta materia, como consecuencia del criterio de la interpretación conforme desarrollado en la STJUE de 16 de junio de 2005, asunto Pupino. En el inciso final del art. 10.1 de la Directiva, que regula el derecho a



www.civil-mercantil.com

ser oído, se indica que cuando una víctima menor haya de ser oída, se tendrán debidamente en cuenta la edad y la madurez del menor. De modo, que se trató de evitar la perturbación consiguiente derivada de reiterar su declaración, cuando contaba con trece o catorce años, pero se entendió, que ya con dieciséis y medio contaba con una madurez que minimizaba esos perjuicios anímicos.

Además, se posibilitó a las defensas la proposición de contraprueba, aunque las concretamente propuestas, testimonio de alguna amiga, no se admitió por innecesaria, al entender que los extremos que se pretendían acreditar con ello, que la salida de la menor del domicilio fue voluntaria, era admitido por la propia menor. Y el interrogatorio ulterior de la víctima, fue practicado contradictoriamente, con minuciosos conainterrogatorios de las defensas en el ejercicio de su derecho.

Válidamente acordada por tanto la práctica probatoria de la declaración de la víctima, sin conculcar los derechos del juez imparcial y de defensa; y por tanto válidamente ponderada, de modo que tampoco resulta afectado el derecho a la tutela judicial efectiva en obtener una resolución fundada en derecho dentro de un proceso terminado con todas las garantías legalmente establecidas.

5. Consecuentemente, deben ser desestimados los cuatro primeros motivos formulados por la representación procesal de Amadeo , así como el primero de los respectivamente formulados por la representación procesal de Fabio y Cesar , en los apartados donde esgrimen cuestiones sustancialmente idénticas a los analizados en este fundamento (restando los extremos relativos al juez predeterminado por la ley y a la presunción de inocencia, como objeto de los siguientes fundamentos).

Tercero.

- 1. El quinto motivo formulado por representación procesal de Amadeo , es también por infracción de precepto constitucional de los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECr , en este caso por vulneración del derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, del art. 24.2 CE . Cuestión que también es invocada por Fabio y Cesar , en su primer motivo.

Entienden los ahora recurrentes que "tal y como se desprende de la consideración hecha por la Sala al imponer la condena, el delito se cometería en la localidad de El Puerto de Santamaría, provincia de Cádiz, aunque posteriormente se prolongue su actividad en otras localidades".

2. Indica el Ministerio Fiscal en su impugnación, la cuestión fue planteada a lo largo del procedimiento con motivo del Auto del Juzgado de El Puerto de Santamaría de 23 de septiembre de 2011 (folio 741) inhibiéndose al Juzgado de Torrevejea. Dicho auto fue recurrido por el Ministerio Fiscal, al entender que, además de la detención ilegal podría haber un delito contra la libertad sexual por hechos realizados cuando la menor no había cumplido los 13 años. Y precisamente cuando la representación del ahora recurrente Amadeo formuló alegaciones con motivo de los recursos de reforma y apelación, expresamente informó a favor de la remisión de la causa al Juzgado de Instrucción de Torrevejea nº 5 (folios 800-801 y 865-868). La Audiencia Provincial de Cádiz resuelve la cuestión ordenando el conocimiento de los Juzgados de El Puerto respecto de los posibles abusos sexuales y confirma la inhibición al Juzgado de Torrevejea respecto de la detención ilegal (Auto de 9 de febrero de 2012, folios 886-889).

La cuestión no se vuelve a plantear ni con la notificación de dicho Auto ni tras el Auto de conversión del procedimiento en Abreviado (Auto de 21 de junio de 2012, folios 970-974) ni

tras el Auto de apertura del Juicio oral ante la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 7ª con sede en Elche (Auto de 6 de marzo de 2013 , folios 1188 y 1189), puesto que no plantean cuestión alguna al respecto ninguna de las defensas ni al ser notificados del Auto ni en sus escritos de calificación provisional ni en ningún otro momento. Tampoco, al inicio del juicio oral.

En cuya consecuencia, entiende el Ministerio Fiscal, que debe desestimarse el motivo, pues las alegaciones de quebrantamientos formales deben realizarse en el momento en que se advierten los mismos, no siendo admisible una alegación extemporánea y mucho menos en contra de lo previamente manifestado; y por otra parte, en el relato de hechos probados se dice que los acusados recogen a Hortensia en su domicilio de El Puerto de Santamaría, llevándola a la vivienda de Fabio en la localidad de Torrevejea, donde la propia sentencia parece suscitar la duda de si el traslado desde el domicilio en El Puerto de Santamaría hasta Cádiz se realiza de forma voluntaria, forzosa o con la voluntad forzada, siendo esta circunstancia, la voluntariedad de la menor, precisamente uno de los puntos sobre los que más insisten las defensas.

En todo caso, concluye, lo que sí resulta acreditado, es que la menor, se encuentra encerrada en Torrevejea en contra de su voluntad, por lo que la competencia a favor de la Audiencia Provincial de Alicante, resulta bien declarada.

3. Además de los adecuados argumentos del Ministerio Fiscal, en cualquier caso, el recurso no podría ser estimado; pues al margen que el recurrente no concreta la indefensión material que ha sufrido y la mera invocación formal deviene estéril; el derecho fundamental al Juez ordinario predeterminado por la ley ha sido precisado en Sentencias del Tribunal Constitucional y de esta Sala. Así, en la Sentencia 53/2011, de 10 de febrero , se declara que el derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley está contemplado en el art. 24.2 CE . y supone - STS 578/2006 de 27 de mayo : a) el órgano judicial haya sido creado previamente por una norma jurídica; b) esté investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial de que se trate; y c) su régimen orgánico y procesal no permita calificarlo de órgano especial o excepcional (STC 47/1983). De modo que al venir su composición previamente determinada por la Ley, se preste la debida garantía de independencia e imparcialidad del llamado a juzgar. Partiendo de esta premisa debemos señalar, como ya ha establecido esta Sala en resoluciones anteriores la mera existencia de una discrepancia interpretativa sobre la normativa legal que distribuye la competencia sobre los órganos de la jurisdicción penal ordinaria, no constituye infracción del derecho fundamental al Juez ordinario predeterminado por la Ley. Como han señalado SSTC las cuestiones de competencia reconsiderables al ámbito de la interpretación y aplicación de las normas reguladoras de dicha competencia entre órganos de la jurisdicción ordinaria no rebasan el plano de la legalidad careciendo por tanto de relevancia constitucional (SSTC. 43/84 , 8/98 , 93/98 , 35/2000); por ende insuficiente para justificar un motivo por infracción de precepto constitucional; y como mera norma procesal, inadecuado para sustentar un recurso de casación.

El derecho al Juez predeterminado por la Ley únicamente puede quedar en entredicho cuando un asunto se sustraiga indebida o injustificadamente al órgano al que la Ley lo atribuye para su conocimiento, manipulando el texto de las reglas de distribución de competencias con manifiesta arbitrariedad, como señala la STC 25/2000 recogiendo lo ya expresado en la STC. 262/94 de 3 de octubre ; lo que obviamente no concurre en autos, donde cuando la ubicación donde la privación de libertad que se enjuicia, solo consta de modo inequívoco, tras salir de la provincia de Cádiz, en las ciudades de Torrevejea y Orihuela.

Cuarto.

- El sexto motivo formulado por representación procesal de Amadeo , también es por infracción de precepto constitucional al amparo de los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECr , en este



www.civil-mercantil.com

caso, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia e in dubio pro reo, del art. 24.2 de la Constitución Española ; cuestión asimismo formulada por la representación procesal de Fabio y Cesar , en su conglomerado primer motivo.

El principal argumento alegado deriva de que la declaración de la menor fue indebidamente practicado en el acto del juicio, mientras que las declaraciones de los demás testigos no pueden sustentar una sentencia condenatoria ya que se trata de testigos de referencia.

Sucede sin embargo, que no todos los testigos que declararon fueron referenciales y como hemos recogido en el primer fundamento, ninguna tacha resulta de acordar la práctica del testimonio de la menor en la vista.

Así los bomberos y los agentes policiales que rescataron a la menor, pudieron observar cómo se hallaba encerrada en la vivienda con las ventanas enrejadas y la puerta candada, sin poder salir, en contra de su voluntad, pues su deseo manifestado en ese momento, era abandonar el lugar y no podía; y dado que Amadeo , no niega su decisiva actividad para que la menor se encontrara en esas condiciones, simplemente cuestiona que se hallara allí en contra de su voluntad; la cuestión, incluso al margen de la declaración del menor, no integra cuestión pertinente a la presunción de inocencia, sino a estricta valoración probatoria, al mediar suficiente prueba de cargo contra el mismo.

Valga recordar que a esta Sala no le corresponde formar su personal convicción a partir del examen de unas pruebas que no presenció, para a partir de ella confirmar la valoración del Tribunal de instancia en la medida en que ambas sean coincidentes. Lo que ha de examinar es, si la valoración del Tribunal sentenciador se ha producido a partir de unas pruebas de cargo constitucionalmente obtenidas y legalmente practicadas, y, si dicha valoración responde a criterios lógicos y razonables.

Otro tanto cabe decir en relación con Fabio , padre de Amadeo ; y sólo admite matizaciones la actuación de Cesar , aunque admite que facilitó un inmueble para que estuviera la menor, niega conocer que se encontrara privada de libertad.

Pero como antes indicamos, también contamos válidamente con la manifestación de la menor, quien efectivamente afirma que acompañó a Amadeo y a su padre voluntariamente a Torrevieja, que en el primer domicilio que estaba, contaba con las llaves y mantenía el móvil; pero ya en el segundo domicilio de Torrevieja, al segundo día, quedó incomunicada y encerrada; situación en la que restó hasta que fue liberada. Y además de la participación de Amadeo , Fabio e Emilia , narra como Cesar , visitaba en alguna ocasión el domicilio que había facilitado, cuando ella se encontraba allí, consciente de la situación en que se encontraba, como resulta además de la presión recibida por Cesar , proveniente de la casera para que la menor abandonara la casa.

Nada obsta a tales afirmaciones que la menor en algún concreto momento pudiera haber pedido auxilio y no lo hiciera; pues también quería solucionar la interrupción del embarazo al margen de su familia; pero en cualquier caso, cuando es específicamente preguntada, contesta sin lugar a equívocos que fue encerrada sin su conformidad. Por tanto, que optara por no denunciar en aquellos momentos o soportar su situación, en nada evita la comisión típica de la detención ilegal, privación de libertad sin aquiescencia de la víctima; del mismo modo, que con relativa frecuencia un cónyuge priva de libertad en el propio domicilio al otro que opta por no gritar pidiendo auxilio a los vecinos y cuando cesa el constreñimiento, no denuncia el suceso; pero no por ello, la detención ilegal inexistente.

No obstante, de las propias declaraciones de la víctima, es obvio que no estuvo privada de libertad durante los veinticinco días que afirma la narración de hechos probados; pues si bien ese es el plazo de su estancia fuera del domicilio familiar, sólo desde el segundo día que se encuentra en la segunda vivienda, estuvo encerrada. Hasta ese momento contaba con las llaves o la puerta no estaba candada, de modo que conservaba la libertad de sus movimientos,



www.civil-mercantil.com

fuera cierta o no la motivación para (y acertada o no su decisión de), permanecer en esas casas. Pero sucede que no sabemos el día exacto en que cambia del primer al segundo domicilio; y aunque la sentencia afirma que estuvo en el primer domicilio una semana, la menor, en su pormenorizada exploración, próxima a los hechos, indica que no recuerda exactamente cuántos días fue los que pasó en la primera casa, "pero podría ser una semana o semana y media". En la propia sentencia, en el fundamento segundo, cuando se valora el testimonio de la víctima, se indica que en la segunda vivienda estuvo "sobre diez días"; si es el día 19 el que sale de la misma y el primer día de esa segunda vivienda aún no estaba privada de libertad, la suma de días de privación, que se afirma además aproximados, serían de quince, no superiores a quince.

Es decir, el mero hecho de entender que la motivación de la menor respondía a indebida influencia de Amadeo y sus familiares, no trasmuta el mero acompañamiento en privación de libertad; y sin prueba adicional (en todo caso no alegada ni argumentada), no puede entenderse como indubitado, que la estancia en la primera vivienda tuvo la duración que más perjudica a los inculpados, siete días, cuando es la misma prueba la que indica que pudieron llegar a diez u once; que adicionados al primer día que pasó en la segunda vivienda y durante el cual aún no fue encerrada.

Plazo que restado a los veinticinco días, otorgan una cifra inferior a quince días; extremo que conduce a que este motivo sea estimado parcialmente.

Quinto.

- El séptimo motivo formulado por la representación procesal de Amadeo y el segundo de los respectivamente formulados por Fabio y Cesar , es por infracción de ley del art. 849.1 LECr . al aplicar indebidamente los arts. 163.1 y 3 y 165 del Código Penal vigente.

Conforme reiterada doctrina jurisprudencial este motivo "es el camino hábil para cuestionar ante el Tribunal de casación si el Tribunal de instancia ha aplicado correctamente la Ley, es decir, si los preceptos aplicados son los procedentes o si se han dejado de aplicar otros que lo fueran igualmente, y si los aplicados han sido interpretados adecuadamente, pero siempre partiendo de los hechos que se declaran probados en la sentencia, sin añadir otros nuevos, ni prescindir de los existentes. De tal manera, que la falta de respeto a los hechos probados o la realización de alegaciones jurídicas contrarias o incongruentes con aquellos, determina la inadmisión del motivo, y correspondientemente su desestimación conforme lo previsto en el artículo 884.3 LECr " (SSTS 579/2014 de 16 de julio ó 806/2015 de 11 de diciembre).

En definitiva, solo permite atender a errores de subsunción, siendo impropio para sustentar discrepancias sobre la valoración probatoria, de modo que privada de libertad la menor, ninguna duda existe sobre la adecuada calificación de los hechos a través del art. 163.1 y 165 CP .

Aunque ciertamente, sí era vía adecuada para la reforma de los hechos probados, el motivo de infracción del derecho a la presunción de inocencia parcialmente estimado, en cuya virtud, no puede entenderse probado que la detención ilegal superó los quince días, lo que obliga a dejar sin efecto a la agravante específica del art. 163.5 y conduce también a su vez a la estimación parcial de este motivo, que como consecuencia del art. 903 LECr aprovechará también a la acusada no recurrente.

Sexto.

- El octavo y último motivo formulado por la representación procesal de Amadeo y el tercero y último de los respectivamente formulados por Fabio y Cesar , es por infracción de ley



www.civil-mercantil.com

del art. 849.2 LECr . al entender que existe error de hecho en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del Juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

El documento designado es la pericial psicológica, donde se informa, que es posible que la menor viviera los hechos como consentidos y elegidos libremente.

Motivo que necesariamente debe ser desestimado; pues al margen de la difícil aptitud del informe pericial para integrar documento a efectos casacionales, el documento ha de ser literosuficiente, por sí mismo debe ser demostrativo del error que se denuncia cometido por el Tribunal sentenciador al valorar las pruebas, error que debe aparecer de forma clara y patente del examen del documento en cuestión, sin necesidad de acudir a otras pruebas ni razonamientos, conjeturas o hipótesis. Y nada más lejos de esa eficacia demostrativa que un mero parecer enunciado como mera posibilidad.

De otra parte, es preciso que el supuesto error patentizado por el documento, no esté a su vez, desvirtuado por otras pruebas de igual consistencia y fiabilidad; pues la Ley no concede ninguna preferencia a la prueba documental sobre cualquier otra, antes bien, todas ellas quedan sometidas al cedazo de la crítica y de la valoración --razonada-- en conciencia de conformidad con el art. 741 LECr . Y sucede en autos que la menor declaró en la vista oral y de manera diáfana indica que no estaba de acuerdo con el encierro a que fue sometida desde el segundo día que se encontraba en la segunda vivienda.

III. FALLO

DECLARAMOS HABER LUGAR PARCIAL al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Amadeo , Cesar y Fabio contra la Sentencia de fecha 31 de julio de 2014, dictada por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Alicante , en causa seguida contra los mismos por delito de detención ilegal de una menor y en su virtud CASAMOS y ANULAMOS referida sentencia, con declaración de oficio de las costas causadas por su recurso.

Así por esta nuestra sentencia que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

José Ramón Soriano Soriano Miguel Colmenero Menéndez de Luarca
Francisco Monterde Ferrer Andrés Palomo Del Arco Carlos Granados Pérez
351/2015
Ponente Excmo. Sr. D.: Andrés Palomo Del Arco
Fallo: 20/01/2016
Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero
TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA

Excmos. Sres.:

D. José Ramón Soriano Soriano
D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca
D. Francisco Monterde Ferrer
D. Andrés Palomo Del Arco
D. Carlos Granados Pérez



www.civil-mercantil.com

EN NOMBRE DEL REY

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiocho de Enero de dos mil dieciséis.

En la causa seguida por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Alicante por delito de detención ilegal de una menor se dictó Sentencia de fecha 31 de julio de 2014 que ha sido recurrida en casación y ha sido casada y anulada parcialmente por la dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos.

Sres. anotados al margen.

Arco.

Ha sido Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco

I. ANTECEDENTES

Único.

- Se aceptan y dan por reproducidos los hechos declarados probados en la sentencia de instancia, con la siguiente corrección:

- El traslado de la primera a la segunda vivienda, se efectúa al cabo de una semana o semana y media de haber llegado; siendo el segundo día de estancia en esta segunda vivienda, cuando es encerrada.

- No está acreditado que el encierro superase los quince días.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

- De conformidad con los razonamientos contenidos en los fundamentos jurídicos cuarto y quinto de la sentencia casacional, no resulta acreditado que el encierro excediese de los quince días, por lo que los hechos deben ser calificados como integrantes de un delito de detención ilegal de los arts. 161.1 y 165 CP .



www.civil-mercantil.com

Segundo.

- Consecuentemente el tramo de pena sobre el que se proyecta la individualización judicial es de cinco a seis años; por los que siguiendo los criterios individualizadores explicitados en el sentencia de instancia, corresponde imponer a Cesar y a la no recurrente Emilia , la pena mínima de cinco años de prisión; y a Amadeo y a Fabio , la pena de cinco años y seis meses de prisión.

III. FALLO

Consecuencia de dejar sin efecto la agravación específica del artículo 163.5 y condenarles exclusivamente como autores de un delito de detención ilegal de una menor, de los arts. 163.1 y 165 CP , modificamos la pena privativa de libertad impuesta a Amadeo y a Fabio , imponiéndoles cinco años y seis meses de prisión a cada uno; así como la impuesta a Cesar y a Emilia -a quien le aprovechan los efectos favorables del recurso-, imponiéndoles cinco años de prisión a cada uno.

Mantenemos en su integridad el resto de los pronunciamientos dispositivos de la resolución de instancia, incluido abonos, penas accesorias, responsabilidades civiles y costas.

Notifíquese esta sentencia.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

José Ramón Soriano Soriano
Miguel Colmenero Menéndez de Luarca
Francisco Monterde Ferrer
Andrés Palomo Del Arco
Carlos Granados Pérez

PUBLICACIÓN .- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.