

EL DELITO DE AMENAZAS

José Manuel Barranco Gámez.

José Manuel Barranco Gámez.

Abogado.

Licenciado en Derecho.

Licenciado en Criminología.

Detective Privado.

Máster en Prevención de Riesgos Laborales

Técnico Superior en PRL de las tres Especialidades.

**JUS NON IN SINGULAS PERSONAS, SED GENERALITER
CONSTITUITUR**

INDICE

EL DELITO DE AMENAZAS

- I. INTRODUCCIÓN. DE LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD.**
 - 1. FUNDAMENTO.**
 - 2. BIEN JURIDICO.**
 - 3. REGULACIÓN LEGAL.**
 - 4. CONDUCTAS DELICTIVAS.**
 - a. COACCIONES.**
 - b. DETENCIÓN ILEGAL.**
 - c. SECUESTRO.**
 - d. AMENAZAS.**
 - 5. JURISPRUDENCIA.**
- II. AMENAZAS.**
- III. ESQUEMA.**
- IV. CONCEPTO Y BIEN JURÍDICO.**
- V. TIPOS PENALES.**
 - 1. AMENAZAS DE UN MAL CONSTITUTIVO DE DELITO.**
 - 2. AMENAZAS DE UN MAL NO CONSTITUTIVO DE DELITO.**
 - 3. AMENAZAS DE CARÁCTER LEVE.**
- VI. CONSUMACIÓN.**

VII. EXTORSIÓN.

- 1. CONCEPTO.**
- 2. REGULACIÓN LEGAL.**
- 3. CONSUMACIÓN.**
- 4. ELEMENTOS OBJETIVOS DEL TIPO.**
- 5. ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL TIPO.**
- 6. ITER CRIMINIS.**
- 7. CONCURSOS.**
- 8. JURISPRUDENCIA.**

VIII. EL DELITO CONTINUADO DE AMENAZAS.

IX. OTROS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD.

OBSTRUCCIÓN A LA JUSTICIA.

- a. CONCEPTO, ANTECEDENTES Y BIEN JURIDICO.**
- b. TIPOS PENALES.**
- c. PROVOCACIÓN DE LA SUSPENSIÓN DE UN PROCEDIMIENTO E INCOMPARECENCIA A LA CITACIÓN.**
- d. COACCIONES O REPRESALIAS.**
- e. OCULTACIÓN DE ACTUACIONES JUDICIALES.**

X. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.

- 1. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 14 DE NOVIEMBRE DE 2006.**
- 2. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 12 DE JULIO DE 2001.**
- 3. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 6 DE NOVIEMBRE DE 2001.**

4. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 14 DE DICIEMBRE DE 2006.
5. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 26 DE OCTUBRE DE 2005.
6. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 9 DE OCTUBRE DE 2002.
7. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 19 DE ABRIL DE 2002.
8. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 27 DE ENERO DE 2000.
9. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 12 DE JUNIO DE 2000.
10. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 1 DE JUNIO DE 2001.
11. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 28 DE ABRIL DE 2000.
12. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 4 DE FEBRERO DE 2000.
13. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 18 DE SEPTIEMBRE DE 1986.
14. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 31 DE MARZO DE 1993.
15. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 21 DE JULIO DE 1992.
16. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 19 DE OCTUBRE DE 2000.
17. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 14 DE SEPTIEMBRE DE 2000.
18. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 28 DE ABRIL DE 2006.
19. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 12 DE DICIEMBRE DE 1997.

- 20. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE FEBRERO DE 1997.**
- 21. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 18 DE FEBRERO DE 1997.**
- 22. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 21 DE MAYO DE 1997.**
- 23. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 12 DE JULIO DE 1997.**
- 24. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 18 DE SEPTIEMBRE DE 1986.**

XI. BIBLIOGRAFIA.

RESUMEN

El delito de amenazas, es considerado en términos dogmáticos por la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo como un delito de simple actividad, de expresión y de peligro, ofrece un primer concepto inicial que no es otro que la conminación de un mal futuro, idea común a todas sus especies, ya delictivas, ya contravencionales, pero que, evidentemente, no las abarca en su especificidad, por lo que doctrinalmente se ha dado una noción analítica, por yuxtaposición de tales modalidades legales de amenazas, esencialmente las condicionales y las no condicionales, centrando la idea en el mal conminado, vía seguida por la jurisprudencia, se ha completado la regulación legal exigiendo, además de la nota de mal futuro, la del injusto, determinado, posible, dependiente de la voluntad del sujeto activo y susceptible de producir intimidación en el sujeto amenazado, requisito este último decisivo en esta noción descriptiva, pues basta, para que el delito se dé, la idoneidad de la amenaza en sí misma (peligro abstracto), sin necesidad de que la perturbación anímica haya tenido lugar efectivamente (peligro concreto), sin perjuicio de que este último riesgo para el amenazado concorra también, cosa que ocurrirá la mayoría de las veces, lo que viene a dotar al delito de amenazas de autonomía como delito contra la libertad y seguridad frente al básico delito de coacciones. Pero en todo caso, para su consumación, debe llegar a la persona a la que se dirige la amenaza

El único propósito de la amenaza es crear una intranquilidad de ánimo, inquietud o zozobra en el amenazado, pero sin la intención de dañar materialmente al sujeto. Nos encontramos ante un delito de peligro o mera actividad y no de verdadera lesión, de tal suerte que si ésta se llegara a producir se sancionaría por la lesión en sí (muerte o lesiones por ejemplo) y no por la amenaza, la cual quedaría absorbida por ese delito. El bien jurídico protegido, viene integrado por la libertad del individuo en sus diversas manifestaciones, la libertad en la formación de la voluntad en el delito de amenazas.

PALABRAS CLAVES

Anuncio, mal, aterrorizar, intimidar, realización, voluntad, chantaje, intranquilidad, inquietud, delito de peligro, delito de mera actividad, resultado lesivo.

EL DELITO DE AMENAZAS

I. INTRODUCCIÓN. DE LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD

La protección de un valor tan esencial de la persona como la libertad es una constante de todos los ordenamientos jurídicos que se encuentra, además, reconocido en los grandes textos internacionales de Derechos Humanos y en todas las Constituciones. Proteger la libertad, en general, es algo así como pretender un imposible, por lo que la libertad de la que hablamos no es tanto la libertad en sentido filosófico o metafísico sino en sus más concretas manifestaciones, que tienen en común una idea: la capacidad de decidir y autodeterminarse que tiene todo ser humano, por el hecho de ser persona. Efectivamente, abolida la esclavitud, todo ser humano puede decidir libremente, sin más límites que lo que su conciencia le dicte en su fuero interno y, por supuesto, los que derivan de las leyes.

Por esa razón, son clásicos los delitos que examinamos, e incluso, existen viejos delitos, como los delitos sexuales, antes protectores de la honestidad y las buenas costumbres, y ahora de la libertad sexual, así como nuevos delitos, como los delitos informáticos, que sancionan los ataques a la libertad informática.

Todo ello, habla, pues de la importancia de esta dimensión de la persona que, junto con la seguridad, conforma la dialéctica de la vida en sociedad. Por eso, los límites a su ejercicio y la protección que se brinda a quienes resultan víctimas de la misma.

Finalmente, para darse una idea de la importancia que el Código Penal concede a la libertad, basta un dato: regula los delitos contra la misma, inmediatamente detrás de los delitos contra la vida y la integridad física, es decir, de los delitos que atentan, como tiene dicho el Tribunal Constitucional, contra el primero, el derecho a la vida, que

constituye derecho soporte y troncal de todos los demás pues sin vida no cabe hablar de libertad en ninguna de sus manifestaciones ni de ningún otro derecho.

1. FUNDAMENTO

La libertad constituye uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico (artículo 1.1 de la Constitución Española) y, por su parte, el artículo 17.1 de la Constitución Española dice: "Toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma prevista en la ley". Finalmente, la dignidad de la persona y en particular su libertad y demás derechos fundamentales son fundamento del orden político y la paz social, según dice el artículo 10.1 de la Constitución Española.

Queda, pues, fuera de toda duda, la importancia de la libertad y, en consecuencia, la necesidad de protegerla de forma máxima, lo cual justifica su tutela por el orden penal. Por eso, el Código Penal protege la libertad, en muy diversas manifestaciones y en lugares distintos del texto: libertad de circulación o deambulación, libertad ideológica, de conciencia y religión, libertad económica, libertades fundamentales, libertad de expresión etc.

2. BIEN JURÍDICO

La libertad individual, en cuanto a la capacidad de cualquier persona de decidir lo que quiere hacer, es decir, su capacidad de autodeterminación, y, en particular, su libertad de desplazamiento, de tránsito, de circulación o deambulatoria, que de todos esos modos se conoce.

No se trata aquí, de proteger la libertad en sentido metafísico, sino en una de sus concretas manifestaciones, la libertad personal de decidir y de decidir hacer o no hacer una cosa, y de desplazarse de un lugar a otro. Junto a ello, otros delitos aquí

contemplados, como el secuestro o las amenazas, pueden atacar el patrimonio de la víctima.

3. REGULACIÓN LEGAL

Los artículos 163 a 172, ambos inclusive, del Código Penal, regulan, dentro del Título VI, del Libro II, los "Delitos contra la Libertad", distinguiendo tres capítulos: detenciones ilegales y secuestros; amenazas; y coacciones, que se corresponden, respectivamente, con los artículos 163 a 168, 169 a 171 y 172. Por otro lado, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, introdujo los apartados 4,5 y 6 del artículo 171, a fin de sancionar específicamente las amenazas contra quien sea o haya sido la esposa o mujer ligada al autor por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, imponiendo, además de las penas correspondientes, medidas protectoras para los hijos. Estas conductas contra la libertad personal han sido de nuevo modificadas por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio.

4. CONDUCTAS DELICTIVAS

Cuatro son las conductas sancionadas que se examinan: las coacciones, las detenciones ilegales, el secuestro y las amenazas.

Se exponen seguidamente, por dicho orden:

a. COACCIONES

Es la conducta básica porque la detención, el secuestro y las amenazas son formas de coacción cualificadas, es decir, sobre la conducta base de una coacción, se añaden otros datos o elementos: en la detención ilegal, una imposibilidad de

desplazamiento; en el secuestro, una presión económica y en las amenazas una perturbación anímica.

Consiste en impedir a otro, con violencia, hacer lo que la ley no prohíbe u obligarle a efectuar lo que no quiere. Esa violencia puede ser física o moral (intimidación) y para ser punible, debe ser proporcional, es decir, la necesaria para conseguir su objetivo. Cuando la coacción es leve, será una falta en vez de delito. Si no se logra lo que se desea, habrá una tentativa. Y en cambio no será sancionado coaccionar ejerciendo un derecho, deber como sucede cuando se impide el suicidio de otro o se evita la comisión de un delito. La Ley Orgánica 5/2010 introduce la punición expresa de las coacciones en el ámbito del disfrute de la vivienda.

b. DETENCIÓN ILEGAL

Se castiga "encerrar" o "detener" que supone confinar a alguien en un lugar cerrado del que no puede salir -en un habitación con llave, en el maletero de un coche...- o, simplemente, vigilarle para que no se escape,teniéndolo atado, esposado o bajo el control de un arma de fuego. No importa el tiempo que dure, porque el delito se produce de modo instantáneo, aunque en la pena tiene influencia el tiempo que haya durado la privación de libertad. Se castiga tanto al particular como al policía que hace una detención fuera de los casos que autoriza la ley. Y se sanciona de modo agravado, con penas más elevadas, las detenciones ilegales en que se simula ser una autoridad o funcionario, cuando la víctima es especialmente vulnerable -menor de edad, incapaz- o cuando la comete un funcionario público o autoridad, de forma ilegal.

c. SECUESTRO

La acepción más difundida es la de "detener a alguien a cambio de dinero por su rescate". En el Código Penal español, es la detención ilegal de una persona exigiendo una condición para liberarle, la cual puede ser económica o de otra naturaleza. Se

agravan las penas, si no se da razón del paradero del secuestrado, si dura más de quince días o si lo realiza un funcionario o autoridad.

d. AMENAZAS

Amenazar es anunciar un mal futuro a alguien. Pero para que sea delito, se requiere que la amenaza tenga una entidad suficiente y ser real, serio, concreto y depender del amenazante. Se afecta el sosiego, la tranquilidad de ánimo, y debe, por ello, producir una perturbación anímica clara. El delito puede producirse de muchos modos: de palabra, por escrito, por gestos inequívocos. Pero en todo caso, para su consumación, debe llegar a la persona a la que se dirige la amenaza por lo que si la policía detecta una carta amenazadora, antes de que la conozca la presunta víctima, habrá habido una tentativa. Si la amenaza la profiere un terrorista se juzgará como delito de terrorismo pero si el que amenaza se hace pasar como terrorista sin serlo, será unas amenazas comunes. Las penas varían según en qué consista la amenaza (un delito u otra cosa, que no sea delito). Y si lo que se exige es dinero u otra recompensa para no revelar algún hecho relacionado con la vida privada del amenazado que pueda afectar a su fama, crédito o intereses, de ser conocido, se llama "chantaje" y tiene una pena que puede llegar a los cuatro años de prisión. Es importante tener en cuenta que dado el componente psicológico que tiene toda amenaza, no cabe castigar por este delito a quien amenace a un enfermo mental o a una persona jurídica.

5. JURISPRUDENCIA

Se considera acabada la detención tanto cuando se abre la puerta del coche, se le libera del lugar donde estaba encerrado, se le quitan las ataduras que le mantenían sujeto a un árbol o se queda dormido el que le custodiaba, facilitando así el fin de la detención (Sentencia del Tribunal Supremo 1108/2006, de 14 de noviembre). Dicen estas normas

penales: "Art. 163.1. El particular que encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad, será castigado con la pena de prisión de cuatro a seis años.

2. Si el culpable diera libertad al encerrado o detenido dentro de los tres primeros días de su detención, sin haber logrado el objeto que se había propuesto, se impondrá la pena inferior en grado".

Este apartado 2 sanciona lo que la doctrina llama un delito privilegiado, esto es, una figura penal más leve que el tipo básico, para cuya aplicación es necesario, conforme a su propio texto, que concurran dos requisitos:

Primer requisito. Que el culpable dé libertad al detenido dentro de los tres primeros días de su detención.

Como se trata de una norma favorable al reo no se viola el principio de legalidad penal, garantía procesal reconocida en el art. 25.1 CE, si se hace una interpretación extensiva de dicha norma, porque ello en definitiva redunda en beneficio del responsable criminal.

Conforme a esto, esta sala viene entendiendo que se da libertad al encerrado o detenido, no sólo cuando hay una acción directa de poner fin al encierro o detención, por ejemplo abriendo la puerta del coche donde se le había encerrado o quitándole las ataduras que le mantenían sujeto en un árbol; sino también cuando realiza determinados actos que hacen posible esa liberación de manera fácil o más o menos inmediata, como sucede cuando se encierra en un piso no alto sin especiales obstáculos para abrir alguna ventana, o se deja la puerta abierta, o se avisa a la policía, o si quien está custodiando al encerrado se queda dormido de modo que le es fácil a la víctima poner fin a su detención, que es el caso previsto en nuestra sentencia 628/2004, de 17 de mayo, citada en la sentencia recurrida.

Por ello hemos de manifestar aquí nuestro acuerdo con lo decidido por la Audiencia Provincial cuando aplicó tal tipo privilegiado del art. 163.2 al presente caso, en el que el ahora recurrente se quedó dormido y ello permitió que la encerrada en el coche levantara el mecanismo de cierre de algunas de las dos puertas y así pudiera salir y pedir auxilio.

Incluso pudo ocurrir que Gregorio se quedara voluntariamente dormido descuidando así con un acto consciente la custodia de la encerrada que hasta ese momento venía manteniendo. No sabemos cómo se quedó dormido el acusado y tal falta de precisión sobre este dato en los hechos probados ha de interpretarse en beneficio del imputado, a virtud del principio "in dubio pro reo" de tanta importancia en el derecho penal. Al respecto nos dice la sentencia recurrida (páginas 4 y 5) que "cuando por última vez recuperó el sentido, se percató de que el acusado estaba dormido y pudo salir del coche, puesto que el cierre de las puertas era manual". Son manifestaciones de la víctima a las que la propia sala de instancia dice concederles su crédito.

Por tanto, pudo existir una actuación voluntaria del acusado al quedarse dormido con conciencia de que Lina podía aprovechar tal situación para salir del vehículo.

Por aplicación del principio "in dubio pro reo", como hemos dicho, tal posibilidad ha de tenerse como hecho probado. Entendemos que existe así una acción del sujeto activo del delito equiparable a ese dar la libertad dentro de los tres días exigida por el art. 163.2. Como ha dicho esta sala en algunas ocasiones (Ss. 769/2003, de 31 de mayo, y 119/2005, de 7 de febrero) tender "un puente de plata" para que sea posible la salida del encierro de la víctima por sus propios medios, con mayor o menor dosis de voluntad en el autor del hecho, equivale al desistimiento activo, esto es, al cese de la situación antijurídica por una acción del responsable penal.

Segundo requisito. Que tal acción de dar la libertad se haya realizado, sin haber logrado el autor del delito "el objeto que se había propuesto". Ciertamente quiere decirnos aquí el legislador que cuando la detención ilegal tiene una finalidad conocida, si esta ya se ha conseguido por el autor, pese a existir esa liberación dentro de tal plazo, no es posible aplicar esta rebaja de pena del art. 163.2.

Se trata de un requisito negativo o impeditivo que entendemos también se produjo en el caso presente.

La sentencia recurrida no nos dice cuál fue el objeto que se había propuesto el acusado, aunque asegura que tal objeto no lo consiguió (pág. 7, final del apartado III).

Parece que ese encierro y esos golpes dados a Lina fueron en el curso de una discusión motivada porque ella dijo querer romper sus relaciones con su compañero, como algo surgido en el seno de las mismas diferencias existentes entre ellos. No consta que hubiera un propósito de conseguir algo por medio de ese encierro. Desde luego no aparece que tal fuera el que ella cambiara de opinión. En todo caso no hay datos de que tal cambio llegara a existir.

Es decir, nada hay que nos permita afirmar que esa puesta en libertad a que antes nos hemos referido (requisito 1º) fuera consecuencia de que el acusado hubiera logrado aquello que pudiera haber sido el móvil de ese encierro dentro de su coche.

Así pues, hay que entender que concurre asimismo este 2º requisito para la aplicación del tipo privilegiado que estamos examinando (art. 163.2).

Es detención ilegal la practicada de forma arbitraria o injustificada, al margen de lo dispuesto en la ley (Sentencia del Tribunal Supremo 1125/2001, de 12 de julio). La

detención ilegal del artículo 163, antiguo artículo 480 del Código de 1973, es una infracción instantánea (ver la Sentencia de 6 de junio de 1997) que se produce desde el momento en que la detención o el encierro tienen lugar. En directa relación con los artículos 489 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 17 de la Constitución, tal infracción ha de moverse obligatoriamente alrededor del significado que quiera atribuirse a los verbos del texto penal, detener y encerrar. En ambos casos se priva al sujeto pasivo de la posibilidad de trasladarse de lugar según su voluntad, limitándose ostensiblemente el derecho a la deambulación en tanto se impide de alguna manera el libre albedrío en la proyección exterior y física de la persona humana. Si encerrar supone la privación de la libre deambulación porque se tiene a la persona dentro de los límites espaciales del largo, ancho y alto, detener en cambio implica también esa limitación funcional aunque de distinta forma ya que, sin necesidad de encerrar materialmente, se obliga a la inmovilidad no necesariamente con violencia o intimidación (ver en este sentido la Sentencia de 28 de noviembre de 1994).

Dicho delito se proyecta desde tres perspectivas. El sujeto activo que dolosamente limita la deambulación de otro, el sujeto pasivo que anímicamente se ve constreñido en contra de su voluntad, y por último el tiempo como factor determinante de esa privación de libertad, aunque sea evidente que la consumación se origina desde que la detención se produce. Precisamente el factor tiempo es uno de los requisitos diferenciadores respecto del delito de coacciones del artículo 172 del Código, aunque en modo alguno esgrimido por los recurrentes, si bien esa distinción venga propiciada esencialmente en razón a la especialidad. El delito de coacciones es el género en tanto que la detención ilegal es la especie, de suerte tal que la detención desplazará a las coacciones siempre que la forma comisiva afecte, a través de los verbos antes explicados, al derecho fundamental de los artículos 17 y 19 de la Constitución. Tampoco es posible la aplicación del art. 530 del Código penal, porque no media causa por delito alguno.

La Sentencia de esta Sala de 17 de junio de 2000, trata de un supuesto de hecho con grandes analogías con el presente caso, ya que se produjo un traslado injustificado a

Comisaría de Policía para su identificación, por parte de un policía municipal, declarando esta Sala en dicha resolución judicial que "apareciendo una actuación abusiva de quien por la condición de policía municipal debe atemperar su actuación desde el respeto a la Ley, y no a pretexto de ella, instrumentalizar los poderes de que le ha investido la sociedad para abusar de ellos privando de la capacidad ambulatoria a un ciudadano. En el presente caso fue patente la ilegalidad de la acción del recurrente desde el inicio..., constituyendo un delito de detención ilegal al evidenciarse la conciencia plena, absoluta y segura del recurrente de ser consciente de la naturaleza antijurídica de su actuar, consumándose el delito en el mismo momento de la privación de la capacidad ambulatoria dada su condición de delito instantáneo. El motivo debe ser desestimado, existió el delito del artículo 184 del anterior Código Penal que aplicaba una pena benévola, casi privilegiada en relación con la gravedad de la conducta, lo que ya no ocurre en el tipo correspondiente del vigente Código Penal -art. 167-".

En el mismo sentido, las Sentencias de esta Sala de 23 febrero y 3 octubre 1996, el delito de detención ilegal del artículo 480 del antiguo Código Penal, que se corresponde con el artículo 163 del vigente ahora, es una infracción instantánea que se produce desde el momento en que la detención o el encierro tiene lugar y está en directa relación con los artículos 489 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 17 de la Constitución, por lo que ha de moverse alrededor del significado que quiera atribuirse a los verbos del texto penal, detener y encerrar. En ambos casos se priva al sujeto pasivo de la posibilidad de trasladarse de lugar según su voluntad.

El tipo descrito en el art. 163 CP es un delito que se caracteriza por la concurrencia de los siguientes requisitos: 1) el elemento objetivo del tipo consistente en la privación de la libertad deambulatoria de la persona.

Y que esa privación de libertad sea ilegal. Para determinar la ilegalidad o no de la detención hay que acudir a la LECrim, arts. 489 y ss. Al ser el acusado de detención

ilegal funcionario público, su actuación sólo será delictiva si se hubiese producido un exceso en el cumplimiento de las obligaciones encomendadas.

2) el elemento subjetivo del tipo, el dolo penal, consiste en que la detención se realice de forma arbitraria, injustificada, siendo un delito eminentemente intencional en el que no cabe la comisión por imprudencia.

En el caso enjuiciado en estas actuaciones se cumplen los dos requisitos citados, ya que, desde el plano objetivo, se retuvo al ciudadano perjudicado, privándole de su libertad personal, durante más de una hora, llevándole a un descampado (monte), y conduciéndole finalmente a la Comisaría de Policía, contra la voluntad del afectado, y sin ningún motivo, al menos que haya sido expuesto, para verificar ese largo recorrido, con parada incluida en el monte; desde el plano subjetivo, la detención ha sido arbitraria e injustificada, ya que la documentación que portaba era suficientemente ilustrativa, con sellos y fotografía, legalizada, sin que pueda justificarse por la existencia de un presunto delito de falsificación de documentos, sencillamente porque tales diligencias nunca llegaron siquiera a iniciarse, ni denunciarse por los integrantes de la patrulla de la Policía Local, intencionalidad que resulta de los acontecimientos ocurridos, como se desprende de la jurisprudencia de esta Sala (ad exemplum, Sentencias de 3 de noviembre de 1992 y 28 de mayo de 1993, entre otras muchas, la primera de las cuales ya dijo que el funcionario ha de extremar el uso de las importantes facultades que la ley le confiere; su exceso, su abuso o la tosca utilización de las mismas con fines repudiables, llevan a la consumación del delito).

Algunas Sentencias de esta Sala, han tratado de casos parecidos, como la de 16 de julio de 1997, que condena a Jefe de Policía Local que mantiene retenidas a cuatro personas por casi dos horas sin informarles de sus derechos; la de 7 de mayo de 1997, que confirma la condena a un ertzaina que detiene a un conductor de vehículo por incidente de tráfico sin relevancia penal; la de 24 de febrero de 1997, que trata de unos guardias civiles que llevan detenida a una persona esposada al puesto de los mismos sin

motivo justificado; la de 30 de junio de 1995: policías locales que privan de libertad a ciudadanos indebidamente; la de 5 de junio de 1995: policía que priva de libertad indebidamente; la de 25 de septiembre de 1993: policías nacionales que detienen a sospechoso insuficientemente documentado (privación de libertad durante aproximadamente una hora).

Tanto se comete el delito de detención ilegal, encerrando a la víctima como trasladándola de modo forzoso de un lugar a otro, pues de ambos modos se le priva de la libertad de movimientos (Sentencia del Tribunal Supremo 2040/2001, de 6 de noviembre). Respecto a la primera cuestión, como dice acertadamente el Ministerio Fiscal, el recurrente hace una distinción entre el encierro y la detención, olvidando que a efectos penales, tanto cumplen el tipo las conductas identificadas con el encierro de la víctima como las de su detención y las de su forzoso traslado de un lugar a otro, ya que en todas ellas, se le priva de libertad de movimientos, sea impidiéndolos, siendo imponiendo los que no desea hacer. Para ello, no es necesaria la permanencia en el tiempo - sentencias del Tribunal Supremo de 4 Julio, 10 Septiembre y 3 Noviembre de 1992-, aunque sí una cierta entidad de la privación de aquella libertad.

Aplicando tal doctrina al caso que se examina, no puede negarse que el tipo se consuma cuando bajo la amenaza de un cuchillo en la axila y agarrándole por un brazo, se conduce a un joven de 15 años por diferentes calles y por un tiempo aproximado de quince minutos.

b) Por lo que se refiere a la segunda denuncia, derecho a la presunción de inocencia, el motivo no puede tampoco prosperar, toda vez que la invocación casacional del derecho a la presunción de inocencia no permite a esta Sala, sino constatar la existencia de prueba lícitamente obtenida y de un sentido racionalmente incriminatorio - sentencias del Tribunal Supremo de 7 Julio 1997, y 9 Abril, 30 Junio, 5 Julio, 6 y 16 Julio, 6 y 17 Setiembre de 1999-, por lo que una vez comprobados estos extremos, no se puede, como ahora pretende el motivo, sustituir el criterio valorativo del Tribunal de instancia, ya que no sólo éste gozó de las imprescindibles condiciones de inmediación,

por lo que el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal le confiere en exclusiva la función de valoración con el único límite antes mencionado de la racionalidad a que remite la expresión "en conciencia" - sentencia 7 Setiembre de 1999-.

Ciertamente en el motivo, se reconoce la existencia de prueba de cargo integrada en primer lugar por la declaración de la víctima de los hechos, testigo directo de los mismos, que no constituye prueba única, sino que viene confirmada por las manifestaciones de su amigo Carlos María , presente en el primer momento, cuando el recurrente cogió a Eugenio y se lo llevó del lugar; este mismo joven y su padre declararon en el Plenario, cómo oyeron al recurrente dirigirse a Eugenio gritando "como lo digas, te mato", " Eugenio, te voy a matar, no digas nada", en la misma noche de los hechos.

Otra confirmación, la aportó el testimonio de Eloy que en esa misma ocasión al oír los gritos del recurrente a los jóvenes, salió a la calle preguntándole qué le pasaba con ellos, a lo que respondió aquél, que nada y que era libre para ir por donde quisiera.

En definitiva, hubo un doble testimonio directo sobre la realidad de la detención ilegal, así como prueba directa sobre elementos indiciarios que vienen a confirmar periféricamente el relato de los testigos presenciales.

Nada puede objetarse sobre la lícita obtención y práctica de estas pruebas ni sobre su sentido incriminatorio, por lo que sólo resta la cuestión de su valoración, o lo que es lo mismo, de la credibilidad que pueden merecer. Pero como se ha dicho con anterioridad, es ésta, una función exclusivamente encomendada al Juzgador de instancia.

Como afirma el Ministerio Fiscal, es clara la improcedencia de la subsunción del relato de los hechos probados en los tipos penales invocados, y ello por una doble consideración, como acertadamente aquél expone.

De una parte, no puede considerarse correcta la inferencia sobre el elemento subjetivo del tipo penal, porque no se describen datos objetivos que inequívocamente exterioricen ese ánimo, conforme a un juicio lógico y de experiencia común.

Así, pese a tener a su merced a Eugenio, mediante la fuerza física y psíquica, el autor no realizó ningún comportamiento de índole de connotación sexual, lo que en unos quince minutos de deambulación por calles desiertas, bien hubiera podido realizar, aunque fuera en términos de aproximación o anticipo.

El único dato que apoya la inferencia del Tribunal sobre el ánimo lúbrico del acusado es el que reiteradamente dijera a la víctima "te voy a dar por el culo". Pero esta expresión es conocidamente equívoca: junto con su significado netamente sexual, tiene un uso figurado, -en realidad mucho más frecuente en el lenguaje vulgar-, equivalente al de "molestar, fastidiar, incomodar, maltratar, perturbar...". Este segundo uso no permite descartar que el anuncio hecho a la víctima viniera referido exclusivamente a molestias o perturbaciones sin connotación sexual como golpes, malos tratos, encierro... para los que también se buscaba la clandestinidad y mayor facilidad que podía ofrecer el propio domicilio del autor.

De ahí que la inferencia o juicio de valor del Tribunal incida en una cierta arbitrariedad en tanto no viene apoyada por la ciencia, la experiencia y el estricto método lógico.

Por otra parte, su impugnación, puede apoyarse también en consideraciones de otro orden, aun admitiendo la existencia de un propósito de atentar finalmente contra la libertad sexual del menor, los hechos descritos en el "factum" de la sentencia, no integran la tentativa de agresión por la que se ha condenado, en tanto no suponen siquiera un inicio de ejecución de la conducta y se mantiene en el ámbito de los actos preparatorios, impunes desde la perspectiva del tipo penal propuesto, sin perjuicio de su posible subsunción en otros preceptos como los que castigan las amenazas.

De la misma forma, que como señala el Ministerio Fiscal, el trasladar a una persona a un lugar apartado y seguro anunciándole que se la va a matar no sería tentativa de homicidio sino detención ilegal y amenazas.

Procede, pues, la estimación del motivo, casando y anulando la sentencia de instancia en este particular.

No existe amenaza cuando se dice que se le enviará la Guardia Civil si no paga una deuda reconocida en sentencia (Sentencia del Tribunal Supremo 1259/2006, de 14 de diciembre). En efecto, el tipo penal por el que ha sido condenado contiene un doble elemento normativo: a) que se amenace a una persona con "un mal que no constituya delito"; y, b) que "la amenaza fuere condicional y la condición no consistiere en una conducta debida", circunstancias que han de concurrir conjuntamente; sin que ninguna de ellas concurra en el presente caso, por las siguientes razones:

a) porque la conducta que se exigía a Inmaculada consistía en que pagase la deuda que le había sido impuesta en una sentencia judicial firme (se trataba, pues, de una conducta debida).

b) porque "amenazar" con enviar a la Guardia Civil para que efectúe una inspección, no puede considerarse objetivamente como un mal; siendo significativo al

respecto la forma en que se comportó este acusado, que se limitó a requerir a la Sra. Inmaculada la presentación de determinados documentos (TC-2 de la Seguridad Social, nóminas de empleados y licencia de apertura, al tiempo que interesaba visitar la residencia), y ante la negativa de dicha señora y de su marido se ausentó de la residencia.

De lo dicho, es preciso concluir que la conducta imputada a este acusado es penalmente atípica. No es constitutiva del delito de amenazas por el que ha sido condenado, con independencia de la consideración que pueda merecer en el plano reglamentario y disciplinario del Cuerpo al que el mismo pertenece.

En conclusión, procede estimar este motivo, lo cual hace innecesario estudiar el posible fundamento de los restantes motivos del recurso.

Para distinguir entre un delito y una falta de amenazas hay que valorar todas las circunstancias del caso, pues se trata de una infracción criminal eminentemente circunstancial, en la que deben ponderarse la ocasión en que se profiera, personas intervinientes, actos anteriores, simultáneos y, sobre todo, posteriores al hecho material de la amenaza (Sentencia del Tribunal Supremo 1253/2005, de 26 de octubre). El delito de amenazas se comete por el anuncio consciente de un mal futuro, impuesto, determinado y posible con el único propósito de crear una intranquilidad de ánimo, inquietud o zozobra en el amenazado, pero sin la intención de dañar materialmente al sujeto mismo (STS. 593/2003 de 16.4).

Son sus caracteres generales:

1º) el bien jurídico protegido es la libertad de la persona y el derecho que todos tienen al sosiego y a la tranquilidad personal en el desarrollo normal y ordenado de su vida; 2º) es un delito de simple actividad, de expresión o de peligro, y no de verdadera

lesión, de tal suerte que si ésta se produce actuará como complemento del tipo; 3º) el contenido o núcleo esencial del tipo es el anuncio en hechos o expresiones, de causar a otro un mal que constituya delito de los enumerados; anuncio de mal que de ser serio, real y perseverante, de tal forma que ocasione una repulsa social indudable; 4º) el mal anunciado ha de ser futuro, injusto, determinado y posible que depende exclusivamente de la voluntad del sujeto activo y produce la natural intimidación en el amenazado (STS. 268/99); 5º) este delito es eminentemente circunstancial, debiendo valorarse la ocasión en que se profiera, personas intervinientes, actos anteriores, simultáneos y sobre todo posteriores al hecho material de la amenaza; 6º) el dolo específico consiste en ejercer presión sobre la víctima, atemorizándola y privándola de su tranquilidad y sosiego, dolo indubitado, en cuanto encierra un plan premeditado de actuar con tal fin o "animo intimidatorio evidente contra la víctima (ATS. 1880/2003 de 14.11). Elementos estos recogidos por reiterada jurisprudencia (STS. 268/99 de 26.2, 1875/2002 de 14.2.2003), en el sentido de que el delito de amenazas se caracteriza por una conducta del agente integrada por expresiones o acto idóneos para violentar el ánimo del sujeto pasivo, intimidándole con la conminación de un mal injusto, determinado y posible, de realización más o menos inmediata, que la expresión de dicho propósito por parte del agente sea seria, firme y creíble, atendiendo a las circunstancias concurrentes; y que estas mismas circunstancias: subjetivas y objetivas, doten a la conducta de la entidad suficiente como para merecer una contundente repulsa social, que fundamente razonablemente el juicio de antijuricidad de la acción y su calificación como delictiva.

Se trata en definitiva, de un delito de los que mayor relativismo presenta, por lo que debería atenderse a las circunstancias concurrentes. El dolo del tipo de amenaza no condicional resulta del propio tenor de las frases utilizadas y de la forma y momento en que son proferidas en el ámbito de las relaciones entre autor y víctima, que los hechos probados reflejan (SSTS. 57/2000 de 27.1, 359/2004 de 18.3).

Pues bien, las infracciones criminales tipificadas en los arts. 169 y 620 CP, tienen identidad, denominación y estructura jurídica y se diferencian tan solo por la

gravedad de la amenaza, ésta ha de valorarse en función de la ocasión en que profiere, personas intervinientes, actos anteriores, simultáneos y posteriores. La diferencia es circunstancial y radica en la mayor o menor intensidad del mal con que se amenaza para el bien jurídico protegido. La jurisprudencia ha venido decantándose por la existencia del delito cuando nos encontramos ante una amenaza grave, seria y creíble por ser potencialmente esperado un comportamiento agresivo que lleve a efecto el mal amenazado. El criterio determinante de la distinción, tiene aspectos mayoritariamente cuantitativos, pero no debe descuidarse el perfil cualitativo de la amenaza que habrá que extraer de una serie de datos antecedentes y concurrentes en el caso (SSTS. 1489/2001 de 23.7, 832/98 de 17.6).

La sentencia 182/99 de 10.2 justificó la condena como falta, (artículo 629 del Código Penal actual) por dos circunstancias:

1ª La clara inexistencia de intención de causar el mal con el que se amenazaba, lo que conocieron los amenazados y

2ª No haber persistido en su idea de amenazar. El hecho de que el acusado utilizara un cuchillo para intimidar no es suficiente para proporcionar al hecho esa gravedad. El propio art. 620.1 CP. conforme al cual la sentencia recurrida condenó al acusado, prevé la posibilidad de que la amenaza pueda ser considerada como leve pese a usarse armas para su comisión.

Doctrina esta última aplicable al caso enjuiciado en el que la Sala considera leve la entidad de la amenaza no solo por la facilidad con que fue desarmado el guardia Marcos sino por los antecedentes y hechos posteriores al suceso, muy especialmente la circunstancia de que el acusado Javier entregara a Marcos un arma de la que se deduce que no debía tener temor alguno acerca de la posibilidad de su utilización.

Si el robo se materializa obligando a una persona a desplazarse contra su voluntad a un cajero automático para sacar el dinero con su tarjeta, habrá un delito de robo y no de detención ilegal, siempre que dure poco tiempo, pues si se trata de una acción muy prolongada y se abandona después a la víctima, en un descampado se habrán producido ambos delitos, pues, en ese caso, tienen sustantividad propia bastante, Sentencia del Tribunal Supremo 1706/2002, de 9 de octubre. Existe una doctrina muy abundante en esta sala en relación a estos casos en que, junto al robo con intimidación o violencia en las personas (art. 242 CP), aparece una privación de libertad de la víctima que podría encajar en el delito del art. 163.

Podemos distinguir varios supuestos distintos para examinar cómo han de resolverse los problemas que se suscitan acerca de si hay un concurso de normas a resolver conforme al art. 8 CP o un concurso de delitos, real (art. 73) o ideal (art. 77) según los casos.

La regla fundamental para conocer si estamos ante un concurso de delitos o de normas ha de ser necesariamente una valoración jurídica por la cual, si la sanción por uno de los dos delitos fuera suficiente para abarcar la total significación antijurídica del comportamiento punible, nos hallaríamos ante un concurso de normas; y en el caso contrario, ante un concurso de delitos.

Veamos tres supuestos diferentes: 1º. El que podemos considerar ordinario, que parte de la concepción de que en todo delito de robo con violencia o intimidación en las personas hay siempre una privación de la libertad ambulatoria, consecuencia necesaria del acto de amenaza o de fuerza física que paraliza los movimientos de la víctima. Habría aquí ese concurso de normas, con particular aplicación de la regla de la absorción del nº 3º del art. 8 CP, porque el precepto más amplio o complejo -el mencionado robo- consume en su seno aquel otro más simple -la detención ilegal-.

En este supuesto encajan no sólo los casos de comisión más o menos instantánea o breve del robo, sino también aquellos otros en que, por la mecánica de la comisión delictiva elegida por el autor, hay alguna prolongación temporal, de modo que también el traslado forzado de un lugar a otro de la víctima o de un rehén o su retención mientras se obtiene el objeto del delito se considera que forma parte de esa intimidación o violencia que se utiliza contra el sujeto pasivo. Si hay una coincidencia temporal entre el hecho de la obtención del elemento patrimonial y el de la privación de libertad ambulatoria, puede aplicarse esta regla de la absorción.

En este grupo habría que incluir, en principio, los casos tan frecuentes de obtención de dinero con tarjeta de crédito mediante el traslado forzado de la víctima a un cajero automático.

2º. Otro supuesto es aquél en que no se produce esa coincidencia temporal, pues, consumado el hecho de la apropiación material del bien mueble ajeno, se deja a la víctima o a algún rehén atado, esposado, encerrado, en definitiva impedido para moverse de un sitio a otro. Si ello se hace en condiciones tales que el autor del hecho puede pensar que esa privación de libertad posterior al hecho de la consumación del robo lo ha de ser, no por unos breves momentos, ordinariamente el necesario para poder escapar, sino que cabe prever que tardará algún tiempo en verse libre, nos hallaríamos ante un concurso real de delitos, el primero de robo, y el posterior de detención ilegal a castigar conforme al art. 73 CP. Véase en este sentido la sentencia de esta sala de 12.6.2001 que excluyó dos delitos de detención ilegal porque la liberación de los dos encerrados en el búnker del supermercado se produjo transcurridos unos cuarenta y cinco minutos. Los empleados del establecimiento tardaron ese tiempo en encontrar el mando a distancia con el que abrir la puerta, circunstancia no imputable a los acusados al no ser previsible para ellos.

3º. Por último, y esto es lo que aquí nos interesa, puede ocurrir que sí exista esa coincidencia temporal entre los dos delitos pues la detención se produce durante el

episodio central del robo, es decir, mientras se están realizando las actividades necesarias para el apoderamiento de la cosa; pero ello durante un prolongado periodo de tiempo durante el cual simultáneamente se está produciendo el despojo patrimonial y el atentado a la libertad personal.

Desde el punto de vista del criterio de la valoración jurídica antes referido, hay que decir en estos casos que la significación ilícita de la detención tiene tal relevancia que no cabe afirmar su absorción en el robo como elemento integrante de la violencia o intimidación propia de este último delito. Nos encontraríamos entonces ante un concurso ideal de delitos del art. 77 CP. Así se viene pronunciando esta sala en casos de duración claramente excesiva, aunque hay que comprender la dificultad que existe para distinguir este supuesto del examinado en primer lugar. Véanse las sentencias de este tribunal de 8.10.98, 3.3.99, 11.9.2000 y 25.1.2002.

Las tres últimas contemplan casos de tres horas en la privación de libertad transcurridas mientras los autores del robo tenían retenida a la víctima a la que pretendían despojar de su dinero usando su tarjeta en uno o varios cajeros automáticos. Tan larga privación de libertad no puede considerarse consumida en la violencia o intimidación personal que acompaña a estos delitos de robo. Es necesario aplicar las sanciones de los dos delitos para abarcar la total ilicitud punible de estos comportamientos.

3. En el caso presente no nos hallamos ante tal exceso en la duración de la privación de libertad. Hubo unos treinta minutos desde que comenzó la acción criminal hasta que quedó en libertad la víctima. Tras un apoderamiento inicial de 5.000 pts. con la amenaza de una navaja, al ver que tenía en la cartera una tarjeta de crédito, Jose Daniel exigió a ésta que le acompañara hasta un cajero, llevándola con un brazo por el cuello a la vez que con el otro apoyaba la navaja contra su cuerpo. Así fueron a un primer cajero, luego a otro situado en manzana distinta y finalmente a otro tercero,

también en otra manzana más alejada, donde logró sacar dinero, aunque sólo 4.000 pts. Después le arrebató un teléfono móvil valorado en 10.000 pts. y la dejó marchar.

Un caso similar a éste aparece en la sentencia de esta sala de 17.12.97 en el que también se produce un traslado sucesivo de la víctima a dos cajeros, en este caso con doble resultado positivo para el delincuente que pudo sacar 50.000 pts. de cada uno. La Audiencia Provincial había absuelto por detención ilegal, el Ministerio Fiscal recurrió solicitando la condena por este último delito y la casación fue desestimada.

Sentencia del Tribunal Supremo 755/2002, de 19 de abril). En relación a los delitos de robo con intimidación y detención ilegal - artículos 237 y 163 del Código Penal 1995, respectivamente- se aplica el concurso de normas o de leyes únicamente en aquellos supuestos de mínima duración temporal, en los que la detención, encierro o paralización del sujeto pasivo tiene lugar durante el episodio central del apoderamiento, es decir mientras tiene lugar la actividad de aprehensión de la cosa mueble que se va a sustraer, y queda limitada al tiempo estrictamente necesario para efectuar el despojo conforme al modus operandi utilizado, por entender que en estos supuestos, y únicamente en ellos, la detención ilegal queda absorbida por el robo, atendiendo a que todo robo con violencia o intimidación afecta, aun cuando sea de modo instantáneo, a la libertad deambulatoria de la víctima.

Es claro que si la privación de libertad ambulatoria no se limitó al tiempo e intensidad necesarios para cometer el delito de robo con intimidación, pues las víctimas no fueron meramente inmovilizadas de modo temporal mientras se cometía el robo sino que fueron privadas de libertad de forma indefinida, lo que excede notoriamente de la pura afectación necesaria al delito contra la propiedad e incide de modo muy notorio en la afectación del bien jurídico libertad, tutelado en el delito de detención ilegal.

El delito de detención ilegal, se proyecta desde tres perspectivas. El sujeto activo que dolosamente limita la deambulación de otro, el sujeto pasivo que anímicamente se ve constreñido en contra de su voluntad, y por último el tiempo como factor determinante de esa privación de libertad, aunque sea evidente que la consumación se origina desde que la detención se produce. Es cierto que alguna duración temporal, incluso mínima, ha de darse en la vulneración del derecho a la libre deambulación de la persona proclamado por el artículo 19 de la Constitución Española. Precisamente el factor tiempo es uno de los requisitos diferenciadores respecto del delito de coacciones del artículo 496 del Código, aunque esa distinción venga propiciada esencialmente en razón a la especialidad. El delito de coacciones es el género en tanto que la detención ilegal del artículo 163.1 es la especie, de suerte tal que la detención desplazará a las coacciones siempre que la forma comisiva afecte, a través de los verbos encerrar y detener, al derecho fundamental del artículo 19 de la Constitución, naturalmente que con apoyo en aquel mínimo soporte temporal - Sentencias de 1 de marzo de 1994 y 15 diciembre 1998-.

El elemento subjetivo de este delito no requiere que el autor haya obrado con una especial tendencia de desprecio hacia la víctima diversa de la que ya expresa el dolo, en tanto conocimiento de la privación de la libertad ambulatoria de otra persona. Consecuentemente, comprobada la existencia de dolo, ningún propósito específico se requiere para completar el tipo subjetivo y, por lo tanto, la privación de libertad reúne todos los elementos del tipo - Tribunal Supremo Sentencia 16 Diciembre 1.997- Es preciso reconocer que ambos elementos, el de orden cronológico, privación de libertad que excede del que puede considerarse como normal y un mayor reproche de la conducta de los implicados derivado de la forma y lugar en que la referida privación de la capacidad deambulatoria tenga lugar, concurren en el caso que nos ocupa. El empleado de la gasolinera fue retenido durante un tiempo -que la sentencia no precisa con exactitud, pero que necesariamente hay que calificar de amplio -fue llevado a un descampado, introducido después en el maletero, conducido a varios cajeros automáticos, y posteriormente dejado en libertad en otro descampado-. De otro lado las

consideraciones de su cautiverio fueron especialmente penosas, al ser colocado en un angosto maletero, donde hubo de tener problemas para respirar con normalidad.

Es evidente, que todo ello debe conducir a considerar dichos hechos como constitutivos de un delito de detención ilegal.

II. AMENAZAS

III. ESQUEMA

La amenaza consiste en la manifestación que se hace a otro de causarle a él, a su familia o a otras personas con las que esté íntimamente vinculado un mal que constituya delitos de homicidio, lesiones, aborto, contra la libertad, torturas y contra la integridad moral, la libertad sexual, la intimidad, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico. La amenaza puede ser delito y falta, la primera se encuentra dentro de los delitos contra la libertad y constituye un delito de mera actividad, ya que este se comete con su anuncio, al crear en el sujeto pasivo una intranquilidad de ánimo, inquietud, zozobra etc.

Tipos de amenazas:

A) Constitutivas de Delito

1.- Amenazas Condicionales

a) De un mal que constituya delito: son aquellas en que se exige cantidad o se impone una condición. La pena se impondrá en su grado máximo si se hicieron por escrito, por teléfono, o por cualquier medio de comunicación o reproducción, o en nombre de entidades o grupos reales o supuestos.

- Si el culpable consigue su propósito
- Si el culpable no consigue su propósito

b)- De un mal que no constituya delito con condición que no consistiere en una conducta debida. Si el propósito se consiguiera la pena será más grave.

2.- Amenazas no Condicionales

a) De un mal que se considere delito

- Tipo básico

- Amenazas dirigidas a atemorizar a los habitantes de una población, grupo étnico, cultural o religioso, o colectivo social o profesional, o a cualquier otro grupo de personas, y tuvieran la gravedad necesaria para conseguirlo.

-Amenazas con el mismo fin y gravedad que la anterior en las que se reclamen públicamente la comisión de acciones violentas por parte de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas.

b).- Amenaza de un mal que no constituya delito

- Tipo básico

- Amenazas de revelar hechos de la intimidad que pueda afectar a su fama, crédito o interés exigiendo cantidad o recompensa. Si se entrega parte o todo lo exigido la pena será más grave.

3.- Amenazas leves que son delito por el sujeto pasivo:

a) Las realizadas a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia.

b) Persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

c) Personas del art. 173.2 CP a excepción de las anteriores. Exige que la amenaza se realice con armas u otros instrumentos peligrosos.

d) Las conductas a,b y c si se realizan en presencia de menores o en el domicilio común o de la víctima suponen la imposición de la pena en su mitad superior

4.- Amenazas a la Corona: diferenciando la penalidad entre amenazas graves y leves.

IV. CONCEPTO Y BIEN JURÍDICO

La amenaza es la expresión conferida por un sujeto contra otro u otros de causarle un mal con el fin de menoscabar su libertad. Este tipo penal, cuya estructura es bastante simple, tiene diversas formas delictivas y todas ellas tratan de proteger el mismo bien jurídico: la libertad. Por ello, las amenazas están contempladas en el Capítulo II del Título VI que lleva por rubrica los "delitos contra la libertad". Este derecho, que es objeto de tutela por el ordenamiento jurídico punitivo, tiene su mayor exponente en el artículo 17 de la Constitución Española, que dispone "toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad". Sobre la base de este precepto la jurisprudencia ha extendido el bien jurídico a la seguridad del individuo, así se considera que lo que debe protegerse es "el derecho que todos tienen al sosiego y a la tranquilidad personal en el desarrollo normal y ordenado de sus vidas."

El artículo que define penalmente el delito de amenazas mantiene en gran medida la configuración y redacción del código penal derogado, si bien introduce algunas novedades. Amplia el objeto personal sobre el que recae la amenaza, que ya no es sólo la víctima (sujeto pasivo) o su familia sino que se extiende a otras personas con las que el sujeto pasivo esté "íntimamente vinculado". Esta expresión supone cierta incertidumbre jurídica ya que no se especifica quiénes son esas personas con las que el sujeto pasivo puede estar unidas y sobre las que recaerá el mal amenazado. Por ello, serán los jueces los que deberán ir fijando a través de sus sentencias qué sujetos tendrán cabida en esa expresión. En último lugar, y también como novedad, se añaden en la figura agravada de las amenazas hechas por escrito "el teléfono y otros medios de comunicación", y ello con el fin de adaptarse a las nuevas formas de comunicación que existe en la actualidad.

El delito de amenazas se comete por el anuncio consciente de un mal futuro, injusto, determinado y posible, con el único propósito de crear una intranquilidad de ánimo, inquietud o zozobra en el amenazado, pero sin la intención de dañar materialmente al sujeto. Nos encontramos ante un delito de peligro o mera actividad y no de verdadera lesión, de tal suerte que si ésta se llegara a producir se sancionaría por la lesión en sí (muerte o lesiones por ejemplo) y no por la amenaza, la cual quedaría absorbida por ese delito.

El primer criterio delimitador se establece en atención a si el mal con el que se amenaza es constitutivo de delito (art. 169; antes art. 493). A partir de este parámetro se distingue a su vez en amenazas condicionales básicas (art. 169,1 primer párrafo, antes art. 493,1) y las amenazas condicionales agravadas cuando se realizan «por escrito, por teléfono o por cualquier otro medio de comunicación o reproducción, o en nombre de entidades o grupos reales o supuestos (art. 169,1º segundo párrafo; antes art. 493,1 segundo párrafo). A efectos de penalidad se diferencian los casos en que el culpable hubiere conseguido su propósito, de aquellos otros en los que fracasa. Junto a las amenazas condicionales, se contemplan las amenazas incondicionales siempre que el mal sea constitutivo de delito (art. 169.2º; antes art. 493,2º).

Respecto ambas clases de amenazas constitutivas de delito, condicionales e incondicionales, se construye un tipo agravado (art. 170, antes parcialmente art. 496 bis) cuando van dirigidas a aterrorizar a los habitantes de una población, grupo étnico o a un amplio número de personas.

En un segundo grupo se encuentran las amenazas de un mal no constitutivo de delito, que siempre han de ser condicionales. Así en el artículo 171,1º se recogen aquéllas en las que la condición no consistiere en una conducta debida (antes art. 494). A su vez, y como novedades del nuevo texto legal, en el artículo 172,2º se contemplan las amenazas de revelar o difundir hechos referentes a la vida privada o relaciones familiares. En ambas modalidades se pondera la pena en atención a si el

culpable logra o fracasa en su propósito. Por último, el artículo 171,3º contiene un tipo privilegiado, para los casos en que la amenaza consista en revelar o denunciar la comisión de algún delito.

Al margen de las penas, y de la desaparición completa del viejo artículo 495, las novedades más significativas de la nueva normativa, pueden resumirse en las siguientes.

La primera afecta al mismo concepto y ámbito del delito de amenaza. Así, el sujeto destinatario de la amenaza se extiende, además de a los tradicionales, esto es, la víctima o su familia, «a otras personas con las que esté íntimamente vinculado». Y de otra parte, el artículo 169 ya no habla de causar un mal en «sus personas, honra o propiedad», sino que define exactamente los tipos delictivos susceptibles de consistir en un mal relevante a los efectos del delito de amenazas. Así, se refiere a «delitos de homicidio, lesiones, aborto, contra la libertad, torturas y contra la integridad moral, la libertad sexual, la intimidad, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico». La delimitación se establece acudiendo a rubricas de Títulos completos del Libro II del Código Penal.

Por lo demás, se amplían los medios de difusión de la amenaza condicional constitutiva de delito (art. 169,1º segundo párrafo) añadiendo al medio «escrito», los nuevos de «teléfono o por cualquier medio de comunicación o de reproducción».

A su vez, el tipo agravado del artículo 170, añade, a los destinatarios de la amenaza configurados en torno a los habitantes de una población, los grupos étnicos o «un amplio grupo de personas». Pero esta ampliación se ve corregida con la exigencia de que la amenaza tenga la gravedad suficiente para conseguirlo.

Por último, se ha hecho referencia a las novedades contenidas en el artículo 171, en sus tres números, que suponen una profunda modificación de las amenazas de un mal no constitutivas de delito.

Tenemos que entender que en este delito nos encontramos antes un ataque a la fase de formación de la voluntad. El bien jurídico básico que se protege se puede fragmentar en dos:

Sentimiento de tranquilidad que afectará a todos los supuestos del delito de amenazas.

El ataque a la libertad en la formación de la voluntad que afectará fundamentalmente a las amenazas condicionales.

La coacción puede considerarse como todo ataque violento a la fase de ejecución de la voluntad. Sin embargo, por amenaza hay que entender como todo ataque a la fase de formación de la voluntad.

Como concepto genérico de amenaza, puede entenderse como el anuncio de causar a otro o a su persona un mal en su persona, honra o propiedad. El presupuesto primordial es esa exteriorización del propósito de causal un mal. Y partiendo precisamente de que las amenazas sean condicionales o no sean condicionales, son siempre anunciar un mal, según la jurisprudencia para que la conducta sea típica de amenazas el mal tiene que reunir unas características. Se puede decir que tiene que ser un mal futuro, concreto, determinado, un supuesto común es cuando se dice “ya me las pagarás”, “ya me vengaré” eso no es una amenaza de un mal concreto. Tiene que también ser un mal cuya producción dependa del sujeto que está amenazando, porque si se amenaza con un mal que en realidad no depende del sujeto activo, eso no es amenazas. Y la jurisprudencia del Tribunal Supremo también establece que el mal con el que se amenaza, el que se anuncia tiene que tener por lo menos una apariencia de seriedad, es decir, que la amenaza debe aparecer para el otro como seria, posible,

con independencia de que el sujeto que amenaza tenga la intención de realmente llevar a cabo la amenaza, son cosas distintas, un sujeto puede decir a otro, “te mataré” y eso en un determinado contexto para el otro puede resultar una amenaza totalmente creíble y con apariencia de seriedad, otra cosa es que el que amenaza realmente no tenga la intención de matarle pero la amenaza está hecha de manera creíble.

Una cuestión trascendente es la naturaleza del delito como delito de resultado, o como delito de peligro. Esto tiene relevancia con respecto a una cuestión: Si se conciben las amenazas como delito de resultado, el resultado sería el que se logre intimidar al sujeto, que se logre perturbar esa situación de tranquilidad, de manera que si se parte de que son delitos de resultado, y por tanto, delitos que exigen su consumación, siendo el resultado lesivo del bien jurídico protegido, de que se haya logrado intimidar, crear una situación de inseguridad, de miedo, no sería amenazas consumadas sino meras tentativas aquellas en las cuales se realizare una amenaza pero que no llega a intimidar al sujeto pasivo, ya sea por su entereza como persona o similar. En cambio, si se parte de una concepción del delito como delito de peligro, que es la posición que más se acerca a la posición del Tribunal Supremo, basta para decir que el delito se ha consumado con el hecho de que se haya realizado una amenaza con apariencia de seriedad, y susceptible de intimidar al destinatario ya que con eso habría sido suficiente para considerar el delito, como delito consumado ya que bastaría el peligro al bien jurídico y en el caso que comentábamos antes, de que el sujeto no se siente intimidado, bajo este criterio se trataría de un delito consumado.

V. TIPOS PENALES

1. AMENAZAS DE UN MAL CONSTITUTIVO DE DELITO

Este tipo penal se contempla en el artículo 169 del Código Penal, el cual dispone que:

"El que amenazare a otro con causarle a él, a su familia o a otras personas con las que esté íntimamente vinculado un mal que constituya delitos de homicidio, lesiones, aborto, contra la libertad, torturas y contra la integridad moral, la libertad sexual, la intimidad, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, será castigado:

1º) Con la pena de prisión de uno a cinco años, si se hubiere hecho la amenaza exigiendo una cantidad o imponiendo cualquier otra condición, aunque no sea ilícita, y el culpable hubiere conseguido su propósito. De no conseguirlo, se impondrá la pena de prisión de seis meses a tres años.

Las penas señaladas en el párrafo anterior se impondrán en su mitad superior si las amenazas se hicieren por escrito, por teléfono o por cualquier medio de comunicación o de reproducción, o en nombre de entidades o grupos reales o supuestos.

2º) Con la pena de prisión de seis meses a dos años, cuando la amenaza no haya sido condicional."

La estructura de este tipo penal tiene dos partes: La primera, recoge el supuesto de hecho en el que la persona que realiza un comportamiento contemplado en la norma comete un delito de amenazas; y la segunda parte, contempla la pena a imponer, dependiendo de si la amenaza es condicional o no. Según este tipo penal, puede ser sujeto activo cualquier persona que realiza la conducta descrita en el tipo; es decir que amenaza a otro. Y sujeto pasivo lo será la persona que reciba esa amenaza, pudiendo ser el objeto amenazado el mismo sujeto pasivo o cualquiera de las personas que se señalan en el precepto: su familia o cualquier otra persona con la

que esté íntimamente vinculado. El mal con el que se amenaza debe ser un delito, y sólo puede ser de los que el precepto señala, no se puede aplicar por analogía a otros tipos delictivos distintos.

La pena es distinta según la amenaza sea condicional o no. En el primer caso, hay un mayor reproche social en la conducta del reo, lo que justifica una mayor pena. Esta agravación de la pena se aplica cuando la amenaza tiene como fin reclamar alguna cantidad (dinero o cualquier otro bien económicamente evaluable) o se imponga otra condición. No se exige que esa condición impuesta sea ilícita, basta con que se amenace para conseguirla, y ello es así aunque el derecho permita la realización de la condición impuesta. Es indiferente que esa cantidad objeto de la amenaza sea debida o no, puede darse el caso que alguien deba dinero a otro y éste para conseguirlo proceda a amenazar al deudor para ver satisfecho su crédito. Nuestro ordenamiento jurídico prevé diferentes fórmulas para que una persona pueda cobrar sus deudas, sin necesidad de acudir a vías antijurídicas. La existencia de un crédito no justifica que el acreedor pueda atentar contra los derechos de su deudor, como es el de la libertad. Si el sujeto activo consigue su propósito la pena es mayor que si no lo consigue, lo que de por sí justifica una mayor penalidad de la conducta.

Los elementos que deben concurrir para apreciar este delito son los siguientes:

1. Una conducta del agente integrada por expresiones o actos idóneos para violentar el ánimo del sujeto pasivo, intimidándole con la conminación de un mal injusto, determinado y posible, de realización más o menos inmediata. Este es el núcleo esencial del tipo penal.

2. Que la expresión o acto sea seria, firme y creíble, atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso. No basta, por tanto, con que el sujeto profiera expresiones amenazantes sino que esas tengan la suficiente credibilidad como para que la persona que las reciba se sienta intimidado o violentado en su ánimo. Es un delito meramente circunstancial en el que deberá valorarse la forma en

que se lleva a cabo esas expresiones amenazantes, el lugar donde se desarrollan, el momento en el que se ejecutan y los actos anteriores, coetáneos y posteriores a la amenaza. Con todos estos datos, se podrá saber si estas expresiones tienen la suficiente entidad y credibilidad como para condenar.

3. Que estas mismas circunstancias, subjetivas y objetivas, doten a la conducta de la entidad suficiente como para merecer una contundente repulsa social, que fundamente razonablemente el juicio de antijuridicidad de la acción y su calificación como delictiva. No basta, por tanto, sólo que esa acción o expresión haya provocado cierto miedo en la víctima sino que la misma sea socialmente reprochable y que a cualquier otra persona, en esa misma situación, se habría sentido amenazada.

Se pueden poner condiciones de diferentes clases; lícita, ilícita o incluso una condición debida por el sujeto pasivo.

Condición ilícita: A una persona se le puede amenazar con un mal constitutivo de delito para intentar que esa persona, forzarle a realizar una conducta ilícita.

Condición lícita: Por ejemplo “te mataremos si en las votaciones no votas a tal partido” el hecho de votar, en sí mismo, no es constitutivo de delito.

Condición debida: se puede poner como condición a una persona que haga algo que tiene obligación de hacer y que en principio, el sujeto activo tendría derecho a exigirle, lo que pasa es que lo que derecho penal, se le exijan a los demás conductas debidas pero utilizando para ello la amenaza.

El legislador no quiere en ningún caso que la amenaza se pueda utilizar ni siquiera para lograr que el sujeto haga aquello que debe hacer, por ejemplo pagar una deuda. Por lo tanto en las tres condiciones anteriormente citadas, si se utiliza la amenaza de un mal constitutivo de delito aplicaremos el 169.1 CP.

El código lo que hace a efectos de la pena es observar si el sujeto pasivo a llegado a cumplir la condición o no. Si ha cumplido la condición la pena es de 1 a 5 años y en caso contrario de 6 meses a 3 años.

Cualquiera de esas amenazas de mal constitutivas de delito formuladas de manera condicional se agrava imponiéndose la pena en su mitad superior si la amenaza se hubiese hecho por escrito por teléfono o por cualquier medio de comunicación de reproducción, o en nombre de entidades o grupos reales o supuestos. Hay quien entiende que se agrava porque normalmente que se realizan por escrito o por teléfono suelen ser amenazas anónimas y se parte de que el anonimato del amenazante confiere una mayor idoneidad para intimidar. En todo caso, con independencia de que sean anónimas, el mero hecho de que sean escritas, por teléfono o en nombre de un grupo siempre es más intimidatorio.

STS de 27/01/2000. La concurrencia del dolo, que el recurrente dice no estar probado, no es susceptible de demostración por prueba directa en cuanto es expresión de conciencia y voluntad no perceptibles sensorialmente, debiendo deducirse mediante juicio de inferencia de los datos objetivos y materiales. En este caso el dolo del tipo de amenaza no condicional resulta del propio tenor de las frases utilizadas, y de la forma y momento en que son proferidos en el ámbito de las relaciones entre autor y víctima, que los hechos probados reflejan. La eximente incompleta del artículo 20.3 carece de apoyo fáctico alguno. Nada hay en el relato histórico, ni en la fundamentación jurídica que se refiera directa o indirectamente a que el acusado sufriera desde su nacimiento o desde la infancia alteraciones en la percepción; algo que no fue invocado nunca por la defensa, y que pretende ahora introducir como cuestión nueva en casación.

STS de 20/02/1997. Así las cosas, conviene adelantar que mal puede ser amenazado quien por su borrachera se halla dormido en un coche sin que el amenazante conozca siquiera su presencia. De otro lado, y ya por lo que hace a la conducta del procesado, éste gritó y advirtió, son esos los verbos empleados en el relato fáctico, a las tres personas que se encontraban manipulando los vehículos aparcados junto a la acera de enfrente de su vivienda (el Miguel Ángel y los dos acompañantes que resultaron finalmente heridos), sin que conste la conminación con

daño alguno constitutivo de delito. Luego, tras la réplica de ir a quemar los coches, el procesado acentúa sus advertencias con un disparo al aire que pudo haber facilitado la aparición de algún agente de la Autoridad en el lugar de los hechos. Nada tiene relevancia criminal hasta ese momento y los disparos contra el vehículo G-....-UN, con lesiones al Salvador y al Inocencio, agotan su contenido antijurídico en el ámbito de los delitos imprudentes contra la integridad física.

El artículo 170 del Código Penal establece que: "1. Si las amenazas de un mal que constituyere delito fuesen dirigidas a atemorizar a los habitantes de una población, grupo étnico, cultural o religioso, o colectivo social o profesional, o a cualquier otro grupo de personas, y tuvieran la gravedad necesaria para conseguirlo, se impondrán respectivamente las penas superiores en grado a las previstas en el artículo anterior.

2. Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años, los que, con la misma finalidad y gravedad, reclamen públicamente la comisión de acciones violentas por parte de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas."

Este es un subtipo agravado del 169, por lo que se puede aplicar los mismos criterios que los expuestos en dicho precepto. Se trata de una amenaza colectiva en el que el sujeto pasivo es plural, ampliándose a "grupos étnicos" o a un "amplio grupo de personas" y no sólo a los habitantes de una población, que es lo que contemplaba el anterior código penal. Es una amenaza genérica, con la gravedad necesaria para conseguirlo y con indeterminación de la persona concreta en que pudiera materializarse el contenido de la amenaza.

STS de 18/9/1986. El delito de amenazas, considerado en términos dogmáticos por la doctrina de esta Sala, como un delito de simple actividad, de expresión y de peligro, ofrece un primer concepto inicial que no es otro que la conminación de un

mal futuro, idea común a todas sus especies, ya delictivas, ya contravencionales, pero que, evidentemente no las abarca en su especificidad, por lo que bien doctrinalmente se ha dado una noción analítica por yuxtaposición de tales modalidades legales de amenazas, esencialmente las condicionales y las no condicionales, bien centrando la idea en el mal conminado -vía seguida por la jurisprudencia-, se ha completado la regulación legal exigiendo, además de la nota de mal futuro, la de injusto, determinado, posible, dependiente de la voluntad del sujeto activo y susceptible de producir intimidación en el sujeto amenazado, requisito éste último decisivo en esta noción descriptiva, pues basta, para que el delito se dé, la idoneidad de la amenaza en sí misma (peligro abstracto), sin necesidad de que la perturbación anímica haya tenido lugar efectivamente (peligro concreto), sin perjuicio de que este último riesgo para el amenazado concurra también, cosa que ocurrirá la mayor de las veces, lo que viene a dotar al delito de amenazas de autonomía como delito contra la libertad y seguridad frente al básico delito de coacciones.- 2.- Prosiguiendo con el examen del mal conminado por el amenazante, en su concreta regulación legal de los artículos 493 y 494 del Código Penal, se echa de ver enseguida que el mal anunciado ha de proyectarse sobre la persona, honra o propiedad del amenazado o su familia; y de otra parte, que dicho mal constituya o no constituya delito, bipartición esta última que suscita de inmediato un problema de interpretación en torno a lo que deba entenderse por la palabra delito, pues de tal hermenéutica habrá de concluirse si entra en aplicación el artículo 493-1 o el artículo 494 del Código Penal; es decir, que si se da al término delito un sentido omnicomprendivo de todo ilícito penal (de la falta también, por tanto), incurriría la conducta en el artículo 493, de suerte que las demás conductas ilícitas que sirvan de vehículo a la exigencia de una prestación (de ordinario patrimonial) contraria a derecho (el llamado precio del silencio) incidirán en el artículo 494; pero si, contrariamente, se da al vocablo delito su preciso sentido técnico-jurídico, tal como exige un sector doctrinal, entonces el mal conminado constitutivo de mera falta deberá integrarse en la modalidad de amenazas menos graves del artículo 494, concurriendo, por supuesto, los demás requisitos exigidos por el artículo 493-1; interpretación ésta última que acoge esta Sala dada la expresa contraposición entre las expresiones delito y no delito de aquellos dos artículos lo que indica el empleo de las mismas en su estricta acepción, contrariamente a lo que se

dice respecto a la condición impuesta al sujeto pasivo que puede ser ilícita o no y a lo que sucede en el delito de coacciones, tan próximo al de amenazas, en el que la conducta igualmente impuesta al paciente puede ser justa o injusta; todo lo cual indica el uso consciente por el legislador del término delito, como ilícito penal en su sentido propio; interpretación, por otra parte, que ya se insinúa en la sentencia de esta Sala de 25 de Abril de 1.983, aunque esta resolución, por exigencias de la rogación casacional no pudiera entrar abiertamente en el tema de que ahora tratamos.- 3.- Aplicando toda la anterior consideración al único motivo del recurso, lo primero que es necesario advertir es que la calificación correcta de los hechos hubiera sido, como postuló el Fiscal en sus conclusiones provisionales; la de abusos deshonestos violentos, pues en definitiva si el recurrente consiguió besar por dos veces en la boca de la ofendida intimidándola para ello con una navaja, claro es el propósito libidinoso que animó al procesado para realizar la acción acompañándola de medio tan eficaz que paralizó a la ofendida por el terror infundido en ella, sin que fuera óbice para tal tesis el hecho también afirmado en el factum de que no hubo propósito de ulteriores tocamiento lascivos, puesto que lo ya realizado consumaba el delito; pero rectificada dicha tesis por el Fiscal en su calificación definitiva suplantándola por el delito de amenazas graves del artículo 493-1 del Código Penal, tesis seguida por la Sala de instancia, se plantea el problema de si tal como vienen relatados los hechos deben ser considerados como incursos en dicho precepto o considerarlos simple falta contra la moral y buenas costumbres del artículo 567-3 del Código Penal, como pretende el recurrente; en cuyo trance esta Sala entiende que toda la cuestión gravita sobre el mal con el que conminó el procesado a la ofendida y que se expresa en el relato con las palabras de que al esgrimir el procesado la navaja advirtió a la joven "que si gritaba sería peor", frase que se valora en el iudicium (Considerando 1) en el sentido de que el procesado "con su actitud y palabras expresadas daba a entender a su víctima de la inminencia de un daño corporal físico con un arma si se oponía gritando a sus intenciones", logrando así que "esta accediera a dejarse besar en la boca, contra la voluntad de la abordada"; es decir, que si bien el daño corporal conminado por el recurrente es evidentemente una infracción penal, no hay términos hábiles para deducir que el propósito anunciado fuera el de matar sino más bien el de lesionar (atentado a la integridad física), como tampoco cabe deducir de la genérica expresión

la gravedad de la lesión pretendida condicionalmente, por lo que ateniéndonos estrictamente al *factum* y a la propia valoración de la sentencia recurrida hay que estar a lo más favorable para el reo y entender que la lesión propuesta no rebasaba los límites de la falta; de modo que con arreglo a la doctrina antes sentada los hechos deben encuadrarse -dados los términos de la litis que no permiten calificación más grave, con arreglo a lo dicho -en el artículo 494 del Código Penal definidor de las amenazas menos graves en cuanto el mal en que reposan "no constituye delito", según los términos de dicho precepto, concurriendo los demás requisitos del n.º 1 del artículo 493 a los que se remite el 494, puesto que el mal afectaba evidentemente a la persona de la amenazada, se condicionó la amenaza a la obtención de los besos en la boca de la muchacha y el culpable consiguió su propósito merced a la intimidación realizada con la navaja; todo lo cual rebasa la simple falta contra la moral pretendida por el recurrente, no menos que las faltas de amenazas descritas en el artículo 585-2, 3 y 4 del Código Penal, puesto que la grave intimidación sufrida por la víctima con la exhibición del arma por el procesado y su manifestado propósito de usarla si no consentía en su pretensión rebasan con mucho la levedad que caracteriza la falta de amenazas, ya orales, ya con armas; razones todas que llevan a admitir en parte el recurso del procesado en los términos que quedan expuestos.

STS de 21/7/1992. El acusado cuando se hallaba en la cárcel de Valencia conminó a Francisco, bajo la advertencia de que de lo contrario le mataría, para que se declarase coautor del robo con intimidación cometido el día 16 de enero de 1.984 en una oficina de la Caja de Ahorros de Valencia, sita en la calle Rey Saúl de dicha ciudad, por razón de lo que se instruía el sumario registrado en el Juzgado de Instrucción número uno de Valencia con el número 39 de 1.985. Francisco no podía ser ejecutor del referido robo porque al tiempo de su realización se hallaba interno en el Centro Penitenciario de Madrid II. A raíz de la autoinculpación de Francisco resultó éste procesado por auto de 5 de febrero de 1.987, al lado del Sr. José Enrique y de una tercera persona. Se desconocen las razones o motivos que condujeron al Sr. José Enrique a efectuar la referida conminación. La ponderación de la rectificación de un testigo que había declarado en otro sentido antes del juicio oral es una cuestión

ajena al objeto del recurso de casación. En efecto, dado que el art. 714 L.E.Cr. autoriza a los Tribunales que juzgan sobre los hechos a confrontar al testigo que declare en su presencia con sus anteriores declaraciones, para obtener de ello la convicción sobre la veracidad, es indudable que en el marco reducido del recurso de casación no es posible revisar un juicio que depende sustancialmente de la inmediación con la que se efectuó dicha confrontación en el juicio oral. En lo que concierne a la decisión sobre la autenticidad de la firma del denunciante en una carta, posteriormente negada, está también fuera de toda duda que se trata de un juicio que el Tribunal podía formular sin necesidad de recurrir a los conocimientos técnicos especializados de un perito calígrafo. En efecto, el cotejo y la similitud de las letras de una firma, se puede llevar a cabo también sobre la base de la experiencia, sobre todo cuando se trata -como en este caso- de emitir un juicio sobre la base de numerosas firmas indubitadas como constan en el sumario y del reconocimiento que el testigo hizo de la propia firma ante el Juez de Instrucción en la diligencia que tuvo lugar el 27 de marzo de 1.987, (confr. folios 7 y 8 del sumario). Por lo demás, la circunstancia de que el autor del delito no haya tenido en cuenta que coaccionaba a otro para que confesara un hecho que éste no había podido cometer, no demuestra que el delito no tuvo lugar, sino simplemente que el autor fue poco cuidadoso en su planeamiento y ejecución.

2. AMENAZAS DE UN MAL NO CONSTITUTIVO DE DELITO

El Código Penal de 1995 ha supuesto un importante cambio en la regulación de las amenazas de un mal no constitutivo de delito. Ahora, el nuevo artículo 171, modificando sustancialmente la antigua normativa contenida en el artículo 496, se estructura en tres apartados. En el primero se contiene lo que podría considerarse el tipo básico: amenaza de un mal no constitutivo de delito, bajo condición, y siempre que ésta no consistiese en una conducta debida. En el número segundo se contempla otra amenaza condicional, cuando ésta consiste en revelar o difundir hechos privados.

En ambos números la penalidad se establece en función de si se ha logrado o no el propósito perseguido, es decir, si se ha conseguido o no la condición impuesta. De igual forma, ambas conductas requieren una amenaza condicional.

El párrafo tercero contiene una regla de naturaleza procesal amparada en el principio de oportunidad, que faculta al Ministerio Fiscal abstenerse de perseguir ciertos hechos bajo ciertas condiciones que luego analizaremos. Asimismo, subsidiariamente también faculta a los Jueces y Tribunales a reducir la pena en ciertos supuestos. El bien jurídico protegido es el mismo que el señalado en relación a las amenazas de un mal constitutivo de delito. La nueva regulación plantea, como veremos, si a partir de ahora se castiga el chantaje.

Este supuesto penal se regula en el artículo 171 del Código Penal, el cual dispone que "1. Las amenazas de un mal que no constituya delito serán castigadas con pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a 24 meses, atendidas la gravedad y circunstancia del hecho, cuando la amenaza fuere condicional y la condición no consistiere en una conducta debida. Si el culpable hubiere conseguido su propósito se le impondrá la pena en su mitad superior.

2. Si alguien exigiere de otro una cantidad o recompensa bajo la amenaza de revelar o difundir hechos referentes a su vida privada o relaciones familiares que no sean públicamente conocidos y puedan afectar a su fama, crédito o interés, será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años, si ha conseguido la entrega de todo o parte de lo exigido, y con la de cuatro meses a dos años, si no lo consiguiera.

3. Si el hecho descrito en el apartado anterior consistiere en la amenaza de revelar o denunciar la comisión de algún delito el ministerio fiscal podrá, para facilitar el castigo de la amenaza, abstenerse de acusar por el delito cuya revelación se hubiere amenazado, salvo que éste estuviere castigado con pena de prisión superior

a dos años. En este último caso, el juez o tribunal podrá rebajar la sanción en uno o dos grados.

4. El que de modo leve amenace a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

Igual pena se impondrá al que de modo leve amenace a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

5. El que de modo leve amenace con armas u otros instrumentos peligrosos a alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las contempladas en el apartado anterior de este artículo, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de uno a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de seis meses a tres años.

Se impondrán las penas previstas en los apartados 4 y 5, en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.

6. No obstante lo previsto en los apartados 4 y 5, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado."

El apartado primero de este precepto contempla la amenaza genuina cuando ésta no consista en un mal que constituya delito. Este último aspecto es lo que lo diferencia del tipo delictivo del artículo 169 del Código Penal. Es necesario, por tanto, para que se castigue conforme al artículo 171 del Código Penal que se amenace a otro con un mal que no sea constituido de delito. El problema surge en el momento que se quiere identificar el término "delito": si debe interpretarse de forma extensiva a todo tipo de infracción penal, en cuyo caso se incluirían las faltas; o, por el contrario, debe interpretarse de forma estricta y ajustarse a la propia definición del término delito, en cuyo caso no se incluirían las faltas. La jurisprudencia se inclina por este último supuesto, por lo que cuando se amenace a otro con un mal que sea constitutivo de una infracción penal calificable como falta, estaríamos ante un delito del artículo 171 del Código Penal; y si, por el contrario, se amenaza con un mal que sea constitutivo de una infracción penal calificable de delito se aplicaría el artículo 169 del Código Penal. Ahora bien, este precepto no sólo se aplica cuando se amenaza a otro con un mal constitutivo de una infracción penal, sino que se puede aplicar cuando se amenaza con cualquier otra cosa, bastando por tanto que se amenace, y que ésta sea condicional. Esta es otra de las diferencias con el delito del artículo 169, en el que la amenaza puede ser condicional o no, tal y como hemos visto anteriormente, mientras que en el artículo analizado se exige que siempre sea condicional. La condición es lo que justifica la sanción penal de esa conducta. El adverbio de tiempo que el legislador estableció en el tipo penal "cuando la amenaza fuere condicional", hace que la condición impuesta por el sujeto activo sea un requisito necesario para aplicar este tipo penal, por lo que si no se da la condición no habrá delito, al igual que tampoco lo habrá cuando la condición consista en una conducta debida. El último inciso de este primer apartado establece una agravación de la pena cuando el sujeto consigue su propósito con la amenaza.

El apartado segundo recoge lo que tradicional y comúnmente se conoce como chantaje. Para apreciar este delito es necesario que el sujeto exija una cantidad o recompensa para no difundir hechos que afectan a su intimidad o a la de su familia y que pueda perjudicar su fama. Esa cantidad o recompensa debe tener una valoración económica. También castiga con mayor pena, al igual que en el apartado anterior, cuando se consigue el propósito que llevó al delincuente a realizar dicha conducta.

Los apartados número cuatro a seis han sido introducidos por el artículo 38 de la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre sobre medidas de protección integral contra la violencia de género, sobre los que se plantearon diversas cuestiones de constitucionalidad por considerarse que vulneran el principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución Española.

El apartado cuarto eleva a la categoría de delito una simple falta de amenazas cuando el sujeto pasivo es una mujer que ha tenido una relación de convivencia sea o no conyugal. En estos casos el sujeto activo será el hombre y el pasivo siempre la mujer, mientras que en el caso contrario (cuando la mujer amenaza levemente al hombre) no sería delito sino una falta ya que la amenaza es de carácter leve.

El apartado quinto establece una agravación de la pena cuando la amenaza se realiza en presencia de menores y el apartado sexto dispone la posibilidad de que el juez pueda imponer una pena inferior cuando así lo estime oportuno, atendiendo a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho. Se trata de un tipo atenuado abierto en el que el juez podrá rebajar la pena en un grado de forma motivada. Deberá el juez, por tanto, explicar en la sentencia cuáles son esas circunstancias personales o concurrentes al hecho que hacen merecedor al condenado de una rebaja de la pena a imponer.

La conducta consiste en amenazar con un mal que no constituya delito, siempre que la amenaza fuere condicional y la condición no consistiere en una conducta debida. Se confirma así la interpretación que con relación al texto anterior, exigía que el mal con que se conmina, aún no constitutivo de delito, sea ilícito, pues de lo contrario se desvirtuaría la naturaleza del precepto. Y en efecto, como ahora resulta manifiesto en la nueva regulación, no parece coherente tipificar como delictiva la exteriorización del propósito de ejercitar un derecho, aun cuando éste se utilice como medio de presión. En consecuencia, cuando el mal es lícito, la conducta no será típica conforme a este precepto, pues el sujeto activo tiene derecho a producirlo. Y ello es especialmente claro en los supuestos donde la condición impuesta es también lícita. Así, amenazar con hacer efectivo un derecho de crédito si no se accede a una permuta, no es otra cosa que ofrecer la condonación a cambio de la misma.

En otros términos, si el mal con que se amenaza condicionalmente es lícito, es realidad lo que se está ofreciendo es renunciar a hacer algo a lo que se tiene derecho. Se está pues negociando con un trato de favor, pero no puede considerarse como una conducta delictiva. En este sentido ha de interpretarse la expresión «y la condición no consistiere en una conducta debida», es decir, lícita. De modo que el mal al que se refiere el tipo básico, incluirá supuestos de faltas, o de ilícitos no penales.

Respecto del mal lícito, que como se ha dicho anteriormente es el más discutido, lo que importa es la condición que se ponga, puede ser una condición debida, una condición ilícita y se puede poner también una condición que no guarda relación con el derecho del sujeto activo.

Amenazar con un mal lícito cuando la condición que se pone es la condición debida, esto perfectamente admisible, por lo que esa conducta de cara al delito de amenazas es atípica y no puede decirse que existe amenaza.

Se puede imponer una condición ilícita y ahí entraríamos ya en el delito de amenazas. Es decir, un sujeto puede utilizar el derecho que tiene sobre otra persona

de producirle un mal lícito para forzar al otro a que realice a su vez una conducta ilícita. Por ejemplo, un sujeto que tiene a un inquilino que le debe 10 meses de alquiler, dicho deudor no tiene a donde ir y el propietario tiene en su mano el echarlo o no, y éste le pide que para no echarlo realice una conducta ilícita como por ejemplo que fotocopie información privada de la empresa en la que trabaja el deudor.

Por último nos encontramos en los casos más interesantes donde la condición no es ninguno de los dos supuestos antes mencionados; se amenaza con un mal lícito pero no se pone como condición ni la conducta debida ni tampoco una condición ilícita, sino que lo que se pone como condición es algo que se quiere que el sujeto pasivo haga que no guarda ninguna relación con lo que el sujeto activo tiene derecho a exigir. Un ejemplo; sujeto que tiene una inmigrante en su casa alojada, sujeto propietario del piso, la inmigrante hace un año que no paga el alquiler, no tiene dinero, tiene niños pequeños, está en una situación desesperada, y el sujeto activo le propone que no la echa del piso, cosa que tiene derecho a hacer, si la inmigrante mantiene relaciones sexuales con él. En ese caso se le amenaza con mal lícito porque el sujeto activo en el caso visto tiene derecho a echar a la inmigrante, pero está pidiendo a cambio de realizar ese mal lícito, una condición que en sí misma no es un ilícito pero lo que está claro es que se le está pidiendo a la inmigrante algo que no tiene nada que ver con el derecho del sujeto activo, y es algo que la inmigrante en principio no quiere hacer pero usa la amenaza para presionarla. Otra cuestión es si eso sería un abuso o un acoso sexual, es decir, si la inmigrante intimidada accede y tiene relaciones con el sujeto, ahí se ha ido más allá de la amenaza por lo que cabría preguntarse si es un abuso sexual, acoso etc. Esto es lo que se ha llamado la “teoría de la relación” que a veces ha aplicado el Tribunal Supremo a supuestos de este tipo, es decir, considerar que hay amenazas típicas y sancionables cuando un sujeto amenaza con un mal lícito y exige a cambio algo que no tiene nada que ver con el derecho.

La pena se establece en atención a si se ha logrado o no el propósito del culpable. Si no se ha logrado, la pena a imponer será de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses, atendidas la gravedad y circunstancias del hecho. Si se logra el propósito, se impondrá la pena en su mitad superior.

Tipo agravado

El chantaje esta tratado está incluido en el propio art.171 como una modalidad de amenazas de mal no constitutivo de delito. Podemos encontrarnos dos modalidades de chantajes.

Un sujeto que amenace a otro con revelar o difundir hechos referentes a su vida privada o relaciones familiares que no sean públicamente conocidos y puedan afectar a su fama, crédito o interés y que amenace de revelar ello exigiendo del otro una cantidad o recompensa, dinero. Por ejemplo si no me pagas tal cantidad de dinero le cuento a tu mujer que tienes un amante. Esa revelación de hechos no tiene que ser en sí misma constitutiva de delito porque si se amenazara con una revelación que en sí misma fuera constitutiva de delito estaríamos ante una amenaza del 169. Aquí también encontraremos una diferenciación en la pena en función de que el sujeto activo hubiera logrado o no su propósito. Hay que destacar que siempre se exige condición económica.

El Código recoge una modalidad específica del chantaje y son los casos en los cuales un sujeto amenaza a otro con revelar o difundir que ese otro ha cometido un delito y a cambio de no revelarlo pide una cantidad. Este tipo de chantaje es muy difícil de perseguir porque el sujeto chantajeado no lo denuncia obviamente, por ello el CP ha introducido una regulación que lo que pretende es de alguna manera inducir a que los chantajeados denuncien dándoles una ventaja. El Código Penal establece que “Si el hecho descrito en el apartado anterior consistiere en la amenaza de revelar o denunciar la comisión de algún delito el ministerio fiscal podrá, para facilitar el castigo de la amenaza, abstenerse de acusar por el delito cuya revelación se hubiere

amenazado, salvo que éste estuviere castigado con pena de prisión superior a dos años. En este último caso, el juez o tribunal podrá rebajar la sanción en uno o dos grados. Lo que se establece en el artículo es algo potestativo, y eso lo podemos extraer de la palabra “podrá”. Esta regulación es algo discutida por el hecho de que se está rebajando pena a alguien que ha cometido un delito, aunque en realidad se está dejando la posibilidad al juez de que rebaje la pena o no.

El artículo 171,2º constituye una cierta novedad en nuestro Derecho. Y lo es porque la amenaza consiste en «revelar o difundir hechos referentes a su vida privada o relaciones familiares que no sean públicamente conocidos y puedan afectar a su fama, crédito o interés». La condición para no hacerlo consiste en la exigencia de una cantidad o recompensa, es decir, en una contrapartida económica. Estamos en consecuencia, ante lo más parecido a lo que ha venido llamándose delito de chantaje.

Evidentemente se trata de una amenaza condicional. Pero también de una amenaza condicional de un mal -aunque el artículo 171,2º no utiliza expresamente este término- no constitutivo de delito. Porque si la revelación o difusión de hechos privados es constitutiva de delito (injurias, calumnias, descubrimiento o revelación de secretos) no se aplicará este precepto, si no el artículo 169, que contempla además una penalidad mayor. Estaríamos pues ante un concurso aparente de leyes. En conclusión, se trata de un tipo agravado, por cuanto se exige una condición, consistente en una contrapartida económica.

En conclusión se trata de un tipo agravado en relación al tipo del número anterior, por cuanto la amenaza condicional consiste también en un mal no constitutivo de delito. Las diferencias, además de penológicas, se encuentran en que la condición es exclusivamente de naturaleza económica, y en que el mal, afecta al honor, a la intimidad o a la propia imagen del sujeto pasivo, su familia o de personas con las que esté íntimamente vinculado. Y nuevamente ha de insistirse en que la

revelación y difusión no podrá ser constitutiva de delito, pues entonces se apreciará el artículo 169.

Ahora bien, aquí no se exige expresamente difusión o revelación sea ilícita, bastando que se trate hechos referentes a su vida privada, públicamente desconocidos y que puedan afectar a su fama, crédito o interés. Así, pudiera pensarse quizás, que todo conocimiento relativo al ámbito de lo privado, no es susceptible de negociación, esto, es siempre ilícito.

Si el sujeto activo consigue la entrega de todo o parte de lo exigido la pena será de prisión de dos a cuatro años, y si no lo logra, de seis meses a dos años. Las reglas procesales y penológicas del artículo 171,3°. La aplicación del artículo 171,3° se proyecta exclusivamente en relación al apartado anterior, es decir, respecto al delito de chantaje (art. 171,2°). Así, cuando el hecho privado (y obviamente no conocido públicamente) consiste en la amenaza de revelar o denunciar la comisión de un delito por parte del sujeto pasivo (del amenazado), se articula, a favor del Ministerio Fiscal, la posibilidad de abstenerse de acusar por el delito no descubierto. Para ello, es preciso que se den dos requisitos: Que se haga para facilitar el castigo de la amenaza. Este debe ser el único fin perseguido por el Ministerio Público, y ello cuando sea posible. En segundo lugar, que el delito descubierto y no conocido hasta ese momento, no esté castigado con pena de prisión superior a dos años. Esta exigencia plantea no pocos problemas de proporcionalidad con otras penas que no sean de prisión. Se abre así de par en par las puertas del artículo 4, pues el criterio debería haber sido el utilizado en el artículo 33 para clasificar las penas por su gravedad (extenderlo a todas las penas menos graves).

Pues bien, cuando se dan ambos requisitos, la ley prima castigar una amenaza no constitutiva de delito que afecte al honor a la intimidad, por encima de perseguir siquiera otra clase de delito. Y como toda regla procesal amparada en el principio de oportunidad, resultara siempre discutible.

Cuando el Ministerio Fiscal no puede abstenerse de perseguir el delito revelado porque éste supera los dos años de prisión, entonces, también protestativamente, el Juez o Tribunal que lo enjuicie, podrá rebajar la sanción en uno o dos grados. Se consigna así como una sorprendente condición objetiva de punibilidad. Y sorprendente porque no se entiende muy bien la razón de rebajar la pena de un asesino chantajeado, con la misma intensidad de una eximente incompleta o de una atenuante cualificada.

3. AMENAZAS DE CARÁCTER LEVE

Cuando la amenaza es de carácter leve, hasta la última reforma del código penal que suprimió las faltas, nos encontrábamos ante una infracción penal calificable como falta, aplicándose el artículo 620 del Código Penal, el cual disponía que:

"Serán castigados con la pena de multa de diez a veinte días:

1º Los que de modo leve amenacen a otro con armas u otros instrumentos peligrosos, o los saquen en riña, como no sea en justa defensa, salvo que el hecho sea constitutivo de delito.

2º Los que causen a otro una amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve, salvo que el hecho sea constitutivo de delito.

Los hechos descritos en los dos números anteriores sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

En los supuestos del número 2º de este artículo, cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, la pena será la de localización permanente de cuatro a ocho días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a diez

días. En estos casos no será exigible la denuncia a que se refiere el párrafo anterior de este artículo, excepto para la persecución de las injurias."

La única diferencia que había entre el delito y la falta, es en el aspecto cualitativo de la amenaza (según si es grave o leve), pero no en los elementos necesarios que deben concurrir en el hecho para calificarlo como amenaza. Por tanto, la definición penal de amenaza y los elementos que deben existir para calificar la amenaza como infracción penal constitutiva de falta son los mismo que se han expuesto para el delito de amenazas; es decir, que la amenaza se haga sobre cualquiera de los delitos del artículo 169 o que si no consiste en amenazar con uno de esos delitos, aquella debe ser condicional (Artículo 171 del código penal). Ahora bien, no es fácil, para los jueces, saber cuándo es grave o leve la amenaza, ni tampoco puede preverse a priori; Por ello, la única forma de diferenciar la gravedad de la amenaza es valorando la forma en que se ha proferido, los sujetos que han intervenido y los actos anteriores, coetáneos o posteriores al hecho.

Este precepto contemplaba un requisito necesario para perseguir la falta de amenazas, como era la necesidad de que el agraviado o su representante legal denunciaran el hecho.

STS de 28/4/2000. En el segundo motivo denuncia el error de derecho en el que incurre la sentencia al inaplicar, a los hechos probados el art. 620. La falta de amenazas, y aplicar indebidamente el art. 169 del Código penal, argumentando que el recurrente no tenía intención de cometer un mal mayor. El motivo parte del respeto al hecho declarado probado discutiendo, desde la asunción del hecho, la errónea subsunción del hecho en un tipo penal cuya aplicación indebida o su inaplicación denuncia.

El relato fáctico declara probado que el acusado se dirigió a la terraza del bar en el que se encontraban los perjudicados a los que exhibió una navaja y con ella en la mano les decía que los iba a matar, gesticulando con el arma hasta el punto de darse un

corte en el cuello. Refiere, a continuación, que el acusado se dirigió a la casa donde vivían las perjudicadas en la que entró, dando una patada en la puerta, donde revolvió el mobiliario y sustrajo efectos.

Del relato fáctico resultan los presupuestos del delito de amenazas por el que ha sido condenado. Las amenazas típicas se conciben como la acción realizada con ánimo evidente de causar un mal a otra persona. El Código prevé distintas tipificaciones en función de la gravedad o levedad del contenido de la amenaza, o de los bienes jurídicos individuales sobre los que pueda recaer el mal.

El carácter de grave o leve del contenido de la amenaza deberá ser valorado en función de las circunstancias concurrentes y la desvaloración que merezca el contenido de la conducta desarrollada así como la afectación de bienes jurídicos individuales a los que se refiere la amenaza y el contenido al ataque al bien jurídico protegido por el tipo penal, la libertad.

El relato fáctico, en cuanto refiere la exhibición de una navaja, la manifestación proferida sobre la intención de matar y la intensidad en la acción, en la que, incluso, el autor se llega a lesionar, evidencia una gravedad y una afectación de la libertad para los perjudicados que tuvieron que refugiarse en un bar, para evitar que el contenido de la amenaza se materializara en un ataque a los bienes jurídicos afectados. Consiguientemente, es correcta la subsunción realizada y el motivo se desestima.

STS de 31/3/1993. La sentencia recurrida condenó al Guardia Civil, Carlos Manuel, como autor de un delito de amenazas condicionadas, por haber realizado varios disparos, vestido de paisano, con la pistola que portaba, logrando amedrentar a dos personas a las que de tal modo conminó consiguiendo que se detuvieran cuando salían de una discoteca, en Ibiza, a las cuatro de la madrugada, imponiéndole la pena

de siete meses de prisión menor por apreciar la circunstancia atenuante de embriaguez.

Las amenazas pueden hacerse verbalmente, por escrito y también por actos concluyentes, siendo esto último lo que ocurrió en el caso presente. Es claro que si el acusado disparó al aire varias veces, al tiempo que conminaba a los dos que se alejaban para que se detuvieran, con tal actitud estaba poniendo de manifiesto que si no obedecían dispararía contra sus personas, lo que indudablemente, como dice la sentencia recurrida, amedrentó a éstas.

De tal comportamiento hemos de deducir que el acusado estaba amenazando a sus dos contrincantes con cometer sobre sus personas un delito de homicidio o lesiones, y así lo entendieron éstos que tuvieron que detenerse bajo el miedo de ser alcanzados por alguno de tales disparos.

Existió un delito de amenazas de presente, posible en algunos supuestos, como lo revelan los hechos de autos, de acuerdo con la doctrina y con la jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 30-9-85, que cita el propio recurrente, y 23-9-92, entre otras), de carácter condicionado habiendo conseguido el culpable su propósito, lo que justifica la pena de prisión que se impuso.

Se cita la mencionada sentencia de 30-9-85, que consideró que no hubo delito sino sólo una falta de amenazas leves en un caso que se califica por el recurrente como de "perfecta identidad" con el hecho de autos. Sin entrar en más detalles, baste aquí decir que los hechos ahora examinados, parecidos en algunas de sus circunstancias, difieren con los de dicha sentencia en un dato fundamental, esto es, que en aquel supuesto el funcionario de policía que disparó su arma lo hizo ante un grupo de unas 40 personas, no con intención de agredir, sino por temor a ser agredido.

Se dice que debió aplicarse a los hechos aquí examinados, no el n° 1° del art. 493, sino el n° 1° del art. 585 del C.P., que castiga como falta a los que, de modo leve, amenazasen a otro con armas o las sacaren en riña, citando de nuevo la referida sentencia de 30 de septiembre de 1.985.

Entiende esta Sala que aquí no existió la levedad prevista en el mencionado tipo de falta. Indudablemente fue grave el hecho de sacar un arma y efectuar hasta cuatro disparos con clara intención de amedrentar a quienes no obedecían sus injustificadas órdenes, como también, sin duda, tuvo que ser grave el miedo sufrido por los destinatarios de tales órdenes ante la posibilidad de ser alcanzados.

VI. CONSUMACIÓN

La jurisprudencia de esta Sala (SS. 9-10-1984, 18-9-1986, 23-5-1989 y 28-12-1990), ha considerado el delito de amenazas como de mera actividad, que se consuma con la llegada del anuncio a su destinatario, y su ejecución consiste en la conminación de un mal con apariencia de seriedad y firmeza, sin que sea necesario la producción de la perturbación anímica que el autor persigue, de manera que basta con que las expresiones utilizadas sean aptas para amedrentar a la víctima.

En definitiva, son elementos constitutivos de este delito, según los precedentes jurisprudenciales:

Una conducta por parte del sujeto activo integrada por hechos o expresiones susceptibles de causar una intimidación en el ánimo del sujeto pasivo, dando a entender la realización futura, más o menos inmediata, de un mal.

Que en el agente no sólo se dé el elemento subjetivo general de la conciencia y voluntariedad del acto, en el que pueda asentarse el reproche de culpabilidad, sino también que la expresión del propósito sea persistente y creíble, que es lo que integra el delito distinguiéndolo de las contravenciones afines.

Que concurren circunstancias concomitantes y circundantes a los hechos que permitan valorar la emisión y recepción del anuncio de un mal como de entidad suficiente para merecer la repulsa social y servir de soporte al juicio de antijuridicidad (SS. 4-11-1978, 13-5-1980, 2-2, 25-6, 27-11 y 7-12-1981, 13-12-1982, 30-10-1985 y 18-9-1986).

En el Código Penal de 1973, con la modificación introducida por la LO 3/1989, se establece una diferencia bien perfilada entre el delito y la falta de amenazas, ya que la tipificación delictiva se reserva para las amenazas de un mal constitutivo de delito y para la amenazas condicionales de un mal no constitutivo supuestos muy concretos y especiales, de amenaza en el calor de la ira, sin armas del art. 585.1º.

En el Código Penal de 1995, tras tipificarse el delito de amenazas de un mal integrante de delito, y de un mal no constitutivo de delito, si son condicionales, en el apartado 2º del art. 620 se sanciona como falta la provocación de una amenaza de carácter leve, con lo que la contravención tiene un carácter residual, refiriéndose a las conminaciones de males no constitutivos de delito, sin imposición de condición.

El criterio de la Jurisprudencia manifestado, entre otras, en las Sentencias de 11-2 y 23-4-1977, 4-12-1981, 12-2-1985, 6-3-1985, 23-5-1985, 27-6-1985, 20-1-1986, 13-2-1989, 30-3-1989, 23-5-1989, 3-7-1989, 11-9-1989, 23-4-1990, 18-11-1994 y 25-1-1995, es que la diferencia entre los delitos y las faltas de amenazas, es puramente cuantitativa, radicando en la menor gravedad a los males anunciados, y la menor seriedad y credibilidad de las expresiones conminatorias, aunque en ambos, delitos y

faltas, tendrá que concurrir el elemento dinámico de la comunicación de gestos o expresiones susceptibles de causar una cierta intimidación en el ánimo del sujeto pasivo, dando a entender la realización futura, más o menos inmediata, de un mal.

Es claro que en el caso sometido a nuestra consideración, las amenazas deben ser consideradas como delito, ya que son evidentemente condicionales, están hechas por escrito, lo cual significa una mayor reflexión en la conminación del mal que se anuncia, ha transcurrido un lapso temporal extenso entre el apoderamiento de papeles que el acusado juzgó comprometedores para el perjudicado, lo que revela la persistencia del propósito criminal, y existe ánimo de lucrarse en caso de aceptar el destinatario sus exigencias, como es el pago de cincuenta millones de pesetas, de modo que los hechos fueron calificados correctamente como delito por parte de la Sala sentenciadora. De otro lado, en nada puede incidir el estado depresivo del sujeto en el componente objetivo del delito, sino en el área de la culpabilidad, en donde se insertó tal estado, conformando una circunstancia atenuatoria. Es evidente que las agendas profesionales, expedientes y documentos de un despacho profesional de abogados son documentos secretos, pues tales profesionales deben guardar secreto de todos los hechos o noticias de que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional (art. 437.2 LOPJ), corroborando desestima este subapartado, e igualmente el siguiente, que censura la divulgación, comprendiendo la misma el hecho de poner estos hechos en conocimiento de la Fiscalía. Y ello por dos razones: en primer lugar, porque la razón de tal puesta en conocimiento, en el caso enjuiciado, no está presidida por el ánimo de denunciar simplemente unos hechos que el acusado juzga delictivos, a la misma, y solamente lo hace cuando sabe que el perjudicado no va a pagar la suma exigida en la carta que le remite. Y en segundo lugar, porque verdaderamente no ha sido condenado por el subtipo agravado de la divulgación, sino por el art. 197.1 del CP 1995, aunque tuviera inicialmente ánimo de difusión o divulgación. Meritada divulgación se encuentra inserta, como subtipo agravado, en el art. 197.3 del propio Cuerpo legal. Sin embargo, tiene razón el Ministerio fiscal cuando solicita se aplique el Código penal de 1973, como más beneficioso para el recurrente, algo que no se plantea en la

Sentencia recurrida. Efectivamente, el art. 197.1 CP 1995 se corresponde con el párrafo segundo del art. 497, castigándose con arresto mayor y multa, mientras en el nuevo Código penal se penaliza con prisión de uno a cuatro años y multa. Es más, todo el conjunto del art. 497 del CP 1973 es más beneficioso que el CP 1995. Los hechos ocurren indudablemente bajo la vigencia del CP 1973 (mayo de 1995), luego deben ser aplicados los preceptos de dicho Código, debiendo casarse la Sentencia, y dictarse a continuación otra más ajustada a derecho.

VII. EXTORSIÓN

1. CONCEPTO

La modalidad delictiva conocida como extorsión se ha mantenido a lo largo de toda la historia legislativa de nuestros Códigos penales. Durante mucho tiempo, la doctrina la asemejó a una modalidad de robo, sin embargo esta comparación no parece la más acertada ya que el *modus operandi* es completamente distinto. En esta modalidad delictiva se actúa con fuerza sobre las cosas o con violencia o intimidación para acceder directamente al patrimonio ajeno, mientras que en la extorsión la forma de actuar consiste en una amenaza física o intimidatoria destinada a conseguir, por medio de un acto o negocio jurídico, que evidentemente sería radicalmente nulo, un beneficio económico propio.

El diccionario de la Real Academia Española da dos definiciones de la extorsión: 1. Amenaza de pública difamación o daño semejante que se hace contra alguien, a fin de obtener de él dinero u otro provecho. 2. Presión que, mediante amenazas, se ejerce sobre alguien para obligarle a obrar en determinado sentido.

Jurídicamente la extorsión es un delito consistente en obligar a una persona, a través de la utilización de violencia o intimidación, a realizar u omitir un acto o

negocio jurídico con ánimo de lucro y con la intención de producir un perjuicio de carácter patrimonial del sujeto pasivo o de un tercero.

Es una figura que se encuentra a caballo entre los delitos de apoderamiento, ya que hay ánimo de lucro y como ocurre en el robo con violencia precisa violencia o intimidación en las personas. También guarda relación con las figura de la estafa porque requiere una actuación por parte del sujeto pasivo consistente en la realización u omisión de un acto o negocio jurídico y con el delito de amenazas condicionales, porque el sujeto activo coacciona al pasivo para la realización del negocio jurídico.

En todo caso aunque guarde relación con estas figuras, es una figura distinta ya que tiene sus propias características y tiene una ubicación diferente en la ley.

El delito de extorsión, como figura independiente, híbrido entre el robo, la estafa y las amenazas lucrativas, contiene en su estructura de la conducta típica, a diferencia del robo, la exigencia de una colaboración decisiva del sujeto pasivo a fin de realizar un acto jurídico con transcendencia en el orden económico o patrimonial en su propio perjuicio o en el de un tercero de forma que lo decisivo para que se produzca la aparición de este tipo penal específico es que exista este propósito o ánimo de obtener un lucro ilícito en conjunción con el otro elemento tipificador como es la violencia o intimidación en la conducta del sujeto activo.

La esencia del delito consiste en obligar a otro, por la vía coactiva, a realizar lo que no quiere. Este matiz tiene importancia en cuanto a la calificación de la tentativa como acabada o inacabada. Si se realizan los actos violentos o intimidativos y no se consigue el beneficio económico, nos encontramos incuestionablemente ante una tentativa acabada, lo que influiría en la determinación de la pena.

2. REGULACIÓN LEGAL

En el Código Penal Texto refundido de 1973, la extorsión se regulaba en el Capítulo Primero del Título XIII, titulado "de los robos", por lo tanto lo consideraba un tipo de robo. Se regulaba en el artículo 503, que dispone: "El que para defraudar a otro le obligare con violencia o intimidación a suscribir, otorgar o entregar una escritura pública o documento será castigado, como culpable de robo, con las penas respectivamente señaladas en este capítulo."

En el vigente Código Penal de 1995, el artículo 243 del Código Penal establece que "El que, con ánimo de lucro, obligare a otro, con violencia o intimidación, a realizar u omitir un acto o negocio jurídico en perjuicio de su patrimonio o del de un tercero, será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años, sin perjuicio de las que pudieran imponerse por los actos de violencia física realizados".

Ya no la recoge entre los delitos de robo, sino que la sitúa dentro de un Capítulo autónomo. Y hace bien, porque la identificación entre robo y extorsión lo era más bien sólo a efectos psicológicos, pues entre una y otra figura existían y existen importantes diferencias. Por tal motivo no puede decirse sin más que le es de aplicación la doctrina relativa al robo.

Y esta afirmación ha de mantenerse pese a la modificación sufrida por el delito de extorsión sufrida por el delito de extorsión en el nuevo Código Penal. Así, ahora, para evitar viejas polémicas, como por ejemplo la relativa a si se trataba de un delito de peligro o de lesión, o si absorbía o no las posibles defraudaciones (v.gr. estafas) cometidas con posterioridad a la extorsión (ver. STS de 16 de octubre de 1986), pues bien, ahora la duda se disipa al requerir el artículo 243 que se realice «en perjuicio de su patrimonio o de un tercero». Además se exige expresamente «el ánimo de lucro» y la conducta típica sigue consistiendo en obligar a otro «con violencia o intimidación».

Estos elementos ya han sido estudiados, aunque debe reiterarse que se precisa «violencia física» sobre las personas. Pero a diferencia del robo, la extorsión requiere una determinada conducta de la víctima. Y la descripción típica de esta conducta también ha sido modificada en la nueva redacción, hablándose ahora de obligar a «realizar u omitir un acto o negocio jurídico». Se perfecciona de este modo la rígida formulación anterior, utilizándose ahora una cláusula abierta omnicomprendensiva de cualquier comportamiento activo u omisivo con trascendencia en el tráfico jurídico-económico.

Pues bien, esta conducta de la víctima, la doctrina equivocadamente lo denomina «acto de disposición», y no es correcto denominarlo así, porque puede no serlo (por ejemplo, la entrega de una escritura normalmente no lo será), y en cambio, no requiere la traslación material de una cosa (piénsese en la que consiste en obligar a suscribir un documento).

Sólo si el documento suscrito u otorgado incorporase un derecho del modo indisoluble a que se hizo referencia en el Capítulo anterior podría verse en la extorsión un delito de daño. En tal caso, la entrega de un documento de tales características, cuyo valor se transmitiese con el desplazamiento de la posesión, podría ser calificada, alternativamente, de extorsión o de robo.

El sistema penológico es similar al empleado en el robo con violencia o intimidación, pues se castiga el perjuicio patrimonial con la pena de prisión de uno a cinco años, pero «sin perjuicio de las que pudieran imponerse por los actos de violencia física realizados». Se opta igualmente por la técnica del concurso de infracciones, por lo que cabe dar por reproducido todo lo dicho al comentar el artículo 242,1º. Precisamente la penalidad prevista a este delito parece confirmar que engloba el daño patrimonial, y no es un mero delito de peligro. En consecuencia cabe la tentativa, y la consumación seguirá idénticas reglas que en el robo.

La pena dispuesta en el artículo 243 es idéntica a la del robo con violencia o intimidación, en su modalidad básica, optando el legislador, por dejar explicitada claramente la previsión del concurso de infracciones, así el inciso final del artículo 243 "sin perjuicio de las que pudieran imponerse por los actos de violencia física realizados", posibilita el concurso con otros delitos, como las lesiones, la detención ilegal, las agresiones sexuales, etc.

La redacción del tipo en el Código Penal de 1973 exige que la violencia o intimidación se emplee para obligar a alguien a suscribir un documento o una escritura pública, mientras que en el tipo actual la extorsión se comete siempre que se emplee violencia o intimidación para obligar a otro a realizar u omitir algún acto o negocio jurídico en perjuicio de su patrimonio o de un tercero, sin necesidad de que suscriba documento alguno.

La tipificación del delito de extorsión en el artículo 243 del vigente Código Penal es técnicamente mejor que el artículo 503 de 1973 y se sitúa sistemáticamente en un capítulo aparte, a continuación de la tipificación de los hurtos y robos, no dentro del mismo capítulo, con lo que se pretende destacar la diferencia y autonomía de esta figura frente a los delitos de apoderamiento, no obstante lo cual, la infracción presenta la misma naturaleza de mixtura de robo violento, de estafa, de chantaje o de amenazas lucrativas.

Diversas sentencias de las Audiencias reafirman que en el Código Penal de 1995, el delito de extorsión ha pasado a integrar un capítulo independiente, respondiendo con ello a una parte importante de la crítica que consideraba que la extorsión era una especie propia y criticaba su ubicación en el código de 1973, en que el artículo 503, antecedente más inmediato al actual 243, se encontrara dentro del capítulo dedicado a los robos, como dando a entender que era una modalidad más de ellos.

Es un delito pluriofensivo, ya que no se ataca sólo a un bien jurídico, sino a más de uno: propiedad, integridad física y libertad.

3. CONSUMACIÓN

En cuanto al momento de la consumación, no es necesario para la consumación que el negocio celebrado bajo intimidación tenga efectos. Es un tipo penal de resultado cortado, porque conseguida la realización u omisión del acto o negocio jurídico, todo lo posterior pertenece, no al tracto comisivo de la infracción sino a su fase de agotamiento. La extorsión se consuma una vez ejercida la violencia o intimidación y logrado el fin de la acción ejercida con ánimo defraudatorio, es decir, cuando la víctima realiza u omite un acto o negocio jurídico perjudicial para sí o para un tercero, aunque no consiga el lucro pretendido, pues la obtención definitiva del mismo pertenece a la fase penalmente irrelevante del agotamiento y no a la consumación delictiva. El delito puede ser ejecutado en grado de tentativa cuando el acto de violencia no alcanza su objetivo, siendo una tentativa inacabada.

4. ELEMENTOS OBJETIVOS DEL TIPO

Bien jurídico es el patrimonio ajeno así como la libertad o autodeterminación del sujeto pasivo (TS 1221/2001, 14-9). Acción: ha de ser violenta o intimidatoria (TS 1050/1998, 19-9). Objeto material: es el negocio jurídico perjudicial para el patrimonio del sujeto pasivo (TS 1776/1999, 16-12); por realización de negocio jurídico se entiende suscribir, otorgar o entregar una escritura pública o documento (TS 21/1996, 26-1).

En el aspecto objetivo la extorsión requiere:

- a) Uso de la violencia o intimidación: son los medios típicos por los cuales se puede realizar la conducta. Sólo si recae sobre objetos se podría hablar de un medio de intimidación;
- b) Que se obligue al sujeto pasivo a actuar de una manera no querida por él: el sujeto pasivo no realizaría la acción si no fuera por esa violencia o intimidación;
- c) No se requiere que el sujeto activo tenga una disposición patrimonial efectiva de bienes o derechos del sujeto pasivo, por lo que la nota relevante de esta figura no es la lesión patrimonial sino la de la libertad;
- d) Realización u omisión de un acto o negocio jurídico: debe ser un negocio de carácter patrimonial, pudiendo ser tanto de bienes muebles como inmuebles y derechos.

5. ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL TIPO

Propósito defraudatorio o intención de obtener un beneficio ilícito (TS 1050/1998, 18-9).

En el aspecto subjetivo, la extorsión requiere de la existencia de ánimo de lucro por parte del sujeto. Este es más extenso que en el delito de hurto o robo, porque no sólo será la ventaja patrimonial sino que, además, debe esta derivarse de la lesión a la libertad del sujeto pasivo. La ventaja patrimonial se puede exigir para una tercera persona, aunque esta no tenga ningún conocimiento. Además puede afectar bien al patrimonio del sujeto pasivo, bien al de un tercero.

6. ITER CRIMINIS

Delito de resultado cortado en el que la consumación se produce tan pronto se consigue la realización u omisión del acto o negocio jurídico o bien una vez ejercitada la violencia o intimidación y logrado el fin de la acción (TS 1050/1998, 18-9; ATS 19-1-2000). Se comete siempre que se emplee violencia o intimidación para obligar a otro a realizar u omitir algún acto o negocio jurídico en perjuicio de su patrimonio o de un tercero sin necesidad de que suscriba documento alguno (TS 707/2002, 26-4), si el negocio jurídico proyectado por los autores no ha llegado a realizarse se castigará como tentativa (TS 425/2006, 12-4). La efectiva obtención del lucro pertenece al agotamiento del delito, no siendo precisa para su consumación (TS 712/2005, 8-6).

7. CONCURSOS

De leyes con las coacciones, siendo la extorsión delito especial (TS 21/1996, 26-1). De delitos: medial con la detención ilegal, cuando la privación de libertad sea el medio necesario para cometer la extorsión y por el tiempo indispensable para ello, si excediera de dicho término se castigaría en concurso real (TS 735/2002, 20-4).

8. JURISPRUDENCIA

Obligar a la víctima a rellenar un talón de cuenta bancaria al portador por importe de 75.000 pesetas, que el autor no consigue hacer efectivo (TS 1233/1994, 10-6). Amenazar con descubrir a los padres o hermano mayor de la víctima menor de edad, que fuma, si no entrega cantidades de dinero (ATS 19-1-2000). Realización de amenazas tendentes a recuperar una propiedad embargada y adjudicada (TS 384/2002, 27-2). Obligar, mediante el uso de una pistola, a la esposa a firmar

documentos transaccionales sobre la separación que suponen transferencia de bienes bajo la amenaza de matarla (TS 1024/2003, 8-7). Simular el secuestro del hijo de la víctima, en connivencia con éste, para obtener dinero bajo la amenaza de matarlo (TS 1174/2004, 21-10). Obligar mediante violencia a firmar cheques a la víctima (AP, Tarragona, 2ª, 105/2000, 6-4). No es extorsión cuando las exigencias se produjeron con posterioridad a la ejecución del supuesto acto intimidatorio (denuncia ante la Agencia Tributaria) quedando la posible aplicación del tipo excluida si lo que se pretende es cobrar una suma dineraria o conseguir aquello que se cree debido (AP, Madrid, 4ª, 365/2003, 28-7).

La Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 1998 señala que en el supuesto sometido a revisión casacional hubo violencia y se probó la finalidad defraudatoria, el ánimo de lucro, por lo que el delito quedó consumado una vez ejercitadas la violencia o intimidación y lograda la suscripción del documento y ello a diferencia de lo que ocurre en los robos, porque la consumación del lucro aquí pertenece no a la consumación delictiva, sino al agotamiento del delito

Ante unos hechos consistentes en que un menor fue amenazado por el acusado, quien le doblaba la edad, con decirle a sus padres que fumaba, si no le entregaba una cantidad de dinero de forma periódica, obteniendo de esta forma coactiva la cantidad de 125.000 pesetas, el Auto de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo de 19 de enero de 2000 estima ajustada la condena de dicho acusado por el delito de extorsión, porque existió coacción e intimidación, ánimo de lucro y realización de un negocio jurídico en perjuicio del patrimonio de los padres del menor, por lo que concurren así todos los elementos de este delito.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, de 21 de mayo de 2002 recuerda que el delito de extorsión, regulado en el artículo 243 es una figura independiente, híbrida entre el robo, la estafa y las amenazas lucrativas. Contiene en su estructura de la conducta típica, a diferencia del robo, la exigencia de una

colaboración decisiva del sujeto pasivo a fin de realizar un acto jurídico con trascendencia en el orden económico o patrimonial en su propio perjuicio o en el de un tercero de forma que lo decisivo para que se produzca la aparición de este tipo penal específico es que exista este propósito o ánimo de obtener un lucro ilícito en conjunción con otro elemento tipificador como es la violencia o intimidación en la conducta del sujeto activo.

En cualquier caso, para aplicar el delito de delito de extorsión, debe estar nítidamente acreditado, aparte del ánimo o propósito de obtener un lucro ilícito, la violencia o intimidación en el comportamiento del agente activo.

VIII. EL DELITO CONTINUADO DE AMENAZAS

La repetición, o no, en el tiempo de un mismo hecho delictivo da lugar a la necesidad de profundizar en el tema de la penalidad para apreciar si en cada caso sometido a enjuiciamiento y sobre el que la fiscalía debe proceder a llevar a cabo su escrito de calificación de los hechos existe una continuidad delictiva, o se trata de una habitualidad, o, en su caso, no puede apreciarse estas y se trata de un dolo delito, nada más que con una proyección global en el tiempo que solo permite el castigo como un solo hecho con la penalidad prevista en cada caso en el Código Penal. Es por ello, por lo que es preciso analizar y valorar cuándo concurren los elementos exigidos para, según la doctrina del TS apreciar la concurrencia del delito continuado en primer lugar.

El art. 73 CP apunta que: Al responsable de dos o más delitos o faltas se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, por la naturaleza y efectos de las mismas.

Es decir, se opta por el criterio preliminar de imponer a cada acusado al que se

demuestre en el plenario la existencia de prueba de cargo tendente a enervar la presunción de inocencia las penas correspondientes a cada infracción penal. No obstante, se dan situaciones en las que la misma actividad delictiva se ha repetido en el tiempo, lo que determina que se aplique el art. 74 CP.

El delito continuado, (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia de 3 Oct. 2005, rec. 1432/2002) de progenie doctrinal y jurisprudencial, incorporado al Código Penal derogado (art. 69 bis) por la L.O. 8/1983, de 25 de junio, y mantenido en el vigente (v. art. 74 CP 1995), requiere la concurrencia de los siguientes elementos: a) una pluralidad de acciones (consecuencia de un plan preconcebido o realizadas aprovechando la concurrencia de unas circunstancias análogas); y, b) homogeneidad del precepto penal violado. Nada dice la ley sobre la unidad o pluralidad de sujetos activos (por lo que pueden ser uno o varios), los sujetos pasivos pueden ser distintos (el texto legal habla de las correspondientes acciones u omisiones "ofendan a uno o varios sujetos"), y por lo que se refiere a lugares y fechas de comisión de los hechos tampoco el texto legal alude a estos particulares, por lo que habrá que ponderar en cada caso las circunstancias concurrentes, pues parece razonable rechazar esta figura delictiva cuando exista una excesiva separación o distanciamiento temporal entre las distintas acciones (v. SSTs de 17 de octubre de 1988 y de 2 de octubre de 1998 entre otras). Veamos el desarrollo de las distintas cuestiones que surgen con respecto al delito continuado.

No es un tema pacífico si puede admitirse la continuidad delictiva en las amenazas, aunque en principio no debe haber problema, pero recordemos que el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia de 12 Jun. 2000, rec. 2085/1998 señala que en ese caso no se apreció, pero "sin que la estimación del presente motivo suponga sin embargo la aceptación de un criterio excluyente absoluto y radical respecto a la posibilidad de la continuidad delictiva en los delitos de amenazas, con apoyo en el apartado 3 del art. 74 del CP.,⁴ puesto que tal cuestión habrá de resolverse caso por caso, y ponderando las circunstancias concurrentes,

según la doctrina expuesta en la sentencia de esta Sala 1537/1997, de 12.12, que en virtud del principio de proporcionalidad, consideró justa la aplicación de la continuidad delictiva a unos hechos delictivos tipificados como amenazas.”

También lo ha admitido el TS en Sentencia de 20 Dic. 2006, rec. 1352/2006 que señala que en un caso de cartas conteniendo amenazas dirigidas a concejales el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra sentencia de la Audiencia Nacional que condenaba por delito continuado de amenazas terroristas.

E incluso el TS ha admitido la continuidad delictiva de las amenazas antes de que se reformara el art. 74.3 CP en la sentencia de fecha 14 de junio de 2006 apuntando que “la cuestión reside en el alcance interpretativo que pueda otorgarse a la expresión "ofensas a bienes eminentemente personales". Es indudable que el bien jurídico protegido por las amenazas tiene carácter personal. Ahora bien, ¿ cómo debe entenderse el término eminentemente?. El bien jurídico lo integra la libertad personal que se ve amenazada en su conexión inescindible con la seguridad. En suma la ley protege "el derecho que todos tienen al sosiego y a la tranquilidad personal en el desarrollo normal y ordenado de su vida". Sin embargo, si atendemos al concepto estricto de amenazas,

STS de 12/6/2000. La jurisprudencia de esta Sala (SS. de 2.2.81, 13.12.82, 2.2 y 30.4.85, 11.6 y 18.11.89, 2.12.92), ha caracterizado el delito de amenazas con apoyo en las normas del CP. de 1973, similares a las del CP. de 1995, por los siguientes elementos. El bien jurídico protegido es la libertad y el derecho que todos tienen al sosiego y a la tranquilidad, y a no estar sometidos a temores, en el desarrollo normal y ordinario de su vida. El delito de amenazas es un delito de simple actividad, de expresión o de peligro. El contenido o núcleo esencial del tipo es el anuncio de un mal que constituye alguno de los delitos previstos en el art. 493, contra la persona, honra o propiedad. En el NCP. se amplía el catálogo de delitos, con cuya ejecución puede amenazarse a terceros. El anuncio del mal tendrá que ser serio, real y perseverante. El mal que se anuncia habrá de ser futuro, injusto, determinado,

posible, dependiente de la voluntad del sujeto activo y originador de una natural intimidación. Se trata de un delito enteramente circunstancial, en relación al cual deben valorarse la ocasión en que se profieren las palabras amenazadoras, las personas intervinientes, los actos anteriores, simultáneos y posteriores. Debe concurrir finalmente en el delito un dolo consistente en el propósito de ejercer presión sobre la víctima, atemorizándola y privándola de su tranquilidad y sosiego.

La diferencia entre el delito y la falta se ha de discernir atendiendo a la mayor o menor gravedad del mal pronosticado y a la mayor o menor seriedad y credibilidad del anuncio del mismo, habiendo de valorarse la amenaza en función de la ocasión en que se profiere, personas intervinientes y actos anteriores, simultáneos y posteriores relacionados con las expresiones amenazantes, (SS. de 11.1 y 23.4.77, 4.12.81, 20.1.81, 23.4.90, 14.1.91 y 22.7.94, y 832/98 de 7.6).

La utilización de expresiones hiperbólicas y exageradas en el anuncio de males futuros no hace desaparecer el delito de amenazas, si es creíble, sino un mal tan grave como el que se expresa, otro inferior constitutivo de alguno de los delitos relacionados en la lista del art. 169 del CP. de 1995.

Con arreglo a la doctrina expuesta, y de conformidad con lo dictaminado por el Ministerio Fiscal, el motivo debe ser desestimado, puesto que los hechos cometidos por J.M.M.Q. el 22 de julio de 1996, descritos en el último párrafo de la narración histórica, son subsumibles en el tipo del delito de amenazas no condicionales definido en el nº 2º del art. 169 del CP. de 1995, puesto que hubo una exteriorización verbal por el acusado de forma furiosos y desaforada, de su propósito de acabar con la vida de su esposa y de la familia de ella, y aunque tales expresiones pudieran estimarse hiperbólicas y exageradas, sí era creíble, atendidas las circunstancias antecedentes y concurrentes que se reflejan en el factum, una intención del acusado de agredir físicamente a su mujer M.D.S.V., y de lesionarla, por lo que hay que entender que si no era creíble el propósito de matar a su mujer exteriorizado en las palabras empleadas por el acusado, si era

creíble que J.M.M.Q. tenía intención de cometer contra ella, un delito de lesiones, comprendido en la relación que contiene el art. 169 en su apartado primero.

Al estimarse correctamente aplicado el art. 169 del CP. a los hechos imputados a J.M.M.Q., no cabe revisar ni revocar la pena accesoria de restricción de los desplazamientos del acusado a Valencia, que le impuso el Tribunal sentenciador, con apoyo en el art. 57 del CP. de 1995, dado que entraba dentro de las facultades discrecionales del Tribunal enjuiciador la imposición o no de la pena, prohibitiva de residencia, al acusado, por ser responsable de un delito contra la libertad.

El segundo motivo del recurso de casación de J.M.M.Q. se formuló al amparo del art. 849.1º de la LECrim. y por violación y aplicación indebida del art. 74 del CP., en cuanto en la sentencia recurrida se condenó al recurrente como autor de un delito continuado de amenazas, pese a que en los hechos probados de la misma solo se contenía un acontecimiento que pudiera merecer dicha calificación delictiva.

De los hechos que recoge la sentencia, sólo uno, a juicio del recurrente, contiene la descripción de un delito de amenazas, refiriéndose, si se pone en relación este motivo con el primero, al acontecimiento sucedido el 22 de julio de 1996, mencionado en el último párrafo de la narración histórica. Los demás hechos reflejados en el factum no son subsumibles en el tipo de amenazas, ya que los de 14 de junio y los de 3 de julio sucedidos cuando el acusado circulaba en un taxi, y su esposa y sus familiares en otro, integraban injurias o calumnias -no amenazas- y los ocurridos el 3 de julio a las 20,30 horas, referentes al enfrentamiento de J.M.M.Q. con su cuñado J.V., cuando este circulaba en su vehículo, suponen un delito de obstrucción a la administración de justicia, de los definidos en el apartado 2 del art. 464 del CP., según los tipificó la propia sentencia recurrida.

No debió por tanto, según el motivo haber sido apreciada continuidad en el delito de amenazas, puesto que para ello hubiera sido necesario la apreciación de una pluralidad de acciones delictivas de tal naturaleza.

Estima el recurrente, que como consecuencia de acogerse el motivo casacional segundo, debería quedar sin efecto o al menos reducirse la medida prevista y aplicada según el art. 57 del CP.

El Fiscal apoyó el motivo, por entender que la aplicación del art. 74 del CP. exigía la concurrencia de una pluralidad de acciones que infringieran el mismo precepto penal o preceptos de semejante naturaleza, lo que no sucedió en el supuesto de autos, en relación a hechos constitutivos de delito de amenazas, por solo describirse en el relato fáctico un hecho de tal naturaleza. La estimación del motivo, según el dictamen del fiscal, debería tener las consecuencias punitivas correspondientes, a la vista del contenido del Fundamento cuarto de la sentencia recurrida.

Y la Sala entiende que el motivo debe ser estimado, ya que en los hechos declarados probados solo consta una acción de J.M.M.Q. integrante del delito de amenazas del art. 169.2º del CP., por lo que no puede ser apreciado un delito continuado de amenazas que, según la definición del art. 74 del CP. de 1995 exigiría la concurrencia de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, sin que quepa estimar que integran continuidad las manifestaciones amenazadoras vertidas el 22 de julio contra A.S.V., con las expresiones injuriosas y calumniosas emitidas el mismo día y los días 14 de junio y 3 de julio contra la misma mujer, que se reflejan en el relato fáctico de la sentencia impugnada, puesto que entre uno y otro tipo de delitos no existe la semejanza de naturaleza, requerida por la continuidad, ya que las amenazas lesionan los bienes de la libertad y de la tranquilidad, mientras que la injuria y la calumnia suponen ofensas contra el honor y porque además los delitos de calumnia e injuria requieren para su persecución la interposición de querrela, según lo prevenido en el art. 215.1º del CP.

La inapreciación de la continuidad en el delito de amenazas determinará la inaplicación de la regla agravadora de la penalidad establecida en el apartado 1 del art. 74 del CP. de 1995, y exigirá que se dicte nueva sentencia en que se fijara una nueva pena para el delito de amenazas no continuado, con respeto a los criterios de mínima penalidad aceptados en el Fundamento cuarto de la sentencia recurrida.

La inaplicación de la continuidad en el delito de amenazas no debe comportar la eliminación o reducción de la pena accesoria impuesta al acusado al amparo del art. 57 del CP., que interesa el recurrente. Dicha pena de prohibición de residencia en la ciudad de Valencia supone en realidad una medida de seguridad, cuya fijación se establece discrecionalmente por el Tribunal enjuiciador, para proteger a la víctima, y en atención a los hechos imputados al acusado, sin que influya en su alcance y extensión la tipificación penal determinada por el Juzgador, una vez que conste que se han cometido algunos de los delitos relacionados en el mencionado art. 57. La Sala de Casación no puede entrar a revisar las penas accesorias del art. 57, si consta acreditado que concurrió el requisito de haberse perpetrado alguno de los delitos de tal relación, como ocurrió en el caso de autos, en que se apreció la comisión de un delito contra la libertad. Se reitera la indebida aplicación de la continuidad delictiva y del art. 74 del CP. a los hechos de autos, habiendo sido ya resuelta tal cuestión en sentido desestimatorio en el Fundamento segundo, al abordar el motivo del mismo orden; sin que la estimación del presente motivo suponga sin embargo la aceptación de un criterio excluyente absoluto y radical respecto a la posibilidad de la continuidad delictiva en los delitos de amenazas, con apoyo en el apartado 3 del art. 74 del CP., puesto que tal cuestión habrá de resolverse caso por caso, y ponderando las circunstancias concurrentes, según la doctrina expuesta en la sentencia de esta Sala 1537/97, de 12.12, que en virtud del principio de proporcionalidad, consideró justa la aplicación de la continuidad delictiva a unos hechos delictivos tipificados como amenazas.

STS de 12/1271997. Conviene recordar los hechos, tal y como el Tribunal sentenciador los ha estimado acreditados "en fechas no bien determinadas comprendidas entre los meses de junio y diciembre de 1.995, los acusados Plácido y Carlos José, a la sazón de 23 y 26 años de edad respectivamente y sin antecedentes penales, sabedores de que su familiar Ernesto, de 70 años de edad, vivía solo en su casa sita en C/ DIRECCION000 del barrio de DIRECCION001 de esta ciudad, y que era pensionista y estaba enfermo de los nervios y con quien les unía una buena relación de confianza, hasta el punto de haberle facilitado el uso de las dependencias del bajo de la referida vivienda para el esparcimiento de ambos jóvenes, con el propósito de obtener dinero de él, le dirigieron anónimos, cuyo contenido le generaba intranquilidad y desasosiego, a la vez que golpeaban la puerta y desfigurando la voz, le conminaban diciéndole que si no les daba dinero tirarían la puerta abajo y lo matarían, y de este modo e interviniendo separadamente y confeccionando cada uno en su caso sus propios anónimos, el acusado Plácido realizó los hechos cuando menos en siete ocasiones, empleando siempre los indicados métodos, consiguiendo su propósito dinerario que la víctima le pasaba por debajo de la puerta, en tres ocasiones, obteniendo un beneficio reconocido de cuando menos treinta mil pesetas en total, en tanto que el inculpado Carlos José, lo hizo en siete ocasiones, en todas ellas por escrito, sin conseguir su propósito en seis de ellas, y si en cambio en una, en la que obtuvo cuando menos un total de 30.000 pesetas reconocidas y que el amenazado le entregó por debajo de la puerta".

El delito continuado nace de una pluralidad de acciones que individualmente contempladas son susceptibles de ser calificadas como delitos independientes pero que desde la perspectiva de la antijuricidad material se presentan como una infracción unitaria. Razones de política criminal, de técnica jurídica y de justicia material determinan que esta sanción unitaria quede excluida, como regla general, en aquellos actos delictivos que lesionan un bien jurídico eminentemente personal. Pero dicha exclusión no tiene un carácter absoluto sino que debe matizarse, atendiendo a la naturaleza del hecho, a la gravedad del atentado a bienes personales en ponderación con la posible concurrencia de una finalidad última lesionadora de intereses

patrimoniales y a la apreciación en el caso enjuiciado de la razón esencial que justifica la figura del delito continuado: la necesidad de evitar desproporciones punitivas derivadas de la sanción acumulada de una pluralidad de acciones encuadradas en un único proyecto delictivo.

En supuestos, como el presente, en que nos encontramos ante delitos pluriofensivos como lo son una sucesión de amenazas dirigidas a obtener un desplazamiento patrimonial, finalmente conseguido en una o varias ocasiones, la exclusión no puede aplicarse rígidamente pues la naturaleza del hecho y su configuración determinan la no concurrencia de las razones fundamentadoras de la referida exclusión. En efecto en el caso actual la ofensa al bien libertad constituye, en realidad, un medio para la consecución de un atentado patrimonial y las sucesivas acciones (envío de diversos escritos amenazantes, conminaciones verbales desde la puerta de la casa, etc.) no son más que manifestaciones de un único propósito delictivo dirigido al mantenimiento en el tiempo de una situación de "intranquilidad y desasosiego" que determine la entrega del dinero, dentro de un único plan preconcebido.

Así concebidas las sucesivas acciones amenazadoras, como integradas en un propósito criminal único y encaminadas directamente a la obtención de un desplazamiento patrimonial, es obvio que técnicamente constituyen un delito continuado. Sobre la excepción señalada en el párrafo segundo del art. 69 bis debe primar la consideración básica de que nos encontramos ante un delito cometido con el propósito de atentar contra el patrimonio ajeno, en el que las diversas acciones amenazadoras no sólo se integran en un único propósito y plan preconcebido, sino que ni siquiera son fácilmente individualizables, pues forman parte de una actividad continuada, en la que se desconoce desde el número exacto de veces en que se realizaron las amenazas, a las fechas y características de cada una de ellas y el momento que, no tanto individualizadamente sino por acumulación, surtieron efecto. Su sanción como actos separados no sólo resultaría técnicamente incorrecta y

difícilmente compatible con el principio acusatorio que exige una suficiente concreción en el tiempo y en sus características esenciales, de cada uno de los delitos objeto de acusación, sino que vulnera elementales consideraciones de justicia material, provocando penas desproporcionadas. Basta comprobar como al otro acusado, al ser sancionado por siete delitos de amenazas diferentes (en los que sólo se considera acreditado que obtuvo un beneficio "de cuando menos 30.000 pts."), se le imponen siete penas que suman veinte años de prisión, penalidad equivalente a la máxima imponible por un delito de homicidio.

En el caso del actual recurrente, aun cuando no se alcance esta desmesurada exasperación punitiva, ha de considerarse que los siete delitos de amenazas, sancionados separadamente por el Tribunal sentenciador como delitos independientes, se concretan en un resultado patrimonial de una única entrega dineraria por importe de al menos 30.000 pts "que el amenazado le entregó por debajo de la puerta", por lo que en realidad nos encontramos ante una sucesión continuada de presiones sobre el ánimo de la víctima, en la que cada acto de presión concreta carece de entidad autónoma fuera del conjunto. El motivo, por todo ello, debe ser estimado, sancionando la referida conducta como delito continuado del art. 493.1º, párrafo segundo (amenaza condicional lucrativa efectuada por escrito y con consecución de su propósito), que es la infracción más grave (art. 69 bis) y absorbe el conjunto de presiones realizadas.

VIII. OTROS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD

OBSTRUCCIÓN A LA JUSTICIA

a. CONCEPTO, ANTECEDENTES Y BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Son actos ilícitos penales que atentan contra la Administración de Justicia entorpeciendo su correcto y buen funcionamiento. El sujeto que comete estos actos tiene como finalidad evitar que la justicia funcione correctamente, ya sea para su propio beneficio o para un tercero.

Los delitos contra la Administración de Justicia proceden del Código Penal de 1928, aunque en aquel momento su contenido era mínimo. En el año 1932 se ampliaron los tipos penales hasta llegar al actual Código Penal de 1995 en el que se incorpora el delito de prevaricación judicial, el encubrimiento, que deja de ser una forma de participación, y la deslealtad profesional (que antiguamente se denominaba prevaricación de abogados y procuradores). Los delitos de obstrucción a la justicia, en los que en el ordenamiento anglosajón tuvieron mayor relevancia, se introdujeron en la reforma de 1983, que a su vez provenía del proyecto de 1980; y se hizo en un solo artículo. En el Código vigente de 1995 se amplió el elenco de figuras delictivas en varios tipos penales, como luego veremos.

Este delito está contemplado en el Capítulo VII, cuya rubrica es "La obstrucción a la Justicia y deslealtad profesional", del Título XX: "delitos contra la Administración de Justicia". El bien jurídico se puede extraer del propio título donde se regulan estos delitos y que es la Administración de Justicia. Se trata de proteger o tutelar, por tanto, el correcto funcionamiento de la Justicia, asimilándose a la función jurisdiccional ejercida por los jueces y tribunales juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado. En última instancia el titular de ese bien jurídico es el pueblo o la sociedad

ya que el artículo 117 de la Constitución Española establece que la justicia emana del pueblo. Si lo que se quiere proteger es la justicia y ésta emana del pueblo, es éste el titular de ese derecho que es digno de protección.

b. TIPOS PENALES

Como se ha dicho anteriormente los delitos de obstrucción a la Justicia están en el capítulo VII, junto con los delitos de deslealtad profesional, dedicando los artículos 463 y 464 a la obstrucción a la Justicia; el artículo 465 a la ocultación de actuaciones judiciales, que podría entenderse como una modalidad de obstrucción a la justicia y los artículos 466 y 467 a la deslealtad profesional. Nos vamos a centrar en el estudio de los tres primeros artículos.

c. PROVOCACIÓN DE LA SUSPENSIÓN DE UN PROCEDIMIENTO E INCOMPARECENCIA A LA CITACIÓN

A este delito se le ha denominado delito de obstrucción pasiva a la justicia, por cuanto el sujeto no cumple un requerimiento judicial, provocando la suspensión del procedimiento o el retraso del mismo.

El artículo 463 del Código Penal, que fue reformado por la Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre, dispone que: "1. "El que, citado en legal forma, dejare voluntariamente de comparecer, sin justa causa, ante un juzgado o tribunal en proceso criminal con reo en prisión provisional, provocando la suspensión del juicio oral, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 24 meses. En la pena de multa de seis a 10 meses incurrirá el que, habiendo sido advertido, lo hiciera

por segunda vez en causa criminal sin reo en prisión, haya provocado o no la suspensión.

2. Si el responsable de este delito fuese abogado, procurador o representante del Ministerio Fiscal, en actuación profesional o ejercicio de su función, se le impondrá la pena en su mitad superior y la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, por tiempo de dos a cuatro años.

3. Si la suspensión tuviera lugar, en el caso del apartado 1 de este artículo, como consecuencia de la incomparecencia del juez o miembro del tribunal o de quien ejerza las funciones de secretario judicial, se impondrá la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 24 meses y, en cualquier caso, inhabilitación especial por tiempo de dos a cuatro años".

Este artículo contiene tres apartados: El primero regula el tipo básico del delito, el apartado segundo un tipo atenuado, y el tercero un tipo agravado.

Sujeto activo del delito de obstrucción pasiva a la Justicia puede ser cualquier persona que no tenga la cualidad de profesional de la justicia, ya que en ese caso se aplicaría alguno de los apartados siguientes como luego veremos. Ahora bien, es necesario que ese sujeto haya sido citado judicialmente. Es indiferente en la calidad que haya sido citado (testigo, perjudicado, querellante, etc.). La citación debe ser hecha en legal forma, lo que supone una exigencia formalista para poder aplicar este precepto lo que redundará en una mayor seguridad jurídica. No son válidas las citaciones informales que un funcionario de justicia pueda hacer a una persona, sino que tiene que ser a través de correo certificado con acuse de recibo, mediante diligencias efectuadas por el Secretario Judicial, ya sea telefónica o personalmente, o de cualquier otra forma que se deje constancia de que la citación se ha hecho correctamente y a la persona adecuada.

En cuanto a la naturaleza de este delito podemos afirmar que es un delito de comisión por omisión, de ahí la denominación de obstrucción pasiva a la justicia, en el que la omisión de comparecer ante el juzgado cuando ha sido citado para ello, debe ser la causa eficiente que da lugar al resultado: suspensión del procedimiento.

Para poder apreciar este tipo penal es necesario que se den dos requisitos:

- a) que se trate de un proceso en el que haya una persona en prisión;
- b) que la incomparecencia del citado provoque la suspensión del juicio oral, convirtiéndose este último requisito en una condición objetiva de punibilidad.

Si, por tanto, la incomparecencia del citado en legal forma no provoca la suspensión del juicio oral, no puede imputársele un delito de obstrucción a la Justicia. Igualmente, no podrá apreciarse este tipo cuando nos encontramos en la fase de instrucción o investigación judicial y no en la fase de juicio oral, ya que el precepto exige que sea la suspensión del juicio oral y nada dice de la instrucción, la cual no puede ser objeto de suspensión sino que podrán seguirse los trámites que correspondan o practicándose otras diligencias judiciales cuando algún sujeto haya sido citado y no compareciese. La incomparecencia ha de ser voluntaria y que no tenga una causa que justifique la misma; en el caso de que tenga motivos razonados, y justificados fehacientemente, que le hayan imposibilitado asistir a esa citación, ésta operará como causa de exclusión de la antijuridicidad. Le corresponde al sujeto citado probar que no pudo comparecer por causas justificadas.

El inciso segundo de este tipo contempla un tipo atenuado, castigando con pena de multa de seis a diez meses cuando la suspensión del juicio oral lo ha sido por segunda vez ante la incomparecencia del sujeto y no hay reo en prisión. En este caso

es necesario que el citado lo haya sido legalmente y por segunda vez; además, se le debe apercibir de dicha situación cuando se le cita en la segunda ocasión. La inexistencia de un acusado en prisión opera como presupuesto básico, ya que si lo hubiese estaríamos ante el tipo básico anteriormente expuesto.

Los apartados segundo y tercero recogen modalidades agravatorias por la cualidad del sujeto activo. Es lógico pensar que aquellos sujetos que intervienen, de una forma más o menos directa, en la tramitación de un procedimiento penal o en la celebración de un juicio (abogados, procuradores, fiscales, jueces y secretarios judiciales) deban tener un mayor celo en cumplir con las formalidades judiciales. Como profesionales del derecho que son deben actuar con una mayor diligencia en todo procedimiento evitando que éste se suspenda o se retrase más de lo deseable. Esta razón es lo que justifica una agravación de la pena, que llevará consigo la inhabilitación especial para su profesión. Para aplicar este tipo agravado es necesario que el sujeto activo no sólo sea uno de los profesionales que en la norma penal se expresa sino que tiene que ser en el ejercicio de sus funciones y no cuando actúa como particular, en cuyo caso se aplicaría el tipo básico.

d. COACCIONES O REPRESALIAS

A este tipo penal se le ha denominado obstrucción activa a la justicia, en contraposición a la del artículo anterior que era pasiva y, fundamentalmente, por su modalidad comisiva.

El artículo 464 del Código Penal dispone que: "1. El que con violencia o intimidación intentare influir directa o indirectamente en quien sea denunciante, parte o imputado, abogado, procurador, perito, intérprete o testigo en un procedimiento para que modifique su actuación procesal, será castigado con la pena de prisión de

uno a cuatro años y multa de seis a veinticuatro meses. Si el autor del hecho alcanzara su objetivo se impondrá la pena en su mitad superior.

2. Iguales penas se impondrán a quien realizare cualquier acto atentatorio contra la vida, integridad, libertad, libertad sexual o bienes, como represalia contra las personas citadas en el apartado anterior, por su actuación en procedimiento judicial, sin perjuicio de la pena correspondiente a la infracción de que tales hechos sean constitutivos".

Este tipo penal castiga al sujeto que intenta influir directa o indirectamente en los sujetos que expresamente se citan en la norma con la finalidad de que modifique o sustituya su actuación procesal. El sujeto activo de este delito puede ser cualquier persona, aunque generalmente será el que sea parte en el procedimiento (denunciante o denunciado) o, incluso, sus familiares o amigos, ya que éstos son los que pueden tener cierto interés en que cambie el signo del proceso. El supuesto paradigmático de este tipo penal es el del imputado que intenta influir en el testigo o denunciante para que cambie su declaración o no le reconozcan como autor del hecho.

En este delito el bien jurídico protegido, sigue siendo la justicia, aunque hay otros bienes privados como la libertad, la seguridad, la vida, el patrimonio o la integridad física que quedan a merced del sujeto para alterar la marcha del procedimiento. Este apartado primero es la coacción que se consuma con la sola realidad de la violencia o la intimidación ejercida con la intención de alterar el procedimiento, coartando la libertad de quien intervenga en el procedimiento. Es indiferente que el procedimiento sea civil, penal, social o contencioso-administrativo.

Este es un delito de simple actividad, por lo que se sanciona desde el mismo instante en que el sujeto actúa con violencia o intimidación para alterar el curso del proceso, impidiendo o perturbando la marcha del mismo; no caben formas

imperfectas (tentativa o frustración delictiva). Tampoco es necesario que se consiga el resultado buscado, porque en ese caso se aplicaría la modalidad agravada que está recogida en el último inciso de ese mismo apartado, castigándose con la misma pena pero en su mitad superior.

Ese acto de violencia o intimidación no es necesario que sea constitutivo de infracción penal alguna, basta con que tenga esa cualidad. No obstante, si como consecuencia de esa violencia ejercida se originara alguna lesión ésta se castigaría separada e independientemente del delito de obstrucción a la justicia, con lo que habría un concurso real.

El apartado siguiente contempla la represalia, y se diferencia con el anterior en que el acto atentatorio se ejerce una vez finalizado el proceso. Es decir, su actuación se lleva a cabo en un estadio más del curso del proceso. En el apartado primero se produce el hecho durante el desarrollo del procedimiento, con el fin de alterar su normal desarrollo, y en el siguiente apartado el acto ilícito se produce una vez terminado aquel y como consecuencia de su resultado, el cual no ha sido del agrado del delincuente por no ver satisfechas sus pretensiones. Es un acto típico de venganza, en el que consumado el ataque contra los bienes, que taxativamente enumera el precepto, puede entrar en concurso con el delito contra la Administración de justicia, con punición independiente por cada delito.

Tanto en un tipo penal como en el otro el término "procedimiento" debe interpretarse en un sentido amplio, aplicándose no sólo al proceso en sí mismo, ante cualquier jurisdicción, sino también a las diligencias policiales o al juicio de faltas.

STS de 1/6/2001. La sentencia impugnada condena al recurrente como autor de un delito de amenazas y otro de obstrucción a la justicia contra la que formaliza cuatro motivos de oposición. Constatamos que las dos versiones de los hechos

coinciden, en lo sustancial, en la narración de los hechos y la diferencia radica en la valoración de los actos, si como atentarios a la libertad y seguridad de la testigo o como hecho intrascendente, como una farsa sin significación jurídica penal, extremo este último mas propio de la impugnación formalizada por error de derecho y que responderemos a continuación. Desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia es obvio que el tribunal dispuso de la precisa actividad probatoria para conformar el relato fáctico en los términos que se han declarado.

El delito de amenazas es un delito de mera actividad, de peligro, cuya acción se integra por la expresión de un anuncio de un mal serio, real y perseverante, además de futuro, injusto, determinado y posible, dependiente de la voluntad del sujeto activo que origina una natural intimidación en el sujeto pasivo que la percibe. En el sujeto activo debe concurrir un ánimo consistente en el propósito de ejercer presión sobre la víctima a la que pretende atemorizar privándola de su tranquilidad y sosiego.

El bien jurídico protegido por el tipo penal es la libertad del sujeto pasivo que ve alterado su derecho a la tranquilidad y a no estar sometido a temores en el desarrollo normal y ordinario de su vida.

El delito de amenazas es un delito de carácter circunstancial que hace que la valoración jurídica de la acción desarrollada deba analizarse desde las expresiones proferidas, las acciones ejercidas, el contexto en el que se vierten, las condiciones del sujeto pasivo y activo y cuantas circunstancias contribuyan a la valoración contextual del hecho. El relato fáctico que se subsume en el tipo penal de las amenazas toda vez que la conducta realizada expresó el anuncio de un mal que reúne las cualidades de injusto, de real y serio dando lugar a un menoscabo, también patente, de la tranquilidad y sosiego de la víctima que cumplió con la obligación de denunciar el hecho del que había sido víctima y de declarar en el juicio oral por los hechos sufridos. La pretensión del recurrente, referida a considerar de penalmente irrelevante la acción, pues se trataba de una farsa y de un montaje, se compadece mal con el relato fáctico que expresa una situación objetiva de lesión al bien jurídico tutelado.

El tipo penal aplicado sanciona cualquier acto atentario contra la vida, la libertad, etc., dirigido contra las personas que el tipo penal del art. 464 cita entre las que se incluyen a los denunciantes y los testigos del procedimiento como represalia por su actuación en el procedimiento judicial seguido. Se trata de un delito en el que se incrimina conductas peligrosas para el correcto funcionamiento de la administración de justicia, pues se hace necesario preservar la libertad y seguridad de futuros denunciantes y testigos y vencer las posibles represalias que puedan tomarse frente a estos por los imputados.

El relato fáctico es claro en la determinación de los elementos del tipo penal. Hubo un atentado a la libertad y el mismo se desarrolló como represalia a una conducta procesal de la víctima a quien el acusado "imputaba" que por su culpa había estado en prisión, expresión que en el hecho probado se concreta con la frase "que escuchase que el había cumplido condena en prisión debido a la denuncia de ella".

La norma aplicada, el art. 464.2 del Código penal, expresamente resuelve el régimen de concurrencia con el delito de amenazas, desechando el concurso de normas y el concurso ideal, se decanta por el concurso real, configurando ambas conductas concurrentes con la imposición de las penas correspondientes a las amenazas, y al delito de obstrucción a la justicia.

e. OCULTACIÓN DE ACTUACIONES JUDICIALES

El artículo 465 del Código Penal dispone que: "1. El que interviniendo en un proceso como abogado o procurador, con abuso de su función, destruyere, inutilizare u ocultare documentos o actuaciones de los que haya recibido traslado en aquella calidad, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años, multa de siete

a doce meses e inhabilitación especial para su profesión, empleo o cargo público de tres a seis años.

2. Si los hechos descritos en el apartado primero de este artículo fueran realizados por un particular, la pena será de multa de tres a seis meses."

Este es un delito que está a medio camino entre la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional ya que no sólo actúa abusando de su función, lo que va en contra de la deontología profesional, sino que lo puede hacer con el fin de obstruir o perturbar el desarrollo de un proceso. En este delito el sujeto activo puede ser el abogado o procurador que intervienen en el proceso, por lo que se exigen dos requisitos: primero, que el sujeto activo sea un profesional del derecho; y, segundo, que intervenga en ese procedimiento. El apartado segundo amplía el sujeto activo a los particulares, intervengan o no en el procedimiento, aunque generalmente sí será parte en el mismo. En este último caso se aplica una pena menor que al abogado o procurador precisamente porque no supone ningún fraude a una actuación profesional.

X. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

1-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 14 DE NOVIEMBRE DE 2006.

ANTECEDENTES DE HECHO:

1.- El Juzgado de Instrucción número 4 de Badalona incoó Diligencias Previas con el nº 1233/05 contra D. Gregorio que, una vez concluso, remitió a la Sección

Séptima de la Audiencia Provincial de Barcelona que, con fecha 17 de marzo de 2006, dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"Probado, y así se declara, que: Sobre las 17,00 horas del día 14 de mayo de 2005, el acusado Gregorio , mayor de edad y sin antecedentes penales, tras haber pasado desde el día anterior hasta pocas horas antes en compañía de su pareja sentimental Lina en diversos puntos de las provincias de Girona y de Barcelona, habiendo consumido cocaína de forma reiterada y siéndole comunicado por ésta su intención de no continuar con su relación sentimental, acudió al domicilio de la misma sito en el término municipal de Badalona, y tras recogerla en su vehículo Renault-5 matrícula F-....-OS , de dos puertas, estuvo circulando iniciándose entre ambos una conversación sobre la ruptura de su relación sentimental hasta que en un momento dado el acusado agarrándola del pelo le propinó un golpe contra el tablero y el cristal parabrisas delantero, y manteniéndola así agarrada, increpándola e impidiéndole salir del vehículo, se dirigió hacia el monasterio de Sant Geroni de la Murtra de Badalona, en donde estacionó el coche en una pequeña explanada existente en las proximidades pero de difícil observación desde el camino de acceso al citado monasterio y vías de circulación.

Tras poner los seguros en las puertas y obligar a Lina a pasar al suelo de la parte trasera por encima de los asientos para que no se pudiera marchar, colocándose encima de la misma comenzó a propinarle fuertes golpes en la espalda, cara, cabeza e incluso un puñetazo en la zona genital al tiempo que la agarraba fuertemente del cuello. En tal situación, aunque no de permanente agresión pero sí reiterada, obligándola a desprenderse de su ropa y con estados de inconsciencia de la víctima, impidió en todo momento a la misma salir del vehículo, hasta que sobre las 02'00 horas del día 15 siguiente, habiéndose quedado dormido el acusado, aquélla logró salir del vehículo semidesnuda y solicitó ayuda al personal del monasterio. Avisada y personada en el lugar de los hechos una dotación de los Mossos d'Escuadra, tras entrevistarse con la víctima localizaron el vehículo con el acusado en su interior dormido, en camiseta y con los pies desnudos.

Como consecuencia de los golpes recibidos, Lina sufrió contusiones faciales, en cuero cabelludo, región dorsal, monte de Venus, cara interna y dorso de ambos muslos, pierna izquierda, cadera derecha, pierna y brazo derecho y erosiones en la cara anterolateral del cuello que precisaron de una primera asistencia facultativa, tardando en curar 19 días no impositivos y 1 día impositivo para sus ocupaciones habituales.

El acusado a consecuencia de la ingesta llevada a cabo de forma continuada aunque no permanente de cocaína durante los días 13 y 14 de mayo de 2005, tenía durante la realización de los hechos una afectación o merma parcial de sus capacidades cognitivo-volitivas."

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos a Gregorio como responsable en concepto de autor de un delito de detención ilegal del art. 163.2 del CP, concurriendo la circunstancia mixta, como agravante, de parentesco y la atenuante de análoga significación a la eximente incompleta de intoxicación plena por consumo de drogas, a la pena de dos años de prisión con la accesoria de inhabilitación especial del derecho del sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, con la prohibición de comunicarse por cualquier medio y de aproximarse a Lina personalmente, a su domicilio y su lugar de trabajo durante un tiempo de cinco años, así como al pago de las costas procesales, sin responsabilidades civiles.

Que debemos condenar y condenamos a Gregorio como responsable en concepto de autor de un delito de lesiones leves del artículo 153, párrafo primero, en relación con el artículo 173.2, ambos del Código Penal, en su redacción dada por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, ya descrito, concurriendo la circunstancia atenuante de análoga significación a la eximente incompleta de intoxicación plena por consumo de drogas, a

la pena de seis meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como a la privación del derecho a la tenencia y porte de armas durante un año, con la prohibición de comunicarse por cualquier medio y de aproximarse a Lina personalmente, a su domicilio y su lugar de trabajo durante un tiempo de tres años y seis meses, sin responsabilidades civiles.

Notifíquese al Ministerio Fiscal y a las demás partes, haciéndoles saber que contra la presente cabe la interposición de recurso de casación que deberá, en su caso, prepararse ante esta Sección Séptima de la Audiencia Provincial, en el plazo de cinco días desde su última notificación; transcurrido que sea aquel término, procederá declarar su firmeza con comunicación al Registro Central de Penados y Rebeldes."

3.- Notificada la anterior sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional por el MINISTERIO FISCAL que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

4.- El recurso interpuesto por el MINISTERIO FISCAL se basó en el siguiente MOTIVO DE CASACION: Único.- Infracción de ley, con base en el nº 1 del art. 849 LECr, denuncia inaplicación del art. 163.1 CP e indebida aplicación del nº 2 del mismo precepto.

5.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, la sala lo admitió a trámite y quedaron conclusos los autos para señalamiento sin celebración de vista pública cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el correspondiente señalamiento se celebró la deliberación y votación el día 7 de noviembre del año 2006.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Planteamiento. La sentencia recurrida condenó a D. Gregorio como autor de dos delitos, uno de lesiones, al que para nada se refiere el recurso presente, y otro, de detención ilegal, por el que se le impuso la pena de dos años de prisión aplicando el art. 163.2 CP, además de una medida de prohibición de aproximarse a la víctima por tiempo de cinco años, apreciándose la circunstancia agravante de parentesco y la atenuante analógica de intoxicación por droga.

Recogió a Lina, su compañera sentimental, sobre las 17 horas del 14.5.2005 y tras discutir con ella mientras transitaban por la ciudad de Badalona en un coche Renault-5 de dos puertas, la llevó a un lugar cercano al monasterio de Sant Gironi de la Murtra, donde era difícil ser vistos desde dicho monasterio o desde los caminos próximos. Tras poner los seguros de tales dos puertas y obligar a Lina a pasar al suelo de la parte trasera, se colocó el acusado encima de ella y la golpeó en diversas partes del cuerpo, incluso en la zona genital, de modo reiterado aunque no permanente, llegando a agarrarla fuertemente del cuello. La obligó a desnudarse y ella incluso, por efecto de tales malos tratos, perdió el conocimiento, hasta que sobre las 2 de la madrugada la señora lo recobró y pudo marcharse semidesnuda para pedir ayuda en el monasterio aprovechando que Gregorio se había quedado dormido.

Contra esta resolución recurre el Ministerio Fiscal por un solo motivo que examinamos a continuación.

SEGUNDO.- En tal motivo único de casación, formulado por la acusación pública al amparo del art. 849.1º LECr, se denuncia la inaplicación del art. 163.1 y la consiguiente aplicación indebida del art. 163.2 CP.

Dicen estas normas penales:

"Art. 163.1. El particular que encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad, será castigado con la pena de prisión de cuatro a seis años.

2. Si el culpable diera libertad al encerrado o detenido dentro de los tres primeros días de su detención, sin haber logrado el objeto que se había propuesto, se impondrá la pena inferior en grado".

Este apartado 2 sanciona lo que la doctrina llama un delito privilegiado, esto es, una figura penal más leve que el tipo básico, para cuya aplicación es necesario, conforme a su propio texto, que concurren dos requisitos:

Primer requisito. Que el culpable dé libertad al detenido dentro de los tres primeros días de su detención.

Como se trata de una norma favorable al reo no se viola el principio de legalidad penal, garantía procesal reconocida en el art. 25.1 CE, si se hace una interpretación extensiva de dicha norma, porque ello en definitiva redunda en beneficio del responsable criminal.

Conforme a esto, esta sala viene entendiendo que se da libertad al encerrado o detenido, no sólo cuando hay una acción directa de poner fin al encierro o detención,

por ejemplo abriendo la puerta del coche donde se le había encerrado o quitándole las ataduras que le mantenían sujeto en un árbol; sino también cuando realiza determinados actos que hacen posible esa liberación de manera fácil o más o menos inmediata, como sucede cuando se encierra en un piso no alto sin especiales obstáculos para abrir alguna ventana, o se deja la puerta abierta, o se avisa a la policía, o si quien está custodiando al encerrado se queda dormido de modo que le es fácil a la víctima poner fin a su detención, que es el caso previsto en nuestra sentencia 628/2004, de 17 de mayo, citada en la sentencia recurrida.

Por ello hemos de manifestar aquí nuestro acuerdo con lo decidido por la Audiencia Provincial cuando aplicó tal tipo privilegiado del art. 163.2 al presente caso, en el que el ahora recurrente se quedó dormido y ello permitió que la encerrada en el coche levantara el mecanismo de cierre de algunas de las dos puertas y así pudiera salir y pedir auxilio.

Incluso pudo ocurrir que Gregorio se quedara voluntariamente dormido descuidando así con un acto consciente la custodia de la encerrada que hasta ese momento venía manteniendo. No sabemos cómo se quedó dormido el acusado y tal falta de precisión sobre este dato en los hechos probados ha de interpretarse en beneficio del imputado, a virtud del principio "in dubio pro reo" de tanta importancia en el derecho penal. Al respecto nos dice la sentencia recurrida (páginas 4 y 5) que "cuando por última vez recuperó el sentido, se percató de que el acusado estaba dormido y pudo salir del coche, puesto que el cierre de las puertas era manual". Son manifestaciones de la víctima a las que la propia sala de instancia dice concederles su crédito.

Por tanto, pudo existir una actuación voluntaria del acusado al quedarse dormido con conciencia de que Lina podía aprovechar tal situación para salir del vehículo.

Por aplicación del principio "in dubio pro reo", como hemos dicho, tal posibilidad ha de tenerse como hecho probado. Entendemos que existe así una acción del sujeto activo del delito equiparable a ese dar la libertad dentro de los tres días exigida por el art. 163.2. Como ha dicho esta sala en algunas ocasiones (Ss. 769/2003, de 31 de mayo, y 119/2005, de 7 de febrero) tender "un puente de plata" para que sea posible la salida del encierro de la víctima por sus propios medios, con mayor o menor dosis de voluntad en el autor del hecho, equivale al desistimiento activo, esto es, al cese de la situación antijurídica por una acción del responsable penal.

Segundo requisito. Que tal acción de dar la libertad se haya realizado, sin haber logrado el autor del delito "el objeto que se había propuesto". Ciertamente quiere decirnos aquí el legislador que cuando la detención ilegal tiene una finalidad conocida, si esta ya se ha conseguido por el autor, pese a existir esa liberación dentro de tal plazo, no es posible aplicar esta rebaja de pena del art. 163.2.

Se trata de un requisito negativo o impeditivo que entendemos también se produjo en el caso presente.

La sentencia recurrida no nos dice cuál fue el objeto que se había propuesto el acusado, aunque asegura que tal objeto no lo consiguió (pág. 7, final del apartado III).

Parece que ese encierro y esos golpes dados a Lina fueron en el curso de una discusión motivada porque ella dijo querer romper sus relaciones con su compañero, como algo surgido en el seno de las mismas diferencias existentes entre ellos. No consta que hubiera un propósito de conseguir algo por medio de ese encierro. Desde luego no aparece que tal fuera el que ella cambiara de opinión. En todo caso no hay datos de que tal cambio llegara a existir.

Es decir, nada hay que nos permita afirmar que esa puesta en libertad a que antes nos hemos referido (requisito 1º) fuera consecuencia de que el acusado hubiera logrado aquello que pudiera haber sido el móvil de ese encierro dentro de su coche.

Así pues, hay que entender que concurre asimismo este 2º requisito para la aplicación del tipo privilegiado que estamos examinando (art. 163.2).

FALLO:

NO HA LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN formulado por el MINISTERIO FISCAL contra la sentencia que condenó a D. Gregorio por los delitos de detención ilegal y lesiones, dictada por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Barcelona con fecha diecisiete de marzo de dos mil seis, declarando de oficio las costas de esta alzada.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia Provincial a los efectos legales oportunos con devolución de la causa que en su día remitió.

2-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 12 DE JULIO DE 2001

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 5 de Vigo incoó Procedimiento Abreviado núm. 1103/97 por delitos de detención ilegal por funcionario y lesiones contra Rubén, Joaquín, Esteban y Daniela, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Pontevedra Sección Segunda que con fecha 19 de abril de 1999 dictó

Sentencia núm. 30/99 que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS: "Sobre las 17,30 horas del domingo día 17 de marzo de 1997, la dotación del Cuerpo de Policía Local de Vigo, compuesta por los acusados Rubén y Esteban , se encontraba patrullando a pie, por el Paseo de la concurrida Playa de Samil, en función de detección de venta ambulante entonces prohibida sin oportuna autorización por correspondiente Ordenanza Municipal de 23 de diciembre de 1995, bajo el mando directo mediante radio del cabo de zona, Carlos Ramón . En tal vicisitud, ambos funcionarios se dirigieron verbalmente al súbdito senegalés Cosme que conformaba un grupo de vendedores ambulantes, los cuales, al sentir la presencia policial, introdujeron la mercancía en una caja que luego guardaron en un coche próximo.

A continuación los Agentes requirieron de documentación al antedicho, quien les mostró permiso de trabajo y residencia a su nombre, NUM000 , expedido en Vigo en fecha 6 de noviembre de 1999, y en el que figuraba lugar y fecha de nacimiento, filiación, domicilio en la calle DIRECCION000 núm. NUM001, NUM002 - NUM003 de Pontevedra, y números de expediente laboral y registro de residencia con respectivos sellos y firmas de la Dirección Provincial del Ministerio de Trabajo y Gobierno Civil de Pontevedra, ello junto con huella dactilar y foto sellada por el Ministerio de Trabajo.

A la vista de que la dirección de C/ DIRECCION000 no correspondía realmente a la ciudad de Pontevedra, los Agentes resolvieron el traslado del requerido a Comisaría para terminar de verificar la identificación a lo que de principio se opuso verbalmente el anterior para después -a la presencia de un grupo de no menos de 50 personas que se arremolinaron, entre el que se encontraba Paula y Carina, ambas conocidas del requerido debido a sus labores en Cáritas-, introducirse en el vehículo policial llamado al efecto, conducido y copilotado respectivamente por los también funcionarios del Cuerpo de Policía Local, aquí coacusados, Joaquín y Daniela, de forma que, en tanto los mismos ocupaban los asientos delanteros, Cosme se sentó en la parte trasera entre los Agentes Rubén y Esteban.

Desde Samil al coche policial se dirigió hacia el Centro de la Ciudad por la Avenida de Europa pero, pasado el Colegio Amor de Dios, obrando de consuno los cuatro policías, se desviaron a la derecha sin tomar la Avenida de Castela, dirigiéndose -en trayectoria completamente opuesta a la correspondiente a la Comisaría de la calle López Mora- hasta la zona del monte, alejada y aislada, de Marcosende y Beade, proximidades del CUVI, donde detuvieron el coche y salieron del mismo varios funcionarios desatendiendo los ruegos del conducido para que fuera llevado realmente a Comisaría, situación en la que el coche policial fue avistado por el conductor Paulino, ajeno a los intervinientes antedichos, después de un tiempo, y tras un intercambio de impresiones entre los cuatro Agentes, éstos decidieron dirigirse por fin a Comisaría, volviendo a la Ciudad a través de la Avenida de Madrid, en uno de cuyos semáforos, ya en las proximidades de la Plaza de España, cuando el coche policial se encontraba detenido fue observado a corta distancia por el conductor Rodolfo, ya sobre las 19 horas, quien comprobó la disposición de los ocupantes del vehículo policial, en cuyo interior también avistó al súbdito senegalés, sonriente y rodeado de los policías arriba mencionados. Por fin, a través de la Plaza de España y calle Camelias, el coche se presentó a los pocos minutos en la Comisaría, donde se llevó a cabo, a las 19,15 horas, diligencia de identificación documentada en Libro.

Consta acreditado que en el trayecto de desvío durante más de una hora, los policías que rodeaban dentro del coche a Cosme, acusados Rubén y Esteban, propinaron golpes y codazos al anterior que le produjeron contusión craneal y costal derecho, propiciando una primera asistencia médica y curando sin secuelas en un día, durante el que permaneció incapacitado.

Cuando el coche policial salió del aparcamiento de la Playa de Samil, Paula y Carina acudieron a Comisaría en ayuda de Cosme, esperando en la puerta hasta las 18,30 horas aproximadamente, hora en que, no apareciendo el coche resolvieron regresar a la playa, sin terminar de localizar el primero.

Resulta probado que, en la circunstancia explicada, el súbdito senegalés Cosme contaba, como se dijo, con permiso de trabajo y residencia, correctamente legalizado y en vigor. Con 29 años de edad, venía dedicándose a la venta ambulante, habiendo tributado por el impuesto de Actividades Económicas, y habiendo sido inscrito en la Seguridad Social con número de afiliación NUM004, constando de baja en régimen especial de Trabajadores Autónomos desde el 30 de noviembre de 1996. También consta haber sido objeto de asistencia hospitalaria en fecha 26 de febrero del mismo año 97 debido a hemorragia cerebral, ajena los hechos objeto de enjuiciamiento.

Entonces eran conocidas del acusado Rubén, Frida y Miguel Ángel, Juan Carlos también era antiguo conocido del inculcado Esteban. Juan Ramón asimismo conocía de antes al encausado Joaquín y Ángel, del mismo modo anterior conocedor de los policías acusados, era socio y amigo de Juan Carlos -como se dijo, conocido del encausado Esteban - así como de Eduardo, a quien, a las 18,55 horas de la tarde autos, efectuó servicio de grúa en la playa de Samil por avería.

Los acusados Rubén, Joaquín y Daniela, carecen de antecedentes penales mientras que el acusado Esteban cuenta con antecedentes penales no computables. Dándose la circunstancia constatada de que fue el mentado inculcado Esteban quien sobresalió verbalmente en la dirección de la dotación, consintiendo y llevando acabo de mutuo acuerdo los hechos los cuatro funcionarios componentes de la misma.

No resulta suficientemente probado que, en el curso del narrado actuar policial, los acusados dirigieron al denunciante insultos o frases ofensivas alusivas a su raza o procedencia nacional. Y, en particular, que el acusado Esteban profiriera en el interior del coche policial las expresiones "gilipollas", "hijo de puta" o "el dueño de España tiene la culpa, teníais que marcharos todos y mataros entre vuestras tribus".

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos a los acusados Esteban , Rubén , Joaquín y Daniela, como autores responsables del indicado delito de DETENCIÓN ILEGAL, sin apreciarse circunstancias modificativas de la responsabilidad, a las penas, para Esteban, de CUATRO AÑOS DE PRISIÓN E INHABILITACIÓN ABSOLUTA por tiempo de DIEZ AÑOS; y para Rubén, Joaquín y Daniela, de TRES AÑOS DE PRISIÓN E INHABILITACIÓN ABSOLUTA por tiempo de OCHO AÑOS, para cada uno.

Ello debiendo indemnizar los cuatro condenados, conjunta y solidariamente, al perjudicado Cosme en la suma de CIEN MIL (100.000) pesetas por daños morales.

Que, asimismo, debemos condenar y condenamos a los acusados Esteban y Rubén , como autores de la señalada falta de lesiones, a la pena, para cada uno, de ARRESTO de CUATRO FINES DE SEMANA, debiendo indemnizar, conjunta y solidariamente al perjudicado Cosme por daños y perjuicios derivados de la agresión recibida, en suma de QUINCE MIL (15.000) pesetas.

Se condena en costas -incluyéndose las de la acusación particular- a los cuatro acusados, en proporción de 2/3 para los acusados Rubén y Esteban; y de 1/3 para los acusados Joaquín y Daniela, por partes iguales.

Y respecto a las indemnizaciones expresadas se declara la responsabilidad civil subsidiaria del Ayuntamiento de Vigo.

Declaramos la solvencia de dichos acusados, aprobando el Auto en tal sentido dictado por el Instructor.

Notifíquese la presente resolución a los acusados personalmente, y a las demás partes, haciéndoles saber que pueden interponer contra ella recurso de casación, preparándolo ante esta Sala dentro de los cinco días siguientes al de la última notificación de esta sentencia."

TERCERO.- Notificada en forma la Sentencia a todas las partes personadas se prepararon recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de Ley y de precepto constitucional por las representaciones legales de los acusados, que se tuvieron 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.- El recurso de casación formulado por la representación legal de los acusados Rubén y Esteban, se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: 1º.- Por infracción de precepto constitucional, con base en el número 4 del artículo 5 de la L.O.P.J., relación con el art. 849.1º de la L.E.Crim. y el 24.2 de la C.E., al haberse vulnerado el principio constitucional de presunción de inocencia.

2º.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del núm. 6 del art. 851 de la L.E.Crim. al haberse sustituido uno de los Magistrados de la Sala y más concretamente el Magistrado Ponente inicialmente nombrado y resultar designado conforme al contenido de la Sentencia el Ilmo. Sr. D. Jaime Esain Manresa, sin que se hubiese notificado a las partes la sustitución y el nuevo nombramiento, con vulneración de lo preceptuado en el art. 203 apartado 2 de la L.O.P.J. imposibilitando el poder ejercitar el derecho de recusación.

El recurso de casación formulado por la representación legal del acusado Joaquín, se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: 1º.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la L.O.P.J. por vulneración del art.

24.2 de la C.E., en cuanto en él se recoge el derecho fundamental a la presunción de inocencia, en relación, a su vez, con el núm. 1º del art. 849 de la repetida L.E.Crim.

2º.- Por quebrantamiento de forma al amparo del art. 850.4º de la L.E.Crim. por haberse rechazado por impertinentes las preguntas que se hicieron al supuesto perjudicado, Cosme o Ángel en el acto del juicio oral por esta parte procesal.

El recurso de casación formulado por la representación legal de la acusada Daniela, se basó en los siguiente MOTIVOS DE CASACIÓN: 1º.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim., conforme establece el art. 5.4 de la L.O.P.J. por vulneración del principio constitucional de presunción de inocencia, del art. 24.2 de la C.E.

2º.- Por infracción de Ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1º de la L.E.Crim. por no ser de aplicación el tipo penal de la detención ilegal, que se establece en el art. 167 en relación con lo dispuesto en el art. 163.1º y 2º del C. Penal.

3º.- Por infracción de Ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1º de la L.E.Crim., por no aplicación de la exención de responsabilidad que se establece en el art. 16.2 del C. Penal.

4º.- Por quebrantamiento de forma, al amparo de lo dispuesto en el art. 851.1º inciso segundo de la L.E.Crim., por resultar manifiesta contradicción entre los hechos declarados probados en la sentencia.

5º.- Por quebrantamiento de forma, al amparo de lo que se establece en el art. 851.6º de la L.E.Crim., al haberse designado Magistrado Ponente al Ilmo. Sr. D. Jaime

Esain Manresa, recién incorporado a esa Ilma. Sección, y no haber notificado a las partes tal nombramiento, infringiéndose, así, lo dispuesto en el art. 203, 2 de la L.O.P.J. y privarse por tanto, la posibilidad a esta parte de poder usar el derecho de recusación.

El recurso de casación formulado por la representación legal de la Acusación Particular D. Cosme se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: Único.- Recurso de casación por infracción de Ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim por indebida inaplicación del art. 22.4º del C. Penal por la no apreciación de la agravante de actuar por móviles racistas y, consecuentemente, de lo dispuesto en el art. 66.3º del C. Penal relativo a la penalidad correspondiente.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos impugnó los mismos por las razones expuestas en su informe; la Sala admitió los mismos quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento para Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 1 de junio de 2.001.

SÉPTIMO.- Se han cumplido todos los trámites procesales excepto el del término para dictar Sentencia dada la complejidad del asunto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- La Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección segunda, condenó a Esteban, Rubén, Joaquín y Daniela, como autores, criminalmente responsables, sin circunstancias modificativas, de un delito de detención ilegal, frente a cuya resolución

formalizan recurso de casación todos los condenados en la instancia, incluida la acusación particular que representa al perjudicado Cosme. El Ministerio fiscal impugnó todos los recursos.

Recurso de Esteban y Rubén.

SEGUNDO.- Iniciaremos por dar respuesta al segundo de los motivos formalizados por ambos recurrentes conjuntamente, que se interpone por quebrantamiento de forma, al amparo de lo dispuesto en el número 6º del art. 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al haberse sustituido uno de los Magistrados de la Sala, y más concretamente el Magistrado Ponente inicialmente nombrado y resultar designado, conforme al contenido de la Sentencia, otro Magistrado, igualmente como Ponente, sin que se hubiese notificado a las partes la sustitución y el nuevo nombramiento, con vulneración de lo preceptuado en el art. 203, apartado segundo, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, imposibilitando el derecho a poder recusar a dicho Magistrado.

Cierto es que se cometió tal irregularidad procesal, ya que en el tercera ocasión en que se celebró el juicio oral (las dos anteriores, fue suspendido a causa de la incomparecencia de varios testigos), componía la Sala, además de los dos Magistrados designados con anterioridad, uno nuevo, precisamente el Magistrado Ponente, que había sido titular del Juzgado de lo Penal número uno de los de Vigo, sin que conste la expresa designación a las partes.

Este Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional se han pronunciado reiteradamente en relación con el deber de los órganos jurisdiccionales de comunicar a las partes la exacta composición del Tribunal sentenciador llamado a conocer de la causa, conforme a lo dispuesto en los arts. 202 y 203 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (particularmente el art. 203.2 en lo referente al Magistrado Ponente). Esta

designación posibilita que las partes puedan ejercitar sus acciones en orden a su derecho a un juicio justo dictado por un Tribunal imparcial, y en concreto puedan recusar en tiempo y forma a aquellos jueces que pudieran incurrir en causa legal. La imparcialidad del juzgador constituye una garantía protegible, por integrar el contenido del derecho fundamental que establece el art. 24.2 de la Constitución española, y el medio a través del cual resulta posible en nuestro ordenamiento plantear y cuestionar la citada imparcialidad es el ejercicio del derecho de recusación, de modo que la privación de tal ejercicio que la parte debe manifestar expresamente querer efectuar, alegando causa legal para ello, implica la restricción de una garantía esencial que aparece establecida con el fin de salvaguardar aquella imparcialidad del juzgador protegida constitucionalmente.

Sin embargo, el motivo tiene que ser desestimado. No basta con mencionada irregularidad procesal, desde luego censurable en el actuar de la Sala sentenciadora, sino que se debe ejercitar el derecho de la recusación en el primer momento que se conozca la causa de recusación. En el caso enjuiciado, únicamente se hacen vagas referencias a la condición del Magistrado Ponente como anterior titular del Juzgado de lo Penal, número 1 de los de Vigo, lo que ha podido "suscitar inevitablemente incidencias relativas a las declaraciones de los policías, así como a la intervención de éstos en los hechos". Eso es todo lo que se pone de manifiesto en el motivo para fundamentar la recusación, de manera que ni se ha recusado en forma en momento alguno a citado Magistrado, incluida su posibilidad a lo largo del juicio oral, ya que tal condición era notoria para todos los intervinientes, ni existe motivo alguno de donde deducir su parcialidad, al menos deducible de tal censura casacional, debiendo haber sido el recurrente más explícito en su queja; finalmente la condición de Letrado del proponente, como director de los intereses de los encausados, no le impedía a buen seguro conocer el mecanismo de articulación previsto en los arts. 217 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

TERCERO.- El primer motivo del recurso se viabiliza por el cauce previsto en el art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por vulneración de derechos fundamentales, y se concreta en el art. 24.2 de la Constitución española, alegando como infringido el principio constitucional de presunción de inocencia.

Es la presunción de inocencia derecho constitucionalmente consagrado que protege inicialmente a todo acusado de cometer un hecho punible. Cabe, sin embargo, que esa protección decaiga cuando, mediante prueba de cargo, que ha de ser alegada y propuesta a instancias de las partes acusadoras, se llegue a acreditar que los hechos ocurrieron como se postula por las mismas. Cuando en esta vía de casación se alega infracción de ese fundamental derecho, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a la presencia del juzgador de instancia, porque a éste sólo corresponde esa función valorativa, pero sí puede este Tribunal verificar que, efectivamente, el Tribunal «a quo» contó con suficiente prueba de signo acusatorio sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, para dictar un fallo de condena, cerciorándose también de que esa prueba fue obtenida sin violar derechos o libertades fundamentales y en correctas condiciones de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción y comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el juzgador el proceso de su raciocinio, al menos en sus aspectos fundamentales, que le han llevado a decidir el fallo sin infringir en ellos los criterios de la lógica y de la experiencia. La jurisprudencia de esta Sala sobre las dichas exigencias revisoras es amplísima y constante.

Desde esta perspectiva, el motivo tiene que ser desestimado. En efecto, como decimos, la función de esta Sala Casacional, cuando se alega ese sustancial derecho, es comprobar si al dictar la Sentencia el Tribunal sentenciador contó con pruebas de carácter incriminatorio, sin efectuar una nueva valoración de dicho patrimonio o acervo probatorio. Únicamente el vacío o la irracionalidad pueden conducir a la estimación del motivo.

Nada de ello ocurre en el caso sometido a nuestra consideración. La Sala sentenciadora en el tercero de sus fundamentos jurídicos, refiere cuáles son las pruebas de cargo de donde ha obtenido su convicción judicial para llegar a declarar que los policías locales acusados de detención ilegal retuvieron indebidamente y sin ninguna necesidad al perjudicado, desviándose en su trayectoria hacia la Comisaría de Policía - donde pretendían comprobar la identificación del ciudadano senegalés, a pesar de que contaban ya con los documentos necesarios para ello-, alejándose en el vehículo policial hacia una zona solitaria y aislada, sin causa que lo justificara y en contra del expreso deseo del conducido, permaneciendo privado indebidamente de libertad durante tiempo superior a una hora. Dichas pruebas son el testimonio del mencionado súbdito senegalés, el testimonio de dos cooperadoras de Cáritas que le conocían y que atestiguan que el vehículo partió de la playa de Samil sobre las 17.40 horas del día de autos; que se fueron a Comisaría de Policía a interesarse por su destino final y se quedaron hasta las 18.30 horas, marchándose sin que llegara la patrulla de la policía local; el contenido del Libro de Identificaciones de dicha Comisaría, en donde se refleja que el inicio de la diligencia se localiza a las 19.15 horas; y por su fuera poco, el testimonio de dos personas más que vieron al coche policial, el primero sobre las seis de la tarde en una zona de monte cerca de la Universidad, encontrándose varios policías fuera del coche, y el segundo que avistó a dicho vehículo parado en un semáforo, sobre las siete de la tarde, si bien dándole la sensación de que el ciudadano senegalés "sonrió".

Tales pruebas concluyentes son valoradas por el Tribunal de instancia, no confiriendo valor a otros testimonios de descargo por las razones que se expone en tal fundamento jurídico, y que a nosotros no nos permite la técnica casacional ni su apreciación ni su reproche, por haber carecido -por nuestra parte- de la oportuna inmediación judicial, que únicamente tuvo la Sala sentenciadora, y porque la credibilidad de los testimonios es cuestión de hecho que atañe con exclusividad al Tribunal "a quo", como constantemente declara esta Sala Casacional.

De manera que al no existir vacío probatorio alguno, no puede decirse que se haya infringido el principio constitucional de inocencia, y tampoco el invocado "in dubio pro reo", porque tal regla valorativa no es aducible en esta instancia, salvo que el Tribunal haya de alguna manera dudado en la apreciación probatoria y haya resuelto la duda en contra del inculpado, lo que en absoluto se ha producido en estos autos, ni, por fin, las consideraciones jurídicas que se formulan en el motivo puedan resolverse por el cauce elegido por el recurrente.

Recurso de Joaquín.

CUARTO.- Formalizándose el primer motivo por vulneración de la presunción de inocencia, al amparo de lo dispuesto en el art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la desestimación viene impuesta por las consideraciones precedentes, analizando igual queja casacional.

QUINTO.- El segundo motivo, por quebrantamiento de forma, se articula con base en lo dispuesto en el art. 850-4º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por haberse declarado impertinentes determinadas preguntas, que deben tener, como dice la propia Ley Adjetiva, "verdadera importancia para el resultado del juicio".

La Sentencia de esta Sala de 17 de noviembre de 2000, al analizar el citado número 4º del artículo 850 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se refiere al vicio «in procedendo» relativo a desestimar cualquier pregunta por capciosa, sugestiva o impertinente, no siéndolo en realidad, siempre que tuviese verdadera importancia para el juicio. En el presente caso la tacha se refiere a la impertinencia estimada por la Sala, es decir, entender que el contenido de dichas preguntas no tenía relación directa con el objeto del juicio siendo ajenas al núcleo esencial del mismo. Sin embargo, no basta sólo la concurrencia de la relación antedicha, sino que es preciso valorar la relevancia, necesidad y en consecuencia causalidad de las preguntas en relación con el sentido del

fallo, debiendo apreciarse globalmente ambos elementos para estimar presente e infringida la norma procesal.

Las preguntas que fueron declaradas impertinentes se referían a la supuesta infracción por el perjudicado de una orden de expulsión precedente, conforme a una documental obrante en autos, alegada por el recurrente, y en donde constan tales datos, por lo demás absolutamente irrelevantes para el objeto del debate, que se trataba de la supuesta comisión de un delito de detención ilegal como consecuencia de la desviación de la trayectoria policial, durante más de una hora, hacia la Comisaría de Policía, con lesiones de por medio, actos éstos en donde no se deduce conexión alguna con la regularización administrativa -como extranjero residente- del perjudicado; todo lo contrario, la Sala sentenciadora declara probado que "el súbdito senegalés Cosme contaba, como se dijo, con permiso de trabajo y residencia correctamente legalizado y en vigor" (página 4, primer párrafo).

En consecuencia, se desestima el motivo.

Recurso de Daniela.

SEXTO.- Formalizándose el primer motivo de esta recurrente, como ya expusimos, por vulneración de la presunción constitucional de inocencia, al amparo de lo dispuesto en el art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la desestimación viene impuesta por las propias consideraciones precedentes, analizando igual queja casacional en el tercero de nuestros fundamentos jurídicos.

SÉPTIMO.- El segundo motivo, formalizado por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el art.849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia la indebida aplicación del art. 167 del Código penal, en relación con lo dispuesto en el art. 163.1º y 2º del propio Cuerpo legal.

La detención ilegal del artículo 163, antiguo artículo 480 del Código de 1973, es una infracción instantánea (ver la Sentencia de 6 de junio de 1997) que se produce desde el momento en que la detención o el encierro tienen lugar. En directa relación con los artículos 489 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 17 de la Constitución, tal infracción ha de moverse obligatoriamente alrededor del significado que quiera atribuirse a los verbos del texto penal, detener y encerrar. En ambos casos se priva al sujeto pasivo de la posibilidad de trasladarse de lugar según su voluntad, limitándose ostensiblemente el derecho a la deambulación en tanto se impide de alguna manera el libre albedrío en la proyección exterior y física de la persona humana. Si encerrar supone la privación de la libre deambulación porque se tiene a la persona dentro de los límites espaciales del largo, ancho y alto, detener en cambio implica también esa limitación funcional aunque de distinta forma ya que, sin necesidad de encerrar materialmente, se obliga a la inmovilidad no necesariamente con violencia o intimidación (ver en este sentido la Sentencia de 28 de noviembre de 1994).

Dicho delito se proyecta desde tres perspectivas. El sujeto activo que dolosamente limita la deambulación de otro, el sujeto pasivo que anímicamente se ve constreñido en contra de su voluntad, y por último el tiempo como factor determinante de esa privación de libertad, aunque sea evidente que la consumación se origina desde que la detención se produce. Precisamente el factor tiempo es uno de los requisitos diferenciadores respecto del delito de coacciones del artículo 172 del Código, aunque en modo alguno esgrimido por los recurrentes, si bien esa distinción venga propiciada esencialmente en razón a la especialidad. El delito de coacciones es el género en tanto que la detención ilegal es la especie, de suerte tal que la detención desplazará a las coacciones siempre que la forma comisiva afecte, a través de los verbos antes explicados, al derecho fundamental de los artículos 17 y 19 de la Constitución. Tampoco es posible la aplicación del art. 530 del Código penal, porque no media causa por delito alguno.

La reciente Sentencia de esta Sala de 17 de junio de 2000, trata de un supuesto de hecho con grandes analogías con el presente caso, ya que se produjo un traslado injustificado a Comisaría de Policía para su identificación, por parte de un policía municipal, declarando esta Sala en dicha resolución judicial que "apareciendo una actuación abusiva de quien por la condición de policía municipal debe atemperar su actuación desde el respeto a la Ley, y no a pretexto de ella, instrumentalizar los poderes de que le ha investido la sociedad para abusar de ellos privando de la capacidad ambulatoria a un ciudadano. En el presente caso fue patente la ilegalidad de la acción del recurrente desde el inicio..., constituyendo un delito de detención ilegal al evidenciarse la conciencia plena, absoluta y segura del recurrente de ser consciente de la naturaleza antijurídica de su actuar, consumándose el delito en el mismo momento de la privación de la capacidad ambulatoria dada su condición de delito instantáneo. El motivo debe ser desestimado, existió el delito del artículo 184 del anterior Código Penal que aplicaba una pena benévola, casi privilegiada en relación con la gravedad de la conducta, lo que ya no ocurre en el tipo correspondiente del vigente Código Penal -art. 167-".

En el mismo sentido que venimos argumentando, las Sentencias de esta Sala de 23 febrero y 3 octubre 1996, el delito de detención ilegal del artículo 480 del antiguo Código Penal, que se corresponde con el artículo 163 del vigente ahora, es una infracción instantánea que se produce desde el momento en que la detención o el encierro tiene lugar y está en directa relación con los artículos 489 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 17 de la Constitución, por lo que ha de moverse alrededor del significado que quiera atribuirse a los verbos del texto penal, detener y encerrar. En ambos casos se priva al sujeto pasivo de la posibilidad de trasladarse de lugar según su voluntad.

El tipo descrito en el art. 163 CP es un delito que se caracteriza por la concurrencia de los siguientes requisitos: 1) el elemento objetivo del tipo consistente en la privación de la libertad deambulatoria de la persona.

Y que esa privación de libertad sea ilegal. Para determinar la ilegalidad o no de la detención hay que acudir a la LECrim, arts. 489 y ss. Al ser el acusado de detención ilegal funcionario público, su actuación sólo será delictiva si se hubiese producido un exceso en el cumplimiento de las obligaciones encomendadas.

2) el elemento subjetivo del tipo, el dolo penal, consiste en que la detención se realice de forma arbitraria, injustificada, siendo un delito eminentemente intencional en el que no cabe la comisión por imprudencia.

En el caso enjuiciado en estas actuaciones se cumplen los dos requisitos citados, ya que, desde el plano objetivo, se retuvo al ciudadano perjudicado, privándole de su libertad personal, durante más de una hora, llevándole a un descampado (monte), y conduciéndole finalmente a la Comisaría de Policía, contra la voluntad del afectado, y sin ningún motivo, al menos que haya sido expuesto, para verificar ese largo recorrido, con parada incluida en el monte; desde el plano subjetivo, la detención ha sido arbitraria e injustificada, ya que la documentación que portaba era suficientemente ilustrativa, con sellos y fotografía, legalizada, sin que pueda justificarse por la existencia de un presunto delito de falsificación de documentos, sencillamente porque tales diligencias nunca llegaron siquiera a iniciarse, ni denunciarse por los integrantes de la patrulla de la Policía Local, intencionalidad que resulta de los acontecimientos ocurridos, como se desprende de la jurisprudencia de esta Sala (ad exemplum, Sentencias de 3 de noviembre de 1992 y 28 de mayo de 1993, entre otras muchas, la primera de la cuales ya dijo que el funcionario ha de extremar el uso de las importantes facultades que la ley le confiere; su exceso, su abuso o la tosca utilización de las mismas con fines repudiables, llevan a la consumación del delito).

Algunas Sentencias de esta Sala, han tratado de casos parecidos, como la de 16 de julio de 1997, que condena a Jefe de Policía Local que mantiene retenidas a cuatro

personas por casi dos horas sin informarles de sus derechos; la de 7 de mayo de 1997, que confirma la condena a un ertzaina que detiene a un conductor de vehículo por incidente de tráfico sin relevancia penal; la de 24 de febrero de 1997, que trata de unos guardias civiles que llevan detenida a una persona esposada al puesto de los mismos sin motivo justificado; la de 30 de junio de 1995: policías locales que privan de libertad a ciudadanos indebidamente; la de 5 de junio de 1995: policía que priva de libertad indebidamente; la de 25 de septiembre de 1993: policías nacionales que detienen a sospechoso insuficientemente documentado (privación de libertad durante aproximadamente una hora).

OCTAVO.- El tercer motivo, igualmente formalizado por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia la inaplicación del art. 16.2 del Código penal.

El motivo tiene que ser desestimado en cuanto comienza su desarrollo la recurrente señalando que "si se toma por válida aquella parte de la declaración efectuada por el denunciante-perjudicado en el acto del juicio oral...", tal desestimación viene motivada sencillamente porque no respeta la recurrente los hechos probados.

Esta Sala viene en tal sentido declarando que el objeto de este recurso, en esta sede casacional, se reduce exclusivamente a comprobar si, dados los hechos que se declaran probados en la Sentencia que se recurre, que han de ser respetados en su integridad, orden y significación, se aplicaron correctamente a los mismos, por los juzgadores de instancia, los preceptos penales sustantivos en que los subsumieron, se dejaron de aplicar los que correspondían, o fueron los aplicados o dejados de aplicar erróneamente interpretados en su aplicación o falta de aplicación (Sentencia de 29 de mayo de 1992). Esta vía casacional del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal exige, como pone de relieve la Sentencia de 17 de diciembre de 1996, «un respeto reverencial y absoluto al hecho probado, pues cualquier modificación,

alteración, supresión o cuestionamiento desencadena inexcusablemente la inadmisión del motivo (artículo 884.3º LECrim) y en trámite de Sentencia su desestimación».

Por lo demás, en momento alguno declaró citada recurrente que trató de evitar el delito, adoptando una actitud contraria a su consumación, o reprochando a sus compañeros tal comportamiento. De haberlo hecho así, no hubiera existido delito alguno por su parte. Al contrario, los hechos probados de la Sentencia de instancia, intangibles en esta instancia, dada la vía elegida, dicen que el inculpado Esteban "sobresalió verbalmente en la dirección de la dotación, consistiendo y llevando a cabo de mutuo acuerdo los hechos los cuatro funcionarios componentes de la misma".

NOVENO.- El cuarto motivo, por quebrantamiento de forma, al amparo de lo dispuesto en el art. 851.1º, inciso segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia manifiesta contradicción entre los hechos declarados probados en la Sentencia, y para ello aduce el pasaje del "factum" en donde se dice que el ciudadano senegalés fue avistado por el conductor de un turismo, concretamente Rodolfo, "sonriente y rodeado por los policías antes mencionados". Por sí mismo, tal aserto no entra en contradicción alguna, y puede perfectamente explicarse porque, dada la hora en que se describe dicho acontecimiento, se dirigía la dotación policial a Comisaría de Policía, que era precisamente lo rogado por el perjudicado, indebidamente detenido. Se desestima el motivo.

DÉCIMO.- El último motivo es una reproducción del ya resuelto en el segundo de nuestros fundamentos jurídicos, y que se corresponde también con el segundo motivo del recurso de Esteban y Rubén. Por consiguiente, y por las propias razones expuestas, y abundando que esta recurrente ni siquiera apunta causa alguna de recusación, es desestimar tal motivo, y a quien se le notifica la providencia de Sala de fecha 12 de abril de 1999 con el propio nombre del Magistrado citado (Esaín) por agentes de la policía judicial adscrita a la Audiencia Provincial de Pontevedra.

Con ello se desestiman todos los recursos de los recurrentes antedichos.

Recurso de Cosme.

UNDÉCIMO.- Como motivo único, el citado recurrente, denunciante y acusador particular en la causa, denuncia por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la falta de aplicación por la Sala sentenciadora de la agravante cuarta del art. 22 del Código penal, que se refiere a la actuación criminal movida por móviles racistas o xenófobos. Mas no respetando los hechos probados, que claramente relatan que "no resulta suficientemente probado que, en el curso del narrado actuar policial, los acusados dirigieran al denunciante insultos o frases ofensivas alusivas a su raza o procedencia nacional", el motivo no puede prosperar por incurrir en causa de la inadmisión prevista en el art. 884.3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y en trámite de Sentencia su desestimación.

DUODÉCIMO.- La desestimación de todos los motivos, conlleva la imposición de costas procesales (art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

DÉCIMO-TERCERO.- Antes de finalizar, conviene señalar por esta Sala que el Tribunal sentenciador ha aplicado la pena mínima de tres años de prisión a los acusados Rubén, Joaquín y Daniela. Tal penalidad, a la vista del tiempo reducido que duró la privación de libertad, aun siendo la mínima, podría ser desproporcionada. La Audiencia Provincial, consecuentemente, podría activar los trámites correspondientes para un indulto parcial de la pena, siempre que, dado su mayor conocimiento del caso y de las circunstancias personales de los autores, lo estime pertinente.

FALLO:

Que debemos de declarar y declaramos NO HABER LUGAR recursos de casación por infracción de Ley, de precepto constitucional y quebrantamiento de forma interpuestos por las representaciones legales de los acusados Rubén , Joaquín , Esteban y Daniela y por la Acusación Particular Cosme contra Sentencia núm. 30/99 de fecha 19 de abril de 1999 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Pontevedra que condenó: a los acusados Esteban, Rubén, Joaquín y Daniela, como autores responsables del delito de DETENCIÓN ILEGAL, sin apreciarse circunstancias modificativas de la responsabilidad, a las penas, para Esteban , de CUATRO AÑOS DE PRISIÓN E INHABILITACIÓN ABSOLUTA por tiempo de DIEZ AÑOS; y para Rubén , Joaquín y Daniela , de TRES AÑOS DE PRISIÓN E INHABILITACIÓN ABSOLUTA por tiempo de OCHO AÑOS, para cada uno, ello debiendo indemnizar los cuatro condenados, conjunta y solidariamente, al perjudicado Cosme en la suma de CIEN MIL (100.000) pesetas por daños morales, y asimismo, condenó a los acusados Esteban y Rubén , como autores de la señalada falta de lesiones, a la pena, para cada uno, de ARRESTO de CUATRO FINES DE SEMANA, debiendo indemnizar, conjunta y solidariamente al perjudicado Cosme por daños y perjuicios derivados de la agresión recibida, en suma de QUINCE MIL (15.000) pesetas.

Asimismo condenamos a dichos recurrentes al pago, por partes iguales, de las costas ocasionadas en la presente instancia.

Comuníquese la presente resolución a la Audiencia Provincial de procedencia, con devolución de la causa que en su día remitió interesándole acuse de recibo.

**3-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 6 DE NOVIEMBRE
DE 2001**

ANTECEDENTES DE HECHO:

1.- El Juzgado Instrucción nº 1 de Arrecife instruyó el Sumario 10/96 contra Lázaro , y, una vez concluso, lo elevó a la Audiencia Provincial de Las Palmas - Sección 2ª- que, con fecha diez de noviembre de mil novecientos noventa y nueve, dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS: "El día doce de octubre de mil novecientos noventa y seis, sábado, sobre las diecisiete horas, el procesado Lázaro, con DNI nº NUM000, mayor de edad y sin antecedentes penales, se dirigió al menor de edad -entonces de quince años- Eugenio cuando éste se encontraba en la plaza de la iglesia de San Ginés, de Arrecife de Lanzarote, jugando al balón con Carlos María -a la sazón también de quince años de edad- y tras gritarle a Carlos María ¡hijo de puta que te mato!, logrando que se alejara del lugar, sacó una navaja y colocándosela debajo de la axila al citado menor Eugenio, lo asió fuertemente por un brazo y lo llevó así por la fuerza a través de varias calles y callejones desiertos, por tiempo de unos quince minutos, hasta el domicilio del referido Lázaro, sito en la calle DIRECCION000, mientras por el camino le repetía varias veces: "te voy a dar por el culo", sin que llevara a cabo la acción porque Eugenio consiguió escaparse cuando el Sr.

Lázaro le soltó el brazo para sacar la llave y abrir la puerta de su domicilio".

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "

PRIMERO.- Condenar al procesado Lázaro como autor responsable de un delito de detención ilegal a la pena de cinco años de prisión, y de un delito de agresión sexual en grado de tentativa, en las modalidades previstas en los artículos 179 y 180.3 del Código Penal, a la pena de seis años de prisión, sin la concurrencia en ambos casos de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, con la accesoria de inhabilitación especial de suspensión del derecho de sufragio pasivo por el tiempo de duración de las dos penas privativas de libertad.

SEGUNDO: Condenarlo igualmente al pago de las costas.

Reclámese del Juzgado la Pieza de responsabilidad civil, y para el cumplimiento de la pena de privación de libertad impuesta se le abona todo el tiempo que haya estado en prisión provisional por esta causa".

3.- Notificada la sentencia a las partes se preparó recurso de casación por el condenado Lázaro, que se tuvo por 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.

4.- El recurso se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

PRIMERO.- Al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación del artículo 163 del Código Penal, por infracción del derecho a la presunción de inocencia consagrado en el artículo 24.2 de la Constitución Española, con expresa invocación del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

SEGUNDO.- Al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación de los artículos 179, 180, 3 y 16 del Código Penal.

5.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, interesó la inadmisión del primer motivo y la estimación del segundo. La Sala admitió el recurso quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo, cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento para el Fallo, se celebró la Votación prevista para el día 24 de octubre de 2001.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Al amparo del nº 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el primer motivo de impugnación, se denuncia indebida aplicación del artículo 163 del Código Penal, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, consagrado en el artículo 24.2 de la Constitución Española, con expresa invocación del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

El motivo parece acumular dos denuncias diferentes, al decir en su apartado primero que no cabe aplicar el artículo 163 del Código Penal si no se evidencia notoriamente en el autor el ánimo de privar de la facultad ambulatoria a una persona durante cierto tiempo, y referirse, a continuación, a la presunción de inocencia.

a) Respecto a la primera cuestión, como dice acertadamente el Ministerio Fiscal, el recurrente hace una distinción entre el encierro y la detención, olvidando que a efectos penales, tanto cumplen el tipo las conductas identificadas con el encierro de la víctima como las de su detención y las de su forzoso traslado de un lugar a otro, ya que en todas ellas, se le priva de libertad de movimientos, sea impidiéndolos, siendo imponiendo los que no desea hacer. Para ello, no es necesaria la permanencia en el tiempo - sentencias del Tribunal Supremo de 4 Julio, 10 Setiembre y 3 Noviembre de 1992-, aunque sí una cierta entidad de la privación de aquella libertad.

Aplicando tal doctrina al caso que se examina, no puede negarse que el tipo se consuma cuando bajo la amenaza de un cuchillo en la axila y agarrándole por un brazo, se conduce a un joven de 15 años por diferentes calles y por un tiempo aproximado de quince minutos.

b) Por lo que se refiere a la segunda denuncia, derecho a la presunción de inocencia, el motivo no puede tampoco prosperar, toda vez que la invocación casacional del derecho a la presunción de inocencia no permite a esta Sala, sino constatar la existencia de prueba lícitamente obtenida y de un sentido racionalmente

incriminatorio - sentencias del Tribunal Supremo de 7 Julio 1997, y 9 Abril, 30 Junio, 5 Julio, 6 y 16 Julio, 6 y 17 Setiembre de 1999-, por lo que una vez comprobados estos extremos, no se puede, como ahora pretende el motivo, sustituir el criterio valorativo del Tribunal de instancia, ya que no sólo éste gozó de las imprescindibles condiciones de inmediación, por lo que el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal le confiere en exclusiva la función de valoración con el único límite antes mencionado de la racionalidad a que remite la expresión "en conciencia" - sentencia 7 Setiembre de 1999-.

Ciertamente en el motivo, se reconoce la existencia de prueba de cargo integrada en primer lugar por la declaración de la víctima de los hechos, testigo directo de los mismos, que no constituye prueba única, sino que viene confirmada por las manifestaciones de su amigo Carlos María, presente en el primer momento, cuando el recurrente cogió a Eugenio y se lo llevó del lugar; este mismo joven y su padre declararon en el Plenario, cómo oyeron al recurrente dirigirse a Eugenio gritando "como lo digas, te mato", "Eugenio, te voy a matar, no digas nada", en la misma noche de los hechos.

Otra confirmación, la aportó el testimonio de Eloy que en esa misma ocasión al oír los gritos del recurrente a los jóvenes, salió a la calle preguntándole qué le pasaba con ellos, a lo que respondió aquél, que nada y que era libre para ir por donde quisiera.

En definitiva, hubo un doble testimonio directo sobre la realidad de la detención ilegal, así como prueba directa sobre elementos indiciarios que vienen a confirmar periféricamente el relato de los testigos presenciales.

Nada puede objetarse sobre la lícita obtención y práctica de estas pruebas ni sobre su sentido incriminatorio, por lo que sólo resta la cuestión de su valoración, o lo que es lo mismo, de la credibilidad que pueden merecer. Pero como se ha dicho con

anterioridad, es ésta, una función exclusivamente encomendada al Juzgador de instancia.

Así, pues, en su doble vertiente, el motivo carece de fundamento y debe ser desestimado.

SEGUNDO.- Por el cauce procesal del n° 1° del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia, en el segundo motivo de impugnación, indebida aplicación de los artículos 179, 180, 3 y 16 del Código Penal.

El motivo, que fue apoyado por el Ministerio Fiscal, debe estimarse.

Como afirma el Ministerio Fiscal, es clara la improcedencia de la subsunción del relato de los hechos probados en los tipos penales invocados, y ello por una doble consideración, como acertadamente aquél expone.

De una parte, no puede considerarse correcta la inferencia sobre el elemento subjetivo del tipo penal, porque no se describen datos objetivos que inequívocamente exterioricen ese ánimo, conforme a un juicio lógico y de experiencia común.

Así, pese a tener a su merced a Eugenio, mediante la fuerza física y psíquica, el autor no realizó ningún comportamiento de índole de connotación sexual, lo que en unos quince minutos de deambulación por calles desiertas, bien hubiera podido realizar, aunque fuera en términos de aproximación o anticipo.

El único dato que apoya la inferencia del Tribunal sobre el ánimo lúbrico del acusado es el que reiteradamente dijera a la víctima "te voy a dar por el culo". Pero

esta expresión es conocidamente equívoca: junto con su significado netamente sexual, tiene un uso figurado, -en realidad mucho más frecuente en el lenguaje vulgar-, equivalente al de "molestar, fastidiar, incomodar, maltratar, perturbar...". Este segundo uso no permite descartar que el anuncio hecho a la víctima viniera referido exclusivamente a molestias o perturbaciones sin connotación sexual como golpes, malos tratos, encierro... para los que también se buscaba la clandestinidad y mayor facilidad que podía ofrecer el propio domicilio del autor.

De ahí que la inferencia o juicio de valor del Tribunal incida en una cierta arbitrariedad en tanto no viene apoyada por la ciencia, la experiencia y el estricto método lógico.

Por otra parte, su impugnación, puede apoyarse también en consideraciones de otro orden, aun admitiendo la existencia de un propósito de atentar finalmente contra la libertad sexual del menor, los hechos descritos en el "factum" de la sentencia, no integran la tentativa de agresión por la que se ha condenado, en tanto no suponen siquiera un inicio de ejecución de la conducta y se mantiene en el ámbito de los actos preparatorios, impunes desde la perspectiva del tipo penal propuesto, sin perjuicio de su posible subsunción en otros preceptos como los que castigan las amenazas.

De la misma forma, que como señala el Ministerio Fiscal, el trasladar a una persona a un lugar apartado y seguro anunciándole que se la va a matar no sería tentativa de homicidio sino detención ilegal y amenazas.

Procede, pues, la estimación del motivo, casando y anulando la sentencia de instancia en este particular.

FALLO:

Que debemos DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS el PRIMER MOTIVO, y ESTIMAR el SEGUNDO, del recurso de casación por infracción de ley, interpuesto

por Lázaro, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Las Palmas - Sección 2ª-, de fecha diez de noviembre de mil novecientos noventa y nueve, y, en su virtud CASAMOS Y ANULAMOS la referida sentencia en tal particular, declarando de oficio la costas del recurso.

Notifíquese esta resolución y la que seguidamente se dicta, al recurrente, Ministerio Fiscal y al Tribunal sentenciador, con devolución de la causa que remitió en su día e interesando acuse de recibo.

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

4-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 14 DE DICIEMBRE DE 2006

ANTECEDENTES DE HECHO:

1.- El Juzgado de Instrucción nº 13 de Sevilla, instruyó Procedimiento Abreviado con el nº 56/2005, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Primera, que con fecha dieciséis de marzo de 2.005, dictó sentencia que contiene el siguiente HECHO PROBADO: "Único.- Apreciando en conciencia la prueba practicada expresa y terminantemente declaramos probado que en la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 12 de esta ciudad se reconoció a Ángel la existencia de un crédito a su favor por importe de 3.902.647 pesetas (23.455'38 euros) a abonar por Inmaculada por obras realizadas en la residencia Gerofutur, S.L. Ante las dificultades para hacerlo efectivo en el procedimiento seguido, suscribió el día 22 de noviembre de 2.002 un contrato de gestión de cobro con la entidad Gestiones Predator

S.L., anteriormente "El cobrador del maletín blanco", gestionada y administrada por Claudio, mayor de edad, sin antecedentes penales, incoándose el oportuno expediente.

Tanto por parte de Claudio como por otros trabajadores de Gestiones Predator S.L. se realizaron gestiones de cobro respecto a Inmaculada, dejándose entre otras, una tarjeta de visitas de "El cobrador del maletín blanco" con el número de teléfono 678407632, su nombre y en observaciones deuda Exp. 497 en la reja de la puerta de la residencia GEROFUTUR, S.L., situada en la calle Villares de Alto de Tomares, y en la primavera de 2.003 llamadas telefónicas a Inmaculada, en la residencia y en su domicilio, en las que se requería a la misma al pago de la deuda, llegándose a referir en algunas de ellas expresiones tales como "eres una morosa, tía págame ya...".

En el mes de octubre se volvieron a repetir las llamadas a Inmaculada con la misma finalidad, diciéndose en una de ellas que "... a tu hija Bárbara dile que cuando monte en moto se ponga el casco...", y en otra que se realizó el 26 de octubre, después de insistir de nuevo en el pago, le dijeron: "...te voy a enviar a la Guardia Civil para que te haga una inspección y te vas a cagar...", manifestación esta última que conocida y por tanto asumida por Claudio fue comunicada a su amigo Ildefonso, mayor de edad, sin antecedentes penales, Funcionario de la Guardia Civil con carnet profesional NUM000 y con destino en el Puesto de San Juan de Aznalfarache que, para reforzar la presión que se estaba ejerciendo contra Inmaculada, se personó, desplazándose en el vehículo oficial y vistiendo su uniforme reglamentario, en la residencia geriátrica GEROFUTUR S.L. sobre las dieciocho horas del día siguiente, 27 de octubre con el pretexto de efectuar una inspección, requiriendo a la misma y a su marido la entrega de documentos correspondiente a TC-2 de la Seguridad Social, nóminas de empleados y licencia de apertura, al tiempo que interesaba visitar la residencia, a lo que se negaron los antes mencionados ante lo inusual de su comportamiento y al relacionar éste con la llamada efectuada el día anterior. En los días posteriores continuaron las llamadas reclamando el pago, constando que dos de ellas fueron efectuadas a las 00:34 y 6:05 horas del día 29 de octubre desde el teléfono móvil 678407633 de la entidad PREDATOR S.L.,

refiriéndose en la primera. "... soy yo otra vez, ¿me vas a pagar?", y advirtiendo en la segunda Inmaculada a su interlocutor "... tu amigo el Guardia Civil va a tener noticias mías hoy...".

Todas estas circunstancias motivaron que Inmaculada decidiera denunciar estos hechos para lo que se personó el mismo día 29 de octubre de 2.003 en el Puesto de la Guardia Civil de San Juan de Aznalfarache, instruyéndose un atestado con el número 649/2003, llegando a identificar a Ildefonso al regresar éste de un servicio y coincidir en la oficina de denuncias, lo que motivó una situación tensa que fue resuelta por el Comandante de Puesto que pidió explicaciones al antes mencionado, que procedió en ese momento a efectuar tanto una Diligencia de Exposición de Hechos, en la que refería como el día 17 de octubre de 2.003, sobre las 13'15 horas, cuando se encontraba de patrulla, había recibido una confidencia sobre posibles irregularidades en la residencia, y lo acontecido en la visita girada la residencia, como otra diligencia para hacer constar, describiendo el incidente acaecido ese mismo día en la oficina de denuncias y a la puerta del Cuartel".

2.- La Audiencia de instancia dictó la siguiente Parte Dispositiva: FALLAMOS: "Condenamos a Ildefonso y a Claudio como autores penalmente responsables de un delito de amenazas ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena a cada uno de ellos de dieciocho meses de multa con un cuota diaria de 10 euros (5.400 euros), con la responsabilidad personal subsidiaria de nueve meses en caso de impago de la misma, así como al pago a cada uno de ellos de 1/5 de las costas procesales causadas, incluidas las de la acusación particular en la misma proporción, así como que indemnicen conjunta y solidariamente a Inmaculada en la cantidad de 1.000 euros.

Absolvemos a Ildefonso y a Claudio de los delitos de negociaciones prohibidas a los funcionarios de los que ambos venían también siendo acusados, y al primero

también del delito de falsedad en documento oficial, declarando de oficio el resto de las costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes en la forma prevenida en la ley, significándoles que no es firme y que contra la misma podrán interponer recurso de casación ante este Tribunal en el plazo de cinco días a contar de la última notificación mediante escrito autorizado por Letrado y Procurador".

3.- Notificada dicha sentencia a las partes se prepararon contra la misma, por la representación de Ildefonso, recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, y por la representación de Claudio, recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las pertinentes certificaciones para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

4.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación de Ildefonso formalizó su recurso alegando los siguientes motivos: PRIMERO: Al amparo del art. 5.4 de la L.O.P.J. por vulneración del art. 24.2 de la Constitución Española, principio de presunción de inocencia. SEGUNDO: Infracción de ley al amparo del nº 2º del art. 849 de la L.E.Crim., por infracción del art. 171.1 del Código Penal.

La representación de Claudio, formalizó su recurso alegando los siguientes motivos: PRIMERO: Al amparo del art. 5.4 de la L.O .P.J. por vulneración del art. 24 .2 de la Constitución Española, principio de presunción de inocencia. SEGUNDO: Infracción de ley al amparo del nº 2º del art. 849 de la L.E.Crim., por error en la apreciación de la prueba. TERCERO: Infracción de ley al amparo del nº 2º del art. 849 de la L.E.Crim., por infracción del art. 171.1 del Código Penal. CUARTO: Al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim., infracción por aplicación indebida del art. 171.1 del

Código Penal , ya que las amenazas podrían inscribirse en una falta del art. 620.2 y nunca como delito. QUINTO y SEXTO: Error de hecho en la apreciación de las pruebas al amparo del art. 851.1º de la L.E.Crim., al existir manifiesta contradicción entre los hechos que han sido considerados probados en la sentencia. SÉPTIMO, OCTAVO Y NOVENO: Infracción de precepto constitucional, al considerar infringido el art. 14 de la Constitución Española (igualdad), infracción del art. 171 en relación con el 66 del C.P. y 50 C.P ., e infracción del art. 24.2 de la Constitución , relativo derecho a la igualdad del art. 14 C.E ., en relación al art. 120 de la Constitución , y todo ello al amparo del art. 5.4 de la L.O .P.J. DÉCIMO: Infracción de ley al amparo del nº 1º del art. 849 de la L.E.Crim ., y del art. 5.4 de la L.O .P.J., por violación de los artículos 101, 104, 116 del C. Penal, y violación del art. 25 de la Constitución Española, en relación al art. 120 de la Constitución Española. UNDÉCIMO: Al amparo del art. 5.4 de la L.O .P.J., por infracción del art. 123 del Código Penal y art. 25 de la Constitución Española.

5.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, expresó su conformidad con la resolución de los mismos sin celebración de vista e impugnó ambos recursos por los razonamientos que adujo, quedando los autos conclusos pendientes de señalamiento de día para la votación y fallo cuando en turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento han tenido lugar la votación y fallo prevenidos el once de diciembre pasado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO. La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla, por sentencia de dieciséis de marzo de 2005, condenó a los acusados Claudio y Ildefonso, como autores de un delito de amenazas del art. 171.1 del Código Penal, porque el primero, como administrador de "Gestiones Predator, S.L.", que había celebrado un contrato de gestión de cobro con Ángel, acreedor de Inmaculada, al haber obtenido

sentencia judicial firme que condenaba a esta última a pagarle casi cuatro millones de pesetas (23.455,38), ante el impago de la deuda, y tras fracasar diversas gestiones de cobro realizadas con la deudora, le avisaron por teléfono que sí, no satisfacía su deuda, le iban a mandar a la Guardia civil ("para que te haga una inspección y te vas a cagar"), acudiendo al día siguiente a la residencia Gerofutur el acusado Ildefonso -Guardia Civil amigo de Claudio -, que se personó de uniforme y requirió a Inmaculada y a su marido para que le hicieran entrega de diversos documentos de su empresa, a lo que se negaron, ante cuya actitud, el Guardia Civil se ausentó de la residencia.

Contra la anterior sentencia, han recurrido en casación los dos acusados, habiéndose formulado, por la representación de Ildefonso, cuatro motivos, y, por la de Claudio, once.

A) RECURSO DEL ACUSADO Ildefonso.

SEGUNDO. El motivo primero de este recurso, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ, denuncia vulneración del derecho a la presunción de inocencia, proclamado en el art. 24.2 de la Constitución.

Fundamenta su impugnación la parte recurrente en que -según se dice- el Tribunal de instancia ha incurrido en error de hecho en la apreciación de las pruebas "por otorgar plena credibilidad al testimonio de la acusación particular, D^a Inmaculada".

En el desarrollo del motivo, la parte recurrente examina los requisitos que, según la jurisprudencia, se consideran precisos para poder valorar el testimonio de la víctima como prueba de cargo con entidad suficiente para poder desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia del acusado (ausencia de incredibilidad subjetiva; verosimilitud y persistencia en la incriminación); poniendo de manifiesto también la necesidad de

"corroboraciones periféricas de carácter objetivo", así como la "ausencia de ambigüedades y contradicciones en la declaración inculpativa" y la necesidad de "prestar una especial atención a la prueba de descargo".

El motivo carece de fundamento y debe desestimarse porque, como ha puesto de manifiesto el Ministerio Fiscal al evacuar el trámite de instrucción, el Tribunal de instancia ha podido formar su convicción sobre los hechos que ha declarado probados por medio de "las declaraciones efectuadas por la denunciante", por el atestado instruido como consecuencia de la denuncia efectuada por la misma ante la Guardia Civil, momento en que llegó a identificar a este acusado; por las declaraciones de ambos acusados, por la testifical practicada en el juicio oral por varios guardias civiles que comparecieron en el juicio oral, y por la información remitida por Vodafone "en relación con el número NUM001, cuya titularidad corresponde a la entidad Predator, S.L.". Todos ellos, medios de prueba practicados con las debidas garantías tienen entidad suficiente para poder desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia del ahora recurrente.

Procede, en conclusión, la desestimación de este motivo.

TERCERO. El segundo motivo, por el cauce procesal del art. 849.2º de la LECrim., denuncia infracción del art. 171.1 del Código Penal.

Alega la parte recurrente, en pro de este motivo, que "el artículo 171.1 del Código Penal exige (que) la condición no consistiere en una conducta debida, por lo que hay que evitar interpretaciones extensivas en perjuicio del reo", poniendo de relieve que lo que se pretendía era que la deudora pagase una deuda que tenía contraída con su acreedor -"la cual consta recogida en una sentencia judicial firme"- y que lo que se proponía en caso de incumplimiento "no puede ser entendido como un mal ni de mayor

o ni de menor intensidad, por lo que la conclusión final no debe ser otra que la declaración de atípico del comportamiento de los acusados y su libre absolución".

No puede menos de reconocerse la razón que asiste a la parte recurrente. En efecto, el tipo penal por el que ha sido condenado contiene un doble elemento normativo: a) que se amenace a una persona con "un mal que no constituya delito"; y, b) que "la amenaza fuere condicional y la condición no consistiere en una conducta debida", circunstancias que han de concurrir conjuntamente; sin que ninguna de ellas concurra en el presente caso, por las siguientes razones:

a) porque la conducta que se exigía a Inmaculada consistía en que pagase la deuda que le había sido impuesta en una sentencia judicial firme (se trataba, pues, de una conducta debida).

b) porque "amenazar" con enviar a la Guardia Civil para que efectúe una inspección, no puede considerarse objetivamente como un mal; siendo significativo al respecto la forma en que se comportó este acusado, que se limitó a requerir a la Sra. Inmaculada la presentación de determinados documentos (TC-2 de la Seguridad Social, nóminas de empleados y licencia de apertura, al tiempo que interesaba visitar la residencia), y ante la negativa de dicha señora y de su marido se ausentó de la residencia.

De lo dicho, es preciso concluir que la conducta imputada a este acusado es penalmente atípica. No es constitutiva del delito de amenazas por el que ha sido condenado, con independencia de la consideración que pueda merecer en el plano reglamentario y disciplinario del Cuerpo al que el mismo pertenece.

En conclusión, procede estimar este motivo, lo cual hace innecesario estudiar el posible fundamento de los restantes motivos del recurso.

B) RECURSO DEL ACUSADO Claudio.

CUARTO. La representación de este acusado -como hemos dicho- ha formulado once motivos de casación en su recurso: por vulneración de precepto constitucional, por quebrantamiento de forma, por error de hecho en la valoración de la prueba y por infracción de ley. Su estudio debería realizarse siguiendo el orden indicado, mas por razones de economía procesal, dado que este acusado ha sido condenado por su participación en el mismo hecho que determinó la condena del otro acusado, cuya conducta hemos declarado penalmente atípica, procede examinar si también la conducta del ahora recurrente lo es igualmente.

El relato fáctico de la sentencia impugnada dice que este acusado "gestionaba y administraba" la entidad "Gestiones Predator, S.L.", y que, con tal carácter, suscribió "un contrato de gestión de cobro" con Ángel, a quien el Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de Sevilla había reconocido la existencia de un crédito a su favor "por importe de 3.902.647 pesetas (23.455,38 euros) a abonar por Inmaculada por obras realizadas en la residencia Gerofutur, S.L.", de modo que, en cumplimiento de dicho contrato, realizó diversas "gestiones de cobro" respecto de dicha señora, efectuando llamadas telefónicas, habiéndosele hecho una llamada el día 26 de octubre de 2003 en la que le dijeron "... te voy a enviar a la Guardia Civil para que te haga una inspección y te vas a cagar ...", habiéndose presentado al día siguiente en la residencia Gerofutur el otro acusado, en la forma y con el resultado ya referidos. En principio, pues, los hechos en los que ha participado este acusado y por los que ha sido condenado también no revisten ninguna especialidad jurídicamente relevante respecto de la atribuida al otro acusado. Por tanto, parece indudable que su conducta ha de recibir el mismo tratamiento que el dado al otro acusado.

Es de destacar al respecto que, aunque en el "factum" se hace constar que en una de las llamadas telefónicas hechas a la deudora se le dijo que "... a tu hija Bárbara dile que cuando monte en moto se ponga el casco ..." (frase de indudable contenido amenazante implícito), el Tribunal de instancia ha declarado que "resulta cuestionable su imputación a los acusados, en cuanto en el expediente de gestión de cobro consta también la intervención de otras personas vinculadas con la empresa Predator, S.L., contra las que no se sigue este procedimiento" (v. FJ 1º), por lo que no se le atribuye a ninguno de los dos acusados recurrentes. De ahí que hayamos de considerar que ambos han sido condenados por la llamada telefónica del día 26 de octubre complementada por la presencia del Sr. Ildefonso en la residencia de la deudora al día siguiente; hechos a los que ya nos hemos referido al estudiar el posible fundamento del motivo segundo del recurso del Sr. Ildefonso y que, como ha hemos dicho, consideramos penalmente atípicos. Consiguientemente, procede estimar también este motivo, lo que hace realmente innecesario el estudio del posible fundamento de los restantes motivos de este recurso.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR al motivo SEGUNDO, con desestimación del primero, al recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuesto por Ildefonso, y al motivo TERCERO del recurso de casación interpuesto por Claudio, contra sentencia de fecha dieciséis de marzo de 2.006, dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Primera, en causa seguida a los mismos por delito de amenazas, sin necesidad de pronunciamiento expreso sobre los restantes motivos de ambos recursos; y en su virtud, casamos y anulamos dicha sentencia con declaración de las costas de oficio de ambos recursos.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicte a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a catorce de Diciembre de dos mil seis.

En el Procedimiento Abreviado incoado por el Juzgado de Instrucción nº 13 de Sevilla, y seguido ante la Audiencia Provincial de dicha capital, Sección Primera, con el número 56/2005 , por delito de amenazas, contra Ildefonso , mayor de edad, nacido el 9 de agosto de 1971, hijo de Manuel y Teresa, natural de Sevilla y vecino de San Juan de Aznalfarache, con domicilio en Cuartel de la Guardia Civil, con D.N.I. NUM002 , de profesión funcionario de la Guardia Civil, sin antecedentes penales, de solvencia no acreditada; y contra Claudio , mayor de edad, nacido el 9 de abril de 1.965, hijo de Antonio y Rosario, natural de Sevilla y vecino de Umbrete, D.N.I. NUM003 , sin antecedentes penales, insolvente; y en cuya causa se dictó sentencia por la mencionada Audiencia que ha sido casada y anulada por la pronunciada por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo en el día de la fecha, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Luis-Román Puerta Luis, hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

ÚNICO. Se aceptan y dan por reproducidos los hechos probados de la sentencia de instancia.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO. Por las razones expuestas en los Fundamentos jurídicos tercero y cuarto de la sentencia decisoria de estos recursos, que se dan por reproducidas aquí, procede la libre absolución de los acusados del delito de amenazas del artículo 171.1 del Código

Penal ; debiendo mantenerse la absolución de ambos acusados decretada en la sentencia recurrida, respecto de los delitos de negociaciones prohibidas a los funcionarios de los que venían siendo acusados en la instancia, así como del delito de falsedad en documento oficial del que también se acusaba a Oyola.

Dada la conducta llevada a cabo por el guardia civil Ildefonso, descrita en el relato de hechos probados de la sentencia recurrida, procede poner esta sentencia en conocimiento de la Dirección General de que depende el Cuerpo de la Guardia Civil a los efectos legales que sean procedentes en el ámbito de su competencia.

FALLO:

Que absolvemos a los acusados Ildefonso y Claudio de los delitos de amenazas y de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos de que venían siendo acusados en la instancia, así como al primero de ellos del delito de falsedad en documento oficial del que también venía acusado, y declaramos de oficio las correspondientes costas procesales.

Remítase copia de esta sentencia, a los efectos legales procedentes, al Director General del Cuerpo Nacional de Policía y de la Guardia Civil.

5-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 26 DE OCTUBRE DE 2005

ANTECEDENTES DE HECHO:

Primero.- El Juzgado de Instrucción número 2 de Alcalá de Henares, incoó Procedimiento Abreviado con el número 1282 de 1996, contra Adolfo y Marcos, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid, cuya Sección 17ª, con fecha 2 de diciembre de 2003, dictó sentencia, que contiene los siguientes:

HECHOS PROBADOS: Único.- Expresamente se declara probado que sobre las 14:00 horas, aproximadamente, del día seis de agosto de 1996 se verificaba el cambio de guardia de los funcionarios de la guardia civil que ejercían las funciones de seguridad en el interior del centro penitenciario Madrid-2 (Alcalá- Meco), cuando el guardia Marcos, que finalizaba su turno en la garita núm. NUM000, le dijo al guardia Javier que le dijera a él lo que le había contado a su suegra en fechas anteriores en la localidad de Córdoba, de la que procede la familia de Javier y la familia de la novia de Marcos, familias que tenían amistad entre sí.

Javier había pasado inmediatamente antes por la pasarela que comunica las distintas garitas para dirigirse a la siguiente núm. NUM001 en la que debía iniciar su servicio; se hallaba también en el lugar el guardia Héctor que debía hacer el relevo en la garita núm. NUM000.

Al oír Javier a Marcos se volvió y se acercó a él y, en ese momento Marcos le propinó un empujón lo que motivó la intervención de Héctor a fin de evitar una pelea entre ambos, pues se sabía que estaban enemistados, iniciándose una reyerta entre Marcos y Adolfo, quienes se agredieron mutuamente, cayendo al suelo enrejillado de la pasarela; tras levantarse ambos, Marcos sacó la pistola reglamentaria, y montándola apuntó a Adolfo quien se abalanzó sobre aquél dándole un manotazo y logrando tirarle el arma.

A resultas de ello Adolfo sufrió fractura en la base del quinto metacarpiano de la mano izquierda, esguince de la muñeca izquierda, contusión en la uña del primer dedo

de la mano derecha y lesiones por mordedura en antebrazo derecho que tardaron en curar 23 días con necesidad de una única asistencia médica, un día de asistencia hospitalaria y 23 días de incapacitación, necesitando tratamiento farmacológico y ortopédico consistente en férula, quedándole como secuelas cambios de pigmentación de 3 y 2,5 cm de diámetro en cara anterior del antebrazo derecho.

Asimismo Marcos resultó con policontusiones consistentes en traumatismo craneoencefálico leve, hematomas en arco zigomático izquierdo, en región dorsal, hombro y mano derecha y rodilla izquierda con una curación estimada de unos quince días, con impedimento, necesidad de una primera asistencia y un día de hospitalización.

Marcos había sufrido un accidente previo que motivó su baja entre el día 22 de enero de 1996 siguiente y el 4 de marzo del mismo año como consecuencia de una tendinitis supraespinosa en hombro izquierdo y esguince cervical con protusiones discales.

La evolución posterior de estas lesiones, tras el traumatismo ocasionado por la reyerta, ha sido desfavorable presentando un cuadro complejo consistente en lesiones en hombro de "Hill Sachs" con capsulitis retractil, tendinitis, neuritis de nervio cubital, esguince cervical, hernia discal, discopatía, dismetría de MID y meniscopatía con quiste meniscal, así como cuadro psiquiátrico de tipo depresivo, lo que ha requerido de múltiples asistencias médicas.

Segundo.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

FALLO: Que condenamos a Adolfo como autor de una falta de lesiones a la pena de un mes de multa con cuota diaria de 6 euros y a que indemnice a Marcos en las

cantidades de 797 euros por lesiones y 7.173 euros por secuelas, con imposición de una cuarta parte del pago de las costas.

Condenamos a Marcos como autor de una falta de lesiones a la pena de un mes de multa con cuota diaria de 6 euros y a que indemnice a Héctor en la cantidad de 1.141 euros por sus lesiones, condenándolo asimismo por una falta de amenazas a la pena de multa de 10 días con cuota diaria de 6 euros, con imposición de la mitad de las costas procesales.

Se declara en ambos casos la responsabilidad civil subsidiaria del Estado.

Absolvemos a Javier de los hechos que se le imputaban.

Se declara el pago de oficio del resto de las costas procesales.

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley, por Adolfo y Marcos, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

Cuarto.- Las representaciones de los procesados, basan sus recursos en los siguientes MOTIVOS DE CASACION.

Recurso interpuesto por Adolfo

PRIMERO.- Al amparo del art. 849.1 LECrim. y 5.4 LOPJ. en relación con el art. 20.4 CP.

SEGUNDO.- Al amparo del art. 849.2 LECrim. por error en la valoración de la prueba.

TERCERO.- Al amparo del art. 849.2 LECrim. por error en la valoración de la prueba basada en documentos.

CUARTO.- Al amparo del art. 849.1 LECrim. y 5.4 LOPJ. por aplicación indebida de la doctrina relativa a la preterintencionalidad heterogénea.

QUINTO.- Al amparo del art. 849.1 LECrim. y art. 5.4 LOPJ. por inaplicación indebida del art. 169.2 y aplicación indebida del art. 620.1 CP.

SEXTO.- Al amparo del art. 849.2 LECrim. y 5.4 LOPJ. por inaplicación indebida del art. 147 y art. 617.1 CP.

Recurso interpuesto por Marcos

PRIMERO.-Al amparo del art. 851.1 LECrim.

SEGUNDO.- Al amparo del art. 849.2 LECrim. por error en la apreciación de la prueba.

TERCERO.- Referido a la causalidad y realidad de las lesiones sufridas por el recurrente.

CUARTO.- Al amparo del art. 849.1 LECrim. por inaplicación indebida del art. 147 CP.

QUINTO.- Al amparo del art. 849.1 LECrim. por aplicación indebida del art. 617 y 620 CP.

Quinto.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos no estimó necesaria la celebración de vista oral para su resolución y apoyo el motivo cuarto de los formulados por Adolfo, e impugna el resto de los motivos de los dos recursos por las razones expuestas en su informe; la Sala admitió los mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento se celebró la deliberación prevenida el día trece de octubre de dos mil cinco.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

Recurso de Adolfo

PRIMERO: El primer motivo al amparo de lo dispuesto en los arts. 849.1 LECrim. y 5.4 LOPJ. en relación con los arts. 20.4 y 617.1 CP. al no haberse estimado por la sentencia recurrida que el recurrente actuaba bajo la cobertura de la eximente completa de legítima defensa y que por tanto, su conducta no era antijurídica, faltando uno de los elementos del delito, pues es la antijuricidad.

Habiéndose objetado por el Ministerio Fiscal en su escrito de impugnación al ser una cuestión nueva el no haberse interesado por la parte en las conclusiones provisionales elevadas a definitivas en el plenario, la concurrencia de dicha eximente, debemos recordar que, ciertamente, como señalan las SSTs. 10.6.92, 10.11.94, 8.2.96, entre otras, el ámbito de la casación se constriñe a las de cuestiones que fueron planteadas en la instancia por las partes en sus escritos de conclusiones, pero no alcanza a cuestiones nuevas que, pudiéndose haber planteado temporáneamente, afloran en este

trámite casacional, pues ello obligaría a esta Sala a decidir sobre temas que no fueron discutidos en el plenario, ni por tanto, aparecen expresamente razonados y resueltos en la sentencia de instancia, habiéndose sometido a la debida contradicción.

Es consustancial al recurso de casación que el mismo se circunscribe al examen de los errores legales que pudo cometer el Tribunal de Instancia al enjuiciar los temas que las partes le plantearon, sin que quepa "ex novo" y "per saltum" formular alegaciones relativas a la aplicación o interpretación de preceptos sustantivos no invocados, es decir sobre cuestiones jurídicas no formalmente propuestas ni debatidas por las partes (SSTS. 545/2003 de 15.4, 1256/2002 de 4.7), que precisa "como con razón denuncia el Fiscal lo suscitado en este momento es una cuestión nueva no planteada en la instancia". Y es jurisprudencia consolidada de esta sala que el recurso de casación por infracción de ley se circunscribe a los errores legales que pudo haber cometido el juzgador al enjuiciar los temas sometidos a su consideración por las partes, sin que puedan formularse, ex novo y per saltum alegaciones relativas a otros no suscitados con anterioridad, que obligarían al tribunal de casación a abordar asuntos no sometidos a contradicción en el juicio oral (SSTS de 8 de febrero de 1996 y de 10 de noviembre de 1994).

Ahora bien, la doctrina jurisprudencial (STS. 707/2002 de 26.4) admite dos clases de excepciones a este criterio. En primer lugar cuando se trate de infracciones constitucionales que puedan ocasionar materialmente indefensión. Y en segundo lugar cuando se trate de infracciones de preceptos penales sustantivos cuya subsanación beneficie al reo (por ejemplo la apreciación de una circunstancia eximente o atenuante) y que puedan ser apreciadas sin dificultad en el trámite casacional porque la concurrencia de todos los requisitos exigibles para la estimación de las mismas conste claramente en el propio relato fáctico de la sentencia impugnada, independientemente de que se haya aducido o no por la defensa.

Otra cosa conduciría a una injusticia manifiesta, contraria a la dignidad humana y al respeto a la persona en el ámbito procesal, porque obligaría al Juez a condenar a un inocente que no alegó dato o a condenar a una persona más gravemente, estando en una situación de atenuación de su responsabilidad, tan sólo porque su alegación no costa en el acto del juicio, expresa o formalmente aducida por su Abogado defensor.

En el caso presente la concurrencia de la atenuante no fue propuesta en el escrito de conclusiones provisionales elevado a definitivas en el acto del juicio oral, y aun admitiendo la posibilidad de un análisis, en el hecho probado de la sentencia no se contiene ningún extremo en el que sustentar la tesis del recurrente y no podemos olvidar que pese a la invocación que hace el recurrente al art. 5.4 LOPJ. en materia de atenuantes o eximentes o de hechos impeditivos o excluyentes de la responsabilidad, no puede invocarse la presunción de inocencia, al abarcar estados extremos fácticos: la existencia real del ilícito penal y la culpabilidad del acusado, entendido el término "culpabilidad" (y la precisión se hace obligada dada la polisemia del vocablo en lengua española, a diferencia de la inglesa) como sinónimo de intervención o participación en el hecho y no en el sentido de reprochabilidad jurídico-penal (SSTS. entre otras 1684/94 de 30.9, 30.9.93, 8.5.89), por lo que no extiende sus efectos a presumir los hechos determinantes de eximente (S. 1604/99 de 16.11). Doctrina citada que no es sino afirmación del reiterado criterio jurisprudencial de que las circunstancias modificativas de la responsabilidad han de estar tan acreditadas como el hecho típico o nuclear del tipo (SSTS. 29.11.99, 23.4.2001, 3.11.2003). SEGUNDO: Siendo así en el relato fáctico no se recogen los datos suficientes para posibilitar la apreciación de la legítima defensa.

En efecto, en términos generales y con carácter previo, debemos precisar que esa eximente, como causa excluyente de la antijuricidad o causa de justificación tal como señala la STS. 3.6.2003, está fundada en la necesidad de autoprotección, regida como tal por el principio del interés preponderante, sin que sea óbice al carácter objetivo propio de toda causa de justificación la existencia de un "animus defendendi" que, como ya dijo la Sentencia de 2 de octubre de 1981, no es incompatible con el propósito de matar

o lesionar al injusto agresor ("animus necandi o laedendi"), desde el momento que el primero se contenta con la intelección o conciencia de que se está obrando en legítima defensa, en tanto que el segundo lleva además ínsito el ánimo o voluntad de matar necesario para alcanzar el propuesto fin defensivo. El agente debe obrar en "estado" o "situación defensiva", vale decir en "estado de necesidad defensiva", necesidad que es cualidad esencial e imprescindible, de suerte que si del lado de la agresión ilegítima ésta debe existir en todo caso, para que se postule la eximente completa o imperfecta, del lado de la reacción defensiva ésta debe ser también y siempre necesaria para que pueda afirmarse la eximente en cualquiera de sus grados.

Por ello, tal como destaca la S. 1760/2000 de 16.11, esta eximente se asienta en dos soportes principales que son, según la doctrina y la jurisprudencia, una agresión ilegítima y la necesidad de defenderse por parte de quien sufre aquella.

Por agresión debe entenderse toda creación de un riesgo inminentemente para los bienes jurídicos legítimamente defendibles, creación de riesgo que la doctrina de esta Sala viene asociando por regla general a la existencia de un acto físico o de fuerza o acometimiento material ofensivo. Sin embargo, tal tesis no es del todo completa cuando se ha reconocido también que el acometimiento es sinónimo de agresión, y ésta debe entenderse no sólo cuando se ha realizado un acto de fuerza, sino también cuando se percibe una actitud de inminente ataque o de la que resulte evidente el propósito agresivo inmediato, como pueden ser las actitudes amenazadoras si las circunstancias del hecho que las acompañan son tales que permitan temer un peligro real de acometimiento, de forma que la agresión no se identifica siempre y necesariamente con un acto físico sino también puede prevenir del peligro, riesgo o amenaza, a condición de que todo ello sea inminente. Por tanto constituye agresión ilegítima toda actitud de la que pueda racionalmente deducirse que pueda citar un riesgo inminente para los bienes jurídicos defendibles y que haga precisa una reacción adecuada que mantenga la integridad de dichos bienes, sin que por tanto, constituyan dicho elemento las expresiones insultantes o injuriosas por graves que fuesen ni las actitudes meramente

amenazadoras sino existen circunstancias que hagan adquirir al amenazado la convicción de un peligro real o inminente (STS. 12.7.94). Igualmente, en situaciones de mutuo acometimiento y recíproca agresión, elimina la existencia de la causa de justificación de legítima defensa en sus dos facetas de completa o incompleta, al faltar el requisito "sine qua non", básico y fundamental y de prioritaria valoración, de la agresión ilegítima reiterada con sus caracteres -como antes se dijo- de actual, inminente, imprevista y de suficiente y eficiente entidad para la puesta en peligro de la persona o derechos del agredido, al erigirse los contendientes en agresores recíprocos y pasando a ser los resultados lesivos sufridos por cualquiera de ellos incidentes episódicos de la contienda asumida, desconectados de la coyuntura de necesidad absoluta o relativa que la defensa implica, siendo indiferente la prioridad de la agresión. Como se ha precisado que ello no exonera a los Jueces de averiguar "la génesis de la agresión y de determinar, si es posible, quien o quienes la iniciaron, de tal manera que con ello se evite que pueda aparecer, como uno de los componentes de la riña, quien no fue otra cosa que un agredido que se limitó a repeler la agresión", SSTS 399/2003 de 13.3, 7.4.2001, 312/2001 de 1.3, 813/93 de 7.4), y tal supuesto, en que se admite la legítima defensa, se añade el en que la acción de uno sobrepasa los límites de la aceptación expresa o tácita en cuanto a modos o medios, haciendo acto de presencia ataques desmedidos o armas peligrosas, con los que no contaba, supuesto en el que puede surgir la situación de legítima defensa en la riña aceptada, en cuanto al exceso en la agresión provoca en la entonces víctima la intensificación del ánimo de defensa que se sobrepone y anula al ofensivo.

TERCERO: Pues bien, el recurrente no respeta el relato fáctico, cuyo escrupuloso respecto exige el motivo del art. 849.1 LECrim. que obliga a partir de los hechos probados de la sentencia recurrida, pues en estos casos solo discuten problemas de aplicación de la norma jurídica y tales problemas han de plantearse y resolverse sobre los hechos predeterminados, que han de ser los fijados al efecto por el Tribunal de instancia, salvo que hayan sido corregidos previamente por estimación de algún motivo fundado en el art. 849.2 LECrim. o en la presunción de inocencia.

Así en dicho relato de hechos probados se recoge que si bien la intervención inicial del recurrente fue para evitar una pelea entre Marcos y Javier, pues el primero le había propinado un empujón al segundo, y sabía que estaban enemistados. A continuación se inició una reyerta entre Marcos y el recurrente Adolfo "quienes se agredieron mutuamente, cayendo al suelo enrejillado de la pasarela, tras levantarse ambos Marcos sacó la pistola reglamentaria y montándola apuntó a Adolfo que se abalanzó sobre aquel dándole un manotazo y logrando tirarle el arma".

En consecuencia se describe una situación de mutua agresión excluyente de legítima defensa. El empujón dado a un tercero justificaba inicialmente la intervención del recurrente pero no su reacción posterior, aceptando la pelea con mutuas agresiones.

La exhibición de la pistola por parte de Marcos justificaría igualmente el manotazo de Adolfo para tirarle el arma, pero las lesiones de aquél ya se habían producido en la agresión mutua anterior y caída conjunta al suelo.

CUARTO: El motivo segundo al amparo del art. 849.2 LECrim. por error en la apreciación de la prueba, al haber considerado como hecho probado un solo accidente de circulación sufrido por el Sr. Marcos, cuando quedó acreditado que este sufrió al menos dos accidentes de circulación previos a los hechos acaecidos, el 6.8.91 en el Centro Penitenciario de Madrid-2, uno en octubre de 1995 y otro en enero 1996.

Debemos recordar que por la vía del art. 849.2 LECrim. sólo se pueden combatir los errores fácticos y no los errores jurídicos que se entienden cometidos por la sentencia en la interpretación de los hechos.

El ámbito de aplicación del motivo de casación previsto en el art. 940.2 LECrim. se circunscribe al error cometido por el Tribunal sentenciador al establecer los datos

fácticos que se recogen en la declaración de hechos probados, incluyendo en la narración histórica elementos fácticos no acaecidos, omitiendo otros de la misma naturaleza que sí hubieran tenido lugar, o describiendo sucesos de manera diferente a como realmente se produjeron.

En todo caso, el error a que atiende este motivo de casación se predica sobre aspectos o extremos de naturaleza fáctica, nunca respecto a los pronunciamientos de orden jurídico que son la materia propia del motivo que por "error iuris" se contempla en el primer apartado del precepto procesal, motivo éste, art. 849.1 LECrim.

Ahora bien, la doctrina de esta Sala (SSTS. 6.6.2002 y 5.4.99) viene exigiendo reiteradamente para la estimación del recurso de casación por error de hecho en la apreciación de la prueba, entro otros requisitos, que el documento por si mismo sea 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, esto es, por el propio y literosuficiente poder demostrativo del documento (STS. 28.5.99).

Por ello esta vía casacional, recuerda la STS. 1952/2002 de 26.11, es la única que permite la revisión de los hechos por el Tribunal de Casación. De ahí que el error de hecho sólo pueda prosperar cuando, a través de documentos denominados "literosuficientes" o "autosuficientes", se acredita de manera indubitada la existencia de una equivocación en la valoración de la prueba siempre y cuando el supuesto error no resulte contradicho por otros documentos o pruebas, porque la Ley no concede preferencia a ninguna prueba documental sobre otra igual o diferente, sino que cuando existen varias sobre el mismo punto el Tribunal que conoció de la causa en la instancia, presidió la práctica de todas ellas y escuchó las alegaciones de las partes, tiene facultades para sopesar unas y otras y apreciar su resultado con la libertad de criterio que le reconoce el art. 741 LECrim. como expone la S.T.S. de 14/10/99, lo propio del

presente motivo es que suscita la oposición existente entre un dato objetivo incorporado, u omitido, en el relato fáctico de la sentencia y aquél que un verdadero documento casacional prueba por sí mismo, es decir, directamente y por su propia y "literosuficiente" capacidad demostrativa, de forma que si se hubiesen llevado a cabo otras pruebas, similares o distintas, con resultado diferente, se reconoce al Tribunal la facultad de llegar a una conjunta valoración que permite estimar que la verdad del hecho no es la que aparece en el documento, sino la que ofrecen los otros medios probatorios. La razón de ello es que el Tribunal de Casación debe tener la misma perspectiva que el de instancia para valorar dicho documento, o dicho de otra forma, si la valoración es inseparable de la inmediación en la práctica de la prueba que corresponde al Tribunal de instancia, el de Casación no podrá apreciar dicha prueba porque ha carecido de la necesaria inmediación.

En síntesis, como también señala la S.T.S. de 19/04/02, la finalidad del motivo previsto en el artículo 849.2 LECrim. consiste en modificar, suprimir o adicionar el relato histórico mediante la designación de verdaderas pruebas documentales, normalmente de procedencia extrínseca a la causa, que acrediten directamente y sin necesidad de referencia a otros medios probatorios o complejas deducciones el error que se denuncia, que debe afectar a extremos jurídicamente relevantes, siempre que en la causa no existan otros elementos probatorios de signo contradictorio.

Consecuentemente es necesario que el dato contradictorio así acreditado sea importante, en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos que carezcan de tal virtualidad, el motivo no puede prosperar porque, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los elementos de hecho o de derecho que no tiene aptitud para modificarlo (STS. 21.11.96, 11.11.97, 24.7.98).

QUINTO: En el presente caso la improsperabilidad del motivo deviene necesaria por cuanto no es suficiente, dice la STS. 1003/2004 de 18.6, sobre la base del particular

del documento designado, realizar una valoración de la prueba, que a través de un razonamiento distinto, conduzca a conclusiones diferentes de las alcanzadas por el Tribunal sentenciador. Es preciso, por el contrario, que el documento revele de forma clara un error del Tribunal, bien porque haya consignado como probado algo contrario a lo que el documento acredita, o bien porque lo haya omitido cuando es relevante para el fallo, siempre que en ambos supuestos sea la única prueba sobre este extremo (STS. 524/2003 de 9.4).

Pues bien, los documentos que cita el recurrente: documentación personal del servicio de Recursos Humanos de la Guardia Civil (folio 312), en formación verbal emitida por el Teniente Jefe de Línea de Córdoba datada el 31.1.96 (folios 371 y 372), e información médica del Gabinete de Rehabilitación (folio 401) para poner de manifiesto el pretendido error en la apreciación de la prueba, en relación a que Marcos no solo sufrió un accidente de tráfico el 21.1.96, sino también otro anterior en octubre 1995, no acreditan, por sí mismos, es decir, por su propia naturaleza y contenido, por su propia eficacia probatoria nada que pueda considerarse contradictorio con lo que la Audiencia ha estimado probado: que Marcos había sufrido un accidente previo que motivó su baja entre el 22.1.96 siguiente y el 4.3 del mismo año como consecuencia de una tendinitis supraespinosa en hombro izquierdo y esguince cervical con protusiones discales.

Las conclusiones que pretende mostrar el recurrente lo son, no por lo que los propios documentos acreditan por sí mismos, sino por la interpretación que de ellos nos ofrece dicha parte, distinta de la que acogió el Tribunal de instancia. Todos los documentos a que se refiere el motivo no fueron rechazados por la Audiencia que los tuvo en cuenta, cuestión distinta es que el recurrente discrepe o sostenga otra valoración y en ello no se puede sustentar el presente motivo de casación. (STS. 1050/2004 de 27.9).

En efecto el documento del folio 401, parte médico en el que el paciente refiere accidente de tráfico en octubre 1995, no acredita por sí solo, literosuficientemente que

el accidente fuera en esa fecha, dado que se limita a recoger las manifestaciones del propio lesionado. La Sala valora esas divergencias en las fechas y entiende probado que "sin duda el Sr. Marcos había sufrido meses antes un accidente- no debidamente documentado ni acreditado que determinó su baja laboral prolongada y la necesidad de tratamiento rehabilitador. Dicho accidente afectó a su espalda, concretamente al hombro y zona cervical. Sorprende la escasa documentación aportada por el afectado y también el hecho de que el único informe médico conocido (folio 401) se refiera a su estado de la patología anterior a la propia fecha del accidente. La importante afectación de su esqueleto, hombro y columna cervical es un hecho documentado en actas aunque no con todo el detalle deseable por la falta de aportación de más información por parte del afectado.

Siendo así, que dicho estado de salud previo fuese consecuencia de un accidente previo o de dos, no alteraría el sentido del fallo por lo que el motivo no puede prosperar (SSTS. 170/2000 de 14.2, 947/2000 de 3.6, 1801/2001 de 13.10, 2352/2001 de 3.12, 820/2003 de 28.5, 417/2004 de 29.3).

SEXTO: El motivo tercero al amparo del art. 849.2 LECrim. por error en la apreciación de la prueba, al haber imputado lesiones padecidas por el Sr. Marcos a los hechos acaecidos el 6.8.96, cuando quedó acreditado por las pruebas documentales obrantes en autos y por los informes de los dos médicos forenses que participaron en la vista y en la que ratificaron los mismos, que determinadas lesiones traían causa de los accidentes anteriores que sufrió el Sr. Marcos y que su depresión procede de su problemática personal y de su propia personalidad previa a la fecha en la que acaecieron los hechos motivo de enjuiciamiento.

Retomando lo ya expuesto en el motivo anterior la jurisprudencia exige para que el motivo basado en error de hecho del art. 849.2 LECrim. pueda prosperar, los siguientes requisitos:

1) ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa.

2) ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la Sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones.

3) que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal; y

4) que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo (SSTS. 170/2000 de 14.2, 947/2000 de 3.6, 1801/2001 de 13.10, 471/2001 de 22.3, 820/2003 de 28.5, 417/2004 de 29.3, 357/2005 de 22.3).

Quedan excluidos del concepto de documento a efectos casacionales, todos aquellos que sean declaraciones personales aunque aparezcan documentadas. La razón se encuentra en que las pruebas personales como la testifical y la de confesión, están sujetas a la valoración del Tribunal que con inmediación la percibe (STS. 1006/2000 de 5.6).

También se considera por esta Sala que no constituyen documentos a estos efectos, la prueba pericial, pues se trata de una prueba personal y no documental, aunque aparezca documentada, a efectos de constancia. Ahora bien, excepcionalmente se les reconoce este carácter cuando existiendo un único informe o varios absolutamente coincidentes, sobre un determinado extremo fáctico respecto del cual no existen otros elementos probatorios, el Tribunal los haya recogido en su sentencia de forma parcial, omitiendo extremos jurídicamente trascendentes, o haya llegado a conclusiones divergentes de las asumidas por los peritos sin una explicación razonable (SSTS. 182/2000 de 8.2; 1224/2000 de 8.7, 1572/2000 de 17.10, 1729/2003 de 24.12, 299/2004 de 4.3 y 417/2004 de 29.3). Así pues, la excepción requiere que el o los dictámenes periciales sean coincidentes respecto de una cuestión sobre la que no exista otra forma de probarla y que, sin embargo, el Tribunal sin una justificación razonable se haya apartado de lo indicado en el dictamen pericial. Ahora bien, aunque, como dijimos, en ciertos casos un informe pericial pueda ser considerado documento a los efectos del art. 849.2 LECrim. sin embargo, no cabe hablar de una equiparación plena de la prueba pericial a la documental a estos efectos del art. 849.2 LECrim. No lo permite la diferente naturaleza de estos dos medios de prueba. La pericial es una prueba de carácter personal donde el principio de inmediación procesal, particularmente cuando esta prueba se practica en el juicio oral, tiene una relevancia que no aparece en la documental. Si, como hemos dicho, en definitiva la interdicción de la arbitrariedad constituye el fundamento último de la norma del art. 849.2 LECrim., en esta clase de prueba dado su carácter personal, ha de tener mayor importancia la explicación que al efecto nos ofrezca el Tribunal de instancia sobre su apreciación de lo escuchado en juicio (SSTS. 275/2004 de 5.3 y 768/2004 de 18.6). Pero no debe confundirse este supuesto excepcional con la valoración que el Tribunal hace de la prueba pericial, pues, como indica la STS. 1572/2000 de 17.10. "El Tribunal ha valorado una pluralidad de informes, incluidas las matizaciones realizadas por el perito en el acto del juicio oral, obteniendo racionalmente su convicción... por lo que nos encontramos ante un ejercicio razonable de las facultades valorativas del Tribunal de instancia no cuestionables a través de este cauce casacional".

En el caso que se examina la Sala valora todos los informes periciales obrantes en las diligencias, en particular los de los forenses Sres. Ángel (folios 320 y ss. y Rogelio, folios 555 a 559), ratificados en el juicio oral e indicativos de la ausencia de relación entre las lesiones previas y los hechos enjuiciados, dejando sentado en el Fundamento segundo que comparte su valoración en cuanto que existe una desconexión entre el hecho que origina la lesión enjuiciada y el resultado, descartando los informes del perito de parte Dr. Bernardo que minimizó ese estado previo del lesionado, y del psiquiatra Dr. José Francisco y del Psicólogo perteneciente a la Guardia Civil Eloy (folio 294), en orden a la existencia de estrés postraumático, y analizando asimismo los informes de los Doctores. Luis María y el traumatólogo Dr. Germán, considera no que las lesiones y secuelas que detalla en el relato fáctico: lesiones en hombro de "Hill Sachs" con capsulitis retráctil, tendinitis, neuritis de nervio cubital, esguince cervical, hernia discal, discopatía, dismetría de MID y meniscopatía con quiste meniscal, así como cuadro psiquiátrico de tipo depresivo, traigan causa en la pelea objeto de enjuiciamiento, sino que las lesiones previas y debidas a un accidente diferente: tendinitis supraespinosa en hombro izquierdo y esguince cervical con protusiones discales "pudieron verse agravadas", tras el traumatismo de la pelea, siendo su evolución posterior desfavorable presentando el cuadro complejo a que se ha hecho referencia.

Consecuentemente ello no supone error en la valoración de las pruebas periciales y el motivo se desestima.

SEPTIMO: El motivo cuarto al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 LECrim. y art. 5.4 LOPJ. por error de derecho, consistente en la infracción de la doctrina consolidada por la jurisprudencia relativa a la preterintencionalidad heterogénea, al hacer responsable civil al recurrente de determinadas lesiones que ya padecía el Sr. Marcos cuando se dan los presupuestos para la aplicación de aquella, ya que las lesiones no son causa de los hechos acaecidos en la prisión de Madrid Alcalá-Meco, II, en segundo término, porque el recurrente actuaba bajo la cobertura de la legítima defensa,

y finalmente porque se utiliza la preterintencionalidad heterogénea porque no considerándolo responsable criminalmente, ni siquiera a título de culpa, si hacerlo civilmente.

El desarrollo argumental del motivo hace necesario recordar en lo que se refiere a la preterintencionalidad que en el actual Código Penal no se recoge como tal, a diferencia del anterior en el que se regulaba en el art. 9.4, la de no haber tenido el delincuente intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo.

Pues bien, pese a la imprecisión que ha venido caracterizando, doctrinal y legalmente, el tema de la preterintencionalidad (STS. 25.10.94), tanto en el orden estructural y ontológico como en el axiológico o valorativo, se coincide en caracterizar a la preterintencionalidad homogénea como hipótesis de superación de designio del autor por la realidad del resultado, pero siendo adscribibles uno y otro a un mismo género de delitos, mejor, a una misma figura delictiva. En la preterintencionalidad heterogénea la conducta dolosa se encamina a un determinado resultado (minus delictum), verificándose uno más grave (maius delictum) no entrevisto aunque significativo en el área de la previsibilidad. Como subraya la STS. 19.2.90, nos hallamos ante supuestos de intensificación dañosa situados más allá de la intención, que desarmoniza y hace quebrar la normal correlación entre la intención y efecto. Es parecer consolidada de la jurisprudencia el de que, acusado un supuesto de preterintencionalidad heterogénea, la unidad conceptual del delito viene a desdoblarse en dos infracciones, una de naturaleza dolosa correspondiente a lo que quiso hacer -o, al menos previo y aceptó- y se hizo, y otra, de índole culposa, mediante la cual se sanciona el resultado que el delincuente no tuvo intención de causar pero que estaba obligado a prever, a prevenir y a evitar (SS. 21.1.85, 12.3.86, 27.11.87, 19.2.90, 10.5 y 15.6.92, 22.5.93).

En la STS. 11.5.95, con ocasión de un empujón que determinó la caída del agredido y la causación de lesiones se sostenía que hubo dolo directo en cuanto al tipo de la falta de maltrato de obra, porque éste se produjo de modo intencionado, pero no

respecto a las lesiones. Ha de estimarse que existió previsibilidad en cuanto a la fractura del tobillo porque no había de reputarse como un hecho extraño o anómalo el que una caída de esas características produzca la rotura de algún hueso, añadía la citada sentencia que actualmente estos supuestos de malos tratos de obra con resultado de lesiones no intencionadas, han de ser penados con preterintencionalidad heterogénea, es decir, como una falta dolosa de malos tratos en concurso con la correspondiente infracción culposa.

La STS. 21.1.97, estudia de una forma pormenorizada y detallada tanto el dolo eventual, la imprudencia como la frontera con la culpa consciente y la preterintencionalidad, afirmando respecto a esta última figura jurídica que: "El delito preterintencional surge cuando el resultado más grave no es sino un desarrollo no querido, pero de la misma índole del querido, situado, como se ha dicho gráficamente, en su "misma línea de ataque". La reforma operada en el Código Penal por L.O. 8/1983, de 25 de junio influyó de modo notable en el planteamiento de la preterintencionalidad heterogénea. Ante las reformas operadas en el artículo 1º -el principio de culpabilidad adquiere su oficial y máximo reconocimiento-, supresión del artículo 50, pérdida de contenido del artículo 8,8ª, y la redacción ofrecida por el artículo 6 bis, b), ante la problemática suscitada por el binomio lesiones- homicidio, constante el presupuesto antes referido, la tesis del concurso ideal entre un delito de lesiones dolosas y otro de homicidio culposo, con aplicación de las reglas penológicas contenidas en el artículo 71 del C.P., se ha estimado como la más acertada, recibiendo su pláceme y acogimiento por parte del Tribunal Supremo. Como síntesis de la doctrina sentada por esta Sala en sus ya plurales sentencias pronunciadas al respecto después de la reforma del Código Penal de 1.983, puede afirmarse que la preterintencionalidad heterogénea ha de encontrar su correspondencia técnica y su sanción punitiva en las reglas generales del concurso de delitos, viniendo atribuido el segundo de ellos a título de culpa.

El ultra propositum o plus in effectum, al diferir notablemente el resultado de la intención animadora, lleva a la ruptura del título de imputación, reputándose al reo autor de una infracción dolosa en cuanto lo que quiso ejecutar y sin embargo produjo. En general se destaca que en el delito preterintencional se da cita una especie de "mixture

de dolo y culpa", es decir, nos hallamos ante un hecho base de contornos intencionales, entrevisto y aceptado en su fundamental subtratum, y otro hecho consecuencia que, escapando a las previsiones del agente, aunque ciertamente previsible (culpa inconsciente) o previsto pero no aceptado (culpa consciente), acaba por imponerse, sin que se eche de menos, naturalmente, el preciso nexo causal. Así, entre muchas, sentencias de 9 de febrero, 28 de marzo y 12 de julio de 1.984, 21 de enero y 23 de abril de 1.985, 12 de marzo y 25 de octubre de 1.986, 24 de julio de 1.987, 19 de febrero de 1.990, 11 de mayo y 15 de junio de 1.992, 22 de mayo de 1.993, 30 de mayo de 1.994 y 8 de febrero de 1.995. Solución que es la más respetuosa con el principio de culpabilidad, que no solo impide la sanción criminal respecto de aquellos resultados que han de reputarse fortuitos, sino que también obliga a sancionar a título de dolo solo hasta donde la intención alcance y como culpa únicamente hasta donde llegue el deber de evitar el daño previsible.

OCTAVO: Pues bien, la sentencia de instancia pese a considerar en el Fundamento Jurídico segundo que los hechos son constitutivos de una falta de imprudencia con resultado lesivo prevista y penada en el art. 621.3, además de una falta dolosa de lesiones del art. 617.1, y en el Fundamento Jurídico tercero, que es autor de las mismas el acusado Adolfo, en el desarrollo que efectúa entiende que las lesiones y secuelas sufridas por Marcos no fueron algo directamente querido por el coacusado Adolfo, o que se hubiera podido representar como posible y que existe una desconexión entre el hecho que origina la lesión enjuiciada y el resultado, y tras analizar de forma extensa la doctrina de la Sala sobre la preterintencionalidad heterogénea y la imputación objetiva, concluye que el "plus" de las lesiones no es posible atribuirlo ni siquiera a título de culpa al hoy recurrente y por tanto, no cabe aplicar ese concurso ideal que implica la preterintencionalidad heterogénea por cuando la malísima evolución de la salud de Marcos tras los hechos no es directamente atribuible a la caída, siendo unas consecuencias no normales en una acción como la que se ha acreditado y ni siquiera, son imputables a título de culpa al coimputado, pues no eran previsibles como consecuencia de una pelea con caída al suelo entre dos personas, en la que no podemos tampoco olvidar la propia colaboración del lesionado, y en consonancia con esta

afirmación en el fallo de la sentencia no se contiene pronunciamiento condenatorio en relación a la falta de imprudencia con resultado de lesiones, y Adolfo, pero no obstante lo anterior si establece una "cierta conexión entre pelea y el agravamiento de las lesiones con repercusión exclusivamente económica, dado que aquella fue desencadenante del empeoramiento del estado físico del lesionado y ello merece una consideración, si no a título de reproche penal, si a efectos de una compensación económica, al haber quedado acreditado que sin la caída la evolución no hubiese sido la misma o habría sido más favorable", y condena, vía indemnización civil, en concepto de secuela consistente en agravación de artrosis de columna vertebral previa al traumatismo y por síndrome psiquiátrico consistente en neurosis postraumática a un total de 7.173 euros.

Este último pronunciamiento no puede ser aceptado con la subsiguiente estimación del motivo, que ha sido apoyado por el Ministerio Fiscal.

En efecto únicamente aquellos perjuicios que sean consecuencia directa y necesaria del hecho delictivo son los que deben indemnizarse y a cuyo resarcimiento queda igualmente obligado el autor responsable de un delito o falta. La responsabilidad civil derivada de un hecho ilícito exige como elemento estructural de la misma una relación de causalidad entre la acción u omisión delictiva y el daño o perjuicio sobrevenidos. Por ello no todo daño y perjuicio puede ser asociado al delito, hay que probar que entre éste y aquellos haya la correspondiente relación de causalidad.

Por tanto, la cuestión suscitada debe reconducirse al plano de la causalidad, es decir, si esos daños y perjuicios producidos han sido precisamente una consecuencia de la infracción prevista en el supuesto de hecho de la norma que sanciona la responsabilidad.

Pues bien, tiene declarado esta Sala, como son exponentes las SS. 1611/2000 de 19.10 y 1484/2003 de 10.11, que es la teoría de la imputación objetiva la que se sigue en la jurisprudencia de esta Sala para explicar la relación que debe mediar entre acción y resultado y vino a reemplazar una relación de causalidad sobre bases exclusivamente naturales introduciendo consecuencias jurídicas, siguiendo las pautas marcadas por la teoría de la relevancia. En este marco la verificación de la causalidad natural será un límite mínimo, pero no suficiente para la atribución del resultado.

Conforme a estos postulados, comprobada la necesaria causalidad natural, la imputación del resultado requiere además verificar:

1º. Si la acción del autor ha creado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado.

2º. Si el resultado producido por dicha acción es la realización del mismo peligro (jurídicamente desaprobado) creado por la acción.

La creación de un peligro jurídicamente desaprobado está ausente cuando se trate de riesgos permitidos, que excluyen la tipicidad de la conducta que los crea, y próximos a estos los casos de disminución del riesgo, en los que el autor obra causalmente respecto de un resultado realmente ocurrido, pero evitando a la vez la producción de un resultado más perjudicial. Son de mencionar igualmente otros supuestos de ruptura de la imputación objetiva entre los que se pueden incluir los abarcados por el principio de confianza, conforme al cual no se imputarán objetivamente los resultados producidos por quien ha obrado confiando en que otros se mantendrán dentro de los límites del peligro permitido, así como las exclusiones motivadas por lo que doctrinalmente se denomina la prohibición de regreso, referidas a condiciones previas a las realmente causales, puestas por quien no es garante de la evitación de un resultado.

El segundo requisito al que antes hacíamos referencia exige que el riesgo (no permitido) creado por la acción sea el que se realiza en el resultado. Es en este segundo condicionante de la imputación objetiva en el que se plantea la presencia de riesgos concurrentes para la producción del resultado, cuestión en la que habrá que estar al riesgo que decididamente lo realiza, como aquellos otros casos en los que no podrá sostenerse la realización del riesgo en el resultado cuando la víctima se expone a un peligro que proviene directamente de su propia acción, en cuyo caso el resultado producido se imputará según el principio de la "autopuesta en peligro" o "principio de la propia responsabilidad". Se trata de establecer los casos en los que la realización del resultado es concreción de la peligrosa conducta de la propia víctima que ha tenido una intervención decisiva.

Ciertamente, la jurisprudencia de esta Sala (SSTS de 12 de febrero de 1993; 26 de junio de 1995; 28 de octubre de 1996, 1311/1997, de 28 de octubre; 1256/1999, de 17 de septiembre; 1611/2000, de 19 de octubre y 448/2003, de 28 de marzo) viene sosteniendo que la relación entre la acción y el resultado en delitos cuyo tipo penal incluye la lesión del objeto de la acción no se limita a la comprobación de la causalidad natural, sino que dependerá de la posibilidad de la imputación objetiva del resultado de la acción.

En general es posible afirmar que sin causalidad (en el sentido de una ley natural de causalidad) no se puede sostener la imputación objetiva, así como que ésta no coincide necesariamente con la causalidad natural. De esta manera, sólo es admisible establecer la relación entre la acción y el resultado cuando la conducta haya creado un peligro no permitido, es decir, jurídicamente desaprobado y el resultado producido haya sido la concreción de dicho peligro.

Por tanto, lo primero que debe ser comprobado, antes de imputar un determinado resultado a una acción agresiva es si ésta es idónea, en virtud de una ley natural científica, para producirlo. Naturalmente se trata de una cuestión cuya solución, como cualquier otra de hecho, queda confiada a la conciencia del Tribunal pero éste no puede formar juicio al respecto sino sobre la base de una constatación pericial garantizada por conocimientos especializados.

Ahora bien, si en el caso enjuiciado el Tribunal sentenciador no consideró imputables ni siquiera a título de culpa las secuelas resultantes al hoy recurrente, al no ser directamente atribuibles a la caída, está negando la necesaria relación de causalidad, por lo que al condenar a aquella indemnización por la evolución desfavorable de las lesiones previas, no obstante considerar que ese resultado agravado de lesiones preexistentes no es abarcado ni por dolo ni por culpa, y por tanto excluido de la falta dolosa de lesiones por lo que condena, se están infringiendo los arts. 109, 116.1, 118, 119, 5 y 10 CP. Consecuentemente el motivo debe ser estimado y dictase segunda sentencia en la que se excluya la indemnización de 7.173 euros, pronunciamiento absolutorio que aprovechará al Estado como responsable civil subsidiario, tal como preceptúa el art. 903 LECrim.

NOVENO: El motivo quinto, al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 LECrim. y art. 5.4 LOPJ. en relación con el art. 169.2 CP. por error de derecho, al haberse condenado a Marcos como autor de una falta de amenazas del art. 620.1 CP. cuando debió serlo por un delito de amenazas previsto y penado en el referido art. 169.2 CP.

El delito de amenazas se comete por el anuncio consciente de un mal futuro, impuesto, determinado y posible con el único propósito de crear una intranquilidad de ánimo, inquietud o zozobra en el amenazado, pero sin la intención de dañar materialmente al sujeto mismo (STS. 593/2003 de 16.4).

Son sus caracteres generales:

1º) el bien jurídico protegido es la libertad de la persona y el derecho que todos tienen al sosiego y a la tranquilidad personal en el desarrollo normal y ordenado de su vida; 2º) es un delito de simple actividad, de expresión o de peligro, y no de verdadera lesión, de tal suerte que si ésta se produce actuará como complemento del tipo; 3º) el contenido o núcleo esencial del tipo es el anuncio en hechos o expresiones, de causar a otro un mal que constituya delito de los enumerados; anuncio de mal que de ser serio, real y perseverante, de tal forma que ocasione una repulsa social indudable; 4º) el mal anunciado ha de ser futuro, injusto, determinado y posible que depende exclusivamente de la voluntad del sujeto activo y produce la natural intimidación en el amenazado (STS. 268/99); 5º) este delito es eminentemente circunstancial, debiendo valorarse la ocasión en que se profiera, personas intervinientes, actos anteriores, simultáneos y sobre todo posteriores al hecho material de la amenaza; 6º) el dolo específico consiste en ejercer presión sobre la víctima, atemorizándola y privándola de su tranquilidad y sosiego, dolo indubitado, en cuanto encierra un plan premeditado de actuar con tal fin o "animo intimidatorio evidente contra la víctima (ATS. 1880/2003 de 14.11). Elementos estos recogidos por reiterada jurisprudencia (STS. 268/99 de 26.2, 1875/2002 de 14.2.2003), en el sentido de que el delito de amenazas se caracteriza por una conducta del agente integrada por expresiones o acto idóneos para violentar el ánimo del sujeto pasivo, intimidándole con la conminación de un mal injusto, determinado y posible, de realización más o menos inmediata, que la expresión de dicho propósito por parte del agente sea seria, firme y creíble, atendiendo a las circunstancias concurrentes; y que estas mismas circunstancias: subjetivas y objetivas, doten a la conducta de la entidad suficiente como para merecer una contundente repulsa social, que fundamente razonablemente el juicio de antijuricidad de la acción y su calificación como delictiva.

Se trata en definitiva, de un delito de los que mayor relativismo presenta, por lo que debería atenderse a las circunstancias concurrentes. El dolo del tipo de amenaza no condicional resulta del propio tenor de las frases utilizadas y de la forma y momento en

que son proferidas en el ámbito de las relaciones entre autor y víctima, que los hechos probados reflejan (SSTS. 57/2000 de 27.1, 359/2004 de 18.3).

Pues bien, las infracciones criminales tipificadas en los arts. 169 y 620 CP, tienen identidad, denominación y estructura jurídica y se diferencian tan solo por la gravedad de la amenaza, ésta ha de valorarse en función de la ocasión en que profiere, personas intervinientes, actos anteriores, simultáneos y posteriores. La diferencia es circunstancial y radica en la mayor o menor intensidad del mal con que se amenaza para el bien jurídico protegido. La jurisprudencia ha venido decantándose por la existencia del delito cuando nos encontramos ante una amenaza grave, seria y creíble por ser potencialmente esperado un comportamiento agresivo que lleve a efecto el mal amenazado. El criterio determinante de la distinción, tiene aspectos mayoritariamente cuantitativos, pero no debe descuidarse el perfil cualitativo de la amenaza que habrá que extraer de una serie de datos antecedentes y concurrentes en el caso (SSTS. 1489/2001 de 23.7, 832/98 de 17.6).

La sentencia 182/99 de 10.2 justificó la condena como falta, (artículo 629 del Código Penal actual) por dos circunstancias:

1ª La clara inexistencia de intención de causar el mal con el que se amenazaba, lo que conocieron los amenazados y

2ª No haber persistido en su idea de amenazar. El hecho de que el acusado utilizara un cuchillo para intimidar no es suficiente para proporcionar al hecho esa gravedad. El propio art. 620.1 CP. conforme al cual la sentencia recurrida condenó al acusado, prevé la posibilidad de que la amenaza pueda ser considerada como leve pese a usarse armas para su comisión.

Doctrina esta última aplicable al caso enjuiciado en el que la Sala considera leve la entidad de la amenaza no solo por la facilidad con que fue desarmado el guardia Marcos sino por los antecedentes y hechos posteriores al suceso, muy especialmente la circunstancia de que el acusado Javier entregara a Marcos un arma de la que se deduce que no debía tener temor alguno acerca de la posibilidad de su utilización.

El motivo, por lo expuesto, se desestima.

DECIMO: El motivo sexto por infracción de Ley al amparo del art. 849.1 LECrim. y 5.4 LOPJ. por error de derecho al haberse condenado a Marcos como autor de una falta de lesiones del art. 617.1 CP. cuando en realidad es autor y responsable criminal de un delito de lesiones del art. 147 CP, dado que entre las lesiones que sufrió se hallan la fractura de la base del quinto metacarpiano de la mano izquierda que precisó de una férula, lo que constituye lesión a los efectos del anterior precepto.

Considera el motivo que la Sala ha incurrido en error al afirmar que el recurrente siempre ha sostenido que la fractura del dedo se debiera a su propia acción cuando en el acto del juicio se limitó a decir que él le golpeó para que soltara la pistola, y no sabe en qué momento él se produjo la lesión en el dedo, y en cualquier caso, con cita en la sentencia de esta Sala de 17.9.99, entiende que el resultado producido se debe únicamente al riesgo creado por el agresor Marcos, que fue el que inició los hechos al agredir sin provocación alguno de contrario al Sr. Javier, y posteriormente cuando el recurrente se interpuso entre ambos para evitar que se pelearan, fue agredido con puñetazos y patadas para finalmente verse en la necessitas defenssionis de desarmarlo y reducirlo, cuando el Sr. Marcos sacó su arma reglamentaria, la montó y apuntó al pecho del recurrente, por lo que el origen del peligro que dio lugar al resultado es únicamente atribuible al agresor Sr. Marcos.

El motivo deviene inadmisibile.

Es cierto que la colocación de la férula supone, en terminología utilizada en STS. 21.11.2001, una cirugía menor o en cualquier caso, una actuación médica agresiva en el sentido de intervención directa en la anatomía (STS. 19.10.2001) que integra el concepto de tratamiento médico a los efectos del art. 147 CP. Como indica la STS. 10.9.2001. La censura del recurrente no puede ser acogida. Esta Sala ya se ha pronunciado en ocasiones precedentes ante supuestos similares al presente, consolidando una doctrina según la cual las medidas prescritas por los facultativos para la reducción de fracturas constituye tratamiento médico a efectos del art. 147 C.P. por la relevancia objetiva de este tipo de lesiones, pues "resulta palmario que la colocación y necesaria y posterior eliminación de una escayola o férula constituye tratamiento médico, en tanto que aparece objetivada una necesidad de reducción de la fractura y eliminación del elemento reductor bajo control facultativo, ya que, desde el punto de vista penal, existe ese tratamiento en toda actividad posterior tendente a la sanidad de las personas, si está prescrita por médico.

Ahora bien, el recurrente no respeta la relación de hechos probados y parte de unas premisas fácticas no acreditadas cuales son que fue el Sr. Marcos el único agresor y que el Sr. Adolfo actuó amparado en una legítima defensa, olvidando que nos encontramos en un supuesto de riña mutuamente aceptada en la que el mismo se ha introducido en la situación de riesgo y no se aparta de ella por su propia decisión, en el curso de la cual se produce esa lesión en el dedo cuya etiología no ha quedado acreditada y ya hemos indicado, que la jurisprudencia de esta Sala viene sosteniendo que la relación entre la acción y el resultado en delitos cuyo tipo penal incluye la lesión del objeto de la acción no se limita a la comprobación de la causalidad natural, sino que dependerá de la posibilidad de la imputación objetiva del resultado de la acción. En general es posible afirmar que sin causalidad (en el sentido de una ley natural de causalidad), no se puede sostener la imputación objetiva, así como que ésta no coincide necesariamente con la causalidad natural. De esta manera, sólo es admisible establecer la relación entre la acción y el resultado cuando la conducta haya creado un peligro no

permitido, es decir, jurídicamente desaprobado y el resultado producido haya sido la concreción de dicho peligro SSTs. 1671/2002 de 16.10, 1158/2003 de 15.9).

Por ello, si la sentencia de instancia considera que no puede entenderse acreditado que la autodicha lesión del dedo fuera producida por el acusado Marcos y bien pudo darse a la propia acción del recurrente al quitar la pistola a aquél, y en tal situación de duda se inclina por la tesis que beneficia al acusado, nada puede objetarse a tal interpretación que excluye la imputación objetiva del resultado.

El motivo, en consecuencia se desestima.

Recurso de Marcos

DECIMO PRIMERO: El motivo primero de conformidad con el art. 851.1 LECrim. por no haber quedado reflejados en los hechos probados las acciones agresivas concretas por las que el recurrente causase lesión alguna a Adolfo y no obstante, ello si se hacen constar como probadas las lesiones de este último, asimismo denuncia en relación a las lesiones de Adolfo la falta de claridad tanto de la mano en que se produjera así como en la manera de producirse.

El motivo deviene inadmisibile.

Para que el motivo del art. 851.1 LECrim. por falta de claridad pueda prosperar es preciso que el recurrente señale los párrafos que resultan incomprensibles por su falta de claridad (STS. 634/2004 de 14.5), por lo que una alegación de falta de claridad sin precisar la frase en la que se encuentra la oscuridad, carece de viabilidad, de manera que la falta de claridad en el relato fáctico solo "debería apreciarse cuando el Tribunal lo

haya redactado utilizando términos, frases o expresiones ininteligibles, oscuras o dubitativas, en extremos jurídicamente relevantes del mismo, de tal modo que no sea posible conocer con precisión qué es lo que el Tribunal declara probado, y , por tanto, resulte imposible su calificación jurídica" (STS. 161/2004 de 9.2).

Los requisitos que conforme a reiterada doctrina jurisprudencial (SSTS. 1006/2000 de 5.6, 471/2001 de 22.3, 717/2003 de 21.5, 474/2004 de 13.4) hacen viable a este motivo son los siguientes:

a) Que en el contexto del hecho probado se produzca la existencia de imprecisión, bien por el empleo de términos o frases ininteligibles, bien por omisiones que hagan incomprensibles el relato, o por el empleo de juicios dubitativos, por la absoluta carencia de supuesto fáctico o por la mera descripción de la resultancia probatoria sin expresión por el juzgador de lo que considera probado.

Este requisito comporta, a su vez, la exigencia de que el vicio procesal de la falta de claridad debe ubicarse en el hecho probado, y no podrá oponerse frente a otros apartados de la sentencia, y debe ser gramatical, sin que quepa su alegación frente a una falta de comprensión lógica o argumental, cuya impugnación deberá articularse por otras vías, como el error de derecho.

b) La incomprensión, la ambigüedad, etc. del relato fáctico debe estar causalmente relacionado con la calificación jurídica de la sentencia. La falta de claridad impide la comprensión del hecho probado e impide una correcta subsunción.

c) Además, la falta de claridad debe producir una laguna o vacío en la descripción histórica del hecho que se declara probado.

d) La falta de claridad puede concurrir ante omisiones del hecho probado cuando la misma tenga transcendencia en la calificación jurídica.

Por ello, la oscuridad por omisiones exige que haga difícil la comprensión y además que tales defectos se hallen en conexión con los acondicionamientos determinantes de la calificación penal de los hechos, y por otro lado no afecta al relato de hechos detalles omitidos cuando no restan claridad al mismo y son consecuencia de la inexpresividad de la prueba, si aparecen suficientemente expresados los que sirven de fundamento a la sentencia, no dando lugar a un juicio dubitativo en el entendimiento o conocimiento de lo expuesto. Y en segundo término cabe señalar igualmente que la más directa solución a las omisiones en los hechos probados no viene por el cauce utilizado por quien recurre, sino por la vía del art. 849.2 LECrim., en este sentido la STS. 4.5.99, precisa "la omisión de datos que debieron ser incluidos en el relato, según el recurrente, en modo alguno constituye el defecto procesal contemplado en el precepto invocado, sino a lo más que podría dar lugar es a que se procediera a completar la sentencia mediante el procedimiento legalmente establecido para ello, ya que es perfectamente posible que las sentencias sean absolutamente claras, pero incompletas en cuyo caso ha de hacerse uso del procedimiento establecido al efecto, que desde luego no es la vía utilizada por el recurrente -sentencia de 6 de abril de 1992- porque las omisiones tan sólo caben como motivo de casación por quebrantamiento de forma por falta de claridad en los hechos probados cuando ocasionan la imposibilidad de su comprensión por hacer ininteligible el relato de lo ocurrido, pero no como aquí que no producen oscuridad alguna para la comprensión de lo narrado en la sentencia -sentencias de 18 y 28 de mayo de 1992-. d) Las imprecisiones en cuanto a fechas o intervención de personas podrán dar lugar a la falta de claridad en función de la prueba practicada, pues, si bien es exigible la mayor precisión de cuantos datos fácticos sean necesarios para la calificación, su incomprensión por falta de acreditamiento no dar lugar al vicio procesal, pues el hecho probado debe recoger aquello, que efectivamente, resulte acreditado, dado que en cualquier caso el relato de hechos probados no es sino la exteriorización del juicio de certeza alcanzado por el Tribunal y en él deben figurar todos aquellos extremos con relevancia penal y de modo especial todos lo que tengan trascendencia a

efectos de modificar, o hacer desaparecer alguno de los elementos del delito (causas de justificación, exclusión de la antijuricidad o de la culpabilidad...) pero es claro que no tiene porqué dejar constancia de los hechos que la Sala, en ejercicio de su facultad considera como no probados.

En el caso que se examina no se observa esa falta de claridad. En los hechos probados se hace constar "iniciándose una reyerta entre Marcos y Adolfo, quienes se agredieron mutuamente, cayendo al suelo enrejillado de la pasarela". Se describe por tanto una agresión producida entre ambos y a continuación se describen las lesiones sufridas por cada uno de los contendientes y entre las de Adolfo, una por mordedura en antebrazo derecho, que -tal como resalta el Ministerio Fiscal en su impugnación-, es absolutamente indicativa de cuál fue la concreta forma de su causación y que por sí misma es suficiente para integrar la falta de lesiones objeto de condena.

DECIMO SEGUNDO: Con relación a la contradicción denunciada, la esencia de la misma radica en el empleo en el hecho probado de términos o frases que, por ser antitéticos, resulten incompatibles entre sí, de tal suerte que la afirmación de una, resta eficacia a la otra al excluirse uno al otro produciendo una laguna en la fijación de los hechos (STS. 299/2004 de 4.3).

La doctrina jurisprudencial reiterada (SSTS. 1661/2000 de 27.11, 776/2001 de 8.5, 2349/2001 de 12.12, 717/2003 de 21.5 y 299/2004 de 4.3) señala, para que pueda prosperar este motivo de casación, los siguientes requisitos:

a) que la contradicción sea manifiesta y absoluta en el sentido gramatical de la palabra. Por ello, la contradicción debe ser ostensible y debe producir una incompatibilidad entre los términos cuya contradicción se denuncia; en otras palabras, que se trate de una contradicción en sentido propio, es decir, gramatical, de modo que la

afirmación de un hecho implique necesariamente la negación del otro, de modo irreconciliable y antitético, y no de una mera contradicción ideológica o conceptual.

b) debe ser insubsanable, pues aún a pesar de la contradicción gramatical, la misma puede subsumirse en el contexto de la sentencia; es decir que, no exista posibilidad de superar la contradicción armonizando los términos antagónicos a través de otros pasajes del relato.

c) que sea interna en el hecho probado, pues no cabe esa contradicción entre el hecho y la fundamentación jurídica. A su vez, de este requisito se excepcionan aquellos apartados del fundamento jurídico que tengan un indudable contenido fáctico; esto es, la contradicción ha de darse entre fundamentos fácticos, tanto si se han incluido correctamente entre los hechos probados como si se trata de complementos fácticos integrados en los Fundamentos Jurídicos.

d) que sea completa, es decir que afecta a los hechos y a sus circunstancias;

e) la contradicción ha de producirse respecto a algún apartado del fallo, siendo relevante para la calificación jurídica, de tal forma que si la contradicción no es esencial ni imprescindible a la resolución no existirá el quebrantamiento de forma.

f) que sea esencial, en el sentido de que afecta a pasajes fácticos necesarios para la subsunción jurídica, de modo que la mutua exclusión de los elementos contradictorios, origine un vacío fáctico que determine la falta de idoneidad del relato para servir de soporte a la calificación jurídica debatida.

En el supuesto enjuiciado en el relato fáctico se describen y detallan las lesiones sufridas por Adolfo, la hipotética contradicción que se dice en relación a la mano en que se produjeron, no aparece en dicho relato sino con respecto a una prueba obrante en las diligencias, contradicción que, en todo caso, no alteraría el sentido del fallo.

El motivo, por lo razonado se desestima.

DECIMO TERCERO: El motivo segundo de conformidad con el art. 849.2 LECrim. al entender la existencia de un error en la apreciación de la prueba por estimar la Sala probado que el recurrente sacó la pistola reglamentaria, la montó y apuntó hacia Adolfo, lo que no se deduce de las declaraciones de los acusados Sres. Adolfo y Javier y del testigo Sr. Carlos Alberto, en el atestado, juzgado y plenario.

El motivo deviene inadmisibile, por cuanto quedan excluidos del concepto de documento a efectos casacionales, todos aquellos que sean declaraciones personales aunque aparezcan documentadas. La razón se encuentra en que las pruebas personales, tal como la testifical y la de confesión, están sujetas a la valoración del Tribunal que con inmediación la percibe (STS. 1006/2000 de 5.6). Por ello esta Sala no admite que pueda basarse un motivo en error de hecho cuando se indica que el documento en que consta el error es el atestado policial (STS. 796/2000 de 8.5), tampoco tienen el carácter de documento las diligencias policiales en las que se contienen las manifestaciones de los agentes o de quienes declaran ante ellos ni la declaración de un imputado o coimputado, las declaraciones testificales y el acta del juicio oral (SSTS. 1006/2003 de 5.6 y 1701/2001 de 24.9).

No de otra forma decíamos en la STS. 55/2005 de 15.2 ""ni las declaraciones de testigos efectuadas en la instrucción ni las que tienen lugar en el juicio oral, transcritas en la correspondiente acta, tiene la virtualidad documental a los efectos de la casación prevista en el art. 849.2 LECrim. En realidad, las declaraciones de los testigos requieren

para su valoración, salvo supuestos excepcionales de prueba anticipada, de la percepción por el Tribunal en el momento del juicio, pues solo entonces podrá éste formar su necesaria convicción sobre los hechos, de acuerdo con el art. 741 LECrim. Y lo visto y oído por el Tribunal de instancia está fuera del recurso y no puede ser contradicho en casación con apoyo en el acta del juicio. Esta sólo reproduce lo que el Secretario Judicial ha podido transcribir, sirviendo de documento público en el que constan las pruebas practicadas y los resultados de las mismas que el depositario de la fe pública estima pertinente hacer constar. Pero, estas constancias no reemplazan la percepción de la prueba de los jueces, que es la única que puede determinar los hechos probados. El contenido de lo declarado por los testigos, peritos y acusados, así como la credibilidad de sus manifestaciones por estas razones son completamente ajenas, como cuestiones de hecho, al recurso de casación" (SSTS. 26.2.2001. y 22.5.2003).

Criterio éste firmemente asentado en la jurisprudencia, así por ejemplo S. 1075/2004, con cita de las SS. 15.3.91, 12.11.92, 1.4.96, señala que este documento transcribe con las deficiencias inherentes al procedimiento empleado, lo sucedido en las sesiones celebradas en audiencia pública y contradictoria, y sirve para dar fe, si bien fragmentariamente, del contenido de las declaraciones del procesado, testigos y peritos comparecientes, así como de cualquier incidencia que surja durante las sesiones, pero no por ello las pruebas pierden su verdadera y primitiva naturaleza procesal, no transformándose en prueba documental que sirva para acreditar el error del juzgador, y la STS. 1866/2000 de 5.12, que precisa que "incurre la parte recurrente en el común error de olvidar que es al Tribunal sentenciador, - y no a las partes, ni al Tribunal de alzada, ni tampoco al Secretario Judicial - a quien compete valorar con inmediación la prueba testifical que se desarrolla en su presencia, constituyendo el acta únicamente un sucinto resumen que da cuenta de lo más relevante ocurrido durante el juicio oral pero que ni es, ni pretende ser legalmente (art. 743 LECrim), un reflejo completo de las declaraciones testificales, las cuales se emiten y valoran en directo conforme al principio de inmediación que rige, hasta la fecha, en nuestro ordenamiento procesal penal (ver SS. 446/98 de 28.3 y 219/96 de 1.4 entre otras).

En consecuencia, no se cumplen los requisitos exigidos por el art. 849.2 LECrim. La Sala de instancia valoró libremente las pruebas personales que incidían en el relato fáctico controvertido y en ello no puede sustentarse el pretendido error en la apreciación de la prueba.

DECIMO CUARTO: El motivo tercero se refiere a la causalidad y realidad de las lesiones del Sr. Marcos y postula, sin señalar cual es la vía procesal elegida para su formulación, que las lesiones del recurrente que la Sala estimó acreditado que derivaban de un previo accidente de tráfico, sean indemnizadas como causadas por la agresión sufrida el día de autos, y a que se admita la existencia de un trastorno postraumático consecuente a dicha agresión que la Sala igualmente rechaza.

El recurrente impugna el informe médico obrante al folio 401, olvidando que la propia sentencia no día relevancia a dicho informe, sino a los emitidos por los médicos forenses Don. Ángel (folios 320 y ss. y Rogelio, folios 555 a 559), ratificados en el plenario, tal como hemos explicitado en el Fundamento Jurídico quinto, de la presente sentencia, al analizar el mismo ordinal del recurso interpuesto por el otro acusado Adolfo, que damos por reproducido para evitar repeticiones innecesarias; y ya decíamos que la excepcionalidad de la posibilidad de que los dictámenes periciales puedan fundamentar una modificación del apartado fáctico, no supone que pueda afirmarse que la prueba pericial pueda ser nuevamente valorada en todo caso y en su integridad, por el Tribunal de casación.

Las pruebas periciales no son auténticos documentos, sino pruebas personales consistentes en la emisión de informes sobre cuestiones técnicas, de mayor o menor complejidad, emitidos por personas con especiales conocimientos en la materia, sean o no titulados oficiales. Como tales pruebas quedan sujetas a la valoración conjunta de todo el material probatorio conforme a lo previsto en el artículo 741 de la LECrim. Cuando, como es habitual, los peritos comparecen en el juicio oral, el Tribunal dispone de las ventajas de la inmediación para completar el contenido básico del dictamen con

las precisiones que hagan los peritos ante las preguntas y repreguntas que las partes les dirijan (artículo 724 de la LECrim). Y es doctrina reiterada que lo que depende de la inmediación no puede ser revisado en el recurso de casación.

El motivo, por lo razonado, se desestima.

DECIMO QUINTO: El motivo cuarto por infracción del art. 849.1 LECrim. motivada porque los hechos cometidos por el Sr. Adolfo son constitutivos de un delito de lesiones y no de una simple falta, porque la preterintencionalidad no cabe ser aplicada pues el Sr. Adolfo era muy consciente de que tirar a una persona contra un enrejillado de hierro, compuesta de aristas finas de acero, podría causar graves lesiones.

El motivo no respeta el factum probado de la sentencia que reduce las lesiones causadas en la pelea al recurrente Sr. Marcos en policontusiones consistentes en traumatismo craneoencefálico leve, hematomas en arco zigomático izquierdo, en región dorsal, hombro y mano derecha y rodilla izquierda con una curación estimada de unos quince días, con impedimento, necesidad de una primera asistencia y un día de hospitalización, resultado lesivo constitutivo de la falta del art. 617.1 CP, y que conlleva la desestimación del motivo, máxime cuando, tal y como hemos señalado en los Fundamentos Jurídicos sexto, séptimo y octavo, el resto de lesiones y secuelas no son imputables, ni siquiera a título de culpas a la acción del Sr. Adolfo.

DECIMO SEXTO: El motivo quinto por infracción del art. 849.1 LECrim. motivada por la condena del recurrente por una falta de lesiones y de amenazas, cuando de la prueba practicada es de ver que el Sr. Marcos no realizó acto alguno que supusiera una amenaza con la pistola e igualmente tampoco causó lesión alguna al Sr. Adolfo por todas las lesiones que éste presentaba fueron producto de los propios puñetazos dados al recurrente, así como de sujetarle contra el enrejillado.

El motivo deviene inadmisibile. Ya hemos reiterado que el art. 849.2 LECrim. permite atacar el hecho probado en la sentencia recurrida, pero el nº 1 del art. 849, parte precisamente del hecho probado. En otras palabras, en base al art. 849.1 LECrim. no puede pretenderse una modificación del hecho probado, sino que ha de aceptarse tal cual está en la sentencia de instancia. Aquí no se denuncian errores de hecho sino de derecho, esto es, una incorrecta aplicación del derecho al hecho probado de la sentencia. De ahí que esta Sala indique reiteradamente que tratándose de un motivo basado en el art. 849.1 LECrim, los hechos probados han de ser respetados en su integridad.

Y en el hecho probado se describe una reyerta entre el recurrente y el Sr. Adolfo con agresiones mutuas, cayendo al suelo enrejillado de la pasarela, resultando el Sr. Adolfo con lesiones descritas en el factum constitutivos de la falta del art. 617.1, igualmente como, tras levantarse ambos, el recurrente sacó la pistola reglamentaria y montándola apuntó al Sr. Adolfo, conducta esta constitutiva de la falta de amenazas del art. 620.1 CP, no se aprecia, por tanto, la infracción de Ley denunciada.

DECIMO SEPTIMO: Estimándose parcialmente el recurso interpuesto por Adolfo, se declaran de oficio las costas correspondientes al mismo y desestimando el recurso planteado por Marcos se le condena a las costas devengadas por su recurso, art. 901 LECrim.

FALLO:

No ha lugar al recurso de casación interpuesto por Marcos, por quebrantamiento de forma e infracción de Ley contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 17ª, de fecha 2.12.03, condenándole al pago de las costas del recurso.

Ha lugar al recurso de casación interpuesto por Adolfo, con estimación del motivo cuarto por infracción de Ley y desestimación de los restantes por infracción de Ley y precepto constitucional contra la indicada sentencia; casando y anulando parcialmente, con declaración de oficio de las costas del recurso.

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. Carlos Granados Pérez D. José Ramón Soriano Soriano D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Octubre de dos mil cinco.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción Nº 2 de Alcalá de Henares, con el número 1282/1996, y seguida ante la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 17ª, por delito lesiones, contra Adolfo, nacido en Córdoba el 31.1.1969, hijo de Angel y de Belén, con DNI. NUM002; y Marcos, nacido en Córdoba, el día 25.7.1969, hijo de Antonio y de Rafaela, con DNI. NUM003; la Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, hace constar lo siguiente:

Antecedentes Segunda Sentencia:

Se aceptan y se dan por reproducidos los de la sentencia de instancia.

Fundamentos Jurídicos Segunda Sentencia:

Primero.- Tal como se ha razonado en los Fundamentos Jurídicos 7º y 8º de la sentencia precedente, no existiendo relación de causalidad entre la acción de Adolfo y el resultado agravado de las lesiones preexistentes de la víctima y no habiendo sido imputado penalmente, ni siquiera a título de culpa a aquél acusado, no resulta procedente su condena al pago de las indemnizaciones correspondientes a dicha evolución desfavorable, quedando limitada la indemnización a 797 euros, correspondientes a los 15 días de sesiones a razón de 44,652581 euros más un día de hospitalización a razón de 54,955542 euros con el incremento del 10%.

Fallo Segunda Sentencia:

Que manteniendo el resto de los pronunciamientos, tanto penales como civiles de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 17ª, de fecha 2.12.03, debemos fijar la indemnización por la falta de lesiones por la que ha sido condenado Adolfo, con la responsabilidad subsidiaria del Estado, a favor de Marcos, en 797 euros.

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

6-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 9 DE OCTUBRE DE 2002

ANTECEDENTES DE HECHO:

1.- El Juzgado de Instrucción número 13 de Madrid incoó Diligencias Previas con el nº 3276/2001 contra Jose Daniel que, una vez conclusas, remitió a la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de ésta misma capital que, con fecha 14 de

diciembre de 2001, dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS: "Probado, y así se declara, que: Sobre las 21,15 horas del día 18 de abril de 2001 Jose Daniel, mayor de edad y ejecutoriamente condenado en Sentencia firme el 29 de agosto de 1996, por delito de robo con intimidación a la pena de 3 años de prisión menor, en la c) Aviador Lindberg de Madrid se dirigió a Clara , a la que le pidió le diera dinero. Esta accedió y cuando abrió el monedero para hacerle entrega de alguna cantidad de dinero en metálico, Jose Daniel, exhibiendo una navaja pidió la totalidad del dinero que llevaba, 5.000 ptas. Una vez tuvo éste en su poder, y al observar que Clara llevaba una tarjeta de crédito, le exigió que le acompañara hasta un cajero, con la finalidad de poder extraer fondos del mismo. Para ello pasó un brazo por el cuello de la joven, a la vez que con el otro apoyaba la navaja contra ella. En esta posición se dirigieron al primer cajero, que se encontraba aproximadamente a 50 metros del lugar de los hechos. En este no consiguieron obtener dinero, por lo que se encaminaron a otro ubicado en otra manzana. Tampoco en este consiguieron obtener fondos, y siempre manteniendo la inmovilidad de Clara y la exhibición del arma, se dirigieron a un tercer cajero ubicado en otra manzana distinta. Ya en éste consiguieron extraer hasta 4.000 ptas. Una vez que Jose Daniel las tuvo en su poder exigió a Clara le entregara el teléfono móvil que portaba, de la marca Nokia, tasado en 10.000 ptas., y con estos efectos abandonó el lugar. El recorrido por los distintos cajeros que se han indicado se prolongó durante un periodo de tiempo aproximado de 20 minutos, durante los cuales Clara no tuvo libertad de movimientos.

José Daniel cuenta con un prolongado historial de adicción a drogas tóxicas de más de 10 años. A consecuencia de esa toxicomanía en el momento de cometer los hechos que se han descrito tenía levemente alteradas sus facultades volitivas.

De otro lado el acusado José Daniel no ha seguido un proceso de socialización normalizado, habiendo vivido en un entorno familiar totalmente desestructurado, lo que le ha extorsionado su percepción de cara a la distinción de lo justo y lo injusto." 2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "FALLAMOS: Que

debemos condenar y condenamos a José Daniel como autor responsable de un delito de robo con intimidación y utilización de medio peligroso, concurriendo la atenuante de drogadicción y otra analógica de alteración de la percepción, a la pena de 3 años y 5 meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo que dure la condena. Igualmente absolvemos a Jose Daniel del delito de detención del que venía acusado. Se condena al mismo a la mitad de las costas procesales, declarándose de oficio la otra mitad. En concepto de responsabilidad civil, deberá indemnizar a Clara en 19.000 ptas. Al condenado le será de aplicación el tiempo que ha estado privado de libertad por esta causa.

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma pueden interponer Recurso de Casación, ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, por infracción de ley o quebrantamiento de forma, en el plazo de CINCO DIAS a contar desde la última notificación." 3.- Notificada la anterior sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley por el MINISTERIO FISCAL, que se tuvo por 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.

4.- El recurso interpuesto por el MINISTERIO FISCAL, se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION: Único.- Infracción de ley, con base en el nº 1 del art. 849 LECr, denuncia inaplicación del art. 163 párrafo 1º del CP.

5.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, la Sala lo admitió a trámite y quedaron conclusos los autos para señalamiento sin celebración de vista pública cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el correspondiente señalamiento se celebró la deliberación y votación el día 8 de octubre del año 2002.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

ÚNICO.- 1. La sentencia recurrida condenó a José Daniel como autor de un delito de robo con intimidación y uso de armas del art. 242.2 CP imponiéndole la pena de 3 años y 5 meses de prisión por concurrir dos atenuantes, la de drogadicción y otra analógica de alteración de la percepción. Se bajó un grado, y no dos (art. 66.4ª), la prevista en el art. 242.2 (de 3 años y 6 meses a 5 años) y se le impuso casi el máximo permitido en consideración a la gravedad del delito cometido por el sufrimiento causado a la víctima, a la cual, mediante la amenaza de una navaja que le puso en el cuello la obligó a caminar de un cajero a otro, de modo que estuvo privada de su libertad ambulatoria durante unos 30 minutos.

Se absolvió a José Daniel del delito de detención ilegal por el que había acusado el Ministerio Fiscal y este recurre en casación contra esta absolución por un solo motivo al amparo del art. 849.1º LECr en el que se alega infracción de ley por no haberse aplicado al caso el art. 169.1 CP.

Estimamos que debe rechazarse.

2. Existe una doctrina muy abundante en esta sala en relación a estos casos en que, junto al robo con intimidación o violencia en las personas (art. 242 CP), aparece una privación de libertad de la víctima que podría encajar en el delito del art. 163.

Podemos distinguir varios supuestos distintos para examinar cómo han de resolverse los problemas que se suscitan acerca de si hay un concurso de normas a resolver conforme al art. 8 CP o un concurso de delitos, real (art. 73) o ideal (art. 77) según los casos.

La regla fundamental para conocer si estamos ante un concurso de delitos o de normas ha de ser necesariamente una valoración jurídica por la cual, si la sanción por uno de los dos delitos fuera suficiente para abarcar la total significación antijurídica del comportamiento punible, nos hallaríamos ante un concurso de normas; y en el caso contrario, ante un concurso de delitos.

Veamos tres supuestos diferentes: 1º. El que podemos considerar ordinario, que parte de la concepción de que en todo delito de robo con violencia o intimidación en las personas hay siempre una privación de la libertad ambulatoria, consecuencia necesaria del acto de amenaza o de fuerza física que paraliza los movimientos de la víctima. Habría aquí ese concurso de normas, con particular aplicación de la regla de la absorción del nº 3º del art. 8 CP, porque el precepto más amplio o complejo -el mencionado robo- consume en su seno aquel otro más simple -la detención ilegal-.

En este supuesto encajan no sólo los casos de comisión más o menos instantánea o breve del robo, sino también aquellos otros en que, por la mecánica de la comisión delictiva elegida por el autor, hay alguna prolongación temporal, de modo que también el traslado forzado de un lugar a otro de la víctima o de un rehén o su retención mientras se obtiene el objeto del delito se considera que forma parte de esa intimidación o violencia que se utiliza contra el sujeto pasivo. Si hay una coincidencia temporal entre el hecho de la obtención del elemento patrimonial y el de la privación de libertad ambulatoria, puede aplicarse esta regla de la absorción.

En este grupo habría que incluir, en principio, los casos tan frecuentes de obtención de dinero con tarjeta de crédito mediante el traslado forzado de la víctima a un cajero automático.

2º. Otro supuesto es aquél en que no se produce esa coincidencia temporal, pues, consumado el hecho de la apropiación material del bien mueble ajeno, se deja a la víctima o a algún rehén atado, esposado, encerrado, en definitiva impedido para moverse de un sitio a otro. Si ello se hace en condiciones tales que el autor del hecho puede pensar que esa privación de libertad posterior al hecho de la consumación del robo lo ha de ser, no por unos breves momentos, ordinariamente el necesario para poder escapar, sino que cabe prever que tardará algún tiempo en verse libre, nos hallaríamos ante un concurso real de delitos, el primero de robo, y el posterior de detención ilegal a castigar conforme al art. 73 CP. Véase en este sentido la sentencia de esta sala de 12.6.2001 que excluyó dos delitos de detención ilegal porque la liberación de los dos encerrados en el búnker del supermercado se produjo transcurridos unos cuarenta y cinco minutos. Los empleados del establecimiento tardaron ese tiempo en encontrar el mando a distancia con el que abrir la puerta, circunstancia no imputable a los acusados al no ser previsible para ellos.

3º. Por último, y esto es lo que aquí nos interesa, puede ocurrir que sí exista esa coincidencia temporal entre los dos delitos pues la detención se produce durante le episodio central del robo, es decir, mientras se están realizando las actividades necesarias para el apoderamiento de la cosa; pero ello durante un prolongado periodo de tiempo durante el cual simultáneamente se está produciendo el despojo patrimonial y el atentado a la libertad personal.

Desde el punto de vista del criterio de la valoración jurídica antes referido, hay que decir en estos casos que la significación ilícita de la detención tiene tal relevancia que no cabe afirmar su absorción en el robo como elemento integrante de la violencia o intimidación propia de este último delito. Nos encontraríamos entonces ante un concurso ideal de delitos del art. 77 CP. Así se viene pronunciando esta sala en casos de duración claramente excesiva, aunque hay que comprender la dificultad que existe para distinguir este supuesto del examinado en primer lugar. Véanse las sentencias de este tribunal de 8.10.98, 3.3.99, 11.9.2000 y 25.1.2002.

Las tres últimas contemplan casos de tres horas en la privación de libertad transcurridas mientras los autores del robo tenían retenida a la víctima a la que pretendían despojar de su dinero usando su tarjeta en uno o varios cajeros automáticos. Tan larga privación de libertad no puede considerarse consumida en la violencia o intimidación personal que acompaña a estos delitos de robo. Es necesario aplicar las sanciones de los dos delitos para abarcar la total ilicitud punible de estos comportamientos.

3. En el caso presente no nos hallamos ante tal exceso en la duración de la privación de libertad. Hubo unos treinta minutos desde que comenzó la acción criminal hasta que quedó en libertad la víctima. Tras un apoderamiento inicial de 5.000 pts. con la amenaza de una navaja, al ver que tenía en la cartera una tarjeta de crédito, Jose Daniel exigió a ésta que le acompañara hasta un cajero, llevándola con un brazo por el cuello a la vez que con el otro apoyaba la navaja contra su cuerpo. Así fueron a un primer cajero, luego a otro situado en manzana distinta y finalmente a otro tercero, también en otra manzana más alejada, donde logró sacar dinero, aunque sólo 4.000 pts. Después le arrebató un teléfono móvil valorado en 10.000 pts. y la dejó marchar.

Un caso similar a éste aparece en la sentencia de esta sala de 17.12.97 en el que también se produce un traslado sucesivo de la víctima a dos cajeros, en este caso con doble resultado positivo para el delincuente que pudo sacar 50.000 pts. de cada uno. La Audiencia Provincial había absuelto por detención ilegal, el Ministerio Fiscal recurrió solicitando la condena por este último delito y la casación fue desestimada.

FALLO:

NO HA LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN por infracción de ley formulado por el MINISTERIO FISCAL contra la sentencia que condenó a Jose Daniel

por un delito de robo con intimidación y uso de armas, dictada por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Madrid con fecha catorce de diciembre de dos mil uno, declarando de oficio las costas de esta alzada.

Dada la situación de privación de libertad del condenado, comuníquese por fax a la mencionada Audiencia Provincial el contenido del presente fallo. En su día se devolverá causa con certificación sentencia.

7-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 19 DE ABRIL DE 2002

ANTECEDENTES DE HECHO:

1.- El Juzgado Instrucción nº 3 de Murcia incoó el Procedimiento Abreviado 214/99, contra Alexander y, una vez concluso, lo elevó a la Audiencia Provincial de Murcia -Sección 2ª- que, con fecha nueve de octubre de dos mil, dictó la sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS: "Los acusados Carlos Miguel , nacido el 12 de abril de 1976 y sin antecedentes penales y Alexander , nacido el 28 de junio de 1980 y también sin antecedentes, actuando en compañía y de común acuerdo, cometieron los siguientes hechos: 1º) Sobre las 12,45 horas del 24 de julio de 1998, cuando circulaban en el vehículo Ford Escort, color rojo, matrícula E-....-JM , que había sido sustraído en la madrugada de ese mismo día en Guardamar, al llegar al cruce de Zeneta se apoderaron, tirando sorpresivamente y con fuerza, de la cartera que portaba Sebastián , vendedor de la ONCE que llevaba en ella 148.000 pesetas en metálico y 34.000 pesetas en cupones.

2º) El 30 de julio de 1998, los inculpados llegaron a bordo del vehículo Opel-Kadet, color blanco, matrícula WO-....-ON, llegaron la estación de servicio

DIRECCION000, emplazada en la carretera de DIRECCION003, dirigiéndose a Joaquín, empleado de la gasolinera a quien esgrimiendo un machete y un cuchillo que portaban, le obligaron a entregarles una cartera con 40.532 pesetas que llevaba en su interior.

3º) Sobre las 17 horas del 4 de agosto de 1998, los acusados llegaron a la gasolinera de DIRECCION001, ubicada en DIRECCION002, a bordo esta vez de un Ford Fiesta blanco BO-....-H y exhibiendo un cuchillo de monte a Juan Enrique, empleado del surtidor, le arrebataron una cartera que contenía 25.546 pesetas, dejado insatisfechas 2.000 pesetas de carburante repostado.

4º) Treinta minutos más tarde, esto es, sobre las 17,30 horas del propio 4 de agosto de 1998, los acusados arribaron de nuevo a la gasolinera de DIRECCION000, situada en la carretera de DIRECCION003 en el mismo vehículo, y tras conminar con sendos cuchillos a Luis Carlos, empleado de la gasolinera, le sustrajeron una cartera con 56.040 pesetas y 8 pares de gafas valoradas en 15.960 pesetas.

5º) Sobre las 6,40 horas del día 12 de agosto de 1998, utilizando el vehículo Ford Orión, color HO-....-H, propiedad de Víctor, a quien le fue sustraído esa madrugada en Monteagudo, los encausados retornaron a la gasolinera de DIRECCION000, de la carretera de DIRECCION003 y portando cada uno una navaja encararon al empleado Joaquín, a quien uno de ellos llegó a decirle: "Ya sabes a lo que vengo", apoderándose de este modo de una cartera con 31.600 pesetas y de 15 cartones de tabaco valorados en 45.500 pesetas.

6º) Sobre las 3,20 horas del 16 de agosto de 1998, los inculpados se dirigieron en el vehículo Opel- Kadet ID-....-F a la gasolinera " DIRECCION004 ", situada en la localidad de DIRECCION005. Y mientras uno de ellos mostraba una navaja al propietario, Juan Pedro, el otro tomaba de un cajón 25.000 pesetas.

7º) En torno a las 15,20 horas del día 19 de agosto de 1998, los acusados repitieron su visita a la gasolinera "DIRECCION001" de DIRECCION002, esta vez manejando el vehículo Ford-Escort, color rojo, matricula F-....-FT , del que descendieron esgrimiendo Alexander un destornillador y Carlos Miguel un machete, con los que conminaron al empleado Juan Enrique , quien les entregó la cartera o bolsa de recaudación con 51.012 pesetas, registrando las dependencias y apoderándose de tabaco por valor de 77.450 pesetas. A continuación compelieron al empleado a entregarles su billetero, y al comprobar que guardaba en él dos tarjetas de crédito, siempre bajo la presión de los instrumentos que portaban, lo obligaron a entrar y ocultarse, agachado, en la parte posterior del coche y emprendieron la marcha hasta llegar a un lugar apartado donde, tras obtener de aquél la revelación de las claves numéricas de las tarjetas, lo introdujeron ahora en el maletero, donde permaneció mientras los acusados extraían de distintos cajeros una cantidad total de 170.000 pesetas, liberándolo entonces en un paraje solitario y abandonando el lugar hasta que, esa misma tarde fueron interceptados y detenidos por fuerzas de la Guardia Civil. Los representantes legales de la ONCE y de las gasolineras DIRECCION000 y DIRECCION001, han renunciado a ser indemnizados.

Al tiempo de ser detenido, el acusado Carlos Miguel presentaba nerviosismo, inquietud y sudoración, sintomatología constitutiva de un moderado cuadro de toxifrenia que limitaba discretamente su capacidad de autodeterminarse".

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "FALLAMOS.- Que DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a Carlos Miguel y a Alexander de un delito de un delito de ROBO CON VIOLENCIA PERSONAL, 6 delito de robo con intimidación y un delito de DETENCION, concurriendo en el primero la atenuante de drogodependencia ilegal, a la pena única de DOCE AÑOS DE PRISION, INHABILITACION para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y pago ocho novenas partes de costas.

En concepto de indemnización abonarán solidariamente y entre sí 25.000 pesetas a Juan Pedro y 170.000 pesetas a Juan Enrique.

Se decreta la pérdida confiscatoria de las armas e instrumentos intervenidos, a los que se dará el destino legal.

ABSOLVEMOS a los acusados del delito de robo continuado de uso de que vienen acusados, declarando de oficio un noveno de las costas.

A efectos del cumplimiento de la pena personal que se impone, abonamos la totalidad del tiempo que se ha estado privado de libertad por esta casusa, si no le hubiese sido computado en otra".

3.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley por el recurrente Alexander, que se tuvo por 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.

4.- El recurso se basó en el siguiente MOTIVO DE CASACION: UNICO.- Al amparo del artículo 849 nº 1, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, conforme autoriza el artículo 847 de esa misma ley por haberse infringido en la sentencia recurrida un precepto penal de carácter sustantivo, dados los hechos declarados probados en dicha resolución, por aplicación indebida del artículo 163 del Código Penal, en relación con el 76 de este Código.

5.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, interesó la inadmisión del mismo. La Sala admitió el recurso quedando conclusos los autos para Votación y Fallo, cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento para el Fallo, se celebró la Votación prevista para el día 18 de abril de 2002.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- El motivo único de impugnación, se formula al amparo del n° 1° del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, alegándose infracción de ley, por aplicación indebida del artículo 163 del Código Penal, en relación con el artículo 76 del propio texto legal.

En relación a los delitos de robo con intimidación y detención ilegal - artículos 237 y 163 del Código Penal 1995, respectivamente- se aplica el concurso de normas o de leyes únicamente en aquellos supuestos de mínima duración temporal, en los que la detención, encierro o paralización del sujeto pasivo tiene lugar durante el episodio central del apoderamiento, es decir mientras tiene lugar la actividad de aprehensión de la cosa mueble que se va a sustraer, y queda limitada al tiempo estrictamente necesario para efectuar el despojo conforme al modus operandi utilizado, por entender que en estos supuestos, y únicamente en ellos, la detención ilegal queda absorbida por el robo, atendiendo a que todo robo con violencia o intimidación afecta, aun cuando sea de modo instantáneo, a la libertad deambulatoria de la víctima.

Es claro que si la privación de libertad ambulatoria no se limitó al tiempo e intensidad necesarios para cometer el delito de robo con intimidación, pues las víctimas no fueron meramente inmovilizadas de modo temporal mientras se cometía el robo sino

que fueron privadas de libertad de forma indefinida, lo que excede notoriamente de la pura afectación necesaria al delito contra la propiedad e incide de modo muy notorio en la afectación del bien jurídico libertad, tutelado en el delito de detención ilegal.

El delito de detención ilegal, se proyecta desde tres perspectivas. El sujeto activo que dolosamente limita la deambulación de otro, el sujeto pasivo que anímicamente se ve constreñido en contra de su voluntad, y por último el tiempo como factor determinante de esa privación de libertad, aunque sea evidente que la consumación se origina desde que la detención se produce. Es cierto que alguna duración temporal, incluso mínima, ha de darse en la vulneración del derecho a la libre deambulación de la persona proclamado por el artículo 19 de la Constitución Española. Precisamente el factor tiempo es uno de los requisitos diferenciadores respecto del delito de coacciones del artículo 496 del Código, aunque esa distinción venga propiciada esencialmente en razón a la especialidad. El delito de coacciones es el género en tanto que la detención ilegal del artículo 163.1 es la especie, de suerte tal que la detención desplazará a las coacciones siempre que la forma comisiva afecte, a través de los verbos encerrar y detener, al derecho fundamental del artículo 19 de la Constitución, naturalmente que con apoyo en aquel mínimo soporte temporal - Sentencias de 1 de marzo de 1994 y 15 diciembre 1998-.

El elemento subjetivo de este delito no requiere que el autor haya obrado con una especial tendencia de desprecio hacia la víctima diversa de la que ya expresa el dolo, en tanto conocimiento de la privación de la libertad ambulatoria de otra persona. Consecuentemente, comprobada la existencia de dolo, ningún propósito específico se requiere para completar el tipo subjetivo y, por lo tanto, la privación de libertad reúne todos los elementos del tipo - Tribunal Supremo Sentencia 16 Diciembre 1.997- Es preciso reconocer que ambos elementos, el de orden cronológico, privación de libertad que excede del que puede considerarse como normal y un mayor reproche de la conducta de los implicados derivado de la forma y lugar en que la referida privación de la capacidad deambulatoria tenga lugar, concurren en el caso que nos ocupa. El

empleado de la gasolinera fue retenido durante un tiempo -que la sentencia no precisa con exactitud, pero que necesariamente hay que calificar de amplio -fue llevado a un descampado, introducido después en el maletero, conducido a varios cajeros automáticos, y posteriormente dejado en libertad en otro descampado-. De otro lado las consideraciones de su cautiverio fueron especialmente penosas, al ser colocado en un angosto maletero, donde hubo de tener problemas para respirar con normalidad.

Es evidente, que todo ello debe conducir a considerar dichos hechos como constitutivos de un delito de detención ilegal.

SEGUNDO.- El motivo, pues, y por ende, el recurso ha de rechazarse.

FALLO:

Que debemos DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR al recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por Alexander, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Murcia -Sección 2ª-, de fecha nueve de octubre de dos mil, en causa seguida contra el mencionado por delito de robo con violencia, seis delitos de robo con intimidación y un delito de detención, con expresa condena, al recurrente, de las costas ocasionadas.

Notifíquese esta resolución al recurrente, Ministerio Fiscal y a la mencionada Audiencia Provincial, a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que remitió en su día e interesando acuse de recibo.

8-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 27 DE ENERO DE 2000

ANTECEDENTES DE HECHO:

1.- El Juzgado de Instrucción número. 1 de Palma de Mallorca incoó procedimiento abreviado con el número 2484/97, contra B.T.M., y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de la misma Capital (Sección Primera) que, con fecha diez de febrero de mil novecientos noventa y ocho, dictó Sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

Que sobre las 20 horas del día 3 de agosto de 1997 B.T.M., mayor de edad, sin antecedentes penales, privado de libertad por la presente causa desde el día 13 al 14 de agosto del mencionado año, estando en situación de separación convivencial respecto de J.T.C. se acercó a ésta y al hijo menor de ambos mientras se encontraban el Parc AAAAAAAA de esta ciudad, increpándola para que se marchase de allí ya que él se quedaba con el niño, mientras que al estar a punto de abandonar el recinto del parque le indicó que no había sacado la navaja para matarla allí mismo por educación, y que si la mataba no pagaría por ello con la cárcel sino que ingresaría en un Hospital Psiquiátrico.

El día 8 de agosto de 1997 B.T.M. localizó sobre las 19 horas a J.T.C. en la calle BBBBBBBB, donde tenía su domicilio, mientras paseaba con el hijo menor de ambos tras haber permanecido encerrada varios días en la casa, volviendo a abordarla, sin que conste concretamente lo que le dijo.

Se declara expresamente no probado que durante la tarde del día 4 de agosto de 1997 B.T.M. penetrara en el domicilio de J.T.C. en la calle BBBBBBBB y arrancara el teléfono para que no pudiese avisar a la Policía.

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

FALLAMOS:

Debemos condenar y condenamos a B.T.M. en concepto de autor de un delito de amenazas, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de UN AÑO DE PRISIÓN, accesoria de privación del derecho de sufragio pasivo por todo el tiempo de la condena, TRES AÑOS DE PROHIBICIÓN de acercamiento a un radio de 500 metros a contar desde la localización del domicilio o lugar de trabajo de J.T.C., y que abone el 50% de las costas procesales causadas. Le

abonamos para el cumplimiento de la condena todo el tiempo en que hubiera sufrido privación de libertad por razón de esta causa.

Debemos absolver y absolvemos a B.T.M. del delito de coacciones y falta de vejación injusta de que se le acusaba, declarando de oficio el restante porcentaje de costas procesales.

3.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de Ley, por el acusado B.T.M., que se tuvo por 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, alegando el motivo siguiente:

ÚNICO MOTIVO.- Se funda al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación al 169.2º, ya que se entiende infringidos, los artículos 20.3 del mismo texto legal, por inaplicación, o aplicación indebida, en relación con los artículos 65 y 66 del citado texto, y por vulneración del artículo 24.1º de la Constitución Española, según el 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

4.- El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso interpuesto impugnándolo; la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

5.- Realizado el señalamiento para Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día diecisiete de enero de dos mil.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca que le condena por un delito de amenazas no condicionadas formula el acusado un único motivo de casación al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denunciando la infracción del artículo 169.2º del Código Penal, y del artículo 20.3º por aplicación e inaplicación indebida respectivamente, en relación con los artículos 65 y 66 del citado texto legal, y por vulneración del artículo 24.1º de la Constitución Española, con invocación del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Esta pluralidad de preceptos invocados se fundamenta en una desordenada amalgama de escuetas alegaciones, que no pueden estimarse:

No concreta en qué haya consistido la supuesta falta de tutela judicial efectiva que con la invocación del artículo 24.1º de la Constitución Española se aduce. Como pone de relieve el Ministerio Fiscal el análisis pormenorizado de las actuaciones demuestra la inexistencia de tal vicio. En cuanto a la vulneración que expresamente se hace del principio in dubio pro reo ni constituye un precepto constitucional, ni su infracción tiene acceso a la casación salvo cuando se vulnera en su aspecto normativo, es decir cuando el Tribunal expresa su duda y la resuelve en contra del acusado, lo que no sucede en este caso: la Sala, de forma razonada, y con observancia de los criterios de ponderación del testimonio de la víctima que atañen a su credibilidad subjetiva, verosimilitud objetiva y persistencia en la declaración, valora en conciencia las respectivas declaraciones de la víctima y del acusado, llegando a la convicción, sin asomo de duda alguna, de que lo sucedido fue lo que como probado declara en el relato histórico.

La concurrencia del dolo, que el recurrente dice no estar probado, no es susceptible de demostración por prueba directa en cuanto es expresión de conciencia y voluntad no perceptibles sensorialmente, debiendo deducirse mediante juicio de inferencia de los datos objetivos y materiales. En este caso el dolo del tipo de amenaza no condicional resulta del propio tenor de las frases utilizadas, y de la forma y momento en que son proferidos en el ámbito de las relaciones entre autor y víctima, que los hechos probados reflejan.

La eximente incompleta del artículo 20.3 carece de apoyo fáctico alguno. Nada hay en el relato histórico, ni en la fundamentación jurídica que se refiera directa o indirectamente a que el acusado sufriera desde su nacimiento o desde la infancia alteraciones en la percepción; algo que no fue invocado nunca por la defensa, y que pretende ahora introducir como cuestión nueva en casación.

FALLO:

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación por infracción de Ley, interpuesto por el acusado B.T.M., contra Sentencia

dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, con fecha diez de febrero de mil novecientos noventa y ocho, en la que se le condenó por delito de amenazas, condenándole al pago de las costas ocasionadas en el presente recurso.

Comuníquese la presente resolución a la mencionada Audiencia a los efectos procesales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

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

9-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 12 DE JUNIO DE 2000

ANTECEDENTES DE HECHO:

Primero.- El Juzgado de Instrucción número 5 de Valencia, incoó procedimiento abreviado con el número 230 de 1996, contra J.M.M.Q., y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Valencia, cuya Sección Tercera, con fecha trece de marzo de mil novecientos noventa y ocho, dictó sentencia que contiene los siguientes:

HECHOS PROBADOS: En la madrugada del día 14 de junio de 1.996, como quiera que A.S.V., había dejado el domicilio conyugal sito en la calle AAAAAAAA número 3 y se había trasladado al de su madre sito en la Gran VíaBBBBBBBB número. 15, donde se encontraba más segura tanto por el apoyo familiar como por alojarse en el bajo del mismo una Comisaría de Policía, recibió las llamadas insistentes por el telefonillo exterior de su esposo, el acusado J.M.M.Q., mayor de edad y sin antecedentes penales, quien desde el mismo le insultaba y acusaba de secuestrar a su hijo, armando tal escándalo que hubo de intervenir la policía, quien calmó al acusado y lo remitió al Juzgado de Guardia donde puso la oportuna denuncia.

El pasado 3 de julio de 1996, en el Juzgado de Instrucción número uno de los de Valencia, se celebró el que fuera el primer juicio de faltas de una serie de cuanto menos siete, que después acontecerían, en el cual se había denuncia por Desamparados unos insultos proferidos por el acusado contra su persona en el interior de la vivienda y que ocurrieron el día 9 de junio de 1.996. En el referido juicio intervinieron como testigos de cargo su hermano J.V., su hija S. y una conocida llamada G., no constando acreditado que antes de que se celebrara el acusado dirigiera a su cuñado amenazas dirigidas a evitar su testimonio, pero si el que tras aquel juicio y cuando esas personas abandonaran el lugar cogiendo un taxi que les llevara el domicilio de la madre de su esposa sito en la gran víaBBBBBBBB de esta ciudad, el acusado, les siguiera a bordo de otro taxi dirigiendo insultos contra aquéllos, hasta que finalmente pudieron meterse en el patio de la finca, tras lo cual abandono su actitud el acusado.

Sobre las 20,30 horas de ese mismo día, J.V. había aprovechado la compañía de un conocido suyo llamado E.G. para acercarse a su domicilio sito en la calle AAAAAAAA número. 3 y retirar del mismo tanto su vehículo que allí se encontraba aparcado como la correspondencia que allí hubiera, pues constituía dicho inmueble también el domicilio de su cuñado a quien temía encontrar a solas. Así las cosas y cuando ya se encontraba a bordo de su vehículo siendo seguido muy de cerca por el de su amigo y de cuya presencia no se percató el acusado, cuando se encontraban ambos vehículos por las circunstancias del tráfico prácticamente detenidos en la calzada, apareció el acusado quien dirigiéndose a J.V. le recriminó su actuación como testigo aquella mañana en el juicio de su mujer, diciéndole sal del coche si te atreves, abogadito de mierda, esto te va a costar la vida, insultos y amenazas que referidos a su actuación aquella mañana como testigo fueron oídos por el testigo Sr. D.G., al tiempo de presenciado los golpes que daba al vehículo y los intentos de vencer la resistencia que en orden a la apertura de las puertas ofrecía J.V.

Sobre las 12 horas del pasado 22 de julio de 1.996, cuando M.D.S.V.se encontraba con su hija S., en el establecimiento mercantil DDDDDDDD, siendo atendidas por una dependienta, se personó su marido el acusado, quien al verla e intentando agredirla cosa que no logró al haberse interpuesto la dependienta entre

ambos, comenzó a insultarle diciéndole hija de puta, hija de la gran puta, voy a acabar contigo y con toda tu familia dirigiéndole otras frases en las que le amenazaba como quitarle para siempre a su hijo, aun cuando se lo tuviera que arrebatar por la calle.

Tales fueron los gritos proferidos por el acusado que hubo de intervenir los guardias jurados del referido establecimiento quienes acompañaron a M.D.S.V. a otra salido mientras que otra retenía al acusado hasta que aquellas lo abandonaron.

Segundo.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

FALLAMOS: CONDENAMOS a J.M.M.Q. como criminalmente responsable en concepto de autor de un delito continuado de amenazas y con absolucón de uno de los delitos contra la administración de Justicia objeto de acusación se le condena por el segundo de los delitos contra la administración de justicia también objeto de acusación y que sido precedentemente definidos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de un año, tres meses y un día de prisión por el primer delito y a la pena de un año de prisión y multa de seis meses con cuota diaria de doscientas pesetas y arresto sustitutorio de un día en caso de impago de dos cuotas, por el segundo, asimismo se le condena a la pena accesoria de inhabilitación del derecho al sufragio pasivo durante el tiempo que dure la condena, al pago de dos terceras partes de las costas procesales y a que, en concepto de responsabilidad civil, abone a M.D.S.V. la suma de trescientas mil pesetas (300.000 ptas.) y a su hermano J.V. en la suma de ciento cincuenta mil (150.000) pesetas.

Cantidades que devengarán el interés anual del dinero incrementado en dos puntos hasta la fecha de su completo pago.

Se acuerda imponer al acusado la prohibición de residir en la ciudad de Valencia por tiempo de dos años.

Para el cumplimiento de la pena privativa de libertad y responsabilidad personal subsidiaria que se impone abonamos al acusado todo el tiempo que ha estado privado de libertad por esta causa.

Declaramos la insolvencia del acusado, aprobando el auto que a tal fin dictó el instructor.

Se declaran de oficio un tercio de las costas procesales.

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de Ley, por el acusado JJ.M.M.Q., que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.- La representación del procesado, basa su recurso en los siguientes MOTIVOS DE CASACION.

PRIMERO.- Al amparo del art. 849.1º de la LECrim. se alega aplicación indebida de lo dispuesto en el art. 169 del CP.

SEGUNDO.- Por infracción de Ley, se alega aplicación indebida de lo dispuesto en el art. 74 del CP.

TERCERO.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1º de la LECrim., se alega aplicación indebida del art. 74 del CP.

Quinto.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, solicitó la inadmisión de los motivos 1º y 3º del recurso y subsidiariamente impugna los mismos, apoyando el segundo; la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de Vista cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento se celebró la Vista prevenida el día veinticinco de enero del dos mil. Con asistencia del Letrado recurrente D J.P.N., en defensa de J.M.M.Q., quien informa. El letrado recurrido D. J.A.P.P., en defensa de M.D.S.V., quien impugna el recurso e interesa la inadmisión o desestimación. El Ministerio Fiscal se opone a la admisión de los motivos primero y tercero y subsidiariamente impugna los mismos, apoyando el segundo, por las razones que expresa en su escrito de 22.12 pasado.

Séptimo.- Se retrasó la redacción de la sentencia por la acumulación coyuntural de trabajo del Ponente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO: El primer motivo del recurso de casación de J.M.M.Q. se formuló al amparo del art. 849.1º de la LECrim., y en él se denuncia la indebida aplicación del art. 169 del CP. de 1995, y la inaplicación del art. 620 del mismo Cuerpo Legal.

Considera el recurrente que el único hecho que refleja la narración histórica de la sentencia, que encaja en el tipo penal de amenazas, que es el ocurrido a las 12 horas del 22 de julio de 1999 en el DDDDDDDD de Valencia, debe reputarse como una falta del art. 620 del CP., puesto que aunque las expresiones proferidas por J.M.M.Q. en aquella ocasión objetivamente revestían gravedad, tendrían que estimarse integrantes de mera falta, atendiendo a que fueron emitidas con la vehemencia consiguiente al deterioro de las relaciones conyugales entre el acusado y su mujer, destinataria de las expresiones amenazadoras, según se refleja en el relato fáctico. El cambio de tipificación del hecho sucedido el 22 de julio de 1995, y su degradación a mera falta, obligaría a juicio del recurrente, a dejar sin efecto la medida accesoria limitativa de la libertad deambulatoria de J.M.M.Q., impuesta a dicho acusado en la sentencia recurrida.

El Ministerio Fiscal, impugnó el motivo por entender que el comportamiento violento y agresivo mantenido por el acusado tanto el día 22 de julio de 1996, como los días 14 de junio y 5 de julio anteriores, según se describe en el factum de la sentencia, suministraba base para estimar serias y creíbles las expresiones vertidas por el acusado contra su esposa y la familia de ella dicho día 22, integrando los males conminados con ellas delito contra la vida incluidos entre los previstos en el art. 169 del CP.

La jurisprudencia de esta Sala (SS. de 2.2.81, 13.12.82, 2.2 y 30.4.85, 11.6 y 18.11.89, 2.12.92), ha caracterizado el delito de amenazas con apoyo en las normas del CP. de 1973, similares a las del CP. de 1995, por los siguientes elementos:

El bien jurídico protegido es la libertad y el derecho que todos tienen al sosiego y a la tranquilidad, y a no estar sometidos a temores, en el desarrollo normal y ordinario de su vida.

El delito de amenazas es un delito de simple actividad, de expresión o de peligro.

El contenido o núcleo esencial del tipo es el anuncio de un mal que constituye alguno de los delitos previstos en el art. 493, contra la persona, honra o propiedad. En el

NCP. se amplía el catálogo de delitos, con cuya ejecución puede amenazarse a terceros. El anuncio del mal tendrá que ser serio, real y perseverante.

El mal que se anuncia habrá de ser futuro, injusto, determinado, posible, dependiente de la voluntad del sujeto activo y originador de una natural intimidación.

Se trata de un delito enteramente circunstancial, en relación al cual deben valorarse la ocasión en que se profieren las palabras amenazadoras, las personas intervinientes, los actos anteriores, simultáneos y posteriores.

Debe concurrir finalmente en el delito un dolo consistente en el propósito de ejercer presión sobre la víctima, atemorizándola y privándola de su tranquilidad y sosiego.

La diferencia entre el delito y la falta se ha de discernir atendiendo a la mayor o menor gravedad del mal pronosticado y a la mayor o menor seriedad y credibilidad del anuncio del mismo, habiendo de valorarse la amenaza en función de la ocasión en que se profiere, personas intervinientes y actos anteriores, simultáneos y posteriores relacionados con las expresiones amenazantes, (SS. de 11.1 y 23.4.77, 4.12.81, 20.1.81, 23.4.90, 14.1.91 y 22.7.94, y 832/98 de 7.6).

La utilización de expresiones hiperbólicas y exageradas en el anuncio de males futuros no hace desaparecer el delito de amenazas, si es creíble, si no un mal tan grave como el que se expresa, otro inferior constitutivo de alguno de los delitos relacionados en la lista del art. 169 del CP. de 1995.

Con arreglo a la doctrina expuesta, y de conformidad con lo dictaminado por el Ministerio Fiscal, el motivo debe ser desestimado, puesto que los hechos cometidos por J.M.M.Q. el 22 de julio de 1996, descritos en el último párrafo de la narración histórica, son subsumibles en el tipo del delito de amenazas no condicionales definido en el nº 2º del art. 169 del CP. de 1995, puesto que hubo una exteriorización verbal por el acusado de forma furiosos y desaforada, de su propósito de acabar con la vida de su esposa y de la familia de ella, y aunque tales expresiones pudieran estimarse hiperbólicas y exageradas, sí era creíble, atendidas las circunstancias antecedentes y concurrentes que se reflejan en el factum, una intención del acusado de agredir físicamente a su mujer M.D.S.V., y de lesionarla, por lo que hay que entender que si no era creíble el propósito

de matar a su mujer exteriorizado en las palabras empleadas por el acusado, si era creíble que J.M.M.Q. tenía intención de cometer contra ella, un delito de lesiones, comprendido en la relación que contiene el art. 169 en su apartado primero.

Al estimarse correctamente aplicado el art. 169 del CP. a los hechos imputados a J.M.M.Q., no cabe revisar ni revocar la pena accesoria de restricción de los desplazamientos del acusado a Valencia, que le impuso el Tribunal sentenciador, con apoyo en el art. 57 del CP. de 1995, dado que entraba dentro de las facultades discrecionales del Tribunal enjuiciador la imposición o no de la pena, prohibitiva de residencia, al acusado, por ser responsable de un delito contra la libertad.

SEGUNDO: El segundo motivo del recurso de casación de J.M.M.Q. se formuló al amparo del art. 849.1º de la LECrim. y por violación y aplicación indebida del art. 74 del CP., en cuanto en la sentencia recurrida se condenó al recurrente como autor de un delito continuado de amenazas, pese a que en los hechos probados de la misma solo se contenía un acontecimiento que pudiera merecer dicha calificación delictiva.

De los hechos que recoge la sentencia, sólo uno, a juicio del recurrente, contiene la descripción de un delito de amenazas, refiriéndose, si se pone en relación este motivo con el primero, al acontecimiento sucedido el 22 de julio de 1996, mencionado en el último párrafo de la narración histórica. Los demás hechos reflejados en el factum no son subsumibles en el tipo de amenazas, ya que los de 14 de junio y los de 3 de julio sucedidos cuando el acusado circulaba en un taxi, y su esposa y sus familiares en otro, integraban injurias o calumnias -no amenazas- y los ocurridos el 3 de julio a las 20,30 horas, referentes al enfrentamiento de J.M.M.Q. con su cuñado J.V., cuando este circulaba en su vehículo, suponen un delito de obstrucción a la administración de justicia, de los definidos en el apartado 2 del art. 464 del CP., según los tipificó la propia sentencia recurrida.

No debió por tanto, según el motivo haber sido apreciada continuidad en el delito de amenazas, puesto que para ello hubiera sido necesario la apreciación de una pluralidad de acciones delictivas de tal naturaleza.

Estima el recurrente, que como consecuencia de acogerse el motivo casacional segundo, debería quedar sin efecto o al menos reducirse la medida prevista y aplicada según el art. 57 del CP.

El Fiscal apoyó el motivo, por entender que la aplicación del art. 74 del CP. exigía la concurrencia de una pluralidad de acciones que infringieran el mismo precepto penal o preceptos de semejante naturaleza, lo que no sucedió en el supuesto de autos, en relación a hechos constitutivos de delito de amenazas, por solo describirse en el relato fáctico un hecho de tal naturaleza. La estimación del motivo, según el dictamen del fiscal, debería tener las consecuencias punitivas correspondientes, a la vista del contenido del Fundamento cuarto de la sentencia recurrida.

Y la Sala entiende que el motivo debe ser estimado, ya que en los hechos declarados probados solo consta una acción de J.M.M.Q. integrante del delito de amenazas del art. 169.2º del CP., por lo que no puede ser apreciado un delito continuado de amenazas que, según la definición del art. 74 del CP. de 1995 exigiría la concurrencia de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, sin que quepa estimar que integran continuidad las manifestaciones amenazadoras vertidas el 22 de julio contra A.S.V., con las expresiones injuriosas y calumniosas emitidas el mismo día y los días 14 de junio y 3 de julio contra la misma mujer, que se reflejan en el relato fáctico de la sentencia impugnada, puesto que entre uno y otro tipo de delitos no existe la semejanza de naturaleza, requerida por la continuidad, ya que las amenazas lesionan los bienes de la libertad y de la tranquilidad, mientras que la injuria y la calumnia suponen ofensas contra el honor y porque además los delitos de calumnia e injuria requieren para su persecución la interposición de querella, según lo prevenido en el art. 215.1º del CP.

La inapreciación de la continuidad en el delito de amenazas determinará la inaplicación de la regla agravadora de la penalidad establecida en el apartado 1 del art. 74 del CP. de 1995, y exigirá que se dicte nueva sentencia en que se fijara una nueva pena para el delito de amenazas no continuado, con respeto a los criterios de mínima penalidad aceptados en el Fundamento cuarto de la sentencia recurrida.

La inaplicación de la continuidad en el delito de amenazas no debe comportar la eliminación o reducción de la pena accesoria impuesta al acusado al amparo del art. 57 del CP., que interesa el recurrente. Dicha pena de prohibición de residencia en la ciudad de Valencia supone en realidad una medida de seguridad, cuya fijación se establece discrecionalmente por el Tribunal enjuiciador, para proteger a la víctima, y en atención a los hechos imputados al acusado, sin que influya en su alcance y extensión la tipificación penal determinada por el Juzgador, una vez que conste que se han cometido algunos de los delitos relacionados en el mencionado art. 57. La Sala de Casación no puede entrar a revisar las penas accesorias del art. 57, si consta acreditado que concurrió el requisito de haberse perpetrado alguno de los delitos de tal relación, como ocurrió en el caso de autos, en que se apreció la comisión de un delito contra la libertad.

TERCERO: El tercer motivo del recurso de casación de J.M.M.Q. se formuló al amparo del art. 849.1º de la LECrim., y en él se denunció la aplicación indebida del art. 74 del CP., respecto al delito de amenazas, en atención al apartado 3 de dicho precepto, que establece una excepción a las reglas sobre continuidad de los apartados anteriores en los casos de delitos que supongan ofensas a bienes eminentemente personales; entendiendo el recurrente que en tal caso se encontraban los delitos de amenazas, comprendidos precisamente en el Título VI del Libro II del Código Penal, que lleva como rúbrica De los delitos contra la libertad.

En el motivo, vuelve a reiterarse la petición, ya formulada en el anterior, de que se dejara sin efecto o se redujera la medida impuesta al amparo del art. 57 del CP.

El Fiscal estima que el motivo tercero carece de relevancia, al perseguir la inaplicación de la figura de delito continuado y del art. 74 del CP., cuando tales consecuencias jurídicas penales, debían operar en virtud de la estimación del motivo primero.

Y efectivamente por las razones expuestas por el Fiscal, el motivo debe ser estimado, en cuanto en él se reitera la indebida aplicación de la continuidad delictiva y del art. 74 del CP. a los hechos de autos, habiendo sido ya resuelta tal cuestión en sentido desestimatorio en el Fundamento segundo, al abordar el motivo del mismo orden; sin que la estimación del presente motivo suponga sin embargo la aceptación de

un criterio excluyente absoluto y radical respecto a la posibilidad de la continuidad delictiva en los delitos de amenazas, con apoyo en el apartado 3 del art. 74 del CP., puesto que tal cuestión habrá de resolverse caso por caso, y ponderando las circunstancias concurrentes, según la doctrina expuesta en la sentencia de esta Sala 1537/97, de 12.12, que en virtud del principio de proporcionalidad, consideró justa la aplicación de la continuidad delictiva a unos hechos delictivos tipificados como amenazas.

En canto a la petición de la eliminación o reducción de la pena accesoria del art. 57 del CP, formulada en el motivo tercero, procede el rechazo de tal solicitud por los argumentos expuestos en el Fundamento Segundo de la presente sentencia.

FALLO:

Que debemos estimar y estimamos el recurso de casación, interpuesto por J.M.M.Q., contra la sentencia dictada el 13 de marzo de 1998, por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Valencia, en el Procedimiento Abreviado 230/96, tramitado por el Juzgado de Instrucción número cinco de la misma ciudad. Y en consecuencia debemos casar y casamos la sentencia recurrida, con declaración de oficio de las costas del recurso.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta a la mencionada Audiencia 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

PUBLICACIÓN. - Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. J. Antonio Marañón Chávarri, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

VOTO PARTICULAR:

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a doce de Junio de dos mil.

En la causa que en su día fue tramitada por el Juzgado de Instrucción nº 5 de Valencia, y fallada posteriormente por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de la misma capital, y que fue seguida por delito de amenazas y contra la administración de Justicia, contra J.M.M.Q. con DNI. EEEEEEEE, hijo de J. y M.R., nacido en Madrid, el 4 de diciembre de 1949, sin antecedentes penales, insolvente, y en situación de libertad provisional por esta causa, de la que no consta que haya estado privado; la Sala Segunda del Tribunal supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo Ponencia del Excmo. Sr. D. J. Antonio Marañon Chavarri, hace constar los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

Se aceptan los de la sentencia impugnada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los de la sentencia recurrida, salvo en cuanto a las argumentaciones demostrativas de la continuidad del delito de amenazas expuesta en el Fundamento primero.

UNICO: los hechos descritos en la sentencia ocurridos el 22 de julio de 1996, son constitutivos de un delito de amenazas no condicionales, previsto en el art. 169.2º del CP., que se sancionará con la pena mínima de seis meses de prisión, conforme al criterio punitivo expuesto en el Fundamento Cuarto de la sentencia recurrida.

FALLO

Que debemos condenar y condenamos a J.M.M.Q., como responsable en concepto de autor de un delito de amenazas no condicionales, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de seis meses de prisión; y se mantienen los demás pronunciamientos de la sentencia recurrida sobre condena por el delito contra la administración de Justicia, penas accesorias, indemnizaciones y costas.

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

10-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 1 DE JUNIO DE 2001

ANTECEDENTES DE HECHO:

Primero.- El Juzgado de Instrucción nº 2 de Gijón, instruyó sumario 2840/97 contra J.C.M., por delito de amenazas y obstrucción a la justicia, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Oviedo, que con fecha 16 de Marzo mil novecientos noventa y nueve dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS.

PROBADOS: "Resulta probado y así se declara expresamente, que J.C.M., nacido el 22 de Diciembre de 1964, fue condenado por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Oviedo en sentencia de 11 de Febrero de 1994, como autor de un delito de violación en grado de tentativa, a pena de cuatro años de prisión menor, siendo prueba decisiva en el proceso el testimonio de la víctima M.G.R.; una vez cumplida dicha pena, sobre las 18,15 horas del día 28 de Noviembre de 1997 M.G.R. salió de su domicilio, sito en el piso 1º izquierda del número 18 de la Avenida XXX de Gijón, y al encender la luz de la escalera vio a J.C.M., que es vecino del mismo edificio, esperándola con un arma en la mano en el rellano, por lo que asustada volvió a entrar en su cas. Poco después, volvió M.G.R. a salir de su casa y bajó las escaleras, siendo entonces perseguida por J.C.M., el cual, al llegar al portal y para asustarla y obligarla a que escuchase que él había cumplido condena en prisión debido a la denuncia de ella, la apuntó con el arma, un revólver de metal, de color negro, y apretó el gatillo, sin que saliera disparo alguno por estar el revólver, que era de fogueo, descargado, a la vez que M.G.R. salía corriendo a la calle".

Segundo.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLAMOS: Que condenamos a J.C.M., como autor de un delito de amenazas y de un delito de obstrucción a la Justicia ya definidos con la circunstancia atenuante analógica de trastorno obsesivo, a las penas de seis meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo, por el delito de amenazas y de un año de prisión, con la misma accesoria, y multa de seis meses, con cuota diaria de 500 pesetas, en total 90.000 pesetas, y con arresto sustitutorio de tres meses en caso de impago, por el otro delito, a que indemnice a M.G.R. en 200.000 pesetas, y al pago de las costas.

Firme esta sentencia, destrúyase el arma de fogeo intervenida, de la que se acuerda el comiso".

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la representación de J.C.M., que se tuvo por 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.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación del recurrente, formalizó el recurso, alegando los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

PRIMERO.- Fundado en el art. 849.1 LECrim. por vulneración del principio de presunción de inocencia del art. 24 CE.

SEGUNDO Y TERCERO.- Al amparo del art. 849.1 LECrim. denuncia infracción por indebida aplicación de los arts. 169.2 y 464 CP.

CUARTO.- Fundado en el art. 849.2 LECRim. por error de hecho en la apreciación de la prueba.

Quinto.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, 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 celebró la votación prevenida el día 25 de Mayo de 2001.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- La sentencia impugnada condena al recurrente como autor de un delito de amenazas y otro de obstrucción a la justicia contra la que formaliza cuatro motivos de oposición. En los motivos segundo y tercero denuncia sendos errores de derecho por la indebida aplicación al hecho probado de los tipos penales que sanciona las amenazas y la obstrucción a la justicia por los que ha sido condenado. En el primero denuncia la vulneración de su derecho fundamental a la presunción de inocencia en tanto que en el cuarto denuncia el error de hecho en la valoración de la prueba, para lo que designa el acta del juicio oral y todos los folios de la causa con reproducción de la argumentación que emplea en el primer motivo. La coincidencia temática y argumentativa de estos dos motivos aconseja su análisis conjunto pues ambos parten de la misma denuncia, la inexistencia de una actividad probatoria sobre los hechos que se declaran probados.

La presunción de inocencia se integra en nuestro ordenamiento como un derecho fundamental de toda persona en cuya virtud ha de presumirse su inocencia cuando es acusada en un procedimiento penal. Este derecho supone, entre otros aspectos, que

corresponde a la acusación proponer una actividad probatoria ante el tribunal de instancia y que de su práctica resulte la acreditación del hecho del que acusa. El tribunal procederá a su valoración debiendo constatar la regularidad de su obtención y su carácter de prueba de cargo, es decir, con capacidad para alcanzar, a través de un razonamiento lógico, la declaración de un hecho típico, antijurídico, penado por la ley y que pueda ser atribuido, en sentido objetivo y subjetivo, al acusado, debiendo expresar en la sentencia el relato de convicción y el razonamiento por el que entiende que se ha enervado el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Corresponde al tribunal de casación comprobar que el tribunal ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que existió porque se realiza con observancia de la legalidad en su obtención y se practica en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad, y que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo.

El acta del juicio oral revela la existencia de la precisa actividad probatoria sobre el hecho que fue objeto de acusación. El acusado y la testigo declararon en el juicio oral y sustancialmente coinciden en la narración de los hechos, aunque no en lo referente a su valoración como hecho antijurídico. Ambos afirman que el acusado había sido condenado con anterioridad por un delito de violación intentado en el que la testigo había sido víctima que declaró en el juicio oral sobre los hechos como testigo de cargo; igualmente coinciden en que había salido de la cárcel; también en que el acusado la esperaba en el rellano de la escalera y que se dirigió hacia ella con una pistola y le dijo las frases que se reflejan en el hecho probado. Difieren en la significación de los actos, pues el acusado afirma que quería hacer una farsa "una representación de teatro" "que no sabía que hacer con ella si besarla o pegarle un tiro y optó por la farsa". La testigo afirma que se sintió asustada al ver el arma apuntándola y que le pidió que retirara la denuncia. Vuelven a coincidir los dos declarantes en que la perjudicada logró huir.

Constatamos que las dos versiones de los hechos coinciden, en lo sustancial, en la narración de los hechos y la diferencia radica en la valoración de los actos, si como atentatorios a la libertad y seguridad de la testigo o como hecho intrascendente, como una farsa sin significación jurídica penal, extremo este último más propio de la impugnación formalizada por error de derecho y que responderemos a continuación. Desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia es obvio que el tribunal dispuso de la precisa actividad probatoria para conformar el relato fáctico en los términos que se han declarado.

Por otra parte el acta del juicio oral, como documentación de la prueba personal practicada en el juicio oral, no puede ser integrada en el concepto de documento que requiere el art. 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues su valoración depende sustancialmente de la inmediación de la que goza el tribunal de instancia.

Consecuentemente los motivos primero y cuarto se desestiman.

SEGUNDO.- 1.- Por error de derecho denuncia la indebida aplicación a los hechos probados del art. 169.2 del código penal, el delito de amenazas.

El motivo, dada la vía impugnativa elegida parte del respeto al hecho declarado probado discutiendo la errónea subsunción del hecho en la norma penal que invoca como indebidamente aplicada o inaplicada. El relato fáctico expresa que el acusado, que había cumplido condena por un delito de violación en grado de tentativa que la víctima había denunciado y testificado en el juicio oral, se dirigió a su casa. Al salir la perjudicada de su vivienda y encender la luz vio al acusado con un arma dándole tiempo a volver a su vivienda. En otra ocasión, poco después, volvió a salir la perjudicada de su casa y bajó por las escaleras "siendo entonces perseguida por el acusado el cual al llegar al portal y para asustarla y obligarla a que escuchase a que él había cumplido condena

en prisión debido a la denuncia de ella, le apuntó con el arma". Refiere que el arma era de fogueo y que la perjudicada salió corriendo a la calle.

2.- El delito de amenazas es un delito de mera actividad, de peligro, cuya acción se integra por la expresión de un anuncio de un mal serio, real y perseverante, además de futuro, injusto, determinado y posible, dependiente de la voluntad del sujeto activo que origina una natural intimidación en el sujeto pasivo que la percibe. En el sujeto activo debe concurrir un ánimo consistente en el propósito de ejercer presión sobre la víctima a la que pretende atemorizar privándola de su tranquilidad y sosiego.

El bien jurídico protegido por el tipo penal es la libertad del sujeto pasivo que ve alterado su derecho a la tranquilidad y a no estar sometido a temores en el desarrollo normal y ordinario de su vida.

El delito de amenazas es un delito de carácter circunstancial que hace que la valoración jurídica de la acción desarrollada deba analizarse desde las expresiones proferidas, las acciones ejercidas, el contexto en el que se vierten, las condiciones del sujeto pasivo y activo y cuantas circunstancias contribuyan a la valoración contextual del hecho.

3.- Desde la perspectiva expuesta el motivo se desestima. El relato fáctico que se subsume en el tipo penal de las amenazas toda vez que la conducta realizada expresó el anuncio de un mal que reúne las cualidades de injusto, de real y serio dando lugar a un menoscabo, también patente, de la tranquilidad y sosiego de la víctima que cumplió con la obligación de denunciar el hecho del que había sido víctima y de declarar en el juicio oral por los hechos sufridos.

La pretensión del recurrente, referida a considerar de penalmente irrelevante la acción, pues se trataba de una farsa y de un montaje, se compadece mal con el relato fáctico que expresa una situación objetiva de lesión al bien jurídico tutelado.

TERCERO.- En el tercer motivo denuncia el error de derecho producido en la sentencia por la indebida aplicación, a los hechos probados, del art. 464 del Código penal. Argumenta, en defensa del motivo, que el juicio por la violación intentada ya había terminado por lo que "difícilmente se podría decir que el comportamiento del acusado tenía por finalidad violentar" la libertad del testigo, y tampoco cabe hablar de actuación en represalia porque la "actuación del recurrente estaba mas bien motivada por esa obsesión que tiene por su vecina y el deseo de acercarse a ella".

El motivo se desestima. El tipo penal aplicado sanciona cualquier acto atentario contra la vida, la libertad, etc., dirigido contra las personas que el tipo penal del art. 464 cita entre las que se incluyen a los denunciantes y los testigos del procedimiento como represalia por su actuación en el procedimiento judicial seguido. Se trata de un delito en el que se incrimina conductas peligrosas para el correcto funcionamiento de la administración de justicia, pues se hace necesario preservar la libertad y seguridad de futuros denunciantes y testigos y vencer las posibles represalias que puedan tomarse frente a estos por los imputados.

El relato fáctico es claro en la determinación de los elementos del tipo penal. Hubo un atentado a la libertad y el mismo se desarrolló como represalia a una conducta procesal de la víctima a quien el acusado "imputaba" que por su culpa había estado en prisión, expresión que en el hecho probado se concreta con la frase "que escuchase que el había cumplido condena en prisión debido a la denuncia de ella".

La norma aplicada, el art. 464.2 del Código penal, expresamente resuelve el régimen de concurrencia con el delito de amenazas, desechando el concurso de normas

y el concurso ideal, se decanta por el concurso real, configurando ambas conductas concurrentes con la imposición de las penas correspondientes a las amenazas y al delito de obstrucción a la justicia.

FALLO:

FALLAMOS: QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN por infracción de Ley interpuesto por la representación del acusado J.C.M., contra la sentencia dictada el día 16 de Marzo de mil novecientos noventa y nueve por la Audiencia Provincial de Oviedo, en la causa seguida contra el mismo, por delito de amenazas y obstrucción a la justicia. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas causadas. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

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

11-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 28 DE ABRIL DE 2000

ANTECEDENTES DE HECHO:

Primero.- El Juzgado de Instrucción nº 1º de Peñarroya, instruyó sumario 10/97 contra P.H.P., por un delito de amenazas y otro de robo con fuerza en las cosas, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Córdoba, que con fecha 17 de Abril mil novecientos noventa y ocho dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS: El día 11 de octubre de 1998, algo después de las doce de la noche, A.H.G. y su hija M.V.M.H., se encontraban en la terraza del Bar AAAAAAAA de la localidad de Peñarroya, cuando se presentó en ella P.H.P., parientes de éstas, y tras

desabrocharse la cremallera del pantalón y mostrarles los genitales, las insultó, sin que estas le hubieran provocado; después sacó del bolsillo una navaja y con ella en la mano las decía que las iba a rajar y que las iba a matar, gesticulando con el arma hasta el punto de darse un corte en su cuello, todo lo cual hizo que hubiera de intervenir un camarero del citado Bar que lo echó del mismo mientras aquellas dos se refugiaban en él.

Una media hora más tarde, a sabiendas de donde iba, se dirigió a la casa que éstas habitaban con el resto de los miembros de su familia; al ver que la puerta estaba cerrada, la abrió de una patada rompiendo la cerradura, y al no haber nadie en ella, revolvió cuantos objetos tuvo a su alcance, manchando con sangre y deteriorando ropas. A continuación, con ánimo de enriquecerse, se apoderó de dos pares de gafas graduadas, un teclado de ordenador, un radio-cassette, cintas musicales de esta apartado y una plancha, llevándoselas, no habiendo aparecido de todo ello, más que la plancha rota en la calle.

El acusado tiene grave adicción a drogas tóxicas. Los daños ocasionados en las ropas de la casa ascienden a 76.800 ptas., y, el valor de los objetos sustraídos, a 162.450 ptas., no habiéndose valorado ni la plancha, ni los daños de la puerta.

Segundo.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

FALLAMOS: Que condenamos a P.H.P., como autor criminalmente responsable de un delito de amenazas y otro de robo con fuerza en las cosas, con la concurrencia de la circunstancia atenuante de toxifrenia a la pena de ocho meses de prisión, por el primero de ellos, y dos años y un mes de prisión por el segundo, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y pago de costas, así como a que indemnice a M.V.M.H. y F.M.S. en la suma de doscientas treinta y nueve mil doscientas cincuenta pesetas (239.250 ptas.) más el

valor de la plancha y los daños de la puerta, declaramos la insolvencia de dicho acusado aprobando por sus propios mandamientos el auto que a éste fin dictó el Juez Instructor en la pieza de responsabilidad civil. Y para el cumplimiento de la pena principal y responsabilidad subsidiaria que se impone le abonamos el tiempo que haya estado privado de libertad por esta causa.

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la representación de P.H.P., que se tuvo por 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.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación del recurrente, formalizó el recurso, alegando los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

PRIMERO.- Al amparo del art. 849.2 de la LECrim., en relación con el art. 5.4 y el art. 11.1 de la LOPJ denuncia infringido el art. 24.1 de la CE, por haber sufrido indefensión, entendiendo infringidos los arts. 849.4 y 520, ambos de la LECrim.

SEGUNDO.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim., denuncia infringido por inaplicación del art. 620 del CP y por aplicación indebida del art. 169 del mismo texto legal.

TERCERO.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim., denuncia vulneración del art. 24.2 de la CE que proclama el principio de presunción de inocencia.

CUARTO.- Por la vía del art. 849.1 de la LECrim., denuncia infracción del art. 20.2 por inaplicación indebida.

Quinto.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, 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 celebró la votación prevenida el día 24 de Abril de 2000.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.-1.- La sentencia impugnada condena al recurrente como autor de un delito de robo con fuerza en las cosas y otro de amenazas contra la que formaliza una impugnación articulada en cuatro motivos.

En el primero denuncia la vulneración de su derecho de defensa (art. 24.1 CE, art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) por infracción de los arts. 789.4 y 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Refiere la vulneración a que en la declaración prestada en la instrucción, después de ser puesto en libertad y segunda que prestaba en la causa, fue realizada sin la presencia de un Letrado que le asistiera en esa diligencia.

2.- El motivo se desestima. Consta en el procedimiento que el imputado fue informado de sus derechos, conforme exigen los arts. 118, 520 y 789.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al tiempo de su detención por los hechos. Por ello, sus declaraciones fueron precedidas de la información de derechos y la primera, mientras estaba detenido, practicada bajo asistencia de Letrado.

Consecuentemente, no hay vulneración de un precepto procesal ni de ningún derecho fundamental al imputado.

La segunda declaración, obrante el folio 37, ampliatoria de la realizada en el Juzgado al que fue presentado tras la detención, se realiza cuando el acusado se encontraba en libertad. La falta de designación de un Letrado en la primera declaración debió aconsejar a la instrucción de la causa, al realizar esta segunda declaración, una previa información de sus derechos y entre ellos a ser asistido por Letrado para actuar su derecho de defensa. Esa ausencia no implica una vulneración de su derecho aunque su realización sin asistencia impida su valoración como actividad probatoria.

No existió, propiamente, una vulneración de una norma esencial del procedimiento ni se causó indefensión por la no presencia de Letrado en esa declaración. Ahora bien, toda declaración de un imputado penal, si no ha ejercitado su derecho a nombrar Abogado que la defienda, debe ir precedido de la información concreta de sus derechos conforme al art. 24 de la Constitución.

La omisión de esa actuación jurisdiccional, supone que su declaración no debe ser valorada a los efectos de conformar una convicción judicial sobre el hecho declarado probado, pero no puede suponer la anulación de todo el procedimiento penal de investigación y enjuiciamiento, que supondría una sanción no prevista en el ordenamiento y absolutamente desproporcionada.

SEGUNDO.- En el segundo motivo denuncia el error de derecho en el que incurre la sentencia al inaplicar, a los hechos probados el art. 620. La falta de amenazas, y aplicar indebidamente el art. 169 del Código penal, argumentando que el recurrente no tenía intención de cometer un mal mayor.

El motivo parte del respeto al hecho declarado probado discutiendo, desde la asunción del hecho, la errónea subsunción del hecho en un tipo penal cuya aplicación indebida o su inaplicación denuncia.

El relato fáctico declara probado que el acusado se dirigió a la terraza del bar en el que se encontraban los perjudicados a los que exhibió una navaja y con ella en la mano les decía que los iba a matar, gesticulando con el arma hasta el punto de darse un corte en el cuello. Refiere, a continuación, que el acusado se dirigió a la casa donde vivían las perjudicadas en la que entró, dando una patada en la puerta, donde revolvió el mobiliario y sustrajo efectos.

Del relato fáctico resultan los presupuestos del delito de amenazas por el que ha sido condenado. Las amenazas típicas se conciben como la acción realizada con ánimo evidente de causar un mal a otra persona. El Código prevé distintas tipificaciones en función de la gravedad o levedad del contenido de la amenaza, o de los bienes jurídicos individuales sobre los que pueda recaer el mal.

El carácter de grave o leve del contenido de la amenaza deberá ser valorado en función de las circunstancias concurrentes y la desvaloración que merezca el contenido de la conducta desarrollada así como la afectación de bienes jurídicos individuales a los que se refiere la amenaza y el contenido al ataque al bien jurídico protegido por el tipo penal, la libertad.

El relato fáctico, en cuanto refiere la exhibición de una navaja, la manifestación proferida sobre la intención de matar y la intensidad en la acción, en la que, incluso, el autor se llega a lesionar, evidencia una gravedad y una afectación de la libertad para los perjudicados que tuvieron que refugiarse en un bar, para evitar que el contenido de la amenaza se materializara en un ataque a los bienes jurídicos afectados. Consiguientemente, es correcta la subsunción realizada y el motivo se desestima.

TERCERO.- En el tercer motivo denuncia la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia. Argumenta la inexistencia de prueba sobre la falta de corroboración a la testifical de los perjudicados y la ausencia de prueba sobre la preexistencia de los bienes sustraídos.

La presunción de inocencia se integra en nuestro ordenamiento como un derecho fundamental de toda persona en cuya virtud ha de presumirse su inocencia cuando es imputada en un procedimiento penal. Este derecho supone, entre otros aspectos, que corresponde a la acusación proponer una actividad probatoria ante el tribunal de instancia y que de su práctica resulte la acreditación del hecho del que acusa. El tribunal procederá a su valoración debiendo constatar la regularidad de su obtención y su carácter de prueba de cargo, es decir, con capacidad para alcanzar, a través de un razonamiento lógico, la declaración de un hecho típico, antijurídico, penado por la ley y que pueda ser atribuido, en sentido objetivo y subjetivo, al acusado, debiendo expresar en la sentencia el relato de convicción y el razonamiento por el que entiende que se ha enervado el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Corresponde al tribunal de casación comprobar que el tribunal ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que existió porque se realiza con observancia de la legalidad en su obtención y se practica en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad, y que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo.

3.- El motivo se desestima. El acta del juicio oral permite constatar la existencia de una actividad probatoria sobre el presupuesto fáctico de las amenazas y del robo con fuerza en las cosas, corroboradas por las periciales sobre la rotura de la puerta y la

documental sobre la preexistencia de los efectos, así como la testifical del voluntario de protección civil que vio los hechos.

La valoración de la actividad probatoria es racional y ha sido practicada en condiciones de regularidad que permite la convicción obtenida por el tribunal de instancia, por lo que el motivo se desestima.

CUARTO.- Con amparo procesal en el art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal denuncia la inaplicación del art. 20.1 del Código penal y, aunque no lo exponga, amplía su impugnación a la indebida aplicación del art. 21.2 del Código penal.

El hecho probado del que se parte en la impugnación declara que el acusado actuó influenciado por una grave adicción a las drogas, expresión que se integra, casi literalmente, en la circunstancia de atenuación del art. 21.2 que se declara concurrente.

El hecho probado no refiere que el acusado se encontrara en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, psicotrópicas o bajo un síndrome de abstinencia a causa de su dependencia a tales sustancias que le impida comprender la ilicitud del hecho o de actuar conforme a esa comprensión, presupuestos biológicos y psicológicos que permita la aplicación de la circunstancia de exención postulada.

El relato fáctico aparece correctamente subsumido en la atenuación declarada concurrente y ningún error se ha producido, por lo que el motivo se desestima.

FALLO:

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN por infracción de Ley interpuesto por la representación del acusado P.H.P., contra la sentencia dictada el día 17 de Abril de mil novecientos noventa y ocho por la Audiencia Provincial de Córdoba, en la causa seguida contra el mismo, por un delito de amenazas y otro de robo con fuerza en las cosas. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas causadas. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

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

12-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 4 DE FEBRERO DE 2000.

ANTECEDENTES DE HECHO:

Primero.- El Juzgado de Instrucción nº 2 CCCCCCCC, instruyó sumario 2131/97 contra J.V.M., por delito de agresión sexual, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona, que con fecha 22 de Octubre mil novecientos noventa y ocho dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

Se declara probado que el procesado J.V.M., mayor de edad, carente de antecedentes penales, afectado de un trastorno bipolar y dependencia al alcohol que en estado de intoxicación aguda ve disminuidas sus facultades congnotivas y volitivas, sobre las 3 de la madrugada del día 24 de junio de 1996, tras haber ingerido diversas bebidas alcohólicas entró en su domicilio sito en la carretera de Seva nº BBBBBBBB de la localidad de Seva, donde dormía su mujer S.T.S. y sus dos hijas de 5 y 3 años respectivamente. A consecuencia de desavenencias conyugales, S.T.S. dormía en la habitación de las niñas y el procesado en la del matrimonio desde hacía un año.

En el día y hora señalada el matrimonio discutió, lo que motivó que al día siguiente a las seis de la tarde S.T.S. acudió a la comisaría de los Mossos d'Escuadra, y al Centro Hospitalario CCCCCCCC.

Tras ello regresó a su domicilio. Al llegar el procesado, en hora no determinada de la madrugada del 25 de junio de 1996, al domicilio conyugal, el procesado inició de nuevo una discusión ya que el procesado le pedía que mantuvieran relaciones sexuales, a lo que ella se negó, y entonces comenzó S.T.S. a golpear al acusado, propinándole entonces este un puñetazo a S.T.S. que provocó la rotura de las gafas y a consecuencia de la misma una herida inciso contusa en párpado izquierdo de 2 cm. en el ala nasal izquierda que precisó dos puntos de sutura, heridas y contusiones diversas en la región maxilar y molar izquierda. Dichas lesiones tardaron en curar 10 días y precisaron tratamiento quirúrgico consistente en sutura de las diferentes heridas quedándole como secuelas diversas cicatrices lineales en párpado superior del ojo izquierdo y en región nasal izquierda que constituyen un perjuicio estético ligero. Ante la resistencia de S.T.S. y las heridas ocasionadas el procesado cesó en sus golpes.

Tras estos hechos, S.T.S. inició los trámites de separación trasladándose a su domicilio a Balenya, calle DDDDDDDD nº 9. El procesado en fechas no determinadas del mes de junio de 1996 realizó diversas llamadas telefónicas en tono amenazante a S.T.S.. En concreto en fecha 15 de junio de 1996, llamó a la misma y la manifestó textualmente: "si no en deixes veure les nenes, aquesta nit t'en recordarás", palabras oídas por los agentes de Mossos d'Esquadra EEEEEEEE y FFFFFFFF, que habían acudido al domicilio de S.T.S. ante el temor de ésta de ser nuevamente agredida. Ante las presiones del procesado S.T.S. se trasladó a residir en Barcelona, calle GGGGGGGG nº 22. Durante el mes de agosto de 1996, el procesado llamo al domicilio de S.T.S. profiriendo expresiones tales como "mataré a las meves filles, despres a la meva dona y després en matare jo", llamada efectuada el 21 de agosto de 1996.

Segundo.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

FALLAMOS: Que condenamos al procesado J.V.M., como autor responsable de los siguientes delitos, precedentemente definido, con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal atenuante de alteración psíquica del artículo 21.1º en relación con el delito 20.1º ambos del Código penal;

Delito de lesiones en agresión precedentemente definido a la pena de un año de prisión, accesoria de inhabilitación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena;

Delito de amenazas condicionales precedentemente definido, a la pena de un año de prisión, accesorias de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; Delito de amenazas no condicionales, precedentemente definido, a la pena de seis meses de prisión, accesorias de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Absolución del procesado J.V.M., como autor responsable de un delito de agresión sexual, precedentemente definido y de un delito de agresión sexual en grado de tentativa, precedentemente definido.

El procesado deberá proceder al abono de 3/5 partes de las costas procesales, declarándose el resto de oficio.

Por vía de responsabilidad civil abonará a S.T.S. en la cantidad de un millón de pesetas. Declaramos la solvencia de dicho procesado.

Para el cumplimiento de la pena que se impone declaramos de abono todo el tiempo que haya estado privado de libertad por la presente causa, siempre que no le hubiera sido computado en otra.

Como pena accesoria se acuerda la prohibición de que el procesado acuda al lugar donde resida S.T.S. y su familia durante tres años.

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la representación de J.V.M., que se tuvo por 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.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación del recurrente, formalizó el recurso, alegando los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

PRIMERO.- Por infracción de Ley del art. 849.2 de la LECrim., al amparo del art. 5.4 de la LOPJ, en relación con el art. 24.2 de la Constitución, al vulnerarse el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

SEGUNDO.- Por infracción de Ley al amparo del art. 849.1 de la LECrim. por indebida aplicación del art. 147.1 del Código penal.

TERCERO.- Por infracción de Ley al amparo del art. 849.1 de la LECrim. por indebida aplicación del art. 169.1 del Código penal.

CUARTO.- Por infracción de Ley al amparo del art. 849.1 de la LECrim. por indebida aplicación del art. 169.2 del Código penal.

QUINTO.- Por infracción de Ley al amparo del art. 849.1 de la LECrim. por indebida aplicación del art. 57 del Código penal.

SEXTO.- Por infracción de Ley al amparo del art. 849.1 de la LECrim. por inaplicación indebida de la eximente del art. 20.1 del Código penal, o en su defecto, la eximente incompleta del art. 21.1 del mismo Texto legal.

SÉPTIMO.- Por infracción de Ley al amparo del art. 849.1 de la LECrim. por inaplicación indebida del art. 68 del Código penal.

OCTAVO.- Por infracción de Ley al amparo del art. 849.1 de la LECrim. por inaplicación indebida del art. 115 del Código penal.

Quinto.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, 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 celebró la votación prevenida el día 31 de Enero de 2000.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1. La sentencia recurrida en casación condena al recurrente por un delito de lesiones; otro de amenazas condicionales y otro de amenazas no condicionadas contra la que formaliza una oposición que articula en ocho motivos.

En el primero denuncia la vulneración de su derecho fundamental a la presunción de inocencia con relación al delito de amenazas no condicionales pues, afirma, la frase que integra el contenido de la amenaza sólo aparece probada por las declaraciones de la mujer del acusado, destinataria de la frase, y una sobrina de éste. Discute, en definitiva, la razón por la que el tribunal ha otorgado mayor credibilidad a estas declaraciones, motivadas por resentimiento, que a las del acusado.

2. La presunción de inocencia se integra en nuestro ordenamiento como un derecho fundamental de toda persona en cuya virtud ha de presumirse su inocencia cuando es acusada en un procedimiento penal. Este derecho supone, entre otros aspectos, que corresponde a la acusación proponer una actividad probatoria ante el tribunal de instancia y que de su práctica resulte la acreditación del hecho del que acusa. El tribunal procederá a su valoración debiendo constatar la regularidad de su obtención y su carácter de prueba de cargo, es decir, con capacidad para alcanzar, a través de un razonamiento lógico, la declaración de un hecho típico, antijurídico, penado por la ley y que pueda ser atribuido, en sentido objetivo y subjetivo, al acusado, debiendo expresar en la sentencia el relato de convicción y el razonamiento por el que entiende que se ha enervado el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Corresponde al tribunal de casación comprobar que el tribunal ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que existió porque se realiza con observancia de la legalidad en su obtención y se practica en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad, y que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo.

3. El acta del juicio oral recoge las manifestaciones de los testigos y del acusado y el tribunal ha formado su convicción sobre este extremo de la sentencia valorando en conciencia y de forma racional las declaraciones de la perjudicada y su sobrina presente cuando fueron vertidas. Como prueba personal está sujeta a la valoración del tribunal que la percibe de forma inmediata, sin que esta Sala, ajena a la inmediación, pueda valorar la credibilidad de un testimonio vertido en las condiciones de regularidad que exige la Ley procesal.

El motivo se desestima.

SEGUNDO. En el segundo motivo denuncia el error de derecho por la indebida aplicación, al hecho probado, del art. 147.1 del Código penal. Arguye el recurrente que el resultado lesivo que se declara probado no fue consecuencia de un ánimo de lesionar sino de un forcejeo entre los esposos.

El motivo, dada la vía impugnativa elegida, parte del respeto al hecho declarado probado. Desde su asunción denuncia la errónea calificación del hecho al entender que no existió ánimo de lesionar.

El relato fáctico declara que la tarde del día anterior el matrimonio discutió y la perjudicada acudió a comisaría y a un centro hospitalario. En la madrugada siguiente el hoy recurrente volvió al domicilio e inició una nueva discusión ya que el procesado le pedía que mantuviera relaciones sexuales, a lo que ella se negó y entonces comenzó

S.T.S. a golpear al procesado, propinándole entonces éste un puñetazo a S.T.S..... En la fundamentación de la sentencia, con evidente eficacia fáctica se añade que la mujer ante la actitud alterada y provocadora de su marido le golpeó, si bien en actitud defensiva, no pudiendo repeler la agresión.

Del relato fáctico resultan los presupuestos, objetivo y subjetivo, del delito de lesiones. Hubo una agresión productora de una lesión que se declara y el acusado lo realizó voluntariamente. Así resulta del hecho probado que emplea el término propinó que incorpora una voluntariedad a la acción de golpear a una persona, sin que esa acción pueda integrar una legítima defensa al no concurrir los presupuestos de la justificación ni el recurrente llega a afirmarlos.

No hay error en la subsunción por lo que el motivo debe ser desestimado.

TERCERO.- En el correlativo ordinal denuncia un error de derecho al aplicar indebidamente a los hechos probados el art. 169.1 del Código penal, las amenazas condicionadas por las que ha sido condenado, pues la frase que el hecho probado declara, si no me dejas ver a los niños, esta noche te acordarás, no permite su integración en el tipo penal por el que ha sido condenado.

El motivo se desestima. El relato fáctico expresa que tras los hechos constitutivos de las lesiones, la perjudicada inició los trámites de separación y trasladó su domicilio al que el acusado llamaba telefónicamente en tono amenazante y refiere una llamada concreta con la expresión de la frase que se reproduce en el hecho probado. En la fundamentación de la sentencia se añade que el acusado llamó repetidas veces a la perjudicada, aunque ésta cambiaba de domicilio ejerciendo con las frases que manifestaba presión, atemorizándola y privándola de su libertad y tranquilidad, con ánimo de causarle un mal no sólo a ella sino también a sus hijas no consiguiendo

su propósito, mal que en ocasiones era serio, real y perseverante, y mal futuro injusto y determinado.

Con los anteriores presupuestos de hecho, la subsunción en el tipo penal de las amenazas condicionadas es correcta. La acción realizada agrede la libertad individual mediante la fuerte presión psicológica que desarrolla el autor y que el relato de la sentencia afirma ocurrió con la expresión de la presión ejercida, atemorizándola y privándola de libertad y tranquilidad. La acción, analizada en el contexto en el que se produjo, subsiguientes a unas lesiones y a un proceso de separación en el que la perjudicada se ve obligada a cambiar de domicilio y a requerir la protección policial contra los actos del marido, son subsumibles en el precepto penal invocado. La impugnación, que no se desarrolla argumentalmente, se limita a negar el elemento objetivo y subjetivo del tipo sin evidenciar ningún error en la subsunción, por lo que el motivo se desestima.

CUARTO.- En el cuarto motivo denuncia la indebida aplicación, a los hechos probados, del tipo penal del art. 169.2 del Código penal, amenazas no condicionadas.

En la fundamentación que expresa en el motivo niega que la frase acotada mataré a mis hijas, después a mi mujer y después me mataré tenga entidad suficiente para la integración en el tipo penal cuya aplicación indebida denuncia por cuanto en ningún momento llevó a cabo actos coetáneos o posteriores de ejecución material de la amenaza.

El recurrente parte de un error en la impugnación. De haber realizado actos posteriores o simultáneos de ejecución material de los hechos con los que amenazaba, éstas se integrarían en unas figuras delictivas distintas de la amenaza y la conducta atentaría a un bien jurídico distinto, la vida o la integridad física, que la libertad que es el protegido por el tipo penal objeto de la condena.

La frase vertida, en el contexto del hecho probado, y con las circunstancias personales del acusado, que también constan probadas, permite la subsunción realizada, sin que el recurrente exponga una argumentación sobre la inexistencia de los elementos que dan vida a la figura delictiva, limitándose a negarla.

El motivo se desestima.

QUINTO.- 1. En el quinto motivo, también formalizado por error de derecho denuncia la indebida aplicación del art. 57 del Código penal, pena accesoria que le prohíbe al condenado acudir al lugar donde reside la víctima.

Argumenta que dicha pena accesoria no se corresponde con la naturaleza ni la entidad de los delitos por los que ha sido condenado.

2. El motivo se desestima. La adopción de la pena accesoria procede, a tenor del art. 57 del Código penal, en los delitos, entre otros, de lesiones y contra la libertad por los que ha sido condenado, por lo que la denuncia sobre la naturaleza y entidad de los delitos por los que ha sido condenado carece de virtualidad.

El Código prevé esta pena como posibilidad de su adopción atendiendo a la gravedad y al peligro que el delincuente presenta. Se trata de una pena, que restringe el derecho fundamental a la libre deambulación (art. 19 CE) con una finalidad específica preventiva especial en función de la peligrosidad del autor hacia la víctima.

Esta peligrosidad resulta del propio hecho probado al declararse probado la causación de lesiones, tras el inicio de los trámites de separación matrimonial, y la realización de continuos actos contra la libertad de la perjudicada que motivaron cambios de domicilio y protección policial. La pena acordada posibilita que, además de imponer una pena a las acciones antijurídicas que se declaran probadas, lo que satisfaría el ius punendi del Estado, se proteja a la víctima, destinataria de los ataques

del agresor y directamente afectada por los mismos, además de evitar una situación de peligro ante futuros posibles agresiones.

SÉPTIMO.- En el correlativo ordinal de la impugnación denuncia el error de derecho por la indebida aplicación del art. 68 del Código penal, la determinación de la pena en el supuesto de concurrencia de la circunstancia de atenuación del art. 21.1 del Código penal.

La sentencia impugnada declara concurrente la eximente incompleta y aunque no precisa en el hecho probado en cuál, o cuales, de las conductas delictivas concurre, la fundamentación de la atenuación y el fallo la hace extensiva a todos los delitos por los que ha sido condenado, eludiendo, sin embargo, su aplicación en la consecuencia jurídica del hecho delictivo.

Consecuentemente procede estimar el error denunciando y reducir en un grado la pena procedente a los delitos por los que ha sido condenado. El delito de lesiones del art. 147, cuya pena prevista es de seis meses a tres años será reducida en un grado por aplicación de la eximente incompleta, considerándose proporcionada al delito la de 15 arrestos de fin de semana (art. 71.2 Cp.).

Para el delito de amenazas no condicionales del art. 169.2 del Código penal la pena de 7 arrestos de fin de semana. Para el de amenazas condicionales realizadas por teléfono, art. 169.1 párrafo segundo, la penalidad procedente es la mitad superior de la de 1 a 3 años de prisión, es decir, 1 año y 9 meses a 3 años.

La pena impuesta de 1 año de prisión es, por lo tanto, procedente.

FALLO:

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN por infracción de Ley interpuesto por la representación del acusado J.V.M., contra la sentencia dictada el día 22 de Octubre de mil novecientos noventa y ocho por la Audiencia Provincial de Barcelona, en la causa seguida contra el mismo, por delito de agresión sexual, que casamos y anulamos. Declarando de oficio

el pago de las costas causadas. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

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

13-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 18 DE SEPTIEMBRE DE 1986

ANTECEDENTES DE HECHO:

1.- El Juzgado de Instrucción número 3 de los de Zaragoza, instruyó sumario con el número 150 de 1.982, y, una vez concluso lo elevó a la Audiencia Provincial de dicha Capital, la que dictó sentencia con fecha 27 de Marzo de 1.984, que contiene el hecho probado del tenor literal siguiente: "1 Resultando probado y así se declara que el procesado Cristóbal, mayor de edad, de las circunstancias personales consignadas, el día 16 de Agosto, se acercó a la joven de 17 años Araceli cuando ésta entraba en el zaguán de su domicilio de la calle DIRECCION000 NUM000 y NUM001 de esta ciudad, y esgrimiendo una navaja y advirtiéndole de que si gritaba sería peor, le pidió que le besara dándole dos besos en la boca, y sin mostrar ulterior propósito lascivo ni ejercer tocamientos de esta especie sobre Araceli, salió a la calle cuando entraba en el zaguán otro vecino, guardando Araceli actitud pasiva ante el terror de la conminación que de hecho y de palabra, según queda dicho la hizo el procesado".- 2.- La referida sentencia-estimó que los indicados hechos probados, eran constitutivos de un delito de amenaza condicional previsto y castigado en el art. 493, párrafo 1 del Código Penal, considerando autor al procesado, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal; y contiene el siguiente fallo: "Que debemos condenar y condenamos a Cristóbal, como autor responsable del delito de amenazas antes definido sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la

pena de seis meses y un día de prisión menor, a las accesorias de suspensión de todo cargo público, profesión u oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena y al pago de las costas procesales y tasas judiciales. Declaramos la insolvencia de dicho procesado aprobando el auto que a este fin dictó y consulta el Juzgado Instructor. Y para el cumplimiento de la pena principal que se le impone le abonamos todo el tiempo que ha estado privado de libertad por esta causa.- 3.- Notificada dicha sentencia a las partes, se preparó contra la misma por Cristóbal, recurso de casación por infracción de ley que se tuvo por anunciado, remitiéndose en consecuencia a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo por la Audiencia de instancia las pertinentes certificaciones para su sustanciación y resolución.- 4.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, se formalizó el recurso, al amparo del n 1 del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, alegándose como UNICO motivo, infracción por violación del art. 493, párrafo 1 del Código Penal, por su indebida aplicación, pues declarándose en la relación de hechos probados "que esgrimiendo una navaja y advirtiéndole que si gritaba sería peor, le pidió que le besara dándole dos besos en la boca y sin mostrar ulterior propósito lascivo ni ejercer tocamientos de esta especie sobre M.N...", no se podía determinar la comisión de un delito de amenazas condicionales del artículo aplicado indebidamente, ya que no podía determinarse la concreción del mal con que dice amenazar, ni contra quien, qué, ni si el daño que se dice anunciar podía ser constitutivo de delito o falta. La frase "si gritas será peor", en sí no contenía intimidación, ni amenaza de causar al sujeto pasivo en concreto ni a otra persona ningún mal constitutivo ni no constitutivo de delito y ello por la vaguedad de la expresión no permitiendo penetrar en el propósito del sujeto activo. La acción cometida por el recurrente estaría perfectamente tipificada en la falta que el art. 567-3 del Código Penal conceptuaba.- 5.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso, la Sala lo admitió quedando los autos conclusos pendientes de señalamiento de día para la celebración de Vista, cuando en turno correspondiera.- 6.- Hecho el señalamiento ha tenido lugar la Vista prevenida en once de los corrientes, con asistencia del Letrado Don Carlos del Campo Ardid, defensor del recurrente que mantuvo el recurso y del Ministerio Fiscal que lo impugnó.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

1.- El delito de amenazas, considerado en términos dogmáticos por la doctrina de esta Sala, como un delito de simple actividad, de expresión y de peligro, ofrece un primer concepto inicial que no es otro que la conminación de un mal futuro, idea común a todas sus especies, ya delictivas, ya contravencionales, pero que, evidentemente no las abarca en su especificidad, por lo que bien doctrinalmente se ha dado una noción analítica por yuxtaposición de tales modalidades legales de amenazas, esencialmente las condicionales y las no condicionales, bien centrando la idea en el mal conminado -via seguida por la jurisprudencia-, se ha completado la regulación legal exigiendo, además de la nota de mal futuro, la de injusto, determinado, posible, dependiente de la voluntad del sujeto activo y susceptible de producir intimidación en el sujeto amenazado, requisito éste último decisivo en esta noción descriptiva, pues basta, para que el delito se dé, la idoneidad de la amenaza en sí misma (peligro abstracto), sin necesidad de que la perturbación anímica haya tenido lugar efectivamente (peligro concreto), sin perjuicio de que este último riesgo para el amenazado concorra también, cosa que ocurrirá la mayor de las veces, lo que viene a dotar al delito de amenazas de autonomía como delito contra la libertad y seguridad frente al básico delito de coacciones.- 2.- Prosiguiendo con el examen del mal conminado por el amenazante, en su concreta regulación legal de los artículos 493 y 494 del Código Penal, se echa de ver enseguida que el mal anunciado ha de proyectarse sobre la persona, honra o propiedad del amenazado o su familia; y de otra parte, que dicho mal constituya o no constituya delito, bipartición esta última que suscita de inmediato un problema de interpretación en torno a lo que deba entenderse por la palabra delito, pues de tal hermenéutica habrá de concluirse si entra en aplicación el artículo 493-1 o el artículo 494 del Código Penal; es decir, que si se da al término delito un sentido omnicomprendivo de todo ilícito penal (de la falta también, por tanto), incurriría la conducta en el artículo 493, de suerte que las demás conductas ilícitas que sirvan de vehículo a la exigencia de una prestación (de ordinario patrimonial) contraria a derecho (el llamado precio del silencio) incidirán en el artículo 494; pero si, contrariamente, se da al vocablo delito su preciso sentido técnico-jurídico, tal como exige un sector doctrinal, entonces el mal conminado constitutivo de mera falta deberá integrarse en la modalidad de amenazas menos graves del artículo 494,

concurriendo, por supuesto, los demás requisitos exigidos por el artículo 493-1; interpretación ésta última que acoge esta Sala dada la expresa contraposición entre las expresiones delito y no delito de aquellos dos artículos lo que indica el empleo de las mismas en su estricta acepción, contrariamente a lo que se dice respecto a la condición impuesta al sujeto pasivo que puede ser ilícita o no y a lo que sucede en el delito de coacciones, tan próximo al de amenazas, en el que la conducta igualmente impuesta al paciente puede ser justa o injusta; todo lo cual indica el uso consciente por el legislador del término delito, como ilícito penal en su sentido propio; interpretación, por otra parte, que ya se insinúa en la sentencia de esta Sala de 25 de Abril de 1.983, aunque esta resolución, por exigencias de la rogación casacional no pudiera entrar abiertamente en el tema de que ahora tratamos.- 3.- Aplicando toda la anterior consideración al único motivo del recurso, lo primero que es necesario advertir es que la calificación correcta de los hechos hubiera sido, como postuló el Fiscal en sus conclusiones provisionales; la de abusos deshonestos violentos, pues en definitiva si el recurrente consiguió besar por dos veces en la boca de la ofendida intimidándola para ello con una navaja, claro es el propósito libidinoso que animó al procesado para realizar la acción acompañándola de medio tan eficaz que paralizó a la ofendida por el terror infundido en ella, sin que fuera óbice para tal tesis el hecho también afirmado en el factum de que no hubo propósito de ulteriores tocamiento lascivos, puesto que lo ya realizado consumaba el delito; pero rectificada dicha tesis por el Fiscal en su calificación definitiva suplantándola por el delito de amenazas graves del artículo 493-1 del Código Penal, tesis seguida por la Sala de instancia, se plantea el problema de si tal como vienen relatados los hechos deben ser considerados como incursos en dicho precepto o considerarlos simple falta contra la moral y buenas costumbres del artículo 567-3 del Código Penal, como pretende el recurrente; en cuyo trance esta Sala entiende que toda la cuestión gravita sobre el mal con el que conminó el procesado a la ofendida y que se expresa en el relato con las palabras de que al esgrimir el procesado la navaja advirtió a la joven "que si gritaba sería peor", frase que se valora en el iudicium (Considerando 1) en el sentido de que el procesado "con su actitud y palabras expresadas daba a entender a su víctima de la inminencia de un daño corporal físico con un arma si se oponía gritando a sus intenciones", logrando así que "esta accediera a dejarse besar en la boca, contra la voluntad de la abordada"; es decir, que si bien el daño corporal conminado por el

recurrente es evidentemente una infracción penal, no hay términos hábiles para deducir que el propósito anunciado fuera el de matar sino más bien el de lesionar (atentado a la integridad física), como tampoco cabe deducir de la genérica expresión la gravedad de la lesión pretendida condicionalmente, por lo que ateniéndonos estrictamente al *factum* y a la propia valoración de la sentencia recurrida hay que estar a lo más favorable para el reo y entender que la lesión propuesta no rebasaba los límites de la falta; de modo que con arreglo a la doctrina antes sentada los hechos deben encuadrarse -dados los términos de la litis que no permiten calificación más grave, con arreglo a lo dicho -en el artículo 494 del Código Penal definidor de las amenazas menos graves en cuanto el mal en que reposan "no constituye delito", según los términos de dicho precepto, concurriendo los demás requisitos del n 1 del artículo 493 a los que se remite el 494, puesto que el mal afectaba evidentemente a la persona de la amenazada, se condicionó la amenaza a la obtención de los besos en la boca de la muchacha y el culpable consiguió su propósito merced a la intimidación realizada con la navaja; todo lo cual rebasa la simple falta contra la moral pretendida por el recurrente, no menos que las faltas de amenazas descritas en el artículo 585-2, 3 y 4 del Código Penal, puesto que la grave intimidación sufrida por la víctima con la exhibición del arma por el procesado y su manifestado propósito de usarla si no consentía en su pretensión rebasan con mucho la levedad que caracteriza la falta de amenazas, ya orales, ya con armas; razones todas que llevan a admitir en parte el recurso del procesado en los términos que quedan expuestos.

FALLO:

Que debemos declarar y declaramos haber lugar parcialmente al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por Cristóbal, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, con fecha 27 de Marzo de 1.984, en causa seguida al mismo por delito de amenazas, y, en su virtud, casamos y anulamos parcialmente dicha sentencia, con declaración de las costas de oficio. Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicte a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos.

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

14-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 31 DE MARZO DE 1993

ANTECEDENTES DE HECHO:

1.- El Juzgado de Instrucción número 2 de Ibiza incoó Procedimiento Abreviado con el número. 370 de 1.989 contra Carlos Manuel y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca que, con fecha 16 de septiembre de 1.991 dictó sentencia que contiene el siguiente hecho probado:

"PRIMERO RESULTANDO : probado, y así se declara, que el acusado Carlos Manuel , ya identificado, de profesión Guardia Civil; en la noche del día dos de Noviembre de 1.985, vestido de paisano y portando una pistola semiautomática tipo "Star" calibre 9 mm. corto, para la que poseía licencia y guía de pertenencia; frecuentó diversos bares de Ibiza y sobre las cuatro de la madrugada al salir de la discoteca Xaloc, sita en la C) Navarra, en estado de etilismo al haber consumido en exceso bebidas alcohólicas, se dirigió a dos personas, Luis María y Leonardo, que instantes antes habían estado en la misma discoteca, conminándoles para que se detuvieran y al no hacerlo efectuó al aire un disparo, continuando poco después efectuando de la misma forma tres disparos más, hasta conseguir amedrentarlos. Aquéllos ante el temor de que prosiguiera en su intención pararon, momento en que dado el estado de embriaguez y casi perdida de equilibrio, se abalanzaron consiguiendo quitarle el arma. Avisada la Policía Nacional se personó al instante recibiendo el arma de los perjudicados".

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos al acusado Carlos Manuel en concepto de autor responsable de un delito de amenazas, con la concurrencia de la circunstancia modificativa atenuante de embriaguez no habitual a la pena de siete meses de prisión menor, a las accesorias de suspensión de empleo o cargo público y derecho de sufragio por el tiempo de condena, comiso del arma, y pago de costas. Le abonamos para el cumplimiento de la condena la totalidad del tiempo de privación de libertad sufrida por razón de esta causa. Reclámese del Juzgado Instructor la pieza de responsabilidad civil, tramitada conforme a derecho." 3.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley, por el acusado Carlos Manuel que se tuvo por 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.

4.- El recurso interpuesto por la representación del acusado se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION: Primero.- Al amparo del art. 849. 2 de la L.E.Cr. por error en la apreciación de la prueba, en concordancia con el art. 5.4 de la L.O.P.J. y art. 24.2 de la C.E.

Segundo.- Al amparo del art. 849.1 de la L.E.Cr. por infracción de Ley y doctrina legal indebida aplicación del art. 493.1 del C.P.

Tercero.- Al amparo del art. 849.1 de la L.E.Cr. por infracción de Ley y doctrina legal inaplicación del art. 585.1 del C.P.

5.- Instruido el Ministerio Fiscal impugnó los tres motivos del recurso y la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento para el fallo se celebró la votación prevenida el día 22 de marzo de 1.993.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- La sentencia recurrida condenó al Guardia Civil, Carlos Manuel , como autor de un delito de amenazas condicionadas, por haber realizado varios disparos, vestido de paisano, con la pistola que portaba, logrando amedrentar a dos personas a las que de tal modo conminó consiguiendo que se detuvieran cuando salían de una discoteca, en Ibiza, a las cuatro de la madrugada, imponiéndole la pena de siete meses de prisión menor por apreciar la circunstancia atenuante de embriaguez.

Dicho condenado recurrió en casación por tres motivos.

SEGUNDO.- En el 1º, al amparo del art. 5.4 de la C.E., alegó infracción del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la C.E., por entender que no hubo prueba de que el suceso ocurriera tal y como se expone en el relato de hechos probados, pues -se dice- la Audiencia se valió para construir tal relato de las declaraciones de unos testigos que no acudieron al juicio oral, porque uno había fallecido y el otro se encontraba en ignorado paradero.

Tiene razón el recurrente en cuanto que las declaraciones testificales no pueden ser consideradas como verdaderas pruebas de cargo con aptitud para destruir la presunción de inocencia si no son reproducidas en el acto del juicio oral, salvo los casos de imposibilidad a que se refiere el art. 730 de la L.E.Cr., que permite la lectura de las declaraciones sumariales, mecanismo que pudo haberse utilizado en el caso presente y no se utilizó.

Pero ha de rechazarse este motivo de casación, porque la propia resolución recurrida nos dice, en su fundamento de derecho 1º, que no se tuvieron en cuenta, al valorar la prueba practicada, las referidas declaraciones testificales, explicando cómo dedujo los hechos probados de las propias manifestaciones del acusado, quien reconoció su embriaguez y que disparó al aire para parar a los dos que se marchaban de la discoteca, porque le parecieron sujetos de "mala catadura", razonando a continuación por qué consideraba ilógicas las explicaciones que, para justificar tal comportamiento, dio el acusado, el cual pretendió hacer ver que actuaba en su condición de Guardia Civil para identificar a tales dos personas.

Así pues, hubo prueba de cargo practicada en el juicio oral, consistente en las declaraciones del propio acusado y sin tener en cuenta las manifestaciones sumariales de dichos dos testigos.

TERCERO.- En el motivo 2º, por el cauce del nº 1º del art. 849 de la L.E.Cr., se alega que hubo infracción de ley por aplicación indebida del art. 493.1º del C.P., en base a unos argumentos que no pueden ser acogidos:

A) Se dice que el acusado, en el ejercicio de sus funciones de Guardia Civil, dio una orden de alto a dos personas para que se detuvieran, y, como éstas no obedecieron, entonces exhibió su arma y disparó al aire hasta conseguir su objetivo.

Hemos de partir necesariamente del relato de hechos probados dada la vía procesal utilizada en el presente motivo (art. 884-3º de la L.E.Cr.), y en el mismo no aparece ningún dato del que pudiera deducirse que la actuación del acusado tuviera nada que ver con el ejercicio del cargo que desempeñaba. Por el contrario, el hecho de encontrarse de paisano, a las cuatro de la madrugada, realizando consumiciones alcohólicas hasta llegar a embriagarse, y sin que conste, siquiera, que manifestara su

condición de agente de la autoridad, hace que forzosamente haya de entenderse que tal comportamiento no tuvo relación alguna con el carácter público que ostentaba el ahora recurrente.

Es más, si hubiera llegado a detener a los dos ofendidos de autos, pudiera haber existido el delito más grave de detención ilegal.

B) Afirma el recurrente que no consta el mal constitutivo de delito con que se amenazó a los dos ofendidos, por lo que falta uno de los elementos exigidos en el art. 493-1º por el que fue condenado.

Como bien dice el escrito de recurso las amenazas pueden hacerse verbalmente, por escrito y también por actos concluyentes, siendo esto último lo que ocurrió en el caso presente.

Es claro que si el acusado disparó al aire varias veces, al tiempo que conminaba a los dos que se alejaban para que se detuvieran, con tal actitud estaba poniendo de manifiesto que si no obedecían dispararía contra sus personas, lo que indudablemente, como dice la sentencia recurrida, amedrentó a éstas.

De tal comportamiento hemos de deducir que el acusado estaba amenazando a sus dos contrincantes con cometer sobre sus personas un delito de homicidio o lesiones, y así lo entendieron éstos que tuvieron que detenerse bajo el miedo de ser alcanzados por alguno de tales disparos.

Existió un delito de amenazas de presente, posible en algunos supuestos, como lo revelan los hechos de autos, de acuerdo con la doctrina y con la jurisprudencia de esta

Sala (sentencias de 30-9-85, que cita el propio recurrente, y 23-9-92, entre otras), de carácter condicionado habiendo conseguido el culpable su propósito, lo que justifica la pena de prisión que se impuso.

C) Finalmente, en este mismo motivo 1º, se cita la mencionada sentencia de 30-9-85, que consideró que no hubo delito sino sólo una falta de amenazas leves en un caso que se califica por el recurrente como de "perfecta identidad" con el hecho de autos.

Sin entrar en más detalles, baste aquí decir que los hechos ahora examinados, parecidos en algunas de sus circunstancias, difieren con los de dicha sentencia en un dato fundamental, esto es, que en aquel supuesto el funcionario de policía que disparó su arma lo hizo ante un grupo de unas 40 personas, no con intención de agredir, sino por temor a ser agredido.

CUARTO.- En el motivo 3º, por la misma vía del nº 1º del art. 849 de la L.E.Cr., se dice que debió aplicarse a los hechos aquí examinados, no el nº 1º del art. 493, sino el nº 1º del art. 585 del C.P., que castiga como falta a los que, de modo leve, amenazasen a otro con armas o las sacaren en riña, citando de nuevo la referida sentencia de 30 de septiembre de 1.985.

Entiende esta Sala que aquí no existió la levedad prevista en el mencionado tipo de falta. Indudablemente fue grave el hecho de sacar un arma y efectuar hasta cuatro disparos con clara intención de amedrentar a quienes no obedecían sus injustificadas órdenes, como también, sin duda, tuvo que ser grave el miedo sufrido por los destinatarios de tales órdenes ante la posibilidad de ser alcanzados.

También ha de desestimarse este motivo.

FALLO:

NO HA LUGAR AL RECURSO DE CASACION por infracción de ley y de precepto constitucional formulado por Carlos Manuel contra la sentencia que le condenó por delito de amenazas, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca con fecha dieciséis de septiembre de mil novecientos noventa y uno, imponiendo a dicho recurrente el pago de las costas de esta alzada y la pérdida del depósito constituido para recurrir.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos con devolución de la causa que en su día remitió.

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

15-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 21 DE JULIO DE 1992

ANTECEDENTES DE HECHO:

1.- El Juzgado de Instrucción número 2, instruyó sumario con el número 31/89, contra José Enrique y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Valencia que, con fecha 10 de Noviembre de 1.989, dictó sentencia que contiene el siguiente hecho probado: PRIMERO RESULTANDO: probado y así se declara, que en fecha no exactamente determinada, aunque con anterioridad al 29 de Abril de 1.986, Jose Enrique , mayor de edad y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, cuando se hallaba en la cárcel de Valencia conminó a Francisco , bajo la advertencia de que de lo contrario le mataría, para que se declarase coautor del robo con

intimidación cometido el día 16 de enero de 1.984 en una oficina de la Caja de Ahorros de Valencia, sita en la calle Rey Saul de dicha ciudad, por razón de lo que se instruía el sumario registrado en el Juzgado de Instrucción número uno de Valencia con el número 39 de 1.985. Francisco no podía ser ejecutor del referido robo porque al tiempo de su realización se hallaba interno en el Centro Penitenciario de Madrid II. A raíz de la autoinculpación de Francisco resultó éste procesado por auto de 5 de febrero de 1.987, al lado del Sr. Jose Enrique y de una tercera persona. Se desconocen las razones o motivos que condujeron al Sr. Jose Enrique a efectuar la referida conminación.

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

FALLAMOS: Que debemos Primero.- Condenar a Jose Enrique como autor responsable de un delito de amenazas condicionales, cuyo propósito fue conseguido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de SEIS MESES Y UN DIA DE PRISION MENOR, a las accesorias de suspensión de todo cargo público y derecho de sufragio durante el tiempo de duración de la condena, y al pago de las costas causadas. Segundo.- Abonar al acusado todo el tiempo que ha estado privado de libertad por esta causa, que será aplicado al cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta. Tercero.- Devuélvase la pieza de responsabilidad civil al Juzgado de Instrucción de procedencia para que la concluya debidamente.

3.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley, por el procesado José Enrique, que se tuvo por 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.

4.- La representación del procesado basa su recurso en el siguiente MOTIVO DE CASACION:

UNICO.- Se formula este motivo al amparo del art. 849 número. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

5.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de deliberación cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento de la deliberación prevenida, se celebró la misma el día 9 de Julio de 1.992.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

UNICO.- El presente recurso se basa en la infracción del art. 24.2 C.E en tanto éste garantiza el derecho a la presunción de inocencia.

Alega en apoyo de su tesis el recurrente que tal derecho habría resultado vulnerado porque el Tribunal a quo no tuvo en cuenta que el denunciante rectificó en el juicio oral sus anteriores manifestaciones, negando la autenticidad de sus firmas en las cartas dirigidas al Juzgado. La Defensa excluye la corrección de esta decisión de la Audiencia basándose en que ésta no se apoyó, para establecer que las firmas eran auténticas, en un peritaje caligráfico. Finalmente, la Defensa estima que si el interno amenazado estaba en prisión en el momento de la comisión del delito, cuya autoría fue obligado a confesar, ello demostraría que la comisión del delito de amenazas carecía de sentido.

El recurso debe ser desestimado.

La ponderación de la rectificación de un testigo que había declarado en otro sentido antes del juicio oral es una cuestión ajena al objeto del recurso de casación. En efecto, dado que el art. 714 L.E.Cr. autoriza a los Tribunales que juzgan sobre los hechos a confrontar al testigo que declare en su presencia con sus anteriores declaraciones, para obtener de ello la convicción sobre la veracidad, es indudable que en el marco reducido del recurso de casación no es posible revisar un juicio que depende sustancialmente de la inmediación con la que se efectuó dicha confrontación en el juicio oral.

En lo que concierne a la decisión sobre la autenticidad de la firma del denunciante en una carta, posteriormente negada, está también fuera de toda duda que se trata de un juicio que el Tribunal podía formular sin necesidad de recurrir a los conocimientos técnicos especializados de un perito calígrafo. En efecto, el cotejo y la similitud de las letras de una firma, se puede llevar a cabo también sobre la base de la experiencia, sobre todo cuando se trata -como en este caso- de emitir un juicio sobre la base de numerosas firmas indibutadas como constan en el sumario y del reconocimiento que el testigo hizo de la propia firma ante el Juez de Instrucción en la diligencia que tuvo lugar el 27 de marzo de 1.987, (confr. folios 7 y 8 del sumario).

Por lo demás, la circunstancia de que el autor del delito no haya tenido en cuenta que coaccionaba a otro para que confesara un hecho que éste no había podido cometer, no demuestra que el delito no tuvo lugar, sino simplemente que el autor fue poco cuidadoso en su planeamiento y ejecución.

FALLO:

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACION por infracción de ley, interpuesto por José Enrique , contra

sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia, de fecha 10 de Noviembre de 1.989, en causa seguida a José Enrique, por delito de amenazas. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas ocasionadas en el presente recurso y a la cantidad de setecientas cincuenta pesetas, si viniere a mejor fortuna, por razón de depósito no constituido. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos con devolución de la causa que en su día remitió.

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

16-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 19 DE OCTUBRE DE 2000

ANTECEDENTES DE HECHO:

1.- El Juzgado de Instrucción número. 6 de Barcelona incoó Procedimiento Abreviado con el núm.388/96 en el que la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Barcelona, tras celebrar juicio oral y público, dictó Sentencia el 21 de abril de 1.998, por la que condenó al recurrente como autor responsable de un delito de amenazas y otro de incendio, con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal atenuante de obcecación, a las penas de dos meses y un día de arresto mayor y multa de cien mil pesetas, con cinco días de arresto sustitutorio en caso de impago, por el primero de los delitos, y a dos años de prisión menor, con las accesorias de suspensión de cargo público y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena, por el segundo, y a indemnizar a Cosme en la cantidad de 195.881 ptas., a Juan Pablo en 30.000 ptas., a la entidad aseguradora Regal Insurance Club en 127.600 ptas. y a Carlos María en 200.000 ptas.

2.- En la citada Sentencia se declararon probados los siguientes hechos: "El acusado Eugenio, mayor de edad y con antecedentes penales no computables, a raíz de la separación de su compañera sentimental doña Dolores ocurrida el día 22 de diciembre de 1.995, existiendo un hijo común de ambos, inició una mala relación con ella que motivó diversas denuncias por amenazas, malos tratos y coacciones, seguidas en otros procedimientos. A finales del mes de enero de 1996, en los días inmediatamente anteriores al 30, el acusado llamó por teléfono en diversas ocasiones a don Carlos María , compañero de trabajo de doña Dolores y a quien el acusado conocía personalmente, habiendo llegado a mantener con el mismo una conversación en la que el acusado le advirtió que no saliera con Dolores , y en dichas llamadas telefónicas el acusado profería frases del siguiente tenor "Ya sé dónde vives, te voy a matar a ti y a toda tu familia", " DIRECCION000 número NUM000 , voy a matar a ti y a toda tu familia", "Acuérdete de lo que te he dicho, no comas con mi mujer", y sobre las 11 horas del día 30 de enero de 1.996 el acusado le llamó nuevamente por teléfono diciéndole "Te ha tocado, DIRECCION000 número NUM000 ". Sobre las 22 horas del día 30 de enero de 1.995, el acusado se introdujo en el garaje particular del inmueble sito en el número NUM000 de la calle DIRECCION000 de Barcelona, en donde tiene su domicilio don Carlos María , tratándose de un finca en que residen otros vecinos, y una vez allí procedió a provocar un incendio en el vehículo Renault Laguna matrícula Q-....-QW , propiedad del Sr. Carlos María , que quedó totalmente calcinado, incendio que pudo ser sofocado tras la inmediata intervención de tres dotaciones del Cuerpo de Bomberos. A consecuencia del incendio resultaron afectados, asimismo, el ciclomotor Piaggio con placa municipal....-D, número de bastidor NUM001, propiedad de don Cosme, resultando con desperfectos tasados en 195.881 pesetas, y el vehículo Opel Omega matrícula N-....-NX propiedad de don Juan Pablo , que resultó con desperfectos tasados en 157.600, de las que su propietario hubo de satisfacer 30.000 pesetas correspondientes a la franquicia y la Cía. REGAL INSURANCE CLUB satisfizo las restantes 127.600. El vehículo propiedad de don Carlos María resultó siniestro total, siendo su valor el de 3.900.000 pesetas, habiendo sido indemnizado por la Cía. aseguradora del vehículo. Sobre las 09:05 horas del día 1 de febrero de 1.996, el acusado llamó por teléfono al domicilio de don Carlos María y le dijo "Ya has visto lo que le ha pasado a tu coche, detrás va tu familia". En el momento de realizar los hechos descritos, el acusado se

hallaba fuertemente alterado a causa de la separación matrimonial y verse privado de ver a su hijo de corta edad, así como por la infundada creencia de que su ex compañera salía con don Carlos María, lo que generó en el acusado un estado pasional de turbación que alteraba su capacidad volitiva en orden a ejercer el pleno control de los impulsos de su voluntad.".

3.- Notificada la Sentencia a las partes, la representación procesal del procesado anunció su propósito de interponer recurso de casación que se tuvo por preparado en Auto de 5 de junio de 1.998, emplazándose seguidamente a las partes para que hiciesen uso de su derecho ante esta Sala.

4.- Por medio de escrito que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal Supremo el día 30 de Octubre de 1.998, la Procuradora Dña. Isabel Carretero de la Riva, en nombre y representación de Eugenio, interpuso el anunciado recurso de casación articulado en los siguientes motivos "Primero, por infracción de ley al amparo del art. 5º punto 4 de la LOPJ por infracción de precepto constitucional sobre la presunción de inocencia. Segundo, al amparo del art. 849.1º de la LECr por aplicación indebida del art. 252 del Código Penal derogado y por no aplicación del art. 263 del Código Penal vigente. Tercero, al amparo del número 2 del art. 849 de la LECr por error en la apreciación de la prueba en relación con el documento consistente en informe elaborado por el Instituto de Investigación sobre reparación de vehículos." 5.- El Excmo. Sr. Fiscal, por medio de escrito fechado el 16 de marzo de 1.999, evacuando el trámite que se le confirió, y por las razones que adujo, impugnó los tres motivos del recurso.

6.- Por Providencia de 12 de septiembre de 2.000 se declaró el recurso admitido y concluso, designándose como Ponente al que figura en el encabezamiento de la presente resolución en sustitución del designado anteriormente, señalándose para deliberación y fallo del recurso el día 13 de octubre de 2.000, en cuya fecha la Sala deliberó con el resultado decisorio que a continuación se expresa.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- En el primer motivo del recurso, que se ampara en el art. 5.4 L.O.P.J., se denuncia una vulneración del derecho a la presunción de inocencia, que a todos reconoce el art. 24.2 C.E., toda vez que, según se dice, ni los hechos calificados como delito de amenazas ni los calificados como delito de incendio quedaron probados en la instancia. El motivo no puede ser acogido. En la Sentencia 1.482/2000, dictada el 29 del pasado mes de septiembre, esta Sala ha recordado, recapitulando lo dicho en innumerables ocasiones, en qué debe consistir el control y la censura que le incumbe en relación con lo resuelto por el Tribunal de instancia, cuando se acuda a ella en casación con la queja de que aquél no respetó, con su pronunciamiento condenatorio, el derecho a la presunción de inocencia de quien recurre.

"Hemos de exponer, ante todo, en qué debe consistir el control y la censura que incumbe a esta Sala de lo que ha sido resuelto por el Tribunal de instancia cuanto ante nosotros se acude con la queja de que el mismo no respetó el derecho a la presunción de inocencia de uno o varios de los acusados. El recurso de casación es, en su originaria naturaleza, un remedio extraordinario, tasado y de limitado conocimiento como orientado que está, fundamentalmente, a unificar y depurar la interpretación judicial de la ley. No obstante, la garantía encomendada a los jueces y tribunales en el art. 7 LOPJ, en relación con la tutela efectiva de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del Título I de la Constitución, así como la obligación asumida por el Estado Español, en el art. 14.5 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos de 19 de Diciembre de 1.966, en orden a la garantía del derecho de toda persona declarada culpable de un delito "a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo dispuesto por la ley", han llevado a esta Sala, de acuerdo con la doctrina tempranamente emanada del Tribunal Constitucional, a flexibilizar y ampliar los límites en que tradicionalmente se había de desenvolver la

censura casacional en un sistema procesal penal, como el nuestro, regido por la pauta de la única instancia.

La flexibilización y ampliación a que nos referimos, orientadas por la necesidad de velar desde esta sede por el respeto, en las decisiones judiciales, al derecho de presunción de inocencia y satisfacer en lo posible el llamado "derecho a la segunda instancia", se ha traducido en la progresiva asunción, por esta Sala, de una serie de funciones destinadas, en su conjunto, a comprobar: a) que la declaración de culpabilidad del acusado, pronunciada por el Tribunal de instancia, descansa en una actividad probatoria realizada en el juicio oral con las debidas garantías de publicidad, oralidad, contradicción e inmediación, b) que esa prueba que ha servido de base al Tribunal para llegar a la declaración de culpabilidad tiene efectivamente, un sentido incriminatorio; c) que se trata además de una prueba constitucionalmente legítima, esto es, de una actividad procesal de esta índole en cuya práctica no ha sido lesionado, ni directa ni indirectamente, un derecho fundamental o libertad pública; d) que la valoración de la prueba realizada por el Tribunal de instancia no es irrazonable, arbitraria o caprichosa, debiendo subrayarse que el control de racionalidad de la valoración de la prueba, que esta Sala ejerce, es tanto mayor cuanto más indirecta es aquélla con respecto al hecho tenido por acreditado; y e) que en la sentencia recurrida ha sido expuesto al menos en sus líneas esenciales, el camino lógico seguido por el Tribunal de instancia, desde la percepción del resultado de las pruebas hasta la convicción en cuya virtud ha declarado la culpabilidad del acusado, entendida ésta como participación típica en el hecho igualmente probado. Ahora bien, aunque el riguroso desempeño de estas funciones asegura normalmente que el juicio de hecho formulado en la instancia será sometido en la casación a una revisión efectiva, es inevitable que, como consecuencia de la observancia del principio de inmediación, quede fuera de nuestro control y censura la fuerza de convicción de las pruebas -interrogatorio del acusado, declaraciones testimoniales, dictámenes de los peritos- que se practicaron a presencia del Tribunal de instancia puesto que sólo ésta, que los vio y oyó, estuvo en condiciones de formar criterio sobre la veracidad con que se produjeron acusados y testigos y sobre la solidez de los informes que presentaron los peritos".

Por otro lado, constituye una doctrina constante y pacífica en la jurisprudencia, tanto constitucional como judicial - SSTC 175/1985 y 24/1997 y SSTS. 2ª 132/1997, 692/1998 y 1602/1999, entre otras muchas- que la presunción de inocencia puede ser desvirtuada por indicios, esto es, por datos circunstanciales, si bien en torno a esta posibilidad se ha elaborado un cuerpo doctrinal tendente a evitar que pueda llegar a pronunciarse un pronunciamiento condenatorio sólo sobre la base de sospechas y no en virtud de un juicio de certeza moral. Es esta cautela la que nos ha llevado a sugerir una serie de requisitos que deben concurrir para que pueda fundarse sobre indicios una declaración de culpabilidad: A) Los indicios deben ser, ante todo, plurales a causa de la constitutiva equivocidad que cada uno tiene individualmente considerado. B) Deben estar plenamente acreditados de acuerdo con la exigencia establecida para la prueba presuntiva en el art. 1.249 Cc. C) Deben tener una relación lógica -no arbitraria- con el hecho que mediante ellos se declara acreditado. D) Entre los diversos indicios debe existir una coherencia recíproca de suerte que mutuamente se refuercen y no se debiliten. E) Entre los "hechos base", que son los indicios, y el "hecho consecuencia", que es el que se declara probado, debe haber lo que el art. 1.253 Cc. denomina "un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano" que no permita extraer de los primeros otras inferencias igualmente razonables.

F) Por último, el Tribunal que funda una declaración de culpabilidad en datos meramente indiciarios debe explicitar, al menos en sus trazos esenciales, el camino lógico por el que ha discurrido desde el conocimiento de aquéllos hasta el convencimiento reflejado en dicha declaración, de suerte que puede sostenerse ser especialmente importante la motivación fáctica de la sentencia cuando la prueba celebrada en la instancia ha sido de carácter indiciario.

A la luz de la doctrina que ha quedado sumariamente expuesta, ha de decirse que carece de consistencia la pretensión de que en la sentencia recurrida ha sido infringido el derecho del recurrente a la presunción de inocencia. La lectura del segundo

fundamento jurídico de la sentencia y el examen de las actuaciones que en la misma culminaron lleva justamente a la conclusión contraria. En primer lugar y en relación con los hechos por cuya autoría ha sido condenado el recurrente por un delito de amenazas, el Tribunal de instancia oyó, en el acto del juicio oral, la declaración de la víctima, corroborada por la de una compañera de trabajo, que refirió las frases amenazadoras del acusado reiteradamente proferidas por teléfono aunque ello no impidió identificar perfectamente su voz, lo que quiere decir que en dicho acto, con la plenitud de garantías que le son inherentes, se practicó una prueba de cargo directa con un claro e inequívoco sentido incriminatorio. Prueba que el Tribunal valoró con un criterio que esta Sala en modo alguno puede considerar irrazonable, pues ni las declaraciones de la víctima de un delito pueden ser tachadas "a priori" como no dignas de crédito -la credibilidad de los dichos de un testigo se encuentra lógicamente encomendada a la apreciación en conciencia de los juzgadores que oyen y ven a quien los pronuncia- ni, en el presente caso, fue la víctima el único testigo que declaró atribuyendo al recurrente las múltiples amenazas de que ha sido considerado culpable. Y, en segundo lugar, por lo que se refiere a los hechos calificados como delito de incendio, el convencimiento del Tribunal de instancia sobre la autoría del recurrente aparece igualmente cimentado en una actividad probatoria practicada en el juicio oral y racionalmente valorada. Una actividad probatoria que sólo puso ante el Tribunal-ello es cierto- un conjunto de indicios pero tan indiscutiblemente probados, tan coherentes entre sí y tan directamente enlazados con la conclusión de que sólo el recurrente pudo ser el autor del incendio, que difícilmente una prueba directa hubiera podido conducir en modo más directo a tal conclusión. A lo que se debe añadir, por último, que el Tribunal de instancia, tras enumerar los cinco indicios en los que basa su convicción, explica suficientemente las razones que la han llevado a ella. Lo que en este motivo se pretende, en consecuencia, es que esta Sala haga una nueva valoración de una prueba que no ha presenciado, siendo razonable aquélla con la que el recurrente no está de acuerdo, pretensión que naturalmente no puede prosperar invocando el derecho fundamental de presunción de inocencia. El primer motivo del recurso, pues, debe ser rechazado.

SEGUNDO.- De los dos motivos de casación que se han formalizado por infracción de ley, la más correcta metodología procesal impone analizarlos siguiendo un orden inverso al establecido por el recurrente y comenzar por el tercero en que, al amparo del art. 849.2º L.E.Cr., se denuncia un error de hecho consistente en la que se dice errónea valoración del informe elaborado por el Instituto de investigación de reparación de vehículos. Es evidente que tampoco esta impugnación puede ser favorablemente acogida. Según la constante doctrina de esta Sala, es el Tribunal de instancia al que incumbe apreciar en conciencia la prueba pericial que ante él se practica, no pudiendo ser censurada su apreciación, en el contexto de un recurso de casación, sino en virtud de un documento literosuficiente ante el que esta Sala se encuentre en las mismas condiciones de inmediación en que lo estuvo la juzgadora, lo que difícilmente ocurrirá cuando el sedicente documento sea precisamente el dictamen pericial cuya valoración se cuestiona. Con independencia de ello, la argumentación con que este motivo se desarrolla es absolutamente inidónea para apoyar con éxito la pretensión de que el Tribunal de instancia ha incidido en un error en la apreciación de la prueba. No se niega por el recurrente la corrección de las conclusiones de los peritos a cuyo tenor la causa del incendio del vehículo del perjudicado no fue un fallo de tipo mecánico ni eléctrico, ni es atribuible a un defecto de fabricación. Lo que se rechaza es que de las afirmaciones técnicas contenidas en el informe pueda deducirse que fue el propio recurrente el autor del incendio, deducción que bajo ningún concepto puede rastrearse en la fundamentación de la sentencia recurrida. En ésta, la valoración del informe de referencia lleva a concluir sólo que el incendio del vehículo fue provocado, cosa que en este motivo del recurso no se discute por cierto, siendo otras las pruebas cuya valoración ha servido para imputar la autoría del incendio al recurrente. El segundo motivo, en consecuencia, debe ser rechazado.

TERCERO.- En el segundo motivo del recurso, residenciado en el art. 849.1º L.E.Cr., se denuncia la aplicación indebida, en la sentencia recurrida, del art. 552 C.P. de 1.973 -por error material, sin duda, se dice aplicación indebida del art. 252- y la inaplicación, igualmente no debida, del art. 263 C.P. 1.995.

El razonamiento del recurrente es que, siendo un requisito esencial del tipo de incendio, hoy unitariamente descrito en el art. 351 C.P., la provocación de un peligro para la vida o integridad física de las personas y no habiéndose producido dicho peligro en la ocasión de autos, el hecho debía haber sido calificado como delito de daños mediante la aplicación retroactiva del art. 263 C.P. 1.995, más favorable que la norma aplicada.

Tampoco este motivo puede prosperar. El tipo de incendio en que el hecho ha sido subsumido por la sentencia de instancia -el previsto en el art. 552 C.P. 1.973- era de carácter residual puesto que en él se incardinaba "el incendio de cosas no comprendidas en los artículos anteriores", pero de los elementos que le integraban no estaba en modo alguno excluido el posible riesgo derivado del incendio para la vida o integridad física de las personas. Este riesgo ha sido claramente tenido en cuenta por el Tribunal de instancia al incardinar el hecho enjuiciado en el art. 552 C.P. 1.973, toda vez que, de una parte, se dice en la declaración probada que el incendio se provocó en el garaje de un inmueble en que residen, junto al perjudicado, otros vecinos y, de otra, se hace constar que el incendio "pudo ser sofocado tras la inmediata intervención de tres dotaciones del Cuerpo de Bomberos". Es evidente, pues, que la aplicación retroactiva del C.P. vigente hubiese llevado al Tribunal a la aplicación del art. 351 -más gravoso para el acusado que el derogado art. 552- por la indiscutible concurrencia de un peligro para la vida o integridad física de las personas que residían en la finca donde el incendio se provocó, puesto que la propagación de las llamas desde un vehículo -que quedó totalmente calcinado- a otras instalaciones del inmueble era un riesgo tan cierto como previsible. No se puede, por tanto, estimar indebida la calificación del hecho como delito de incendio, tipificable en el art. 552 C.P. 1.973, en vigor cuando el mismo se produjo, calificación que excluye, de acuerdo con los principios de especialidad y agravación, la calificación del hecho como delito de daños que en este motivo se propone. El recurso, en su conjunto, debe ser desestimado.

FALLO:

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACION por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuesto por la representación del acusado Eugenio , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Décima, de fecha 21 de abril de 1.998, en causa seguida contra el mismo por delitos de amenazas e incendio. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas procesales ocasionadas en su recurso. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia, a los efectos legales oportunos con devolución de la causa que en su día remitió.

17-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 14 DE SEPTIEMBRE DE 2000

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- El Juzgado número. 18 de los de Barcelona incoó Diligencias Previas número. 484 de 1997 por presuntos delitos de amenazas y revelación de secretos contra A.P.M. y una vez conclusas las remitió a la Audiencia Provincial de dicha Capital, Sección Octava, que con fecha 4 de enero de 1999 dictó Sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

Se declara probado que A.P.M., mayor de edad y sin antecedentes penales, durante más de quince años prestó sus servicios como secretario para el Abogado J.P.V., en el despacho de éste sito en el número 612 de la Avda. DDDDDDDD de esta Ciudad, hasta que el día 9 de mayo de 1995, tras un período de dieciocho meses de baja laboral, por causa de enfermedad depresiva, fue despedido por el empleador.

En los primeros días del mes de mayo, y antes del día 9, el Sr. A.P.M. fotocopió diversas agendas, expedientes y otros documentos que se hallaban en el despacho del Sr. J.P.V., bajo su propiedad, sacando las fotocopias de aquél y apoderándose de las mismas al objeto de poder utilizarlas en un futuro.

A.P.M., que atribuyó siempre la pérdida de su salud al trato vejatorio recibido por su patrón, decidido a obtener una compensación satisfactoria y repercutir su daño al causante del mismo, a finales de 1996, antes del día 13 de diciembre, elaboró una carta mecanografiada que remitió al domicilio particular del Sr. J.P.V. como certificada en la que exigía el pago de la suma de 50.000.000 de pesetas a realizar antes de las 13,00 horas del día 19.12.1996, mediante tres cheques bancarios al portador cruzados, uno de 20 millones de pesetas, y los otros dos de 15 millones de pesetas cada uno de ellos, que deberían entregarse dentro de un sobre a nombre del acusado en la Agencia del Banco Bilbao-Vizcaya sita en la calle AAAAAAAA 129-131 de esta Ciudad. Junto a los efectos citados el sobre debía incluir una carta firmada por el Sr. J.P.V., con el texto que el Sr. A.P.M. aportaba en borrador, consistente en una petición de perdón.

A.P.M. advirtió en la referida carta que de no ser atendidas sus exigencias, comparecería en la Fiscalía para denunciar irregularidades conocidas por el acusado, durante su etapa laboral en la Secretaría del despacho, hechos relativos a J.P.V. y a otras personas, referidos a actividades económicas y profesionales algunas con apariencia delictiva y a su vez remitiría copia de todo ello al Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona.

Como quiera que el Sr. J.P.V. no satisfizo ninguna de las pretensiones del acusado, éste el 23 de diciembre de 1996 denunció los hechos aludidos en la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya.

Así mismo se declara probado que A.P.M. cuando llevó a cabo la realización de los hechos anteriormente descritos, se hallaba afectado de un estado depresivo, por el que se hallaba bajo tratamiento médico.

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

FALLAMOS: Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS al acusado A.P.M. como autor responsable de dos delitos, un delito de amenazas y un segundo delito de revelación de secretos, precedentemente definidos, con la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal atenuante analógica de enfermedad mental, a la pena de seis meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio activo y pasivo durante el tiempo de la condena por el delito de amenazas y a la pena de un año de prisión, multa de doce meses a cuota diaria de mil pesetas (360.000), con responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, e inhabilitación para el derecho de sufragio activo y pasivo durante el tiempo de cumplimiento de la condena por el delito de revelación de secretos, y al pago de las costas procesales incluidas las de la Acusación Particular.

Notifíquese que contra la presente resolución cabe interponer recurso de casación por infracción de ley o por quebrantamiento de forma, dentro del plazo de cinco días.

TERCERO.- Notificada en forma la Sentencia a todas las partes personadas se preparó por la representación legal del acusado A.P.M. recurso de casación por vulneración del derecho de presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE y al amparo del art. 5.4 de la LOPJ, así como por infracción de Ley del número. 1º del art. 849 de la L.E.Crim. y por quebrantamiento de forma del número. 1º del art. 851 de la L.E.Crim. que se tuvo anunciado; remitiéndose a la 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 acusado A.P.M. se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por aplicación indebida del art. 171.1º del C. Penal. Delito de amenazas.

Por infracción de Ley al amparo del número. 1 del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del art. 197.1º del C. Penal.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto impugnó el primer motivo del recurso y apoyó parcialmente el segundo 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 Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 6 de Septiembre de 2.000.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- La Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Octava, condenó al ahora recurrente, como autor criminalmente responsable de dos delitos, uno de descubrimiento de secretos y otro de amenazas, con la concurrencia de la atenuante analógica de enfermedad mental, a causa de la depresión que sufría el acusado en la fecha en que se cometieron los hechos, a las penas que se dejan expuestas en los

antecedentes de esta resolución judicial, declarando, como hechos probados, sintéticamente, que dicho acusado, empleado de un bufete profesional de Abogado, causó baja el día 9 de mayo de 1995, siendo despedido por su empleador, tras más de quince años de actividad laboral.

En los primeros días de dicho mes, fotocopió diversas agendas, expedientes y otros documentos que se hallaban en tal despacho profesional, con objeto de poderlas utilizar en un futuro. A finales de 1996, escribió una carta mecanografiada en la que le exigía el pago de cincuenta millones de pesetas, advirtiéndole que, en caso de no producirse dicha entrega, denunciaría las supuestas irregularidades conocidas por el acusado ante la Fiscalía y a su vez remitiría copia de todo ello al Colegio de Abogados de Barcelona; como quiera que el Abogado no satisfizo ninguna de las pretensiones del acusado, éste denunció los hechos en la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya el día 23 de diciembre de 1996.

SEGUNDO.- Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia la indebida aplicación del art. 171 del Código penal de 1995 (delito de amenazas), alegando en su intensidad del mal anunciado y todas las circunstancias concurrentes, los hechos deberían haberse calificado como de simple falta de amenazas, del art. 620.2 del propio Cuerpo legal, ya que al estar afectado el acusado por un grave estado depresivo no pudo discernir sobre su intensidad; y subsidiariamente, no concurriría tampoco el requisito de perseguibilidad consistente en la denuncia del perjudicado. El motivo debe desestimarse.

La jurisprudencia de esta Sala (SS. 9-10-1984, 18-9-1986, 23-5-1989 y 28-12-1990), ha considerado el delito de amenazas como de mera actividad, que se consuma con la llegada del anuncio a su destinatario, y su ejecución consiste en la conminación de un mal con apariencia de seriedad y firmeza, sin que sea necesario la producción de la perturbación anímica que el autor persigue, de manera que basta con que las expresiones utilizadas sean aptas para amedrentar a la víctima.

En definitiva, son elementos constitutivos de este delito, según los precedentes jurisprudenciales:

Una conducta por parte del sujeto activo integrada por hechos o expresiones susceptibles de causar una intimidación en el ánimo del sujeto pasivo, dando a entender la realización futura, más o menos inmediata, de un mal;

Que en el agente no sólo se dé el elemento subjetivo general de la conciencia y voluntariedad del acto, en el que pueda asentarse el reproche de culpabilidad, sino también que la expresión del propósito sea persistente y creíble, que es lo que integra el delito distinguiéndolo de las contravenciones afines; y

Que concurren circunstancias concomitantes y circundantes a los hechos que permitan valorar la emisión y recepción del anuncio de un mal como de entidad suficiente para merecer la repulsa social y servir de soporte al juicio de antijuridicidad (SS. 4-11-1978, 13-5-1980, 2-2, 25-6, 27-11 y 7-12-1981, 13-12-1982, 30-10-1985 y 18-9-1986).

En el Código Penal de 1973, con la modificación introducida por la LO 3/1989, se establece una diferencia bien perfilada entre el delito y la falta de amenazas, ya que la tipificación delictiva se reserva para las amenazas de un mal constitutivo de delito y para la amenazas condicionales de un mal no constitutivo supuestos muy concretos y especiales, de amenaza en el calor de la ira, sin armas del art. 585.1º.

En el Código Penal de 1995, tras tipificarse el delito de amenazas de un mal integrante de delito, y de un mal no constitutivo de delito, si son condicionales, en el apartado 2º del art. 620 se sanciona como falta la provocación de una amenaza de

carácter leve, con lo que la contravención tiene un carácter residual, refiriéndose a las conminaciones de males no constitutivos de delito, sin imposición de condición.

El criterio de la Jurisprudencia manifestado, entre otras, en las Sentencias de 11-2 y 23-4-1977, 4-12-1981, 12-2-1985, 6-3-1985, 23-5-1985, 27-6-1985, 20-1-1986, 13-2-1989, 30-3-1989, 23-5-1989, 3-7-1989, 11-9-1989, 23-4-1990, 18-11-1994 y 25-1-1995, es que la diferencia entre los delitos y las faltas de amenazas, es puramente cuantitativa, radicando en la menor gravedad a los males anunciados, y la menor seriedad y credibilidad de las expresiones conminatorias, aunque en ambos, delitos y faltas, tendrá que concurrir el elemento dinámico de la comunicación de gestos o expresiones susceptibles de causar una cierta intimidación en el ánimo del sujeto pasivo, dando a entender la realización futura, más o menos inmediata, de un mal.

Es claro que en el caso sometido a nuestra consideración, las amenazas deben ser consideradas como delito, ya que son evidentemente condicionales, están hechas por escrito, lo cual significa una mayor reflexión en la conminación del mal que se anuncia, ha transcurrido un lapso temporal extenso entre el apoderamiento de papeles que el acusado juzgó comprometedores para el perjudicado, lo que revela la persistencia del propósito criminal, y existe ánimo de lucrarse en caso de aceptar el destinatario sus exigencias, como es el pago de cincuenta millones de pesetas, de modo que los hechos fueron calificados correctamente como delito por parte de la Sala sentenciadora. De otro lado, en nada puede incidir el estado depresivo del sujeto en el componente objetivo del delito, sino en el área de la culpabilidad, en donde se insertó tal estado, conformando una circunstancia atenuatoria. Se desestima el motivo.

TERCERO.- Por el propio cauce casacional citado, y con pleno respeto a los hechos declarados probados, se denuncia la indebida aplicación del art. 197-1º del Código penal de 1995, que tipifica el delito de descubrimiento de secretos. El motivo será parcialmente estimado, en los términos que solicita el Ministerio fiscal, desestimándose las alegaciones del recurrente. Éste combate la Sentencia con tres

razonamientos. Dice en primer lugar que el verbo nuclear del tipo es el apoderamiento y que fotocopiar papeles, no es lo mismo que apoderarse de tales documentos, no pudiendo realizarse interpretaciones extensivas del tipo en contra de reo. Esta objeción debe desestimarse: el apoderamiento exigido en el art. 497 del CP 1973 y ahora en el art. 197 CP 1995, no puede considerarse estrictamente como el apoderamiento físico de los mismos, basta su aprehensión virtual, de manera que el sujeto activo del delito se haga con su contenido de cualquier forma técnica que permita su reproducción posterior, como por ejemplo, mediante su fotografiado. En este sentido la Sentencia de esta Sala de 18 de febrero de 1999, mantiene que el delito se consuma tan pronto el sujeto activo «accede» a los datos, esto es, tan pronto los conoce y tiene a su disposición, pues sólo con eso se ha quebrantado la reserva que los cubre, es por lo que debe entenderse que la norma requiere la existencia de un perjuicio añadido para que la violación de la reserva integre el tipo, un perjuicio que puede afectar al titular de los datos o a un tercero.

Esto nos lleva al segundo reproche que alega el recurrente, manteniendo que no pueden considerarse secretos los papeles fotocopados. Pero teniendo en cuenta que no se explica nada relativo a los aspectos de los mismos, y que como sino en su aspecto relacionado con la intimidad o privacidad de las personas, ya que tal derecho constitucional protege la norma penal, es evidente que las agendas profesionales, expedientes y documentos de un despacho profesional de abogados son documentos secretos, pues tales profesionales deben guardar secreto de todos los hechos o noticias de que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional (art. 437.2 LOPJ), corroborando desestima este subapartado, e igualmente el siguiente, que censura la divulgación, comprendiendo la misma el hecho de poner estos hechos en conocimiento de la Fiscalía. Y ello por dos razones: en primer lugar, porque la razón de tal puesta en conocimiento, en el caso enjuiciado, no está presidida por el ánimo de denunciar simplemente unos hechos que el acusado juzga delictivos, a la misma, y solamente lo hace cuando sabe que el perjudicado no va a pagar la suma exigida en la carta que le remite. Y en segundo lugar, porque verdaderamente no ha sido condenado por el subtipo agravado de la divulgación, sino por el art. 197.1 del CP 1995, aunque

tuviera inicialmente ánimo de difusión o divulgación. Meritada divulgación se encuentra inserta, como subtipo agravado, en el art. 197.3 del propio Cuerpo legal.

Sin embargo, tiene razón el Ministerio fiscal cuando solicita se aplique el Código penal de 1973, como más beneficioso para el recurrente, algo que no se plantea en la Sentencia recurrida. Efectivamente, el art. 197.1 CP 1995 se corresponde con el párrafo segundo del art. 497, castigándose con arresto mayor y multa, mientras en el nuevo Código penal se penaliza con prisión de uno a cuatro años y multa. Es más, todo el conjunto del art. 497 del CP 1973 es más beneficioso que el CP 1995. Los hechos ocurren indudablemente bajo la vigencia del CP 1973 (mayo de 1995), luego deben ser aplicados los preceptos de dicho Código, debiendo casarse la Sentencia, y dictarse a continuación otra más ajustada a derecho.

CUARTO.- Se declaran de oficio las costas procesales.

FALLO:

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR al recurso de casación por infracción de Ley por estimación parcial del segundo de sus motivos referente únicamente al delito de revelación de secretos, interpuesto por la representación legal del acusado A.P.M. contra Sentencia de la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha cuatro de Enero de mil novecientos noventa y nueve que le condenó como autor responsable de dos delitos uno de amenazas y un segundo delito de revelación de secretos. Así mismo declaramos de oficio las costas ocasionadas en la presente instancia.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta a la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Barcelona 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.

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

VOTO PARTICULAR:

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a catorce de Septiembre de dos mil.

El Juzgado de Instrucción número. 18 de Barcelona incoó Diligencias Previas número. 484/97 contra A.P.M. de 65 años de edad, hijo de F. y de G., natural de Barcelona y vecino de Barcelona, calleBBBBBBBB 181, de profesión pensionista, sin antecedentes penales, cuya solvencia no consta y en libertad provisional por esta causa, por presuntos delitos de amenazas y revelación de secretos y una vez conclusas las remitió a la Audiencia Provincial de dicha Capital, Sección Octava, que con fecha cuatro de enero de mil novecientos noventa y nueve dictó Sentencia condenando a dicho acusado como autor responsable de dos delitos uno de amenazas y un segundo delito de revelación de secretos con la concurrencia de circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal atenuante analógica de enfermedad mental a la pena de seis meses de prisión y accesorias por el primero, y un año de prisión y multa con accesorias por el segundo y al pago de las costas procesales; Sentencia que ha sido casada y anulada por la dictada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo por lo que los mismos Magistrados que formaron Sala bajo la misma Presidencia y Ponencia, proceden a dictar esta segunda resolución con arreglo a los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se dan por reproducidos los hechos probados de la Sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Por las razones expuestas en la precedente resolución, debemos aplicar en el delito de descubrimiento de secretos el art. 497 del CP de 1973, en su párrafo segundo, e imponer la pena de dos meses de arresto mayor y multa de cien mil pesetas con suspensión del derecho sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Igualmente debe suprimirse la privación del sufragio activo en el delito de amenazas, que por error y contravención con lo dispuesto en el art. 56 del CP 1995 la Sala impuso equivocadamente.

FALLO

Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS al acusado A.P.M. como autor criminalmente responsable de un delito de descubrimiento de secretos, ya definido, con la concurrencia de la atenuante analógica de enfermedad mental, a la pena de dos meses de arresto mayor, cien mil pesetas de multa, con diez días de arresto sustitutorio por su impago, manteniendo y dando por reproducido el resto de los pronunciamientos de la Sentencia recurrida en lo que se refiere a la condena por delito de amenazas, y en ambos delitos, con suspensión del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, confirmando igualmente el pronunciamiento sobre costas procesales.

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

**18-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 28 DE ABRIL DE
2006**

ANTECEDENTES DE HECHO:

1.- El Juzgado de Instrucción número 4 de La Bisbal instruyó Procedimiento Abreviado con el número 1247/97 y una vez concluso fue elevado a la Audiencia Provincial de Girona que, con fecha 14 de marzo de 2002 dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS: "Sobre las 22?15 horas del día 22 de septiembre de 1997, los acusados Pedro Antonio y Juan ambos mayores de edad y sin antecedentes penales, de común acuerdo con los también acusados Oscar, mayor de edad y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, en ejecución de un plan preconcebido, se dirigieron en el vehículo Alfa Romeo blanco matrícula R-....-RX, propiedad de Elisa y conducido por el también acusado Cosme, también mayor de edad y sin antecedentes penales, hasta la calle Illes Medes Nº 11 de la Urbanización Golfet de la localidad de Calella de Palafrugell, en cumplimiento de un encargo hecho por una persona cuya identidad se desconoce y que los acusados identificaron sólo con el nombre de Jordi, consistente en cobrar una deuda de cuatrocientos millones de pesetas.- Mientras Cosme se quedaba al volante con el vehículo en marcha preparado para en su caso asegurar la huida de los cuatro, Pedro Antonio y Juan dieron un fuerte golpe en la puerta de la vivienda propiedad de Gabino que en ese momento se encontraba con su familia mirando la televisión. Extrañada por el golpe, la mujer del dueño de casa, la señora Valentina fue hasta la puerta y la entreabrió. En ese momento Pedro Antonio y Juan empujaron la puerta y entraron violentamente en la casa y preguntaron por el señor Claudio. Cuando el señor Eusebio les aclaró que su segundo apellido era Claudio. Pedro Antonio con un puño americano y una navaja lo obligó a colocarse de rodillas y comenzó a pincharle con la navaja repetidamente en la cara y a golpearle con el puño americano en la cabeza mientras le amenazaba diciéndole: "Don Claudio: esto es un ajuste de cuentas, ahora entrará una persona que le conoce a Ud.". En ese momento se presentó Oscar. Estos gritos los alternaba con amenazas e insultos al resto de la familia

oyéndosele decir "os vamos a matar, cabrones", que todo se arreglaba con cuatrocientos millones de pesetas. Por su parte Juan que además de golpear, gritar e insultar simultáneamente con Pedro Antonio que exhibía una pistola y una porra, redujo al yerno Don. Eusebio, el señor Ángel Jesús con la ayuda de una navaja que le puso al cuello. Don Eusebio les ofreció abrirles la caja fuerte sin que ellos se interesaran en su apertura.- En un determinado momento, Juan que era el que llevaba la iniciativa decidió hacer que los demás habitantes de la casa abandonaran el escenario de la violencia e hizo que Pedro Antonio condujera a la mujer Don Eusebio Claudio, la señora Valentina, a sus hijas Silvia, casada con el señor Ángel Jesús y la menor Gloria hasta un lugar donde pudieran encerrarlas. A indicación de ellas mismas, fueron llevadas hasta la bodega de la casa en un piso inferior donde fueron encerradas con llave quedándose en la puerta Oscar.- Cuando Pedro Antonio volvió al piso superior, terminó de atar Don Ángel Jesús con una cuerda que pasó por el cuello, manos y pies, tensándola hasta tal punto que la víctima comenzó a asfixiarse. Ello provocó una reacción en señor Eusebio Gabino que se abalanzó sobre Pedro Antonio haciéndole caer. Mientras tanto, las mujeres alarmadas por los gritos que se oían del piso superior habían logrado salir de la bodega empujando la puerta que por ser de láminas no presentaba mucha resistencia y lograron llegar hasta el salón sin que Oscar lo impidiera.- Al ver estos acusados que la situación se les escapaba de las manos corrieron hasta el automóvil en el que les esperaba con el motor en marcha el acusado Cosme. En la huida abandonaron una pistola semiautomática fabricada a imitación de la pistola F.N. BROWNING del calibre 6135 en perfecto estado de conservación y funcionamiento con su correspondiente cargador y los cartuchos pero sin el número de identificación y una navaja tipo mariposa que fueron intervenidos por la Policía judicial junto con un puño americano, una porra o defensa de goma y otras dos navajas pequeñas.- SEGUNDO.- El Sr. Gabino sufrió diversas heridas incisas: dos en región occipital, una bajo el pabellón auricular, una en el brazo derecho, una en la parte laterocervical derecha y otra en la laterocervical izquierda que necesitaron para sanar además de la primera asistencia médica tratamiento quirúrgico consistente en sutura de las heridas y que tardaron en curar quince días.- Don. Ángel Jesús sufrió lesiones consistentes en marcas producidas por las cuerdas en la parte anterior y posterior del cuello, y en ambas muñecas y tobillo que necesitaron para sanar tan sólo de la primera asistencia médica y que tardaron en curar diez días.-

La Sra. Valentina sufrió una contusión en la mandíbula derecha que sanó a los 10 días tras la primera asistencia médica".

2.- La sentencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "FALLAMOS: Que ABSOLVIENDO a los acusados Pedro Antonio, Juan y Oscar del delito de detenciones ilegales debemos CONDENARLOS como coautores responsables sin circunstancias modificativas de responsabilidad penal de un delito de amenazas a la pena de un año de prisión, por el delito de allanamiento de morada a la pena de dos años de prisión y multa de diez meses con una cuota diaria de 6,000 euros, y por el delito de tenencia ilícita de armas reglamentada a dos años de prisión, a la pena de tres años de prisión por el delito de lesiones y a la de seis arresto de fines de semana por la falta de lesiones y al pago de las siete octavas partes de las costas y a las accesorias legales.- Que ABSOLVIENDO al acusado Cosme de los delitos de detenciones ilegales y de lesiones, así como de la falta de lesiones, debemos CONDENARLO como cooperador necesario sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal de un delito de amenazas a la pena de un año de prisión, por el delito de allanamiento de morada a la pena dos años de prisión y multa de diez meses con una cuota diaria de 6, 00 euros, y por el delito de tenencia ilícita de arma reglamentada a dos años de prisión y al pago de cinco octavas partes de las costas y a las accesorias legales.- Los acusados Pedro Antonio, Juan y Oscar deberán pagar en concepto de responsabilidad civil por las lesiones conjunta y solidariamente 270,46 euros Don Gabino y 180,30 euros por las lesiones Don Ángel Jesús. En concepto de responsabilidad por los daños morales causados estos acusados deberán conjunta y solidariamente indemnizar en 1.200 euros a cada uno de Don Gabino, Ángel Jesús, Valentina, Teresa y Gloria. El acusado Cosme, deberá pagar por este mismo concepto 1.000 euros a estas mismas personas.- Se condena a Pedro Antonio, Juan y Oscar al pago de la seis octavas partes de las costas causadas y al acusado, Cosme, al pago de las cuatro octavas partes de las costas causadas. Entre las costas no se incluyen las derivadas de la actuación de la acusación particular.- Se decreta el comiso de las armas intervenidas.- Contra esta Sentencia puede interponerse recurso de Casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que

deberá presentarse ante esta Audiencia Provincial, en el plazo de cinco días a partir de la última notificación".

3.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de preceptos constitucionales e infracción de Ley, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el rollo y formalizándose los recursos.

4. El recurso interpuesto por Pedro Antonio se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION: Primero.- En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , se invoca vulneración del derecho a la presunción de inocencia que proclama el artículo 24.2 de la Constitución . Segundo.- En el segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 169.1 del Código Penal. Tercero.- En el tercer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 147.1 del Código Penal. Cuarto.- En el cuarto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 2º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca error 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. Quinto.- En el quinto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 564.1.1ª, en relación con el artículo 2.1ª, ambos del Código Penal.

El recurso interpuesto por Cosme se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION: Primero.- En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 2º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 28 del Código Penal. Segundo.- En el segundo

motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción del artículo 24 de la Constitución y de los artículos 169, 202 y 464, todos del Código Penal.

El recurso interpuesto por Juan se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION: Primero.- En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 564.1.1º, en relación con el artículo 2.1, ambos del Código Penal . Segundo.- En el segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por aplicación indebida, de los artículos 147.1 y 148.1, ambos del Código Penal. Tercero.- En el tercer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 2º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca error 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. Cuarto.- En el cuarto motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se invoca vulneración del derecho a la presunción de inocencia que proclama el artículo 24.2 de la Constitución.

5. Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, la Sala admitió los mismos, quedando conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera.

6. Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 21 de abril de 2006.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

RECURSO INTERPUESTO POR Pedro Antonio

PRIMERO.- En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se invoca vulneración del derecho a la presunción de inocencia que proclama el artículo 24.2 de la Constitución.

Se niega la existencia de prueba, alegándose, respecto al delito de amenazas, que ninguno de los testigos declaró que hubiese oído decir al ahora recurrente "os vamos a matar, cabrones" y que sólo refieren gritos e insultos sin especificar.

También se niega la existencia de prueba respecto al delito de lesiones afirmándose que del informe del Médico Forense no se infiere que las lesiones hubiesen requerido para su sanidad de tratamiento médico ni quirúrgico y que no ha quedado acreditado quien fuera el autor material de las mismas, inexistencia de prueba que se afirma igualmente respecto a las lesiones constitutivas de falta. Y respecto al delito de tenencia ilícita de armas, se dice que ninguno de los testigos reconoce al recurrente como la persona que portara la pistola.

Examinemos los distintos extremos del recurso, empezando por las amenazas.

El propio recurrente reconoce, en el acto del juicio oral, que estuvo en la vivienda en las que se produjeron los hechos enjuiciados. El testigo Gabino precisa el comportamiento de los acusados que entraron en su vivienda, diciendo que los dos primeros que accedieron a dicha vivienda eran portadores de una porra y de unos puños americanos y que un tercero llevaba la navaja, que se dirigieron a ellos en tono amenazante y que le golpearon así como a su yerno. El testigo Ángel Jesús manifiesta que les amenazaron y que uno de ellos le puso un cuchillo en el cuello, otro llevaba una pistola y que les estuvieron amenazando en todo momento, exigiendo la entrega de una importante suma de dinero. La esposa e hijas del titular de la vivienda también coinciden con las declaraciones de los dos anteriores, así como con las amenazas

extremos sobre los que también se pronunciaron en sus declaraciones en el Juzgado que obran a los folios 262 y siguientes de las actuaciones.

El Tribunal de instancia ha podido valorar estas declaraciones que sustentan las conductas que incardinan en el delito de amenazas, existiendo, pues, prueba de cargo, legítimamente obtenida que contrarresta el derecho de presunción de inocencia invocado.

Respecto al delito de lesiones, el Tribunal de instancia, además de las declaraciones depuestas por los lesionados, ha podido valorar el informe del médico forense, ampliado en el acto del juicio oral, en el que consta las heridas sufridas por Gabino Eusebio y Ángel Jesús, y con relación al primero, se dictamina que además de la primera asistencia, precisó de puntos de sutura, tardando en curar quince día.

Igualmente, ha existido, pues, prueba de cargo respecto a las lesiones sufridas por esas dos personas.

El testigo Ángel Jesús, en el acto del juicio oral, declara que uno de los acusados era portador de una pistola, que reconoce como la que se le exhibe y sobre la que dictaminaron los peritos de balística, arma que fue recogida por los agentes de policía en el jardín de la vivienda, como declararon en el plenario, existiendo, por consiguiente, prueba de cargo sobre el porte de dicha arma.

Así las cosas, el Tribunal sentenciador ha construido el relato fáctico en base a pruebas legítimamente obtenidas en el acto del plenario.

Todos los extremos del motivo deben ser desestimados.

SEGUNDO.- En el segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 169.1 del Código Penal.

Se alega, en defensa del motivo, que si el Tribunal de instancia hubiese entendido que existía prueba respecto al delito de allanamiento de morada debió apreciarse un concurso de normas entre este delito y el de amenazas.

El cauce procesal esgrimido exige el respeto del relato fáctico de la sentencia de instancia en el que se recoge que tres de los acusados, entre los que se encontraba el ahora recurrente, entraron con violencia en la vivienda de los perjudicados, en contra de la voluntad de estos últimos, conducta que se subsume en el delito de allanamiento apreciado por el Tribunal de instancia, al concurrir cuantos elementos objetivos y subjetivos le caracterizan, concurriendo, en concurso real con el delito de amenazas, al integrar conductas distintas como distintos son los bienes jurídicos protegidos por dichas figuras delictivas.

El motivo no puede prosperar.

TERCERO.- En el tercer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 147.1 del Código Penal.

Se niega la existencia de esa figura de lesiones al no requerir Don. Eusebio tratamiento médico ni quirúrgico.

Este motivo tampoco puede prosperar.

Igualmente ha de partirse del relato fáctico de la sentencia recurrida en el que consta que Don. Eusebio sufrió diversas heridas de las que curó a los quince días precisando, además de la primera asistencia, de tratamiento quirúrgico consistente en suturas de las heridas.

Tiene declarado esta Sala, como es exponente, entre otras, la Sentencia 806/2001, de 11 de mayo , que la aplicación de puntos de sutura supone ese tratamiento quirúrgico en cuanto se trata de una actividad médica reparadora con uso de mecanismos quirúrgicos, aunque se considere una cirugía menor.

CUARTO.- En el cuarto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 2º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca error 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.

Se señala como documento que evidencia error en el Tribunal de instancia el informe médico forense respecto al lesionado Don. Eusebio, obrante al folio 242 de las actuaciones y ratificado en el acto del plenario.

Es doctrina reiterada de esta Sala que no constituyen documentos, a estos efectos casacionales, los dictámenes periciales, en cuanto se trata de pruebas personales que no pierden dicho carácter por el hecho de aparecer documentadas en las actuaciones, con la única excepción de que la prueba pericial sea única e inequívoca y el Tribunal sentenciador la haya incorporado de modo incompleto o fragmentariamente o que tratándose de varios dictámenes coincidentes la Audiencia ha llegado a conclusiones

divergentes con las de los citados informes o, incluso, diametralmente opuestas o contrarias a lo expuesto por los peritos.

Y ciertamente eso no sucede en el supuesto que examinamos; el Tribunal de instancia ha tenido en cuenta el dictamen médico forense al que se alude en defensa del motivo, dictamen ampliado en el acto del juicio oral, del que no se ha apartado en ningún extremo.

El motivo, que carece de todo fundamento, no puede prosperar.

QUINTO.- En el quinto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 564.1.1ª, en relación con el artículo 2.1ª, ambos del Código Penal .

Se alega, en defensa del motivo, que el recurrente no fue portador de armas de fuego ni las tuvo a su disponibilidad.

El relato fáctico, además del arma de fuego consistente en una pistola que se encontraba en perfecto estado de funcionamiento, recoge que los acusados que entraron en la vivienda eran portadores de puño americano, una navaja mariposa y una defensa de goma, instrumentos que se incardinan en el concepto de armas prohibidas previstas en el artículo 563 del Código Penal , en relación con el artículo 4.1 f) y h) del Reglamento de Armas , y si bien el Tribunal descarta que esa diversidad de armas integren más de un delito de tenencia ilícita de armas sí presupone esa conducta delictiva atribuible a todos los acusados, que tenían conocimiento del uso de esas armas y que gozaban de su disponibilidad.

El motivo debe ser desestimado.

RECURSO INTERPUESTO POR Cosme

PRIMERO.- En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 2º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 28 del Código Penal.

Se niega que el recurrente tuviera participación en actividad delictiva que pudiera servir de fundamento a una condena como coautor, inductor, cooperador necesario o cómplice, y que únicamente fue testigo de lo ocurrido a posteriori sin intervención activa de ninguna clase.

No es eso lo que se dice en los hechos que se declaran probados donde se afirma que el ahora recurrente, puesto de acuerdo con los otros acusados y con el fin de cumplir el encargo de exigir la entrega y cobro de cuatrocientos millones de pesetas, fue quien se quedó al volante del vehículo, con el motor en marcha, a la puerta de la vivienda donde se produjeron los hechos enjuiciados, para asegurar la huida, lo que viene acreditado por las propias declaraciones de los acusados, de los testigos presenciales y de los funcionarios policiales que detuvieron a los cuatro, incluido este acusado, en el interior del vehículo, cuando se daban a la fuga, a las pocas horas de ocurridos los hechos.

El motivo no puede prosperar.

SEGUNDO.- En el segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción

del artículo 24 de la Constitución y de los artículos 169, 202 y 464, todos del Código Penal.

Se niega la existencia de prueba de cargo que pueda sustentar una autoría como cooperador necesario de los delitos contenidos en los artículos 169, 202 y 564 del Código Penal.

Es de reiterar lo expresado para rechazar el anterior motivo.

Ciertamente, ha quedado perfectamente acreditado por las declaraciones a las que se ha hecho mención en ese motivo, de que el ahora recurrente quedó al volante del vehículo, cuyo motor estaba en marcha, y preparado para facilitar la huida de quienes habían entrado en la vivienda, con los que se había concertado previamente, y ello unido al conocimiento de las armas de que eran portadores los otros acusados, conocimiento que aparece acorde con las reglas de la lógica y la experiencia, atendidas las circunstancias en las que se iban a desarrollar los hechos en el interior de dicha vivienda, y todo ello ha permitido al Tribunal de instancia alcanzar la convicción de que su aportación a la conducta de los demás resultó absolutamente relevante para llevar a cabo el plan inicialmente ideado.

El motivo debe ser desestimado.

RECURSO INTERPUESTO POR Juan

PRIMERO.- En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por

aplicación indebida, del artículo 564.1.1º, en relación con el artículo 2.1, ambos del Código Penal.

Se alega que el delito de tenencia ilícita de armas es un delito de propia mano y que sólo es imputable al que posee el arma o tenga su disponibilidad y que en el presente caso no ha quedado constatado que el resto de los acusados tuvieran la posibilidad de esa disposición ni que existiera un concierto previo.

Es de dar por reproducido lo expresado para rechazar igual motivo formalizado por el recurrente Pedro Antonio

SEGUNDO.- En el segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por aplicación indebida, de los artículos 147.1 y 148.1, ambos del Código Penal.

Se alega, como hizo el primer recurrente, que el lesionado no precisó de tratamiento médico o quirúrgico.

Es de dar por reproducido lo expresado para rechazar aquel motivo al concurrir cuantos elementos caracterizan el delito de lesiones apreciado en la sentencia recurrida.

TERCERO.- En el tercer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 2º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca error 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.

Se designa como documento que evidencia el error en que ha incurrido el Tribunal de instancia, respecto al delito de lesiones, el informe del Médico Forense.

Es asimismo de dar por reproducido para rechazar igual invocación realizada por el primer recurrente. Este motivo debe ser también desestimado.

CUARTO.- En el cuarto motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se invoca vulneración del derecho a la presunción de inocencia que proclama el artículo 24.2 de la Constitución.

Se niega la existencia de pruebas de cargo respecto a los delitos de lesiones, tenencia ilícita de armas y amenazas ni que acrediten la efectiva participación del recurrente en los mismos.

Este recurrente reconoce, en el acto del juicio oral, que entró en la vivienda donde se produjeron los hechos enjuiciados con el fin de cobrar una deuda, y ofrece una versión de lo que sucedió en el interior de esa vivienda discrepante de lo que se acreditó por las declaraciones depuestas por el titular y sus familiares que se encontraban presentes, lo que viene corroborado por los informes médicos y por el hallazgo de las armas, que fueron encontradas por los funcionarios policiales que también declararon en el acto del juicio oral, siendo detenido, junto con los otros acusados.

Como se ha expresado para rechazar iguales invocaciones de presunción de inocencia realizadas por los anteriores recurrentes, el Tribunal de instancia ha podido valorar pruebas de cargo, legítimamente obtenidas en el acto del plenario, que contrarrestan ese derecho constitucional.

FALLO:

DEBEMOS DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS LOS RECURSOS DE CASACION por infracción de preceptos constitucionales e infracción de Ley interpuestos por Pedro Antonio, Cosme y Juan, contra sentencia de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Girona de fecha 14 de marzo de 2002 , en causa seguida por delitos de amenazas, lesiones, allanamiento de morada y tenencia ilícita de armas. Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas ocasionadas en el presente recurso. Comuníquese esta sentencia a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

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

19-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 12 DE DICIEMBRE DE 1997

ANTECEDENTES DE HECHO:

1.- El Juzgado de Instrucción nº 1 de Orense, instruyó Procedimiento Abreviado con el número 3/96 y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de dicha localidad, que con fecha 3 de Octubre de 1.996 dictó Sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS: Que en fechas no bien determinadas comprendidas entre los meses de junio y diciembre de 1.995, los acusados Plácido y Carlos José, a la sazón de 23 y 26 años de edad respectivamente y sin antecedentes penales, sabedores de que su familiar Ernesto, de 70 años de edad, vivía solo en su casa sita en C/ DIRECCION000 del barrio de DIRECCION001 de esta ciudad, y que era pensionista y estaba enfermo de los nervios y con quien les unía una buena relación de confianza, hasta el punto de haberle facilitado el uso de las dependencias del bajo de la referida vivienda para el esparcimiento de ambos jóvenes, con el propósito de obtener dinero de

él, le dirigieron anónimos, cuyo contenido le generaba intranquilidad y desasosiego, a la vez que golpeaban la puerta y desfigurando la voz, le conminaban diciéndole que si no les daba dinero tirarían la puerta abajo y lo matarían, y de este modo e interviniendo separadamente y confeccionando cada uno en su caso sus propios anónimos, el acusado Plácido realizó los hechos cuando menos en siete ocasiones, empleando siempre los indicados métodos, consiguiendo su propósito dinerario que la víctima le pasaba por debajo de la puerta, en tres ocasiones, obteniendo un beneficio reconocido de cuando menos treinta mil pesetas en total, en tanto que el inculpado Carlos José, lo hizo en siete ocasiones, en todas ellas por escrito, sin conseguir su propósito en seis de ellas, y si en cambio en una, en la que obtuvo cuando menos un total de 30.000 pesetas reconocidas y que el amenazado le entregó por debajo de la puerta, acompañándole en esta ocasión y en otra de aquellas el coacusado Juan Ignacio, sin que en ninguna de ellas hubiera confeccionado anónimo ni hubiese participado en el reparto del dinero obtenido, aunque ambos lo gastaron juntos.

En la referida etapa, persona o personas no identificadas, siguiendo idéntico procedimiento de amenaza condicional por escrito, consiguieron que el perjudicado Ernesto , hiciera entrega de un total de un millón doscientas setenta mil pesetas, cantidad que fue proporcionando a sus extorsionadores por debajo de la puerta de su domicilio en pequeñas entregas incluidas las que entregó a los acusados.

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS: Condenamos al acusado Plácido, como autor responsable de cuatro delitos de amenazas por escrito exigiendo dinero sin conseguir su propósito, a la pena de SEIS MESES DE ARRESTO MAYOR, por cada uno de ellas y como autor responsable de tres delitos de amenazas por escrito exigiendo dinero y consiguiendo su propósito, a la pena de SEIS AÑOS DE PRISION MENOR, por cada uno, con las accesorias legales y al pago de la cuadragésima parte de las costas procesales. Asimismo, condenamos al inculpado Carlos José, como autor responsable de seis delitos de amenazas por escrito exigiendo dinero y sin conseguir su propósito a la pena de SEIS MESES DE ARRESTO MAYOR,

por cada uno de ellos, y como autor de un delito de amenazas por escrito exigiendo dinero y consiguiendo su propósito, a la pena de SEIS AÑOS DE PRISION MENOR accesorias legales y al pago de la cuadragésima parte de las costas procesales. Y también condenamos al acusado Juan Ignacio, como autor de dos delitos de amenazas no condicionales, a la pena de UN MES Y UN DIA DE ARRESTO MAYOR Y MULTA DE CIEN MIL PESETAS, con diez días de arresto sustitutorio para caso de impago por insolvencia, por cada uno de ellos, accesorias legales y al pago de una vigésima parte de las costas procesales.

Para el cumplimiento de las penas privativas de libertad le es de abono a los tres acusados, el tiempo en que hubiesen estado preventivamente privados de ella por esta causa, si no les hubiese beneficiado en otra.

Se condena asimismo a los tres acusados, al pago de la indemnización civil que por vía de reparación deberán entregar al perjudicado Ernesto, en la cuantía que se determine en ejecución de sentencia, conforme a lo prevenido en el art. 798.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Al notificarse esta resolución a las partes, háganse las indicaciones a que se refiere el art. 248. 41 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

3.- Notificada la sentencia a las partes se interpuso recurso de casación por INFRACCION DE LEY Y QUEBRANTAMIENTO DE FORMA, que se tuvo por 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.

4.- La representación de Plácido, basó su recurso de Casación en los siguientes motivos:

PRIMERO.- Por quebrantamiento de forma, con fundamento y apoyo procesal en el art. 851.1º inciso primero de la L.E.Criminal.

SEGUNDO.- Por quebrantamiento de forma, con apoyo en el art. 851.1º inciso segundo de la L.E.Criminal.

TERCERO.- Por quebrantamiento de forma, con apoyo procesal en el inciso tercero del art. 851.1º de la L.E.Criminal.

CUARTO.- Por infracción de ley amparado en el art. 849. párrafo 2º de la L.E.Criminal.

QUINTO.- Por infracción de ley, amparado en el párrafo primero del art. 849 de la L.E.Criminal. El recurrente desarrolla en este motivo quinto los submotivos siguientes:

A).- Infracción del art. 24.2º de la Constitución Española.

B) Infracción del art. 493 del Código Penal.

C) Infracción por inaplicación del art. 61, apartados 4º y 7º del Código Penal.

D) Infracción por inaplicación del art. 69 bis del Código Penal.

E) Infracción por inaplicación de los arts. 60. 61 en conexión con el 9º.10 del mismo texto legal.

La representación de Carlos José basó su recurso de casación en los siguientes motivos:

PRIMERO.- Por infracción de ley al amparo del art.849.1° de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal, por falta de aplicación de lo dispuesto en el art. 69,bis del C. Penal.

SEGUNDO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1° de la L.E.Criminal, por indebida aplicación del art. 493 n° 1.

TERCERO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.2° de la L.E.Criminal, por error en la apreciación de la prueba.

CUARTO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1° de la L.E.Criminal, por violación por inaplicación de los arts. 8.1 y 9.1 del Código Penal.

5.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, (que impugna en su totalidad), así como los recurrentes de sus respectivos recursos, la Sala admitió los mismos quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el oportuno señalamiento se celebró la votación prevenida por la ley el día 2 de Diciembre de 1997.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- El primer motivo del recurso interpuesto por la representación legal del condenado Sr.

Carlos José, por infracción de ley, al amparo del n° 1° del art. 849 de la L.E.Criminal, denuncia la infracción por falta de aplicación de lo dispuesto en el art. 69 bis del Código Penal 73 (delito continuado). Dispone el art. 69 bis que "el que en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realizase una pluralidad de acciones y omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo o semejantes preceptos penales, será castigado, como responsable de un delito o falta continuados, con la pena señalada, en cualquiera de sus grados, para la infracción más grave, que podrá ser aumentada hasta el grado medio de la pena superior". Alega el recurrente que en el caso actual concurren todos los requisitos exigidos jurisprudencialmente para la apreciación del delito continuado: a) pluralidad de acciones; b) plan preconcebido o dolo unitario comprensivo de la totalidad de dichas acciones; c) aprovechamiento de semejantes o análogas coyunturas; d) homogeneidad de la conducta o "modus operandi"; e) identidad o analogía del precepto penal violado; f) identidad de sujeto activo; g) unidad del sujeto pasivo. Estimando que el hecho de que se trate de unas amenazas dirigidas a la obtención de dinero no excluye la aplicación de la figura del delito continuado por concurrir la excepción de tratarse de bienes jurídicos personales (art. 69 bis segundo) pues dicha excepción como tal, no es absoluta sino que puede y debe matizarse según la naturaleza del hecho, de su gravedad y del producto obtenido con dicha actuación, en definitiva del resultado final.

SEGUNDO.- Conviene recordar los hechos, tal y como el Tribunal sentenciador los ha estimado acreditados "en fechas no bien determinadas comprendidas entre los meses de junio y diciembre de 1.995, los acusados Plácido y Carlos José, a la sazón de 23 y 26 años de edad respectivamente y sin antecedentes penales, sabedores de que su familiar Ernesto, de 70 años de edad, vivía solo en su casa sita en C/ DIRECCION000 del barrio de DIRECCION001 de esta ciudad, y que era pensionista y estaba enfermo de los nervios y con quien les unía una buena relación de confianza, hasta el punto de haberle facilitado el uso de las dependencias del bajo de la referida vivienda para el esparcimiento de ambos jóvenes, con el propósito de obtener dinero de él, le dirigieron anónimos, cuyo contenido le generaba intranquilidad y desasosiego, a la vez que golpeaban la puerta y desfigurando la voz, le conminaban diciéndole que si no les daba

dinero tirarían la puerta abajo y lo matarían, y de este modo e interviniendo separadamente y confeccionando cada uno en su caso sus propios anónimos, el acusado Plácido realizó los hechos cuando menos en siete ocasiones, empleando siempre los indicados métodos, consiguiendo su propósito dinerario que la víctima le pasaba por debajo de la puerta, en tres ocasiones, obteniendo un beneficio reconocido de cuando menos treinta mil pesetas en total, en tanto que el inculpado Carlos José, lo hizo en siete ocasiones, en todas ellas por escrito, sin conseguir su propósito en seis de ellas, y si en cambio en una, en la que obtuvo cuando menos un total de 30.000 pesetas reconocidas y que el amenazado le entregó por debajo de la puerta".

TERCERO.- El delito continuado nace de una pluralidad de acciones que individualmente contempladas son susceptibles de ser calificadas como delitos independientes pero que desde la perspectiva de la antijuricidad material se presentan como una infracción unitaria. Razones de política criminal, de técnica jurídica y de justicia material determinan que esta sanción unitaria quede excluida, como regla general, en aquellos actos delictivos que lesionan un bien jurídico eminentemente personal. Pero dicha exclusión no tiene un carácter absoluto sino que debe matizarse, atendiendo a la naturaleza del hecho, a la gravedad del atentado a bienes personales en ponderación con la posible concurrencia de una finalidad última lesionadora de intereses patrimoniales y a la apreciación en el caso enjuiciado de la razón esencial que justifica la figura del delito continuado: la necesidad de evitar desproporciones punitivas derivadas de la sanción acumulada de una pluralidad de acciones encuadradas en un único proyecto delictivo.

En supuestos, como el presente, en que nos encontramos ante delitos pluriofensivos como lo son una sucesión de amenazas dirigidas a obtener un desplazamiento patrimonial, finalmente conseguido en una o varias ocasiones, la exclusión no puede aplicarse rígidamente pues la naturaleza del hecho y su configuración determinan la no concurrencia de las razones fundamentadoras de la referida exclusión. En efecto en el caso actual la ofensa al bien libertad constituye, en

realidad, un medio para la consecución de un atentado patrimonial y las sucesivas acciones (envío de diversos escritos amenazantes, conminaciones verbales desde la puerta de la casa, etc.) no son más que manifestaciones de un único propósito delictivo dirigido al mantenimiento en el tiempo de una situación de "intranquilidad y desasosiego" que determine la entrega del dinero, dentro de un único plan preconcebido.

Así concebidas las sucesivas acciones amenazadoras, como integradas en un propósito criminal único y encaminadas directamente a la obtención de un desplazamiento patrimonial, es obvio que técnicamente constituyen un delito continuado. Sobre la excepción señalada en el párrafo segundo del art. 69 bis debe primar la consideración básica de que nos encontramos ante un delito cometido con el propósito de atentar contra el patrimonio ajeno, en el que las diversas acciones amenazadoras no sólo se integran en un único propósito y plan preconcebido, sino que ni siquiera son fácilmente individualizables, pues forman parte de una actividad continuada, en la que se desconoce desde el número exacto de veces en que se realizaron las amenazas, a las fechas y características de cada una de ellas y el momento que, no tanto individualizadamente sino por acumulación, surtieron efecto. Su sanción como actos separados no sólo resultaría técnicamente incorrecta y difícilmente compatible con el principio acusatorio que exige una suficiente concreción en el tiempo y en sus características esenciales, de cada uno de los delitos objeto de acusación, sino que vulnera elementales consideraciones de justicia material, provocando penas desproporcionadas. Basta comprobar como al otro acusado, al ser sancionado por siete delitos de amenazas diferentes (en los que sólo se considera acreditado que obtuvo un beneficio "de cuando menos 30.000 pts."), se le imponen siete penas que suman veinte años de prisión, penalidad equivalente a la máxima imponible por un delito de homicidio.

En el caso del actual recurrente, aun cuando no se alcance esta desmesurada exasperación punitiva, ha de considerarse que los siete delitos de amenazas, sancionados separadamente por el Tribunal sentenciador como delitos independientes,

se concretan en un resultado patrimonial de una única entrega dineraria por importe de al menos 30.000 pts. "que el amenazado le entregó por debajo de la puerta", por lo que en realidad nos encontramos ante una sucesión continuada de presiones sobre el ánimo de la víctima, en la que cada acto de presión concreta carece de entidad autónoma fuera del conjunto.

El motivo, por todo ello, debe ser estimado, sancionando la referida conducta como delito continuado del art. 493.1º, párrafo segundo (amenaza condicional lucrativa efectuada por escrito y con consecución de su propósito), que es la infracción más grave (art. 69 bis) y absorbe el conjunto de presiones realizadas.

CUARTO.- El segundo motivo del recurso interpuesto, al amparo del nº 1º del art. 849 de la L.E.Criminal, denuncia la infracción por indebida aplicación del art. 493.1º del Código Penal de 1973. Pese al enunciado motivo la parte recurrente razona acerca de la falta de apreciación de una atenuante de drogadicción, que no tiene fundamento fáctico en los hechos probados, por lo que el motivo debe ser desestimado. Asimismo debe fenecer el motivo tercero, articulado al amparo del nº dos del art. 849 de la L.E.Criminal, y fundado en un informe pericial médico, que no tiene la naturaleza de prueba documental a efectos casacionales

QUINTO.- Los tres primeros motivos del recurso del condenado Sr. Plácido se articulan por quebrantamiento de forma, al amparo todos ellos del nº 1º del art. 851 de la L.E.Criminal y denunciándose sucesivamente, falta de claridad, contradicción y predeterminación de los hechos probados. Los tres motivos carecen de fundamento pues basta dar lectura al relato fáctico para apreciar su perfecta inteligibilidad, ausencia de contradicciones internas e inexistencia de expresiones técnico jurídicas; decir que unos escritos anónimos generaban en su receptor "intranquilidad y desasosiego" no es más que utilizar expresiones descriptivas no jurídicas, propias del lenguaje común.

SEXTO.- El cuarto motivo del recurso, al amparo del nº dos del art. 849 de la L.E.Criminal denuncia un supuesto error del Tribunal sentenciador en la valoración de la prueba. Se citan como documentos acreditativos las declaraciones del acusado en el juicio oral y un informe pericial (que carecen de la naturaleza de prueba documental) y también determinados manuscritos del acusado, para alegar que el número de amenazas por escrito fue de cuatro y no de siete. El motivo debe ser desestimado pues no se aprecia verdadera contradicción: la aportación de un número determinado de escritos anónimos no excluye la existencia de otros, deducidos de otras pruebas, y, en cualquier caso, el motivo carece de practicidad dada la apreciación a través de este recurso, del delito continuado, por lo que el supuesto error no sería determinante para el fallo.

SEPTIMO.- En el quinto motivo de casación, al amparo del nº 1º del art. 849 de la L.E.Criminal, se incluyen, en realidad, cinco submotivos, incorrección formal que es necesario destacar y deplorar. De ellos únicamente puede prosperar el que denuncia la infracción del art. 69 bis del C. Penal de 1.973, ya que por las razones expuestas en el fundamento jurídico 3º de esta resolución, los hechos deben ser sancionados como delito continuado.

Junto a ello se denuncia la supuesta infracción del art. 24.2 de la Constitución Española, alegando la vulneración del derecho a la defensa, a ser informado de la acusación y a un proceso con todas las garantías, por el hecho de que el Ministerio Fiscal modificó sus conclusiones provisionales que inicialmente calificaban la conducta del acusado como robo con intimidación y en el acto del juicio oral la calificó definitivamente como amenazas condicionales lucrativas.

El motivo no puede ser acogido. En efecto como recuerdan las sentencias de esta Sala de 1 de Febrero de 1996 y 27 de Enero de 1997, la posibilidad de que las partes puedan modificar sus conclusiones, una vez practicada la prueba y en atención al resultado de ésta, viene expresamente dispuesta por la Ley (art. 732 y 793.7 de la L.E.Criminal) y no vulnera el derecho a ser informado de la acusación pues tanto de la

calificación provisional como de la definitiva se informa cumplidamente a la parte acusada. En cuanto al derecho de defensa el art. 793.7 de la L.E.Criminal dispone expresamente que cuando la acusación cambie la tipificación penal de los hechos o aprecie un mayor grado de participación o circunstancias de agravación de la pena, la defensa podrá solicitar y el Tribunal conceder, un aplazamiento de la sesión, hasta el límite de diez días, a fin de que la defensa pueda aportar los elementos probatorios y de descargo que estime pertinentes, posibilidad de que dispuso la parte recurrente, por lo que no cabe apreciar indefensión alguna. En el caso actual, además, la modificación se limitó a un cambio de perspectiva jurídica (de robo con intimidación a amenazas condicionales lucrativas), sin alteración de los hechos básicos, pues una conducta similar puede ser calificada como una u otra figura delictiva en función de la mayor o menor inmediatez con que se exija la entrega de la cosa.

También se efectúan, como alegaciones varias encuadrados de forma procesalmente incorrecta en este mismo motivo del recurso la supuesta infracción de los arts. 493, 61. apartados 4º y 7, y 60 y 61 en relación con el 9.10º, todos ellos del Código Penal de 1973, infracciones que no cabe apreciar pues los hechos descritos en el relato fáctico integran todos los caracteres del referido delito de amenazas tipificado en el art. 493, y en cuanto a la penalidad deberá ser sustituida por la que determine esta Sala en función de la aplicación del delito continuado, no existiendo fundamento fáctico para la apreciación de atenuante alguna.

Procede, en definitiva, estimar únicamente el recurso interpuesto por infracción de ley para la apreciación del delito continuado.

FALLO:

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR al recurso de Casación interpuesto por INFRACCION DE LEY por los recurrentes Plácido y Carlos José,

contra Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Orense, CASANDO Y ANULANDO en consecuencia dicha sentencia y con declaración de las costas de oficio de este procedimiento.

Notifíquese la presente resolución y la que seguidamente se dicte a los recurrentes, Ministerio Fiscal y Audiencia Provincial arriba indicada a los fines legales oportunos, con devolución a esta última de los autos que en su día remitió interesando acuse de recibo.

21- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE FEBRERO DE 1997

ANTECEDENTES DE HECHO:

1. El Juzgado de Instrucción número 45 de Madrid instruyó sumario con el número 12 de 1993 contra Evaristo y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de dicha ciudad, que con fecha 9 de Julio de 1995 dictó Sentencia con los siguientes HECHOS PROBADOS: "El procesado, Evaristo, mayor de edad y sin antecedentes penales, el día 12-6-1993, sobre las 4'30 horas, observando desde la terraza de su domicilio sito en la AVENIDA000, nº. NUM000, NUM001 piso, como tres personas se encontraban al parecer manipulando los vehículos Opel Kadett matrículas F-....-FV y W-....-WL, propiedad de Mariano y D. Claudio, respectivamente, estacionados en la acera contraria a la vivienda del procesado, y alertado por los sucesivos robos de vehículos que habían tenido lugar en el barrio días antes, procedió a gritar a dichas personas que se hallaban en estado de embriaguez, concretamente a Carlos María , propietario del vehículo marca Alfa Romeo de color rojo con matrícula G-....-UN , estacionado en paralelo bajo la terraza del procesado y desde la que solamente se tenía visión de la mitad posterior de dicho automóvil, a Inocencio y a

Miguel Ángel , no haciendo caso de las advertencias y gritos del procesado, por lo que éste, al oír las expresiones de los perjudicados "vamos a quemar los coches", en tanto su esposa telefoneaba a la policía denunciando un posible robo del vehículo W-....-WL , se dirigió al armero que poseía en un (sic) casa conteniendo al ser aficionado al tiro, una escopeta paralela, otra escopeta superpuesta y una tercera escopeta musberg de cremallera, una carabina Anschutz de calibre 22 long rifle, y un revolver del 44, con las correspondientes licencias y guías de armas, escogiendo el procesado entre dichas armas la citada carabina por causar menor daño, efectuando un disparo al aire con la intención de disuadir a las tres personas citadas anteriormente, y al no surtir el efecto deseado, efectuó 4 disparos más apuntando con la mira telescópica marca Williams que se encontraba montada en la carabina, contra el vehículo Alfa Romeo rojo G-....-UN , propiedad de Carlos María , en la creencia de que no se hallaba nadie en el interior y que a nadie podía alcanzar ni herir, impactando uno de los disparos (nº 1) sobre la aleta derecha del vehículo, no habiendo producido perforación en la chapa del vehículo, otro (nº 2) sobre la luneta trasera del mismo, alojándose en el respaldo trasero dejando un surco en la espuma del respaldo, otro más (nº 4) en el techo originando un orificio circular con trayecto propio de unos 6 mm. de diámetro en la chapa y un orificio irregular de plástico en el interior, penetrando la bala por la parte trasera del respaldo del asiento delantero derecho, dejando un surco en la espuma del respaldo y causando lesiones a Inocencio en la cara anterior del hombro derecho en zona no mortal, al interponerse dicho perjudicado en la trayectoria de la bala al intentar acceder al asiento trasero introduciéndose, al ser el automóvil de dos puertas, en el vehículo por la puerta delantera derecha, y tras realizar una maniobra de aproximación al vehículo G-....-UN , tras el oír el primer disparo, cruzando la calle hasta la acera del nº. NUM000 y pasando bajo el balcón en el que se hallaba apostado el procesado, todo ello sin que tuviera conocimiento de dicha maniobra el procesado debido a que le camino seguido por Inocencio , fue realizado fuera del campo de visión del procesado; un último disparo impactó en el techo (nº.3), penetrando por el techo originando un orificio de 6 mm. de diámetro en la chapa, alojándose en su trayectoria en la cara anterior del muslo derecho de Salvador , que se hallaba en el interior del vehículo dormido a consecuencia del estado de embriaguez. El procesado efectuó los disparos sin apercebirse de que Salvador se encontraba durmiendo en el interior del vehículo, teniendo el convencimiento pleno

de que no había persona alguna en el mismo al hallarse los ocupantes de dicho automóvil en la acera de enfrente, y sin percibir, al tener limitado el campo de visión y no siendo consciente de la posibilidad de provocar lesiones y menos aún de causarle la muerte.- Como consecuencia de los disparos Inocencio resultó herido en tercio proximal del brazo derecho, con orificio de entrada y salida por cara posterior, lesiones que tardaron en curar 18 días, precisando una sola asistencia facultativa, quedando como secuela una cicatriz circular de 2 cms. de diámetro en cara anterior de hombro derecho, en su unión con el tercio proximal del brazo y otra cicatriz en la cara posterior de dicho hombro de 3 cms. de diámetro, también circular.- Por su parte, Salvador sufrió lesiones consistentes en herida en muslo derecho con orificio de entrada en la cara anterior al nivel del tercio medio, lesiones que tardaron en curar 25 días, precisando tratamiento médico y quirúrgico para alcanzar la sanidad, quedando como secuela una cicatriz circular de 3 cms. de diámetro en la cara anterior del tercio medio del muslo derecho y otra cicatriz irregular en la cara posterior de dicho muslo derecho de 4 ó 5 cms. - El vehículo Alfa Romeo color rojo con matrícula G-....-UN resultó con daños por importe de 180.610 pesetas".

2. La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "FALLAMOS: Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS al procesado Evaristo, mayor de edad y sin antecedentes penales, como responsable en concepto de autor: A) de un delito de imprudencia temeraria con resultado de lesiones, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de seis meses de arresto mayor, con las accesorias de suspensión de cargo público y derecho de sufragio activo y pasivo, y B) un delito de imprudencia temeraria con resultado de lesiones, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de seis meses de arresto mayor, con las accesorias de suspensión de cargo público y derecho de sufragio activo y pasivo y al pago de las costas ocasionadas por ambos delitos excluidos los de la Acusación Particular. Igualmente debemos condenar, en concepto de responsable civil, al abono, en favor de Salvador por las lesiones, la suma de 250.000 pts. (Doscientas cincuenta mil pesetas), por las secuelas 200.000 pts. (Doscientas mil pesetas); en favor de Inocencio, por las lesiones padecidas, 180.000 pts. (Ciento ochenta mil pesetas), y

por las secuelas originadas 200.000 pts. (doscientas mil pesetas); en favor de Carlos María , por los daños ocasionados en el vehículo de su propiedad, G-....-UN , la suma de 186.610 (ciento ochenta y seis mil seiscientos diez pesetas).- Igualmente, debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS con todos los pronunciamientos favorables al procesado Evaristo, de los delitos de homicidio frustrado de cuya comisión era acusado por el Ministerio Fiscal, así como por los dos delitos de asesinato frustrado y alternativamente los dos delitos de homicidio frustrado, así como los dos delitos de amenazas imputados por la Acusación Particular, debiendo declarar de oficio la mitad de las costas procesales producidas.- Para el cumplimiento de la pena se le abonará todo el tiempo de prisión provisional sufrido por esta causa, si no se le hubiera aplicado a otra.- Y aprobamos el auto de solvencia consultado por el Instructor.- Contra esta Sentencia cabe recurso de casación por infracción de Ley y quebrantamiento de forma, ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que, en su caso, habrá de interponerse en el plazo de cinco días, contados a partir de la notificación de la presente.- Así por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará testimonio al rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos".

3. Notificada la Sentencia a las partes, la ACUSACION PARTICULAR preparó recurso de casación por infracción de Ley y de derecho fundamental, que se tuvo por 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 con los siguientes Motivos: Primero. Apoyado en el artículo 24.1 de la Constitución Española, por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva.- Segundo. Al amparo del numero 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 565 en relación con los artículos 420 y 421.1º todos ellos del Código Penal.- Tercero. Al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación del artículo 407 en relación con los artículos 3 y 51 del Código Penal.- Cuarto. Al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación del artículo 9.4º del Código Penal.- Quinto. Al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación del artículo 493.1 del Código Penal.- Sexto. Al amparo del

número primero del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación de los artículos 19 y 101 del Código Penal.- Séptimo. Al amparo del número primero del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación de los artículos 19 y 101 del Código Penal.- Octavo. Al amparo del número primero del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación de los artículos 110 y 111 del Código Penal.- Noveno. Al amparo del número 2º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por error en la apreciación de la prueba.

4. El Ministerio Fiscal y la parte recurrida se instruyeron del recurso, solicitando la impugnación de todos los motivos aducidos, y los Autos quedaron conclusos para señalamiento de Vista, cuando por turno correspondiese.

5. El recurso pasó por ocho días a la parte recurrente conforme a la Disposición Transitoria Novena c) de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de Noviembre, del Código Penal, para que si lo estimara procedente adaptara a la nueva legalidad en vigor los motivos de casación alegados.

6. Hecho el señalamiento para Vista, ésta se celebró el día 19 de Febrero de 1997, con asistencia del Letrado recurrente, que informó en apoyo de su recurso, y del Fiscal y del Letrado recurrido, que mantuvieron sus escritos de impugnación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- La Audiencia Provincial de Madrid condenó al procesado Evaristo como autor de dos delitos de imprudencia temeraria con resultado de lesiones, y le absolvió por los dos delitos de asesinato u homicidio frustrado y por los dos delitos de amenazas objeto también de acusación. Aquietado el condenado en la instancia, recurre con ocho motivos la acusación particular conjunta, en nombre tanto de los dos lesionados, Salvador y Inocencio, como de los pretendidamente amenazados Miguel Ángel y Carlos María . Por su parte, el Fiscal impugna todos los motivos. Serán éstos

examinados a continuación respetando el orden en que se articulan, a salvo el adelantamiento de la queja por error de hecho en la apreciación de la prueba, pues de su éxito depende en buena parte la suerte de las críticas por error iuris.

SEGUNDO.- El primer motivo denuncia vulneración de la tutela judicial efectiva que proclama el artículo 24.1 de la Constitución Española y conecta también con el deber de razonar las Sentencias según el artículo 120.3 de dicha Ley Fundamental. Sucede, sin embargo, que lo deseado realmente es sustituir la valoración probatoria hecha por el juzgador a quo en uso de las atribuciones que en exclusiva le concede el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, siendo así que el derecho a la tutela judicial efectiva se agota en la obtención de una respuesta judicial acorde con las garantías constitucionales y legales. En el caso de autos se respetan todas las exigencias del repetido artículo 24, sin que el recurrente llegue siquiera a denunciar una infracción concreta, y basta la lectura de la Sentencia impugnada para constatar cómo se da respuesta suficiente a cuantas cuestiones jurídicas fueron oportunamente planteadas. El motivo debe ser desestimado.

TERCERO.- El octavo y último motivo carece por su parte de una mínima consistencia. El escrito de interposición del recurso enumera varios partes de asistencia e informes médicos, amén de un informe pericial balístico y una reconstrucción de hechos para, con cita asimismo de varias Sentencias, denunciar que sus "conclusiones han sido variadas por el Juzgador". La desestimación del motivo es en tales condiciones insoslayable. No se trata ya de que las pericias sean por naturaleza pruebas personales documentadas que se producen en el mismo procedimiento, y no documentos propiamente dichos a los efectos de los artículos 849.2º y 855 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sino de que aquí ningún choque frontal se observa entre el contenido de dichas pruebas y un fragmento determinado del relato fáctico. El propio escrito de formalización silencia tal particular porque, según se advirtió más arriba, su verdadera aspiración es la reconsideración de la prueba conjunta, aunque no pueda alegar literosuficiencia documental alguna que demuestre el error del juzgador de

instancia. Las Sentencias citadas por el recurrente giran así en el vacío y el motivo debe ser desestimado.

CUARTO.- Siguiendo ahora la ordenación de los reproches casacionales según el recurrente, procede desestimar igualmente el motivo segundo, que lamenta la inaplicación de los artículos 407, 3 y 51 del Código Penal en relación con los hechos causados a Salvador y Inocencio , por entender que hubo sendos homicidios frustrados y no las lesiones consumadas que apreció la Audiencia Provincial. La línea que separa la imprudencia temeraria del dolo eventual es, ciertamente, de difícil trazado, y ello no sólo en el terreno doctrinal sino también en el de la inferencia anímica a partir de los datos externos acreditados. Basta, no obstante, la lectura del extenso Fundamento de Derecho 1º de la Sentencia recurrida para comprobar que en el caso de autos la alternativa se decanta, sin necesidad de muchas disquisiciones teóricas, a favor de la imprudencia. El procesado pudo disparar contra quienes, desoyendo sus voces de advertencia, replicaron que iban a quemar los coches que al parecer estaban manipulando, pero no lo hizo, antes al contrario, con el arma menos peligrosa de entre las varias que legal y lícitamente disponía disparó primero al aire y luego a un coche aparcado en el que no cabía prever que hubiera un borracho durmiendo a las 4'40 horas de la noche o de la madrugada, bien entendido, de otro lado, que la segunda víctima de los disparos fue alcanzada al intentar entrar en ese mismo vehículo pasando bajo el balcón del procesado, sin que éste pudiera verle.

No hay razón alguna para afirmar siquiera la representación del resultado contra la integridad física de esas u otras personas, aunque persista la exigencia del mayor cuidado en el uso de las armas de fuego.

QUINTO.- El tercer motivo del recurso, también por error iuris, no deja de ser curioso, por cuanto postula (desde la acusación particular) la aplicación de la atenuante de premeditación, en relación, parece, con los delitos de homicidio. Dejando de lado la doctrina jurisprudencial que rechaza la aplicación del artículo 9.4ª del Código Penal a la

denominada preterintencionalidad heterogénea, es obvio que al haberse confirmado la tipificación de los hechos como delitos de lesiones el motivo carece de toda viabilidad.

SEXTO.- Tampoco llegará a buen fin el motivo cuarto del recurso, en el que se denuncia la doble inaplicación del artículo 493.1º del Código Penal, precisión numérica ésta que se extrae de los propios términos de la acusación, a cuyo tenor los sujetos pasivos de tales delitos de amenazas habrían sido solamente Miguel Ángel y Carlos María, es decir quienes no resultaron heridos. Así las cosas, conviene adelantar que mal puede ser amenazado quien por su borrachera se halla dormido en un coche sin que el amenazante conozca siquiera su presencia. De otro lado, y ya por lo que hace a la conducta del procesado, éste gritó y advirtió -- son esos los verbos empleados en el relato fáctico-- a las tres personas que se encontraban manipulando los vehículos aparcados junto a la acera de enfrente de su vivienda (el Miguel Ángel y los dos acompañantes que resultaron finalmente heridos), sin que conste la conminación con daño alguno constitutivo de delito. Luego, tras la réplica de ir a quemar los coches, el procesado acentúa sus advertencias con un disparo al aire que pudo haber facilitado la aparición de algún agente de la Autoridad en el lugar de los hechos. Nada tiene relevancia criminal hasta ese momento y los disparos contra el vehículo G-....-UN , con lesiones al Salvador y al Inocencio, agotan su contenido antijurídico en el ámbito de los delitos imprudentes contra la integridad física.

SEPTIMO.- El quinto motivo del recurso entiende que se han infringido, por inaplicación, los artículos 10 y 101 del Código Penal, en cuanto no se habrían recogido y valorado los daños morales causados a todos y cada uno de los cuatro recurrentes. Aparte de que, como advierte el Fiscal, se silencia la cita del artículo 104 del Código Penal, en el que esos daños se contemplan, la petición tropieza con obstáculos insalvables. Por lo que atañe a los perjuicios morales derivados de las amenazas, mal cabe insistir en ellos tras la absolución por los correspondientes delitos. De otro lado, en cuanto a los sujetos pasivos de los delitos de imprudencia con resultado de lesiones, el pretendido plus indemnizatorio requiere la constatación en los hechos probados de algo

más que la simple condición de víctimas de la infracción criminal. La indemnización por perjuicios morales no es, contra la opinión de los recurrentes, una secuela obligada de toda infracción lesiva. Valga añadir, desde otro ángulo, que en el presente caso --y pese a los razonamientos de la Audiencia Provincial rechazando la existencia acreditada de daños morales-- las indemnizaciones de diez mil pesetas diarias por lesiones propiamente dichas (con independencia de las fijadas por las secuelas) parecen superar los gastos ocasionados, sobre todo en relación con Inocencio , que, si bien tardó en curar dieciocho días, sólo precisó una asistencia facultativa (sin que el relato fáctico aluda siquiera a su trabajo habitual).

OCTAVO.- El sexto motivo del recurso denuncia también la inaplicación de los artículos 19 y 101 del Código Penal, pero ahora respecto a la omisión indemnizatoria de los gastos de depósito del vehículo G-....- UN a disposición judicial en el curso de esta causa. Como advierte el Fundamento de Derecho 4º de la Sentencia recurrida, no hubo durante aquellos nueve meses reclamación alguna por parte del ahora recurrente (que pidió en sus conclusiones definitivas 532.5888 pesetas por los daños en el vehículo, aparte de otras 300.000 pesetas por los daños morales, recibiendo sólo 186.610 por el primer concepto), ni obra en la causa acreditación suficiente de su cuantía, por lo que procede la desestimación del recurso. Cabe añadir asimismo que ni el relato fáctico ni el razonamiento jurídico antes citado recogen datos objetivos sobre la cuantía de tales gastos, silenciándose incluso el depósito mismo en los hechos probados, de forma que sólo a través del recurso por error de hecho en la apreciación de la prueba había sido posible incorporar a la narración histórica los extremos precisos para su posterior análisis por la vía del error iuris.

NOVENO.- Finalmente, el séptimo motivo del recurso combate --sin éxito, como se verá a continuación-- la infracción de los artículos 110 y 111 del Código Penal por no haberse incluido en la condena en costas las de la acusación particular. Es cierto que, aunque la condena se mantiene en el marco de lo solicitado por el Fiscal y en tal sentido esa otra acusación podría parecer irrelevante, no basta con ello para denegar

automáticamente dicha inclusión. Sucede, sin embargo, que a partir de ahí resulta muy difícil, por no decir imposible, sustituir al juzgador de instancia en la valoración de la eficacia que la acusación particular haya tenido --por ejemplo, a través de la proposición y práctica de las pruebas -- para reforzar el éxito de la petición fiscal, a lo que se une en el presente caso la inexistencia de al menos algún elemento o factor que apunte siquiera hacia la posibilidad de que el fallo hubiera sido distinto sin la contribución de esta segunda acusación. Como se lee, por ejemplo, en la Sentencia de 17 de Noviembre de 1995, la ley garantiza el derecho del acusador particular al ejercicio de las acciones penales y civiles, pero en modo alguno impone al acusado soportar las costas de tal ejercicio cuando éste nada ha aportado a la causa.

DECIMO.- En caso de aplicación retroactiva del nuevo Código Penal correspondería al Juzgador de instancia la oportuna revisión.

FALLO:

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACION por vulneración de derechos fundamentales e infracción de ley interpuesto por la representación de la acusación particular Carlos María, Inocencio, Miguel Ángel y Salvador contra Sentencia dictada con fecha 9 de Julio de 1995 por la Audiencia Provincial de Madrid, en causa seguida contra Evaristo por dos delitos de imprudencia temeraria con resultado de lesiones. Condenamos a dicha parte recurrente al pago de las costas causadas. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos oportunos con devolución de la causa en su día remitida.

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

21-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 18 DE FEBRERO DE 1997

ANTECEDENTES DE HECHO:

1.- El Juzgado de Instrucción nº 1 de Madrid instruyó sumario con el nº 48 de 1.984 contra Carlos Francisco y Gabino, y una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Primera, que con fecha 30 de marzo de 1.994, dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados: El día 1 de diciembre de 1.983 los procesados Carlos Francisco, mayor de edad y sin antecedentes penales, Inspector del entonces cuerpo superior de policía con carnet profesional NUM000 y jefe del grupo NUM001 de la Brigada Regional de Policía Judicial y Gabino, mayor de edad y sin antecedentes penales igualmente inspector del cuerpo superior de policía, con carnet profesional NUM002 y con destino también en el Grupo NUM001, quienes ese día se hallaban de retén en la brigada, se trasladaron en un vehículo de los denominados K a la discoteca DIRECCION000, sito en la CALLE000 nº NUM003 de esta capital, con el fin de realizar gestiones tendentes a la localización de un individuo sospechoso de haber participado en varios atracos. Baltasar, el cual se hallaba implicado en las diligencias de dicha brigada nº 10.03316. En la puerta del local, se encontraron con el joyero José Miguel, conocido de Carlos Francisco, entrando los tres juntos en la discoteca sobre las 20,30 horas, ubicándose en la barra de arriba. José Miguel quien tenía un taller de joyería contiguo a la discoteca frecuentaba el establecimiento y conocía a sus propietarios, por lo cual comunicó a uno de los camareros que avisara a Juan, uno de los copropietarios, para que subiese a tomar una copa con ellos. Miguel Ángel policía nacional que había pasado a la situación de supernumerario y quien en esa fecha se hallaba trabajando en el Banco DIRECCION001 como guardaespaldas de su director, acudió a dicho local en unión de su compañero de trabajo José Francisco, encontrándose allí con Everardo y Luis Angel, estando todos, junto con Juan a quien Miguel Ángel conocía de frecuentar en varias ocasiones el local, tomando una copa en la barra del piso inferior. Juan, en vista del recado recibido invitó a Miguel Ángel a que le acompañara para presentarle el mencionado joyero. Ya en la barra de arriba, siendo ésta la primera vez que los procesados acudían al local y después de las usuales presentaciones, comentando el Sr. José Miguel la condición de policías de sus acompañantes, alegó Miguel Ángel que él también lo era, si bien policía nacional en excedencia, en situación

de supernumerario, entablándose entre los tres una conversación que derivó por causas no determinadas en un tono acalorado que motivó que Carlos Francisco para evitar posibles roces ante el cariz que tomaba aquella, saliera del establecimiento, permaneciendo en el mismo Gabino. No ha podido determinarse si cuando dicho procesado se disponía a abandonar el local para reunirse con su compañero, Miguel Ángel dijo, refiriéndose a él "que se pasaba a la policía por la polla" y si esta frase fue la que motivó que Gabino se identificara como policía mediante la exhibición de su placa insignia, y requiriera a Miguel Ángel para que también se identificara, exhibiendo su carnet de conducir y acordando su detención. Para materializarla, Gabino avisó a Carlos Francisco quien le esperaba en la calle y entrando en el local ambos inspectores de policía se dirigieron a la barra del piso inferior donde se hallaba Miguel Ángel , quien ante el desarrollo de los hechos optó por dejar a Jose Francisco el bolso de mano que portaba, en cuyo interior se hallaba el revólver de su propiedad que por razón de su trabajo portaba y para el que se hallaba reglamentariamente autorizado, diciéndole que les acompañara, lo que éste realizó tras pedirle que no le colocaran las esposas dentro del local, sino en la calle, a lo que aquellos accedieron, abandonando la discoteca sin que en su interior se ejerciera violencia o acometimiento alguno por parte de nadie. Una vez en la calle los procesados procedieron a esposar con las manos atrás a Miguel Ángel, introduciéndole en el vehículo tipo K en el que se habían desplazado al local, que habían estacionado en las inmediaciones poniéndose Gabino al volante del mismo, situándose Carlos Francisco en la parte trasera derecha del vehículo junto a Miguel Ángel. Durante el trayecto a la Dirección General de la Policía, Carlos Francisco comenzó a golpear al detenido sin que su compañero hiciera objeción alguna, una vez en el patio interior de la Dirección Carlos Francisco bajó del vehículo en el que permanecía el detenido y apoyándose con las manos en la puerta trasera derecha y en el techo del móvil le propinó varias patadas. A continuación Miguel Ángel quien presentaba la cara y camisa ensangrentadas fue sacado del vehículo y conducido por los procesados a las dependencias del grupo NUM001 de la B.R.P.G. En dichas dependencias fue esposado a un radiador de la calefacción allí existente y en tal situación fue reiteradamente golpeado con puños y piernas por ambos procesados, quienes sirviéndose también de un objeto romo, alargado de cierta consistencia, similar a una fusta le propinaron hasta un total de seis golpes en la espalda. Posteriormente los

procesados se dirigieron a la casa de socorro del distrito de Centro donde fueron examinados por el facultativo correspondiente, sobre las 21,40 horas, permaneciendo mientras tanto Miguel Ángel en las dependencias del grupo NUM001. En dicho centro médico les fueron apreciados a Carlos Francisco una contusión en antebrazo derecho y erosión en dedo índice de la mano derecha, y a Gabino una contusión en muñeca derecha, heridas, heridas producidas al golpear a Miguel Ángel. Al regresar al grupo, tras ser atendidos en la Casa de Socorro, Carlos Francisco condujo a Miguel Ángel hasta la inspección de guardia e hizo entrega de él a un policía para su ingreso en calabozos, sin haber sido interrogado, ni habersele recibido declaración durante el tiempo que permaneció en el grupo NUM001. Sobre las 23,40 horas, el detenido fue reconocido por el médico de guardia de la Dirección General de la Policía, apreciándole, tal y como se reseña en el correspondiente parte médico: "hematoma cara posterior muslo izquierdo, contusiones con hematomas en región dorso lumbar y en ambas regiones periorbitales, rotura labial con amplia inflamación, hematoma amplio en antebrazo izquierdo, contusiones frontales, hematoma periorbitario derecho con hemorragia conjuntival, hematoma palpilazas izquierdo con hemorragia conjuntival". A la 1,30 horas del día 2 de diciembre Miguel Ángel fue subido a las dependencias del grupo NUM001, en las que ya no se hallaban los procesados, donde fue instruido y firmó el acta de información de derechos en la que se hacía constar las 22 horas como la de su suscripción, procediéndose a continuación a comunicar su detención telefónicamente al Colegio de Abogados y a su mujer Soledad.

Posteriormente sobre las 10,45 horas fue examinado nuevamente por otro facultativo de la Dirección General de la Policía quien revisó los hematomas y las constantes siendo estas normales, habiendo remitido debido al tratamiento instaurado con anterioridad la inflamación del labio inferior, apreciándose posible fractura de maxilar inferior por lo que se aconsejó su traslado urgente a un Centro hospitalario, ingresando sobre las 12,50 horas de ese día 2 de diciembre de 1.983, en el Hospital Provincial de Madrid, siendo intervenido el día 9 de diciembre de 1.983 por el servicio de cirugía maxilofacial con el diagnóstico de fractura del tercio inferior de la cara, practicándosele inmovilización de la mandíbula mediante osterosíntesis y colocación de

férulas de Winter con ligaduras intermaxilares, pasando posteriormente al servicio de reanimación donde presenta edema agudo de pulmón motivo por el cual es trasladado al servicio de medicina intensiva de donde tras su estabilización es retornado a cardiología donde permaneció hasta recibir el alta hospitalaria el día 10 de enero de 1.984, no debiendo volver hasta 6 meses después a revisión a la consulta de cardiología. Al tiempo de suceder estos hechos Miguel Ángel padecía una enfermedad preexistente: miocardiopatía hipertrófica obstructiva de la que se hallaba en tratamiento médico y cuya existencia era desconocida por los procesados, siendo esta enfermedad cardíaca potenciada por los golpes recibidos y el estrés generado lo que desencadenó el edema pulmonar producido tras la operación maxilofacial a que fue sometido. El día 14 de marzo de 1.984 Miguel Ángel falleció de forma súbita en la calle, de un nuevo edema de pulmón. No consta que ese nuevo edema de pulmón producido más de tres meses después de sucedidos los hechos y con alta hospitalaria de 2 meses tuviera conexión ni con los traumatismos causados ni con la situación de estrés en aquellos momentos generados. En el caso de no haber fallecido Miguel Ángel hubiese curado de sus lesiones sin defecto sin deformidad en el plazo de 135 días. Miguel Ángel al tiempo del fallecimiento estaba casado y tenía dos hijas menores de 9 y 7 años de edad. Por estos hechos se instruyó el correspondiente atestado policial en el que según la información facilitada por los procesados se narraba que el detenido Miguel Ángel insultó a la policía y opuso resistencia teniendo que hacer uso del empleo de la fuerza para reducirlo atestado que fue instruido por los funcionarios NUM004 y NUM005 , como instructor y secretario respectivamente y remitido a la Autoridad Judicial en fecha 2-XII-1.983 quedando el detenido a su disposición en el Hospital Provincial, correspondiendo dicho atestado por reparto al Juzgado de Instrucción nº 1 de Madrid quien incoó las diligencias Previas nº 501/83, y con fecha 5 de diciembre de 1.983 acordó la libertad del detenido y dejar sin efecto su custodia, librando telegrama que con fecha 6 de diciembre fue remitido de la Secretaría General a la B.R.P.G. para su cumplimiento, sin que haya podido determinarse la fecha en que tuvo su entrada en la brigada, acordándose la puesta en libertad de Miguel Ángel el día 9 de diciembre y sin que conste que dicha demora pueda ser atribuida a los procesados. Con anterioridad el mismo día 2 de diciembre el médico forense adscrito al Juzgado de Instrucción nº 1 de Madrid

reconoció a Miguel Ángel en el Hospital Provincial, en virtud de lo acordado por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Madrid, a raíz de la denuncia interpuesta por Soledad.

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos a los procesados Carlos Francisco y Gabino, como autores penalmente responsables de un delito de detención ilegal en concurso ideal con un delito de lesiones, ya definidos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad en el primer delito y con la concurrencia de la agravante de carácter público en el segundo, y respecto de ambos procesados, a la pena a cada uno de ellos: de DOS AÑOS DE SUSPENSION DE CARGO PUBLICO DERECHO DE SUFRAGIO Y PROFESION POLICIAL, por el delito de detención ilegal y de CUATRO AÑOS DE PRISION MENOR, con sus accesorias de suspensión de cargo público, derecho de sufragio y profesión policial durante el tiempo de la condena por el delito de lesiones, y a que abonen conjunta y solidariamente y por mitad e iguales partes la indemnización de 2.850.000 Pts. a los herederos de Miguel Ángel , respondiendo subsidiariamente el Estado del pago de dicha indemnización, y a que abonen cada uno de los procesados una séptima parte de las costas causadas con inclusión de los de la acusación particular, y exclusión de los de la acción popular, declarando de oficio las dos séptimas partes restantes. Asimismo, debemos absolver y absolvemos libremente a dichos procesados del resto de los delitos de que venían siendo acusados por las acusaciones particular y popular. Firme esta resolución, dedúzcase testimonio de particulares contra Vicente, a los efectos acordados en el fundamento de Derecho decimosexto de esta resolución y remítase al Juzgado Decano de los de Instrucción de esta capital para su reparto. Póngase esta resolución en conocimiento de la Dirección General de la Policía a los efectos reglamentarios correspondientes. Se ratifica el auto de solvencia propuesto por el Instructor en la pieza de responsabilidad civil respecto del procesado Carlos Francisco. Se deja sin efecto la propuesta de insolvenca efectuada en la misma pieza respecto del procesado Gabino, al objeto de acreditar los ingresos que él mismo percibe en la actualidad, para después poder resolver en consecuencia. Notifíquese esta resolución a las partes con indicación de que contra ella pueden interponerse recurso de casación por infracción de ley y

quebrantamiento de forma ante la Sala II del Tribunal Supremo, que deberá prepararse en el término de 5 días contados a partir de la última notificación de la presente.

3.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional, por los acusados Carlos Francisco y Gabino, por la Acusación Popular "Asociación contra la tortura" y por la Acusación Particular Soledad, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

4.- I.- El recurso interpuesto por la representación de los acusados Carlos Francisco y Gabino, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION: Primero.- Por infracción de ley y doctrina legal, al entender violado en la sentencia recurrida, el derecho fundamental a la presunción de inocencia de los procesados, ya que el relato de los hechos declarados probados, carecen de apoyatura probatoria contrastada, verosímil y digna de crédito como para desvirtuar dicho derecho fundamental consagrado en el art. 24.2 último inciso de la C.E., motivo que incardinamos dentro del art. 5.4 de la L.O. 6/85 del Poder Judicial; Segundo.- Por infracción de ley y doctrina legal, con base en el núm. primero del art. 849 de la L.E.Cr., al haberse infringido, por aplicación indebida el art. 184 del Código Penal, ya que de la conducta de los procesados, no se desprende en ningún momento que la detención fuere ilegal o deviniera ilegal, dado el tiempo de su duración y las circunstancias de las mismas; Tercero.- Por infracción de ley con base en el número primero del art. 849 de la L.E.Cr., al haberse infringido por su aplicación indebida el art. 421.1º en relación con el 420 ambos del Código Penal, en su redacción actual, ya que las lesiones sufridas por el Sr. Miguel Ángel, lo fueron como consecuencia de resistirse a su detención, sin que la conducta de los procesados, funcionarios del Cuerpo superior de Policía, deba considerarse aleve ni por supuesto le sea de aplicación la circunstancia agravante de prevalerse del carácter público que tenían los funcionarios de policía; Cuarto.- Por infracción de ley y doctrina legal, al

entender violado en la sentencia recurrida, el derecho fundamental a un proceso público sin dilaciones indebidas que consagra el art. 24.2 de la C.E., motivo que incardinamos dentro del art. 5.4 de la L.O. 6/85 del Poder Judicial, y que ha de llevar a este Alto Tribunal, en el hipotético caso de confirmar la sentencia de instancia, a propugnar indulto particular ante el Gobierno de la Nación.

II.- El recurso interpuesto por la Acusación Popular "ASOCIACION CONTRA LA TORTURA", lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION: Primero.- Al amparo del nº 2 del art. 849 por no haber tenido en cuenta documentos obrantes en Autos que demuestran la equivocación del Juzgador, en cuanto a que D. Miguel Ángel fue sometido a interrogatorio en las dependencias policiales; Segundo.- Por infracción de ley, del artículo 849,2º, de la L.E.Cr.; Tercero.- Por infracción de ley del artículo 849,1º de la L.E.Cr., por inaplicación del art. 204 bis 1º del C. Penal y aplicación indebida del artículo 421,1º en relación con el 420 del mismo texto legal; Cuarto.- Por infracción de ley del artículo 849,1º de la L.E.Cr., por inaplicación del artículo 204 bis, en relación con el artículo 407 del C. Penal; Quinto.- Por infracción de ley del artículo 849,1º por inaplicación del artículo 194 del C. Penal; Sexto.- Por infracción del artículo 15 de la C.E. Autoriza este motivo el artículo 5.4 de la L.O.P.J.; Séptimo.- Por infracción de precepto constitucional, concretamente del artículo 24.2 del Texto Constitucional. Autoriza este motivo el artículo 5.4 de la L.O.P.J.; Octavo.- Por infracción de precepto constitucional, del artículo 14 de la Constitución. Autoriza el presente motivo el artículo 5.4 de la L.O.P.J.

III.- El recurso interpuesto por la representación de la Acusación Particular Soledad, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION: Primero.- Por quebrantamiento de forma del artículo 851,3º de la L.E.Cr., por no resolverse sobre todos los puntos que han sido objeto de acusación; Segundo.- Por infracción de ley al amparo del artículo 849,2º de la L.E.Cr.; Tercero.- Por infracción de ley al amparo del artículo 849,1º de la L.E.Cr., por indebida aplicación del artículo 184 del C. Penal y no aplicación del artículo 480.1 del mismo texto legal; Cuarto.- Por infracción de ley al

amparo del artículo 849,1º de la L.E.Cr., por la no aplicación del artículo 302,2º y 4º, del C. Penal; Quinto.- Por infracción de ley al amparo del artículo 849,1º de la L.E.Cr., por la no aplicación del artículo 325,1 del C. Penal; Sexto.- Por infracción de ley al amparo del artículo 849,1º de la L.E.Cr., por la no aplicación del artículo 194 del C. Penal; Séptimo y siguientes.- Se desiste expresamente del resto de los motivos de casación en su día anunciados por la representación de instancia de mi patrocinada.

5.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, solicitó la inadmisión y subsidiaria impugnación de todos los motivos de todos los recursos interpuestos, dándose asimismo por instruida la parte recurrida, Abogado del Estado, quedando conclusos los autos para señalamiento de vista cuando por turno correspondiera.

6.- Por Providencia de 28 de mayo de 1.996, a los efectos prevenidos en la Disposición Transitoria novena letra C de la Ley Orgánica 10/95 de 23 de noviembre, se requirió a los Procuradores Rodolfo González García, Sofía Guardia del Barrio y Gloria Rincón Mayoral de los recurrentes Carlos Francisco y Soledad y Asociación contra la Tortura para que en el término de ocho días, si lo estimaran procedente, adaptasen los motivos alegados en sus recursos de casación a los preceptos del nuevo Código Penal, transcurrido el cual, se hubiese hecho o no uso de tal facultad, se acordó continuar la tramitación del recurso, dándose traslado a las demás partes y al Ministerio Fiscal, por término común de ocho días.

El Fiscal en su escrito dijo: "Que no habiendo hecho uso del recurrente de la facultad que le otorga la disposición transitoria novena de la L.O. 10/95, de 23 de noviembre, procede seguir la tramitación del recurso de casación, sin perjuicio de la posible revisión que se pueda acordar en la Audiencia de procedencia".

Por Providencia de 18 de noviembre de 1.996, se señaló para la vista el día 18 de diciembre de 1.996, celebrándose la misma con la asistencia de la Letrada recurrente doña Begoña Lalana Alonso en defensa de la Acusación Popular, quien impugnó el recurso de los acusados, sosteniendo el suyo; del Letrado de la Acusación Particular D. Jaime Sanz de Bremond, quien impugnó el recurso, sosteniendo el suyo y del Letrado de los acusados D. Juan A. Jarabo de Apellaniz, quien sostuvo su recurso y del Ministerio Fiscal, que se remitió a su escrito.

Por Auto de 19 de diciembre de 1.996, se acordó prorrogar el término ordinario de diez días para dictar sentencia en el presente recurso, por treinta días hábiles más a adicionar a aquellos.

Por Auto de 5 de febrero de 1.997, se acordó prorrogar el término ordinario de diez días para dictar sentencia en el presente recurso, por diez días hábiles más a adicionar a los treinta ya prorrogados por auto de 19 de diciembre de 1.996.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- En lo concerniente al recurso interpuesto por los acusados Carlos Francisco y Gabino, el primero de sus motivos, formulado al amparo del artículo 5.4 de la L.O.P.J., denuncia vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia consagrado en el artículo 24.2 de la C.E., dado que el relato de los hechos declarados probados carece de apoyatura probatoria contrastada. El Tribunal Constitucional, ya en los albores de su jurisprudencia y a propósito del invocado principio de libre valoración de la prueba recogido en el artículo 741 de la L.E.Cr., aun reconociendo que los distintos elementos de prueba pueden ser ponderados libremente por el Tribunal de instancia, deja constancia de que para que dicha ponderación pueda llevar a desvirtuar la presunción de inocencia es preciso una mínima actividad probatoria producida con las garantías procesales que de alguna forma pueda entenderse de cargo y de la que se

pueda deducir, por tanto, la culpabilidad del procesado. El convencimiento del juzgador sobre dicha culpabilidad sólo puede obtenerse a partir de la prueba obrante en la causa, revestida de todas las garantías constitucionales. Todo un espectro jurisprudencial que arranca de la famosa sentencia del T.C. 31/1981, de 28 de julio, prosigue en otras especialmente destacadas como las 174/1985, de 17 de diciembre, 229/1988, de 1 de diciembre, y llega hasta nuestros días, sentencias 86/1995, de 6 de junio y 157/1995, de 6 de noviembre, al igual que las sentencias emanadas del Tribunal Supremo, es insistente en que sólo cabrá desembocar en la condena del acusado sobre el presupuesto de existencia de una mínima actividad probatoria de cargo que sea no sólo suficiente sino que además guarde directa relación con los hechos fundamentales de la investigación; actividad probatoria correcta, es decir, desarrollada con respeto a los principios constitucionales y procesales que le son inherentes, garantías a que se refiere el artículo 24 de la C.E.

A ello hemos de añadir no basta la mera certeza subjetiva del Tribunal penal de que ha habido efectivamente una actividad probatoria de cargo de la que se deduce la culpabilidad del procesado. La estimación en "conciencia" a que se refiere el precepto legal no ha de entenderse o hacer equivalente a cerrado e inabordable criterio personal e íntimo del juzgador, sino a una apreciación lógica de la prueba, no exenta de pautas o directrices de rango objetivo, que aboque en una historificación de los hechos en adecuado ensamblaje con ese acervo, de mayor o menor amplitud, de datos acreditativos o reveladores, que haya sido posible concentrar en el proceso. El Juez debe tener la seguridad de que "su conciencia" es entendida y compartida fundamentalmente por la conciencia de la comunidad social a la que pertenece y a la que sirve.

Suele posarse la atención sobre las propias expresiones de los artículos 717 y 741 de la Ley de Enjuiciar en orden a fijar el alcance y límites de la función valorativa y estimativa de los jueces. "Criterio racional" es el que va de la mano de la lógica, la ciencia y la experiencia, dejando atrás la arbitrariedad, la suposición o la conjetura. Salvado todo ello, especialmente las garantías que han de circundar la producción de la

prueba, al Tribunal de casación no le viene dada una labor revisoria de las apreciaciones de la Sala sentenciadora, máxime cuando la misma ha contado con el apoyo enriquecedor e inestimable de la inmediación.

Obvio resulta, a la vista de la sentencia recurrida, que el Tribunal ha dispuesto de un amplio y nutrido repertorio de prueba que a él tocaba valorar en conciencia conforme le autoriza el artículo 741 de la L.E.Cr., función exclusiva y soberana de aquél que este Tribunal no puede revisar como si de una segunda instancia se tratase. En los fundamentos de Derecho de la resolución, particularmente en el quinto, la Sala sentenciadora examina minuciosa y pormenorizadamente todo el cúmulo de testimonios y de informes periciales producidos en la causa, a cuya vista configura las conclusiones incriminatorias desvirtuadoras de la presunción de inocencia. No puede decirse que su apoyo argumental venga singularizado en el relato confeccionado por el Sr. Miguel Ángel, sin contradicción alguna. Todas las manifestaciones de éste son contrastadas con los plurales elementos probatorios acumulados en la causa. Los recurrentes, desde su óptica interesada, tratan de hacer prevalecer una interpretación valorativa de la prueba suplantando la autorizadamente llevada a término por la Audiencia. El motivo debe ser desestimado.

SEGUNDO.- En el motivo segundo y al amparo del artículo 849,1º, de la L.E.Cr., se denuncia aplicación indebida del artículo 184 del Código Penal; y ello por entender que de la conducta de los procesados no se desprende en ningún momento que la detención practicada fuera ilegal o deviniera ilegal, dado el tiempo de su duración y las circunstancias de la misma. El derecho a la libertad es inherente a la persona humana, objeto por ello de expresa proclamación en el artículo 17 de la C.E., ostentando cierta relevancia en el ámbito de los derechos fundamentales. De ahí que la privación de la libertad, cautelar o definitiva, habrá de decidirse con observancia de todas las garantías constitucionales y legales que el ordenamiento prevé y regula. Y, en definitiva, sólo podrá realizarse por quienes deban hacerlo, de acuerdo con las atribuciones competenciales conferidas por la Ley y en la forma determinada por ésta.

En cuanto que la detención tiene una inspiración cautelar, preordenada básicamente a garantizar la presencia y sujeción del presunto culpable al procedimiento en ciernes y en su día y caso al ius puniendi del Estado, debe apoyarse en presupuestos justificativos y legitimadores y responder al principio de proporcionalidad. Según el artículo 9º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, "todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por la Ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta". El artículo 492 de la L.E.Cr. impone la obligación de detener a una persona cuando la Autoridad o Agente tenga motivos racionalmente bastantes para creer en la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito y que los tenga también bastantes para creer que la persona a quien intente detener tuvo participación en él. Ello aparte de las facultades derivadas de lo dispuesto en los artículos 492,1º, en relación con el 490,2º, de la propia Ley.

Siempre, cual aconseja la doctrina legal, atendiendo a criterios de racionalidad y ponderación, sin tratar de llevar a este estadio preliminar y antejudicial el rigor y la técnica enjuiciadora de los hechos que el Juez o Tribunal pondrá a contribución al término del procedimiento, con vistas al material probatorio de que disponga (Cfr. sentencias de 16 de octubre de 1.993 y 1 de junio de 1.994).

TERCERO.- Constituye doctrina generalizada, y, desde luego, asumida jurisprudencialmente, la de que el campo de aplicación más frecuente del artículo 184 del C.P. viene representado por el supuesto de comienzo correcto de su actuación por el Agente policial, en aras de llevar a efecto una detención, excediéndose luego de los límites de sus facultades. Su obrar es legítimo, ajustado a Derecho, en el inicio de su proceder, pero los actos subsiguientes y realizativos, o al menos alguno de ellos, de adecuada y especial significación, tiñen de ilegalidad el tramo de ejecución de la propuesta privación de libertad. El bien jurídico del delito de detención ilegal de funcionarios quedaría configurado no sólo en base a las garantías de que se hacen eco los artículos 187 y 188 del C.P., sino también en razón al respeto de derechos tales

como la puesta en libertad o entrega al Juez en el plazo de veinticuatro horas, asimismo que la detención se efectúe en la forma que menos perjudique al detenido en su persona y reputación. Estos delitos no sólo protegen la libertad ambulatoria, sino que tutelan el control judicial de los actos de privación de libertad realizados por los funcionarios administrativos. La ilegalidad puede ser originaria o sobrevenida, de forma que una detención legal puede abocar en típica ante la inobservancia o conculcación de las condiciones que la legitimaron ab initio. Y ello en base a que la detención comprende no sólo el acto inicial, interruptivo de la libertad de iniciativa y movimientos del sujeto, sino también los actos posteriores de realización o ejecución (véase la sentencia de 2 de febrero de 1.995).

La sentencia recurrida señala que bien porque Miguel Ángel hubiera pronunciado en presencia de Gabino la frase "yo me paso a la Policía por la polla" o por otra contingencia que hubiera podido darse en la conversación acalorada que tuvieron los procesados y la víctima -la sentencia habla de las señales despreciativas y ofensivas que Miguel Ángel hacía-, surgió el requerimiento de Gabino a Miguel Ángel para que se identificara y la detención. Detención que la Sala de Instancia considera legítima en aquel momento inicial, por no poder presumirse, contra reo, su carácter antijurídico. El detenido fue puesto a disposición judicial el mismo día 2 de diciembre. Todo ello abona la inexistencia de ese dolo específico requerido, conciencia de arbitrariedad y abusividad en el proceder, segando injustificadamente la libertad de una persona (Cfr. sentencias de 1 de junio y 26 de septiembre de 1.994). Sin embargo, esa originaria legalidad de la detención se trasmuta en ilegalidad con la subsiguiente agresión, desde que, esposado Miguel Ángel, se introduce en el vehículo policial y es golpeado, como sigue siéndolo en la Dirección General de Seguridad, privándosele de las garantías que le son propias. La doctrina de esta Sala, al establecer diferencias entre los delitos previstos en los artículos 184 y 480 del Código, propugna una interpretación restrictiva del primero, que se reserva a los casos en que la detención tiene "ab initio" una justificación legal que deviene ilegal cuando se conculcan las garantías establecidas en favor del detenido; pero cuando la detención nace o surge teñida de ilegalidad, por razones ajenas al servicio e interés público, por motivaciones exclusivamente privadas,

la actuación sale o escapa del marco competencial del Agente y queda sometida al artículo 480 de dicho Texto legal, pues no puede acogerse a la tipificación - injustificadamente privilegiada- del artículo 184 quien dimite de su condición de funcionario público al poner las facultades que la ley le concede al servicio de intereses meramente particulares (sentencias de 6 de octubre de 1.986, 25 de junio de 1.990, 16 de marzo de 1.991, 7 de febrero de 1.992, 30 de marzo de 1.993 y 2 de febrero de 1.995).

La licitud inicial de la detención, considera fundadamente la sentencia que se impugna, no otorga una patente de impunidad frente a las sucesivas etapas, si éstas sitúan al sujeto activo al margen de la legalidad, como sucede al golpear los procesados violentamente al detenido causándole las lesiones reseñadas en los informes médicos. Basta decir aquí que esas lesiones por su naturaleza y características y localización, no fueron producidas para reducir al detenido, sino que le fueron causadas precisamente hallándose ya esposado y materializada la detención, vulnerándose con ello lo dispuesto en el artículo 520 párrafo 1º de la L.E.Cr. que establece que "la detención debe efectuarse en la forma y manera que perjudique lo menos posible a la persona del inculcado" apartándose con esa actuación a posteriori de la finalidad que debe presidir la detención: la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos (art. 17.2 de la Constitución).

Corolario de todo lo expuesto ha de ser la desestimación del motivo.

CUARTO.- El tercero de los motivos, en sede del artículo 849 de la L.E.Cr., lo es por decirse infringido el artículo 421,1º, en relación con el artículo 420, ambos del Código Penal, ya que las lesiones sufridas por el Sr. Miguel Ángel lo fueron como consecuencia de resistirse a su detención, sin que en la conducta de los procesados pueda apreciarse la circunstancia agravante de prevalerse del carácter público que tenían los funcionarios de policía. Dada la vía casacional de que se hace uso, se impone el más absoluto respeto a los hechos probados. A la vista de los mismos mal puede deducirse

que las lesiones causadas a Miguel Ángel fueron consecuencia del forzamiento desarrollado para reducirle, cuando claramente se consigna que, fundamentalmente, tuvieron lugar durante el trayecto en vehículo a la Dirección General y al sacarle del mismo y ser conducido por los procesados a las dependencias de grupo NUM001 de la B.R.P.G. Se resalta en el factum que Miguel Ángel "fue esposado a un radiador de la calefacción allí existente y en tal situación fue reiteradamente golpeado con puños y piernas por ambos procesados, quienes sirviéndose también de un objeto romo, alargado de cierta consistencia, similar a una fusta, le propinaron hasta un total de seis golpes en la espalda". No resultando sostenible que las lesiones se causaron sólo por el acusado Carlos Francisco, al resistirse Miguel Ángel y que Gabino no participó en ellas. La corrección en la aplicación de la circunstancia agravante del artículo 10,10ª del C.P. queda fuera de toda duda. El motivo debe ser desestimado.

QUINTO.- En el motivo cuarto, y por la vía ofrecida por el artículo 5.4 de la L.O.P.J., se alega violación del artículo 24.2 de la C.E. y, particularmente, el derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas, en base de lo cual, y para el hipotético caso de que se confirmase la sentencia de instancia, se propugnaba la solicitud de un indulto particular ante el Gobierno.

El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas presenta un carácter autónomo con respecto al derecho a la tutela judicial efectiva, señalándose como un derecho subjetivo de carácter reaccional, correlato al deber de Juzgados y Tribunales de resolver los asuntos que se les sometan, no dilatando sin justificación la respuesta demandada por los justiciables. No puede perderse de vista que la justicia es un valor superior que informa todo nuestro ordenamiento (artículo 1.1º, de la C.E). El Estado ha de comprometerse a la prestación de una justicia ágil y rápida, evitando rémoras que puedan empañar y, a veces, tornar inoperantes las respuestas que las resoluciones judiciales alberguen. De ahí que abiertos al tema de la irregular dilación del proceso habrá de comprobarse en primer término las razones de su prolongación en el tiempo, si el órgano judicial fue o no causante, y en qué grado, de las dilaciones indebidas, así

como la actitud de las partes y su eventual contribución, directa o indirecta, a ese alejamiento de la postrer resolución de fondo injustificadamente pospuesta. La sentencia del T.C. 197/1993 de 14 de junio resalta, ante cualesquiera causas motivadoras de la dilación, que ello no priva a los ciudadanos del derecho a reaccionar frente a tales retrasos, ni permite considerarlos como inexistentes. La complejidad del litigio -dice la sentencia del T.C. 5/1985, de 23 de enero-, la conducta de los litigantes y de las autoridades y las consecuencias que del litigio presuntamente demorado se siguen para las partes, son, ciertamente, criterios desde los que debe llenarse de contenido el concepto de "plazo razonable". En definitiva, el mero incumplimiento de los plazos procesales no lleva, sin más, al dictado de que un determinado procedimiento ha experimentado demoras que, por impropias e injustificadas, han de tener su traducción en alguna mitigación o beneficio de gracia para quien, sin contribución causal por su parte, sufre las consecuencias espirituales o psíquicas y, en ocasiones, también de orden material, del alongamiento excesivo de unas diligencias penales que le afectan y en las que se halla implicado. Las circunstancias de cada caso, los factores objetivos y subjetivos influyentes, facilitarán la concreción del abstracto e indeterminado concepto jurídico de la "dilación".

Ante eventuales invocaciones del instituto de la prescripción, el Tribunal Constitucional ha concluido que el derecho a que el proceso se tramite, y resuelva y ejecute en un plazo razonable es plenamente independiente del juego de la prescripción penal. La dilación indebida no puede dar lugar al reconocimiento de un derecho a la prescripción si el procedimiento no ha estado paralizado el tiempo legalmente previsto para que se extinga la responsabilidad penal por este motivo (sentencias del T.C. 255/1988, 83/1989 y 35/1994).

En el orden penal esta Sala, ante supuestos de comprobada injustificación en la dilación de un proceso penal, alejándose notablemente la sentencia ultimadora de aquél de la fecha de perpetración del hecho criminal, ha optado, como medio de paliar los efectos perjudiciales que puedan derivar de la expectación e incertidumbre asaltantes

del inculpado durante el tiempo de espera de la resolución del proceso, así como del cumplimiento tardío y aplazado de una pena que padece en su significación y fines ante su extemporaneidad aplicativa, por la fórmula del indulto, ordinariamente parcial, de aquélla (Cfr. sentencias del T.S. de 28 de mayo de 1.993, 18 de febrero y 24 de marzo de 1.994, y del T.C. 35/1994 de 31 de enero).

La sentencia de instancia no ha sido insensible a la cuestión suscitada. En cuanto al transcurso del tiempo desde que sucedieron los hechos hasta su enjuiciamiento -se dice-, es cierto que han transcurrido más de diez años, habiéndose prolongado demasiado el procedimiento por una serie de incidentes procesales.

Ahora bien, conforme a una reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencias de 30 de octubre de 1.992, 15 de junio y 1 de julio de 1.993) la infracción del art. 24.2 de la Constitución no conlleva la absolución del procesado, pues en tales casos debe imponerse la pena correspondiente a la infracción y a lo sumo solicitar el oportuno indulto.

Los propios recurrentes aducen la dilación de este proceso "debido sin duda, como admite la sentencia recurrida, a cuestiones de carácter procesal", pero ajenas por completo a los condenados. El supuesto puede guardar cierta similitud con el tomado en consideración en la sentencia de esta Sala de 26 de enero de 1.993; de ahí que sea predicable su doctrina en orden a estimar que la dilación puede afectar a la función rehabilitadora y resocializadora de la pena privativa de libertad, y el Tribunal que juzga más allá de un plazo normal está juzgando a un hombre distinto en su circunstancia personal, familiar y social, de suerte que la pena, fuera de la finalidad retributiva, no cumple o no puede cumplir las funciones de prevención general y de reinserción social, que son los fines que en un primer orden de valores la justifican. La reparación del derecho constitucional pasaría entonces por una medida de gracia pero reservando al condenado la solicitud en los términos prevenidos en la Ley, a fin de que el Tribunal pueda tener ocasión de conocer, para fundamentar su propuesta-informe, la realidad

personal y familiar del sujeto, su actual ocupación o dedicación laboral o profesión, su posible contumacia en el delito, y cuantos datos o circunstancias referentes a su nivel de rehabilitación social, puedan aconsejar la mitigación o perdón de la pena (Cfr. sentencia de 31 de enero de 1.992).

Ante la previsión del Tribunal sentenciador, al que esta Sala se adhiere, no procede casar la sentencia, desestimándose el motivo.

SEXTO.- Respecto del recurso interpuesto por la Acusación contra la Tortura, erigida en acusación popular, el primer motivo, al amparo del artículo 842,2º, de la L.E.Cr., gira en torno a supuesto error en la apreciación de la prueba. Cita "documentos" que demuestran la equivocación del Juzgador, en cuanto a que Miguel Ángel fue sometido a interrogatorio en las dependencias policiales. Es sentir jurisprudencial reiterado y pacífico, considerar documentos, a los efectos casacionales determinados en el artículo 849,2º, de la L.E.Cr., aquellas representaciones gráficas del pensamiento, generalmente por escrito, creadas con fines de preconstitución probatoria y destinadas a surtir efectos en el tráfico jurídico, originados o producidos fuera de la causa e incorporados a la misma. Han de ofrecer la condición de literosuficientes, que vale tanto como autónomos e independientes, es decir, con virtualidad suficiente para acreditar por sí solos y de forma indubitada, sin necesidad de acudir a otros factores de inferior rango, el error de hecho denunciado y que con tales documentos se trata de evidenciar. Quedan fuera de la concepción expuesta las pruebas personales practicadas aunque, naturalmente, se documenten -en ocasiones bajo la propia fe judicial- a efectos de constancia, todas las cuales, formando la urdimbre probatoria característica del proceso, se remiten a la valoración encomendada al órgano jurisdiccional por el art. 741 de la L.E.Cr. En ese acervo de acreditamientos -inadecuados para ser tomados en consideración a fines de objetivar el error iuris-, figuran las declaraciones de los inculcados, testigos, informes de autoridades o agentes de la misma, atestados, actas de juicio oral, dictámenes periciales, etc., salvo, caso de estos últimos, en supuestos excepcionales (sentencias del T.S. de 17 y 21 de mayo de 1.993, 10 de octubre de 1.994,

22 de septiembre y 10 de noviembre de 1.995). Se ha repetido de manera insistente que las actas del juicio oral no constituyen documentos a efectos de poder fundar en los mismos un recurso por error de hecho en la apreciación de la prueba.

Por el recurrente se citan como documentos una serie de actuaciones e informes obrantes en las diligencias que en su mayoría -casi en su totalidad- pueden conceptuarse como pruebas personales "documentadas" a fin de constancia en la causa. Y un pequeño reducto que si, en principio, pudiera atribuírseles un cierto carácter documental, no llegan a reunir las condiciones precisas, tal la literosuficiencia, para hacer prueba, por sí mismos, y sin necesidad de otro apoyo acreditativo, de aquello que trata de evidenciarse. Hay que destacar, como doctrina de esta Sala, que cuando una sentencia tiene en cuenta unos documentos, los analiza y considera, a pesar de lo cual, y en el marco de un racional y justo análisis, se apoya en otros medios probatorios de significado contrario a aquéllos, no puede alegarse, salvo supuestos excepcionales, el error que se invoca, puesto que, sin pruebas reinas exclusivas y excluyentes, trataríase de un problema de valoración probatoria, con lo que quiere decirse que la denuncia casacional buscaría, por el cauce del artículo 849,2º, rectificar aquello que, según los artículos 741 procedimental y 117.3 constitucional, sólo a la instancia incumbe (Cfr. sentencias de 7 de julio de 1.984 y 21 de mayo de 1.993).

El recurrente reconoce y admite la existencia del testimonio vertido, en contra de la tesis que propugna, por los Policías del grupo NUM001 de Policía Judicial. Testimonio que por otra parte trata de anular, al considerar que tales testigos carecen de fiabilidad, pues, de no avalar a los procesados, ellos mismos podrían verse inculcados. Es al Tribunal al que corresponde valorar en conciencia, fiel a criterios de racionalidad, las declaraciones de los particulares y de los funcionarios policiales (artículos 717 y 741 de la L.E.Cr.). Así lo verifica el Tribunal de instancia constatando que de las pruebas practicadas, en especial de la amplia testifical, ha quedado acreditado tal y como reiteradamente han manifestado los procesados, que a Miguel Ángel no se le recibió declaración ni se le interrogó sobre los hechos que motivaron su detención.

El motivo debe ser desestimado.

SEPTIMO.- También por la vía del artículo 849,2º, se articula el segundo motivo, insistente en la existencia de error de hecho en la apreciación de la prueba. Hace referencia a una serie de informes periciales orbantes en la causa e historial policial de la víctima, creyendo debe modificarse el factum en cuanto se refiere al origen del edema pulmonar agudo sufrido por Miguel Ángel. Aquellos informes o dictámenes no constituyen en principio documentos válidos a efectos casacionales, suponiendo pruebas personales documentadas, excepción hecha, conforme a cierta doctrina jurisprudencial, de que nos hallemos ante un dictamen, o varios absolutamente coincidentes, y no disponiendo el Tribunal sentenciador de otro acreditamiento sobre los mismos extremos fácticos, los ha tomado como única base de los hechos probados, pero incorporándolos a los mismos tan sólo en parte, es decir, de modo incompleto o fragmentario, y cuando contando sólo con tal dictamen -o dictámenes coincidentes- y no concurriendo otra prueba sobre el extremo a esclarecer, el Tribunal de instancia haya llegado a conclusiones divergentes de las de aquellos, e incluso totalmente opuestas o contrarias a los mismos (Cfr. sentencias de 21 de enero de 1.989, 26 de abril y 15 de noviembre de 1.990, 17 de enero de 1.991, 26 de febrero y 10 de julio de 1.992, y 20 de diciembre de 1.996, entre muchas).

No se dan tales presupuestos en el caso examinado. Los peritos de las acusaciones y los forenses presentan conclusiones divergentes en cuanto a la relación de causalidad en la muerte de Miguel Ángel, llegando los citados Forenses al resultado de que no es posible establecer una relación entre los traumatismos y el estrés sufridos durante su detención y el segundo edema pulmonar determinante de su muerte. Tesis esta reforzada con el informe del cardiólogo Dr. Alfredo que atendió a Miguel Ángel en el Hospital Provincial. La sentencia, en su fundamento sexto, lleva a término un minucioso examen de todas las aportaciones periciales tenidas lugar a lo largo de la causa, que clasifica en dos bloques, las producidas por los médicos forenses y las de los

doctores propuestos por las acusaciones particular y popular. La sentencia, a la vista de los informes y conforme al razonamiento que refleja en los fundamentos, se decante por el criterio de los médicos forenses, los que entienden que si bien los traumatismos y el estrés inciden directamente en la cardiopatía preexistente y pueden desencadenar un cuadro agudo de edema de pulmón -ver conclusión IV de la autopsia- como el que tuvo lugar en el postoperatorio, no es posible sin embargo establecer una relación entre aquellos factores y el segundo edema pulmonar, el desencadenante de la muerte con base: a) la distancia temporal existente, más de tres meses entre los hechos y el fallecimiento, b) el alta hospitalaria dada el 10 de enero y c) al dato de que muchas personas padecen esta enfermedad fallecen de muerte súbita. Para el Juzgador, y tras la valoración del conjunto probatorio, semejante criterio lo considera como el más acertado. En ello no puede hablarse de error en la apreciación de la prueba.

Para que el resultado pueda imputarse al sujeto activo como hecho propio tiene que ser producto de la acción, siendo preciso, además, una relación específica que permita imputarla objetivamente al agente, tomando en consideración el riesgo creado y el fin de protección de la norma. La imputación objetiva es un requisito implícito del tipo en los delitos de resultado para que, jurídicamente, pueda atribuirse el mismo a la acción del individuo. Ello supone que la conducta cree un riesgo penalmente relevante y que la producción del resultado, cristalización de ese riesgo, guarde relación con el fin o ámbito de protección de la norma infringida.

Aunque el autor haya creado o incrementado un riesgo que se transforma en resultado lesivo, no procederá la imputación de este resultado si no se produce dentro del ámbito de protección de la norma. Para que la conducta causante de un resultado típico pueda considerarse realizadora de la parte objetiva del tipo es necesario que ex ante aparezca como creadora de un riesgo típicamente relevante. Además de la relación de causalidad es necesario para la imputación objetiva del resultado una relación de riesgo entre la conducta y el resultado. Se hace necesaria la exigencia de que el resultado sea objetivamente previsible, que aparezca como realización del peligro

creado o incrementado por la conducta dolosa del autor. Ex ante, pues, habrá de ser previsible que la actuación del sujeto, tal como se desarrolla y produce, es susceptible de desembocar en la consecuencialidad que se lamenta; y ello atendiendo a parámetros normales de inteligencia, cultura y acervo experiencial.

La sentencia, tras el examen de la prueba obrante en la causa, y de modo especial atendiendo a los dictámenes periciales, optando por la línea ofrecida por los médicos forenses, concluye que no es posible establecer una relación entre los traumatismos y el segundo edema pulmonar, desencadenante de la muerte.

Además de la inexistencia de relación causalidad, la muerte de Miguel Ángel no sería en ningún caso imputable objetivamente a la acción de los procesados. A no ser por la latente enfermedad cardíaca de la víctima, las agresiones provenientes de aquéllos no eran idóneas y capaces para la originación de un resultado letal. La muerte de Miguel Ángel sobrevino desconectada de la acción de los inculpados y fuera de todo ámbito de objetiva imputación.

El motivo merece ser desestimado.

OCTAVO.- En el tercer motivo del recurso, en sede del artículo 849,1º, de la L.E.Cr., se habla de infracción de ley por inaplicación del artículo 204 bis, 1º, del C.P., y aplicación indebida del artículo 421,1º, del mismo texto legal. La tortura ha sido definida por la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, de Nueva York, de 10 de diciembre de 1.984 (ratificada por España el 21 de octubre de 1.987), como "todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otros, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos

sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya o con su consentimiento o aquiescencia". La Constitución Española de 1.978 proclama en su artículo 15 que "todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes". El artículo 204 bis del Código Penal se hace eco de semejante preocupación resaltada a escala internacional dando tipicidad al delito de tortura.

Conforme a la previsión y mandato del artículo 10.2 de la C.E., en la interpretación de la norma penal habrán de tenerse en cuenta, entre otros acuerdos de origen supranacional, el contenido de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1.948, artículo 5º, así como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1.966, artículo 7º. Preceptos dignos de ser tenidos en cuenta vienen representados por la Ley General Penitenciaria de 26 de septiembre de 1.979, artículo 6, Reglamento Penitenciario aprobado por R.D. 190/1996, de 9 de febrero, artículo 4.2, a), y Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de 13 de marzo de 1.986, artículo 27.3, c).

Un conjunto de sentencias de esta Sala han tenido ocasión de pronunciarse sobre el tipo penal que nos ocupa trazando sus perfiles y precisando sus exigencias. Se ha repetido que el delito de torturas del artículo 204 bis no constituye en principio más que un tipo cualificado y agravado de otras infracciones, exigiendo en sus distintas modalidades: a) un sujeto activo, Autoridad o funcionario público; b) una actividad específica producida en el curso de una investigación oficial o judicial; c) un ánimo tendencial que pretende conseguir del sujeto pasivo una confesión o un testimonio determinado (sentencias de 10 de marzo de 1.992, 13 de diciembre de 1.993 y 22 de septiembre de 1.995). La realización de hechos por quien no tiene indicada cualidad funcional, o no se halla en el ejercicio de las funciones apuntadas, o no se halla en línea de persecución de los objetivos expresados, queda fuera del círculo de especialidad del delito de torturas; su responsabilidad será subsumible en los preceptos

que el artículo 204 bis menciona por vía referencial. En el párrafo primero del artículo 204 bis se describe lo que se ha denominado "tortura indagatoria", caracterizada por la causación de dolores o sufrimientos por Autoridad o funcionario público con el fin de obtener una confesión o testimonio en el curso de una investigación policial o judicial.

Como concluye la sentencia impugnada, ha quedado acreditado que a Miguel Ángel no se le recibió declaración ni se le sometió a ningún interrogatorio sobre los hechos que motivaron su detención. Nada supone en contra una cierta demora en el traslado a la Inspección Central para su ingreso en los calabozos. En el fundamento cuarto de la sentencia se razona la posición del Tribunal y se plasman los actos determinantes de las lesiones incardinables en los artículos 420 y 421,1º, del C. Penal. El motivo ha de desestimarse NOVENO.- El cuarto motivo guarda cierto paralelismo con el precedente, denunciándose por la vía del artículo 849,1º, de la Ley Procesal, inaplicación del artículo 204 bis, en relación con el artículo 407 del C.P.

La razón desestimatoria del motivo es la misma que sirve de base en el fundamento anterior para el rechazo del motivo tercero. Si no existen torturas en el "factum" y la causa de la muerte de Miguel Ángel queda desvinculada de los traumatismos causados después de su detención, es imposible la aplicación del artículo 204 bis en relación con el artículo 407 del C.P. El motivo ha de claudicar y ser desestimado.

DECIMO.- Al amparo del artículo 849,1º, de la L.E.Cr. se denuncia en el motivo quinto inaplicación del artículo 194 del C.P. La detención ilegal del artículo 184 del Código Penal absorbe la conculcación de aquéllos otros derechos de rango fundamental y naturaleza procesal en íntima relación con la privación de libertad.

Como es obvio, quien somete a detención ilegal a una persona, privándole de un derecho tan esencial, no va a informarle de su derecho a no declarar, o a ser asistido de

letrado. El carácter accesorio de estos derechos respecto del derecho a la libertad hace que, al desaparecer ésta y ser objeto de sanción tal hecho, ello incluye el reproche y sanción del desconocimiento de aquellos otros. El motivo merece su desestimación.

DECIMO PRIMERO.- Acudiendo esta vez a la vía ofrecida por el artículo 5.4 de la L.O.P.J., se alega en el motivo sexto infracción del artículo 15 de la C.E. Realmente viene a ser reproducción de lo expuesto en los motivos tercero y cuarto. Al estudiar los mismos se ha hecho mención de los preceptos y normas de rango supranacional y constitucional que aquí se invocan, en cuanto el artículo 204 bis del C.P. viene a ser reflejo positivo y síntesis normativa de aquéllos. Se impone la desestimación del motivo.

DECIMO SEGUNDO.- Al amparo también del artículo 5.4 de la L.O.P.J., se aduce en el motivo séptimo infracción del artículo 24.1 de la C.E., al establecer el mismo el derecho de todas las personas a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos. Echa de menos el recurrente, y de ahí su censura, que no se acordase por el Tribunal sentenciador la deducción de los testimonios solicitados en su día. No hay concordancia entre tales alegaciones y la realidad de los hechos aceptados y dados por probados por la sentencia. Ante la improsperabilidad de los motivos precedentes, carecen de sentido las peticiones que en el presente se alinean. No cabe hablar de infracción de la tutela judicial efectiva por la inatendencia de la petición formulada por la recurrente, cuando la sentencia rechazó la calificación de tortura respecto de los hechos enjuiciados y no halla conexión entre las lesiones causadas a Miguel Ángel y el fallecimiento del mismo meses después. Cual informa el Ministerio Fiscal, los acusadores tenían abierta la vía de la denuncia o querrella para el encauzamiento judicial de sus imputaciones. El motivo debe ser desestimado.

DECIMO TERCERO.- En el motivo octavo, también encauzado por la vía del artículo 5.4 de la L.O.P.J., se aduce infracción de precepto constitucional,

concretamente del artículo 14 de la C.E. Para el recurrente la sentencia impugnada equipara indebidamente la declaración de los testigos con la de los procesados. Al estar éstos, en virtud de los artículos 24 de la Constitución y 520 y concordantes de la L.E.Cr., amparados por el Derecho a no confesarse culpables y aquéllos tener la obligación de decir verdad, es imposible realizar tal equiparación entre posiciones procesales tan lejanas. En segundo término, el relato fáctico de la sentencia y su explicación en los fundamentos de Derecho -se aduce-, conculca el citado artículo 14 de la C.E. al dar, al parecer, mayor credibilidad a algunos testigos que a otros.

Se desconoce por el recurrente la atribución legal reconocida al Tribunal para la valoración "en conciencia" y racional de las pruebas practicadas (artículos 741 y 717 de la L.E.Cr.). La igualdad que el invocado precepto constitucional proclama no padece por la ponderación de las distintas declaraciones testificales prestadas y la mayor credibilidad atribuida a alguna de ellas, cual comenta la sentencia de 22 de junio de 1.989. Máxime cuando el Tribunal, fiel al mandato del artículo 120.3 de la Constitución, cuida de motivar su resolución de forma reflexiva y minuciosa.

En consecuencia, ha de ser rechazado el motivo.

DECIMO CUARTO.- Con referencia al recurso interpuesto por la acusación particular representada por Soledad , el primero de sus motivos lo es por quebrantamiento de forma y al amparo del artículo 851,3º, de la L.E.Cr., por no resolverse sobre todos los puntos que han sido objeto de acusación. La parte acusadora -se dice-, para el caso de que se estimara que los hechos eran constitutivos, entre otros, de un delito de detención ilegal del artículo 184 del C.P., en vez de un delito del artículo 480 del mismo Código, imputó a los procesados la comisión de un delito del artículo 204 bis, en concurso con un delito de amenazas del artículo 493,1º, de dicho texto legal. La sentencia omite las amenazas de que fue objeto Miguel Ángel .

El Tribunal sentenciador rechaza con amplios razonamientos la existencia de un delito de torturas (fundamento de Derecho cuarto). Se da, pues, respuesta expresa a la petición de condena por el delito de torturas. Otro tanto ocurre respecto a las amenazas. La sentencia, igualmente, señala que el delito de amenazas "tampoco ha quedado en modo alguno acreditado, teniendo en cuenta como ya se ha dicho, la falta de validez a efectos probatorios de lo narrado por Miguel Ángel en declaración escrita que aportó en la instrucción, a no ser que venga acreditada por otra serie de pruebas o datos objetivos lo que respecto a este particular no ha sucedido". No existe el vicio procesal denunciado y el motivo debe ser desestimado.

DECIMO QUINTO.- En el segundo motivo se aduce, utilizando la vía del artículo 849,2º, de la L.E.Cr., haberse incurrido en error en la apreciación de la prueba, designándose los informes periciales obrantes en autos como corroboración de ello. El motivo ha de rechazarse atendiendo a las razones expuestas al examinar el motivo segundo del recurso de la acusación popular. El Dr. Sergio sostiene -y a él se adhieren otros dictámenes- que entre el primer edema producido y el que le originó la muerte existen tres meses, siendo el nexo de unión la cardiopatía, pero existiendo dos cuadros distintos y diferenciadores. Habiéndose producido el edema agudo de pulmón por una causa añadida.

El motivo deviene improsperable y ha de ser desestimado.

DECIMO SEXTO.- El tercer motivo, al amparo del artículo 849,1º, de la ley procesal, se funda en indebida aplicación del artículo 184 del C.P. y no aplicación del artículo 480, primero, del Código Penal. Al analizar el motivo segundo del recurso de los acusados se han dejado expuestos los argumentos que justifican la incardinación de la conducta de los procesados en el artículo 184 y no en el artículo 480 del Código Penal.

La Sala de instancia considera legítima la detención en el momento inicial en que se produjo, atendiendo al comportamiento mostrado por Miguel Ángel y no poder presumirse contra reo su carácter antijurídico. En el propio factum se consigna la conformidad de aquél ante la comunicación de Gabino para que le acompañase, "lo que éste realizó tras pedirles que no le colocaran las esposas dentro del local, sino en la calle, a lo que aquellos accedieron, abandonando la discoteca sin que en su interior se ejerciera violencia o acometimiento alguno por parte de nadie". Cual recuerda el Ministerio Fiscal en su informe, el artículo 492,4º, de la L.E.Cr., impone a la Autoridad o Agente el deber de detener aunque el delito contemplado tenga pena inferior a prisión menor y si tiene motivos racionales bastantes para creer que la persona a la que detiene, tuvo participación en él. Aparte de las facultades derivadas del artículo 492,1º, en relación con el 490,2º, de la propia Ley.

Y todo ello partiendo siempre del dato, resaltado por la Jurisprudencia, de que no se pueden llevar a este estadio preliminar y antejudicial el rigor y técnica enjuiciadora de los hechos que el Juez o Tribunal pondrá a contribución al término del procedimiento (Cfr. sentencia de 1 de junio de 1.994).

El motivo ha de rechazarse y ser desestimado.

DECIMOSEPTIMO.- En el motivo cuarto, en sede del artículo 849,1º, de la L.E.Cr., se denuncia infracción por inaplicación, del artículo 302,2º y 4º, del C.P. Dados los hechos probados, el Tribunal debió condenar a los procesados por un delito de falsedad en documento oficial. Las inexactitudes que pueda contener el atestado en orden a la búsqueda de una exculpación por las lesiones causadas, tratando de justificarse ante una pretendida resistencia del detenido, encajan en la figura del autoencubrimiento. Nadie puede pretender -informa el Ministerio Fiscal- que quien realiza actos delictivos vaya a expresarlos en el atestado que confecciona, tratará de ocultarlos no con afán de falsear sino de encubrirlos.

El motivo debe desestimarse.

DECIMOOCTAVO.- En el motivo quinto, por igual vía procesal, se denuncia infracción, por su no aplicación, del artículo 325,1º, del Código Penal. Las mismas razones que llevan al rechazo del motivo anterior son predicables del presente, que ha de correr la misma suerte.

DECIMONOVENO.- El sexto de los motivos, también al amparo del artículo 849,1º, de la Ley Procesal, denuncia la no aplicación del artículo 194 del C.P. A tenor de los fundamentos expuestos al estudiar el motivo quinto del recurso de la acusación popular, el presente ha de merecer su desestimación.

FALLO:

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR a los recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuestos por los acusados Carlos Francisco y Gabino, por la Acusación Popular Asociación contra la Tortura y por la Acusación Particular Soledad , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Primera, de fecha 30 de marzo de 1.994, en causa seguida contra los anteriores acusados, por delito de detención ilegal en concurso ideal con un delito de lesiones. Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas procesales ocasionadas en sus respectivos recursos. Todo ello sin perjuicio de que por el Tribunal de instancia pueda llevarse a efecto la revisión de la sentencia, si procediese, para su acomodación al nuevo Código Penal de 1.995. Comuníquese esta resolución, a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa, que en su día remitió.

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

22-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 21 DE MAYO DE
1997

ANTECEDENTES DE HECHO:

1.-El Juzgado de Instrucción número 4 de Sevilla instruyó procedimiento abreviado número 267/92 y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Sevilla que con fecha 18 de Diciembre de 1.995, dictó sentencia que contiene el siguiente hecho probado: El día 31 de julio de 1.986 otorgó escritura pública de compraventa y cesión gratuita a favor del Excmo.

Ayuntamiento de San Juan de Aznalfarache, D^a Luz , propietaria, entre otras, de la finca urbana inscrita, en el Registro de la Propiedad nº 8 de Sevilla, al tomo NUM010, libro NUM011 de San Juan de Aznalfarache, al folio NUM012, finca NUM013, inscripción 4^a, situada en DIRECCION006, en San Juan de Aznalfarache, la cual se destinaría a equipamientos, con una superficie de 22.795 metros 60 decímetros cuadrados, lindando al norte con una calle de nueva formación que separa la BARRIADA001 y AVENIDA001, al este con terrenos del plan parcial del Sector número cuatro de las normas subsidiarias de planeamiento vigente de aquel Municipio, aprobadas por Comisión Provincial de Urbanismo el 18 de Julio de 1.983, fincas registrales NUM014 y NUM015, propiedad del Ayuntamiento y finca DIRECCION007, al oeste, terrenos propiedad del Episcopado y AVENIDA001 y sur,. con tapia del DIRECCION008 de San Juan de Aznalfarache y urbanización de nueva construcción en terrenos de Vallhermoso S.A. lindando también por los cuatros vientos por constituir un enclave dentro de los anteriores linderos, con las parcelas 4-5 y 6 del Plan Parcial de la URBANIZACIÓN000 del año 1.970 propiedad del Ayuntamiento. Instalando el Ayuntamiento, en parte de los terrenos recogidos en la escritura citada un campo de futbol, para uso y disfrute de los vecinos de aquella zona, ocupándose asimismo de la conservación y mantenimiento del mismo. Segundo.- El día 16 de julio de 1.986, D. Luis Miguel se adjudicó en subasta pública entre otras la finca registral nº NUM016,

inscrita en su día en el Registro de la Propiedad nº 1 de Sevilla, al folio NUM017, vto. tomo NUM018, libro NUM019 de San Juan de Aznalfarache inscripción 2, embargada a la Cooperativa de viviendas "DIRECCION009 ", en el juicio ejecutivo nº 241/1.980-H, seguido en el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Sevilla. Terreno situado en San Juan de Aznalfarache, sito en el DIRECCION006, con una superficie de 6.153 metros con 50 centímetros cuadrados, cuyos linderos son al norte, finca de Tomás y parcela segregada, al sur, finca de la que se segregó, al este terrenos de la cooperativa de viviendas DIRECCION009, y por el oeste, con el resto de la finca matriz de donde se segrega, siendo inscrita a nombre de este al tomo NUM020, libro NUM021 de San Juan de Aznalfarache, folio NUM022, finca nº NUM016 inscripción 2º. De la cual se da posesión el día 28 de mayo de 1.987, por el Sr. Juez de Paz de aquella localidad, como finca nº NUM023 conforme al exhorto que el Sr. Luis Miguel portaba, sin que se determine el lugar donde se ubica físicamente la finca, de la cual se le da posesión.

Tercero.- El día 2 de febrero de 1.989, dos tractores por orden de D. Luis Miguel, por la mañana aproximadamente a las once, araron en círculo, los terrenos del Ayuntamiento que San Juan de Aznalfarache tiene instalado un campo de fútbol, con el fin de poner de manifiesto que tomaban posesión en este terreno e impedir que jugasen allí.

Cuarto.- Personado en el campo de fútbol, el Policía Local, Gonzalo, requirió a uno de los tractoristas para que detuviese el tractor, poniéndose para ello delante del tractor, acudiendo el Sr. Luis Miguel indicó al conductor con movimientos de brazo, que continuase su labor, motivo por el cual el agente de Policía Local solicitó refuerzos, personándose en estos terrenos, los policías Guillermo y Aurelio, trasladaron al Sr. Luis Miguel a las dependencias de la Policía Nacional, al desobedecer sus órdenes para que paralizase la labor, que allí se llevaba a cabo, y carecer de licencia para ello.

Quinto.- Victor Manuel, DIRECCION010, tener conocimiento de lo ocurrido y dado que anteriormente ya había ocurrido hechos similares, se personó en las dependencias de la policía nacional, para prestar declaración voluntaria, como miembro de la Corporación Municipal y en representación de la misma, para apoyar la actuación de los miembros de la Policía Local.

Sexto.- Juan Alberto y Víctor, vecinos de San Juan de Aznalfarache, prestaron declaración cuando fueron requeridos para ello, en las dependencias de la Policía Nacional y en el Juzgado Instructor.

Séptimo.- En el Diario 16, del día 3 de

marzo de 1.989, aparece un artículo de J.E.B. titulado "DIRECCION011", no constando la fuente de la noticia del citado artículo.

2.- La mencionada Audiencia dictó el siguiente pronunciamiento: "Fallamos: Que debemos absolver y absolvemos a Leonardo, Victor Manuel, Baltasar, Gonzalo, Guillermo, Aurelio, Juan Alberto y Víctor, del delito de coacciones del que venían siendo acusados. Debemos absolver y absolvemos A Baltasar, Leonardo, Victor Manuel, Gonzalo, Guillermo y Aurelio, del delito de detención ilegal del que venían siendo acusados. Debemos absolver y absolvemos A Baltasar, Leonardo, Victor Manuel, Gonzalo, Guillermo y Aurelio, y Víctor, del delito de desobediencia a la autoridad judicial del que venían siendo acusados. Debemos absolver y absolvemos A Baltasar, Leonardo, Victor Manuel, Gonzalo, Guillermo y Aurelio, del delito de denuncia falsa del que venían acusados. Debemos absolver y absolvemos Victor Manuel, Víctor Y Juan Alberto, del delito de falso testimonio del que venían siendo acusados. Debemos absolver y absolvemos Leonardo, Victor Manuel, y Baltasar, del delito de estafa documental del que venían siendo acusados. Que debemos absolver y absolvemos a Leonardo, Victor Manuel, Baltasar, Gonzalo, Guillermo, Aurelio, Juan Alberto y Víctor, del delito de CALUMNIA del que venían acusados.

Que debemos absolver y absolvemos a Leonardo, del delito de injurias graves del que venía acusado. Que debemos absolver y absolvemos a Leonardo, Victor Manuel, Baltasar, Gonzalo, Guillermo, Aurelio del delito de prevaricación del que venían acusados. Que debemos de absolver y absolvemos a Gonzalo, Guillermo, Aurelio de la falta de lesiones de la que venían acusados. Condenamos a Luis Miguel al pago de la 36/48 parte o lo que es lo mismo a las 3/4 partes de las costas procesales en este procedimiento. Con declaración del resto de las costas procesales causadas de oficio.

3.- Notificada la sentencia a las partes se interpuso recurso de casación por infracción de ley, por el acusador particular Luis Miguel, que se tuvo por anunciado

remitiéndose a esta Sala II del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el oportuno rollo y formalizándose el recurso.

4.- El recurso se basó en los siguientes motivos: Primero.- Por infracción de ley, al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación del artículo 496 del Código Penal.

Segundo.- Por la misma vía que el anterior, por inaplicación del artículo 184.1º del Código Penal.

Tercero.- Por la misma vía que el anterior por inaplicación del artículo 237 del Código Penal.

Cuarto.- Por la misma vía que el anterior por inaplicación del artículo 325 del Código Penal.

Quinto.- Por la misma vía que el anterior, por inaplicación del artículo 358 del Código Penal.

Sexto.- Por infracción de ley al amparo del número 2º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos y cita.

5.- Instruida la parte recurrida y el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto la Sala admitió el mismo quedando concluso los autos para el señalamiento de vista cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento para la vista, se celebró la misma el pasado día 14 de los corrientes.

Compareciendo el Letrado de la parte recurrente Pedro Cristóbal Jimenez que mantuvo su recurso por la parte recurrida Letrados Ana Celine Pintado Gurre; Enrique del Rio que impugnaron el recurso y el Ministerio Fiscal que también lo impugnó.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- El inicial motivo de impugnación de la acusación particular, se formula al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y en el mismo se denuncia indebida inaplicación del artículo 496 del Código Penal. Se aduce que el recurrente en terreno de su propiedad, fue impelido por la fuerza a dejar de hacer la actividad lícita que realizaba señalizando su finca. El motivo debe rechazarse.

A tenor del cauce procesal elegido por el recurrente, el relato fáctico ha de permanecer invariable. En éste, se afirma que dos tractores por orden del querellante, irrumpieron en terrenos poseídos hasta entonces por el Ayuntamiento, y destinados a campo de fútbol para uso y disfrute de los vecinos de San Juan de Aznalfarache, sin que conste quien sea el propietario, siendo entonces requerido por Agentes de la Policía Local a deponer su actitud, siendo detenido al hacer caso omiso.

Como señala una línea jurisprudencial (cfr. Sentencia Tribunal Supremo 15 Abril 1.993) el delito de coacciones se comete no solamente cuando la violencia se ejerce contra las personas impidiéndoles hacer lo que la ley no prohíbe o, compeliéndoles a efectuar lo que no quieran, sea justo o injusto, sino que también lo perpetra el que mediante la fuerza ejercida sobre las cosas de uso o pertenencia del perjudicado, se ponen aquellas fuera de su alcance privándole del legítimo goce y disfrute de las mismas, con lo que indudablemente se coarta su libertad y se le causa un perjuicio económico al impedirle que se sirva de sus bienes o ejercite los derechos que sobre ellos le correspondan.

Los actos de violencia en las cosas pueden repercutir en la libertad de las personas para el pacífico disfrute de sus derechos sin necesidad de amenazas ni de agresiones que constituirán actos punibles de otro tipo diferente, pues llevar a la práctica

lo en vano pretendido por otras vías equivale a convertir lo coercitivo en coactivo y a imponer violentamente la voluntad propia a la voluntad ajena contra todo derecho.

El fundamento jurídico primero de la sentencia impugnada, acertadamente, resalta la ilegítima conducta del impugnante, por cuanto que la posesión pública y pacífica del terreno controvertido era poseído por el Excmo. Ayuntamiento de la localidad mencionada, y por otra parte, si bien el recurrente había adquirido en pública subasta unos terrenos, de los cuales se le da posesión, sin embargo, antecedente segundo de los hechos declarados probado, "sin que se determine el lugar donde se ubica físicamente la finca, de la cual se le da posesión". Por ello, con tales datos, no es posible realizar la subsunción postulada por el recurrente, por cuanto que los mismos no pueden incardinarse en el tipo del artículo 496, puesto que los Agentes Policiales estaban legítimamente autorizados para impedir la labor que pretendían realizar dos tractoristas por orden del querellante. El motivo debe rechazarse.

SEGUNDO.- En el correlativo motivo, por la misma vía procesal que le precedente, se aduce indebida inaplicación del artículo 184 del Código Penal, porque la detención se practicó sin fundamento. Para su desestimación, igual que en el anterior motivo, al permanecer inmutables los hechos declarados probados, resulta de los mismos; 1º) el acusador particular irrumpió con dos tractores en terrenos poseídos y conservados por el Ayuntamiento y destinado para usos vecinales; 2º) carecía de licencia para efectuar la actividad que pretendía; 3º) pese a ser requerido por los Agentes de la Policía local, a deponer su anti jurídico proceder, alentó a uno de los tractoristas a que siguiera arando, aun cuando el policía actuante se había colocado materialmente delante del vehículo. Por ello, no puede reputarse que se dé vida al delito de detención ilegal, cuando exista base suficiente, cual aquí ocurre, sobre la posible existencia de una infracción penal, o que revista, prima facie, los caracteres de delito.

TERCERO.- En el motivo tercero, también por infracción de ley, nº 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se alega indebida inaplicación del

artículo 237 del Código Penal. Se argumenta que la posesión judicial de los terrenos que había adquirido el recurrente era conocida por el Ayuntamiento, pues se le había dado posesión judicial de aquellos, pero el relato histórico afirma que donde ocurrieron los hechos eran poseídos por el Ayuntamiento, no constando su propietario, ni tampoco, como se ha dicho con anterioridad, la ubicación exacta de los que era titular el querellante. El motivo, por tanto, debe desestimarse.

CUARTO.- Con apoyo procesal en el número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se formula el cuarto motivo de impugnación, en el que se alega indebida inaplicación del artículo 325 del Código Penal.

Respecto a los requisitos del delito de acusación o denuncia falsa la jurisprudencia de esta Sala ha venido exigiendo como requisitos procesales para la persecución de este delito y que se concretan en los siguientes: 1º) Sentencia o auto firme de sobreseimiento. La Sentencia ha de ser absolutoria, o al menos respecto de la persona a la que se imputaron los hechos. El auto de sobreseimiento ha de ser libre. El sobreseimiento provisional impide que pueda perseguirse el delito que se examina. 2º) Acuerdo de proceder. Es preciso que en la Sentencia o en el auto el propio Tribunal acuerde proceder contra el denunciado o acusado.

Estos presupuestos procesales de perseguibilidad después de la Sentencia del Tribunal Constitucional 34/1983 de 6 de Mayo, han sido cuestionados. Respecto al primero, la aludida resolución declara que el auto de sobreseimiento puede ser libre o provisional y que el particular puede ejercitar cualquier acción penal u otras que estime pertinentes. De ello se deduce que el único requisito para perseguir el delito de acusación o denuncia falsa es que la causa incoada haya terminado por sentencia absolutoria o por auto de sobreseimiento libre o provisional, siendo estas resoluciones firmes. Tales requisitos no son objeto del presente recurso, y por tanto no es preciso detenerse en su examen.

Es evidente que los problemas jurídico-penales, en la mayor parte de los casos, ofrecen una pluralidad y diversidad de puntos de vista. En este caso y antes de resolver el recurso, es procedente hacer una referencia al tema de cuál sea el bien jurídico protegido con el delito de acusación y denuncia falsa, importante para describir la esencia del tipo penal y, pese a su ubicación en el Código, se trata de un delito de los denominados pluriofensivos, es decir, de aquellos que protegen al mismo tiempo varios bienes jurídicos, en este caso, probablemente con análoga intensidad, la correcta actuación, el buen hacer de la Administración de Justicia, por una parte, y el honor de la persona afectada, por otro, bienes que se vulneran con la denuncia o acusación falsa.

El verbo en que consiste la acción es el de imputar, es decir, atribuir a otro una acción, en este supuesto un delito, debiéndose significar, a reglón seguido, que esta imputación ha de ser falsa, es decir, contraria a la verdad, lo que nos conduce a su vez a otro problema muy importante, cual es el de determinar a qué verdad se refiere la Ley, si a la verdad objetiva -comparar lo que es con lo que se dice que es en la denuncia o acusación- o a la subjetiva, es decir, lo que el denunciante o acusador entendía razonablemente que era (Cfr. la problemática que representa la frontera entre el derecho a la libertad de expresión y de información y el derecho al honor de las personas y a la dignidad de la función pública).

La jurisprudencia de la Sala ha exigido, en este sentido, como elemento subjetivo del tipo, la intención de faltar a la verdad, lo cual, como siempre que se hace referencia al ánimo en el derecho penal o en cualquier otro sector del Ordenamiento jurídico sancionador, habrá de ser inferido de las circunstancias concurrentes.

Otra solución conduciría a hacer prácticamente inefectivo el derecho a la denuncia como una manifestación muy decisiva del derecho a la tutela judicial efectiva, teniendo en cuenta que, en general, en abstracto, el denunciante, cuando hace la

correspondiente declaración, casi nunca tiene la certeza de que el hecho que denuncia y, sobre todo, que la participación en él de una determinada persona son ciertas; casi siempre se estará en presencia de probabilidades y no de certezas. Por consiguiente, excluida la forma culposa, este delito sólo puede atribuirse a título de dolo, únicamente cuando se pruebe o se infiera razonable y razonadamente que el sujeto llevó a cabo su acusación o denuncia con malicia, es decir, con conocimiento de la falsedad o con manifiesto desprecio hacia la verdad (cfr. Tribunal Supremo Sentencia 23 Septiembre 1.993).

El motivo no puede acogerse a tenor de la doctrina expuesta, toda vez que cuando los agentes de la policía local, acuden a las dependencias de la Policía Nacional, según el factum, se limitaron a narrar lo ocurrido, que coincide con lo expresado en los hechos declarados probados de la sentencia, inatacables en esta vía y por tanto, si aquellos relatan lo realmente ocurrido, obviamente no puede afirmarse que tal conducta pueda incardinarse en el tipo delictivo de la acusación o denuncia falsa. Debe rechazarse el motivo.

QUINTO.- Se alega en el quinto motivo de impugnación, por la vía del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, indebida inaplicación del artículo 328 del Código Penal. Dicho precepto exige que se dicte por un funcionario público, una resolución manifiestamente injusta, a sabiendas en un asunto administrativo. Si el factum no ha sido integrado, en aquel no se acoge que se haya dictado por ninguno de los acusados resolución administrativa alguna, y por tanto, no puede predicarse que exista una prevaricación administrativa. El motivo se desestima.

SEXTO.- En el sexto motivo de impugnación, se alega infracción de ley con sede procesal en el número 2º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aduciéndose error de hecho en la apreciación de la prueba, citando como documentos que lo evidencian un mandamiento judicial referido a la parcela 3 dictado por el Juzgador de 1ª Instancia nº 2 de Sevilla, el otorgamiento por el Juzgado de Paz de la

posesión ordenada por el primero y la comunicación al Ayuntamiento "mucho tiempo antes de los hechos de haberse dado dicha posesión". El motivo ha de rechazarse por cuanto que el contenido de estos documentos es recogido en los hechos declarados probados, y en el fundamento jurídico primero de la sentencia de instancia, que precisa que la ubicación exacta de los terrenos de los que se le dio posesión al recurrente no ha podido determinarse.

El motivo, pues, debe rechazarse.

FALLO:

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACION por infracción de ley, interpuesto por el acusador particular Luis Miguel, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla de fecha 18 de Diciembre de 1.995, que absolvió a los acusados Leonardo, y otros de los delitos de coacciones, detención ilegal, desobediencia a la autoridad judicial, falso testimonio, estafa, calumnia e injurias, prevaricación y falta de lesiones, de que venían siendo acusados.

Condenamos a dicho recurrente a las costas procesales causadas en el presente recurso.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia con devolución de la causa que remitió en su día.

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

23-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 12 DE JULIO DE 1997

ANTECEDENTES DE HECHO:

1.- El Juzgado de Instrucción número 3 de Granada instruyó sumario con el número 3/93 contra Jesús María y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de la misma Capital que, con fecha 13 de Junio de 1995 dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS: "Sobre las 7 horas de la mañana del día 18 de Diciembre de 1993 Elisa, nacida el 19 de Junio de 1960, y Jesús María, nacido el 2 de Mayo de 1965, se conocieron en el Pub Vértigo, sito en C/ Gran Capitán de la ciudad de Granada, y habiendo simpatizado decidieron, después de abandonar Elisa los amigos con los que había compartido toda la noche, desayunar juntos en otro bar no identificado; después que lo hubieran hecho Jesús María se ofreció a llevar en su vehículo a Elisa a su domicilio, aceptando, y marchando los dos hacia dicho lugar sito en C/ DIRECCION000, pasando el vehículo a unos 200 metros de la vivienda, donde estuvieron fumando un pitillo y manteniendo una conversación sobre la familia y otros temas sin interés; en el momento de la conversación Jesús María puso de nuevo en marcha el coche para dirigirse a la autovía, extrañándose Elisa, que aunque no asintió tampoco dijo nada, desde donde iniciaron viaje para la carretera de la Cabra, fumando ambos durante el trayecto, para detenerse en el paraje conocido por el Faisán, donde la familia de Jesús María había tenido un Restaurante, entonces abandonado, y una finca donde se hallaba construida una pequeña edificación, o caseta; llegados a lugar Jesús María le enseñó la finca, sentándose después en el coche, donde Elisa le dio un beso a su petición; luego quiso dejar el lugar y pidió a Jesús María la volviera a Granada, a lo que se negó; entonces Elisa le dijo tener la regla y que necesitaba cambiarse de compresa, aprovechando para irse del lugar, en el momento en que pasó un cazador de las inmediaciones, a unos 5 ó 6 metros de distancia, y dándose cuenta Jesús María le dijo que ahora se iba a enterar quién era Jesús María y que si intentaba gritar la rajaba con una navaja, navaja que en ningún momento exhibió, ni ha quedado acreditado la llevase; a continuación, ido el cazador, entraron en la caseta sobre las 10,30 u 11 horas, entrando primero ella obligada a través de una ventana, ya que no tenía Jesús María las llaves; una vez en su interior Elisa quiso agua, como allí no había, fue aquél a recogerla al coche donde tenía; acto seguido Jesús María pidió a Elisa se desnudara, comenzando a desvestirla él y terminando haciéndolo ella, sin que ninguna de las prendas, íntimas, o exteriores sufriera detrimento alguno; luego se echaron en la cama donde Jesús María la penetró vaginalmente sin eyacular; pasó un rato no determinado en los que ambos

estuvieron fumando, Jesús María se había quedado sin tabaco y fumaba del de Elisa, llegando incluso a compartir el mismo cigarro en diversas ocasiones; más adelante Jesús María exigió tener de nuevo contacto sexual, y aunque Elisa no quería, pero estaba atemorizada, accedió a hacerle una felación, pese a haberse manchado el órgano viril en la primera penetración ya que estaba finalizando la menstruación, y cuando estuvo excitado quiso penetrarla analmente, pero como Elisa decía que le hacía daño desistió, para terminar penetrándola otra vez vaginalmente y eyacular; Jesús María quedó semi dormido, pero vigilante, había dicho a Elisa, que quería irse, que no la dejaría hasta que le echara dos polvos más; así las cosas, en un descuido de Jesús María, logró ponerse la ropa, excepción de los pantalones, y salir de la caseta, y ya en la carretera consiguió detener un vehículo, cuyo conductor y usuaria, -a quienes manifestó que si no la socorrían se arrojaría delante de aquél-, la vieron excitada, muy nerviosa y angustiada, situación anímica y psíquica igualmente observada por el Alcalde de Dúrcal y el Sargento de la Guardia Civil que recibió la denuncia. A Elisa no se le apreció el más mínimo signo de lesión o herida que evidenciara haberse ejercido violencia física sobre ella, ni exteriormente, ni tampoco en sus órganos genitales. Los hechos duraron sobre unas tres horas. La distancia que existe entre Granada y el lugar de los hechos es de unos 14 kilómetros aproximadamente.-".

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "Absolviendo del delito de rapto, debemos condenar y condenamos a Jesús María, sin apreciar la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, como autor de un delito continuado de violación a la pena de TRECE AÑOS de RECLUSIÓN MENOR, con las accesorias de inhabilitación absoluta durante el tiempo de condena, al pago de la mitad de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular, declarando de oficio la otra mitad, y a que indemnice en concepto de daños y perjuicios a Elisa en 1.000.000 -un millón- de pesetas. Se declara de abono para el cumplimiento de la pena impuesta, todo el tiempo de prisión preventiva sufrido. Se aprueba el auto de insolvencia dictado por el Instructor y que obra en el ramo de responsabilidad civil.-".

3.- Notificada la sentencia a las partes se preparó recurso de casación por infracción de Ley por el procesado y por la Acusación particular, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y formalización, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

4.- La representación de las partes basa su recurso en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: A.- Recurso del procesado Jesús María.- ÚNICO.- Por infracción de Ley, del art. 849.1º LECr.

B.- Recurso de la Acusación Particular Elisa.

PRIMERO.- Por infracción de Ley conforme al amparo de lo previsto en el art. 849, 1er. párrafo de la LECr., en base a la indebida aplicación del art. 69 bis CP., y la falta de aplicación del art. 440 CP. y de la agravante de despoblado del art. 10 del CP. en su párrafo 13.

SEGUNDO.- Al amparo del art. 849, párrafo 2º de la LECr., por error de hecho en la apreciación de la prueba.

5.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, la Sala lo admitió a trámite quedando conclusos los autos para señalamiento de deliberación y fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento para la deliberación, ésta se celebró el día 1 de Julio de 1997.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

A.- Recurso de la ACUSACIÓN PARTICULAR.-

PRIMERO.- El primer motivo del recurso de la Acusación Particular que debe ser considerado es el formalizado por la vía del art. 849,2º LECr. En lo que este motivo no reitera cuestiones planteadas en el otro, formalizado en el art. 849,1º LECr., se refiere a los hechos que surgen del acta (al parecer del acta del juicio).

El motivo debe ser desestimado.

Reiteradamente esta Sala ha establecido que el acta del juicio, lo mismo que las actas contenidas en el sumario, carecen del carácter de documento a los efectos de la variedad de la casación por infracción de ley contenida en el art. 849,2º LECr., dado que no vinculan al Tribunal sobre la veracidad de las manifestaciones expresadas por las personas que en ellas declaran. Tales consideraciones serían ya razón suficiente para inadmitir y, en esta fase, desestimar el motivo.

Sin perjuicio de lo anterior, el recurrente plantea, en realidad, cuestiones que reiteran los planteamientos del primer motivo del recurso, pues afirma que, teniendo en cuenta los pasajes de los hechos probados que transcribe, la Audiencia debería haber aplicado también el art. 440 CP., así como no debería haber aplicado el art. 69 bis CP. Consecuentemente, estas impugnaciones serán objeto de tratamiento, junto con el primer motivo del recurso de casación en el Fundamento Jurídico siguiente.

SEGUNDO.- En el restante motivo del recurso sostiene la Acusación Particular que en la sentencia recurrida se ha infringido el art. 69 bis), pues no existe un delito

continuado, en tanto la víctima ha sufrido dos accesos carnales vaginales y fue obligada a practicar una felación al acusado. Asimismo alega que éste debió ser condenado también por el delito de rapto, dado que trasladó a la víctima de un sitio a otro y lo hizo con "miras deshonestas". Por último, estima que debió ser aplicado el art. 10.13 CP., dado que el hecho fue cometido en un paraje "alejado de núcleos de población", habiéndose prevalido o bien aprovechado de tal situación.

El motivo debe ser desestimado.

1. En lo concerniente a la infracción del art. 69 bis CP. 1973, la jurisprudencia ha entendido -de acuerdo con el texto de esta disposición- que la continuidad delictiva se da precisamente cuando el autor ha realizado varias acciones, si a ello se agregan los elementos que fundamentan la continuidad. Por lo tanto, el argumento de la recurrente, basado en la existencia de varios accesos carnales que ha tenido el acusado con la víctima, no alcanza para sostener la no aplicación del art. 69 bis CP., dado que en la medida en la que el autor realizó una pluralidad de acciones aprovechando la misma oportunidad, la aplicación del art. 69 bis CP. no ofrece ningún reparo.

2. La cuestión referente al delito de rapto tampoco merece ser acogida. En efecto, es cierto que la víctima fue privada de su libertad, pero esa privación de la libertad es inherente al delito de violación, que, precisamente, es una especie de los delitos contra la libertad relacionada con la esfera de lo sexual. Por lo tanto, aquella privación de la libertad ambulatoria que es necesaria para la ejecución de la violación carece de la autonomía necesaria para fundamentar una lesión jurídica independiente.

3. También debemos rechazar la pretensión de que se aplique el art. 10.13 CP. 1973, pues el hecho tuvo lugar dentro de un ámbito edificado, que, por lo tanto, estaba fuera del alcance de otras personas de una manera similar a la de cualquier recinto cerrado urbano y, por ello, carece de efecto agravante de la acción.

B.- Recurso del acusado Jesús María.

TERCERO.- El único motivo del recurso se fundamenta en la vulneración del principio in dubio pro reo.

La Defensa apoya su argumentación en las manifestaciones del Tribunal a quo, considerando que éste "nos expresa sus grandes dudas acerca de la existencia de la fuerza en el o en los actos sexuales descritos". De ello deduce que "el fallo debería haber sido el contrario, esto es, contenerse en el mismo la absolución del hoy recurrente". En relación a los fundamentos de la decisión del Tribunal a quo termina afirmando la Defensa que "con el prolijo relato de hechos y el no menos en el fundamento jurídico estudiado, hay materia más que suficiente para desentrañar esa verdad oculta (...) lo que no se ha de aceptar es que con tanto material a analizar el supuesto se decante por que los testigos vieron a Elisa muy nerviosa y ello determine la condena".

El motivo debe ser desestimado.

1. La jurisprudencia, luego de una etapa en la que se afirmaba sin matizaciones que el principio in dubio pro reo no era fundamento suficiente para la casación por infracción de ley, ha señalado repetidamente que es preciso distinguir dos aspectos diversos de la cuestión. Por un lado debe quedar claro que el principio in dubio pro reo no acuerda al acusado un derecho de que el Tribunal de los hechos, en ciertas circunstancias, dude. De ello se deduce que cuando se entiende violado este principio porque el Tribunal de la causa no ha tenido dudas que debería haber tenido, la impugnación puede ser directamente inadmitida por aplicación del art. 885,1º LECr. Por otro lado, nuestros precedentes han admitido que el principio in dubio pro reo es una norma sustantiva (implícita en la noción de proceso con todas las garantías del art. 24

CE. según STC 31/81) que debe ser observada en la aplicación de la ley penal y que resulta vulnerada cuando los jueces condenan al acusado a pesar de sus dudas, expresadas o implícitas en la fundamentación de la sentencia.

2. En el presente caso la Audiencia, luego de describir las dificultades del caso para alcanzar una decisión, analiza las declaraciones de los testigos que vieron a la víctima en el momento de escapar del lugar de los hechos y afirma que ellas "conducen necesariamente a un último discurso: que faltó el consentimiento para tolerar los accesos carnales habidos". Por lo tanto, los Jueces a quibus no han expresado dudas ni se puede deducir de su argumentación que las hayan tenido y no cabe, en consecuencia, estimar una vulneración de la norma que contiene el principio *in dubio pro reo*.

3. Una consideración aparte merecen los pasajes del motivo en los que el recurrente sostiene que "incluso de no haber mediado la duda descrita en el juzgador, (...) se puede llegar también a la conclusión absolutoria". La Defensa plantea esta cuestión sin desarrollar suficientemente su punto de vista. De sus breves reflexiones al respecto parecen deducirse que hace referencia a que en los hechos no se da un elemento del tipo objetivo: la fuerza o intimidación. Sin embargo, del hecho probado surge que el acusado obligó a la víctima a yacer con él mediante amenazas de emplear una navaja. Admitido este punto es claro que aprovechó luego la intimidación que su actitud produjo a la víctima.

FALLO:

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por el procesado Jesús María y por la Acusación particular representada por Elisa contra sentencia dictada el día 13 de Junio de 1995 por la Audiencia Provincial de Granada, en causa seguida contra el procesado por un delito continuado de violación.

Condenamos a cada una de las partes recurrentes al pago de las costas ocasionadas por su respectivo recurso y a la acusación particular a la pérdida del depósito constituido para recurrir.

Todo ello sin perjuicio de que por el Tribunal que conozca de la ejecutoria se lleve a efecto la revisión de la sentencia de instancia, si ello fuera procedente, según el art. 2º.2 CP.

24-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 18 DE SEPTIEMBRE DE 1986

ANTECEDENTES DE HECHO:

1. El Juzgado de Instrucción número 3 de los de Zaragoza instruyó sumario con el número 150 de 1982, y una vez concluso lo elevó a la Audiencia Provincial de dicha capital, la que dictó sentencia con fecha 27 de marzo de 1984 , que contiene el hecho probado del tenor literal siguiente: «1.º Resultando probado y así se declara que el procesado Jesús Carlos , mayor de edad, de las circunstancias personales consignadas, el día 16 de agosto se acercó a la joven de 17 ... cuando ésta entraba en el zaguán de su domicilio de la calle ..., de esta ciudad, y esgrimiendo una navaja y advirtiéndole de que si gritaba sería peor, le pidió que le besara, dándole dos besos en la boca, y sin mostrar ulterior propósito lascivo ni ejercer tocamientos de esta especie sobre ..., salió a la calle cuando entraba en el zaguán otro vecino, guardando ... actitud pasiva ante el terror de la conminación que de hecho y de palabra, según queda dicho, la hizo el procesado.» La referida sentencia estimó que los indicados hechos probados eran constitutivos de un delito de amenaza condicional previsto y castigado en el artículo 493, párrafo 1.º, del Código Penal, considerando autor al procesado, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, y con tiene el siguiente fallo: Que debemos condenar y condenamos a Jesús Carlos, como autor responsable del de lito de amenazas antes definido, sin concurrencia de

circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de seis meses y un día de prisión menor, a las accesorias de sus pensión de todo cargo público, profesión u oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena y al pago de las costas procesales y tasas judiciales. Declaramos la insolvencia de dicho procesado aprobando el auto que a este fin dictó y consulta el Juzgado instructor. Y para el cumplimiento de la pena principal que se le impone le abonamos todo el tiempo que ha estado privado de libertad por esta causa.

Notificada dicha sentencia a las partes, se preparó contra la misma por Jesús Carlos recurso de casación por infracción de ley, que se tuvo por anunciado, remitiéndose, en consecuencia, a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo por la Audiencia de instancia las pertinentes certificaciones para su sustanciación y resolución.

Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, se formalizó el recurso al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, alegándose como único motivo infracción, por violación, del artículo 493, párrafo 1.º, del Código Penal por su indebida aplicación, pues declarándose en la relación de hechos probados «que esgrimiendo una navaja y advirtiéndole que si gritaba sería peor, le pidió que le besara, dándole dos besos en la boca, y sin mostrar ulterior propósito lascivo ni ejercer tocamientos de esta especie sobre ...», no se podía determinar la comisión de un delito de amenazas condicionales del artículo aplicado indebidamente, ya que no podía determinar se la concreción del mal con que dice amenazar, ni contra quién, qué, ni si el daño que se dice anunciar podía ser constitutivo de delito o falta. La frase «si gritas será peor», en sí, no contenía intimidación ni amenaza de causar al sujeto pasivo en concreto ni a otra persona ningún mal constitutivo ni no constitutivo de delito, y ello por la vaguedad de la expresión, no permitiendo penetrar en el propósito del sujeto activo. La acción cometida por el recurrente estaría perfectamente tipificada en la falta que el artículo 567-3.º del Código Penal conceptuaba.

Instruido el Ministerio Fiscal del recurso, la Sala lo admitió, quedando los autos conclusos pendientes de señalamiento de día para la celebración de vista cuando en turno correspondiera.

Hecho el señalamiento, ha tenido lugar la vista prevenida en 11 de los corrientes, con asistencia del Letrado don Carlos del Campo Ardid, defensor del recurrente, que mantuvo el recurso, y del Ministerio Fiscal, que lo impugnó.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

El delito de amenazas, considerado en términos dogmáticos por la doctrina de esta Sala como un delito de simple actividad, de expresión y de peligro, ofrece un primer concepto inicial que no es otro que la conminación de un mal futuro, idea común a todas sus especies, ya delictivas, ya contravencionales, pero que, evidentemente, no las abarca en su especificidad, por lo que bien doctrinalmente se ha dado una noción analítica por yuxtaposición de tales modalidades legales de amenazas, esencialmente las condicionales y las no condicionales, bien centrando la idea en el mal conminado -vía seguida por la jurisprudencia- se ha completado la regulación legal exigiendo, además de la nota de mal futuro, la de injusto, determinado, posible, de pendiente de la voluntad del sujeto activo y susceptible de producir intimidación en el sujeto amenazado, requisito este último decisivo en esta noción descriptiva, pues basta, para que el delito se dé, la idoneidad de la amenaza en sí misma (peligro abstracto), sin necesidad de que la perturbación anímica haya tenido lugar efectivamente (peligro concreto), sin perjuicio de que este último riesgo para el amenazado concurra también, cosa que ocurrirá la mayor de las veces, lo que viene a dotar al delito de amenazas de autonomía como delito contra la libertad y seguridad frente al básico delito de coacciones.

Prosiguiendo con el examen del mal conminado por el amenazante, en su concreta regulación legal de los artículos 493 y 494 del Código Penal se echa de ver en seguida que el mal anunciado ha de proyectarse sobre la persona, honra o propiedad del amenazado o su familia, y de otra parte, que dicho mal constituya o no constituya delito, bipartición esta última que suscita de inmediato un problema de interpretación en torno a lo que deba entenderse por la palabra delito, pues de tal hermenéutica habrá de concluirse si entra en aplicación el artículo 493-1.º o el artículo 494 del Código Penal; es decir, que si se da al término delito un sentido omnicomprendivo de todo ilícito penal (de la falta también, por tanto), incurriría la conducta en el artículo 493, de suerte que las demás conductas ilícitas y aun las lícitas que sirvan de vehículo a la exigencia de una prestación (de ordinario patrimonial) contraria a Derecho (el llamado precio del silencio), incidirán en el artículo 494; pero si, contrariamente, se da al vocablo delito su preciso sentido técnico- jurídico, tal como exige un sector doctrinal, entonces el mal conminado constitutivo de mera falta deberá integrarse en la modalidad de amenazas menos graves del artículo 494, concurriendo, por supuesto, los demás requisitos exigidos por el artículo 493-1.º; interpretación esta última que acoge esta Sala dada la expresa contraposición entre las expresiones delito y no delito de aquellos dos artículos, lo que indica el empleo de las mismas en su estricta acepción, contrariamente a lo que se dice respecto a la condición impuesta al sujeto pasivo, que puede ser ilícita o no, y a lo que sucede en el delito de coacciones, tan próximo al de amenazas, en el que la conducta igualmente impuesta al paciente puede ser justa o injusta; todo lo cual indica el uso consciente por el legislador del término delito como ilícito penal en su sentido propio, interpretación, por otra parte, que ya se insinúa en la sentencia de esta Sala de 25 de abril de 1983, aunque esta resolución, por exigencias de la rogación casacional no pudiera entrar abiertamente en el tema de que ahora tratamos.

3. Aplicando toda la anterior consideración al único motivo del recurso, lo primero que es necesario advertir es que la calificación correcta de los hechos hubiera sido, como postuló el Fiscal en sus conclusiones provisionales, la de abusos deshonestos violentos, pues, en definitiva, si el recurrente consiguió besar por dos

veces en la boca de la ofendida, intimidándola para ello con una navaja, claro es el propósito libidinoso que animó al procesado para realizar la acción, acompañándola de medio tan eficaz que paralizó a la ofendida por el terror infundido en ella, sin que fuera óbice para tal tesis el hecho también afirmado en el «factum» de que no hubo propósito de ulteriores tocamientos lascivos, puesto que lo ya realizado consumaba el delito; pero rectificada dicha tesis por el Fiscal en su calificación definitiva, suplantándola por el delito de amenazas graves del artículo 493-1.º del Código Penal, tesis seguida por la Sala sentenciadora, se plantea el problema de si tal como vienen relatados los hechos deben ser considerados como incursos en dicho precepto o considerarlos simple falta contra la moral y buenas costumbres del artículo 567-3.º del Código Penal, como pretende el recurrente, en cuyo trance esta Sala entiende que toda la cuestión gravita sobre el mal con el que conminó el procesado a la ofendida y que se expresa en el relato con las palabras de que al esgrimir el procesado la navaja, advirtió a la joven «que si gritaba sería peor», frase que se valora en el «iudicium» (Considerando 1.º) en el sentido de que el procesado «con su actitud y palabras expresadas daba a entender a su víctima de la inminencia de un daño corporal físico con un arma si se oponía gritando a sus intenciones», logrando así que «ésta accediera a dejarse besar en la boca contra la voluntad de la abordada»; es decir, que si bien el daño corporal conminado por el recurrente es evidentemente una infracción penal, no hay términos hábiles para deducir que el propósito anunciado fuera el de matar, sino más bien el de lesionar (atentado a la integridad física), como tampoco cabe deducir de la genérica expresión la gravedad de la lesión pretendida condicionalmente, por lo que ateniéndonos estrictamente al «factum» y a la propia valoración de la sentencia recurrida hay que estar a lo más favorable para el reo y entender que la lesión propuesta no rebasaba los límites de la falta, de modo que con arreglo a la doctrina antes sentada los hechos deben encuadrarse -dados los términos de la litis, que no permiten calificación más grave, con arreglo a lo dicho- en el artículo 494 del Código Penal definidor de las amenazas menos graves en cuanto el mal en que reposan «no constituye delito», según los términos de dicho precepto, concurriendo los demás requisitos del número 1.º del artículo 493 a los que se remite el 494, puesto que el mal afectaba, evidentemente, a la persona de la amenazada, se condicionó la amenaza a la obtención de los besos en la boca de la muchacha y el culpable consiguió su propósito

merced a la intimidación realizada con la navaja; todo lo cual rebasa la simple falta contra la moral pretendida por el recurrente no menos que las faltas de amenazas descritas en el artículo 585-2.º, 3.º y 4.º del Código Penal, puesto que la grave intimidación sufrida por la víctima con la exhibición del arma por el procesado y su manifiesto propósito de usarla si no consentía en su pretensión rebasan con mucho la levedad que caracteriza la falta de amenazas, ya orales, ya con armas; razones todas que llevan a admitir en parte el recurso del procesado en los términos que quedan expuestos.

FALLAMOS: Que debemos declarar y declararnos haber lugar parcialmente al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por Jesús Carlos contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza con fecha 27 de marzo de 1984, en causa seguida al mismo por delito de amenazas, y en su virtud pasamos y anulamos parcialmente dicha sentencia, con declaración de las costas de oficio. Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicte a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos.

ASI por esta nuestra sentencia, que se publicará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos en el presente recurso número 2.186 de 1984.-Antonio Huerta.- José H. Moyna.- Fernando Díaz Palos.- Rubricados.

SEGUNDA SENTENCIA En la villa de Madrid, a 18 de septiembre de 1986.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción número 3 de los de Zaragoza, con el número 150 de 1982, y seguida ante la Audiencia Provincial de dicha capital por delito de amenaza contra el procesado Jesús Carlos, de 22 años de edad, hijo de José y de Isabel, natural y vecino de Zaragoza, de estado soltero, estudiante, de buena conducta, con instrucción, sin antecedentes penales, insolvente y en libertad provisional por esta causa salvo los días 28 de agosto a 6 de septiembre de 1982, en los que estuvo privado de ella, y en cuya causa se dictó sentencia por la mencionada

Audiencia con fecha 27 de marzo de 1984, que ha sido casada y anulada, en parte, por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo.

Siendo Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Fernando Díaz Palos.

Antecedentes de hecho Se aceptan íntegramente los de la sentencia recurrida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

1. Los hechos declarados probados son constitutivos de un delito de amenazas menos graves del artículo 494 del Código Penal por las razones ya expuestas en la sentencia de casación.

2. Se aceptan todos los demás fundamentos jurídicos de la 1.110 sentencia recurrida.

Vistos los artículos pertinentes y de general aplicación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLO:

Que debemos declarar y declaramos haber lugar parcialmente al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por Jesús Carlos contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza con fecha 27 de marzo de 1984, en causa seguida al mismo por delito de amenazas, y en su virtud pasamos y anulamos parcialmente dicha sentencia, con declaración de las costas de oficio. Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicte a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos.

ASI por esta nuestra sentencia, que se publicará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

BIBLIOGRAFÍA

- AFFARRONI, Raúl Eugenio; Derecho Penal, Parte General, Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, Argentina, 2002.
- MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARAN, Mercedes, Derecho Penal, Parte General, Editorial Tirant Lo Blanch, 2 Edición, Valencia, 1996.
- PEÑA CABRERA, Raúl, Tratado De Derecho Penal, “Estudio programático de la parte general”. 2º Edición Lima- Perú. Editorial Jurídica Grijley E. I. R. L. 1995.
- ALBERTO DONNA EDGARDO. Derecho Penal Parte Especial. Rubinzal-Culzoni Editores. 2001.
- LUZON CUESTA JOSE MÁRÍA. Compendio de Derecho Penal. Parte General y Parte Especial. Dykinson S.L. Mayo 2016.
- BARÓN DUQUE M., MUNDUATE JACA L., BLANCO BAREA M.J., “La espiral del Mobbing”. Papeles del Psicólogo, 2003. N. ° 84, páginas. 55-61.
- CARDOSO DOS SANTOS MEIREMAR. Tesis Doctoral. Estudio comparativo sobre el hostigamiento psicológico o mobbing en personal de enfermería de Brasil y España. Universitat de les Illes Balears. Departament de Psicologia. 2012.

- CARRETERO DOMÍNGUEZ NOELIA. Tesis Doctoral “Validación empírica de un modelo psicosocial del acoso psicológico en el trabajo (Mobbing)”. Departament de psicologia social. Facultat de Psicologia. Universitat de Valencia. Servei de Publicacions. 2011.

- ESTÉVEZ ROMÁN MARGARITA. Tesis Doctoral. “La convivencia escolar en los centros educativos. Diseño de un programa de intervención a partir del sistema preventivo de Don Bosco”. Universidad de Sevilla. Facultad de Ciencias de la Educación. Departamento de Métodos de Investigación y Diagnóstico en Educación. 2012. Páginas. 14-15.

- GARCÍA CAVERO P. “Acerca de la Función de la Pena”. Revista Jurídica on line. Facultad de Derecho. Universidad Católica de Guayaquil. <http://www.revistajuridicaonline.com>. 11,00 horas 06/04/2014.

- GARCÍA ORZA JAVIER. “Un modelo cognitivo de las interacciones matón-víctima”.

Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia. Anales de psicología. 1997, vol. 13, nº 1, Páginas.51-56.

- GONZÁLEZ RODRÍGUEZ VÍCTOR MANUEL y otros. El mobbing. Aspectos conceptuales y cuestiones prácticas para el médico de familia sobre las conductas de acoso psicológico en el trabajo. International Marketing & Communications, S.A. 2004.

- GONZÁLEZ TRIJUEQUE D. Y DELGADO MARINA S. “El acoso psicológico en el lugar de trabajo antecedentes organizacionales.”. Boletín de Psicología, No. 93, Julio 2008, páginas.7-20.

- GUEVARA RAMÍREZ L. “Aproximación al estudio de la violencia psicológica en el trabajo”. Criterio jurídico garantista. Año 2 – N.º. 2 - Enero-Junio de 2010.

- KAHALE CARRILLO DJAMIL TONY. “Diferencias entre acoso laboral y las tensiones ordinarias en el entorno de trabajo.”. www.acosolaboral.org.uy. 22, 33 horas. 15/11/2013.

- LEYMANN, H. GUSTAFSON, A.; Mobbing at work and the development of posttraumatic stress disorders. Rev. European Journal of Work and Organizational Psychology, núm. 2. 1996.

- LEYMANN, H.; Mobbing: la persécution au travail. Seuil. Paris 1996.

- LEYMANN, H.; The content and development of mobbing at work. Rev. European Journal of Work and Organizational Psychology, núm. 2. 1996.

- LÓPEZ FERNÁNDEZ J.A., SANTAMARÍA M., “Diagnósticos para el acoso laboral”. 2003. www.cop.es/colegiados/T-00921/jal.htm. 13,20 horas. 12/11/2013. 96

- LORENZ K; Los Ocho pecados mortales de la humanidad civilizada. Plaza Janes Editores S.A. Julio 1984.

- MANSILLA IZQUIERDO FERNANDO. “Enfoque Estratégico en los Conflictos Interpersonales en el Medio Laboral”. <http://www.preventionworld.com/es/informacion-tecnica/articulos/enfoque-estrategic>. 23,50 horas. 14/11/2013.

- MANSILLA IZQUIERDO FERNANDO. “Manual de Riesgos Psicosociales en el trabajo: Teoría y Práctica.”. www.ripsol.org/Data/Elementos/607.pdf. 00,36 horas. 15/11/2013.

- MANSILLA IZQUIERDO FERNANDO. “Manual de Riesgos Psicosociales en el trabajo: Teoría y Práctica.”. www.ripsol.org/Data/Elementos/607.pdf. 00,36 horas. 15/11/2013.

- MAYORAL BLASCO SUSANA Y ESPLUGA TRENC JOSEP. “Mobbing: ¿un problema de perfiles psicológicos o un problema de organización del trabajo? Dos estudios de caso”. Cuadernos de Relaciones Laborales. Vol. 28, Núm. 2 (2010), Páginas. 233-255.

- MAYORAL BLASCO SUSANA. “El mobbing y la teoría de la acción de Pierre Bourdieu”. Revista Internacional de Sociología (RIS). Vol. 68, n.º 2, mayo-agosto 2010. Páginas. 375-398.

- MAYORAL BLASCO SUSANA. “Mobbing: modelos explicativos y acción sindical”. Papers, 2010, 95/1, Páginas. 29-46.

- MAYORAL BLASCO SUSANA. “Mobbing: principales debates teóricos e implicaciones prácticas en el ámbito laboral español”. Acciones e Investigaciones Sociales, 26 (julio 2008), páginas. 91-125.

- MELLA, J.L., SEMPERE, J. M. y ROMERO, J. M. (2004). Factores de Riesgo del Acoso Social en el Trabajo (Mobbing): Un estudio de la Fundación para la Prevención de Riesgos Laborales de la Comunidad Valenciana. Trabajo presentado al Tercer Congreso Internacional de Prevención de Riesgos Laborales. Santiago de Compostela.

- MESEGUER DE PEDRO MARIANO. Tesis Doctoral. “El acoso psicológico en el trabajo (mobbing) y su relación con los factores de riesgo psicosocial en una empresa hortofrutícola”. Universidad de Murcia. Departamento de Psiquiatría y psicología social. Páginas. 145 y ss.

- MIR PUIG CARLOS. El mobbing y los cuerpos y fuerzas de seguridad. 10.05.2006. Mobbing-OPINION.com. Estudios jurídicos.

- MOLINA NAVARRETE CRISTOBAL. El Mobbing en las administraciones públicas Aranzadi. 2008.

- MOLINA NAVARRETE CRISTÓBAL. "El "acoso" ¿riesgo laboral a prevenir en las empresas o delito a punir por el Estado?". Tribuna Social: Revista de Seguridad Social y Laboral, 2010; (234), páginas. 9-20.

- MOLINA NAVARRETE C. La tutela judicial frente al acoso moral en el trabajo: de las normas a las prácticas forenses. Bomarzo. Albacete 2007.

- MOLINA NAVARRETE C. Manual de derecho del Trabajo. Comares. 2008.

- ONTAN BALESTRA, Carlos; Derecho Penal, Introducción y Parte General, Actualizado por Guillermo A.C. Ledesma, editorial Abeledo – Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1998.

- PARÉS SOLIVA M. (Visión de los afectados: la intervención con afectados por A.M.T., en II reunión anual de la sociedad española de medicina pericial).

- PÉREZ MACHIO ANA I., “Concreción del concepto jurídico de mobbing, bien jurídico lesionado y su tutela jurídico-penal”. Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2004, número. 06-06.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. La dimisión interior: del síndrome posvacacional a los riesgos psicosociales en el trabajo. Ed. Pirámide. Madrid, 2008.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mi jefe es un psicópata: por qué la gente normal se vuelve perversa al alcanzar el poder. Ed. Alienta. Barcelona, 2008.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing escolar: Violencia y acoso psicológico contra los niños. Ed CEAC. Barcelona, 2007.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing, el estado de la cuestión. Todo lo que usted siempre quiso saber sobre el acoso psicológico y nadie le explicó. Ed. Gestio 2000. Barcelona, 2008.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing: cómo sobrevivir al acoso psicológico en el trabajo. Ed. Punto de Lectura. Madrid, 2003.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing: cómo sobrevivir al acoso psicológico en el trabajo. Ed. Sal Terrae. Santander, 2001

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing: manual de autoayuda. Ed. Aguilar. Madrid, 2003.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Neomanagement: jefes tóxicos y sus víctimas. Ed. Aguilar. Madrid, 2004.

- POMARES CINTAS E. El derecho penal ante el acoso en el trabajo: El proyecto de reforma penal de 2009.

- POMARES CINTAS E. El nuevo delito de acoso moral laboral como modalidad de trato degradante. Laboratorio Observatorio de Riesgos psicosociales de Andalucía.

- SÁNCHEZ CABACO ANTONIO. Variables individuales (cognitivo-emocionales) y grupales en las nuevas patologías: el caso del mobbing o acoso psicológico en las organizaciones. <http://www.funcionadministrativa.com/infor/Mobbing%203.pdf>. 23,45 horas, 27/11/2013.

- SANCHEZ GARRIDO J. A. “La consideración penal del mobbing”, Diario La Ley, Nº 7612, Sección Tribuna, 15 Abril. 2011, Año XXXII, Ref. D-168, Editorial La Ley.

- SUAY CELIA. “El acoso moral. Algunas consideraciones criminológicas y penales”. Incluido en el libro colectivo coordinado por Hernán Hormazábal (Universidad de Gerona), en recuerdo del Profesor Juan Bustos Ramírez. Editorial Trotta, abril de 2010.

- TERRADILLOS BASOCO JUAN. “Función simbólica y objeto de protección del Derecho penal”. Revista Pena y Estado, n.º1, 1991. Ediciones P.P.U. Páginas. 9-22.

- QUINTERO OLIVARES GONZALO. Reforma Penal 2010: Análisis y comentarios. 2010. Aranzadi.

- MUÑOZ CONDE FRANCISCO. Derecho Penal Parte General. 2015. Tirant lo Blanch.

- SILVA SANCHEZ JESUS MARÍA. Lecciones de Derecho Penal: Parte Especial. 2011. Ateclier.

- ANTÓN ONECA J., “Historia del Código penal de 1822”, Anuario de derecho penal y ciencias penales, Tomo 18, Fasc/Mes 2, 1965, págs. 263-278.