

EDJ 2006/311731

Tribunal Supremo Sala 2ª, S 8-11-2006, nº 1071/2006, rec. 84/2006
Pte: Berdugo y Gómez de la Torre, Juan Ramón

Resumen

El condenado por un delito de tenencia ilícita de armas y un delito de secuestro interpone recurso de casación que resulta parcialmente estimado al considerar el Tribunal Supremo que no procede aplicar el subtipo agravado de tenencia ilícita de armas pues no consta que ninguno de los acusados interviniera activamente en el borrado de datos de la pistola. Por lo demás se confirma el delito general de tenencia de armas así como el de secuestro pues resulta probado que los acusados de común acuerdo buscaron y localizaron a la víctima, al que para llevar a cabo su propósito final de cobrarse un pretendido crédito que tenían con su padre, con una pistola le obligaron a introducirse en un vehículo, trasladándose a otro sitio donde le tuvieron retenido en una vivienda. Además no procede aplicar atenuante alguna de confesión por cuanto la misma carece de valor si se presta cuando ya la autoridad conoce el delito y la intervención en el mismo del inculpado.

NORMATIVA ESTUDIADA

LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal
art.20.1 , art.20.2 , art.21.1 , art.21.2 , art.21.4 , art.21.5 , art.21.6 , art.163.2 , art.164 , art.563 , art.564.1 , art.564.2 , art.565

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	8
FUNDAMENTOS DE DERECHO	9
FALLO	24
SEGUNDA SENTENCIA	24

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

ARREPENTIMIENTO ESPONTÁNEO

CONCEPTO

ATENUANTES

REPARAR EL DAÑO O DISMINUIR SUS EFECTOS

GRAVE ADICCIÓN A SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES

DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS

CONTRA EL EJERCICIO DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Detención ilegal

Apreciación del delito

DETENCIÓN ILEGAL

DETENCIÓN Y PRIVACIÓN DE LIBERTAD

Proporcionar lugar para la detención

MODALIDADES AGRAVADAS

Rescate o condición, o consecutiva a delito contra la propiedad

TENENCIA ILÍCITA DE ARMAS Y EXPLOSIVOS

TENENCIA ILÍCITA DE ARMAS

Elementos

Aptitud del arma: eficaz funcionamiento

Modalidades agravadas

Marca o número borrado o alterado

Proceso penal

Prueba

FICHA TÉCNICA

Favorable a: Acusado, Ministerio Fiscal; Desfavorable a: Acusado, Ministerio Fiscal

Procedimiento: Recurso de casación

Legislación

Aplica art.20.1, art.20.2, art.21.1, art.21.2, art.21.4, art.21.5, art.21.6, art.163.2, art.164, art.563, art.564.1, art.564.2, art.565 de LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal

Cita LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal

Cita LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial

Cita CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Cita art.9.9 de D 3096/1973 de 14 septiembre 1973. TR Código Penal, conforme a la L 44/1971

Cita art.109, art.110, art.489, art.659, art.741, art.849.1, art.849.2, art.884.3, art.903 de RDLeg. de 14 septiembre 1882. Año 1882. Ley de Enjuiciamiento Criminal

Jurisprudencia

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 27 septiembre 2006 (J2006/269930)

Cita en el mismo sentido sobre ATENUANTES - GRAVE ADICCIÓN A SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES STS Sala 2ª de 26 julio 2006 (J2006/109818)

Cita en el mismo sentido sobre TENENCIA ILÍCITA DE ARMAS Y EXPLOSIVOS - TENENCIA ILÍCITA DE ARMAS - Elementos - Aptitud del arma: eficaz funcionamiento STS Sala 2ª de 1 marzo 2006 (J2006/16017)

Cita en el mismo sentido sobre ARREPENTIMIENTO ESPONTÁNEO - CONCEPTO STS Sala 2ª de 23 noviembre 2005 (J2005/213924)

Cita en el mismo sentido sobre ATENUANTES - GRAVE ADICCIÓN A SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES STS Sala 2ª de 26 octubre 2005 (J2005/180410)

Cita en el mismo sentido sobre ARREPENTIMIENTO ESPONTÁNEO - CONCEPTO STS Sala 2ª de 19 octubre 2005 (J2005/180378)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 24 octubre 2005 (J2005/171733)

Cita en el mismo sentido sobre ATENUANTES - GRAVE ADICCIÓN A SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES STS Sala 2ª de 14 abril 2005 (J2005/68309)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 29 enero 2005 (J2005/11852)

Cita en el mismo sentido sobre ATENUANTES - GRAVE ADICCIÓN A SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES STS Sala 2ª de 19 enero 2005 (J2005/4956)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 16 noviembre 2004 (J2004/184852)

Cita en el mismo sentido sobre TENENCIA ILÍCITA DE ARMAS Y EXPLOSIVOS - TENENCIA ILÍCITA DE ARMAS - Modalidades agravadas - Marca o número borrado o alterado STS Sala 2ª de 24 septiembre 2004 (J2004/159648)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 21 julio 2004 (J2004/82770)

Cita en el mismo sentido sobre ATENUANTES - GRAVE ADICCIÓN A SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES STS Sala 2ª de 23 junio 2004 (J2004/82712)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 27 abril 2004 (J2004/40404)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 13 abril 2004 (J2004/31409)

Cita en el mismo sentido sobre ATENUANTES - GRAVE ADICCIÓN A SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES STS Sala 2ª de 1 marzo 2004 (J2004/26055)

Cita en el mismo sentido sobre ATENUANTES - REPARAR EL DAÑO O DISMINUIR SUS EFECTOS STS Sala 2ª de 18 septiembre 2003 (J2003/130333)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 29 septiembre 2003 (J2003/130314)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 26 septiembre 2003 (J2003/127614)

Cita en el mismo sentido sobre TENENCIA ILÍCITA DE ARMAS Y EXPLOSIVOS - TENENCIA ILÍCITA DE ARMAS - Modalidades agravadas - Marca o número borrado o alterado STS Sala 2ª de 28 octubre 2003 (J2003/127601)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 28 octubre 2003 (J2003/127584)

Cita en el mismo sentido sobre ATENUANTES - REPARAR EL DAÑO O DISMINUIR SUS EFECTOS STS Sala 2ª de 3 octubre 2003 (J2003/110603)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 10 julio 2003 (J2003/80571)

Cita en el mismo sentido sobre ATENUANTES - REPARAR EL DAÑO O DISMINUIR SUS EFECTOS STS Sala 2ª de 2 julio 2003 (J2003/80541)

Cita en el mismo sentido sobre ATENUANTES - REPARAR EL DAÑO O DISMINUIR SUS EFECTOS STS Sala 2ª de 27 junio 2003 (J2003/49540)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 16 abril 2003 (J2003/35152)

Cita en el mismo sentido STC Sala 2ª de 16 junio 2003 (J2003/30596)

Cita en el mismo sentido sobre TENENCIA ILÍCITA DE ARMAS Y EXPLOSIVOS - TENENCIA ILÍCITA DE ARMAS - Elementos - Aptitud del arma: eficaz funcionamiento STS Sala 2ª de 14 mayo 2003 (J2003/30201)

Cita en el mismo sentido sobre ATENUANTES - GRAVE ADICCIÓN A SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES STS Sala 2ª de 22 marzo 2003 (J2003/25313)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 1 abril 2003 (J2003/6680)

Cita en el mismo sentido sobre ARREPENTIMIENTO ESPONTÁNEO - CONCEPTO STS Sala 2ª de 2 abril 2003 (J2003/6661)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 28 febrero 2003 (J2003/6577)

Cita en el mismo sentido sobre ARREPENTIMIENTO ESPONTÁNEO - CONCEPTO STS Sala 2ª de 20 febrero 2003 (J2003/3656)

Cita en el mismo sentido sobre ATENUANTES - GRAVE ADICCIÓN A SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES STS Sala 2ª de 6 febrero 2003 (J2003/1595)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 9 enero 2003 (J2003/993)

Cita en el mismo sentido sobre ATENUANTES - REPARAR EL DAÑO O DISMINUIR SUS EFECTOS STS Sala 2ª de 24 enero 2003 (J2003/607)

Cita en el mismo sentido sobre TENENCIA ILÍCITA DE ARMAS Y EXPLOSIVOS - TENENCIA ILÍCITA DE ARMAS - Elementos - Aptitud del arma: eficaz funcionamiento STS Sala 2ª de 16 diciembre 2002 (J2002/59898)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 26 noviembre 2002 (J2002/54119)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 7 octubre 2002 (J2002/46522)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 8 octubre 2002 (J2002/44036)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 18 julio 2002 (J2002/34263)

Cita en el mismo sentido sobre ARREPENTIMIENTO ESPONTÁNEO - CONCEPTO STS Sala 2ª de 7 junio 2002 (J2002/28365)

Cita en el mismo sentido sobre ATENUANTES - GRAVE ADICCIÓN A SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES STS Sala 2ª de 12 julio 2002 (J2002/27817)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 6 junio 2002 (J2002/27806)

Cita en el mismo sentido sobre ATENUANTES - GRAVE ADICCIÓN A SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES STS Sala 2ª de 20 junio 2002 (J2002/27790)

Cita en el mismo sentido STC Sala 2ª de 3 junio 2002 (J2002/19777)

Cita en el mismo sentido sobre ATENUANTES - REPARAR EL DAÑO O DISMINUIR SUS EFECTOS STS Sala 2ª de 30 abril 2002 (J2002/13169)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 19 abril 2002 (J2002/12194)

Cita en el mismo sentido sobre TENENCIA ILÍCITA DE ARMAS Y EXPLOSIVOS - TENENCIA ILÍCITA DE ARMAS - Modalidades agravadas - Marca o número borrado o alterado STS Sala 2ª de 20 marzo 2002 (J2002/12129)

Cita en el mismo sentido STC Sala 1ª de 21 marzo 2002 (J2002/6752)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 22 febrero 2002 (J2002/4716)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 29 enero 2002 (J2002/2572)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 25 enero 2002 (J2002/1359)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 28 diciembre 2001 (J2001/56154)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 15 noviembre 2001 (J2001/53841)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 8 octubre 2001 (J2001/39488)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 4 octubre 2001 (J2001/33639)

Cita en el mismo sentido sobre ARREPENTIMIENTO ESPONTÁNEO - CONCEPTO STS Sala 2ª de 22 junio 2001 (J2001/13909)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 1 junio 2001 (J2001/9313)

Cita en el mismo sentido sobre ATENUANTES - GRAVE ADICCIÓN A SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES STS Sala 2ª de 25 abril 2001 (J2001/8343)

Cita en el mismo sentido sobre ATENUANTES - REPARAR EL DAÑO O DISMINUIR SUS EFECTOS STS Sala 2ª de 9 abril 2001 (J2001/7912)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 10 abril 2001 (J2001/7167)

Cita en el mismo sentido sobre ATENUANTES - REPARAR EL DAÑO O DISMINUIR SUS EFECTOS STS Sala 2ª de 19 febrero 2001 (J2001/3161)

Cita en el mismo sentido sobre ATENUANTES - GRAVE ADICCIÓN A SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES STS Sala 2ª de 22 enero 2001 (J2001/2866)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 16 enero 2001 (J2001/2837)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 5 marzo 2001 (J2001/2753)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 28 marzo 2001 (J2001/1439)

Cita en el mismo sentido sobre ARREPENTIMIENTO ESPONTÁNEO - CONCEPTO STS Sala 2ª de 31 enero 2001 (J2001/543)

Cita en el mismo sentido sobre ARREPENTIMIENTO ESPONTÁNEO - CONCEPTO STS Sala 2ª de 19 octubre 2000 (J2000/52672)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 27 noviembre 2000 (J2000/40720)

Cita en el mismo sentido sobre ATENUANTES - GRAVE ADICCIÓN A SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES STS Sala 2ª de 16 octubre 2000 (J2000/32660)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 6 julio 2000 (J2000/15371)

Cita en el mismo sentido sobre TENENCIA ILÍCITA DE ARMAS Y EXPLOSIVOS - TENENCIA ILÍCITA DE ARMAS - Elementos - Aptitud del arma: eficaz funcionamiento STS Sala 2ª de 2 junio 2000 (J2000/14440)

Cita en el mismo sentido sobre ATENUANTES - GRAVE ADICCIÓN A SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES STS Sala 2ª de 2 junio 2000 (J2000/11684)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 26 abril 2000 (J2000/6161)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 31 marzo 2000 (J2000/4670)

Cita en el mismo sentido sobre ARREPENTIMIENTO ESPONTÁNEO - CONCEPTO STS Sala 2ª de 15 marzo 2000 (J2000/3371)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 13 marzo 2000 (J2000/2247)

Cita en el mismo sentido sobre DETENCIÓN ILEGAL - DETENCIÓN Y PRIVACIÓN DE LIBERTAD - Proporcionar lugar para la detención STS Sala 2ª de 22 febrero 2000 (J2000/1088)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 22 febrero 2000 (J2000/1087)

Cita en el mismo sentido sobre TENENCIA ILÍCITA DE ARMAS Y EXPLOSIVOS - TENENCIA ILÍCITA DE ARMAS - Elementos - Aptitud del arma: eficaz funcionamiento STS Sala 2ª de 8 febrero 2000 (J2000/1075)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 19 enero 2000 (J2000/461)

Cita en el mismo sentido sobre ARREPENTIMIENTO ESPONTÁNEO - CONCEPTO STS Sala 2ª de 25 enero 2000 (J2000/437)

Cita en el mismo sentido sobre ATENUANTES - REPARAR EL DAÑO O DISMINUIR SUS EFECTOS STS Sala 2ª de 4 febrero 2000 (J2000/380)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 31 enero 2000 (J2000/372)

Cita en el mismo sentido sobre TENENCIA ILÍCITA DE ARMAS Y EXPLOSIVOS - TENENCIA ILÍCITA DE ARMAS - Elementos - Aptitud del arma: eficaz funcionamiento STS Sala 2ª de 28 enero 2000 (J2000/360)

Cita en el mismo sentido sobre ATENUANTES - GRAVE ADICCIÓN A SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES STS Sala 2ª de 21 diciembre 1999 (J1999/40453)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 21 diciembre 1999 (J1999/35876)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 14 octubre 1999 (J1999/28698)

Cita en el mismo sentido sobre ATENUANTES - GRAVE ADICCIÓN A SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES STS Sala 2ª de 22 septiembre 1999 (J1999/28251)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 21 julio 1999 (J1999/19388)

Cita en el mismo sentido sobre TENENCIA ILÍCITA DE ARMAS Y EXPLOSIVOS - TENENCIA ILÍCITA DE ARMAS - Elementos - Aptitud del arma: eficaz funcionamiento STS Sala 2ª de 1 junio 1999 (J1999/13728)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 28 mayo 1999 (J1999/13719)

Cita en el mismo sentido sobre ATENUANTES - GRAVE ADICCIÓN A SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES STS Sala 2ª de 14 julio 1999 (J1999/13530)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 22 abril 1999 (J1999/9712)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 27 abril 1999 (J1999/8914)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 12 mayo 1999 (J1999/8178)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 29 abril 1999 (J1999/8153)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 23 marzo 1999 (J1999/6016)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 5 abril 1999 (J1999/5997)

Cita en el mismo sentido sobre TENENCIA ILÍCITA DE ARMAS Y EXPLOSIVOS - TENENCIA ILÍCITA DE ARMAS - Elementos - Aptitud del arma: eficaz funcionamiento STS Sala 2ª de 23 marzo 1999 (J1999/5985)

Cita en el mismo sentido sobre DETENCIÓN ILEGAL - DETENCIÓN Y PRIVACIÓN DE LIBERTAD - Proporcionar lugar para la detención STS Sala 2ª de 5 marzo 1999 (J1999/1696)

Cita en el mismo sentido sobre ATENUANTES - GRAVE ADICCIÓN A SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES STS Sala 2ª de 23 febrero 1999 (J1999/1682)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 4 febrero 1999 (J1999/856)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 18 enero 1999 (J1999/326)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 30 enero 1999 (J1999/227)

Cita en el mismo sentido STC Sala 1ª de 11 noviembre 1998 (J1998/24925)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 29 septiembre 1998 (J1998/21092)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 30 septiembre 1998 (J1998/18683)

Cita en el mismo sentido sobre ARREPENTIMIENTO ESPONTÁNEO - CONCEPTO STS Sala 2ª de 13 julio 1998 (J1998/9906)

Cita en el mismo sentido sobre DETENCIÓN ILEGAL - DETENCIÓN Y PRIVACIÓN DE LIBERTAD - Proporcionar lugar para la detención STS Sala 2ª de 29 julio 1998 (J1998/9430)

Cita en el mismo sentido sobre ATENUANTES - GRAVE ADICCIÓN A SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES STS Sala 2ª de 22 mayo 1998 (J1998/3181)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 23 abril 1998 (J1998/2635)

Cita en el mismo sentido sobre TENENCIA ILÍCITA DE ARMAS Y EXPLOSIVOS - TENENCIA ILÍCITA DE ARMAS - Modalidades agravadas - Marca o número borrado o alterado STS Sala 2ª de 27 abril 1998 (J1998/2381)

Cita en el mismo sentido sobre ARREPENTIMIENTO ESPONTÁNEO - CONCEPTO STS Sala 2ª de 7 febrero 1998 (J1998/386)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 29 diciembre 1997 (J1997/10550)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 11 noviembre 1997 (J1997/7857)

Cita en el mismo sentido sobre DETENCIÓN ILEGAL - DETENCIÓN Y PRIVACIÓN DE LIBERTAD - Proporcionar lugar para la detención STS Sala 2ª de 15 octubre 1997 (J1997/7105)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 29 abril 1997 (J1997/3269)

Cita en el mismo sentido sobre TENENCIA ILÍCITA DE ARMAS Y EXPLOSIVOS - TENENCIA ILÍCITA DE ARMAS - Modalidades agravadas - Marca o número borrado o alterado STS Sala 2ª de 26 marzo 1997 (J1997/2536)

Cita en el mismo sentido sobre ATENUANTES - GRAVE ADICCIÓN A SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES STS Sala 2ª de 31 marzo 1997 (J1997/2140)

Cita en el mismo sentido sobre DETENCIÓN ILEGAL - DETENCIÓN Y PRIVACIÓN DE LIBERTAD - Proporcionar lugar para la detención STS Sala 2ª de 19 marzo 1997 (J1997/1754)

Cita en el mismo sentido sobre ARREPENTIMIENTO ESPONTÁNEO - CONCEPTO STS Sala 2ª de 21 marzo 1997 (J1997/1752)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 13 diciembre 1996 (J1996/10162)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 21 noviembre 1996 (J1996/8245)

Cita en el mismo sentido sobre ARREPENTIMIENTO ESPONTÁNEO - CONCEPTO STS Sala 2ª de 27 septiembre 1996 (J1996/6717)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 15 abril 1996 (J1996/1568)

Cita en el mismo sentido STC Sala 2ª de 11 marzo 1996 (J1996/897)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 15 diciembre 1995 (J1995/6695)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 27 octubre 1995 (J1995/5932)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 11 octubre 1995 (J1995/5673)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 22 septiembre 1995 (J1995/4563)

Cita en el mismo sentido STC Sala 1ª de 23 febrero 1995 (J1995/451)

Cita en el mismo sentido sobre ARREPENTIMIENTO ESPONTÁNEO - CONCEPTO STS Sala 2ª de 31 enero 1995 (J1995/392)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 28 enero 1995 (J1995/204)

Cita en el mismo sentido STC Sala 1ª de 24 enero 1995 (J1995/26)

Cita en el mismo sentido STC Sala 2ª de 16 enero 1995 (J1995/11)

Cita en el mismo sentido STC Sala 1ª de 17 octubre 1994 (J1994/10557)

Cita en el mismo sentido STC Sala 1ª de 17 octubre 1994 (J1994/10549)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 30 noviembre 1994 (J1994/9985)

Cita en el mismo sentido STC Sala 1ª de 28 noviembre 1994 (J1994/8974)

Cita en el mismo sentido STC Sala 1ª de 20 junio 1994 (J1994/5476)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 31 mayo 1994 (J1994/5022)

Cita en el mismo sentido STC Sala 1ª de 11 abril 1994 (J1994/3087)

Cita en el mismo sentido STC Sala 2ª de 21 marzo 1994 (J1994/2553)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 1 marzo 1994 (J1994/1843)

Cita en el mismo sentido STC Sala 2ª de 13 diciembre 1993 (J1993/11306)

Cita en el mismo sentido STC Sala 1ª de 25 octubre 1993 (J1993/9480)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 13 octubre 1993 (J1993/8996)

Cita en el mismo sentido STC Sala 1ª de 4 octubre 1993 (J1993/8647)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 30 marzo 1993 (J1993/3144)

Cita en el mismo sentido STC Sala 1ª de 22 marzo 1993 (J1993/2815)

Cita en el mismo sentido STC Sala 2ª de 1 marzo 1993 (J1993/1994)

Cita en el mismo sentido STC Sala 1ª de 25 enero 1993 (J1993/456)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 2 noviembre 1992 (J1992/10766)

Cita en el mismo sentido STC Sala 1ª de 13 octubre 1992 (J1992/9919)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 22 septiembre 1992 (J1992/9069)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 21 septiembre 1992 (J1992/8980)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 5 junio 1992 (J1992/5831)

Cita en el mismo sentido STC Sala 1ª de 29 abril 1992 (J1992/4135)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 7 abril 1992 (J1992/3419)

Cita en el mismo sentido STC Sala 1ª de 18 marzo 1992 (J1992/2679)

Cita en el mismo sentido sobre TENENCIA ILÍCITA DE ARMAS Y EXPLOSIVOS - TENENCIA ILÍCITA DE ARMAS - Modalidades agravadas - Marca o número borrado o alterado STS Sala 2ª de 9 marzo 1992 (J1992/2241)

Cita en el mismo sentido STC Sala 1ª de 28 noviembre 1991 (J1991/11320)

Cita en el mismo sentido STC Sala 2ª de 11 marzo 1991 (J1991/2668)

Cita en el mismo sentido STC Sala 1ª de 17 enero 1991 (J1991/380)

Cita en el mismo sentido STC Sala 2ª de 12 noviembre 1990 (J1990/10285)

Cita en el mismo sentido STC Sala 2ª de 22 octubre 1990 (J1990/9602)

Cita en el mismo sentido STC Sala 2ª de 1 octubre 1990 (J1990/8850)

Cita en el mismo sentido STC Pleno de 26 abril 1990 (J1990/4435)

Cita en el mismo sentido sobre ARREPENTIMIENTO ESPONTÁNEO - CONCEPTO STS Sala 2ª de 30 marzo 1990 (J1990/3554)

Cita en el mismo sentido STC Sala 1ª de 21 diciembre 1989 (J1989/11626)

Cita en el mismo sentido STC Sala 1ª de 30 noviembre 1989 (J1989/10791)

Cita en el mismo sentido STC Sala 2ª de 5 junio 1989 (J1989/5708)

Cita en el mismo sentido sobre ARREPENTIMIENTO ESPONTÁNEO - CONCEPTO STS Sala 2ª de 15 marzo 1989 (J1989/2996)

Cita en el mismo sentido STC Sala 1ª de 14 febrero 1989 (J1989/1562)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 28 septiembre 1988 (J1988/7442)

Cita en el mismo sentido STC Sala 2ª de 24 octubre 1988 (J1988/512)

Cita en el mismo sentido STC Sala 2ª de 27 septiembre 1988 (J1988/483)

Cita en el mismo sentido STC Sala 2ª de 20 julio 1988 (J1988/469)

Cita en el mismo sentido STC Sala 2ª de 13 mayo 1988 (J1988/406)

Cita en el mismo sentido STC Sala 1ª de 3 noviembre 1987 (J1987/174)

Cita en el mismo sentido STC Sala 1ª de 7 octubre 1987 (J1987/152)

Cita en el mismo sentido STC Sala 2ª de 30 septiembre 1987 (J1987/149)

Cita en el mismo sentido sobre ARREPENTIMIENTO ESPONTÁNEO - CONCEPTO STC Sala 2ª de 25 mayo 1987 (J1987/75)

Cita en el mismo sentido STC Pleno de 27 enero 1987 (J1987/5)

Cita en el mismo sentido STC Sala 2ª de 23 abril 1986 (J1986/48)

Cita en el mismo sentido STC Sala 2ª de 4 abril 1984 (J1984/48)

Cita en el mismo sentido STC Sala 1ª de 29 noviembre 1983 (J1983/106)

Cita en el mismo sentido STC Sala 2ª de 11 mayo 1983 (J1983/36)

Citada por SAP Pontevedra de 28 septiembre 2007 (J2007/290730)

Citada sobre ROBO - CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS - Atenuantes por SAP Tarragona de 29 septiembre 2008 (J2008/271853)

Citada por SAP Tarragona de 23 octubre 2008 (J2008/271860)

Citada sobre ATENUANTES - GRAVE ADICCIÓN A SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES por SAP Madrid de 2 octubre 2008 (J2008/317987)

Citada por SAP Madrid de 14 noviembre 2008 (J2008/355457)

Citada sobre ATENUANTES - REPARAR EL DAÑO O DISMINUIR SUS EFECTOS por SAP Vizcaya de 17 diciembre 2008 (J2008/359413)

Citada sobre ATENUANTES - GRAVE ADICCIÓN A SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES por STS Sala 2ª de 18 mayo 2009 (J2009/128096)

Citada sobre ATENUANTES - GRAVE ADICCIÓN A SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES por STS Sala 2ª de 2 junio 2009 (J2009/143762)

Citada sobre DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA - DROGAS TÓXICAS Y ESTUPEFACIENTES - Dolo - En general, DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA - DROGAS TÓXICAS Y ESTUPEFACIENTES - Actividades - Tenencia preordenada al tráfico - Apreciación por SAP Sevilla de 4 junio 2009 (J2009/187306)

Citada por STS Sala 2ª de 17 noviembre 2009 (J2009/283159)

Citada sobre DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA - DROGAS TÓXICAS Y ESTUPEFACIENTES - Circunstancias modificativas - Atenuantes - Adicción a sustancias estupefacientes por SAP Madrid de 19 octubre 2009 (J2009/304315)

Citada sobre DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA - DROGAS TÓXICAS Y ESTUPEFACIENTES - Circunstancias modificativas - Atenuantes - Adicción a sustancias estupefacientes por SAP Vizcaya de 15 diciembre 2009 (J2009/374073)

Citada por SAP Cádiz de 6 julio 2009 (J2009/379092)

Citada sobre ARREPENTIMIENTO ESPONTÁNEO - CONCEPTO por STSJ Illes Balears de 6 marzo 2009 (J2009/50734)

Citada sobre ATENUANTES - GRAVE ADICCIÓN A SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES por SAP Madrid de 19 febrero 2009 (J2009/69252)

Citada sobre ARREPENTIMIENTO ESPONTÁNEO - POR ANALOGÍA por SAP Madrid de 20 mayo 2010 (J2010/129843)

Citada sobre ATENUANTES - GRAVE ADICCIÓN A SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES por SAP Madrid de 13 julio 2010 (J2010/174631)

Citada sobre DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA - DROGAS TÓXICAS Y ESTUPEFACIENTES - Circunstancias modificativas - Atenuantes - Adicción a sustancias estupefacientes por SAP Cádiz de 5 mayo 2010 (J2010/201996)

Citada sobre ARREPENTIMIENTO ESPONTÁNEO - CONCEPTO por STS Sala 2ª de 30 noviembre 2010 (J2010/290474)

Citada por SAP Tarragona de 12 noviembre 2010 (J2010/332895)

Citada sobre ARREPENTIMIENTO ESPONTÁNEO - SUPUESTOS DIVERSOS por SAP Madrid de 28 enero 2010 (J2010/34967)

Citada sobre ATENUANTES - GRAVE ADICCIÓN A SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES por SAP Vizcaya de 25 noviembre 2010 (J2010/356704)

Citada sobre ARREPENTIMIENTO ESPONTÁNEO - SUPUESTOS DIVERSOS por SAP Madrid de 10 marzo 2010 (J2010/67761)

Citada sobre ARREPENTIMIENTO ESPONTÁNEO - SUPUESTOS DIVERSOS por SAP Sevilla de 1 marzo 2011 (J2011/108215)

Citada por SAP A Coruña de 30 junio 2011 (J2011/165458)

Citada sobre DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA - DROGAS TÓXICAS Y ESTUPEFACIENTES - Circunstancias modificativas - Atenuantes - Adicción a sustancias estupefacientes por SAP Madrid de 20 junio 2011 (J2011/170382)

Citada por SAP Madrid de 5 julio 2011 (J2011/192174)

Citada sobre ARREPENTIMIENTO ESPONTÁNEO - CONCEPTO por SAP Madrid de 20 junio 2011 (J2011/192525)

Citada por SAP Madrid de 28 julio 2011 (J2011/192564)

Citada sobre ATENUANTES - GRAVE ADICCIÓN A SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES por SAP Madrid de 27 julio 2011 (J2011/192569)

Citada sobre ATENUANTES - GRAVE ADICCIÓN A SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES por SAP Toledo de 13 enero 2011 (J2011/21133)

Citada sobre DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA - DROGAS TÓXICAS Y ESTUPEFACIENTES - Circunstancias modificativas - Atenuantes - Adicción a sustancias estupefacientes por SAP Madrid de 15 marzo 2011 (J2011/218965)

Citada sobre DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA - DROGAS TÓXICAS Y ESTUPEFACIENTES - Actividades - Transporte - Apreciación por SAP Madrid de 22 marzo 2011 (J2011/218968)

Citada sobre ATENUANTES - GRAVE ADICCIÓN A SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES por SAP Ciudad Real de 9 septiembre 2011 (J2011/240687)

Citada por SAP Barcelona de 9 febrero 2011 (J2011/261885)

Citada sobre ARREPENTIMIENTO ESPONTÁNEO - CONCEPTO por STS Sala 2ª de 2 noviembre 2011 (J2011/286996)

Citada sobre ATENUANTES - POR ANALOGÍA - Dilaciones indebidas por SAP Granada de 17 octubre 2011 (J2011/287637)

Citada sobre ATENUANTES - GRAVE ADICCIÓN A SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES por SAP Granada de 30 noviembre 2011 (J2011/337269)

Citada sobre ATENUANTES - GRAVE ADICCIÓN A SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES por SAP Granada de 30 noviembre 2011 (J2011/337270)

Citada por SAP Madrid de 16 diciembre 2011 (J2011/337905)

Citada sobre ARREPENTIMIENTO ESPONTÁNEO - SUPUESTOS DIVERSOS por SAP Toledo de 11 febrero 2011 (J2011/46211)

Citada sobre DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA - DROGAS TÓXICAS Y ESTUPEFACIENTES - Circunstancias modificativas - Atenuantes - Adicción a sustancias estupefacientes por SAP Madrid de 31 marzo 2011 (J2011/93593)

Citada sobre ATENUANTES - GRAVE ADICCIÓN A SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES por SAP Barcelona de 30 marzo 2012 (J2012/100739)

Citada sobre ATENUANTES - GRAVE ADICCIÓN A SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES por SAP Madrid de 17 mayo 2012 (J2012/115888)

Citada sobre ATENUANTES - POR ANALOGÍA - Trastorno mental transitorio por SAP Guadalajara de 12 septiembre 2012 (J2012/206478)

Citada sobre ARREPENTIMIENTO ESPONTÁNEO - CONCEPTO por SAP Madrid de 17 septiembre 2012 (J2012/221731)

Citada por SAP Granada de 3 mayo 2012 (J2012/225175)

Citada sobre DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA - DROGAS TÓXICAS Y ESTUPEFACIENTES - Circunstancias modificativas - Atenuantes - Adicción a sustancias estupefacientes por SAP Huelva de 17 diciembre 2012 (J2012/361558)

Citada sobre ATENUANTES - GRAVE ADICCIÓN A SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES por SAP Madrid de 6 febrero 2012 (J2012/41549)

Citada sobre DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA - DROGAS TÓXICAS Y ESTUPEFACIENTES - Circunstancias modificativas - Atenuantes - Adicción a sustancias estupefacientes por SAP Madrid de 27 febrero 2012 (J2012/55117)

Citada sobre ATENUANTES - GRAVE ADICCIÓN A SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES por SAP Madrid de 16 marzo 2012 (J2012/72869)

Citada sobre DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA - DROGAS TÓXICAS Y ESTUPEFACIENTES - Circunstancias modificativas - Atenuantes - Adicción a sustancias estupefacientes por STS Sala 2ª de 17 julio 2013 (J2013/150013)

Citada por STS Sala 2ª de 22 julio 2013 (J2013/151720)

Citada por STS Sala 2ª de 21 febrero 2013 (J2013/15647)

Citada por SAP Madrid de 6 febrero 2013 (J2013/26360)

Citada sobre ARREPENTIMIENTO ESPONTÁNEO - SUPUESTOS DIVERSOS por STS Sala 2ª de 22 abril 2013 (J2013/55889)

Citada por STS Sala 2ª de 17 junio 2014 (J2014/110200)

Citada por STS Sala 2ª de 24 junio 2014 (J2014/111266)

Citada por SAP Alicante de 5 enero 2015 (J2015/106153)
Citada por SAP Madrid de 5 junio 2015 (J2015/116509)
Citada por SAP Valencia de 23 febrero 2015 (J2015/19976)
Citada por SAP Cáceres de 5 marzo 2015 (J2015/38864)
Citada por SAP Madrid de 5 mayo 2015 (J2015/95397)

En la Villa de Madrid, a ocho de noviembre de dos mil seis.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el recurso de casación interpuesto por José Manuel, contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Santander, Sección Cuarta, de fecha 17 de noviembre de 2005.

Han intervenido el Ministerio Fiscal, como recurrente José Manuel, representado por la Procuradora Sra. Martínez Gordillo. Ha sido ponente el magistrado Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 1 de Reinosa instruyó sumario núm. 2/04, por delito de secuestro y tenencia ilícita de armas a instancia del Ministerio Fiscal contra los acusados Emilio y José Manuel, y, concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial cuya Sección Cuarta dictó sentencia en fecha 17 de noviembre de 2005 con los siguientes hechos probados:

"José Manuel y Emilio, puestos de común acuerdo, se trasladaron a Reinosa donde sobre las 20,00 horas del día 21 de septiembre de 2003 buscaron y localizaron a Jesús Luís en las inmediaciones del bar Universal, al que para llevar a cabo su propósito final de cobrarse un pretendido crédito que tenía con el padre de César, con una pistola le obligaron a introducirse en el vehículo marca Renault 19 matrícula F-....-FL, trasladándose a la urbanización Las Viñas núm. 000, letra H, piso 1º D.

Mientras Jesús Luís pretendía dormir esa noche los procesados se turnaron en su custodia teniendo la pistola visible sobre una mesa de dicha vivienda. Al día siguiente se pusieron en contacto telefónico con el padre del anterior Jesús Luís que se encontraba en Valladolid al que le dijeron exigiendo para su liberación:

"Soy José Manuel tengo a tu hijo y quiero que me ingreses en una cuenta que más adelante te daré once mil quinientos Euros". Facilitándole en una posterior llamada, todas ellas realizadas desde distintas cabinas telefónicas públicas de Torrelavega a donde los procesados se habían trasladado con César, el número de la cuenta bancaria, siendo detenido José Manuel sobre las 15,15 horas del día 22, y posteriormente en el domicilio, Emilio que portaba una cartera sujeta a la cintura con una pistola marca Star, modelo CK starlet, calibre 6,35 mm. cargada con cinco cartuchos y el sexto en la recámara, con el número de identificación borrado, de la que tenían disposición ambos procesados. Emilio, poco antes de su detención, dejó en libertad a César al tener conocimiento de que la Guardia Civil los había identificado".

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

"Que debemos condenar y condenamos a José Manuel y a Emilio, como autores, cada uno, de:

1.- Un delito de tenencia ilícita de armas a las penas, a cada uno, de prisión de dos años, inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante esa condena y comiso del arma.

2.- Un delito de secuestro, a las penas, a cada uno, de cuatro años de prisión, inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante esa condena.

Además les imponemos las costas por mitad".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por el condenado José Manuel, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- La representación del recurrente basa su recurso de casación en los siguientes motivos:

Primero.- Infracción del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 por infracción del art. 24.2 de la Constitución EDL 1978/3879 , el derecho a un proceso con todas las garantías, por cuanto en la tramitación de la causa se denegó una diligencia de prueba consistente en el examen forense y análisis de orina y cabello para determinar su condición de consumidor y el grado de afectación que por drogadicción tenían sus capacidades al día de los hechos.

Segundo.- Infracción del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 por infracción del art. 24.2 de la Constitución EDL 1978/3879 , el derecho a la presunción de inocencia, en cuanto a que la sala ha dictado Sentencia condenatoria sin existir actividad probatoria obtenida y ponderada en legal forma, ya que ha condenado con la sola declaración de la víctima, sin tratar siquiera ni citar y menos analizar la concurrencia de las notas y requisitos que debe un tribunal tener en cuenta para basar una condena en el testimonio de la víctima.

Tercero.- Infracción de ley del art. 849,1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 , por infracción del art. 24,2 de la Constitución EDL 1978/3879 por cuanto que la sala ha dictado Sentencia condenatoria sin existir actividad probatoria de la comisión

de un delito, referido este motivo a la ausencia de pruebas de los delitos por los que ha sido condenado, en contraste con la prueba practicada en autos.

Cuarto.- Infracción de ley, del art. 849,1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 , por infracción de ley, del art. 564.1. 1º y 2. 1º, del Código Penal EDL 1995/16398 por cuanto que la sala ha dictado Sentencia condenatoria en aplicación de dicho artículo sin que sea éste de aplicación.

Quinto.- Infracción de Ley, del art. 849,1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 , por infracción de precepto penal de carácter sustantivo, al no haberse aplicado el art. 565, cuando y para el caso de ser aplicable alguna norma penal punitiva se hubiera tenido que aplicar el citado artículo.

Sexto.- Infracción de Ley, del art. 849,1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 , por infracción de Ley, del art. 164 y 163.2º, del Código Penal EDL 1995/16398 por cuanto que la sala ha dictado Sentencia condenatoria en aplicación de dichos artículos sin que sean éstos de aplicación, ni el tipo básico ni el agravado.

Séptimo.- Infracción de Ley, del art. 849 núm. 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 , por infracción de precepto penal de carácter sustantivo, al no haberse aplicado los arts. 21.1 o subsidiariamente el art. 21.2 del Código Penal EDL 1995/16398 del año 1995, L.O. 10/1995 de 23 de noviembre EDL 1995/16398 , cuando y para el caso de ser aplicable alguna norma penal se hubiera tenido que aplicar los citados artículos, dada la drogadicción de su representado.

Octavo.- Infracción de Ley, del art. 849 núm. 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 , al haber incurrido la Sentencia en error de hecho en la apreciación de la pruebas referidas a la drogadicción de su representado, basado en documentos obrantes en autos.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto; la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para señalamiento de Vista cuando por turno correspondiera. Con asistencia del Letrado recurrente Sr. D. Ramiro Cannivell, en defensa de José Manuel, informando.

El Ministerio Fiscal se ratificó en su escrito de 2 de marzo de 2005; informando. Apoyó el motivo cuarto, submotivo segundo del recurrente e impugnó el resto de los motivos.

SEXTO.- Hecho el señalamiento de la Vista prevenida, se celebraron deliberación y votación el día 25 de octubre de 2006.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El motivo primero por infracción del art. 5.4 LOPJ EDL 1985/8754 . por infracción del art. 24.2 CE EDL 1978/3879 . el derecho a un proceso con todas las garantías, por cuanto en la tramitación de la causa se denegó una diligencia de prueba consistente en el examen forense y análisis de orina y cabello para determinar su condición de consumidor y el grado de afectación que por drogadicción tenían sus capacidades al día de los hechos

Debemos recordar en cuanto a esa limitación del derecho a practicar pruebas en la fase instructora:

a) que únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal en el momento de dictar sentencia las practicadas en el juicio oral, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar precisamente en el debate contradictorio que, en forma oral, se desarrolla ante el mismo Juez o Tribunal que ha de dictar sentencia, de suerte que la convicción de éste sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios aportados a tal fin por las partes.

De esta exigencia general se desprende que las diligencias llevadas a cabo durante la fase instructora del proceso penal no constituyen en si mismas pruebas de cargo, sino únicamente actos de investigación cuya finalidad específica, por tanto, no es la fijación definitiva de los hechos para que éstos trasciendan a la resolución judicial, sino la de permitir la apertura del juicio oral, proporcionando a tal efecto los elementos necesarios para la acusación y la defensa (STC. 51/95 de 23.2 EDJ 1995/451).

Por ello en un recurso de casación, como precisa la STS. 966/2004 de 21.7 EDJ 2004/82770 , solo se puede examinar la indebida denegación de diligencias de prueba para el acto del juicio oral, no de pruebas denegadas en fase de instrucción cuya omisión podría suplirse con la solicitud de esa prueba para el juicio. No es posible quejarse de la omisión de pruebas no propuestas en forma en el escrito de calificación provisional o antes del inicio de las sesiones del juicio oral (SSTS. 1013/96 de 13.12 EDJ 1996/10162 y 710/2000 de 6.7 EDJ 2000/15371).

b) que hemos de partir de que el derecho fundamental a utilizar los medios de prueba como insegurable del derecho mismo a la defensa no se configura como un derecho absoluto e incondicionado a que se practiquen todas las pruebas propuestas por las partes ya que como señala la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, el derecho a la prueba no desapodera al Tribunal competente de su facultad para valorar, en cuanto a su admisión, la pertinencia de las propuestas "rechazando las demás" (artículos 659 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1), y en cuanto a su práctica la necesidad de las admitidas pero cuya realización efectiva plantea dificultades o dilaciones indebidas (Sentencias del Tribunal Supremo 1661/2000 de 27.11 EDJ 2000/40720).

No existe para el tribunal la obligación de admitir toda diligencia de prueba propuesta, o, en su caso, a suspender todo enjuiciamiento por imposibilidad de practicar una prueba anteriormente admitida. Es necesario que el Tribunal de instancia realice una ponderada decisión valorando los intereses en conflicto, decidiendo sobre la pertinencia de la prueba y su funcionalidad.

Ha de valorarse, como se ha dicho, los intereses en juego: el derecho de defensa, la pertinencia de la prueba propuesta y, en su caso, la necesidad de realizar el enjuiciamiento impidiendo su demora.

Por ello, para una adecuada valoración del conflicto, la jurisprudencia ha proporcionado dos criterios, el de la pertinencia y el de la relevancia. Por la primera se exige una relación entre las pruebas y el objeto del proceso.

La relevancia presenta un doble aspecto, el funcional, relativo a los requisitos formales necesarios para la práctica y desarrollo de la prueba y de la impugnación; y el material, relativo a la potencialidad de la prueba denegada con relación a una alteración del fallo de la sentencia (STS. 136/2000 de 31.1 EDJ 2000/372).

Así pues, para que tenga éxito un recurso de casación basado en este motivo, es preciso que "el órgano judicial haya denegado la diligencia de prueba no obstante merecer la calificación de "pertinentes", porque no está obligado el Juez a admitir todos los medios de prueba que cada parte estime pertinentes a su defensa "sino los que el Juzgador valore libre y razonablemente como tales".

Y dos son los elementos a valorar al respecto: la pertinencia, propiamente dicha, y la relevancia de la prueba propuesta: "pertinencia" es la relación entre las pruebas propuestas con lo que es objeto del juicio y constituye "thema decidendi"; "relevancia" existe cuando la no realización de tal prueba, por su relación con los hechos a que se anuda la condena o la absolución u otra consecuencia penal relevante, pudo alterar la Sentencia en favor del proponente, pero no cuando dicha omisión no haya influido en el contenido de ésta.

En resumen, no se trata de resolver denegaciones formales de prueba, sino que es preciso que tal denegación haya producido indefensión, de manera que el motivo exige "demostrar, de un lado, la relación existente entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar por las pruebas inadmitidas, y de otro lado, debe argumentar convincentemente que la resolución final del proceso "a quo" podría haber sido favorable de haberse aceptado la prueba objeto de controversia (SSTS. 104/2002 de 29.1 EDJ 2002/2572 , 1217/2003 de 29.9 EDJ 2003/130314 , 474/2004 de 13.4 EDJ 2004/31409).

SEGUNDO.- Pues bien en el caso presente, el recurrente tanto en su declaración policial el 22.9.2003 como judicial, 24.9.2003, en ambas asistido de letrado hizo referencia alguna a su adicción a sustancias estupefacientes ni solicitó examen médico-forense en tal sentido.

Con fecha 24.10.2003 cuando por su representación procesal se pide como prueba examen medico completo que verifique su adicción a sustancias estupefacientes, pero ante el silencio judicial no reitera su solicitud hasta el 14.12.2004, dictándose providencia por el Instructor con fecha 13.1.2005 -previo informe desfavorable del Ministerio Fiscal- ratificado por auto de 3.2.2005, denegando dicha petición al no aplicarse relación alguna entre la presunta adicción del recurrente y los hechos que han motivado la causa. Recurrida esta resolución en apelación por escrito de 9.2.2005, la parte no se personó en el término de emplazamiento, quedando desierto el recurso.

Ahora bien la defensa en su escrito de calificación interesó la prueba que creyó oportuna para la defensa de sus intereses, en concreto que se librase oficios a:

a) Los Servicios Médicos de la Prisión Provincial de Boix (Lugo) para que informen si José Manuel había solicitado ingreso en alguno de los Programas de Prevención de Drogadicción o Desintoxicación en la prisión, así como de su dependencia a sustancias estupefacientes, especificando si se sometió a algún tipo de tratamiento o programa; remitiéndose copias de los análisis practicados y sin resultados.

b) Servicios Médicos de la Institución Gabinete de Drogodependencia, sito en Santander, con la misma finalidad.

c) Se envíe exhorto al Juzgado de Instrucción núm. 2 de Mondoñedo para que envíe testimonio de los informes medios relativos a la adicción a tóxicos obrantes en las Diligencias Previas 198/2005 relativos a José Manuel.

d) Se cite al imputado a fin de ser examinado por los Médicos Forenses para que a la vista de los informes en autos y los anteriormente solicitados, emitieran informe médico forense sobre la adicción del imputado a las sustancias estupefacientes y afectación de esa dependencia a sus actos, todo ello referido a las fechas de autos.

Prueba que fue admitida y cuyo resultado obra en el procedimiento por lo que no puede hablarse de indefensión alguna, concepto este que ha sido configurado inequívocamente por la jurisprudencia como aquella limitación de los medios de defensa producida por una indebida actuación de los órganos judiciales, es decir, debe tratarse de una real y efectiva privación u omisión del órgano judicial.

La idea de indefensión contiene, enunciándola de manera negativa, la definición del derecho a la defensa jurídica, de la que se ha dicho que supone el empleo de los medios lícitos necesarios para preservar o restablecer una situación jurídica perturbada o violada, consiguiendo una modificación jurídica que sea debida tras un debate (proceso) decidido por un órgano imparcial (jurisdicción).

La tutela judicial exige que la totalidad de las fases del proceso se desarrollen sin mengua del derecho de defensa, y así la indefensión, para cuya prevención se configuran los demás derechos instrumentales contenidos en el párrafo 2 del art. 24 CE EDL 1978/3879 , se concibe con la negación de la expresada garantía SSTC 26/93 de 25.1 EDJ 1993/456 y 316/94 de 28.11 EDJ 1994/8974).

Resulta conveniente analizar los rasgos de este concepto que la LOPJ EDL 1985/8754 convierte en eje nuclear de su normativa. La noción de indefensión, junto con la de finalidad de los actos procesales que se menciona también en el art. 240.1, se convierte en elemento decisivo y trascendental, que cobra singular relieve por su naturaleza y alcance constitucional.

Es indudable que el concepto de indefensión comprendido en los arts. 238.3 y 240 LOPJ EDL 1985/8754 ha de integrarse con el mandato del art. 24.1 CE EDL 1978/3879 . sobre la obligación de proporcionar la tutela judicial efectiva sin que en ningún caso pueda producirse indefensión, aunque ello no signifique en la doctrina constitucional que sean conceptos idénticos o coincidentes.

Se ha expuesto, como primero de los rasgos distintivos, la necesidad de que se trate de una efectiva y real privación del derecho de defensa; es obvio que no basta con la realidad de una infracción procesal para apreciar una situación de indefensión, ni es bastante tampoco con invocarla para que se dé la necesidad de reconocer su existencia: no existe indefensión con relevancia constitucional, ni tampoco con relevancia procesal, cuando aun concurriendo alguna irregularidad, no se llega a producir efectivo y real menoscabo del derecho de defensa con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses de la parte afectada, bien porque no existe relación sobre los hechos que se quieran probar y las pruebas rechazadas, o bien, porque resulte acreditado que el interesado, pese al rechazo, pudo proceder a la defensa de sus derechos e intereses legítimos.

La indefensión consiste en un impedimento del derecho a alegar y demostrar en el proceso los propios derechos y, en su manifestación más trascendente, es la situación de que el órgano judicial impide a una parte en el proceso el ejercicio del derecho de defensa, privándola de su potestad de alegar y justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos o para replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del indispensable principio de contradicción SSTC 106/83 EDJ 1983/106 , 48/84 EDJ 1984/48 , 48/86 EDJ 1986/48 , 149/87 EDJ 1987/149 , 35/89 EDJ 1989/1562 , 163/90 EDJ 1990/9602 , 8/91 EDJ 1991/380 , 33/92 EDJ 1992/2679 , 63/93 EDJ 1993/1994 , 270/94 EDJ 1994/10549 , 15/95 EDJ 1995/26).

No basta, por tanto, con la realidad y presencia de un defecto procesal si no implica una limitación o menoscabo del derecho de defensa en relación con algún interés de quien lo invoca, sin que le sean equiparables las meras situaciones de expectativa del peligro o riesgo SSTC 90/88 EDJ 1988/406 , 181/94 EDJ 1994/5476 y 316/94 EDJ 1994/8974).

En definitiva, no son, por lo general, coincidentes de manera absoluta las vulneraciones de normas procesales y la producción de indefensión con relevancia constitucional en cuanto incidente en la vulneración del derecho fundamental a un proceso justo que establece el art. 24 CE EDL 1978/3879 .

Así la STS 31.5.94 EDJ 1994/5022 , recuerda que el Tribunal Constitucional tiene declarado, de un lado, que no toda vulneración o infracción de normas procesales produce "indefensión" en sentido constitucional, pues ésta solo se produce cuando se priva al justiciable de alguno de los instrumentos que el ordenamiento pone a su alcance para la defensa de sus derechos con el consiguiente perjuicio SSTC 145/90 EDJ 1990/8850 , 106/93 EDJ 1993/2815 , 366/93 EDJ 1993/11306), y de otra, que para que pueda estimarse una indefensión con relevancia constitucional que sitúe al interesado al margen de alegar y defender en el proceso sus derechos, no basta con una vulneración puramente formal sino que es necesario que con esa infracción forma se produzca ese efecto materia de indefensión, un menoscabo real y efectivo del derecho de defensa SSTC 153/88 EDJ 1988/469 , 290/93 EDJ 1993/8647).

Por ello la exigencia de que la privación del derecho sea real supone e implica una carga para la parte que la alega, consistente en la necesidad de proporcionar un razonamiento adecuado sobre tal extremo, argumentando como se habría alterado el resultado del proceso de haberse practicado la prueba solicitada o evitado la infracción denunciada.

El carácter material y no meramente potencial o abstracto de la indefensión subyace además bajo los conceptos de pertinencia y necesidad de la prueba para sustentar la facultad del órgano judicial de denegar la suspensión del juicio por causa de la imposibilidad de practicar pruebas solicitadas en tiempo y forma.

Pero además, y en segundo lugar, la privación o limitación del derecho de defensa ha de ser directamente atribuible al órgano judicial. Ni la Ley ni la doctrina del Tribunal Constitucional amparan la omisión voluntaria, la pasividad, ni tampoco, de existir la negligencia, impericia o el error.

La ausencia de contradicción y defensa de alguna de las partes en el proceso que resulta de su actuación negligente no puede encontrar protección en el art. 24.1 CE EDL 1978/3879 ; así ocurre cuando la parte que pudo defender sus derechos e intereses legítimos a través de los medios que el ordenamiento jurídico le ofrece no usó de ellos con la pericia técnica suficiente, o cuando la parte que invoca la indefensión coopere con la conducta a su producción, ya que la indefensión derivada de la inactividad o falta de diligencia exigible al lesionado, o causada por la voluntaria actuación desacertada, equivoca o errónea de dicha parte, resulta absolutamente irrelevante a los efectos constitucionales, porque el derecho a la tutela judicial efectiva no impone a los órganos judiciales la obligación de subsanar la deficiencia en que haya podido incurrir el planteamiento defensivo de la parte STC 167/88 EDJ 1988/483 , 101/89 EDJ 1989/5708 , 50/91 EDJ 1991/2668 , 64/92 EDJ 1992/4135 , 91/94 EDJ 1994/2553 , 280/94 EDJ 1994/10557 , 11/95 EDJ 1995/11).

Ello es así, porque la situación de indefensión alegada exige la constatación de su material realidad y no sólo de su formal confirmación. Tal exigencia es reiterada de modo constante por la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de esta Sala a fin de evitar que bajo la sola invocación de violencias constitucionales se encubra la realidad de meras irregularidades procesales que, encajadas en sede de legalidad ordinaria, no alcanzan cotas de vulneración de Derechos reconocidos en la Carta Magna EDL 1978/3879 que la parte, interesadamente, les asigna.

Por otro lado, es también unánime la precisión jurisprudencial que se refiere al comportamiento procesal del recurrente a lo largo del procedimiento y en sus diversas fases, pues tal constatación es determinante para la aplicación de la buena o mala fe procesal y, sobre todo, para valorar en toda su intensidad la real presencia de una situación de indefensión que anule de manera efectiva las posibilidades de defensa o haya impedido la rectificación de comportamientos procedimentales irregulares en momentos especialmente previstos para

su denuncia y corrección con merma mínima de otros derechos de igual rango como pudiera ser, entre otros, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

De ahí que, en pura correspondencia con al proscripción constitucional garantista de un proceso justo, se plasman exigencias en evitación de abusos o de actividades interesadas en la confirmación artificial de situaciones de indefensión que, al alcanzar cotas de imposible corrección, hagan precisa una técnica quirúrgica anulatoria nunca deseable, aunque sí perseguida, por quienes, sometidos a un proceso incriminatorio con reales posibilidades de condena, consiguen así dilatar al máximo la conclusión del mismo.

Contemplado el caso sometido a nuestra consideración desde ésta perspectiva no puede encontrar acogida la pretensión recurrente, pues no se fundamenta en un real estado de indefensión. La prueba que solicitó, al mes de suceder los hechos, solo hubiera acreditado que es consumidor de cocaína, lo que propiamente no ha sido cuestionado en esta sede casacional, y se infiere del resto de las pruebas que si le fueron admitidas, por lo que ninguna incidencia, por sí sola, tendría en el fallo de la sentencia.

El motivo por lo razonado, debe ser desestimado.

SEGUNDO.- El motivo segundo por infracción del art. 5.4 LOPJ EDL 1985/8754 . por infracción del art. 24.2 CE EDL 1978/3879 ., el derecho a la presunción de inocencia en cuanto a que la Sala ha dictado sentencia condenatoria sin existir actividad probatoria obtenida y ponderada en legal forma, ya que ha condenado con la sola declaración de la víctima, sin tratar siquiera ni citar y menos analizar la concurrencia de las notas y requisitos que debe un tribunal tener en cuenta para basar una condena en el testimonio de la víctima.

En relación a esta ultima argumentación debemos recordar que la motivación no consiste ni puede consistir en una mera declaración de conocimiento y menos aun en una manifestación de voluntad que seria un puro decisionismo, sino que éstas, en su caso, han de ser la conclusión de una argumentación ajustada a temas de litigio, para que el interesado, destinatario inmediato pero no único, y los demás, los órganos judiciales superiores y también los ciudadanos, por qué no, puedan conocer el Fundamento, la "ratio decidendi" de las resoluciones.

Se convierte así en una garantía esencial del justiciable mediante la cual sin perjuicio de la libertad del Juez en la interpretación de las normas, se puede comprobar que la solución dada al caso es consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no fruto de la arbitrariedad.

Dada la trascendente finalidad de esta obligación, una sentencia que en nada explique la solución que proporciona a las cuestiones planteadas, sin que puede inferirse tampoco cuales son las razones próximas o remotas que justifican aquellas, es una resolución que no solo viola la Ley, sino que vulnera también el derecho a la tutela judicial consagrado en el art. 24.1 CE EDL 1978/3879 ., por cuanto las resoluciones judiciales han de venir apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión o, lo que es lo mismo, su rati decidenci (SSTC. 196/88 EDJ 1988/512 , 215/98 EDJ 1998/24925 , 68/2002 EDJ 2002/6752 , 128/2002 EDJ 2002/19777 , 119/2003 EDJ 2003/30596).

En efecto la exigencia indudable de una resolución debidamente fundada o motivada, arts. 24.1 y 120.3 CE EDL 1978/3879, traducción de la tutela judicial efectiva, se halla entroncada de modo directo con los principios imperantes y propios de un Estado de Derecho (art. 1.1 CE EDL 1978/3879), y con el carácter vinculante que para los Jueces y Tribunales tiene la Ley a cuyo imperio se hallan sometidos en el ejercicio de su potestad jurisdiccional (arts. 111.1 y 5.3 CE EDL 1978/3879.).

De ahí que, constituye un mandato trascendente del puro formalismo para erigirse en componente esencial de las decisiones judiciales.

La finalidad de la motivación será hacer conocer las razones que sirvieron de apoyatura a la decisión adoptada, quedando así de manifiesto que no se ha actuado con arbitrariedad. Pero esta exigencia de motivación de las resoluciones judiciales no supone que hayan de ofrecer necesariamente una exhaustiva descripción del proceso intelectual que ha llevado a decidir en un determinado sentido, ni tampoco requiere un determinado alcance o intensidad en el razonamiento empleado.

Basta a los efectos de su control constitucional con que dicha motivación ponga de manifiesto que la decisión judicial adoptada responde a una concreta interpretación y aplicación del Derecho ajeno a toda arbitrariedad y permita la natural revisión jurisdiccional mediante los recursos legales establecidos.

Es decir, es necesario, pero también suficiente, que se refleje la razón del discurso lógico que toda resolución comporta de manera que se haga comprensible para el destinatario de la decisión que ésta es la consecuencia de una interpretación racional del ordenamiento y no fruto de la arbitrariedad.

Sin olvidar finalmente, que el Tribunal Constitucional interpretando los arts. 24 y 120 CE EDL 1978/3879. ha señalado reiteradamente que una motivación escueta y concisa no deja, por ello, de ser tal motivación, así como una fundamentación por remisión no deja tampoco de serlo, ni de satisfacer la indicada exigencia constitucional (SSTC, 5/87 EDJ 1987/5 , 152/87 EDJ 1987/152 y 174/87 EDJ 1987/174), no exigiéndose que las resoluciones judiciales tengan un determinado alcance o intensidad en el razonamiento empleado (STC. 196/88 EDJ 1988/512), la motivación ha de ser suficiente y este concepto jurídico indeterminado nos lleva de la mano a cada caso concreto, en función de las cuestiones que plantee y de su importancia.

En definitiva, la motivación requiere del Tribunal la obligación de explicitar los medios probatorios utilizados para declarar la verdad judicial del hecho enjuiciado y que, frente a las consideraciones relativas a la subsunción de los hechos en el tipo penal procedente y consecuencias punitivas en caso de condena, integran el derecho del justiciable a la tutela judicial efectiva.

De esta manera, la motivación de las sentencias constituye una consecuencia necesaria de la función judicial y de su vinculación a la Ley, permite conocer las pruebas en virtud de las cuales se la condena (motivación fáctica) y las razones legales que fundamentan la subsunción (motivación jurídica) al objeto de poder ejercitar los recursos previstos en el ordenamiento y, finalmente, constituye un elemento disuasorio de la arbitrariedad judicial.

Cuando se trata de la llamada motivación fáctica, recuerda la STS. 32/2000 de 19.1 EDJ 2000/461 la sentencia debe exponer cuál o cuáles son las pruebas que sustentan la declaración de hechos probados, al objeto de que, conocidas éstas, la parte tenga posibilidad real de impugnar la razonabilidad del criterio valorativo del juzgador y que el Tribunal de casación, pueda, asimismo, efectuar la función revisora sobre si el razonamiento de la resolución judicial impugnada es suficiente para cimentar el relato histórico.

En este sentido debe advertirse que la motivación fáctica adquiere especial importancia cuando el hecho probado se apoya en prueba indirecta o indiciaria, porque entonces, es de todo punto necesario la expresión de los razonamientos que han permitido al Tribunal llegar a las conclusiones adoptadas a través de un proceso deductivo derivado de unos hechos indiciarios indirectos, pero no es precisa una detallada argumentación cuando la prueba es directa, en cuyo caso la exigencia de motivación queda cumplimentada con la indicación de las pruebas directas de que se trate, pues, en tal caso, el razonamiento va implícito en la descripción de aquéllas (STS. 1228/2005 de 24.10 EDJ 2005/171733).

La motivación fáctica -insiste la STS. 1488/2001 de 4.10 EDJ 2001/33639 , exige decir la prueba utilizada como de cargo con los razonamientos oportunos. No es necesario examinar todos y cada uno de los hechos de prueba que se practicaron. Basta con expresar lo necesario para dejar de manifiesto que la condena se hizo en base a una prueba justificadora de la realidad de los hechos que se declaran probados.

TERCERO.- En el caso presente la sentencia de instancia, Fundamento jurídico segundo, descarta la alegación de las defensas de que Cesar acompañó a los procesados voluntariamente, en base a la declaración firme, convincente y lógica de la víctima, que no deja resquicio alguno de duda.

En este extremo se debe coincidir con la Sala "a quo" en que el convencimiento del Juzgador pueda perfectamente lograrse con la declaración de un solo testigo, aun cuando este sea la propia víctima (STS. 1317/2004 de 16.11 EDJ 2004/184852), pues la declaración de ésta no es prueba indiciaria sino prueba directa y ha sido admitida como prueba de cargo, tanto por la doctrina de esta Sala (SSTS. 706/2000 EDJ 2000/6161 y 313/2002 EDJ 2002/4716), como del Tribunal Constitucional (SS. 201/89 EDJ 1989/10791 , 173/90 EDJ 1990/10285 , 229/91 EDJ 1991/11320).

Esto no quiere decir que la existencia de esa declaración se convierta por si misma y automáticamente en prueba de cargo suficiente, pues, como todas, esta sometida a la valoración del Tribunal sentenciador.

Así el TS. Parte de que las declaraciones de la víctima no son asimilables totalmente a las de un tercero, por ello cuando el TC. respetando, con buen criterio, el ámbito de exclusividad de la potestad jurisdiccional penal constitucionalmente atribuidos a jueces y tribunales ordinarios, señala que la declaración de la víctima o denunciante puede ser prueba hábil para desvirtuar la presunción de inocencia, incumbiendo su valoración al tribunal sentenciador, ello no significa, desde luego, que con dicha declaración quede automáticamente desvirtuada la presunción de inocencia, en el sentido de que se invierta la carga de la prueba, dándose ya por probada la acusación e incumbiendo al acusado desvirtuar su presunta presunción de certeza de la acusación formulada, sino únicamente que dicha prueba no es inhábil a los efectos de su valoración como una prueba más, por el tribunal sentenciador, el cual debe aplicar obviamente, en esta valoración, criterios de razonabilidad que tengan en cuenta la especial naturaleza de la referida prueba.

Así la s. TS. 30-1-99 EDJ 1999/227 destaca que las declaraciones de la víctima o perjudicado tienen valor de prueba testifical, siempre que se practiquen con las debidas garantías y son hábiles por si solas para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia, y de manera específica en los delitos en que por las circunstancias en que se cometen no suele concurrir la presencia de otros testigos (ss. 28-1 EDJ 1995/204 y 15-12-95 EDJ 1995/6695), bien entendido que cuando es la única prueba de cargo exige - como ha dicho la s. T.S. 29-4-97 EDJ 1997/3269 - una cuidada y prudente valoración por el tribunal sentenciador, ponderando su credibilidad en relación con todos los factores subjetivos y objetivos que concurren en la causa, precisando la s. T.S. 29-4-99 EDJ 1999/8153 con que no basta la uva afirmación de confianza con la declaración testimonial cuando aparece como prueba única, ya afirmación ha de ir acompañada de una argumentación y esta ha de ser razonable por encontrarse apoyada en determinados datos o circunstancias.

Precisamente este entendimiento de la doctrina constitucional es lo que forzado al TS., cumpliendo su función nomofiláctica que no puede excluir de su campo de influencia una parcela tan primordial en el enjuiciamiento penal como es la de la valoración probatoria, a señalar en una reiterada jurisprudencia, cuales son los tres parámetros mínimos de contraste a los efectos de la valoración racional de la declaración del denunciante como prueba de cargo (ss. TS. 28-9-88 EDJ 1988/7442 , 5-6- 92 EDJ 1992/5831 , 8-11-94, 11-10-95 EDJ 1995/5673 , 15-4-96 EDJ 1996/1568 , 30-9-98 EDJ 1998/18683 , 22-4-99 EDJ 1999/9712 , 26-4-2000 EDJ 2000/6161 , 18-7-2002 EDJ 2002/34263).

También ha declarado el TS. En muchas ocasiones - por ejemplo 29-12-97 EDJ 1997/10550 - que la situación límite de riesgo para el derecho constitucional de presunción de inocencia se produce cuando la única prueba de cargo la constituye la declaración de la supuesta víctima del delito.

El riesgo se hace extremo si la supuesta víctima es precisamente quien inicio el proceso, mediante la correspondiente denuncia o querrela, haciéndose más acentuado aún si ejerce la acusación, pues en tal caso se constituye en única prueba de la acusación el propio acusador.

Basta con formular la acusación y sostenerla personalmente en el juicio, para desplazar aparentemente la carga de la prueba sobre el acusado, obligándole a ser él quien demuestre su inocencia frente a una prueba de cargo integrada únicamente por la palabra de quien la acusa. Todavía cabe alcanzar un supuesto más extremo, en aquellos casos en que la declaración del acusador no solo es única prueba de la supuesta autoría del acusado, sino también de la propia existencia del delito, del cual no existe acreditación alguna, fuera de las manifestaciones de quien efectúa la acusación; llegándose al grado máximo de indefensión para el acusado cuando la acusación fundada exclusivamente en la palabra del acusador es tan precisa en su circunstancia o en el tiempo que no hay prácticamente posibilidad alguna de prueba en contrario.

En consecuencia esta Sala ha señalado reiteradamente que aun cuando, en principio, la declaración de la víctima puede ser hábil para desvirtuar la presunción de inocencia, atendiendo a que el marco de clandestinidad en que se producen determinados delitos, significadamente contra la libertad sexual, impide en ocasiones disponer de otras pruebas, ha de resaltarse que para fundamentar una sentencia condenatoria en dicha única prueba es necesario que el tribunal valore expresamente la comprobación de la concurrencia de las siguientes notas o requisitos:

1º) Ausencia de incredibilidad subjetiva derivada de las relaciones acusador/acusado que pudieran concluir a la deducción de la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento, interés o de cualquier índole que prive a la declaración de la aptitud necesaria para generar certidumbre.

2º) Verosimilitud, es decir constatación de la concurrencia de corroboraciones periféricas de carácter objetivo, que avalen lo que no es propiamente un testimonio - declaración de conocimiento prestada por una persona ajena al proceso - sino una declaración de parte, en cuanto que la víctima puede personarse como parte acusadora particular o perjudicada civilmente en el procedimiento (arts. 109 y 110 LECrim EDL 1882/1. en definitiva es fundamental la constatación objetiva de la existencia del hecho.

3º) Persistencia en la incriminación: esta debe ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones, pues constituyendo única prueba enfrentada con la negativa del acusado, que proclama su inocencia, prácticamente la única posibilidad de evitar la indefensión de este es permitirle que cuestione eficazmente dicha declaración, poniendo de relieve aquellas contradicciones que señalen su inveracidad (ss. 28-9-88 EDJ 1988/7442 , 26-3 y 5-6-92 EDJ 1992/5831 , 8-11-94, 11-10-95 EDJ 1995/5673 , 13-4- 96).

Bien entendido que tales tres elementos no han de considerarse como requisitos de inexcusable concurrencia, todos ellos para que la Sala de instancia pudiera dar crédito a la declaración testifical de la víctima como prueba de cargo.

A nadie se le escapa, dice la STS. 29.1.2005 EDJ 2005/11852 , que cuando se comete un delito en el que aparecen enemistados autor y víctima, en estas infracciones que ordinariamente se cometen en la clandestinidad, puede ocurrir que las manifestaciones de esta última tengan que resultar verosímiles por las concretas circunstancias del caso.

Lo que importa es la razonabilidad en la convicción del Tribunal sobre la cual ha de argumentarse expresamente en la sentencia condenatoria.

El examen de tales tres elementos es sólo un método de trabajo que esta Sala viene mostrando como una posibilidad arraigada de las dificultades que con mucha frecuencia, se encuentran los Tribunales en estos casos.

CUARTO.- En el caso actual se cumplen los anteriores elementos:

En lo que se refiere al primer requisito la ausencia de incredibilidad subjetiva, es cierto que el principio de presunción de inocencia impone en todo análisis fáctico partir de la inocencia del acusado, que debe ser desvirtuada fuera de toda duda razonable por la prueba aportada por la acusación, pero como se ha expresado si dicha prueba consiste en el propio testimonio de la víctima, una máxima común de experiencia le otorga validez cuando no existe razón alguna que pudiese explicar la formulación de la denuncia contra personas determinadas, ajenas al denunciante, que no sea la realidad de lo denunciado, y caso de concurrencia de alguna circunstancia de resentimiento, venganza, enemistad o cualquier otro motivo ético y moralmente inadmisibles es solamente una llamada de atención para realizar un filtro de sus declaraciones, no pudiendo descartarse aquellas que, aún teniendo esas características, tienen solidez, firmeza y veracidad objetiva.

Respecto de las corroboraciones objetivas son aquellas que pueden ratificar algún elemento periférico o circunstancia de las conductas objeto de acusación, es decir un dato comprobable, íntimamente relacionado con la ocasión en que se produjo la conducta delictiva, que aún cuando no acreditase directamente la realidad de ésta, y la autoría del acusado, permiten contrastar la verosimilitud del relato del denunciante.

En el caso presente en el Fundamento Jurídico segundo de la sentencia impugnada se refieren datos externos a la declaración de la víctima cuales son: la denuncia que el padre del mismo interpuso por el secuestro de su hijo, que es corroborada por el testimonio del guardia civil que recibió la denuncia y depuso en el juicio oral; el reconocimiento que el propio acusado hizo de la realización de una llamada, el día de los hechos, al padre de la víctima pidiéndole dinero, y finalmente la ocupación a los acusados de la pistola utilizada para intimidar a la víctima.

Elementos todos que corroboran la versión de ésta y que sirven para dotarla de la suficiente credibilidad.

En consecuencia, han quedado constatadas esas corroboraciones periféricas y los tres parámetros mínimos de contraste jurisprudencialmente establecidos por esta Sala, como pautas lógicas y criterios orientativos de racionalidad para fundamentar una

condena penal, existieron en este caso cumplidamente, pues el relato de la víctima en lo esencial, fue lógica, persistente y verosímil, corroborado objetivamente por otros datos.

La continuidad, coherencia y persistencia en la aportación de datos o elementos inculpatorios no exige que los diversos testimonios sean absolutamente coincidentes, bastando con que se ajusten a una línea uniforme de la que se pueda extraer, al margen de posibles matizaciones e imprecisiones, una base sólida y homogénea que constituya un referente reiterado y constante que esté presente por el Tribunal sentenciador y la existencia de prueba de cargo que desvirtúa la presunción de inocencia. El motivo ha de ser desestimado.

QUINTO.- El motivo tercero por infracción de Ley del art. 849.1 LECrim EDL 1882/1 . por infracción del art. 24.2 CE EDL 1978/3879 . por cuanto que la Sala ha dictado sentencia condenatoria sin existir actividad probatoria de la comisión de un delito, referido este motivo a la ausencia de pruebas de los delitos por los que ha sido condenado, en contraste con la prueba practicada en autos.

El derecho a la presunción de inocencia, consagrado en nuestro derecho con rango fundamental en el art. 24 CE EDL 1978/3879 .. implica que toda persona acusada de un delito debe ser considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad con arreglo a la Ley (art. 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; art. 6.2 Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales y art. 14.2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Su alegación en el proceso penal obliga al Tribunal de casación a comprobar que el Tribunal de instancia ha tenido en cuenta prueba de cargo, de contenido suficientemente incriminatorio, obtenida e incorporada al juicio oral con respeto a los derechos fundamentales y con arreglo a las normas que regulan su práctica de manera que se pueda considerar acreditada la realidad de unos hechos concretos, con sus circunstancias agravatorias relevantes jurídico-penalmente, y la participación o intervención del acusado en los mismos.

También debe el Tribunal verificar que la valoración realizada no se aparte de las reglas de la lógica y no es, por tanto, irracional o arbitraria. Las posibilidades de realizar es revisión no suponen una autorización para invadir el campo de la valoración de la prueba, extremo que corresponde al Tribunal de instancia, ante el cual se practica y que puede por ello realizar un análisis conjunto y completo de toda la practicada. Hemos dicho en STS. 20/2001 de 28.3 EDJ 2001/1439 que "el derecho a la presunción de inocencia, según la doctrina de esta Sala, alcanza solo a la total ausencia de prueba y no a aquellos casos en que en los autos se halla reflejado un mínimo de actividad probatoria de cargo, razonablemente suficiente y producida en el juicio oral con las debidas garantías procesales SS.TS 7.4.92 EDJ 1992/3419 y 21.12.99 EDJ 1999/35876)".

Cuando se trata de prueba testifical, su valoración depende en gran medida de la percepción directa, de forma que la determinación de la credibilidad que corresponde otorgar a cada testigo es tarea atribuida al Tribunal de instancia, en virtud de la inmediación, sin que su criterio pueda ser sustituido en casación, salvo en casos excepcionales en los que se aporten datos o elementos de hecho no tenidos en cuenta por aquel Tribunal que puedan poner de relieve una valoración arbitraria.

Tiene dicho esta Sala en S. 146/99 EDJ 1999/856 que el juicio sobre la prueba producida en juicio oral es solo revisable en casación en lo que concierne a su estructura racional, es decir, en lo que respecta en la observación por parte del Tribunal de los hechos, en las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y en conocimientos científicos.

Por el contrario son ajenos al objeto de la casación aquellos aspectos del juicio que dependen substancialmente de la inmediación, o sea de la percepción directa de las declaraciones prestadas en presencia del Tribunal de instancia. En este sentido se ha señalado repetidamente que la cuestión de la credibilidad de los testigos en principio queda fuera de la posibilidad de revisión en el marco de la casación (STS. 22.9.92 EDJ 1992/9069 , 30.3.93 EDJ 1993/3144 , 7.10.2002 EDJ 2002/46522).

Por otra parte solo puede considerarse prueba de signo incriminatorio o de cargo la que reúna las siguientes condiciones:

a) que sea obtenida sin vulneración de derechos fundamentales, directa o indirectamente conforme requiere el art. 11.1 LOPJ. EDL 1985/8754

b) que se practique en el plenario o juicio oral, o en los supuestos de prueba anticipada o preconstituida, en la fase de instrucción siempre que sea imposible su reproducción en aquel acto y que se garantice al ejercicio del derecho de defensa y la posibilidad de contradicción STC 76/90 EDJ 1990/4435 , 138/92 EDJ 1992/9919 , 303/93 EDJ 1993/9480 , 102/94 EDJ 1994/3087 y 34/96 EDJ 1996/897).

Si se cumplen las anteriores exigencias, en casación sólo hemos de verificar la comprobación de que en la causa exista prueba de signo incriminatorio o de cargo que pueda razonablemente ser calificada como suficiente, pero sin posibilidad de proceder en este recurso extraordinario a un nuevo análisis crítico de la prueba practicada, lo que, como ha hemos indicado, incumbe privativamente al Tribunal propiamente sentenciador o de instancia en virtud de lo dispuesto en los arts. 117.3 CE EDL 1978/3879 y 741 de la LECrim. EDL 1882/1

Doctrina esta asentada en la jurisprudencia de esta Sala STS 16.4.03 EDJ 2003/35152), precisando que en junto a la vulneración a la presunción de inocencia se debe comprobar si hay prueba en sentido material (prueba personal o real); si esta prueba es de contenido incriminatorio, si ha sido constitucionalmente obtenida, esto es si accedió libremente al juicio oral, si ha sido practicada con regularidad procesal, si es suficiente para enervar la presunción de inocencia; y finalmente, si ha sido razonadamente valorada por el Tribunal sentenciador. Más allá no se extiende nuestro control cuando la vulneración de presunción de inocencia se trata.

El intento de que esta Sala vuelva a valorar la prueba personal al margen del principio de inmediación está condenado al fracaso STS 120/03 de 28.2 EDJ 2003/6577).

Por ello el derecho a la presunción de inocencia alcanza solo a la total carencia de prueba y no a aquellos casos en que los autos se halle reflejado un mínimo de actividad probatoria de cargo, razonablemente suficiente y producida en el juicio oral con las garantías procesales STS 26.9.03 EDJ 2003/127614).

En definitiva, el recurso de casación no es un remedio valorativo de la prueba practicada en el juicio oral, conforme a los principios que rigen este acto procesal (oralidad, publicidad, intermediación, contradicción e igualdad de armas), sino que, cuando se alega, como es el caso, la vulneración de la presunción de inocencia, el Tribunal casacional únicamente debe verificar los controles anteriores, pero no puede efectuar una nueva valoración de la prueba al faltar el fundamental requisito de la intermediación procesal, pieza clave del sistema valorativo, que supone la apreciación de la prueba de carácter personal que se desarrolla en el plenario. Únicamente el vacío probatorio, o la falta de racionalidad en dicho proceso valorativo, pueden tener trascendencia casacional.

Consecuentemente, la presunción de inocencia no debe confundirse con la disconformidad del recurrente con la valoración de la prueba efectuada por el Juzgador, pues como precisa la STC. 36/83 EDJ 1983/36 , ya señaló que:

"cuando en la instancia judicial se produce una actividad probatoria y el resultado de tal actividad es apreciado por órgano judicial en uso de su libertad de apreciación, como expresivo de la culpabilidad del antes presuntamente inocente, no puede entenderse vulnerado tal derecho, pues la presunción que solo lo es con el carácter de iuris tantum, queda destruida por la prueba apreciada libremente por el Juzgador.....".

Ciertamente lo que ocurre en este y otros muchos supuestos llegados a la jurisdicción, no es otra cosa que la simple disconformidad de los recurrentes con la valoración de la prueba efectuada por el Juzgador, que en uso de la función que le atribuye el art. 741 LECrim EDL 1882/1 . y en consonancia con la misión jurisdiccional atribuida por el art. 117.3 CE EDL 1978/3879 . no hace sino asumir su propia competencia, quedando esta extramuros de la propia del Tribunal Constitucional. El Auto 338/83, reiterando la misma doctrina, señala que:

"no equivale (el derecho a la presunción de inocencia) a que en cualquier caso y situación el Tribunal Constitucional pueda valorar pruebas efectivamente practicadas, primando unas o menospreciando otras, hasta concluir un pronunciamiento concordante o dispar del aceptado por el Tribunal de lo Penal, ya que ello es atribución privativa de éste por mandato ex art. 741 LECrim. EDL 1882/1 y esta vía constitucional -lo mismo puede predicarse en esta vía casacional- ha de mantenerse distante de una nueva instancia o revisión de lo tratado y resuelto por la jurisdicción ordinaria".

El motivo, en base a lo expuesto, debe ser desestimado.

SEXTO.- El motivo cuarto por infracción de Ley del art. 849.1 LECrim EDL 1882/1 . por infracción del art. 564.1.1 y 2.1 del CP EDL 1995/16398. por cuanto que la Sala ha dictado sentencia condenatoria en aplicación de dicho artículo sin que sea éste de aplicación.

El recurrente articula dos submotivos cuestionando en primer lugar la aplicación del art. 564.1, negando que el acusado hubiese tenido la disponibilidad del arma, y en segundo lugar la condena por el art. 564.2.1, en cuanto a la agravación específica de tener el arma los números borrados.

La doctrina científica y jurisprudencia considera este delito como un delito permanente en cuanto la situación antijurídica se inicia desde que el sujeto tiene el arma en su poder y se mantiene hasta que se desprende de ella; como un delito formal, en cuanto no requiere para su consumación resultado material alguno ni producción de daño, siquiera algún sector doctrina prefiere hablar al respecto de un delito de peligro comunitario y abstracto, en cuanto el mismo crea un riesgo para un número indeterminado de personas, que exige como elemento objetivo una acción de tenencia (y por ello es calificado también como tipo de tenencia) que consiste en el acto positivo de tener o portar el arma, de suerte que la omisión del acto de sacar la guía o licencia oportunas, es elemento normativo afectante mas bien a la antijuricidad, exigiendo tal acción del tipo la disponibilidad del arma, es decir, la posibilidad de usarla según el destino apropiado de la misma.

Como elemento sujeto atinente a la culpabilidad se exige el animus posidendi, esto es, el dolo o conocimiento de que se tiene el arma careciendo de la oportuna autorización, con la voluntad de tenerla a su disposición, pese a la prohibición de la norma (SSTS. 709/2003 de 14.5 EDJ 2003/30201 , 201/2006 de 1.3 EDJ 2006/16017).

Su objeto material lo constituyen las armas de fuego, entendidas éstas como los instrumentos aptos para dañar o para defenderse, capaces de propulsar proyectiles mediante la deflagración de la pólvora (STS. 8.2.2000 EDJ 2000/1075), bien entendido que si bien el arma ha de hallarse en condiciones de funcionamiento, para estimar inútil un arma ha de estar en forma que ni pueda hacer fuego ni ser puesta en condiciones de efectuarlo.

La aptitud para el disparo se debe apreciar de forma abstracta y no como una posibilidad inmediata del arma. en la medida en que la dificultad del disparo es reparable, lo que se debe juzgar sobre la base de la experiencia glacial y no implica una inutilización definitiva de la misma, su tenencia se subsume en el tipo penal.

Por ello el bien jurídico lo es no sólo la seguridad del Estado sino también la seguridad general o comunitaria antes mencionadas, para los que les pone un grave riesgo y peligro con instrumentos aptos para herir, o incluso matar, que se hallan en mano de particulares sin la fiscalización y el control que supone la expedición estatal de la oportuna licencia y guía de pertenencia.

La guía de pertenencia se encuentra dentro de los amplios términos "licencias o permisos necesarios" exigidos en el art. 564 (STS. 23.3.99 EDJ 1999/5985).

Es un delito de propia mano que comete aquél que de forma exclusiva y excluyente goza de la posesión del arma, aunque a veces pueda pertenecer a distintas personas o, en último caso, pueda estar a disposición de varios con indistinta utilización, razón por la cual extiende sus efectos, en concepto de tenencia compartida, a todos aquellos que conociendo su existencia en la dinámica delictiva, la tuvieron indistintamente a su libre disposición.

Aceptan la participación compartida (SSTS. 1.6.99 EDJ 1999/13728 , 28.1 EDJ 2000/360 y 2.6.2000 EDJ 2000/14440), e insisten en la posibilidad de disposición compartida pero subrayando la necesidad de que conozcan el uso del arma en la comisión del delito, (SS. 16.12.2002 EDJ 2002/59898 y 30.4.2003).

En el caso presente, sabido es que cuando un motivo de casación por infracción de Ley se funda en el art. 849.1 LECrim EDL 1882/1 . es obligado respetar el relato de hechos probados en la sentencia recurrida, art. 884.3 LECrim EDL 1882/1 .; en estos casos solo se discuten problemas de aplicación de la norma jurídica y tales problemas han de plantearse y resolverse sobre los hechos predeterminados, que han de ser los fijados al efecto por el Tribunal de instancia, salvo que hayan sido corregidos previamente por estimación de algún motivo fundado en el art. 849.2 LECrim EDL 1882/1 . o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (STS. 27.9.2006 EDJ 2006/269930).

Pues bien recogién dose expresamente en el relato fáctico que Emilio al ser detenido "portaba una cartera sujeta a la cintura con una pistola marca Star, modelo CK starlet, calibre 6,35 mm. cargada con cinco cartuchos y el sexto en la recámara, con el número de identificación borrado, de la que tenían disposición ambos procesados"; y razonándose en el Fundamento jurídico tercero, in fine, la prueba de tal disponibilidad que se infiere del dato de que, como declara el otro acusado Emilio, el hoy recurrente convivía con él en la época de los hechos; en que cuando se acerca a la víctima se indica a ésta que dispone de un arma y se la muestra a través de Emilio, de que la tenía mientras le trasladaron en el vehículo, y desde luego de que la tuvo a disposición sobre la mesa durante toda la noche mientras los dos procesados se turnaban para vigilar a Jesús Luís, el submotivo debe inexorablemente ser rechazado.

SEPTIMO.- Mejor destino debe tener el submotivo segundo que ha merecido el apoyo del Ministerio Fiscal.

En efecto, como decíamos en la STS. 1070/2004 de 24.9 EDJ 2004/159648 , la doctrina de esta Sala SS. 28.10.2003 EDJ 2003/127601 y 20.3.2002 EDJ 2002/12129 . La doctrina de esta Sala en relación a las agravaciones previstas en el artículo 564.2 del Código Penal EDL 1995/16398 ha establecido que el dolo del autor debe abarcar los aspectos fácticos en los que se apoyan tales agravaciones específicas, de modo que cuando no se establezca en el hecho probado la participación directa del acusado en las acciones de alteración o borrado de la identificación del arma, deben constar expresamente datos suficientes que permitan inferir, razonada y razonablemente, el conocimiento por parte del acusado de dichos elementos y su aceptación de esas circunstancias evidenciada por el mantenimiento de la tenencia del arma, esto es, que tras saber de las dichas circunstancias del arma, persista en su tenencia ilícita.

Por ello, las circunstancias específicas del art. 564 deben ser valoradas con criterio culpabilística entendiendo que el dolo del tenedor debe abarcar los elementos objetivos de estas agravaciones tal como se desprende del art. 65 CP EDL 1995/16398 . (SSTS. 9.3.92 EDJ 1992/2241 , 26.3 EDJ 1997/2536 y 6.7.97, 27.4.98). No basta, en consecuencia, que estuviera borrado el número de identificación de la pistola y que dicha circunstancia fuese perceptible, es necesario que el acusado lo conociese (SSTS. 27.4.98 EDJ 1998/2381 , 13.4.2003, 20.10.2003).

En la sentencia impugnada no se dice nada de que este acusado hubiera intervenido de alguna forma en el borrado del número de la pistola o que al menos conociera esa circunstancia.

Tampoco se aportan elementos fácticos que permitieran deducir la existencia de ese conocimiento, pues se limita a señalar que tenía la disponibilidad del arma, pero esa mera disponibilidad no permite concluir razonablemente que era conocedor del borrado de datos del arma, y por lo tanto no es posible afirmar que tal aspecto estuviera cubierto con el dolo del autor, de manera que no resulta procedente la apreciación de la citada agravación y no puede incluirse su conducta en el párrafo 2.1 del art. 564 CP. EDL 1995/16398

Estimación del submotivo que en base a lo previsto en el art. 903 LECrim EDL 1882/1 . debe hacerse extensiva al coacusado Emilio, no recurrente al encontrarse en la misma situación y serle aplicado dicho motivo por cuanto del relato fáctico tampoco se infiere, ni se razona en la sentencia, ese conocimiento del borrado de los datos de la pistola.

OCTAVO.- El motivo quinto por infracción del art. 849.1 LECrim EDL 1882/1 . por infracción de precepto penal de carácter sustantivo, al no haberse aplicado el art. 565, por cuanto de acuerdo con el razonamiento del motivo anterior, el recurrente no ha llegado a tener el arma por lo que mal pudo haber tenido la intención de usarla con fines ilícitos.

El motivo se desestima.

Como decíamos en la STS. 15.2.2006 EDJ 1998/2381 , el art. 565 supone una cláusula especial de individualización judicial que siquiera la acreditación de sus presupuestos (SSTS. 13.3.2000 EDJ 2000/2247 y 13.10.93 EDJ 1993/8996), y que contiene una facultad para rebajar la pena sometida o condicionantes derivados de los antecedentes del procesado y circunstancias del hecho, que llevan consigo juicios de valor, por lo que su aplicación es susceptible de impugnación casacional (SSTS. 22.9.95 EDJ 1995/4563 , 8.10.2001 EDJ 2001/39488).

Este artículo tiene su antecedente en el art. 256 CP. EDL 1995/16398 1973, sin embargo existen substanciales diferencias entre ambos artículos, en el aspecto de ofrecer el texto actualmente en vigor un claro cercenamiento de la amplitud atenuatoria que tenía en el Código precedente.

En efecto la severa limitación de las facultades de atenuación ahora existentes operan en un doble aspecto: en cuanto a su ámbito de actuación, porque ahora el tipo privilegiado se limita solo a los artículos anteriores, es decir, exclusivamente en relación al delito de tenencia ilícita de armas, en las modalidades previstas en los artículos 563 y 564.

En tanto que en el anterior Código Penal EDL 1995/16398 desarrollaba su ámbito a todas las figuras delictivas de la sección incluyendo por tanto el delito de depósito de armas o de explosivos que actualmente quedan excluidos como se ha visto. La segunda reducción se refiere a la razón de ser de la atenuación.

En el anterior Código Penal EDL 1995/16398 existían tres hipótesis: la escasa peligrosidad social del reo, la existencia en contra suya de amenazas graves de agresión ilegítima, o, la patente falta de intención de usar el arma con fines ilícitos, en tanto que ahora se concreta en una sola situación: la evidente falta de intención de usar las armas con fines ilícitos, reducción que puede estimarse más teórica que práctica, ya que en una adecuada exégesis de la norma, cabría integrar el supuesto de las amenazas graves recibidas, pues en tal caso, la posible utilización del arma sería legítima por el instituto de la legítima defensa, y en cuanto a la ausencia de peligrosidad, también se podría reconducir a la falta de intención de utilizar ilegítimamente el arma (STS. 27.4.2004 EDJ 2004/40404).

Ahora bien la aplicación de tal artículo exige en cualquier caso la constancia en el "factum" de alguna de las circunstancias indicadas en la norma, ya expuestas, y el caso que analizamos, sentada la disponibilidad del arma por el acusado en el motivo precedente, la posibilidad de su uso era clara por las condiciones en que fue ocupada (cargada con cinco cartuchos y el sexto en la recámara), en este sentido la STS 28.12.2001 EDJ 2001/56154 excluye su aplicación cuando el armase lleva cargada y con abundante munición; y la circunstancia de posesión del arma en directa vinculación con un delito grave como es el secuestro, no parece la más idónea para apreciar, en modo alguno, un menor riesgo derivado de la posesión del arma (STS. 10.7.2003 EDJ 2003/80571).

NOVENO.- El motivo sexto por infracción de Ley, art. 849.1 LECrim. EDL 1882/1 , por infracción del art. 164 y 163.2 CP. EDL 1995/16398, por cuanto que la Sala ha dictado sentencia condenatoria en aplicación de dichos artículos sin que sean estos de aplicación, ni el tipo básico, ni el agravado.

a) En primer lugar se cuestiona la aplicación del art. 164 CP EDL 1995/16398 . por cuanto no ha quedado probado la existencia de condición alguna, dado que el único conocedor directo de la misma fue Jesús Luís, padre de la presunta víctima, persona que dice haber sido informada de la condición impuesta por los presuntos secuestradores (11.500 euros a cambio de la libertad de su hijo), pero éste tan solo realizó una llamada a la Guardia Civil, manifestando que le habían comunicado la detención de su hijo y tras esta actuación no se supo más del mismo, pues no accedió a realizar la pertinente denuncia, ni acudió al Juzgado, ni por supuesto testifica en el acto del juicio oral, por lo que no ha quedado probado la existencia de la referida condición y la falta de ese elemento esencial hace imposible calificar la supuesta conducta de secuestro.

Esta alegación deviene improcedente.

El delito de detención ilegal se consume en el instante de la privación del derecho de libertad que tiene la persona y la figura de la detención ilegal exigiendo alguna condición para poner en libertad al detenido se consume desde que se pone la condición, que puede ser cualquiera (STS. 2/98 de 29.7 EDJ 1998/9430), no requiriéndose el efectivo cumplimiento de la condición (SS. 367/97 de 19.5 EDJ 1997/1754 , 322/99 de 5.3 EDJ 1999/1696), es decir, el tipo objetivo de este supuesto agravado se presentará completo cuando a la efectiva privación de libertad se suma la petición de rescate, aún en el supuesto de que no se obtenga el rescate o el cumplimiento de la condición exigidos (SSTS. 15.10.97 EDJ 1997/7105 , 289/2000 de 22.2 EDJ 2000/1088).

Pues bien, en el caso sometido a nuestra revisión casacional en los hechos probados de la sentencia impugnada -cuyo escrupulosos respeto exige la vía del art. 849.1 LECrim EDL 1882/1 .- se recoge que los acusados se pusieron en contacto con el padre de la víctima, al que le dijeron exigiendo para su liberación "soy José Manuel tengo a tu hijo y quiero que me ingreses en una cuenta que más adelante te daré 11.500 euros". Condición que la Sala de instancia considera probada por:

1) La declaración del hoy recurrente, tanto al folio 13 como en el juicio oral, afirmando que el padre de Jesús Luís le debía unos dos millones de pesetas y reconociendo que al menos llamó al padre una vez por la mañana con tales exigencias, dándole una cuenta bancaria, precisamente del hermano de José Manuel.

2) La declaración de la víctima, Jesús Luís en el sentido de que los procesados le anunciaron que en cuanto su padre ingresara la cantidad le soltarían.

3) El testimonio de la Guardia Civil, siquiera como testigo de referencia, pero receptor en los primeros momentos de lo que le relataron los protagonistas de esa condición dineraria, testimonio de referencia que puede ser valorado como corroborador de la credibilidad y fiabilidad de otro testigo, constituyendo en este supuesto uno de los actos de prueba que los Tribunales de la jurisdicción penal pueden tener en consideración en orden a fundar la condena, pues la ley no excluye su validez y eficacia (por todas STC. 217/89 EDJ 1989/11626).

Acreditada, por tanto, la exigencia de condición, la incardinación de la conducta del acusado en el tipo del art. 164 es correcta, por lo que la impugnación no debe prosperar.

b) En segundo lugar considera el recurrente, que no puede subsumirse la conducta dentro del tipo del art. 163.2 de detención ilegal ya que atendiendo a cómo se desarrollaron los hechos no parece que halla existido una privación de libertad deambulatoria por cuanto no se da ni un detener ni un encerrar, relacionando la conducta con los arts. 17 CE EDL 1978/3879 y 489 LECrim. EDL 1882/1

Alegación improcedente. la forma comisiva del delito de detención ilegal está representada por los verbos nucleares "encerrar" o "detener", fieles exponentes de un acto eminentemente coactivo realizado contra o sin la voluntad de una persona, y que afecta a un derecho fundamental cual es la facultad deambulatoria consagrada en los arts. 17.1 CE EDL 1978/3879 y 489 LECrim EDL 1882/1 . que consiste en la libertad de movimientos, de trasladarse de un lugar a otro, según la voluntad del sujeto (art. 19 CE EDL 1978/3879).

Esta libertad, a la que se refiere exclusivamente el art. 17.1 CE EDL 1978/3879 se cercena bien obligando a la persona a permanecer en un determinado sitio cerrado, "encerrar", o bien impidiéndole moverse en un espacio abierto, "detención", (ATC. 126/82, SSTS. 53/99 de 18.1 EDJ 1999/326 , 18.1.99 EDJ 1999/326 , 5.3.2000, 1.5.2002), siendo irrelevantes los móviles pues el tipo básico no hace referencia a propósitos ni a finalidades comisivas (SSTS. 1075/2001 de 1.6 EDJ 2001/9313 , 1627/2002 de 8.10 EDJ 2002/44036), y no obsta a la consumación de este tipo delictivo el mayor o menor lapso de tiempo en que la víctima estuvo sometida a la voluntad de su secuestrador -con independencia de la aplicación en su caso del subtipo atenuado del art. 163.2, o del agravado del 163.3 - porque la perfección se alcanza en el instante mismo en que la detención se produce (SSTS. 307/2000 de 22.2 EDJ 2000/1087 , 574/2000 de 31.3 EDJ 2000/4670 , 14/2001 de 16.1 EDJ 2001/2837 , 164/2001 de 5.3 EDJ 2001/2753 , 610/2001 de 10.4 EDJ 2001/7167 , 496/2003 de 1.4 EDJ 2003/6680 , 1400/2003 de 28.10 EDJ 2003/127584).

c) Respecto a la posible tipificación de la conducta como delito de coacciones, hay supuestos de simple "detención o inmovilización de una persona que puede presentar dificultades para su concreción en el tipo, ya que su duración puede ser momentánea o más o menos duradera y presentar afinidad con otras figuras delictivas como las coacciones.

Sin embargo, el elemento subjetivo es el factor determinante de la diferenciación, pues la detención ilegal es una modalidad delictiva eminentemente dolosa que exige el propósito claro y definido de privar al sujeto de su capacidad ambulatoria (STS. 2/2003 EDJ 2003/993). El delito de detención no ataca la libertad genéricamente considerada, sino solo un aspecto de ella, la de movimientos.

Es, pues, el principio de especialidad concretado en ese dolo, el que perfila la diferencia entre las coacciones y la detención ilegal (SSTS. 1076/95 de 27.10 EDJ 1995/5932 , 53/99 de 18.1 EDJ 1999/326 , 1239/99 de 21.7 EDJ 1999/19388). No es siempre, aunque a veces pueda serlo la detención ilegal una especie dentro del genero de las coacciones, -no toda detención ilegal es una coacción- en términos penales, porque la coacción exige violencia (art. 172 CP EDL 1995/16398 .) mientras que la detención ilegal admite otros medios comisivos, incluso el engaño (SSTS. 8.10 y 2.11.92 EDJ 1992/10766).

Tampoco la duración de la detención sirve para distinguirla necesariamente de la coacción, ya que la detención como hemos visto, es de consumación instantánea y no precisa por tanto de duración determinada, por eso esta Sala insiste en marcar la diferencia entre ambos tipos delictivos, atendiendo al principio de especialidad para apreciar la detención ilegal si los medios violentos se enderezaron a privar de otro de su voluntad ambulatoria (SSTS. 21.9.92 EDJ 1992/8980 , 30.11.94 EDJ 1994/9985 , 445/99 de 23.3 EDJ 1999/6016 , 2124/2001 de 15.11 EDJ 2001/53841), sin desdeñar el factor temporal o mínimo soporte temporal (STS. 1.3.94 EDJ 1994/1843), aunque valorado en la medida que sirve para explicar la intención de atentar contra la libertad de movimientos, más que referido solo a la duración en si (SSTS. 53/99 de 18.1 EDJ 1999/326 , 801/99 de 17.5 EDJ 1999/8178 , 655/99 de 27.4 EDJ 1999/8914 , 610/2001 de 10.4 EDJ 2001/7167).

En definitiva, la detención ilegal desplaza a las coacciones siempre que la forma comisiva, encerrar o detener, afecten al derecho de libertad deambulatoria (SSTS. 1122/98 de 29.9 EDJ 1998/21092 , 44/2002 de 21.1 EDJ 2002/1359 , 2/2003 de 9.1 EDJ 2003/993).

En el caso actual en el relato fáctico declarado probado se recoge como los acusados "de común acuerdo se trasladaron a Reinosa, donde sobre las 20,00 horas del 21.9.2003 buscaron y localizaron a Jesús Luís, al que para llevar a cabo su propósito final de cobrarse un pretendido crédito que tenían con el padre de Jesús Luís, con una pistola le obligaron a introducirse en el vehículo marca Renault 19, matrícula F-....-FL, trasladándose a Resquejada donde le tuvieron retenido en la vivienda....

Mientras Jesús Luís pretendía dormir esa noche los procesados se turnaron en su custodia teniendo la pistola visible sobre una mesa de dicha vivienda....", añadiendo a continuación las diversas llamadas telefónicas al padre de Jesús Luís exigiéndole 11.500 euros para la puesta en libertad de éste y como la detención duró aproximadamente hasta las 15,15 horas del día siguiente 22.9.2001, cuando Emilio, poco antes de su detención, le dejó en libertad al tener conocimiento de que la Guardia Civil los había identificado.

Siendo así tales hechos han sido correctamente incardinados en los arts. 164 y 163.2 CP EDL 1995/16398. como hace la sentencia impugnada.

DECIMO.- En cuanto la pretendida aplicación de la circunstancia atenuante 21.5ª CP. EDL 1995/16398 por cuanto acompañó a la Guardia Civil a la casa donde estaba esperándole el otro acusado y donde estaba la pistola, del relato fáctico declarado probado no se deduce dato alguno que apoye su pretensión.

La conducta del acusado ayudando a la localización del otro acusado y a la aparición de la pistola, de estar acreditada, podría servir de base para la aplicación de la atenuante del art. 21.4 CP EDL 1995/16398 . respecto a la cual la jurisprudencia de esta Sala, manifestada entre otras en SS. 3.10.98, 15.3.2000 EDJ 2000/3371 , 19.10.2000 EDJ 2000/52672 , 7.6.2002 EDJ 2002/28365 y 2.4.2003 EDJ 2003/6661 , ha puesto de relieve que la razón de la atenuante no estriba en el factor subjetivo de pesar y contrición, sino en el dato objetivo de la realización de actos de colaboración en la investigación del delito.

Se destaca como elemento integrante de la atenuante el cronológico, consistente en que el reconocimiento de los hechos se verifique antes de que el inculpado conozca que es investigado procesal o judicialmente por los mismos.

En el concepto de procedimiento judicial se incluye la actuación policial (SSTS. 21.3.97 EDJ 1997/1752 y 22.6.2001 EDJ 2001/13909), que no basta con que se haya abierto, como se decía en la regulación anterior, para impedir el efecto atenuatorio de la confesión, sino que la misma tendrá tal virtualidad si aun no se había dirigido el procedimiento contra el culpable, lo que ha de entenderse en el sentido de que su identidad aún no se conociera.

La razón de ser del requisito es que la confesión prestada cuando ya la autoridad conoce el delito y la intervención en el mismo del inculpado, carece de valor auxiliar a la investigación. Otro requisito de la atenuante es el de la veracidad sustancial de las manifestaciones del confesante, solo puede verse favorecido con la atenuante la declaración sincera, ajustada a la realidad, sin desfiguraciones o falacias que perturben la investigación, rechazándose la atenuante cuando se ofrece una versión distinta de la luego comprobada y reflejada en el "factum", introduciendo elementos distorsionadores de lo realmente acaecido (SSTS. 22.1.97, 31.1.2001 EDJ 2001/543 , 20.2.2003 EDJ 2003/3656).

Tal exigencia de veracidad en nada contradice los derechos constitucionales "a no declarar contra si mismo" y "a no confesarse culpable", puesto que ligar un efecto beneficioso a la confesión voluntariamente prestada, no es privar del derecho fundamental a no confesar si no se quiere (STC. 75/87 de 25.5 EDJ 1987/75).

En la sentencia 25.1.2000 EDJ 2000/437 , se hace una exposición minuciosa de los requisitos integrantes de la atenuante de confesión, que serán los siguientes:

1º Tendrá que haber un acto de confesión de la infracción.

2º El sujeto activo de la confesión habrá de ser el culpable.

3º La confesión habrá de ser veraz en lo sustancial.

4º La confesión habrá de mantenerse a lo largo de las diferentes manifestaciones realizadas en el proceso, también en lo sustancial.

5º La confesión habrá de hacerse ante la autoridad, agente de la autoridad o funcionario cualificada para recibirla.

6º Tiene que concurrir el requisito cronológico, consistente en que la confesión tendrá que haberse hecho antes de conocer el confesante que el procedimiento se dirigía contra él, habiendo de entenderse que la iniciación de Diligencias Policiales ya integra procedimiento judicial, a los efectos de la atenuante.

Por "procedimiento judicial" debe entenderse, conforme a la jurisprudencia de esta Sala, las diligencias policiales que, como primeras actuaciones de investigación necesariamente han de integrarse en un procedimiento judicial (SSTS. 23.11.2005 EDJ 2005/213924 , con cita en las sentencias 20.12.83, 15.3.89 EDJ 1989/2996 , 30.3.90 EDJ 1990/3554 , 31.1.95 EDJ 1995/392 , 27.9.96 EDJ 1996/6717 , 7.2.98 EDJ 1998/386 , 13.7.98 EDJ 1998/9906 y 19.10.2005 EDJ 2005/180378).

En el caso presente en el relato fáctico se destaca como Emilio -el otro coacusado- fue quien dejó en libertad a Jesús Luís, poco antes de su detención- al tener conocimiento de que la Guardia Civil los había identificado, faltaría, por tanto, aquel elemento cronológico, y además el requisito de la veracidad de la confesión, por cuanto José Manuel nunca ha reconocido la realidad del secuestro, por lo que la apreciación de la circunstancia art. 21.4 CP EDL 1995/16398 . colaboración o confesión, debe descartarse.

DECIMOPRIMERO.- Igualmente en modo alguno es de apreciar la atenuante art. 21.5 CP EDL 1995/16398 . que en palabras de la STS. 18.9.2003 EDJ 2003/130333 supone una típica decisión de política criminal del legislador, en la que ha primado la consideración del beneficio objetivo de la víctima -sea por la vía de la plena reparación de los daños sufridos por la misma, sea por la mera disminución de sus efectos- sobre los aspectos éticos y subjetivos propios de las razones que hayan podido determinar al culpable a actuar de tal manera tras la comisión del hecho punible.

Este elemento subjetivo, característico de la anterior atenuante del art. 9.9. CP. de 1973 EDL 1973/1704 , parece ahora irrelevante pues no se hace preciso acreditar la motivación del sujeto para realizar esos actos de reparación material o de dar satisfacción al ofendido, pues son dos las formas en que puede manifestarse, con lo que va más allá de la satisfacción meramente económica. Incluso la STS 2.7.2003 EDJ 2003/80541 , tras reconocer que esta atenuante es un tanto selectiva y discriminatoria en cuanto que deja fuera de sus posibilidades a las personas que carecen de recursos económicos, pero también sería injusto prescindir de ella en los casos en que el autor desarrolla una conducta activa de reparación o disminución del daño, admitiéndose no solo la reparación de carácter económico, pues también se podría aplicar cuando se produce la restitución de los efectos del delito o cuando el culpable trata de reparar los efectos del delito por otras vías alternativas, pudiéndose aplicar por analogía (STS. 4.2.2000 EDJ 2000/380).

En este sentido la STS. 28.2.2005, precisa que "el elemento sustancial de esta atenuante consisten en la reparación del daño causado por el delito o la disminución de sus efectos, en un sentido amplio de reparación que va más allá de la significación que se otorga a esta expresión en el art. 110 CP EDL 1995/16398 ., pues el art. 110 se refiere exclusivamente a la responsabilidad civil, diferenciable de la responsabilidad penal a la que afecta la atenuante.

Cualquier forma de reparación del daño o de disminución de sus efectos, sea por la vía de la restitución, de la indemnización de perjuicios, de la reparación moral o incluso de la reparación simbólica (SSTS. 19.2.2001 EDJ 2001/3161 , 30.4.2002 EDJ 2002/13169), puede integrar las previsiones de la atenuante.

Como se ha expuesto por la jurisprudencia de esta Sala lo que pretende esta circunstancia es incentivar el apoyo y la ayuda a las víctimas, lograr que el propio responsable del hecho delictivo contribuya a la reparación o curación del daño de toda índole que la acción

delictiva ha ocasionado, desde la perspectiva de una política criminal orientada por la victimología, en la que la atención a la víctima adquiere un papel preponderante en la respuesta penal.

Para ello resulta conveniente primar a quien se comporta de una manera que satisface el interés general, pues la protección de los intereses de las víctimas no se considera ya como una cuestión estrictamente privada, de responsabilidad civil, sino como un interés de toda la comunidad.

Al mismo tiempo la colaboración voluntaria del autor a la reparación del daño ocasionado por su acción puede ser valorada como un inicio de rehabilitación que disminuye la necesidad de la pena (STS. 25.6.99).

No obstante, en algunas sentencias como la de 3.10.2003 EDJ 2003/110603 , parece exigible lo que se denomina "actus contrarius" por el cual el autor reconoce las infracciones de las normas cometidas, y la STS 9.4.2001 EDJ 2001/7912 , con más detalle precisa que esta atenuante se basa en la realización de un "actus contrarius" al delito que implica un reconocimiento de la norma vulnerada por éste y en la consiguiente compensación de la reprochabilidad del autor al ámbito del orden jurídico del cual se alejó cometiendo el delito concluyendo en que "lo decisivo es exteriorizar una voluntad de reconocimiento de la norma infringida.

Se excluye por ello, cuando se trata de una mera expresión de una voluntad carente de efectividad (STS. 27.6.2003 EDJ 2003/49540), aunque se admite la reparación parcial (STS. 24.1.2003 EDJ 2003/607), teniendo que estar aquí o determinar si el sujeto realiza todo lo que puede, o como se ha dicho se trata de una reparación voluntariamente pericial, así la STS. 26.4.2003, entiende que se ha de tener en cuenta la situación económica del acusado añadiendo que "repugnaría a un principio de elemental justicia extender la atenuante a quien teniendo plena capacidad económica para reparar la totalidad del daño causado, escatime su contribución, dejando sin indemnizar a la víctima, aunque sea en una parte del perjuicio causado.

En el caso presente falta cualquier reparación de índole económica o cualquier otro tipo por lo que no puede sustentarse la concurrencia de la atenuante 21.5 CP. EDL 1995/16398

DECIMOSEGUNDO.- Dada íntima conexión existente entre los motivos séptimo infracción de Ley, art. 849.1 LECrim. EDL 1882/1 al no haberse aplicado los arts. 21.1 ó 21.2 CP. EDL 1995/16398 , dada la drogadicción del acusado, y octavo, por infracción de Ley, art. 849.2 LECrim. EDL 1882/1 error de hecho en la apreciación de las pruebas referidas a la drogadicción de aquel, basado en documentos obrantes en autos, debemos recordar que por esta última vía solo se pueden combatir los errores fácticos y no los errores jurídicos que se entiendan cometidos por la sentencia en la interpretación de los hechos.

Por ello, el ámbito de aplicación del motivo de casación previsto en el art. 849.2 LECrim EDL 1882/1 . se circunscribe al error cometido por el Tribunal sentenciador al establecer los datos fácticos que se recogen en la declaración de hechos probados, incluyendo en la narración histórica elementos fácticos no acaecidos, omitiendo otros de la misma naturaleza que si hubieran tenido lugar o describiendo sucedo de manera diferente a como realmente se produjeron.

En todo caso el error a que atiende este motivo de casación se predica sobre aspectos o extremos de naturaleza fáctica, nunca respecto a los pronunciamientos de orden jurídico que son la materia propia del motivo que por "error iuris" se contempla en el primer apartado del precepto procesal, motivo éste en el que los hechos probados han de ser respetados en su integridad y el recurso ha de fundarse en que en la sentencia los Juzgadores de instancia aplicaron incorrectamente el derecho, pues, realizaron una indebida subsunción o, además de ser indebida la subsunción dejaron de realizar la correcta o realizaron una interpretación equivocada, o, en caso de absolución, por falta de aplicación del precepto penal correspondiente, pero tales problemas -se insiste- han de plantearse sobre los hechos probados fijados por la Sala de instancia, salvo que hayan sido modificados previamente por la estimación de algún motivo fundado en el art. 849.2 LECrim EDL 1882/1 . o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

Consecuentemente, procede el estudio prioritario del motivo octavo, error en la apreciación de la prueba, y caso prosperabilidad, modificado el relato fáctico, el motivo séptimo a efectos si puede sustentar la aplicación de las atenuantes invocadas.

Pues bien, la doctrina de esta Sala (SSTS. 6.6.2002 EDJ 2002/27806 y 5.4.99 EDJ 1999/5997), viene exigiendo reiteradamente para la estimación del recurso de casación por error de hecho en la apreciación de la prueba, entre otros requisitos, que el documento por si mismo sea demostrativo del error que se denuncia cometido por el Tribunal sentenciador al valorar las pruebas.

Error que debe aparecer de forma clara y patente del examen del documento en cuestión, sin necesidad de acudir a otras pruebas ni razonamientos, conjeturas o hipótesis, esto es, por el propio y literosuficiente poder demostrativo del documento (STS. 28.5.99 EDJ 1999/13719).

Por ello esta vía casacional, recuerda la STS. 1952/2002 de 26.11 EDJ 2002/54119 , es la única que permite la revisión de los hechos por el Tribunal de Casación. De ahí que el error de hecho sólo pueda prosperar cuando, a través de documentos denominados "literosuficientes" o "autosuficientes", se acredita de manera indubitada la existencia de una equivocación en la valoración de la prueba siempre y cuando el supuesto error no resulte contradicho por otros documentos o pruebas, porque la Ley no concede preferencia a ninguna prueba documental sobre otra igual o diferente, sino que cuando existen varias sobre el mismo punto el Tribunal que conoció de la causa en la instancia, presidió la practica de todas ellas y escuchó las alegaciones de las partes, tiene facultades para sopesar unas y otras y apreciar su resultado con la libertad de criterio que le reconoce el art. 741 LECrim EDL 1882/1 . como expone la S.T.S. de 14/10/99 EDJ 1999/28698 , lo propio del presente motivo es que suscita la oposición existente entre un dato objetivo incorporado, u omitido, en el relato fáctico de la sentencia y aquél que un verdadero documento casacional prueba por si mismo, es decir, directamente y por su propia y "literosuficiente" capacidad demostrativa, de forma que si se hubiesen llevado a cabo otras pruebas, similares o distintas,

con resultado diferente, se reconoce al Tribunal la facultad de llegar a una conjunta valoración que permite estimar que la verdad del hecho no es la que aparece en el documento, sino la que ofrecen los otros medios probatorios.

La razón de ello es que el Tribunal de Casación debe tener la misma perspectiva que el de instancia para valorar dicho documento, o dicho de otra forma, si la valoración es inseparable de la inmediación en la práctica de la prueba que corresponde al Tribunal de instancia, el de Casación no podrá apreciar dicha prueba porque ha carecido de la necesaria inmediación.

En síntesis, como también señala la S.T.S. de 19/04/02 EDJ 2002/12194 , la finalidad del motivo previsto en el artículo 849.2 LECrim EDL 1882/1 . consiste en modificar, suprimir o adicionar el relato histórico mediante la designación de verdaderas pruebas documentales, normalmente de procedencia extrínseca a la causa, que acrediten directamente y sin necesidad de referencia a otros medios probatorios o complejas deducciones el error que se denuncia, que debe afectar a extremos jurídicamente relevantes, siempre que en la causa no existan otros elementos probatorios de signo contradictorio.

Consecuentemente es necesario que el dato contradictorio así acreditado sea importante, en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos que carezcan de tal virtualidad, el motivo no puede prosperar porque, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los elementos de hecho o de derecho que no tiene aptitud para modificarlo (STS. 21.11.96 EDJ 1996/8245 , 11.11.97 EDJ 1997/7857 , 24.7.98 EDJ 1998/2635).

En el caso presente los documentos que se citan en el motivo: informe del médico titular de atención primaria de Cabuérniga; informe médico del Gabinete de Drogodependencia, e informe médico forense, acreditar una adicción grave a la cocaína de José Manuel y que en la fecha de autos estaba sometido a tratamiento deshabitador, y de los folios pertenecientes a los autos de las Diligencias Previas 198/2005 del Juzgado Instrucción núm. 2 Mondoñedo, unidos como documental a la presente causa, que cuando fue detenido en aquella causa el 23.4.2005, esto es, un año y mucho después de estos hechos, se había lanzado por la ventana del Hotel donde se alojaba, siendo diagnosticado de intoxicación por cocaína.

Cuestión distinta es si esa adicción a la cocaína conllevaba una disminución de la imputabilidad con alteración de sus facultades mentales y que ello influyera en la comisión de los hechos delictivos, que es lo que propiamente, constituye el objeto del motivo séptimo en cuanto postula la aplicación de la eximente incompleta del art. 21.1 CP. EDL 1995/16398 , o subsidiariamente la atenuante del art. 21.2 CP. EDL 1995/16398

DECIMOTERCERO.- Como decíamos en la reciente sentencia de esta Sala, 817/206, de 26.7 EDJ 2006/109818 , con cita en las sentencias 282/2004 de 1.4 EDJ 2004/26055 , 1217/2003 de 29.9 EDJ 2003/130314 , 1149/2002 de 20.7 EDJ 2002/27790 , 1014/2000 de 2.6 EDJ 2000/11684 , las consecuencias penológicas de la drogadicción pueden ser encuadradas, dentro de la esfera de la imputabilidad, bien excluyendo total o parcialmente la responsabilidad penal, o bien actuando como mera atenuante de la responsabilidad penal, por la vía del art. 21.2ª del Código penal EDL 1995/16398 , propia atenuante de drogadicción, o como atenuante analógica, por el camino del art. 21.6º.

Los requisitos generales para que se produzca dicho tratamiento penológico en la esfera penal, podemos sintetizarlos del siguiente modo:

A) Requisito biopatológico, esto es, que nos encontremos en presencia de un toxicómano, cuya drogodependencia exigirá a su vez estos otros dos requisitos:

a) que se trate de una intoxicación grave, pues no cualquier adicción a la droga sino únicamente la que sea grave puede originar la circunstancia modificativa o exonerativa de la responsabilidad criminal, y

b) que tenga cierta antigüedad, pues sabido es que este tipo de situaciones patológicas no se producen de forma instantánea, sino que requieren un consumo más o menos prolongado en el tiempo, dependiendo de la sustancia estupefaciente ingerida o consumida.

El Código penal EDL 1995/16398 se refiere a ellas realizando una enumeración que por su función integradora puede considerarse completa, tomando como tales las drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicótropas u otras que produzcan efectos análogos.

B) Requisito psicológico, o sea, que produzcan en el sujeto una afectación de las facultades mentales del mismo. En efecto, la Sentencia 616/1996, de 30 septiembre, ya declaró que "no es suficiente ser adicto o drogadicto para merecer una atenuación, si la droga no ha afectado a los elementos intelectivos y volitivos del sujeto".

Cierto es que la actual atenuante de drogadicción sólo exige que el sujeto actúe a causa de su grave adicción a las sustancias anteriormente referidas, lo cual no permitirá prescindir absolutamente de este requisito, ya que es obvio que la razón que impera en dicha norma es la disminución de su imputabilidad, consecuencia presumida legalmente, ya que tan grave adicción producirá necesariamente ese comportamiento, por el efecto compulsivo que le llevarán a la comisión de ciertos delitos, generalmente aptos para procurarse las sustancias expresadas (STS. 21.12.99 EDJ 1999/40453 , que declaró que siendo el robo para obtener dinero con el que sufragar la droga una de las manifestaciones más típicas de la delincuencia funcional asociada a la droga, la relación entre adicción y delito puede ser inferida racionalmente sin que precise una prueba específica.

C) Requisito temporal o cronológico, en el sentido que la afectación psicológica tiene que concurrir en el momento mismo de la comisión delictiva, o actuar el culpable bajo los efectos del síndrome de abstinencia, requisito éste que, aún siendo necesario, cabe deducirse de la grave adicción a las sustancias estupefacientes, como más adelante veremos.

Dentro del mismo, cabrá analizar todas aquellas conductas en las cuales el sujeto se habrá determinado bajo el efecto de la grave adicción a sustancias estupefacientes, siempre que tal estado no haya sido buscado con el propósito de cometer la infracción delictiva o no se hubiere previsto o debido prever su comisión (en correspondencia con la doctrina de las "acciones liberae in causa").

D) Requisito normativo, o sea la intensidad o influencia en los resortes mentales del sujeto, lo cual nos llevará a su apreciación como exigente completa, incompleta o meramente como atenuante de la responsabilidad penal, sin que generalmente haya de recurrirse a construcciones de atenuantes muy cualificadas, como cuarto grado de encuadramiento de dicha problemática, por cuanto, como ha declarado la Sentencia de 14 de julio de 1999 EDJ 1999/13530, hoy no resulta aconsejable pues los supuestos de especial intensidad que pudieran justificarla tienen un encaje más adecuado en la exigente incompleta, con idénticos efectos penológicos.

Pues bien la doctrina de esta Sala ha establecido que la aplicación de la exigente completa del art. 20.1 será sólo posible cuando se haya acreditado que el sujeto padece una anomalía o alteración psíquica que le impida comprender la ilicitud de su conducta o de actuar conforme a esa comprensión (STS. 21/2005 de 19.1 EDJ 2005/4956).

La jurisprudencia ha considerado que la drogadicción produce efectos exculpatórios cuando se anula totalmente la capacidad de culpabilidad, lo que puede acontecer bien cuando el drogodependiente actúa bajo la influencia directa del alucinógeno que anula de manera absoluta el psiquismo del agente, bien cuando el drogodependiente actúa bajo la influencia de la droga dentro del ámbito del síndrome de abstinencia, en el que el entendimiento y el querer desaparecen a impulsos de una conducta incontrolada, peligrosa y desproporcionada, nacida del trauma físico y psíquico que en el organismo humano produce la brusca interrupción del consumo o la brusca interrupción del tratamiento deshabitador a que se encontrare sometido (Sentencia de 22 de septiembre de 1999 EDJ 1999/28251).

A ambas situaciones se refiere el art. 20-2º del Código penal EDL 1995/16398, cuando requiere bien una intoxicación plena por el consumo de tales sustancias, impidiéndole, en todo caso, comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

La exigente incompleta, precisa de una profunda perturbación que, sin anularlas, disminuya sensiblemente aquella capacidad culpabilística aun conservando la apreciación sobre la antijuridicidad del hecho que ejecuta.

No cabe duda de que también en la exigente incompleta, la influencia de la droga, en un plano técnicamente jurídico, puede manifestarse directamente por la ingestión inmediata de la misma, o indirectamente porque el hábito generado con su consumo lleve a la ansiedad, a la irritabilidad o a la vehemencia incontrolada como manifestaciones de una personalidad conflictiva (art. 21.1ª CP EDL 1995/16398).

Esta afectación profunda podrá apreciarse también cuando la drogodependencia grave se asocia a otras causas deficitarias del psiquismo del agente, como pueden ser leves oligofrenias, psicopatías y trastornos de la personalidad, o bien cuando se constata que en el acto enjuiciado incide una situación próxima al síndrome de abstinencia, momento en el que la compulsión hacia los actos destinados a la consecución de la droga se hace más intensa, disminuyendo profundamente la capacidad del agente para determinar su voluntad (STS de 31 de marzo de 1997 EDJ 1997/2140), aunque en estos últimos casos solo deberá apreciarse en relación con aquellos delitos relacionados con la obtención de medios orientados a la adquisición de drogas.

La atenuante ordinaria, se describe hoy en el art. 21.2, cuando el culpable actúe a causa de su grave adicción a las sustancias anteriormente mencionadas, de modo que al margen de la intoxicación o del síndrome de abstinencia, y sin considerar las alteraciones de la adicción en la capacidad intelectual o volitiva del sujeto, se configura la atenuación por la incidencia de la adicción en la motivación de la conducta criminal en cuanto realizada "a causa" de aquella (SSTS. 22.5.98 EDJ 1998/3181), y para cuya apreciación no se precisa sino que la adicción sea "grave" y exista relación causal o motivacional entre esa dependencia y la perpetración del concreto delito cometido (STS. 23.6.2004 EDJ 2004/82712).

Por último, cuando la incidencia de la adicción sobre el conocimiento y la voluntad del agente es más bien escasa, sea porque se trate de sustancias de efectos menos devastadores, sea por la menor antigüedad o intensidad de la adicción, más bien mero abuso de la sustancia, lo precedente es la aplicación de la atenuante analógica, arts. 21.6 CP. EDL 1995/16398

DECIMOCUARTO.- Ahora bien, para poder apreciarse la drogadicción sea como circunstancia atenuante, sea como exigente, aún incompleta, es imprescindible que conste acreditada la concreta e individualizada situación del sujeto en el momento comisivo, tanto en lo que concierne a una adicción a las drogas tóxicas o sustancias estupefacientes como el periodo de dependencia y singularizada alteración en el momento de los hechos y la influencia que de ello pueda deducirse sobre las facultades intelectuales y volitivas, sin que la simple y genérica expresiva narrativa de que el acusado era adicto a la cocaína, sin mayores especificaciones y detalles pueda autorizar o configurar circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal en ninguna de sus variadas manifestaciones (SSTS. 16.10.2000 EDJ 2000/32660, 6.2.26.3 EDJ 2003/1595, 25.4.2001 EDJ 2001/8343 y 12.7.2002 EDJ 2002/27817).

En el caso que nos ocupa la sentencia de instancia a la vista de los informes médicos forenses que destacan que no han objetivado problemas neurológicos cerebrales (base biológica), que afectando a las facultades mentales, permitieran apreciar el efecto psiquiátrico o psicológico, esto es, impedimento o disminución de la capacidad para comprender la ilicitud del hecho de secuestrar a otro o que estaba impedido para ser motivado por la norma que prohíbe no lesionar la libertad de deambulación, descarta la apreciación de la exigente del art. 20.1 CP. EDL 1995/16398

Igualmente, descarta la aplicación del art. 20.2 y art. 21.2 CP EDL 1995/16398, por cuanto ni el acusado ni su defensa han sostenido que el día de los hechos hubiera ingerido sustancias, ni tampoco que, siendo drogodependiente, la no ingesta, le hubiera producido síndrome de abstinencia completo o incompleto, añadiendo que sería absolutamente improcedente invocar en razón del tipo de conducta

realizada y la naturaleza del delito, e igualmente la apreciación del art. 20.1, a la vista de los informes de los médicos forenses que destacan que no han objetado problemas neurológicos cerebrales (base biológica) que afectando a las facultades mentales, permitieran apreciar el efecto psiquiátrico o psicológico, esto es, impedimento o disminución de la capacidad para comprender la ilicitud del hecho de secuestrar a otro o que estaba impedido para ser motivado por la norma que prohíbe no lesionar la libertad de deambulación.

Valoración que debe ser mantenida. Lo característico de la drogadicción a efectos penales es que incida como un elemento desencadenante del delito, de tal manera que el sujeto activo debe actuar impulsado por la dependencia de los hábitos de consumo y cometa el hecho para procurarse dinero suficiente para satisfacer sus necesidades de gestión inmediata.

Se trataría así con la atenuación de la responsabilidad de dar respuesta penal a lo que criminológicamente se ha denominado "delincuencia funcional" (SS. 372/99 de 23.2 EDJ 1999/1682 , 484/2005 de 14.4 EDJ 2005/68309). Esta compulsión que busca salida a través de la comisión de diversos hechos delictivos es la que merece la atención del legislador y de los tribunales valorando minuciosamente las circunstancias concurrentes en el autor y en el hecho punible.

En el caso presente dos son los delitos por los que ha sido condenado el recurrente: delito de secuestro, delito de naturaleza permanente en el que sus efectos se mantenían hasta la liberación de la víctima, por lo que admite la participación posterior a la consumación (SSTS. 59/2001 de 23.1 EDJ 2001/2866 , 1400/2003 de 28.10 EDJ 2003/127584), y delito de tenencia ilícita de armas, regulado como infracción de pura actividad formal y de riesgo abstracto y considerado por la doctrina científica y jurisprudencial también como delito permanente en cuanto la situación antijurídica se inicia desde que el sujeto tiene el arma en su poder o su disponibilidad y se mantiene hasta que se desprende de ella, naturaleza de ambas infracciones que hace difícilmente conciliable con la atenuante interesada por cuanto los delitos cometidos implican una dinámica de los hechos que duró bastantes horas, e incluso el móvil del secuestro no fue la obtención de dinero para la financiación del consumo de cocaína, sino lograr por esa vía el pago de una supuesta deuda con el padre de la víctima.

En definitiva en relación a estos delitos (secuestro y tenencia ilícita de armas) concurriría el requisito de la grave adicción, pero no se daría la segunda exigencia impuesta por la norma, ya que ésta exige una relación de conexidad entre esa grave adicción y la actividad ilícita llevada a cabo, esto es lazo de causalidad entre la drogadicción y el delito perpetrado (STS. 407/2003 de 17.3 EDJ 2003/25313), siendo significativo el informe medido forense realizado el 26.10.2005 EDJ 2005/180410 , que si bien concluye respecto a su situación en el momento de los hechos que no es posible extraer conclusión alguna por no haber sido explorado en ese momento, si afirma que no presenta actualmente alteraciones físicas ni psicológicas que afecten a los fundamentos psicobiológicos de la imputabilidad.

DECIMOQUINTO.- La estimación parcial de uno de los motivos conlleva la declaración de oficio de las costas, art. 901 LECri m.).

FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación de José Manuel, con estimación parcial del motivo cuarto por infracción de Ley, con efectos extensivos al imputado no recurrente, Emilio, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Santander, Sección Cuarta, de fecha 17 de noviembre de 2005, en causa seguida contra los mismos por secuestro y tenencia ilícita de armas, y en su virtud casamos y anulamos la misma, declarando de oficio las costas del recurso y dictando a continuación nueva sentencia más ajustada a derecho.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Joaquín Giménez García.- Julián Sánchez Melgar.- Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a ocho de noviembre de dos mil seis.

En la causa que en su día fue tramitada por el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Reinosa, y fallada posteriormente por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Santander, y que fue seguida por delitos de secuestro y tenencia ilícita de armas, contra José Manuel, con DNI. núm. 000, nacido en Sopena de Cabuerniga, el día 30.8.74, hijo de Pedro y de Carmen, en libertad provisional por esta causa de la que estuvo privado desde el día 22 de septiembre hasta el día 5 de noviembre de 2003; la Sala Segunda del Tribunal supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, hace constar los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

Se aceptan los de la sentencia recurrida que han sido incorporados a nuestra sentencia de casación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Tal como se ha razonado en el Fundamento Jurídico séptimo que se da por reproducido no concurre en los hechos la agravación específica prevista en el art. 564.2 CP. EDL 1995/16398

SEGUNDO.- En la individualización de la pena, siguiendo el mismo criterio que la sentencia de instancia, la pena en este delito, conforme al art. 564.1.1 CP. EDL 1995/16398 debe imponerse en su grado mínimo, 1 años de prisión.

PARTE DISPOSITIVA

Que manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Santander, Sección Cuarta, de fecha 17 de noviembre de 2005, la pena correspondiente a los acusados José Manuel y Emilio, por el delito de tenencia ilícita de armas será de un año prisión, inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante esa condena y comiso del arma.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Joaquín Giménez García.- Julián Sánchez Melgar.- Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

Publicación.- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079120012006101119