

En la Villa de Madrid, a veintiocho de Septiembre de dos mil siete.

En el recurso de casación por infracción de Ley que ante Nos pende, interpuesto por Daniel contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cáceres (Sección 2ª) que le condenó por delitos de Homicidio en grado de tentativa, abuso sexual, detención ilegal y quebrantamiento de condena, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín, siendo también parte el Ministerio Fiscal, y estando dicho recurrente representado por la Procuradora Sra. Pérez-Sauquillo Pelayo.

## **ANTECEDENTES**

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción número 2 de Naval Moral de la Mata instruyó Sumario con el número 4/2005 y, una vez concluso, fue elevado a la Audiencia Provincial de Cáceres que, con fecha 12 de diciembre de 2006 dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS: "El procesado Daniel, mayor de edad, nacido en el Reino de Marruecos el 25 de abril de 1.973, con NIE NUM000, privado de libertad por esta causa desde el 26 de mayo de 2.005 y ejecutoriamente condenado por delitos de quebrantamiento de condena en sentencias del Juzgado de Instrucción nº 2 de Naval Moral de la Mata de 13 de enero y 29 de mayo de 2.004 y del Juzgado de lo Penal de Plasencia de fecha 22 de abril de 2.005, todas ellas por quebrantar la pena de privación del derecho a conducir vehículos de motor que le fue impuesta por sentencia del Juzgado de lo Penal de Plasencia de 20 de diciembre de 2.002, mantuvo una relación de convivencia sentimental con Alicia desde el año 2.004.

A consecuencia de diversos altercados con ella, el procesado fue condenado en sentencia dictada en juicio de faltas por el Juzgado de Instrucción nº 1 de los de Naval Moral de la Mata el 3 de enero de 2.005 como autor de una falta de amenazas, imponiéndosele la pena de prohibición de acercarse a Alicia a una distancia inferior a 200 metros, y de comunicarse con ella, por un periodo de cinco meses que comprendía desde el 12 de enero de 2.005 hasta el 12 de junio de 2.005.

No obstante la imposición de aquella pena, ambos reanudaron su convivencia al haberle perdonado Alicia lo ocurrido en aquel incidente. Así lo hicieron hasta el 26 de mayo de 2.005 en que ocurrieron los hechos enjuiciados.

La víspera, tanto Daniel como Alicia salieron por la noche, por separado y, tras haber consumido alcohol en cantidad no determinada, se encontraron en el domicilio común alrededor de las 4,00 horas del 26 de mayo de 2.005. Alicia, en aquella situación, decidió marcharse y llenó de ropa una maleta, pero Daniel no quería que se fuera por lo que primero intentó convencerla para que se quedara y, al no conseguirlo, la cogió por la fuerza y la arrastró hacia el dormitorio. Una vez allí decidió acabar con su vida para lo que separó con fuerza sus mandíbulas e introdujo en su boca una cantidad no determinada de fármacos de la familia de las benzodiazepinas y, a continuación rodeó su cuello con una cuerda que apretó con el fin de estrangularla hasta que Alicia perdió el conocimiento.

En ese estado de inconsciencia el procesado, con ánimo lascivo, desnudó a Alicia y mantuvo con ella una relación sexual por vía vaginal.

Alicia no recuperó la conciencia hasta las 17,30 horas de aquel día. Al despertarse prácticamente no podía ver pero se sentía molesta y aturdida a consecuencia de lo que Daniel la había hecho por lo que le pidió que la llevara a un médico a lo que éste se negó argumentando su irregular residencia en España, impidiéndola nuevamente abandonar el domicilio. Al rato llegó una amiga de Alicia (Marcelina) que se marchó asustada al verla en aquel estado. Tras salir, Marcelina se fue a un domicilio próximo en el que residía Rogelio con su entonces esposa, a quienes contó preocupada lo que le pasaba a Alicia y Rogelio, al escuchar lo que Marcelina describió así como los gritos que procedían del domicilio de Daniel, llamó a la Guardia Civil.

Al llegar la patrulla y llamar al domicilio Daniel y Alicia se asomaron a la ventana y, si bien primero insistió en que "no pasaba nada", al ver el estado de Alicia subieron y consiguieron

que se les franqueara la entrada. Aislaron a Daniel en una de las habitaciones y llamaron al servicio del 112 para atender a la víctima.

Alicia sufrió traumatismo laríngeo grado I-II Shaffer, erosión en el cuello y stress agudo, lesiones que precisaron para su curación de tratamiento médico (reposo, oxigenoterapia) habiendo invertido en ella 28 días de los que 8 estuvo hospitalizada, sin que le hayan quedado secuelas."[sic]

SEGUNDO.- La sentencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "FALLAMOS: Debemos CONDENAR Y CONDENAMOS al acusado Daniel :

1.- Como autor responsable de UN DELITO DE HOMICIDIO EN GRADO DE TENTATIVA ya definido, concurriendo como agravante la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal de parentesco, a la pena de OCHOS AÑOS DE PRISIÓN, con la accesoria de PRIVACIÓN DEL DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO DURANTE EL TIEMPO DE SU CONDENA.

2.- Como autor responsable de UN DELITO DE ABUSO SEXUAL ya definido, no concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de CINCO AÑOS DE PRISIÓN, también con la accesoria de PRIVACIÓN DEL DERECHO SUFRAGIO PASIVO DURANTE EL TIEMPO DE SU CONDENA.

3.- Como autor responsable de UN DELITO DE DETENCIÓN ILEGAL ya definido, concurriendo como agravante la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal de parentesco, a la pena de TRES AÑOS Y UN DÍA DE PRISIÓN, igualmente con la accesoria de PRIVACIÓN DEL DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO DURANTE EL TIEMPO DE SU CONDENA.

4.- Como autor responsable de QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA ya definido, concurriendo la circunstancia agravante de reincidencia, a la pena de MULTA DE VEINTIDÓS MESES, a razón de una cuota día de SEIS EUROS, con aplicación de una responsabilidad personal subsidiaria para el caso de que no sea satisfecha voluntariamente o por vía de apremio de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas conforme a lo dispuesto en el artículo 53 del Código Penal .

5.- Se le impone, además, por los tres primeros delitos la pena de PROHIBICIÓN DE ACERCARSE a menos de TRESCIENTOS METROS a Alicia , en cualquier lugar donde se encuentre, así como acercarse a su domicilio, a su lugar de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ella, y de ESTABLECER CON ELLA, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, CONTACTO ESCRITO, VERBAL O VISUAL, durante EL TIEMPO DE CUMPLIMIENTO DE SU CONDENA PRIVATIVA DE LIBERTAD y durante DIEZ AÑOS MÁS A PARTIR DE SU PUESTA EN LIBERTAD DEFINITIVA.

6.- Asimismo, el acusado indemnizará Alicia con la cantidad de DOCE MIL EUROS (12.000), cantidad que devengará el interés señalado en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

En el cumplimiento de las penas privativas de libertad impuestas le será de abono al condenado el tiempo que ha estado privado de libertad por esta causa.

Las costas procesales de esta causa se imponen al procesado.

Se acepta por sus propios fundamentos, el auto de insolvencia del condenado, dictado por el Juez de Instrucción en la correspondiente pieza de responsabilidad civil."[sic]

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó por la representación de Daniel recurso de casación por infracción de Ley, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- El recurso interpuesto se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION: Primero.- Por infracción de ley, del art. 849-1º de la LECr. A) 4Común a todos los delitos.

Eximente de embriaguez y/o atenuante: Infracción de ley, al amparo del art. 849.1 toda vez que se debía haber aplicado la eximente 2ª, del art. 20 C.P. o, en su caso, la atenuante 1ª o 2ª del art. 21 C.P. B ) Agravante de reincidencia: Infracción de ley, al amparo del art. 849.1 por indebida aplicación de la circunstancia agravante 8ª del art. 22 del C.P. C ) Delito de Homicidio en grado de tentativa: Infracción de ley, al amparo del art. 849.1º LECr., por indebida aplicación del art. 138 C.P., homicidio, toda vez que se debían haber aplicado los arts. 147 y 148 C.P., delito de lesiones, en relación con la correcta aplicación del art. 16.2 C.P., entendiéndose que la agravante del art. 23, circunstancia mixta de parentesco, sería de correcta aplicación para el supuesto del delito de lesiones. D) Delito de abuso sexual: Infracción de ley, al amparo del art. 849.1º LECr., toda vez que se debía haber aplicado la eximente y/o atenuante de embriaguez, de los arts. 20.2º y/o 21 1ª o 2ª C.P. E) Delito de detención ilegal: infracción de ley, al amparo del art. 849.1º LECr., por indebida aplicación del art. 163, y del art. 73 del C.P., toda vez que, en los hechos declarado probados, no concurre, a nuestro entender, el delito mencionado, según consolidada jurisprudencia de esa Sala; o por no haberse aplicado el concurso de normas que previene el art. 8 del C.P., y, por otra parte, en el caso de que se desestimara esta pretensión propugnamos, de manera alternativa, que debería aplicarse, por lo menos, la atenuante de embriaguez que reiteradamente venimos mencionando. F) Delito de quebrantamiento de Condena: infracción de ley, al amparo del art. 849.1º LECr., por indebida aplicación del art. 468.2, y de la agravante de reincidencia del art. 22.8ª, del C.P., a la vista de la doctrina expuesta en la STS de 26/09/2005. Segundo.- Por error en la apreciación de la prueba la amparo del art. 849.2º de la L.E.Cri.

QUINTO.- Instruidas las partes, el Ministerio Fiscal solicita la inadmisión del recurso interpuesto; la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera. Y, hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 17 de septiembre de 2007.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.- El recurrente, condenado por el Tribunal de instancia, como autor de un delito de homicidio, en grado de tentativa y con la concurrencia de la agravante de parentesco, otro de abusos sexuales, un tercero de detención ilegal y, finalmente, uno más de quebrantamiento de condena con la agravante de reincidencia, a las penas respectivas de ocho, cinco y tres años y un día de prisión, multa y alejamiento de la persona de la víctima, fundamenta su Recurso de Casación en siete diferentes motivos, todos ellos por supuesta infracción en la aplicación de la Ley (art. 849.1º LECr), una vez que se renunció a desarrollar el contenido del último, inicialmente anunciado a través de la vía del error de hecho en la valoración de la prueba (art. 849.2º LECr).

Por consiguiente, resulta conveniente recordar, con carácter general y previo, cómo esa vía casacional común, utilizada en todos los motivos planteados, de acuerdo con numerosísimos pronunciamientos de esta Sala, supone tan sólo la comprobación por este Tribunal de Casación de la correcta subsunción de los Hechos declarados probados en los preceptos de orden sustantivo que integran el ordenamiento penal.

Pero teniendo siempre en cuenta que semejante labor ha de partir de un principio esencial, cual es el de la intangibilidad de la narración de Hechos llevada a cabo por el Tribunal de instancia, a partir de la convicción que por el mismo se alcanza acerca de la realidad de lo acontecido, como consecuencia de la valoración del material probatorio disponible, que le es propia.

Y en tal sentido, hay que adelantar ya la clara improcedencia de todos los motivos, puesto que la descripción narrativa del relato sobre el que se asienta el pronunciamiento de la Audiencia es de sobra bastante e idónea para alcanzar su conclusión condenatoria con respecto a las diferentes calificaciones que merece la conducta del recurrente, reflejada cabalmente en esa narración fáctica.

Pero comprobemos a continuación y de manera individualizada el por qué de semejante conclusión general respecto de cada uno de los extremos de la Resolución de instancia cuestionados en el Recurso, debidamente ordenados.

A) Así, el motivo Tercero se refiere a la indebida aplicación del artículo 138 del Código Penal , que describe el delito de Homicidio, y la consiguiente incorrecta inaplicación, tanto del artículo 16.2 de ese mismo Cuerpo legal, al concurrir en la conducta de Daniel el supuesto del "desistimiento activo", como de los artículos 147 y 149 , en tanto que contemplan la figura del delito de Lesiones, que considera el Recurso que constituiría la calificación correcta de los hechos enjuiciados.

Explica razonadamente la Sentencia recurrida, en su Fundamento Jurídico Segundo y en perfecta sintonía con la narración que le precede, cómo los hechos integran el delito de homicidio, si bien en grado de tentativa, pues la conducta del autor, utilizando un medio tan idóneo para ello como lo es el "estrangulamiento" de la mujer que llegó a perder el sentido, tras la previa administración forzada de una importante cantidad de benzodiazepinas, hubiera sido bastante para alcanzar el resultado letal, resulta reveladora de que lo que realmente se pretendía era causar la muerte, que si inicialmente no llegó a producirse ello no significa ningún desistimiento en el curso de la ejecución de los actos necesarios para el homicidio, toda vez que éstos se concluyeron.

El que no se reanudase la agresión hasta conseguir definitivamente el propósito letal, obviamente no puede considerarse una "actividad" que revele el desistimiento.

B) El Quinto motivo, a su vez, alude a la indebida aplicación de los artículos 73 y 163 del Código Penal , en relación con la condena por el delito de detención ilegal, así como a la también indebida en esta ocasión inaplicación del artículo 8 de ese mismo Texto legal, habida cuenta de que, según el recurrente, nos encontraríamos ante un concurso de normas, ya que la privación de libertad debería de quedar absorbida dentro del atentado contra la vida o integridad física de la víctima, pues el dolo del autor no se refería a la privación de su libertad deambulatoria, sino a la de agredirla, teniendo en cuenta además que la mayor parte del tiempo en el que los hechos transcurren, la mujer estuvo privada de sentido, por lo que no hubiera podido disponer de la referida libertad de movimientos.

Es en el Fundamento Jurídico Cuarto en donde explica el Tribunal "a quo" las razones por las que también condena por el delito contra la libertad deambulatoria.

Y en él se aprecia el acierto de la Audiencia al referirse a aquella parte de los hechos declarados probados en los que se describe la conducta del recurrente impidiendo a la víctima, por la fuerza y cuando ésta recuperó la conciencia, que se marchara de la casa, declarando literalmente ésta en el Juicio oral que "...no pudo escaparse porque Daniel no la dejaba salir...", ni siquiera para recibir atención médica, como era su intención.

Actitud, por tanto, totalmente ajena y posterior al atentado contra la vida ya analizado y, por ende, con su propia entidad típica.

C) El Sexto motivo cuestiona la aplicación del artículo 468.2 del Código y, por ende, la atribución del delito de quebrantamiento de condena, ya que la víctima había perdonado al recurrente y ambos habían reanudado, de común acuerdo, la convivencia, de modo que el alejamiento previamente acordado carecería ya de fundamento.

Se refiere, a este respecto, la propia Resolución de instancia (Fundamento Jurídico Quinto) a la Sentencia de esta Sala de 26 de Septiembre de 2005 , que absolvía a un acusado del delito de quebrantamiento de la medida de seguridad de alejamiento por el hecho de que fue la propia víctima la que consintió la aproximación. Aunque resulte cierto igualmente el que "obiter dicta" se hiciera referencia en la misma Resolución también a la pena de similar contenido.

Pero como muy bien dicen los Jueces "a quibus", en perfecta comprensión del significado esencial de nuestra doctrina, una cosa es el incumplimiento de una medida de seguridad que, en principio, sólo puede aplicarse a petición de parte y cuyo cese incluso podría acordarse si ésta lo solicitase al Juez, que además tiene por objeto, obviamente, una finalidad meramente preventiva, y más aún incluso cuando, además, no diere lugar posteriormente a la producción de ninguno de los ilícitos que precisamente pretendía impedir, y otra, muy distinta, aquella situación, como la presente, en la que, aún contando

con la aceptación de la protegida, se quebranta no una medida de seguridad, sino una pena ya impuesta y cuyo cumplimiento no es disponible por nadie, ni aún tan siquiera por la propia víctima, cuando además se propicia, con ese incumplimiento, la comisión de hechos tan graves como los aquí enjuiciados.

Recordemos que la referida Sentencia de esta Sala partía del hecho de que "...la reanudación de la convivencia acredita la desaparición de las circunstancias que justificaron la medida de alejamiento..."

Constituiría, en el presente caso, un verdadero contrasentido el que precisamente la constatada frustración del fin pretendido por la pena precedente, que no era otro que el de la evitación de la ulterior reiteración delictiva, tras resultar desgraciadamente justificada de modo pleno "a posteriori" esa previa imposición, por la comisión de nuevas infracciones, se venga a permitir la impunidad del autor de semejante quebrantamiento.

Por ello no cabe excluir la comisión de este delito que tan acertadamente castiga la Sala de instancia.

D) El motivo Primero, con carácter general para todas las infracciones objeto de condena, y el Cuarto, en concreta y específica relación con el delito contra la libertad sexual, cuestionan el que no se haya valorado la embriaguez, que se dice que sufría el recurrente al tiempo de los hechos enjuiciados, como un supuesto de exención completa de la responsabilidad criminal, por intoxicación plena (art. 20.2ª ), como una eximente incompleta (art. 21.1ª CP ) o, al menos, como atenuante simple (art. 21.2ª CP ).

Pero lo cierto es que no se encuentra en el relato fáctico de la recurrida, cuya intangibilidad en este momento ya proclamamos con anterioridad, sustento alguno para la aplicación de las circunstancias excluyentes o atenuatorias de la responsabilidad criminal alegadas, toda vez que la única alusión a la ingesta alcohólica previa por parte de Daniel es la siguiente: "...y tras haber consumido alcohol en cantidad no determinada..."

Pretender, por tanto, sobre tan pobre base que no alude en absoluto a los efectos psíquicos de ese consumo, construir siquiera una atenuante simple es tarea abocada incuestionablemente al fracaso.

E) Y, finalmente, con el motivo Segundo se discute la aplicación de la agravante de reincidencia (art. 22.8ª CP ) al delito de Quebrantamiento de condena, por tratarse ésta de la recaída con motivo de una previa falta de amenazas en el ámbito de la violencia intrafamiliar, mientras que las condenas quebrantadas previamente, y que dieron lugar al antecedente generador de la reincidencia, se referían a penas de privación del permiso de conducir vehículos a motor.

Inicialmente, al margen de la correcta descripción de los requisitos para la aplicación de la agravada que se contiene en el relato de hechos probados, parecería, en efecto, carente de toda relación el antecedente utilizado para configurar la reincidencia con los hechos delictivos sobre los que ahora pretende proyectarse la agravante, por la diferente naturaleza entre unas condenas a la privación del permiso de conducir y la de la pena de alejamiento de la víctima.

Pero si analizamos detenidamente el precepto regulador de la reincidencia, advertimos cómo la "misma naturaleza" a la que se refiere el artículo 22.8ª del Código Penal y que tan amplio desarrollo ha tenido en la doctrina de la esta Sala (STS de 22 de Mayo de 2000 , entre muchas), no es la que vincula, en el caso del delito de quebrantamiento de condena del 468.2, a las penas objeto de incumplimiento o a las infracciones que dieron origen a aquellas sino al hecho mismo del incumplimiento de la sanción, que atenta al bien jurídico del respeto que merece todo pronunciamiento judicial firme y que viene descrito en un único precepto (art. 468.2 CP9 , cualquiera que fuere la pena incumplida).

Por ello, en uno y otro caso, lo importante es que se quebrantó en su día el cumplimiento de una pena, cualquiera que fuere ésta, y ahora, de nuevo, se vuelve a incumplir otra.

Por ello no es sólo que el delito antecedente y el actual sean de la misma naturaleza, sino que se trata en realidad de idénticas infracciones, previstas en el mismo precepto penal, consistentes ambas en el quebrantamiento de sendas condenas.

De prosperar la tesis del Recurso se llegaría al absurdo de que un quebrantamiento de condena nunca podría constituir antecedente para la aplicación de la reincidencia respecto de otro quebrantamiento si no fueran las mismas las sanciones incumplidas e incluso, más allá, si no guardasen relación las infracciones sucesivamente sancionadas y cuya sanción se incumplió.

Exigencias que, en modo alguno, figuran en la norma referida.

En resumidas cuentas, quien quebrante una pena impuesta, cuando ya incurrió en otro quebrantamiento anterior y con ello se hizo acreedor de la condena precedente, es reincidente, cualquiera que fuere la naturaleza de las penas quebrantadas, ya que ambos delitos, integrados por el hecho mismo del quebrantamiento, son idénticos en su tipicidad, mecánica comisiva y bien jurídico conculcado.

En definitiva, y de acuerdo con todo lo dicho, los motivos han de desestimarse y, con ellos, el Recurso en su integridad.

SEGUNDO.- A la vista del contenido desestimatorio de la presente Resolución, procede la declaración de condena en costas al recurrente, a tenor de lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

En consecuencia, vistos los preceptos legales mencionados y demás de general aplicación al caso,

## **FALLO**

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al Recurso de Casación interpuesto por la Representación legal de Daniel , contra la Sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Cáceres, que condenaba al recurrente, en fecha 12 de Diciembre de 2006, como autor de los delitos de homicidio intentado, abusos sexuales, detención ilegal y quebrantamiento de condena.

Se imponen al recurrente las costas procesales ocasionadas en este procedimiento.

Póngase en conocimiento del Tribunal de origen, a los efectos legales oportunos, la presente Resolución, con devolución de la Causa que, en su día, nos fue remitida.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Joaquín Delgado García D. José Manuel Maza Martín D. José Antonio Martín Pallín

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