

Roj: **STS 1771/2007 - ECLI:ES:TS:2007:1771**Id Cendoj: **28079120012007100183**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **08/02/2007**Nº de Recurso: **1108/2006**Nº de Resolución: **136/2007**Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**Ponente: **JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP Madrid, Sección 6ª, 04-04-2006 (rec. 33/2005),  
STS 1771/2007**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a ocho de Febrero de dos mil siete.

En el recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional que ante Nos pende, interpuesto por la representación legal de los procesados Juan María , Juan Alberto y Héctor , contra Sentencia núm. 161/2006, de 4 de abril de 2006, de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Madrid, dictada en el Rollo de Sala núm. 33/2005 dimanante del Sumario núm. 2/2005 del Juzgado de Instrucción núm. 17 de Madrid, seguido por delitos de desórdenes públicos, lesiones, amenazas, daños, agresión sexual, resistencia y faltas de lesiones y malos tratos contra Juan María , Juan Alberto , Héctor , Jesús Ángel y Jesús María ; los componentes de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan, se han constituido para la vista y Fallo, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. JULIÁN SÁNCHEZ MELGAR; siendo parte el Ministerio Fiscal y estando los recurrentes representados por: Juan María por el Procurador de los Tribunales Don Alberto Pérez Ambite y defendido por los Letrados Don Horacio Oliva García y Don Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Juan Alberto por el Procurador de los Tribunales Don Ernesto García-Lozano Martín y defendido por el Letrado Don Joaquín Rodríguez Miguel Ramos, y Héctor por el Procurador de los Tribunales Don Fernando Meras Santiago y defendido por el Letrado Don José Martínez Martínez.

## I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 17 de Madrid instruyó Sumario núm. 2/2005 por delitos de desórdenes públicos, lesiones, amenazas, daños, agresión sexual, resistencia y faltas de lesiones y malos tratos, contra Juan María , Juan Alberto , Héctor , Jesús Ángel y Jesús María , y una vez concluso lo remitió a la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Madrid, que con fecha 4 de abril de 2006 dictó Sentencia núm. 161/2006 que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"Se declara probado:

A/ Sobre las 14 horas del día 21 de diciembre de 2001 en compañía de un menor de edad respecto del que se siguieron diligencias en jurisdicción de menores, en unidad de acción, contra personas y bienes, los procesados Juan María , Juan Alberto , Héctor , Jesús Ángel y Jesús María , todos ellos con 18 años de edad, fueron sembrando el pánico entre las calles Serrano y Concha Espina de esta capital, así como en sus inmediaciones, invadiendo dos establecimientos del Burger King sitios en las calles mencionadas, en los que se hallaban gran número de menores con ocasión de las vacaciones navideñas, golpeando indiscriminadamente a sus víctimas, así como bienes y objetos que a su paso hallaban.

B/ Así en el primer Burger citado, ubicado en la calle Serrano, los procesados, Juan María y Juan Alberto , acorralaron a Flor y Angelina , ambas de 13 años de edad, y situándose detrás de ellas el procesado





Juan María las decía "putitas, os va el rollo, te voy a follar", y similares, procediendo Juan Alberto a efectuar tocamientos en la cadera y glúteos a Flor , para seguidamente efectuar semejantes tocamientos a Angelina , en nalgas, caderas y pecho, procediendo igualmente Juan María a efectuar sobre ésta última iguales tocamientos. Ambas han sido indemnizadas por los dos procesados por los daños morales sufridos.

C/ Acto seguido Juan María , al ver cómo el menor Matías , de 14 años, pretendía huir del establecimiento, se abalanzó sobre el mismo con los puños en alto y al mismo tiempo que le decía que tenía que practicar boxeo, le propinó un puñetazo a consecuencia del cual sufrió contusiones de las que curó con una primera asistencia a los 7 días.

D/ Al observar Luis , gerente del establecimiento la violenta conducta de los procesados, se aproximó a ellos para apaciguarles, recibiendo como respuesta diversos golpes que le derribaron al suelo donde continuaron propinándole repetidas patadas mientras éste se arrastraba hacia la cocina, Luis sufrió contusiones en pómulo izquierdo y frontal y fractura de corona de incisivo 11 curó a los 6 días, precisando no sólo una primera asistencia facultativa, sino también un posterior tratamiento médico consistente en la administración de analgésicos y restauración de corona de incisivo 11, con colocación de funda para restauración estética completa. Los procesados Juan María y Juan Alberto han consignado la indemnización que por estos hechos pudiera corresponder a Luis .

E/ Un cliente del establecimiento Ignacio , acudió en defensa de los menores, esgrimiendo entonces el acusado Héctor , una navaja tipo mariposa de unos 20 cms. de hoja frente al mismo, con ademán de clavársela, por lo que el citado cogió una silla para defenderse, momento en el cual se dirigió al mismo el acuado Juan María propiniéndole un puñetazo en la cara que le causó fractura molar izquierda que precisó intervención quirúrgica bajo anestesia general y 4 días de hospitalización para reducción de fractura osteosíntesis y colocación de injerto, curando a los 32 días, Ignacio ha sido indemnizado por Juan María por tales lesiones.

F/ En el citado establecimiento, los procesados en actuación conjunta, golpearon un expositor, cristales de ventana y de la puerta principal, causando desperfectos valorados en 731, 54 euros. Los desperfectos han sido reparados por la compañía aseguradora del establecimiento, además de haber sido consignado su importe por todos los procesados.

G/ Seguidamente los procesados se dirigieron al Burger King de la calle Concha Espina donde no ha quedado acreditado que ocasionaran desperfecto alguno.

H/ En ese establecimiento los procesados se abalanzaron sobre Pedro Enrique so pretexto de que había sustraído una cartera de la hermana de uno de ellos, le derribaron y comenzaron a propinarle repetidos golpes causándole traumatismo craneoencefálico y contusiones faciales que curaron a los 15 días con una primera asistencia médica, propinando además el procesado Juan María un empujón a Beatriz cuando ésta intentaba mediar en la agresión a Pedro Enrique .

I/ A continuación Juan María propinó un golpe en la cara a Rodolfo , de 14 años de edad, cuando ése abandonaba el local, causándole fractura nasal que precisó tratamiento médico quirúrgico con reducción de fractura, taponamiento y férula, curando a los 15 días. El procesado ha indemnizado a Rodolfo tanto por las lesiones como por las secuelas sufridas.

J/ Tras estas agresiones los procesados salieron del establecimiento, golpeando a todo aquel que a su paso hallaban, como a una mujer, de origen rumana no identificada, que con su bebé vendía "La farola" por la zona, a la que le dieron varias bofetadas, y a un vendedor ambulante de origen hindú, llamado Alexander , NIE NUM000 cuya completa identidad se desconce, al que derribaron al suelo a golpes y le propinaron repetidas patadas, si bien se ignora el alcance de sus lesiones, sin que se haya acreditado la identidad de quien pegó un puñetazo al menor Everardo cuando se encontraba hablando por teléfono desde una cabina cercana al Burger King.

K/ Instantes después sobre las 15 horas los agentes de la Guardia Civil con núm. de carnet profesional NUM001 y NUM002 alertados de los hechos por los viandantes, lograron la detención de Juan María cuando éste huía por al calle Marcelino Santamaría, interviniendo dos navajas que acababa de arrojar suelo, quien al proceder a su detención se negó a ello, iniciando entonces un forcejeo, por lo que tuvo que ser precisa la intervención de dos guardias civiles para poder reducirle, sufriendo desperfectos las motos y los equipos de transmisión de los agentes que no han sido tasados."

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

"FALLAMOS: Primero.- Que debemos condenar y condenamos a los procesados Juan María , Juan Alberto , Héctor , Jesús Ángel y Jesús María , como autores responsables de: a/ un delito de desórdenes públicos sin concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, a la pena, a cada uno de ellos





de un año de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; b/ un delito de lesiones causadas a Luis , ocurriendo en Juan María y Juan Alberto la circunstancia atenuante de reparación del daño, a las penas, a cada uno de ellos, de seis meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; c/ un delito de daños con la concurrencia en todos los procesados de la circunstancia atenuante de reparación del daño, a la pena, a cada uno de ellos de multa de seis meses con una cuota diaria de seis euros, con responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas; y d/ de dos faltas de malos tratos, a la pena, a cada uno de ellos, por cada falta, de multa de veinte días con una cuota diaria de seis euros con responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias de no satisfechas;

Segundo.- Que absolvemos a los procesados Juan María , Juan Alberto , Héctor , Jesús Ángel y Jesús María de la falta de malos tratos que referida a Everardo les era imputada por el Ministerio Fiscal.

Tercero.- Que debemos condenar y condenamos también al procesado Juan María , por los siguientes delitos: a/ un delito de agresión sexual ocurriendo la atenuante de reparación del daño, a la pena de un año de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; b/ una falta de lesiones referidas a Matías , a la pena de multa de un mes con una cuota diaria de seis euros, con responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas; c/ un delito de lesiones referido a Ignacio , ocurriendo la atenuante de reparación del daño, a la pena de seis meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; d/ una falta de malos tratos referida a Beatriz , a la pena de multa de diez días con una cuota diaria de seis euros, con responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas; e/ un delito de lesiones referido a Rodolfo ocurriendo la atenuante de reparación del daño, a la pena de seis meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y un delito de resistencia, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de seis meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y pago de las 11/43 partes de este juicio, de las cuales 4 partes corresponderán a un juicio de faltas; e/ un delito de lesiones referido a Rodolfo , ocurriendo la atenuante de reparación del daño, a la pena de seis meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y f/ un delito de resistencia sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de seis meses de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y pago de las 11/43 partes del este juicio, de las cuales 4 partes corresponderán a un juicio de faltas.

Cuarto.- Que debemos condenar y condenamos también al procesado Juan Alberto como autor de dos delitos de agresión sexual ocurriendo en ambos la atenuante de reparación del daño, a la pena, por cada uno de ellos, de un año de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y pago de las 8/43 partes de las costas de este juicio, de las cuales 2 partes corresponderán a un juicio de faltas.

Quinto.- Que debemos condenar y condenamos también al procesado Héctor como autor de un delito de amenazas sin concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, a la pena de seis meses de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y pago de las 7/43 partes de las costas de este juicio, de las cuales 2 partes corresponderán a un juicio de faltas.

Los procesados Jesús Ángel y Jesús María abonarán cada uno 6/43 partes de las costas de ese juicio, de las cuales 2 partes corresponderán a un juicio de faltas, siendo de oficio las 5/43 partes de las costas restantes.

Todos los procesados, conjunta y solidariamente, deberán indemnizar a Pedro Enrique en la suma de 900 euros por las lesiones sufridas, debiendo tenerse en cuenta las consignaciones que, por tal concepto, han efectuado los procesados Juan María y Juan Alberto en la cuenta de consignaciones de esta Sección. El procesado Juan María deberá abonar los daños causados a los cascos y equipos de transmisión de los guardias civiles durante su detención, que se acrediten en periodo de ejecución de sentencia.

Y para el cumplimiento de las penas impuestas se abona a los condenados el tiempo que hayan estado privados de libertad por esta causa."

TERCERO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas se preparó recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional por la representación legal de los procesados Juan María , Juan Alberto y Héctor , que se tuvo anunciado; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo





las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente Rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- El recurso de casación formulado por la representación legal del procesado Juan María , se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN :

1º.- Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECrim . por indebida aplicación del art. 557.1 del C. penal , al entender la sala juzgadora que el hecho es constitutivo desde un punto de vista objetivo de un delito de desórdenes públicos y que concurre el ánimo específico de dicho delito, todo ello erróneamente.

2º.- Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1 de la L.E.Crim ., por indebida aplicación del artículo 178 del C. penal , y no aplicación de la falta de vejación injusta prevista en el artículo 620.2 al entender la Sala juzgadora que el tocamiento que el Sr. Juan María llevó a cabo a Angelina es constitutivo de delito de agresión sexual por tener contenido sexual y no, correctamente, de vejación injusta.

3º.- Por infracción de Ley al amparo del artículo 849.1 de la L.E.Crim ., por indebida aplicación del art. 178 del C. penal , y no aplicación del delito de abuso sexual denominado sorpresivo previsto en el art. 181.1 del C. penal al entender la Sala juzgadora que el tocamiento que el Sr. Juan María llevó a cabo a Angelina es constitutivo de delito de agresión sexual por existir intimidación y no, correctamente, simplemente no consentido pero no intimidatorio.

4º.- Por infracción de Ley al amparo del artículo 849.1 de la LECRim . por indebida aplicación del art. 556 del C. penal e inaplicación de la falta prevista en el art. 634 del C. penal , al entender la Sala juzgadora erróneamente que Juan María cometió un delito de resistencia a la autoridad al ser detenido cuando en realidad se trató de una desobediencia leve y, por tanto, constituiva de falta.

5º.- Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECRim ., por indebida inaplicación del art. 21.6 atenuante analógica de confesión voluntaria a las autoridades de las circunstancias del hecho y personas implicadas para facilitar la acción de la justicia por parte del Sr. Juan María en relación con las circunstancias 4 y 5 del mismo art. 21 .

6º.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1 de la LECRim ., por indebida inaplicación del art. 21.6 del C. penal , atenuante analógica de dilaciones indebidas que habrá de tenerse como muy cualificada.

7º.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim ., por inaplicación indebida del art. 21.6 del C. penal , en relación con los delitos por los que se ha condenado, pues se han quebrantado los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva, al juez ordinario predeterminado por la ley y a un proceso con todas las garantías, y dichos quebrantos deben tener su reflejo en la pena mediante la aplicación de la atenuante analógica, todo debido a que, a pesar del reconcimiento del legislador a una doble instancia previa al recurso de casación (LOPJ), lo cierto es que tal derecho todavía no es posible ante el TSJ correspondiente.

El recurso de casación formulado por la representación legal del procesado Juan Alberto , se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

1º.- Vulneración del derecho a la presunción de inocencia, establecido en el artículo 24.2 de la CE , al considerarse como hecho probado que su representado tocó a Angelina en nalgas, caderas y pecho, cuando: 1º.- En el acto de juicio oral Angelina (al igual que había hecho en los reconocimientos fotográficos), reconoció a preguntas de esta parte, que su representado sólo la tocó en la cadera; 2º.- El único testigo distinto de las chicas (de entre la multitud de gente que se encontraba en el Burger) que vió lo acaecido en relación con Angelina y Flor reconoció a Juan Alberto en rueda, pero significando que no le vió hacer nada, lo que ratificó en el acto del juicio oral, y reconoció a otro de los acusados como el que hizo los tocamientos que refiere la sentencia; y 3º.- Flor , que se encontraba al lado, lo único que ha visto en relación con Angelina (y así lo ha mantenido en todas sus declaraciones ) es que su representado la cogió por la cadera.

2º.- Vulneración del derecho a la presunción de inocencia, establecido en el artículo 24.2 de la CE , al considerarse como hecho probado que Juan María y Juan Alberto acorralaron a Flor y Angelina , cuando: 1º.- Flor , expresamente, declaró en el plenario que no las arrinconaron y que de hecho cuando quiso se fue de la barra con otras amigas que estaban ya en la mesa; y 2º.- Angelina dijo, también el acto del juicio oral, que se podía haber ido pero que se quedó paralizada.

3º.- Infracción de Ley, por aplicación indebida del art. 178 del C.penal , e inaplicación del art. 620.2 o alternativamente, del art. 181 ambos del C. Penal .

4º.- Infracción de Ley, por aplicación indebida del art. 557 del C. penal , toda vez que los hechos declarados probados no integran del delito de desórdenes públicos tipificado en el referido precepto.





5º.- Vulneración del derecho a la presunción de inocencia, establecido en el artículo 24.2 de la CE , al no existir prueba de cargo suficiente respecto de la participación de su representado en el delito de lesiones del art. 147 del C. penal del que es víctima Don Luis .

6º.- Infracción de Ley por inaplicación del art. 55 regla 4ª del C. penal , en su versión vigente al tiempo de ocurrir los hechos, es decir, por no apreciar como muy cualificada la circunstancia atenuante de reparación del daño, en relación con todos los delitos por los que es condenado su representado (incluido en su caso el de desórdenes públicos en el que ni siquiera se ha apreciado la atenuante simple), pero especialmente en relación con los delitos de agresión sexual.

7º.- Vulneración del Derecho a un procedimiento sin dilaciones indebidas, establecido en el art. 24.2 de la CE , toda vez que desde que ocurren los hechos -el 21.12.2001- hasta la fecha de celebración del juicio oral -el 27.03.2006- ha transcurrido un plazo enormemente superior al razonable para el enjuiciamiento de los hechos.

8º.- Infracción de Ley por inaplicación de la atenuante de embriaguez, 2ª del art. 21 del C. penal , en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva y al deber de motivación de las sentencias, establecidos en los artículos 24 y 120 de la CE .

El recurso de casación formulado por la representación legal del procesado Héctor , se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

1º.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 de la LOPJ por infracción o vulneración del artículo 24 de la CE , que ampara la tutela judicial efectiva, el derecho a un juicio sin dilaciones indebidas y el derecho a la presunción de inocencia.

2º.- Por infracción de Ley al amparo del art. 849.1 de la LECRim ., por falta de aplicación del art. 620 párrafo 1º del C. penal e indebida aplicación del artículo 169 párrafo 2º del mencionado Código .

3º.- Por infracción de Ley al amparo del artículo 849.2 de la LECRim ., por error en la apreciación de la prueba, basado en las actas, documentos y declaraciones obrantes en la causa y en particular, en las del juicio oral, que evidencian el error del tribunal al sostener en base a las mismas, una Sentencia condenatoria.

4º.- Por infracción de Ley al amparo del artículo 849.2 de la LECRim ., cuando haya error de hecho en la apreciación de la prueba, basado en las actas y declaraciones obrantes en la causa que evidencian la equivocación del Tribunal al sostener en base a las mismas, una Sentencia condenatoria y que no resultan contradichas por otros elementos probatorios.

Por escrito de fecha 27 de junio de 2006 el procesado Juan Alberto se adhiere a los motivos 1º, 2º, 3º, 6º y 7º del recurso formalizado por la representación de Juan María .

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

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala de fecha 15 de noviembre de 2006 se señaló el día 14 de diciembre de 2005 para la resolución del presente recurso, siendo suspendida la vista por comunicar telefónicamente uno de los Letrados de la defensa su imposibilidad de asistencia por encontrarse enfermo.

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento para la vista se celebró la misma el día 23 de enero de 2007 con la asistencia de: los Letrados recurrentes D. Fco. Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles en defensa de Juan María , Joaquín Rodríguez Miguel Ramos en defensa de Juan Alberto y José Martínez Martínez en defensa de Héctor , que pidieron la estimación de sus respectivos recursos, y la casación de la Sentencia de instancia; y del Ministerio Fiscal que se ratificó en su escrito de fecha 4 de septiembre de 2006 .

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Audiencia Provincial de Madrid, Sección Sexta, condenó a los procesados Juan María , Juan Alberto , Héctor , Jesús Ángel y Jesús María por los delitos y faltas que se reseñan en nuestros antecedentes, a las penas igualmente transcritas, frente a cuya resolución judicial formalizan este recurso de casación los tres primeros, cuyos motivos serán objeto de análisis y resolución seguidamente, agrupándolos en aquellos reproches casacionales, que sean coincidentes, para una mejor comprensión de esta resolución judicial.

SEGUNDO.- Comenzaremos por dar respuesta casacional a los motivos que se han formalizado por infracción constitucional, concretamente por vulneración de la presunción de inocencia, proclamada en el art. 24.2 de nuestra Carta Magna.





1. El principio constitucional de inocencia, proclamado en el art. 24.2 de nuestra Carta Magna, gira sobre las siguientes ideas esenciales: 1º) El principio de libre valoración de la prueba en el proceso penal, que corresponde efectuar a los jueces y tribunales por imperativo del art. 117.3 de la Constitución española; 2º) que la sentencia condenatoria se fundamente en auténticos actos de prueba, suficientes para desvirtuar tal derecho presuntivo, que han de ser relacionados y valorados por el Tribunal de instancia, en términos de racionalidad, indicando sus componentes incriminatorios por cada uno de los acusados; 3º) que tales pruebas se han de practicar en el acto del juicio oral, salvo los limitados casos de admisión de pruebas anticipadas y preconstituidas, conforme a sus formalidades especiales; 4º) que tales pruebas incriminatorias han de estar a cargo de las acusaciones personadas (públicas o privadas); 5º) que solamente la ausencia o vacío probatorio puede originar la infracción de tal derecho fundamental, pues la función de este Tribunal Supremo, al dar respuesta casacional a un motivo como el invocado, no puede consistir en llevar a cabo una nueva valoración probatoria, imposible dada la estructura y fines de este extraordinario recurso de casación, y lo dispuesto en el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues solamente al Tribunal sentenciador pertenece tal soberanía probatoria, limitándose este Tribunal a verificar la siguiente triple comprobación:

1ª. Comprobación de que hay prueba de cargo practicada en la instancia (prueba existente).

2ª. Comprobación de que esa prueba de cargo ha sido obtenida y aportada al proceso con las garantías exigidas por la Constitución y las leyes procesales (prueba lícita).

3ª. Comprobación de que esa prueba de cargo, realmente existente y lícita, ha de considerarse razonablemente bastante para justificar la condena (prueba suficiente).

2. Los dos primeros motivos de Juan Alberto reprochan, por un lado, que no existe prueba de cargo de donde deducir que el ahora recurrente tocase a una de las víctimas menores, concretamente a Angelina, tanto en sus nalgas como en el pecho. Por otro lado, cuestiona por idéntica vía el pasaje de los hechos probados en donde se describe que, tanto el recurrente como Juan María, acorralasen a esa niña, lo que pretende con objeto de suprimir más adelante el elemento descriptivo del tipo consistente en la exigida intimidación, en el art. 178 del Código penal.

Ambos reproches no pueden prosperar.

En efecto, el factum narra, en su apartado B), que en un establecimiento de comida rápida (Burger King, de la calle Serrano, de Madrid), Juan María y Juan Alberto acorralaron a Flor y a Angelina, ambas de 13 años de edad, y situándose detrás de ellas el procesado citado en primer lugar (Juan María), las decía "putitas os va el rollo, te voy a follar", y otras frases similares, de claro contenido sexual, procediendo Juan Alberto a efectuar tocamientos en la cadera y glúteos a Flor, para seguidamente efectuar similares actos a Angelina, en nalgas, cadera y pechos, así como Juan María iguales hechos, habiendo sido ambas indemnizadas por los daños sufridos por ambos procesados.

De entrada, se compadece mal esta censura casacional, con la admisión de hechos que produce toda reparación del mal causado. Pero es que, además, el Tribunal de instancia contó con prueba de cargo para llegar a conformar su convicción judicial. Una de las víctimas, concretamente Angelina, a pesar de que dice el recurrente que no existe prueba, fue precisamente la que reconoció a Juan María y a Juan Alberto, sin ningún género de dudas, en la rueda practicada al efecto, según consta a los folios 342 y 354 de la causa, y así lo asevera el Tribunal de instancia, datos e incriminación que son corroborados por el testigo Matías en el acto del plenario. Y Flor reconoció a Juan Alberto como aquel que le realizó tocamientos obscenos. Así lo exponen los jueces "a quibus", que gozaron de la intermediación judicial, y esta apreciación probatoria no puede ser discutida en esta sede casacional. Obsérvese que el Tribunal escucha hasta 15 testigos presenciales, recogiendo en sus fundamentos jurídicos, particularmente en el apartado inicial de la sentencia recurrida, en donde no solamente se hacen referencias fácticas al delito de desórdenes públicos, sino a todo el acontecimiento en su conjunto, con apreciaciones probatorias basadas en lo acontecido en el juicio oral. Y con respecto al combatido "acorralamiento", además de deducirse de tales declaraciones testificales, no ha sido utilizado frontalmente por la sentencia recurrida para subsumir los hechos en el delito calificado de agresión sexual, y en realidad, tampoco es determinante del mismo, sino el conjunto de la acción violenta e intimidatoria, el clima de tensión y pánico creado tan gratuitamente, la diferencia de edad entre los agresores y sus víctimas, como analizaremos más adelante.

3. El quinto motivo de Juan Alberto reprocha ahora, por la vía que estudiamos (art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), la inexistencia de prueba de cargo en las lesiones infligidas a Luis, a causa de que, al haber quedado inconsciente no pudo llevar a cabo una clara identificación de su agresor.

Se refiere con ello el recurrente a los hechos que se describen en el apartado D) de los hechos probados, en donde tal acción se atribuye a todos los procesados, de modo que -se narra-, al percatarse el gerente (





Luis ) del establecimiento Burger King (de la calle Serrano de Madrid), acerca de la violenta conducta de los procesados, se aproximó a ellos para apaciguarles, recibiendo como respuesta diversos golpes que le derribaron al suelo, donde continuaron propinándoles repetidas patadas, mientras éste se arrastraba hacia la cocina, sufriendo las contusiones y lesiones que igualmente se describen (fractura de la corona del incisivo 11, así como golpes en pómulo izquierdo y frontal), que necesitaron tratamiento médico para su curación, con restauración dental. Sorprende igualmente, con antes decíamos, que se cuestione tal hecho probado por quien voluntariamente se ha hecho cargo de las consecuencias indemnizatorias de la reparación de las lesiones. Pero no podemos tampoco dejar de admitir que existió prueba de cargo, conforme razona el Tribunal "a quo", ya que, aunque la declaración de la víctima no resultó esclarecedora -dijeron los jueces de instancia-, mediante el testimonio de otras personas que se encontraban en el local, pudieron probarse tales golpes, a cargo de todos los procesados indiscriminadamente, citando la Sala sentenciadora la declaración de Ignacio (que manifestó que todos los procesados agredieron a Luis dándole patadas), al igual que Juan Enrique , añadiendo que fueron golpes y puñetazos, y en el mismo sentido, el testigo Raúl . A tal efecto, conviene señalar que son autores todos los intervinientes que, puestos de acuerdo, inicial o sobrevenidamente, lleven a cabo actos de acometimiento, comunicándoseles objetivamente el delito, por los medios ejecutados, conforme dispone el art. 65.2 del Código penal .

Con estas argumentaciones, desestimamos de igual forma el motivo primero del recurso de Héctor que se fundamenta en idéntica objeción constitucional.

TERCERO.- Los motivos tercero y cuarto del recurrente Héctor se articulan por la vía autorizada en el art. 849-2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , como error de hecho en la apreciación probatoria con apoyo en documentos auténticos en donde se demuestre el error padecido por el juzgador.

Ahora bien, no existe en el desarrollo de ambos motivos ninguna cita documental, en los términos de literosuficiencia que hemos exigido reiteradamente. A tal efecto, es doctrina que resulta, entre otras muchas, de las Sentencias: 1185/2005, de 10 de octubre y 388/2004, de 25 de marzo, que los folios citados corresponden a declaraciones personales de los intervinientes en el suceso, y lo propio ocurre con el acta del juicio oral, siendo constante la jurisprudencia de esta Sala al afirmar que tales documentos no tienen la consideración de literosuficientes a los efectos de un motivo como el esgrimido por el recurrente. Conviene recordar que esta Sala Casacional tiene repetido hasta la saciedad que las declaraciones de imputados o testigos no alcanzan nunca la categoría documental a efectos del núm. 2.º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

En consecuencia, ambos motivos no pueden prosperar.

CUARTO.- El primer motivo de Juan María y el cuarto de Juan Alberto , cuestionan un mismo tema, ambos por la vía autorizada en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , y por consiguiente, con pleno respeto y acatamiento de los hechos probados de la sentencia recurrida, y que lo es la subsunción jurídica de los hechos que se narran en el apartado A) de la misma como delito de desórdenes públicos, a tenor de las previsiones legales que se contienen en el art. 557-1º del Código penal vigente.

Concretamente reprochan los autores de ambas censuras casacionales, que no existe una propia actuación en grupo, sino conjunta simplemente, y desde el plano subjetivo del injusto, no concurre tampoco ese ánimo de alterar la paz pública que exige el precepto cuestionado. La situación de pánico, también se dice, es consustancial a cualquier tipo de reyerta de "fin de semana".

En la redacción vigente en el momento de cometerse los hechos, el art. 557 del Código penal , tenía la siguiente redacción: "serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años los que, actuando en grupo, y con el fin de atentar contra la paz pública, alteren el orden público causando lesiones a las personas, produciendo daños en las propiedades, obstaculizando las vías públicas o los accesos a las mismas de manera peligrosa para los que por ellas circulen, o invadiendo instalaciones o edificios, sin perjuicio de las penas que les puedan corresponder conforme a otros preceptos de este Código".

Como se deduce de su propio texto, esta figura delictiva exige los siguientes elementos típicos:

- 1.º Un sujeto activo plural recogido con la expresión «actuando en grupo».
- 2.º Un modo de comisión específico consistente en alterar el orden de alguna de las cuatro formas que con «numerus clausus», así se concretan: a) causando lesiones a las personas, b) produciendo desperfectos en las propiedades, c) obstaculizando las vías públicas o los accesos a las mismas de manera peligrosa para los que por ellas circulen, d) o invadiendo instalaciones o edificios.
- 3.º Un especial elemento subjetivo del injusto, cuando se requiere que tal comportamiento de dicho sujeto plural ha de realizarse con el fin de atentar contra la paz pública.





La LO 15/2003 ha reformado este artículo para añadirle un segundo apartado, en donde se incriminan los desórdenes públicos particularmente en sede de acontecimientos muy numerosos (eventos o espectáculos que congreguen a gran número de personas), pensando el legislador seguramente en los deportes de grandes masas, y acentuando su punición en casos en que la alteración del orden público se produzca mediante comportamientos que provoquen o sean susceptibles de provocar avalanchas u otras reacciones en el público que pusieren en situación de peligro a parte o a la totalidad de los asistentes.

Quiere con ello decirse que el precepto no ha de interpretarse exclusivamente en clave de alteración "política" de la paz pública, mediante violentas manifestaciones o algaradas similares, sino sencillamente como alteración de la paz pública, concepto éste reclamado con mayor vigor por la sociedad en su conjunto, y que se traduce en alterar la paz social (pública) y la convivencia, sin algaradas callejeras. O lo que es lo mismo, que la calle no se convierta en patrimonio de alborotadores, con grave quebranto de los derechos ciudadanos de los demás. Por eso decimos, que no cabe duda que, cada vez con mayor convicción, se reclama el concepto de paz pública, que es precisamente lo contrario de los aludidos desórdenes públicos, y precisamente el bien jurídico que tutela la norma penal.

Los hechos probados narran un grave altercado, que atentó, sin duda alguna, contra la paz pública. Nos referimos a un grupo de cinco personas que "fueron sembrando al pánico entre las calles Serrano y Concha Espina de esta capital" (dice el factum, intangible en esta vía casacional), así como en sus inmediaciones, "invadiendo dos establecimientos Burger King en las calles mencionadas, en los que se hallaban una gran cantidad de menores con ocasión de las vacaciones navideñas" (el suceso ocurre precisamente el día 21 de diciembre de 2001), "golpeando indiscriminadamente a sus víctimas, así como bienes y objetos que a su paso hallaban". A partir de ahí, se narran ya episodios concretos que no sirven sino para reforzar el elemento objetivo del delito. En efecto, primero acometen a dos niñas de 13 años de edad, a las que realizan tocamientos obscenos mediante intimidación, con el lógico impacto en su temprana edad; acto seguido, uno de los integrantes del grupo, Juan María, golpea a un menor de 14 años que lo único que pretendía era huir del establecimiento, seguramente aterrorizado antes la consecuencias que se avecinaban; seguidamente, sale en defensa de la paz del local, su gerente, quien termina con los dientes rotos; a continuación, un cliente del mismo (también adulto), acude en defensa de los menores, y para acometerle, Héctor esgrime una navaja mariposa de unos 20 cms. de hoja, "con ademán de clavársela", por lo que tiene que coger una silla para defenderse; no contentos con todo ello, comienzan a romper escaparates, expositores y puerta de acceso, causando desperfectos valorados en 731,54 €, marchándose todos juntos a otro Burger King, éste en la calle Concha Espina; en dicho establecimiento, se abalanzan contra otro joven, causándole traumatismo craneoencefálico, y otras lesiones; más tarde, golpean a otro menor de 14 años, "cuando éste abandonaba el local", causándole una fractura nasal (con las graves consecuencias que se describen en el factum), y tras estas agresiones, "los procesados salieron del establecimiento, golpeando a todo aquel que a su paso hallaban", entre ellos, nada menos que una mujer de origen rumano que vendía "La Farola", así como a otro extranjero que también se dedicaba a la venta ambulante. El suceso termina con la intervención de la Guardia Civil, y la detención de Juan María, el cual se resiste gravemente a ser interceptado, al punto que inicia un forcejeo con los dos agentes de la Guardia Civil, sufriendo desperfectos las motos y los equipos.

Con estos hechos, no puede discutirse el tipo objetivo del delito, pues la sentencia recurrida dice que produjeron "pánico" en las calles citadas de Madrid, y desde luego, es lógico que así fuera, dada la multitud de delitos causados y lo atemorizante de la situación, cuando se trataba, además, unas veces de niños o jóvenes, sobre los que tenían una evidente superioridad física, y otras veces, de personas mayores que se veían obligados a intervenir para cortar la algarada, y a quienes brutalmente golpeaban o exhibían navajas de las dimensiones de la descrita con anterioridad. Al punto, incluso, de increpar y agredir a indigentes extranjeros (en donde un cierto punto de xenofobia, no debía estar precisamente ausente). Téngase en cuenta que el tipo no exige la alteración de la paz pública lo sea en la calle (aunque aquí, también se produjo en la vía pública, pues fueron los transeúntes los que dieron precisamente aviso a una patrulla de la Guardia Civil, que por allí se encontraba accidentalmente). El tipo permite que tal alteración lo sea mediante la invasión de instalaciones o edificios. Carecería de cualquier rigor interpretativo que tuvieran que producirse únicamente los desórdenes públicos única y exclusivamente en la calle, y no en el interior, pongamos por caso, de una macro-discoteca juvenil.

Se alega por los recurrentes que en toda reyerta ya se produce una situación de pánico multitudinario. Baste para desestimar esta objeción que aquí no existió reyerta alguna, fueron los procesados los que causaron unilateralmente todos los delitos, frente a quien no hacía más que intentar defenderse (sin éxito alguno, por cierto).

De modo que el elemento subjetivo del injusto, queda patentemente cumplido en este caso, pues no puede comprenderse qué es lo querían, sino alterar el orden público, si nada más entrar en el primer Burger King (el de la calle Serrano), se saltaron la cola, y comenzaron a agredir a todo aquel que se les ponía por delante, al punto





que causaron importantes destrozos materiales, y siguieron así por la calle con los indigentes extranjeros, y en el próximo establecimiento del mismo ramo, continuaron las agresiones físicas. La finalidad de atentar contra la paz pública es evidente. Aquí no se juzgan finalidades políticas, sino alteración de la paz pública, que es un concepto mucho más social que político, que se dirige a garantizar la tranquilidad de los demás cuando se encuentran en lugares públicos.

Y con respecto a su actuación en grupo, lo cierto es que formaban una especie de banda urbana en ese momento, dada la multiplicidad de agresores y su designio común de actuación, concertada o asumida, pero en todo caso, llevada a cabo entre todos ellos.

Las demás consideraciones, tales como su edad (18 años), o el hecho de estar influenciados por bebidas alcohólicas, que aunque no recogido en el factum, parece deducible, se tendrán en cuenta a la hora de individualizar penológicamente la respuesta del ordenamiento jurídico frente a tales hechos.

En consecuencia, esta censura casacional no puede prosperar.

QUINTO.- El segundo y tercer motivo de Juan María , juntamente con el tercero de Juan Alberto , discrepan por idéntica vía impugnativa acerca de la tipificación de los hechos con contenido sexual, que se describen en el apartado B), interesando que tales acontecimientos fácticos sean considerados como una simple falta de vejaciones injustas (art. 620-2º C.P. ), o bien un delito de abusos sexuales del art. 181 del mismo Cuerpo normativo.

Los hechos probados narran que ambos recurrentes acorralaron a dos menores (de 13 años de edad), Flor y Angelina , y tras diversas frases de contenido sexual como "putitas os va el rollo, te voy a follar", y otras similares, llevaron a cabo tocamientos obscenos en nalgas, cadera y pecho.

La Sala sentenciadora de instancia integró el delito por el que calificó los hechos (el 178 del Código penal), por medio de intimidación. Los elementos del tipo objetivo son evidentes: tocamientos en zonas íntimas con intencionalidad sexual, deducido el ánimo de sus precedentes palabras. La intimidación no solamente resulta de lo declarado por las menores en el juicio oral, acerca de que se habían sentido intimidadas (dice la Sala de instancia, en palabras de una de ellas: "el miedo que sintió al advertir la presencia de un grupo de chicos mayores que ella y su amiga", junto a la frase citada, quedando "paralizada por el miedo"), sino de la objetividad que proporciona la diferencia de edad: 18 años frente a 13, que en esa franja es de una gran importancia. Del propio modo, de la situación de temor ambiental que crearon en todo el local, de modo que dominaban la situación, a modo, como lo habría hecho, una banda violenta.

Tal como recordaba la STS núm. 1259/2004, de 2 de noviembre, «hemos dicho en la STS núm. 73/2004 , de 26 de enero, que "el artículo 178 del Código Penal define la agresión sexual como el atentado contra la libertad de una persona con violencia o intimidación. Por violencia se ha entendido el empleo de fuerza física, y así, como recuerda la STS núm. 1546/2002, de 23 de septiembre , se ha dicho que equivale a acometimiento, coacción o imposición material, e implica una agresión real más o menos violenta, o por medio de golpes, empujones, desgarros, es decir, fuerza eficaz y suficiente para vencer la voluntad de la víctima (SSTS de 18 de octubre de 1993, 28 de abril, 21 de mayo de 1998, y 1145/1998, de 7 de octubre ). Mientras que la intimidación es de naturaleza psíquica y requiere el empleo de cualquier fuerza de coacción, amenaza o amedrentamiento con un mal racional y fundado (STS núm. 1583/2002, de 3 octubre ). En ambos casos han de ser idóneas para evitar que la víctima actúe según las pautas derivadas del ejercicio de su derecho de autodeterminación, idoneidad que dependerá del caso concreto, pues no basta examinar las características de la conducta del acusado sino que es necesario relacionarlas con las circunstancias de todo tipo que rodean su acción. Es preciso, en este sentido, que, expuesta la intención del autor, la víctima haga patente su negativa de tal modo que sea percibida por aquél. Que exista una situación de fuerza física o intimidante que pueda considerarse suficiente para doblegar su voluntad, tanto desde un punto de vista objetivo, que atiende a las características de la conducta y a las circunstancias que la acompañan, como subjetivo, referido a las circunstancias personales de la víctima. No es necesario que sea irresistible, pues no puede exigirse a la víctima que oponga resistencia hasta poner en riesgo serio su vida o su integridad física, sino que basta con que sea idónea según las circunstancias del caso. Y por otro lado, tal situación debe estar orientada por el acusado a la consecución de su finalidad ilícita, conociendo y aprovechando la debilitación de la negativa de la víctima ante la fuerza o intimidación empleadas».

Se cumplen, pues, todos los requisitos de la intimidación, y desde luego, que en las circunstancias del caso concreto, ni podemos decir que existe un ataque sorpresivo (abuso sexual), sino anunciado, ni la edad de las menores permitiría la rebaja calificativa a una simple falta de vejaciones leves, como postularon las defensas de forma alternativa, por concurrir una clara intencionalidad sexual, que no está presente en el art. 620-2º del Código penal .





Los reproches casacionales no pueden prosperar.

SEXTO.- En el cuarto motivo, Juan María , formalizado por pura infracción de ley, denuncia la indebida aplicación del art. 556 del Código penal , interesando la aplicación de falta tipificada en el art. 634 del mismo Cuerpo legal, como infracción de desobediencia leve a los agentes de la autoridad. Se refiere el este recurrente a los hechos que se describen en el apartado K) del factum.

El relato fáctico se refiere al acontecimiento final. Así, sobre las 15 horas, dos agentes de la Guardia Civil lograron la detención del recurrente, cuando éste huía por la calle Marceliano Santamaría, interviniendo dos navajas que acaba de arrojar al suelo, quien al proceder a su detención se negó a ello, iniciando entonces un forcejeo, por los que tuvo que ser precisa la intervención de los dos guardias civiles para poder reducirle, sufriendo desperfectos las motos y equipos de transmisión de los agentes.

La Sala sentenciadora de instancia descartó la aplicación del art. 550 del Código penal (delito de atentado), y calificó los hechos como constitutivos de un delito de resistencia no grave, tipificado en el art. 556 del propio Cuerpo legal. Quiere el recurrente que la conducta sea incardinada en el art. 634 como simple falta de desobediencia leve a los agentes de la autoridad.

El motivo no puede prosperar.

Hemos dicho que la utilización agresiva de la fuerza real frente a la actuación del Agente es lo propio de la resistencia grave o activa, del art. 550 , que presenta una cierta carga de acometividad, frente a la resistencia no grave del art. 556 ; de carácter pasivo y donde no existe agresión o acometimiento sino una oposición al mandato o actuación de la autoridad, de sus agentes o de los funcionarios públicos, una traba u obstrucción en persistente y declarada porfía, una tenaz y resuelta rebeldía, una actitud de contrafuerza física o material contrarrestadora o debilitante, sin alcanzar la beligerante agresividad y la formal iniciativa violenta, patente en su hostilidad y resolvente en sus consecuencias, característica de la resistencia grave. Sin perjuicio de que pueda concurrir en la resistencia del art. 556 Código penal alguna manifestación de violencia, de tono moderado y de características más bien defensivas y neutralizadoras, como sucede en los supuestos de forcejeos del sujeto con los agentes de la autoridad, tales forcejeos integran dicha figura delictiva.

La situación de forcejeo que se describe en la secuencia narrada, siendo necesaria la intervención de los dos agentes para reducirle y detenerle, excede del ámbito de actuación de una simple falta de desobediencia leve a dichos agentes, sufriendo daños los referidos funcionarios, como se hace constar en el factum, y se lleva a la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida (página 38). La alegación defensiva de que no se opuso resistencia a la detención, sino que sencillamente se forcejeó con ellos, no puede aceptarse en esta sede casacional como conducta degradatoria del ilícito penal por el que ha sido condenado el recurrente. No puede tampoco hacerse uso del art. 899 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , como igualmente se postula, para revisar las declaraciones testimoniales de los funcionarios actuantes, pues éstas han quedado plasmadas en los razonamientos jurídicos que lleva a cabo la Sala sentenciadora de instancia, que, con su inmediación, es el mejor modo de interpretarlas.

SÉPTIMO.- El segundo motivo de Héctor , formalizado por idéntica vía impugnativa, denuncia la indebida aplicación del art. 169-2º del Código penal (delito de amenazas), reclamando la subsunción de los hechos probados en su apartado E), como constitutivos de una falta de la misma naturaleza, descrita en el art. 620-1º del propio Cuerpo legal.

La secuencia ahora cuestionada, consiste en la exhibición de una navaja, del tipo mariposa, de unos veinte centímetros de hoja, frente a un cliente del primer establecimiento en la calle Serrano de Madrid, acción que ejecuta Héctor , con ademán de clavársela, por lo que el acometido tiene que coger una silla para defenderse, momento en el cual se dirigió al mismo, el también procesado, Juan María , propinándole un puñetazo en la cara que le causó una fractura molar izquierda.

Dice el recurrente que solamente puede achacársele la aludida exhibición de la navaja, y que ello sería alternativamente considerado una falta del art. 620-1º del Código penal , en vez de un delito de amenazas del art. 169-2º del propio Cuerpo legal.

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 consistente 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: 1º) 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; 2º) 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 creíble, que es lo que integra el delito distinguiéndolo de las contravenciones afines; y 3º) 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 las amenazas condicionales de un mal no constitutivo de delito, mientras que la calificación de falta se reserva para la amenaza verbal y no condicional de mal no constitutivo de delito, del art. 585.3º del CP, y para los supuestos muy concretos y especiales, de amenaza en el calor de la ira, sin propósito serio, de un mal constitutivo de delito del art. 585.2º y de exhibición de armas del art. 585.1º.

En el Código Penal de 1995, tras tipificarse el delito de amenazas en función de la condicionalidad de las mismas, en el apartado 2º del art. 620 se sanciona como falta "los que de modo leve amenacen a otro con armas u otros instrumentos peligrosos, o los saquen en riña... salvo que el hecho sea constitutivo de delito", con lo que la contravención tiene un carácter residual, refiriéndose a las conminaciones de males menores, 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.

El delito de amenazas es un paradigma de delito circunstancial. Cierto que la mera exhibición de un arma es constitutiva ordinariamente de una falta, pero ello no quiere decir que lo sea en todo caso. En los hechos probados se narra una situación de gran violencia, recuérdese que se habían producido varios episodios de lesiones previas, tanto con un chico de 14 años de edad, como con el propio gerente del establecimiento, al que habían roto la dentadura. En esas condiciones, y cuando Ignacio, sale en defensa de los menores que por allí se encontraban, se enfrentó a una exhibición de una navaja de grandes dimensiones, teniendo que coger una silla para defenderse de una amenaza que podía naturalmente traducirse en lesiones, que por cierto, fueron propinadas por el acompañante del agresor. No puede decirse, en consecuencia, que estemos en presencia de una leve amenaza a otro con armas, o que lo saque en el transcurso de una riña (como dice el art. 620-1º C.P.), porque aquí, repetimos una vez más, no había una riña, sino una violenta actuación de unos agresores totalmente descontextuada de cualquier discusión o disputa previa con los clientes del local.

El motivo no puede prosperar.

OCTAVO.- El quinto motivo de Juan María, postula, por la vía autorizada en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la estimación de la atenuante de analógica de confesión, con efectos de muy cualificada, derivada del error padecido por el Tribunal de instancia en el análisis de la misma en el fundamento jurídico séptimo in fine, a partir de la página 47 de la sentencia recurrida, consistente en la colaboración prestada por el mismo para el esclarecimiento de los hechos.

Del estudio de las actuaciones, procede declarar (sin modificar los hechos probados en cuanto a su estructura), que la Sala sentenciadora de instancia se ha equivocado al narrar las circunstancias de la colaboración de tal recurrente, postulada como atenuante analógica de colaboración. Dice el Tribunal "a quo" que la aportación de datos a la policía por parte de Juan María, en su declaración del día 22-12-2001, no sirvió para colaborar con el esclarecimiento de los hechos, en tanto que el resto de implicados estaban ya citados para comparecer a declarar, bajo apercibimiento de detención, lo que se hizo así en función de la juventud de aquéllos.

El iter al respecto, es el siguiente: la detención de este recurrente se produce sobre las 15 horas del día 21-12-2001, siéndole tomada después declaración policial, con asistencia de letrado, en donde trató de expresar una versión deformada de la realidad. Pero siendo las 19:30 horas del día 22-12-2001, manifiesta su deseo de volver a declarar para facilitar los verdaderos datos de sus acompañantes, en los sucesos de los dos centros Burger King. A las 20:30 horas, se presenta una letrada del turno de oficio, siendo oído nuevamente en declaración el detenido. Seguidamente consta una diligencia en donde, con los datos aportados por tal detenido, se procede policialmente a la total identificación de todos los intervinientes en los sucesos investigados, y concretamente Héctor, Jesús Ángel, Jesús María y Juan Alberto. A partir de ahí, comienzan





las diligencias para personación, salvo apercibimiento de detención, haciéndolo primeramente Héctor , a las 23:30 horas del día 22-12-2001, a la 1:00 del 23, Juan Alberto , y a las 2:30, Jesús María .

En la segunda declaración policial, Juan María colabora ampliamente con las autoridades policiales, reconociendo que "en el día de ayer facilitó una serie de datos de las personas que le acompañaban, los cuales eran totalmente falsos", y con deseo de arrepentimiento, manifiesta los verdaderos datos de "los acompañantes del dicente durante todos los hechos acaecidos el día de ayer".

Esta colaboración será considerada como atenuante analógica de colaboración para el esclarecimiento de los hechos, análoga a la de confesión, pero con el carácter de simple, toda vez que si bien fue completa y detallada, no lo es menos, que se produjo después de otra declaración en donde facilitó datos falsos, como el propio detenido reconoció policialmente. No tiene, pues, la intensidad suficiente para tener la pretendida cualificación.

En este sentido, el motivo ha de ser estimado.

NOVENO.- El sexto motivo de Juan María , al amparo de lo autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , solicita la aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas. Esta censura casacional es coincidente con el motivo séptimo del co-recurrente Juan Alberto .

Como hemos declarado en nuestra Sentencias 32/2004, de 22 de enero, 322/2004, de 12 de marzo, y 1250/2005, de 28 de octubre , entre otras, y siguiendo el criterio interpretativo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en torno al artículo 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que reconoce a toda persona el «derecho a que la causa sea oída dentro de un plazo razonable», los factores que han de tenerse en cuenta son los siguientes: la complejidad del proceso, los márgenes ordinarios de duración de los autos de la misma naturaleza en igual período temporal, el interés que arriesga quien invoca la dilación indebida, su conducta procesal, y la de los órganos jurisdiccionales en relación con los medios disponibles.

En el supuesto enjuiciado, la Sala sentenciadora de instancia reconoce que se ha producido un lapso temporal desde que sucedieron los hechos (diciembre de 2001), hasta que finalizó la instrucción sumarial (finales de 2005), en donde no se observan en la causa demoras significativas, "debiendo tenerse en cuenta la tramitación y resolución de los recursos interpuestos por las partes, en uso de su derecho, y ello con independencia de su admisibilidad o no, por lo que hay que concluir afirmando la inexistencia de causa bastante que justifique la aplicación de la atenuante solicitada".

Sin embargo, si repasamos la causa, vemos que dentro de los tres primeros meses se practicaron las diligencias sustanciales, tanto los reconocimientos en rueda así como las declaraciones sumariales, lo que revela con toda claridad que tan dilatado lapso temporal para la instrucción es a todas luces exagerado, y es merecedor de ser compensado con la postulada atenuante de dilaciones indebidas, según lo acordado en Junta General de esta Sala de fecha 21 de mayo de 1999 , y en la línea de lo resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que se decantó por un atenuación proporcionada de la pena, como forma de reparar la infracción del derecho a ser juzgado en un plazo razonable (caso Eckle, sentencia de 15 de julio de 1982 ).

DÉCIMO.- El motivo sexto de Juan Alberto , se viabiliza por el cauce autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por el que reclama la atenuante de reparación del daño causado (art. 21-4ª del Código penal ), en todos los delitos por los que ha sido condenado, con el carácter de muy cualificada.

La consideración de una atenuante con el carácter de muy cualificada, según reiterada doctrina jurisprudencial de esta Sala, tiene que contar con dos requisitos: primeramente, la intensidad atenuatoria se ha de revelar con especial consistencia fáctica, derivada de hechos, circunstancias o comportamientos que resalten un esfuerzo del acreedor de la misma, merecedor de una mayor disminución de pena. En segundo lugar, el sentido atenuatorio del fundamento jurídico de la degradación de culpabilidad o antijuridicidad, tiene que resultar especialmente intenso.

Nada de ello puede resultar del conjunto de hechos recogidos en el factum. Ni se acredita el esfuerzo especial de los acusados, ni las cantidades consignadas van más allá de un resarcimiento ordinario de las responsabilidades civiles.

La Sala sentenciadora de instancia ya tuvo esta consideración en la determinación de la individualización penológica, con el carácter de atenuante ordinaria de reparación del daño (art. 21-4ª del Código penal ).

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

UNDÉCIMO.- El octavo motivo de Juan Alberto , y por idéntica vía casacional, postula ahora la estimación de la atenuante de embriaguez (art. 21-2ª del Código penal ).





Para su desestimación basta con referirse a los hechos probados, cuya intangibilidad debe respetar el motivo, sin que existan informes médicos, ni se haya acreditado la intensidad suficiente para producir una disminución de la culpabilidad.

Qué duda cabe que los acusados bebieron algunas cervezas, como ellos mismos admiten, pero la influencia de la embriaguez debe ser de tal intensidad que aminore considerablemente la capacidad de comprender la ilicitud del hecho, lo que no consta, o de actuar conforme a esa comprensión. No es, desde luego, un resorte automático para dulcificar la necesidad de pena, en todo caso.

La Sala sentenciadora de instancia ha tenido en cuenta dicha circunstancia para determinar la pena, y nosotros así lo haremos también en la segunda sentencia que ha de dictarse.

DUODÉCIMO.- Finalmente, y como cuestión novedosa, el recurrente Juan María , al amparo de lo autorizado en estricta infracción de ley, postula la aplicación de una atenuante analógica (art. 21-6ª del Código penal ), consecuencia de la falta de desarrollo por el legislador del segundo grado ordinario de jurisdicción, o recurso de apelación.

Aunque ciertamente el legislador ha previsto la futura inclusión de un recurso de apelación generalizado en todo tipo de procesos penales, es lo cierto que se encuentra aún sin desarrollo legislativo en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Y es deseable que lo haga cuanto antes, en virtud de los acuerdos internacionales en esta materia y de un mejor desenvolvimiento del recurso de casación en función exclusivamente del control de la legalidad, y no como hasta ahora, con rasgos difusos en cuanto al control de la actividad probatoria practicada en la instancia.

Pero derivar de ahí una aminoración de la responsabilidad penal no es posible. Ni tal circunstancia es análoga con ninguna de las previstas en el art. 21 del Código penal , ni parece ha de suponer una carencia de la que resulte una menor necesidad de pena.

DÉCIMO TERCERO.- En materia de costas procesales, la estimación parcial de los recursos, ha de producir la declaración de oficio de las costas procesales de esta instancia casacional, y en función del llamado efecto expansivo dispuesto en el art. 903 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la segunda sentencia afectará también a los no recurrentes que se encuentren en las mismas circunstancias que estos últimos.

### III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR, por estimación parcial, al recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional que ante Nos pende, interpuesto por la representación legal de los procesados Juan María , Juan Alberto y Héctor , contra Sentencia núm. 161/2006, de 4 de abril de 2006 , de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Madrid. Declaramos de oficio las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por sus respectivos recursos.

En consecuencia casamos y anulamos, en la parte que le afecta, la referida Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, que será sustituida por otra más conforme a Derecho.

Comuníquese la presente resolución, y la que seguidamente se dicta, a la Audiencia de procedencia, 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 . Carlos Granados Pérez Julián Sánchez Melgar Siro Francisco García Pérez

### SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a ocho de Febrero de dos mil siete.

El Juzgado de Instrucción núm. 17 de Madrid instruyó Sumario núm. 2/2005 por delitos de desórdenes públicos, lesiones, amenazas, daños, agresión sexual, resistencia y faltas de lesiones y malos tratos, contra Juan María , nacido el día 28 de abril de 1983, natural y vecino de Madrid, hijo de Manuel y de Caridad, con instrucción, solvente, sin antecedentes penales, Juan Alberto , nacido el día 17 de octubre de 1983, natural y vecino de Madrid, hijo de Enrique y Rosa, con instrucción, solvente, sin antecedentes penales, Héctor , nacido el día 17 de febrero de 1983, natural y vecino de Madrid, hijo de Antonio y de María de los Desamparados, con instrucción, solvente, Jesús Ángel , nacido el día 7 de noviembre de 1983, natural de La Laguna (Santa Cruz de Tenerife) y vecino de Madrid, hijo de José Luis y de María Paz, con instrucción, solvente y sin antecedentes penales, y Jesús María , nacido el día 9 de agosto de 1983, natural y vecino de Madrid, hijo de Bladimiro y Paz Gloria, con instrucción, solvente, sin antecedentes penales, y una vez concluso lo remitió a la Sección 6ª de la





Audiencia Provincial de Madrid, que con fecha 4 de abril de 2006 dictó Sentencia núm. 161/2006, la cual ha sido recurrida en casación por las representaciones legales de los procesados Juan María, Juan Alberto y Héctor, y ha sido casada y anulada, en la parte que le afecta, por la Sentencia dictada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo; por lo que los mismos Magistrados que formaron Sala y bajo la misma Presidencia y Ponencia, proceden a dictar esta Segunda Sentencia, con arreglo a los siguientes:

## I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- ANTECEDENTES DE HECHO.- Se dan por reproducidos los antecedentes de hecho de la Sentencia de instancia, que se han de completar con los de esta resolución judicial.

SEGUNDO.- HECHOS PROBADOS.- Damos por reproducidos los hechos probados de la Sentencia recurrida, en su integridad, que se completan con lo redactado en el Fundamento Jurídico VIII de la Sentencia casacional.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- De conformidad con lo razonado en nuestra anterior Sentencia Casacional, hemos de estimar concurrente en todos los delitos la atenuante analógica simple de dilaciones indebidas, lo que producirá una aminoración en los términos penológicos, en grado mínimo posible. También se acredita en Juan María la atenuante analógica de colaboración, igualmente con el carácter de simple. En consecuencia, procede individualizar la respuesta penológica de la manera siguiente:

El delito de desórdenes públicos, por el que han sido condenado todos los acusados, se impondrá en la mínima extensión posible: seis meses de prisión, excepto a Juan María y Juan Alberto, que por razón de contar con dos atenuantes simples, rebajaremos en un solo grado, y dentro de éste, en la pena de cinco meses de prisión. Lo propio ocurre en el delito de lesiones (multa de 5 meses), en las faltas, se mantendrá la penalidad igualitaria que se dispone en la sentencia recurrida.

En relación al tercer apartado del fallo, referido todo él a Juan María, a la vista de la concurrencia de la atenuante de reparación del daño y de dilaciones indebidas, las penas siguientes: por el delito de agresión sexual, seis meses de prisión; por el delito de lesiones (apartado c), tres meses de prisión; por el delito de lesiones del apartado e), tres meses de prisión; y por el delito de resistencia, la misma pena, aun con la atenuante de dilaciones indebidas, por haber sido individualizada en su mínima extensión posible. Las faltas quedan en la misma extensión, pues en éstas no es obligatorio tener en cuenta las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, y ya han sido determinadas en una extensión prácticamente mínima.

Con respecto al apartado cuarto, referido todo él, a Juan Alberto, al concurrir ahora las atenuantes de reparación del daño (ya declarada por el Tribunal sentenciador) y la de dilaciones indebidas, la pena de 6 meses de prisión, por cada uno de los dos delitos de agresión sexual.

Y con respecto al apartado quinto, referido a Héctor, se mantienen los seis meses de prisión, pues la mínima extensión posible, conforme al art. 169-2º del Código penal, es dicha pena, y en este caso únicamente concurre la atenuante de dilaciones indebidas.

Se tiene en cuenta el efecto expansivo dispuesto en el art. 903 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, respecto a los no recurrentes.

## III. FALLO

En el primer apartado del fallo de instancia, CONDENAMOS a los procesados Juan María, Juan Alberto, Héctor, Jesús Ángel y Jesús María, con la concurrencia en todos ellos de la atenuante de dilaciones indebidas, por el delito de desórdenes públicos (extremo A), a la pena, a cada uno de ellos, de seis meses de prisión, en los propios términos de inhabilitación dispuestos por la sentencia recurrida; en el extremo B), manteniendo la atenuante de reparación del daño en Juan María y Juan Alberto, y en todos las aludidas dilaciones indebidas, la pena para estos dos, de cinco meses de prisión a cada uno de ellos, y seis meses de prisión para los restantes; en el extremo C), concurriendo en todos la atenuante de reparación del daño y dilaciones indebidas, la pena, a cada uno de ellos, de multa de cinco meses, en los propios términos dispuestos por el Tribunal de instancia, así como el extremo D), que se mantiene para todos ellos, en los mismos términos.

Ratificamos el apartado segundo.

En el apartado tercero, referido exclusivamente a Juan María, concurriendo las circunstancias atenuantes de reparación del daño y de dilaciones indebidas, le condenamos a las penas siguientes: por el delito de agresión





sexual (extremo A), seis meses de prisión, manteniendo la inhabilitación especial dispuesta en el fallo; la falta de lesiones (extremo B), y la otra falta de malos tratos (extremo D), se mantienen en sus propios términos; el delito de lesiones (extremo C), se imponen tres meses de prisión manteniendo la inhabilitación especial dispuesta en el fallo; el delito de lesiones (extremo E), se impone la pena de tres meses de prisión, manteniendo la inhabilitación especial dispuesta en el fallo; y en el extremo F), por el delito de resistencia, la misma pena de seis meses de prisión, concurriendo la atenuante de dilaciones indebidas, manteniendo la inhabilitación especial dispuesta en el fallo.

En el apartado cuarto del fallo, referido a Juan Alberto , concurriendo las circunstancias atenuantes de reparación del daño y la de dilaciones indebidas, se impone la pena de 6 meses de prisión, por cada uno de los dos delitos de agresión sexual, manteniendo la inhabilitación especial dispuesta en el fallo.

Se ratifica y mantiene en sus propios términos el apartado quinto del fallo de instancia.

Y, en lo demás, costas procesales e indemnizaciones civiles, se mantiene en sus propios términos el fallo de instancia, en cuanto sea compatible con lo dispuesto en esta resolución judicial.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos . Carlos Granados Pérez Julián Sánchez Melgar Siro Francisco García Pérez

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

FONDO DOCUMENTAL CELEDOJ

