



Roj: **SAP BA 989/2012 - ECLI: ES:APBA:2012:989**

Id Cendoj: **06015370012012100267**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Badajoz**

Sección: **1**

Fecha: **03/09/2012**

Nº de Recurso: **265/2012**

Nº de Resolución: **112/2012**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **EMILIO FRANCISCO SERRANO MOLERA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

BADAJOZ

SENTENCIA: 00112/2012

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1 de BADAJOZ

Domicilio: AVENIDA DE COLON, 8, PRIMERA PLANTA

Telf: 924284202-924284203

Fax: 924284204

Modelo: 001200

N.I.G.: 06015 37 2 2012 0103360

ROLLO: APELACION PROCTO. ABREVIADO 0000265 /2012

Juzgado procedencia: JDO. DE LO PENAL N. 1 de BADAJOZ

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ABREVIADO 0000185 /2011

RECURRENTE:

Procurador/a:

Letrado/a:

RECURRIDO/A: Felisa

Procurador/a: TERESA PAOLA TOVAR SANCHEZ

Letrado/a: JOSÉ ANDRES MARTINEZ CARANDE

SENTENCIA núm. 112/2012

Il'tmos. Sres. Magistrados

Presidente

D. José Antonio Patrocinio Polo

Magistrados

D. Enrique Martínez Montero de Espinosa

D. Emilio Francisco Serrano Molera

(Ponente)

En la población de BADAJOZ, a 3 de Septiembre de dos mil Doce



La Sección Primera de esta Audiencia Provincial, formada por los Ilmos. Sres. Magistrados, al margen reseñados, ha visto, en grado de apelación, la precedente causa, [«*Procedimiento Abreviado núm. 185/2011-; Recurso Penal núm. 265/2012; Juzgado de lo Penal-1 de Badajoz*»], seguida contra el acusado D. Leonardo ; representado por el Procurador de los Tribunales **D LUIS VELA ÁLVAREZ**; y defendido por el Letrado **D RAFAEL ARENAS MARMEJO**; por los delitos de «**OBSTRUCCIÓN A LA JUSTICIA y AMENAZAS E INJURIAS GRAVES CON PUBLICIDAD.**»

«- ANTECEDENTES DE HECHO -»

PRIMERO.- En mencionados autos por la Ilma. Sra. Magistrada - Juez de lo Penal-1 de BADAJOZ , se dicta sentencia de fecha **21/03/2012** , la que contiene el siguiente:

« **QUE SE CONDEN A Leonardo** , como responsable criminal en concepto de autor de un delito de **OBSTRUCCIÓN A LA JUSTICIA** (en concurso de Normas con un delito de Amenazas), ya definido, concurriendo como circunstancia modificativa de la responsabilidad, el prevalerse del carácter público que tenga el culpable, a la pena de **DOS AÑOS DE PRISIÓN** , con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; así como **MULTA DE QUINCE MESES CON UNA CUOTA DIARIA DE QUINCE EUROS (15,00) , EN TOTAL SEIS MIL SETECIENTOS CINCUENTA EUROS (6.750,00)** , con responsabilidad subsidiaria en caso de impago.

En concepto de Responsabilidad Civil, el acusado deberá indemnizar directa y personalmente a Felisa en la cantidad de **DOCE MIL EUROS (12.000,00)** , por los daños morales. Dicha cantidad devengará el interés legal de demora previsto en el artículo 576.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Las costas procesales se imponen al acusado-condenado, con inclusión de las correspondientes a la Acusación Particular.

Se acuerda el mantenimiento de las Medidas Cautelares acordadas a fecha 20 de Enero de 2.011 por el Juzgado de Instrucción nº 4 de ésta ciudad, hasta que recaiga Sentencia firme que ponga fin al procedimiento.

SE ABSUELVE A Leonardo DEL DELITO DE INJURIAS GRAVES CON PUBLICIDAD, objeto del escrito de Acusación Particular, en base a lo expuesto en los Razonamientos Jurídicos de la presente Resolución.»

SEGUNDO .- Contra la anterior sentencia, en tiempo y forma, se interpuso, para ante esta Audiencia Provincial, RECURSO

DE APELACIÓN por EL MINISTERIO FISCAL y por D. Leonardo ; representado por el Procurador de los Tribunales **D LUIS VELA ÁLVAREZ**; y defendido por el Letrado **D RAFAEL ARENAS MARMEJO**; compareciendo en la alzada, a efectos de impugnación, como apelada **DÑA Felisa** ; representada ésta última por la Procuradora de los Tribunales **DÑA TERESA PAOLA TÓVAR SÁNCHEZ**; y defendida por el Letrado **D JOSÉ ANDRÉS MARTÍNEZ CARANDE CORRAL**; llegados los autos a expresado Tribunal, se forma el rollo de Sala, al que le ha sido asignado el núm. **265/2012**; de Registro, dándole a la apelación el trámite oportuno; no habiéndose celebrado vista pública; al haberse inadmitido por Auto de la Sala de fecha 4/07/2012 la prueba documental propuesta por el recurrente Sr **Leonardo** y posteriormente se pasaron los autos al Ilmo Sr Magistrado Ponente para su resolución.

Observadas las prescripciones legales de trámite.

VISTOS , siendo ponente el Magistrado Ilmo. Sr. **D. Emilio Francisco Serrano Molera**; que expresa el parecer unánime de la Sala.

«HECHOS PROBADOS»

Se aceptan y dan por reproducidos en su integridad los que, como tales se consignan en la sentencia apelada.

«- FUNDAMENTOS DE DERECHO -»

PRIMERO .- Contra la sentencia dictada por la juez de instancia que condena a Leonardo como autor responsable de un delito de obstrucción a la justicia, en concurso de Normas con un delito de amenazas con prevalimiento del carácter público, se alza tanto el Ministerio Fiscal como la Representación Procesal del acusado interponiendo sendos recursos de apelación . El representante del Ministerio Público, en recurso al que se adhiere la Acusación Particular, denuncia la infracción de Norma legal por interesar la imposición de la pena de prisión de dos años y seis meses.

La defensa en un extenso escrito denuncia lo siguiente:



1) Vulneración de normas y garantías procesales por indebida denegación de pruebas. 2) error en la valoración de las pruebas practicadas; desglosando las declaraciones del acusado, el testimonio de la denunciante, del testigo Pascual , de Aureliano , del agente de la G. Civil con TIP NUM000 , por omisión de valoración del testimonio del Brigada con TIP NUM001 , del de Josefina , de Dolores y de Juana 3) por infracción de precepto penal sustantivo y en concreto del artículo 464.1 y 2 del C.P por vulneración del principio de intervención mínima, por errónea calificación jurídica de los hechos al ser incompatibles los dos tipos penales citados, por falta de concurrencia de los elementos del delito 4) por entender que queda excluída la antijuridicidad en base a la libertad de expresión 5) por considerar que no concurre la circunstancia agravante de prevalimiento del carácter público 6) por estimar que no se han ocasionado daños morales 7) subsidiariamente por entender aplicable la presunción de inocencia, existiendo dudas razonables y 8) con el mismo carácter subsidiario, por irregularidades de la instrucción, para tener derecho en sentencia , "no para repetir el juicio".

SEGUNDO.- El análisis de las cuestiones sometidas a la consideración de este Tribunal debe principiar por aquellas que tengan un carácter formal comenzando por la denunciada vulneración de normas y garantías procesales por indebida denegación de prueba.

En aras a la brevedad, esta Sala se remite a los razonamientos expuestos en el auto dictado con carácter previo por el que se acordó no admitir la práctica de prueba en la segunda instancia.

La Jurisprudencia ha recordado reiteradamente la relevancia que adquiere el derecho a la prueba contemplado desde la perspectiva de las garantías fundamentales y del derecho a un "juicio justo" con proscripción de la indefensión, que garantiza nuestra Constitución (Artículo 24.2) y los Convenios Internacionales incorporados a nuestro Ordenamiento Jurídico por vía de ratificación (Sentencias, por ejemplo, de 14 de julio y 16 de octubre de 1.995), pero también ha señalado, de modo continuado y siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional (S. T.C. 36/1.983 de 11 de mayo , 89/1.986 de 1 de julio , 22/1.990 de 15 de febrero , 59/1.991 de 14 de marzo y S.T.S. Sala 2ª de 7 de marzo de 1.988 , 29 de febrero de 1.989 , 15 de febrero de 1.990 , 1 de abril de 1.991 , 18 de septiembre de 1.992 , 14 de julio de 1.995 y 1 de abril de 1.996), que el derecho a la prueba no es absoluto, ni se configura como un derecho ilimitado o incondicionado a que se admitan todas las pruebas propuestas por las partes o a que se practiquen todas las admitidas con independencia de su necesidad y posibilidad.

El reconocimiento de la relevancia constitucional del derecho a la prueba no desapodera al Tribunal competente de su facultad para valorar en cuanto a su admisión, la pertinencia de las pruebas propuestas "rechazando las demás" (art. 659 y concordantes de la L.E .Criminal), y en cuanto a su práctica, la necesidad de las pruebas admitidas pero cuya realización efectiva plantea dificultades o indebidas dilaciones.

Como señalaban entre otras, las Sentencias de esta Sala de 1 de abril y 23 de mayo de 1.996 , esta facultad del Tribunal, valorando razonada y razonablemente la pertinencia de las pruebas en el momento de la proposición y su necesidad en el momento de la práctica, a los efectos de evitar diligencias inútiles así como suspensiones irrazonables generadoras de indebidas dilaciones, no vulnera el derecho constitucional a la prueba, sin perjuicio de la posibilidad de revisar en casación la razonabilidad de la decisión del Tribunal, en orden a evitar cualquier supuesto que pudiere generar efectiva indefensión a la parte proponente de la prueba.

La doctrina jurisprudencia ha comprendido dentro de este motivo, tanto los supuestos de inadmisión de un medio probatorio, como los de denegación de la suspensión del juicio ante la falta de práctica de la prueba anteriormente admitida (sentencias, entre otras, de 10 de abril de 1.989 , 16 de julio de 1.990 , 10 de diciembre de 1.992 y 21 de marzo de 1.995) que es el supuesto que concurre en el caso actual.

Para la estimación del motivo una reiterada jurisprudencia exige, en primer lugar, el cumplimiento de cuatro requisitos formales: 1º, que la diligencia probatoria que no haya podido celebrarse por la denegación de la suspensión del juicio hubiese sido solicitada por la parte recurrente en tiempo y forma, lo que en el caso de tratarse de testigos y peritos -como sucede en el supuesto actual- debe concretarse en su proposición "nominatim" en el escrito de calificación provisional, con designación de los apellidos y circunstancias personales; 2º), que tal prueba hubiese sido declarada pertinente por el Tribunal y en consecuencia programada procesalmente; 3º) que ante la decisión de no suspensión se hubiese dejado constancia formal de la protesta, en momento procesal oportuno, con el adecuado reflejo en el acta; 4º) que tratándose de testigos, la parte recurrente haya solicitado la consignación, siquiera sea de modo sucinto, de los extremos del interrogatorio que se proponía formular al testigo inasistente, con el fin de poder valorar la relevancia de su testimonio (Sentencias del Tribunal Constitucional 116/83, de 7 de diciembre y 51/1.990 de 26 de marzo, y la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1.983 , 13 de mayo de 1.986 , 5 de marzo de 1.987 , 29 de febrero de 1.988 , 18 de febrero y 17 de octubre de 1.989 , 31 de octubre de 1.990 , 18 de Octubre , 20 de noviembre y 28 de diciembre de 1.991 , 16 de octubre y 14 de noviembre de 1.992 , entre otras).

La doctrina jurisprudencial exige, además de los requisitos formales, unos requisitos de fondo necesarios para que prospere este motivo de recurso, que podemos concretar en que la prueba denegada (y a ello equivale



la denegación de la suspensión del juicio oral ante la inasistencia de uno o varios testigos o peritos): 1º) sea necesaria, en el doble sentido de su relevancia y su no redundancia, 2º) sea posible, en el sentido de que no se hayan ya agotado las posibilidades razonables de traer al testigo o perito a presencia del Tribunal y 3º) su falta de realización ocasione indefensión a la parte que formuló el recurso y propuso como propia la prueba.

Y como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 1.993 "habrá que evaluar cada caso teniendo en cuenta el resto del material probatorio de que se dispuso y la incidencia que la prueba denegada tuviese en la formación de la convicción del órgano decisor para configurar la resolución definitiva del proceso".

Como primer requisito de fondo, por tanto, es preciso que la prueba cuya práctica se ha denegado, no sólo fuese pertinente sino necesaria. La pertinencia se mueve en el ámbito de la admisibilidad, como facultad del Tribunal para determinar inicialmente la prueba que genéricamente es pertinente por admisible (S.T.S. 17 de enero de 1.991). La necesidad de su ejecución se desenvuelve en el terreno de la práctica, de manera que medios probatorios inicialmente admitidos como pertinentes pueden lícitamente no realizarse, por muy diversas circunstancias, entre ellas la decisión del Tribunal de no suspender el juicio pese a la incomparecencia de algún testigo, adoptada al amparo de lo prevenido en el art. 746.3º de la L.E .Criminal . Decisión que se adopta por no "considerar necesaria la declaración de los mismos", bien por su irrelevancia (visto el estado del juicio el contenido de su testimonio no es relevante respecto a los hechos determinantes de la subsunción delictiva y circunstancias que afectan a la responsabilidad del acusado) - S.T.S. 21 de diciembre de 1.992 - o bien por su redundancia (después de haberse desarrollado un amplio debate contradictorio el testimonio del testigo que no comparece resulta superfluo e innecesario, ya que no aportaría nuevos datos que puedan ser sustanciales a la hora de formar la convicción de la Sala -S.T.S. 27 de febrero de 1.990).

Al requisito de la necesidad alegada ha hecho abundante referencia la jurisprudencia (S.T.C. 51/85 de 10 de abril y S.T.S. Sala 2ª de 28 de octubre de 1.988 , 12 de abril de 1989, 8 de marzo de 1.990, 18 de febrero de 1.991 y 10 de diciembre de 1.992 , entre otras), habiéndose cuidado de expresar claramente que la facultad del Tribunal de decidir si considera o no la comparecencia de los testigos como necesaria a efectos de suspender el juicio conforme a lo prevenido en el art. 746.3º de la L.E .Criminal es revisable en casación (S.T.S. de 27 de febrero de 1.990 , entre otras)

Desde esa perspectiva en el supuesto planteado resulta evidente que no se han vulnerado las garantías procesales para con el acusado ahora apelante por indebida denegación de prueba, habida cuenta de que, como ya se expuso en el auto que acordó no recibir a prueba la alzada, las documentales propuestas por la parte recurrente eran impertinentes por innecesarias, irrelevantes, por referirse a hechos de trascendencia extraprocesal o ajeno al objeto de esta causa; y en tal sentido también inútiles por reiterativas, habida cuenta de que el objeto probatorio podía igualmente quedar determinado a través de otras medidas acreditativas sí admitidas.

En cuanto al bloque de documentos que la parte proponente afirma no haber podido presentar en la instancia por ser de fecha posterior a la celebración del juicio; como ya se expuso en el auto de inadmisión de dichas pruebas instrumentales; no guardan relación alguna con el objeto de este proceso al tratarse de copia de diligencias diferentes y no sometidas a contradicción (Diligencias Previas nº 1719/2010 seguidas en el Juzgado de Instrucción nº 1 de Badajoz o Diligencias Previas nº 2090/01 seguidas en el Juzgado de Instrucción nº 3) Cabe añadir, que el resultado que arrojan tales diligencias, y el hecho de que las nº 1719/2010, fueran finalmente archivadas , no empece a la posible comisión del delito que se imputa, que puede realizarse aún cuando el autor no consiga su propósito (art. 464.1) o en la modalidad de represalia (art. 464.2). Consecuentemente el motivo debe ser desestimado.

TERCERO.- Epigrafiado con el número 6 se viene a denunciar genéricamente el error sufrido por la juez " a quo" al valorar los hechos y las pruebas practicadas, desgranando en subepígrafes cada una de ellas.

Es doctrina jurisprudencial reiterada (Sentencias de 6-5-65, 26-12-82, 23-1-85, 18-3-87, 31-10-92, y 11-5-1993 entre otras) que a tenor de lo que establece el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal el Juzgador de Instancia debe formar su convicción sobre la verdad "real" de los hechos con arreglo a su convencimiento derivado de lo que ha visto y oído en el curso del juicio oral; por lo que técnicamente no es un nuevo juicio sino revisión de los hechos y del derecho aplicable, al conocer en grado de apelación el juez "ad quem" en la práctica debe respetar la descripción de tales hechos, precisamente porque es el Juez de Instancia quien aprovecha al máximo las ventajas de los principios de inmediatez, concentración y oralidad que presiden el juicio oral verbal de faltas, a no ser que se demuestre un evidente error en la apreciación de aquellos o una equívoca aplicación de las normas legales a lo declarado probado, lo que no ocurre en la presente causa.

Según el Tribunal Constitucional, el recurso de apelación otorga plenas facultades al Juez o Tribunal Superior supraordenado ad quem para resolver cuantas cuestiones se planteen, sean de hecho o de derecho, por tratarse de un recurso ordinario que permite un novum iudicium (SSTC 124/83, 54/85, 145/87, 194/90 y 21/93, 120/1994



, 272/1994 y 157/1995). Si bien se excluye toda posibilidad de una *reformatio in peius*, esto es, de una reforma de la situación jurídica creada en la primera instancia que no sea consecuencia de una pretensión frente a la cual aquel en cuyo perjuicio se produce tal reforma no tenga ocasión de defenderse, salvo, claro está, que el perjuicio resulte como consecuencia de la aplicación de normas de orden público cuya recta aplicación es siempre deber del Juez, con independencia de que sea o no pedida por las partes (SSTC 15/1987 , 17/1989 y 47/1993).

El supremo intérprete del texto constitucional tiene también declarado que nada se ha de oponer a una resolución que, a partir de una discrepante valoración de la prueba, llega a una conclusión distinta a la alcanzada en primera instancia (STC 43/1997), pues tanto "por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma como por lo que se refiere a la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba" el Juez ad quem se halla "en idéntica situación que el Juez a quo" (STC 172/1997, fundamento jurídico 4º); y asimismo, (SSTC 102/1994 , 120/1994 , 272/1994 , 157/1995 , 176/1995) y, en consecuencia "puede valorar las pruebas practicadas en primera instancia, así como examinar y corregir la ponderación llevada a cabo por el Juez a quo" (SSTC 124/1983 , 23/1985 , 54/1985 , 145/1987 , 194/1990 , 323/1993 , 172/1993 , 172/1997 y 120/1999).

No obstante esta amplitud de criterio que se proclama en el plano normativo, se ve cercenada, sin duda, en la práctica a la hora de revisar la apreciación de la prueba efectuada por el Juez a quo. Especialmente cuando el material probatorio del juicio de primera instancia se centra, primordial o exclusivamente, en la prueba testifical, supuestos en los que deben distinguirse las zonas opacas, de difícil acceso a la supervisión y control, y las que han de considerarse como zonas francas, que sí son más controlables en la segunda instancia.

Las primeras aparecen constituidas por los datos estrechamente ligados a la intermediación: lenguaje gestual del testigo, del acusado o del perito; expresividad en sus manifestaciones; nerviosismo o azoramiento en las declaraciones; titubeo o contundencia en las respuestas; rectificaciones o linealidad en su exposición; tono de voz y tiempos de silencio; capacidad narrativa y explicativa, etc.

Es obvio que todos esos datos no quedan reflejados en el acta del juicio, donde ni siquiera consta el contenido íntegro de lo declarado, dada la precariedad de medios técnicos que se padece en los juzgados y tribunales. Ha de admitirse, pues, que esa perspectiva relevante del material probatorio resulta inaccesible al Juzgador de la segunda instancia, de modo que el escollo de la falta de intermediación le impide ahondar con holgura en el análisis de la veracidad y credibilidad de los diferentes testimonios.

Ahora bien, ello no quiere decir que no quepa revisar y fiscalizar la convicción plasmada en la sentencia sobre la eficacia probatoria de las manifestaciones que las partes y testigos prestaron en la primera instancia, ya que existe una zona franca y accesible de las declaraciones, integrada por los aspectos relativos a la estructura racional del propio contenido de la prueba, que al resultar ajenos a la estricta percepción sensorial del juzgador a quo, sí pueden y deben ser fiscalizados a través de las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los y los conocimientos científicos.

En el presente procedimiento Penal Abreviado la juez de instancia ha llegado a una convicción sobre la autoría del ahora apelante del delito de obstrucción a la justicia que se le imputaba, al contrastar las distintas pruebas practicadas, en apreciación conjunta.

Las declaraciones prestadas por el propio acusado Leonardo vienen a reconocer:

«Haber realizado todas las manifestaciones contenidas en los folios números 81 a 84 de autos, a través de la Radio Comarca de Alburquerque, Televisión de Alburquerque y Myspace.com/Radorca, en relación a Felisa . Pero, en su Defensa argumenta que era simplemente " para conciliar " .»

Igualmente a preguntas del M. Fiscal, el ahora recurrente reconoció haber realizado tales manifestaciones "en un contexto muy particular", privado entre hermanos a los que intentaba de conciliar, ya que una de las denunciadas por el tema de Urbanismo y Ordenación del Territorio era Josefina , hermana de Felisa . Sin embargo, habida cuenta de que el Sr Leonardo , en su conciliación de Alcalde Presidente de la Corporación Municipal de Alburquerque había sido denunciado por la Sra Felisa , este Tribunal comparte la tesis sustentada por la Sentencia de Instancia relativa a la intención vindicativa de sus manifestaciones contra aquella. Carecen de apoyatura fáctica y probatoria los alegatos referidos a una supuesta confabulación política para desbancar del poder al encausado fruto de la cual se habría maquinado la intervención de Felisa , ante la que aquel habría tenido que defenderse a la hipótesis alternativa ya apuntada del intento de conciliación entre hermanos. Del mismo modo, no se compadece con un mínimo de verosimilitud la tesis que sostiene que, cuando afirmaba que iba a hacer pública la relación que Felisa tenía con un político del Partido Popular, se refería a una cuestión política y no a una situación sentimental. Como corolario de lo anteriormente expuesto, este Tribunal no puede sino hacer suyas las conclusiones que respecto a la valoración de las declaraciones del encausado Leonardo contiene la Sentencia apelada de las que cabe destacar lo siguiente:



«Su intención era represaliarla por el anterior procedimiento judicial, y "que corrigiera su conducta" pero en el sentido de que retirara la denuncia contra él, en relación al presente. La intención o motivación que dirige a una persona pertenece al arcano de su conciencia, pero se manifiesta al exterior en forma de datos objetivos, perfectamente valorables, y de los cuales se puede extraer esa intención, que no era ni mucho menos la que expone el acusado.

Posiblemente el tema " se le fue de las manos", y no supo gestionarlo con mesura y prudencia, pero lo cierto es que cometió un ilícito penal, al servicio del cual puso todos los medios propios de su condición de Alcalde, frente a una ciudadana particular que cuidaba ancianos, había sido en su juventud limpiadora de un Centro de Salud, y se desconoce, que poder político real, no supuesto, podía tener en la localidad de Alburquerque, frente al Alcalde.»

Tampoco se evidencia error alguno en la valoración hecha en la instancia de las declaraciones prestadas por Felisa .

Tales declaraciones han sido verosímiles, persistentes en la incriminación y carentes de motivaciones espurias.

La testigo niega cualquiera vinculación política, a salvo de la relación personal que mantuvo con un ex-dirigente del Partido Popular ya fallecido.

La denunciante ha sido objeto de presiones insultos y amenazas de parte de los vecinos de Alburquerque y las declaraciones del encausado, alcalde de la citada localidad la situaban en el punto de mira de la vecindad; siendo así que tuvo que cambiar de residencia y trasladarse a Bilbao.

El resto de las testificales practicadas hace referencia a elementos periféricos, que no nucleares de las cuestiones objeto de debate, por lo que carece de excesivo interés, desde el punto de vista procesal, entrar en el análisis de lo que manifiestan personas que no han tenido relación con los hechos enjuiciados o que componen el nutrido grupo de personas que apoyan la gestión política desarrollada por el ahora acusado.

En definitiva, de la conjunción de los elementos probatorios expuestos (declaraciones del propio acusado y de la denunciante) concluye la juez " a quo" en la comisión del delito por el que venía siendo acusado el ahora apelante, no siendo dicha conclusión ilógica o irracional.

Por demás, el corolario expuesto no viene combatido por la aportación de pruebas practicadas en segunda instancia, motivo éste que nos conduce a entender que el recurrente pretende, en lógica y legítima estrategia de defensa, sustituir el convencimiento de la juzgadora de instancia, formado en base a las reglas de la experiencia racional por el suyo propio, no pudiendo acogerse por la Sala tal pretensión.

CUARTO. - Se denuncia la infracción legal por vulneración del precepto sustantivo contenido en el artículo 464.1 y 2 del C.P .

Se alega igualmente por la recurrente que la sentencia de instancia vulnera el principio de intervención mínima que rige en el derecho penal.

La cuestión así planteada necesariamente ha de perecer en cuanto los hechos declarados probados en la sentencia de instancia son penalmente típicos, lo que ni siquiera es discutido en el recurso, por lo que es ajeno al principio de intervención mínima. A este respecto enseña la sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo núm. 670/2006 de 21 de junio que "el derecho penal se rige por unos principios esenciales, entre ellos, el de legalidad y el de mínima intervención.

El primero se dirige en especial a los Jueces y Tribunales. Solo los comportamientos que son susceptibles de integrarse en un precepto penal concreto pueden considerarse infracción de esta naturaleza sin que sea dable incorporar a la tarea exegética ni la interpretación extensiva ni menos aún la analogía en la búsqueda del sentido y alcance de una norma penal. Ello significa que la limitación que la aplicación de este principio supone imponer la exclusión de aquellas conductas que no se encuentran plenamente enmarcadas dentro de un tipo penal o lo que es igual, pretendiendo criminalizar conductas previamente a su definición dentro del orden jurisdiccional competente, para delimitar dentro de él las conductas incardinadas dentro de esta jurisdicción y establecer la naturaleza de la responsabilidad para, llegado el caso, trasladarlas a este orden jurisdiccional limitativo y restrictivo por la propia naturaleza punitiva y coercitiva que lo preside.

El segundo supone que la sanción penal no debe actuar cuando existe la posibilidad de utilizar otros medios o instrumentos jurídicos no penales para restablecer el orden jurídico. En este sentido se manifiesta por la STS. 13.10.98, que se ha dicho reiteradamente por la jurisprudencia y la doctrina, hasta el punto de convertir en dogma que la apelación al derecho penal como instrumento para resolver los conflictos, es la última razón a la que debe acudir el legislador que tiene que actuar, en todo momento, inspirado en el principio de intervención mínima de



los instrumentos punitivos. Principio de intervención mínima que forma parte del principio de proporcionalidad o de prohibición del exceso, cuya exigencia descansa en el doble carácter que ofrece el derecho penal:

a) Al ser un derecho fragmentario en cuanto no se protege todos los bienes jurídicos, sino solo aquellos que son mas importantes para la convivencia social, limitándose, además, esta tutela a aquellas conductas que atacan de manera más intensa a aquellos bienes.

b) Al ser un derecho subsidiario que como ultima ratio, la de operar únicamente cuando el orden jurídico no puede ser preservado y restaurado eficazmente mediante otras soluciones menos drásticas que la sanción penal.

Ahora bien, reducir la intervención del derecho penal, como ultima "ratio", al mínimo indispensable para el control social, es un postulado razonable de política criminal que debe ser tenido en cuenta primordialmente por el legislador, pero que en la praxis judicial, aun pudiendo servir de orientación, tropieza sin remedio con las exigencias del principio de legalidad por cuanto no es al juez sino al legislador a quien incumbe decidir, mediante la fijación de los tipos y las penas, cuáles deben ser los límites de la intervención del derecho penal."

Es por ello que siendo los hechos probados plenamente tipificados en el artículo 464.1 y 2 del C.P , este motivo de recurso ha de perecer, sin perjuicio de que el recurrente pudiera instar el indulto, al Gobierno de la Nación en base a la menor entidad del hecho y a las alegaciones que formula en su recurso.

También denuncia la parte apelante la errónea subsunción de los hechos en los tipos propuestos en los apartados 1º y 2º del artículo 464 del CP , por supuesta incompatibilidad de ambos delitos.

El tipo recogido en el artículo 464.2. del Código Penal EDL 1995/16398, tal y como nos recuerda la Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo núm. 1802/2002, de 4 de noviembre EDJ 2002/49779, es un delito instrumental que siempre va acompañado de un segundo, por el que se materializa la represalia en actos atentatorios (de cualquier naturaleza, pero constitutivos de infracción penal, incluso a título de falta), de la clase de los expresados en la norma penal, como "numerus clausus", pero que requieren la culminación de tal acción punitiva, que se proyecta en "cualquier acto atentatorio" de las características expresadas. Obsérvese que este tipo penal es complementario del anterior (art. 464.1 .) en donde basta la intimidación ("vis psíquica") como amenaza (sea o no constitutiva de violencia -vis física-) para que los sujetos pasivos del delito descritos en el tipo penal modifiquen su actuación procesal; aquí, esta actuación ya se ha producido, sea ésta del signo que fuere (y que naturalmente, el autor considera desfavorable para sus intereses, como núcleo del móvil, pero no del tipo), y como "represalia" no solamente idea, sino ejecuta ("a quien realizare cualquier acto atentatorio"), constituyendo el resultado una infracción criminal, que debe merecer un reproche a título penal, que entra en concurso (real) con el anterior, ya que se dispone: "sin perjuicio de la pena correspondiente a la infracción de que tales hechos sean constitutivos".

La cuestión es que el acusado, de forma contumaz realiza una serie de actos que pretenden en una primera fase influir en el ánimo de la denunciante para que modificara su actuación procesal; y acto seguido, su conducta se tornó en vindicativa, actuando contra la Sra Felisa en represalia contra su libertad, en los términos que han sido descritos en el "factum".

En la doctrina legal reciente la STS de 29 de febrero de 2000 EDJ 2000/2210 (seguida en lo sustancial por la posterior STS de 25 de septiembre de 2001 EDJ 2002/39502) tiene establecido que "constituye una infracción tendencial o de mera actividad, perfeccionándose con el solo intento de influir, directa o indirectamente, en aquellos sujetos procesales que describe el precepto (denunciante, parte, imputado, abogado, procurador, perito, intérprete o testigo), aunque no logre el infractor el objetivo propuesto (Sentencia de 16 Jul. 1993), requiriéndose, en cuanto a su mecánica comisiva, violencia o intimidación como medios de atemorizar a las personas que menciona, debiéndose equiparar la violencia al ejercicio de fuerza física en cualquiera de las modalidades conocidas en Derecho, mientras que, en lo que atañe a la intimidación, la concatenación entre ambos párrafos induce a una interpretación merced a la cual dicha intimidación debe entenderse en sentido omnicompreensivo (SS 23 Jul. 1988 , y 10 Feb . y 15 Sep. 1992). Sus requisitos legales son: a) un intento de influir, directa o indirectamente, sobre los sujetos procesales citados en el tipo penal (denunciante, parte, imputado, abogado, procurador, perito, intérprete o testigo); b) que dicho intento se refuerce de violencia o intimidación, con el objetivo de atemorizar al sujeto pasivo de este delito; c) que la finalidad perseguida con la acción nuclear del tipo (intentar influir) lo sea el modificar la actuación procesal del sujeto pasivo en el curso de un procedimiento, de cualquier clase que sea éste; d) elemento subjetivo o intencional, constituido por el dolo de influenciar, cualquiera que sea la finalidad que persiga el autor. No son posibles formas imperfectas de ejecución. Si el autor del hecho alcanzara su objetivo se integra en un subtipo agravado, que se sanciona en su mitad superior".

Desde ese prisma, no cabe entender la incompatibilidad de los tipos objeto de análisis debiendo decaer el motivo de recurso.

Tampoco pueden tener acogida los argumentos del recurrente que se refieren a la falta de concurrencia de los elementos del delito de obstrucción a la justicia, objeto de profuso análisis, por demás, en la sentencia apelada.



En tal sentido, la conducta descrita como probada se orienta de forma inequívoca, en un primer momento a que Felisa corrigiera su actitud y le pudiera disculpar so pena de revelar públicamente datos relativos a su vida privada.

Así lo hizo el Sr Leonardo en el mensaje navideño que transmitieran medios locales el 24 de Diciembre de 2010. El mensaje fue reiterado los días 27, 30, y 31 del mismo mes y año y el día 3 de Enero del siguiente, confirmando incluso a Felisa un plazo de 15 días bajo la amenaza de desvelar una relación sentimental de aquella que había mantenido con un dirigente del Partido Popular ya fallecido.

En una actuación de la Revista Local "La Glorieta" el Alcalde imputado vino a reproducir las mismas expresiones.

Por último a través de una Trabajadora Social el Sr Leonardo hizo llegar a la denunciante el mensaje de que fuera a entrevistarse con el "para arreglar las cosas en el ámbito privado".

Es el parecer de este Tribunal que las conductas descritas evidencian el afán del acusado de influir en la voluntad de la denunciante y de actuar de forma vindicativa contra la misma, y ello con independencia del curso que siguiera la denuncia que dio lugar a las Diligencias Previas nº 1719/2010, seguidas en el Juzgado de Instrucción nº 1 de los de esta ciudad, habida cuenta de que nos encontramos ante un delito de mera actividad (artículo 464.1) o de represalia (artículo 464.2). Añádase a lo anterior que la exigencia de disculpar a la denunciante se solaparía con el propósito de que desistiera de su denuncia, so pena de realizar actos (divulgación de secretos pertenecientes a la esfera íntima) atentatorios contra su libertad.

Consecuentemente no se vulnera el precepto sustantivo contenido en el artículo 464 del C.P y el motivo de recurso debe perecer.

QUINTO.- Sostiene la apelante la exclusión de la antijuridicidad en su conducta, que estaría amparada, según tal tesis por la libertad de expresión.

Se hace eco, para fundamentar tal razonamiento en los que contiene la sentencia dictada por esta Sala en fecha de 17 de Enero de 2012, recaída en el recurso 13/2012 en actuaciones de juicio de faltas.

Cabe destacar del contenido de tal Resolución el siguiente párrafo:

"Tanto el Tribunal Constitucional como la Sala Segunda del Tribunal Supremo han reiterado el valor preponderante de las libertades del artículo 20 de la Constitución en relación con la actividad política en una sociedad democrática. Así en la Sentencia ya citada 39/2005, de 28 de febrero , se declara que "cuando las libertades de expresión e información operan como instrumentos de los derechos de participación política debe reconocérsele, si cabe, una mayor amplitud que cuando actúan en otros contextos, ya que el bien jurídico fundamental por ellas tutelado, que es también aquí el de la formación de la opinión pública libre, adquiere un relieve muy particular en esta circunstancia, haciéndoles "especialmente resistente (s), inmune (s) a las restricciones que es claro que en otro contexto habrían de operar". Igualmente se dice en esa STC que, en estos casos, quedan amparadas por las libertades de expresión e información no sólo críticas inofensivas o indiferentes, "sino otras que puedan molestar, inquietar o disgustar" (STC 110/2000 ; en el mismo sentido, STC 85/1992, de 8 de junio , y SSTEDH, de 7 de diciembre de 1976, caso Handyside contra Reino Unido , y de 8 de julio de 1986 caso Lingens contra Austria 7)".

En esa misma línea, el propio Tribunal Constitucional, considera -Cfr. STC 101/1990, de 11 de noviembre - que las libertades del Art. 20 de la Constitución no sólo son derechos fundamentales de cada ciudadano, sino también condición de existencia de la opinión pública libre, indisolublemente unida al pluralismo político, que es un valor fundamental y requisito de funcionamiento del Estado democrático, que por lo mismo trascienden el significado común y propio de los demás derechos fundamentales.

Coincide esta doctrina del Tribunal Constitucional con la que emana del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que en Sentencia 38/2004, de 27 de mayo, caso Vides Aizsardzibas Klubs contra Letonia , al interpretar el artículo 10, declara que la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y una de las condiciones primordiales de su progreso y del desarrollo de cada individuo (ver Sentencia Lingens contra Austria de 8 julio 1986). Con la salvedad del párrafo segundo del artículo 10, no sólo comprende las "informaciones" o "ideas" acogidas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también aquellas que chocan, ofenden o inquietan; así lo quieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin los cuales no existe una "sociedad democrática" (Sentencias Handyside contra Reino Unido de 7 diciembre 1976 , y Jersild contra Dinamarca de 23 septiembre 1994). Como precisa el artículo 10, el ejercicio de la libertad de expresión está sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones y sanciones que deben no obstante interpretarse estrictamente, debiendo establecerse su necesidad de forma convincente (ver, entre otras, Sentencias Observer y Guardian contra Reino Unido de 26 noviembre 1991 ; Jersild contra Dinamarca, anteriormente citada; Janowski contra Polonia; Nielsen y Johnsen contra Noruega).



La Sala Segunda del Tribunal Supremo tiene igualmente declarado (Cfr. Sentencia 26 de abril de 1991) que la libertad de expresión tiene la jerarquía propia de una garantía esencial de un Estado en el que se reconoce a la libertad y al pluralismo político el carácter de "valores superiores de su ordenamiento jurídico" (Art. 1 CE) y que, consecuentemente no puede excluir el derecho a expresar las ideas y convicciones cuando éste aparezca como un interés preponderante sobre el honor, particularmente cuando se trata de la formación de la opinión pública en cuestiones político-estatales, sociales, etc.

Ahora bien, también ha de indicarse que tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo tienen reiteradamente dicho que la Constitución no reconoce un pretendido derecho al insulto.

En efecto, desde la STC 104/1986, de 17 de julio, el Alto Tribunal ha establecido que, si bien "el derecho a expresar libremente opiniones, ideas y pensamientos (Art. 20.1 a) CE) dispone de un campo de acción que viene sólo delimitado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y que resulten innecesarias para su exposición (SSTC 105/1990, de 6 de junio, FJ 4, y 112/2000, de 5 de mayo, FJ 6), no es menos cierto que también hemos mantenido inequívocamente que la Constitución no reconoce en modo alguno (ni en ese ni en ningún otro precepto) un pretendido derecho al insulto". La Constitución Española no veda, en cualesquiera circunstancias, el uso de expresiones hirientes, molestas o desabridas, pero de la protección constitucional que otorga el Art. 20.1 a) CE están excluidas las expresiones absolutamente vejatorias; es decir, aquéllas que, dadas las concretas circunstancias del caso, y al margen de su veracidad o inveracidad, sean ofensivas u oprobiosas y resulten impertinentes para expresar las opiniones o informaciones de que se trate (SSTC 107/1988, de 8 de junio; 1/1998, de 12 de enero; 200/1998, de 14 de octubre; 180/1999, de 11 de octubre; 192/1999, de 25 de octubre; 6/2000, de 17 de enero; 110/2000, de 5 de mayo; y 49/2001, de 26 de febrero, STC 204/2001, de 15 de octubre, FJ 4).

Pero de ello tampoco puede concluirse que cualquier expresión vejatoria o injuriosa, aunque pueda considerarse innecesaria para expresar la opinión que se sustenta, tenga trascendencia penal, pues no hay que olvidar el "carácter de "ultima ratio" de esta rama del ordenamiento jurídico.

De la sentencia extractada conviene destacar un aserto que el apelante omite en su referencia, que no es otro que la inexistencia del Derecho al insulto. En cualquiera de los casos ni la pretendida crítica política, ajena al contexto en el que se desarrollan los hechos, ampararía el uso de expresiones tales como las que empleó el acusado, ni encontraría cobijo legal dichas manifestaciones so pretexto de la libertad de expresión, constitucionalmente garantizada.

SEXTO.- Se combate la apreciación como circunstancia agravante de la prevista en el apartado 7º del artículo 22 del CP, por prevalimiento del carácter público del acusado.

El motivo no puede tener acogida habida cuenta de que el delito objeto de imputación se ha cometido accediendo a medios de comunicación de titularidad municipal de los que el acusado abusó prevaliéndose de su cargo de Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Alburquerque, llegando incluso a utilizar a una trabajadora social de la Corporación para transmitir sus mensajes a la Sr Josefina .

SÉPTIMO.- La apreciación de daño moral y la cuantificación del mismo también es objeto de la disconformidad del apelante.

Este Tribunal a efectos de descartar el motivo en aras de la brevedad se remitirá a los pormenorizados razonamientos que sobre el particular contiene la sentencia apelada y al hecho de que existen evidencias médicas del trastorno de adaptación que sufre la Sra Josefina, estando sometida a tratamiento farmacológico debido a la fuerte presión recibida y al hecho de haber tenido que trasladarse a residir a la ciudad de Bilbao por el rechazo vecinal padecido.

OCTAVO.- En cuanto a los motivos de apelación formulados de forma subsidiaria: 1) la presunción de inocencia que amparaba al acusado se ha visto desvirtuada por la práctica de prueba de cargo de la que inequívocamente se deduce la comisión del delito que se le imputa, sin que sea factible la apreciación del principio "favor rei" y 2) las supuestas irregularidades cometidas en la instrucción de la causa ya han sido denunciadas y desestimadas con carácter previo por lo que tampoco pueden tener acogida.

NOVENO.- Queda por analizar el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, al que se adhiere la acusación particular. Denuncian tanto el acusador público como el particular que la juez "a quo" no ha respetado las reglas de dosimetría penal siendo incongruente con sus propios razonamientos y vulnerando el principio de legalidad penal incurriendo en arbitrio punitivo, puesto que, al oscilar la horquilla punitiva entre 1 y 4 años de prisión y ser aplicable la mitad superior por concurrir una circunstancia agravante el mínimo penal se cifraría en prisión de 2 años y 6 meses.



Ya desde antiguo la Jurisprudencia tiene declarado que la determinación de la extensión de la pena dentro de los límites marcados es facultad entregada al Tribunal de instancia en el ejercicio de un arbitrio que si, en teoría, no es absoluto en la práctica sí lo es, en cuanto tal determinación no rebase el techo legal del grado correspondiente, por lo que no es revisable en casación, y ello porque la labor individualizadora, en tanto que el Tribunal de instancia goza de un conocimiento directo y personal de todo el elenco circunstancial y personal coexistente en el hecho, viene encomendada al mismo, atento siempre a los factores criminológicos y objetivos que han de darle la pauta y servirle de módulo. Así se pronunció la STS de 21 de diciembre de 1985, doctrina que reitera en sentencias posteriores y que, en cierto sentido, ha venido a ser matizada por posterior Jurisprudencia, de la que es exponente la STS de 20 de octubre de 2001 que, con cita de las SSTs de 14 de junio de 1988, 5 de diciembre de 1989, 10 de enero y 5 de diciembre de 1991, en que se señala que se entiende que no es revisable en casación la determinación de la pena verificada por el Tribunal de instancia en ejercicio del arbitrio concedido por el Legislador, siempre que se motive de forma suficiente la individualización y que las razones dadas para llegar a la misma no sean arbitrarias. Y la STS de 22 de marzo de 2000 recuerda que en la STS de la sentencia de 24 de noviembre de 1997 se dice que la amplitud de criterio que el nuevo Código deja a los Tribunales exige que para evitar cualquier tipo de arbitrariedad, la individualización de la pena se haga «razonándolo en la sentencia». Reiterando en esta línea, la STS de 22 de julio de 2003 dice que la facultad de individualizar la pena dentro del marco legalmente determinado no es totalmente discrecional sino que está jurídicamente vinculada por los criterios de gravedad del hecho y personalidad del delincuente (art. 66.1º Código Penal de 1995). Como señala la STS de 21 de noviembre de 2003, el uso de esa potestad discrecional para ser legítimo no basta con que se produzca dentro de un abstracto marco legal, sino que debe justificarse en concreto. Y precisa la STS de 27 de marzo de 2002 que "ha de tenerse en cuenta que no corresponde a esta Sala sino al Tribunal sentenciador, la función final de individualización de la pena, por lo que únicamente procede controlar si el Tribunal de instancia ha realizado esta función dentro de los parámetros legales, y sobre la base de una motivación razonable".

Este Tribunal ha de concluir en que la juez de instancia no ha realizado la función individualizadora de la pena de prisión dentro de los parámetros legales, y en su consecuencia, habrá de estimarse el recurso que formula el Ministerio Público con la adhesión del acusador privado y, revocar la sentencia de instancia elevando la pena privativa de libertad a 2 años y 6 meses, mínima legalmente prevista. Todo ello sin perjuicio de que la parte condenada pueda instar las medidas de gracia que legalmente le asistan.

DÉCIMO.- Las costas procesales, a tenor de lo dispuesto en los artículos 239 y 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se declaran de oficio.

Vistos los preceptos legales citados, los alegados por las partes, y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS.-

DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. LUIS VELA ÁLVAREZ en representación de D. Leonardo, contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada Juez del Juzgado de lo Penal-1 de **Badajoz de fecha 21 de Marzo de 2012**, recaída en el **Procedimiento Abreviado nº 185/2.011**. ESTIMAMOS el recurso de apelación formulado por el **MINISTERIO PÚBLICO**, al que se adhiere la Representación Procesal de Dña Felisa, y en su consecuencia **REVOCAMOS** la anterior Resolución **en el sentido de elevar a 2 años y 6 meses la pena privativa de libertad impuesta en la misma al acusado por el delito objeto de condena.**

CONFIRMAMOS en todos los demás extremos la meritada sentencia y declaramos de oficio las costas procesales causadas en la alzada.

Contra la presente **Sentencia** no cabe ulterior recurso, salvo el de **Aclaración** para corregir algún concepto oscuro o suplir cualquier omisión que contenga o corregir errores materiales manifiestos o aritméticos, recurso a formular para ante este Tribunal, dentro de los dos días siguientes al de notificación de la presente resolución. [Art. 267 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial]; todo ello referido a la parte dispositiva o fallo de la resolución. Asimismo podrá instar la parte, si a su derecho conviniere y hubiere motivo para ello, se declare la **nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular**, conforme a lo dispuesto en el art. 240.2 de la **Ley Orgánica 6/85, de 1 de Julio, DEL PODER JUDICIAL**, según modificación operada por **Ley Orgánica 5/1997, de 4 de noviembre**, derecho a ejercitar en el plazo de **veinte días** contados desde la **notificación de la sentencia o resolución**.

Notifíquese la anterior **Sentencia** a las partes personadas y con **certificación literal** a expedir por el Sr. **Secretario de esta Audiencia Provincial** y del oportuno **despacho**, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, para cumplimiento y ejecución de lo acordado. Archívese el original en el **Libro-Registro de Sentencias** de esta Sección.



Así, por esta nuestra **Sentencia**, definitivamente juzgando en esta segunda instancia, lo acordamos, mandamos y firmamos los Ilmos. Sres. al margen relacionados. «*D. **José Antonio Patrocinio Polo; D. Enrique Martínez Montero de Espinosa; y D Emilio Francisco Serrano Molera.**; Rubricados. *»

E/.

PUBLICACIÓN: Dada, leída y publicada fue la anterior **Sentencia**, en el día de la fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado **D Emilio Francisco Serrano Molera**, ponente en estos autos, celebrando audiencia pública la Sección Primera de esta Audiencia Provincial, ante mí que como Secretario, certifico. Badajoz, a **3 de Septiembre de dos mil Doce**.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ