



Roj: **STS 712/2006 - ECLI:ES:TS:2006:712**

Id Cendoj: **28079120012006100120**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/01/2006**

Nº de Recurso: **1558/2004**

Nº de Resolución: **74/2006**

Procedimiento: **PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO**

Ponente: **ENRIQUE BACIGALUPO ZAPATER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP Cantabria, Sección 4ª, 21-5-2004,  
STS 712/2006**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de Enero de dos mil seis.

En el recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley que ante Nos pende interpuesto por el procesado Juan Francisco contra sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, que le condenó por delito de atentado a la autoridad en concurso con otro de lesiones, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan se han constituido para la deliberación y fallo bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho procesado, como parte recurrente, representado por el Procurador Sr. González Fuentes.

### **I. ANTECEDENTES**

1.- El Juzgado de Instrucción número 1 de Santoña incoó procedimiento abreviado número 57/02 contra el procesado Juan Francisco y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Cantabria que con fecha 21 de mayo de 2004 dictó sentencia que contiene los siguientes hechos probados:

"Entre las 22:00 y las 22:30 horas del día 21 de agosto de 2001, Juan Francisco, mayor de edad, muy molesto con Gaspar, Teniente de Alcalde y Concejale Delegado de Obras Públicas y Urbanismo del Ayuntamiento de Colindres, por entender que desde el ámbito de competencia propia de la Concejalía de Obras, o a instancias de dicho Concejale, se habían adoptado determinados acuerdos municipales contrarios a sus intereses particulares o a los de la empresa FERNÁNDEZ CASTILLO SANTAMARÍA, PROMOCIÓN Y CONSTRUCCIONES, S.L., de la que el acusado era accionista, provisto de un bate de béisbol (o palo de madera de similares características de grosor, longitud y contundencia), propinó con dicho objeto diversos golpes a Gaspar, cuando éste se encontraba en una fuente pública situada en la entrada de la localidad de Cicero, a consecuencia de los cuales Gaspar sufrió fractura desplazada del tercio distal del cúbito y radio izquierdos; traumatismo sobre ambas tibias, con hematoma postraumático; contusión en rodilla izquierda, y contusiones múltiples. Para su curación, Gaspar precisó ingreso hospitalario durante doce días, dos intervenciones quirúrgicas, administración de diversos fármacos y rehabilitación. El herido tardó 385 días en curar (doce de ellos ingresado en el hospital Comarcal de Laredo), durante los cuales estuvo impedido para sus ocupaciones habituales. Le restan como secuelas las siguientes: material de osteosíntesis en antebrazo izquierdo (cúbito y radio), con dolor a la palpación; limitación de los últimos 45º de supinación del antebrazo izquierdo; dolor ocasional en antebrazo izquierdo, a nivel de foco de la fractura; gonalgia derecha; induración de 1 cm. de diámetro en región pectoral izquierda; y res cicatrices quirúrgicas, dos de ellas en antebrazo izquierdo, lineales, de 13 cm. (con aspecto retráctil y hundido) y 10 cm. respectivamente, y la tercera en el abdomen, de 5 cm."

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



"F A L L A M O S: Que debemos condenar y condenamos a Juan Francisco , como autor responsable, a un delito de atentado a la autoridad en concurso con un delito de lesiones, sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las siguientes penas: SIETE AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN; inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo e la condena; multa de quince meses, con cuota diaria de 15 euros; y prohibición de acercarse a Gaspar durante cinco años, una vez cumplida la pena de prisión. Juan Francisco deberá abonar las costas procesales, incluidas las de la acusación particular y excluidas las causadas por el Ayuntamiento de Colindres y el Partido Socialista Obrero Español; e indemnizará a Gaspar en la suma de 45.435,62 euros, y al Hospital Comarcal de Laredo en la cantidad que se determine en ejecución de sentencia por los gastos irrogados por la asistencia al lesionado; cantidades que devengarán el interés previsto en el art. 576 LEC . Cúmplase lo acordado en el fundamento último de esta resolución".

3.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley por el procesado, 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 los siguientes motivos de casación:

PRIMERO.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 5.4 LOPJ , por vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso público con todas las garantías, consagrados en el art. 24.2 CE .

SEGUNDO.- Subsidiario del motivo anterior. Al amparo del art. 5.4 LOPJ , por infracción del principio de presunción de inocencia consagrado en el art. 24.2 CE .

TERCERO.- Al amparo del art. 850.1 LECr ., por denegación de diligencias de prueba propuestas en tiempo y forma.

CUARTO.- Al amparo del art. 849.1 LECr . y 5.4 LOPJ , por infracción del art. 148.1º en relación con el 552 y el 77.2, todos ellos del CP. 1995 , así como la jurisprudencia aplicable y el art. 25.1 CE por aplicar de forma extensiva el art. 552 CP. QUINTO.- Al amparo del art. 849.1 LECr . y por infracción arts. 109, 110, 113 y 116 CP .

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 comenzó el día 26 de septiembre de 2005, concluyendo el 10 de enero de 2006.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el primer motivo del recurso se solicita se deje en suspenso el plazo otorgado para la formalización de este recurso hasta que, de conformidad con la disposición final de la LO 19/2003 se establezca el recurso de apelación introducido por dicha ley. De lo contrario, sostiene el recurrente se infringiría su derecho a la tutela judicial efectiva ( art. 24.1 CE ), pues se estaría impidiendo su acceso a los recursos. Subsidiariamente, en el segundo motivo se alega la infracción del derecho a la presunción de inocencia ( art. 24.2 CE ). El recurrente reconoce la inviabilidad de la pretensión expuesta en su primer motivo. Considera en el segundo motivo del recurso, que, de todos modos, existen razones para la casación de la sentencia recurrida, dado que el razonamiento de la Audiencia respecto de la prueba "carece de razonamiento lógico interno". Señala en este sentido que la Audiencia se ha apoyado exclusivamente en la declaración del perjudicado y de testigos "que se hallaban vinculados a él por una relación de dependencia laboral" y cuestiona, en particular, el razonamiento que se expresa en el Fundamento Jurídico noveno de la sentencia recurrida. Termina sosteniendo que en un recurso de apelación seguramente se le daría la razón.

Ambos motivos deben ser desestimados.

1. El derecho a la tutela judicial efectiva ( art. 24.1 CE ) garantiza el derecho de acceso a los recursos que estén previstos en la ley y cuya regulación legal se encuentre vigente. Consecuentemente, mientras la regulación legal de la apelación no esté vigente, el recurso de apelación programáticamente previsto en la LOPJ no resulta operativo y no constituye ninguna vulneración de derechos fundamentales que el recurrente no pueda todavía valerse de él. Por lo demás esta Sala viene sosteniendo que la sola previsión de un recurso de casación no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, pues ésta permite la revisión del fallo por un Tribunal superior del que dictó la sentencia. En tal sentido nuestros pronunciamientos distinguen entre revisión por un Tribunal superior y la repetición del juicio. El recurrente no ha solicitado que se repita el juicio, sino que se enjuicie el llevado a cabo ante la Audiencia.

2. La cuestión planteada en el segundo motivo ataca, en esencia, el fundamento jurídico noveno en el que la Audiencia establece los criterios por los que no ha creído a los testigos en cuya declaración basaba el recurrente su defensa. Ésta consistió en afirmar que en el momento del hecho se encontraba en otro lugar, en los almacenes de los que es propietario.

La situación que presentaba la prueba producida obligaba a la Audiencia a decidir entre la versión de la víctima, que inculpaba al acusado como autor del delito, y la del acusado, que afirmaba -como se dijo- no haber estado en el lugar de los hechos en el momento en el que éstos se produjeron. Se trataba, por lo tanto, de decidir sobre cuál de los participantes en el proceso decía la verdad.

a) La Audiencia estableció tres criterios para decidir sobre el crédito que le merecían las declaraciones de los testigos en los que el recurrente apoyó su coartada. En primer lugar el del tiempo que habría tenido el recurrente para inducir a los testigos a declarar en su favor. En segundo lugar hizo una mera repetición del criterio anterior, al afirmar que los testigos tuvieron tiempo de sobra para "preparar y coordinar sus declaraciones". En tercer lugar la relación de dependencia que los testigos tenían con el acusado, sosteniendo que el mantenimiento de la declaración después de haber terminado la relación de dependencia no podía ser tomado en cuenta, pues "lo lógico es mantenerla para evitarse problemas con la justicia".

b) Asimismo, en el Fundamento Jurídico tercero, la Audiencia sostuvo que "en los delitos clandestinos [sic] la credibilidad de la víctima se configura como la piedra angular sobre [la] que descansa todo el razonamiento condenatorio", agregando que los criterios a considerar eran: la verosimilitud y la coherencia (que denominó credibilidad objetiva), la reiteración de la versión y la exclusión de móviles "oscuros, inocuos o inconfesables" que explicaran la inculpación del autor. Con estos presupuestos la Audiencia dio crédito a la versión de la víctima afirmando que "el presunto perjudicado produjo en este Tribunal la impresión de ser sincero, no dubitativo, y de tener la firme convicción de que el agresor fue el acusado, al que pudo reconocer perfectamente -según sus palabras- por haberlo visto de frente y a escasos centímetros y por conocerlo muy bien de antes.

c) Si bien se ve el único criterio utilizado realmente por la Audiencia es el de la impresión de mayor o menor sinceridad de las declaraciones que se prestaron en su presencia, lo que es plenamente adecuado a lo que establece el art. 741 LECr. El criterio de valoración que la Audiencia llamó de credibilidad objetiva, en realidad, sólo fue mencionado a mayor abundamiento. Se trata de criterios, que, en todo caso, se adecúan a la técnica de la casación y que, en verdad, son impropios de los tribunales de instancia. Téngase presente que, tanto los testigos como el acusado hicieron manifestaciones verosímiles y coherentes, pues tan verosímil y coherente es afirmar que el acusado estuvo en un lugar como en otro. Unos y otros han mantenido sus versiones sin contradicción. La afirmación de que los testigos lo hicieron porque "lo lógico es mantenerla para evitarse problemas con la justicia" se hubiera podido extender también al caso del acusado: si los testigos estaban bajo la presión del falso testimonio, el acusado estaba bajo la presión del delito del art. 456 CP (acusación y denuncia falsa).

La suposición de que los testigos, sólo por ser o haber sido dependientes del acusado, no pueden ser tenidos en cuenta pues se trataría de testigos "preparados" es jurídicamente incorrecta, sobre todo si no fue seguida de la correspondiente denuncia por falso testimonio. Téngase en cuenta que también el perjudicado declaró en asuntos de su propio interés.

d) El elemento principal, en relación a los testigos, y por lo tanto en relación a la valoración de la prueba de la Defensa, ha sido, entonces, el hecho de que éstos no parecieron al Tribunal sinceros. Dicho de otra manera: la decisión del Tribunal a quo -desprovista de la hojarasca argumental innecesaria, como se vio, que la rodea- se ha basado, en verdad, en la sensación de sinceridad que unos y otros declarantes generaron al declarar en su presencia. Si el Tribunal a quo sólo se hubiera referido a este aspecto, su argumentación hubiera sido perfectamente idónea para sostener la decisión condenatoria.

Aunque el Tribunal a quo no dió espacio alguno en su argumentación a un hecho que, sin embargo, pudo constatar y que incluyó en los hechos probados, es evidente que ha sido tenido en cuenta para ponderar la credibilidad de unos y otros. En efecto, el acusado era una persona que tenía un motivo, naturalmente reprochable, para realizar el hecho. Se ignora que haya habido algún otro sospechoso que también hubiera podido tener tal motivo. Aunque la Audiencia no haya hecho una consideración expresa del motivo del acusado, éste es también un elemento que, incluido en los hechos probados, ha gravitado sin duda en su decisión y es, objetivamente considerado, un elemento que puede ser tenido en cuenta por los Jueces a quibus para formar su convicción en conciencia en los términos del art. 741 LECr. Consecuentemente, la parte de exposición argumental de la sentencia puede ser poco convincente, pero los elementos en los que realmente se basa la decisión de la Audiencia permiten sostener sus conclusiones respecto de los hechos y de su imputación al recurrente.

SEGUNDO.- El tercer motivo del recurso se basa en la denegación de pruebas testificales y documentales, que tiene su apoyo en el art. 850,1º LECr .

El motivo debe ser desestimado.

1. La prueba testifical fue correctamente denegada. Como surge del acta del juicio (ver folio 234 del rollo de la Audiencia) la prueba testifical de Carlos Miguel y de Blas fue denegada "al manifestar la Defensa que deponen s/los términos de los anteriores". Consecuentemente, la prueba era innecesaria, pues nada nuevo hubieran aportado a la causa. Reiteradamente hemos sostenido en diversos precedentes que las pruebas innecesarias, aunque sean pertinentes, no imponen la suspensión del juicio en los términos del art. 746.3º LECr .

La testifical de la Sra. María Inmaculada se admitió en el juicio (fº 204). Pero la Sala no ha podido encontrar en el acta del juicio oral una resolución referente a la denegación de la declaración de esta testigo.

2. La prueba pericial era, por lo tanto, manifiestamente impertinente. En efecto, las resoluciones recaídas en procedimientos administrativos y penales en las que se habrían constatado excesos en el ejercicio de sus funciones por parte de la víctima no hubieran probado, como pretende el recurrente, que el Sr. Gaspar hubiera perdido su condición de autoridad en el momento del atentado.

Asimismo es improcedente pretender probar, mediante un informe realizado por el Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid, si la iluminación del lugar era suficiente para permitir el reconocimiento del recurrente por la víctima. Se trata de una cuestión que no requiere ningún conocimiento científico ni técnico y que, en todo caso, no es un problema a dilucidar por los conocimientos propios de los arquitectos.

3. Por último, las informaciones periodísticas sobre la apertura de un juicio oral por prevaricación contra el Sr. Gaspar no hubieran servido para probar ninguna circunstancia que autorizara, disculpara o atenuara la gravedad de la agresión de la que aquél fue objeto. Consecuentemente tampoco eran pertinentes, toda vez que no guardan relación alguna con el objeto de este proceso.

TERCERO.- El cuarto y el quinto motivo son constitutivos de una unidad y pueden ser tratados conjuntamente. La Defensa impugna la calificación jurídica, en tanto se ha estimado un concurso ideal de los delitos de lesiones y atentado a la autoridad. Básicamente viene a sostener que de esta manera se vulnera la "garantía material de no ser sometido a bis in idem sancionador" y que este principio tiene la finalidad de "evitar una reacción punitiva desproporcionada". Se alega la infracción de los arts. 552, CP y 25.1 CE . En el último motivo alega el recurrente la infracción de los arts. 109 y ss. CP , como corolario de su tesis de que no existió infracción alguna.

Ambos motivos deben ser desestimados.

1. La Sala debe aclarar ante todo que la institución del concurso ideal, por sí misma, no vulnera ni el principio ne bis in idem ni el principio de proporcionalidad. La circunstancia de que una acción sea adecuada a dos tipos penales comporta dos infracciones del derecho y la pena resultante no es por esa razón desproporcionada, dado que ni siquiera está determinada por el criterio acumulativo que es aplicable al concurso real.

Sin embargo, es de tener en cuenta que el tipo penal del delito de atentado requiere que el sujeto pasivo "se halle ejecutando las funciones de su cargo" o que el atentado tenga lugar "en ocasión de ellas". Ello significa que el autor debe haber dirigido la agresión contra el funcionario cuando esté ejerciendo un acto de autoridad propio de su función o cumpliendo con una función representativa de la autoridad de la que su cargo está investido. Sin embargo el acto no necesita haber sido ejecutado coincidiendo temporalmente con el ejercicio de la autoridad, sino que también será típica la agresión que objetivamente aparezca conectada con actos propios de la autoridad.

En el caso que ahora consideramos, el Concejal se encontraba entre las 22:00 y las 22:30 del 21 de agosto de 2001 "en una fuente pública situada en la entrada de la localidad de Cicero". En estas condiciones la acción del acusado, que se explica objetivamente por su resentimiento respecto de las decisiones tomadas por el Concejal, constituye un acto dirigido contra la autoridad del Concejal Delegado de Obras Públicas y de Urbanismo del Ayuntamiento.

En consecuencia: corresponde considerar al recurrente autor del delito de lesiones en concurso ideal con el delito de atentado.

2. En la medida en la que existió un delito de lesiones por el que el recurrente debe ser condenado es claro que no ha existido ninguna infracción de los arts. 109 y ss. CP .

### III. FALLO



FALLAMOS: QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN por quebrantamiento de forma e infracción de Ley interpuesto por el procesado Juan Francisco contra sentencia dictada el día 21 de mayo de 2004 por la Audiencia Provincial de Cantabria , en causa seguida contra el mismo por un delito de atentado a la autoridad, en concurso con otro de lesiones.

Comuníquese esta resolución a la Audiencia mencionada a los efectos legales 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 . Enrique Bacigalupo Zapater Joaquín Giménez García Francisco Monterde Ferrer

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

FONDO DOCUMENTAL CENDO