|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 369/1986 |
| Fecha | de 23 de abril de 1986 |
| Sala | Sección Cuarta |
| Magistrados | Don Ángel Latorre Segura, don Carlos de la Vega Benayas y don Luis López Guerra. |
| Núm. de registro | 1051-1985 |
| Asunto | Recurso de amparo 1.051/1985 |
| Fallo | Por lo expuesto, procede inadmitir el recurso de amparo y archivar las actuaciones. |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. Con fecha 23 de noviembre de 1985 tuvo entrada en este Tribunal Constitucional la demanda de amparo interpuesta por el Procurador don Francisco Pizarro Ramos, en representación de don José Luis de Vilallonga y Cabeza de Vaca, contra la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 18 de octubre de 1985, que lo absolvió por delito de calumnias, por el que había sido condenado, y lo condenó por el de injurias graves hecho por escrito y con publicidad en perjuicio de S.A.R. don Alfonso de Borbón y Dampierre.

La Audiencia Provincial de Barcelona, por Sentencia de 9 de marzo de 1983, condenó, como queda dicho, al recurrente por el delito de calumnia cometido por escrito y con publicidad [arts. 453 y 454 del Código Penal (C.P.)]. En dicha Sentencia se entendió que las manifestaciones del demandante publicadas en la revista «Interviú», de 22-28 de diciembre de 1977, y referentes a la forma en que se habrían financiado los fines de semana que S.A.R. don Alfonso de Borbón pasaba con su esposa en Baqueira-Beret, mientras era Presidente del Instituto de Cultura Hispánica, constituían delito de calumnia, de la misma manera que lo entendieron, en su momento, la acusación privada y el Ministerio Fiscal.

Dicha Sentencia fue recurrida en casación por el acusador privado y por el condenado. Este recurso fue resuelto por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, mediante la Sentencia de 18 de octubre de 1985, que casó y anuló la dictada por la Audiencia. En la misma fecha, el Tribunal Supremo dictó segunda Sentencia en la que condenó al ahora demandante de amparo por delito de injurias previsto en los arts. 457, 458.2 y 4, 459, párrafo primero, y 463 del C.P., imponiéndole las costas y la obligación de indemnizar al injuriado en la suma de 500.000 pesetas.

En su fundamentos, la Sentencia del Tribunal Supremo sostiene, en primer lugar, que dada la relación existente entre los delitos de calumnia e injuria, es posible «cambiar el título de imputación sin necesidad de hacer uso de las facultades conferidas por el art. 733 de la L.E.Cr.». Además, estimó que las expresiones contenidas en el artículo que motivó la querella no importaban, dada su vaguedad y carácter genérico, la comisión del delito de calumnia, sino, de injurias.

La demanda de amparo alega la violación del art. 24.1 y 2 de la Constitución Española por entender que la Sentencia del Tribunal Supremo, al condenar al recurrente por el delito de injurias, produce su indefensión, lesionando, además, su derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa.

Básicamente, sostiene el demandante, respecto de su defensión, que al haber sido acusado por calumnia no pudo alegar la prescripción del delito de injurias, lo que hubiera podido hacer de ser acusado por este último delito. Tal proceder importaría, agrega, que se ha conculcado el derecho de defensa contradictoria, pues no puedo oponer como artículo de previo y especial pronunciamiento la prescripción de la injuria.

Asimismo, alega la demanda que no pudo valerse de pruebas pertinenetes para su defensa, pues no pudo ofrecer la prueba del transcurso del tiempo determinante de la prescripción.

2. Por providencia de 18 de diciembre de 1985, se acordó requerir la remisión de las actuaciones penales al Juzgado de Instrucción núm. 9 de Barcelona, Sección Primera de la Audiencia Provincial de dicha capital y Sala Segunda del Tribunal Supremo.

3. Por nueva providencia de 12 de marzo de 1986, se tuvo por comparecido al Procurdor señor Pizarro Ramos en nombre de don José Luis de Vilallonga y Cabeza de Vaca. Y se hizo saber la posible concurrencia del motivo de inadmisión previsto en el art. 50.2 b) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), de carecer la demanda manifiestamente de contenido constitucional que justifique una decisión por parte del Tribunal Constitucional.

4. La parte recurrente, en su escrito de alegaciones de 2 de abril de 1986, insiste en los mismos argumentos expuestos en su demanda.

5. Por su parte, el Ministerio Fiscal, en fecha 7 de abril de 1986, indica que la Sentencia combatida, en su primer fundamento, razona el cambio de naturaleza jurídica que han experimentado los delitos de calumnia o injurias como consecuencia de la Ley 62/1978, de protección de los derechos fundamentales, lo que permite abandonar la anterior doctrina jurisprudencial de que, tratándose de delitos privados, sólo perseguibles a instancia del perjudicado, el Tribunal no podia cambiar el título de la imputación, de suerte que, si se acusaba por uno de ellos, no se podía, sin el plantamiento de tesis previsto en el art. 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (L.E.Cr.), variar la calificación jurídico penal efectuada por la parte acusadora. Ahora, al ser delitos semipúblicos, con intervención preceptiva del Ministerio Fiscal cuando se realizase por medios de difusión, como es el caso, el juzgador puede cambiar la calificación, sin alterar los hechos, claro es, y siempre, como se recoge en la Sentencia, que no se pene por delito más grave ni se cambie de injuria a calumnia, pues ésta permite la prueba de las imputaciones, lo que, salvo excepciones, no se permite en aquéllas.

Tampoco es base suficiente para pretender el amparo constitucional alegar que no se ha podido probar -determinando ello indefensión- algo que ni siquiera se afirma que exista. Por eso, sin entrar en otras consideraciones que quizás pudieran igualmente llevar a la improcedencia de la pretensión que ahora se formula, basta ésta de que se deduce una petición para algo hipotético -probar lo que no se dice que concurra- para considerar que estamos ante un recurso de amparo de carácter hipotético, cautelar, que, según la línea sostenida por la jurisprudencia de este Tribunal, no es posible plantear.

Finalmente añade que lo dicho es aplicable también a la alegada vulneración del derecho a valerse de las pruebas pertinentes. Aparte de que nadie ha impedido utilizar ningún medio de prueba, porque en ningún momento se pidió. Ocurre que la invocación de este derecho es una reiteración innecesaria, hecha ya la del derecho a la defensa forense. Termina solicitando la inadmisión del recurso de amparo conforme a lo dispuesto en el art. 50.2 b) de la LOTC.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. El derecho de defensa, como lo viene sosteniendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, no se ve afectado cuando la acusación se produce por un hecho punible agravado y la condena se pronuncia por el hecho punible básico, con el que el agravado coincide totalmente, salvo las circunstancias determinantes de la agravación.

En tales casos es evidente que el acusado tuvo la posibilidad de contradecir tanto las subsunciones del hecho bajo el tipo agravado como bajo el tipo básico (en este sentido STC 105/1983 y ATC 338/1983, entre otros).

2. La alegación del recurrente, según la cual su indefensión se habría producido porque, al haber sido acusado por calumnias, no pudo articular la defensa de prescripción de la injuria, no resulta, por otra parte, atendible, pues, en primer lugar, la prescripción, de existir, puede apreciarla de oficio el Tribunal, y nada impedía al demandante, una vez rechazada la acusación por calumnia, es decir, por la forma agravada del delito, sostener que el hecho no resultaba perseguible tampoco por el tipo básico (las injurias).

En cuanto a la prueba de la prescripción, como es claro, depende de la comprobación de la fecha de la publicación y de la fecha de la iniciación de las actuaciones.

Dichas fechas constan en el sumario instruido, que fue prueba producida en el juicio oral, según consta en acta del mismo, de 7 de marzo de 1983. Por lo tanto, cabe concluir que la prueba del tiempo relevante para juzgar sobre la prescripción fue producida, aunque, no considerada en la Sentencia porque el recurrente, pudiendo hacerlo, no articuló la cuestión y porque el Tribunal, dadas las fechas de la consumación y la iniciación de las actuaciones, no tuvo motivo alguno para plantearla de oficio.

ACUERDA

Por lo expuesto, procede inadmitir el recurso de amparo y archivar las actuaciones.

Madrid, a veintitrés de abril de mil novecientos ochenta y seis.