|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 244/1995 |
| Fecha | de 22 de septiembre de 1995 |
| Sala | Sección Segunda |
| Magistrados | Don José Vicente Gimeno Sendra, don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera y don Javier Delgado Barrio. |
| Núm. de registro | 3140-1992 |
| Asunto | Recurso de amparo 3.140/1992 |
| Fallo | En virtud de lo expuesto, la Sección acuerda la inadmisión de la demanda y el archivo de las actuaciones. |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. Mediante escrito presentado en el Juzgado de Guardia el 15 de diciembre de 1992 y registrado en este Tribunal al día siguiente, la Procuradora de los Tribunales doña Montserrat Gómez Hernández, en nombre y representación de don José Manuel Brito Rodríguez, interpuso recurso de amparo contra la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 1992, por la que se desestimaba el recurso de casación planteado contra la Sentencia de la Sala Segunda de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria de 22 de junio de 1991.

2. El recurso se basa en los siguientes hechos:

a) Con fecha de 22 de junio de 1991, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria dictó una Sentencia en la que condenaba al hoy demandante de amparo, como autor responsable de un delito de rapto del art. 440.1 C.P., a la pena de seis años y un día de prisión mayor, con las accesorias correspondientes, y a satisfacer a doña Blanca Agueda Jiménez Padrón, en forma solidaria junto con los otros dos condenados, la cantidad de 300.000 pesetas en concepto de indemnización. En dicha Sentencia se absolvía a los tres procesados de los delitos de violación que asimismo les habían sido imputados.

b) Presentado recurso de casación contra la anterior resolución, fue desestimado por la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 1992, notificada al hoy demandante de amparo el día 19 de ese mismo mes y año.

3. La representación del recurrente estima que las Sentencias impugnadas han vulnerado sus derechos a la tutela judicial efectiva sin indefensión, a la defensa, a la utilización de los medios de prueba pertinentes, a un proceso público con todas las garantías y a la presunción de inocencia, todos ellos reconocidos en los apartados 1 y 2 del art. 24 de la C.E.

En apoyo de dichas pretendidas vulneraciones, se argumenta en la demanda: 1) que habiendo sido acusado inicialmente el recurrente en instancia de un delito de violación, su defensa estuvo en todo momento dirigida a descartar tal calificación, viéndose sorprendida por la posterior atribución de un delito de rapto en una fase procesal en la que ya no cabía aportar pruebas de descargo tendentes a desvirtuar esa nueva imputación; 2) que nunca fue acusado del delito de detención ilegal por el que fue condenado en sede de casación, con la consiguiente imposibilidad de defenderse frente a la atribución de un delito que, por lo demás, no presenta homogeneidad alguna con el delito de rapto por el que fue condenado en instancia, ya que uno y otro no sólo están ubicados en distintos títulos del Código Penal sino que protegen bienes jurídicos diversos; 3) que incluso en la hipótesis de que se tratara de delitos homogéneos, el recurrente habría tenido derecho a que se le impusiera la pena establecida en el art. 480.3 C.P. y no la prevista en el art. 480.1, con lo que no se produciría esa identidad entre las penas respectivamente previstas para los delitos de rapto y de detención ilegal en que parece descansar el cambio de calificación operado por el órgano casacional; y 4) que no hubo en el proceso prueba suficiente de que el demandante de amparo, puesto de acuerdo con los otros dos coprocesados, engañase a la supuesta víctima del delito provocando de esta suerte que subiera al coche en el que viajaban los tres, todo ello con el propósito de yacer con ella.

En consecuencia, se pide a este Tribunal que anule las Sentencias recurridas y que, entretanto, suspenda la ejecución de las mismas.

4. Por providencia de 18 de enero de 1993, la Sección Primera acordó tener por interpuesto el recurso de amparo promovido por don José Manuel Brito Rodríguez y conceder a la Procuradora de los Tribunales Sra. Gómez Hernández un plazo de diez días para que acreditase su representación, lo que así hizo mediante escrito presentado en el Juzgado de Guardia el 29 de enero de 1993 y registrado en este Tribunal el 1 de febrero de ese mismo año. Por otra providencia de fecha 19 de abril de 1993, la Sección acordó conceder al Ministerio Fiscal y al solicitante de amparo un plazo de diez días para que alegasen cuanto estimaran pertinente en relación con la posible existencia del siguiente motivo de inadmisión: carecer la demanda manifiestamente de contenido que justifique una decisión por parte del Tribunal Constitucional.

5. En escrito de alegaciones presentado en el Juzgado de Guardia el 3 de mayo de 1993 y registrado en este Tribunal el día 5 de ese mismo mes y año, la representación del recurrente insistía en esencia en las ya formuladas en la demanda. Por su parte el Ministerio Fiscal, en escrito registrado con fecha de 4 de mayo de 1993, señalaba la falta de elementos documentales suficientes para poder examinar el motivo consistente en una pretendida infracción del principio acusatorio, razón por la que solicitaba la suspensión del trámite hasta tanto fueran remitidas las actuaciones por los órganos judiciales de instancia y casación.

6. Por providencia de 17 de mayo de 1993, la Sección acordó tener por recibidos los anteriores escritos y, de conformidad con lo solicitado por el Ministerio Fiscal, requerir a los órganos judiciales competentes para que en el plazo de diez días enviasen testimonio del conjunto de las actuaciones. Por otra providencia de 5 de julio de 1993, la Sección tuvo por recibidas las citadas actuaciones, concediendo al Ministerio Fiscal y al solicitante de amparo un nuevo plazo de diez días para formular alegaciones.

7. Por escrito de fecha 16 de julio de 1993, el Ministerio Fiscal interesaba la inadmisión del presente recurso de amparo por estimar concurrentes los motivos previstos a este respecto en el art. 44.1 a) y c) de la LOTC.

A su juicio, no son de recibo las alegaciones basadas en una pretendida vulneración del principio acusatorio por parte de la Sentencia de instancia por cuanto el recurrente no las hizo valer en su momento en vía judicial ordinaria. En efecto, según se desprende del acta de la vista oral, la defensa no manifestó reacción alguna ante la modificación de las tesis acusadoras en fase de conclusiones definitivas, ni adujo nada en dicho sentido en los escritos de preparación y formulación del recurso de casación, en los que únicamente se refería a la lesión del derecho fundamental a la presunción de inocencia, sin discutir ni tan siquiera aludir a la condena por rapto. Por lo que se refiere a la infracción del principio acusatorio que el recurrente atribuye a la Sentencia dictada en sede de casación por haber variado el título de imputación, considera el Ministerio Fiscal que dicha afirmación es técnicamente inexacta ya que en su parte dispositiva se desestima el recurso presentado, lo que supone la confirmación de la Sentencia de instancia. Es cierto, sin embargo, que en uno de sus fundamentos jurídicos se concluye que la calificación correcta debería haber sido a título de detención ilegal y no de rapto, pero no ha de olvidarse que elemento común a ambos delitos es la privación de libertad de la víctima, extremo éste que fue ampliamente debatido en el proceso. Por lo demás, no sólo la pena prevista para ambos delitos es idéntica, sino que entre uno y otro existe esa homogeneidad que el Tribunal Constitucional exige para que pueda procederse a una modificación del título de imputación sin con ello infringir el principio acusatorio.

8. Por su parte la representación del recurrente se limitó en idéntico trámite, mediante escrito registrado el 17 de julio de 1993, a añadir ciertos elementos argumentales a las alegaciones ya formuladas con anterioridad, insistiendo en que el Sr. Brito no tuvo en ningún momento oportunidad de defenderse de la acusación a título de delito de rapto y, mucho menos, de la ulterior imputación de un delito de detención ilegal. Destaca, entre dichos argumentos adicionales, la invocación ex novo de una pretendida vulneración del art. 17.1 y 3 C.E. por haberse impuesto al solicitante de amparo una condena a pena privativa de libertad por motivos para él desconocidos y, en todo caso, distintos de aquellos por los que fue detenido.

9. A la vista de las alegaciones del Ministerio Fiscal referentes a la falta de invocación previa de algunos de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados por la Sentencia de instancia, la Sección acordó por providencia de 28 de julio de 1994 conceder a la representación del recurrente un plazo de diez días para formular alegaciones sobre la posible existencia de la causa de inadmisión prevista en el art. 50.1 a) de la LOTC, en relación con el art. 44.1 c) de la misma, exigiéndole, por otro lado, en su caso, justificar documentalmente dicha invocación mediante la aportación de los escritos de preparación y formulación del recurso de casación.

10. Con fecha de registro en el Tribunal de 13 de septiembre de 1994, la Procuradora Montserrat Gómez Hernández presentó el escrito de alegaciones y la documentación requerida por el Tribunal. Por providencia de 19 de septiembre de 1994, y en aplicación del art. 50.5 LOTC, la Sección acordó conceder a la representación del recurrente un plazo de seis días para subsanar los defectos apreciados en el escrito y documentación aportada por la representación del recurrente, consistentes en su ilegibilidad y en la falta de copias. Mediante escrito registrado en el Tribunal con fecha de 26 septiembre de 1994, la Procuradora Montserrat Gómez Hernández solicitó una ampliación de dicho plazo, a la que accedió la Sección por providencia de 24 de octubre 1994, otorgándole un nuevo y último plazo de seis días para proceder a la subsanación.

11. El 3 de noviembre de 1994 tuvieron entrada en el Tribunal el escrito de alegaciones de la representación del recurrente y la documentación requerida sin los defectos inicialmente apreciados. Frente a la afirmación del Ministerio Fiscal de no haberse planteado con motivo de la casación la pretendida vulneración por la Sentencia de instancia del principio acusatorio, la representación del recurrente alega haberlo hecho, si bien «de forma genérica», mediante la mención que se hace en el escrito de preparación del recurso de casación del art. 24 C.E., que comprende no sólo la presunción de inocencia sino también las demás garantías procesales, entre las que se encuentra el respeto al principio acusatorio.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. Como ya anunciábamos en nuestra providencia de 5 de julio de 1993, la presente demanda carece de contenido constitucional que justifique una decisión del Tribunal sobre el fondo de la misma. Pero antes debemos constatar la concurrencia de otra causa de inadmisión respecto de algunos de los motivos de amparo alegados por la representación del recurrente.

En efecto, del examen de las actuaciones se deduce que la única vulneración de derechos fundamentales que el recurrente atribuyó en su momento a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria de 22 de junio de 1991 fue la del derecho a la presunción de inocencia, explicitada en el motivo segundo de su recurso de casación. Por consiguiente, han de descartarse ab initio los restantes motivos de amparo que se invocan ahora frente a la Sentencia de instancia, ya que, respecto de los mismos concurre la causa de inadmisión prevista en el art. 50.1 a) en relación con el art. 44.1 c), ambos de la LOTC.

Ello afecta, en concreto, a la invocación como lesionados en la instancia de los derechos a conocer de la acusación, a la defensa, a la utilización de los medios de prueba pertinentes y a un proceso con todas las garantías, cuya vulneración se reprocha al órgano judicial a quo por el hecho de haber condenado al recurrente como autor de un delito de rapto del que por primera vez fue acusado por el Ministerio Fiscal en fase de conclusiones definitivas, lo que habría tenido como consecuencia que, habiéndose instruido la causa inicialmente sólo por delito de violación, la representación del recurrente se viera sorprendida por esa nueva calificación en un momento en el que ya no podía presentar pruebas de descargo frente a ella.

Este Tribunal viene declarando, de manera uniforme y reiterada, que el recurso de amparo constitucional es un remedio procesal cuyo carácter subsidiario impide que pueda utilizarse directamente sin haber invocado previamente ante los órganos judiciales ordinarios los derechos fundamentales supuestamente vulnerados, dándoles así ocasión de pronunciarse sobre ello y reparar, si así procediera, las vulneraciones que resultaren haberse cometido. También ha declarado que, a tal efecto, lo decisivo no es el nomen iuris o mención expresa del precepto constitucional supuestamente vulnerado, sino que la cuestión se plantee ante la jurisdicción ordinaria en términos tales que permitan a ésta individualizar la denuncia de vulneración y proceder, en consecuencia, a resolverla (entre otras, SSTC 246/1991, 105/1993 y 78/1994). Y, por último, también ha declarado que la flexibilidad a la hora de apreciar el cumplimiento de la exigencia de la previa invocación no puede llegar a anularla prácticamente, admitiendo como válidos para satisfacerla planteamientos en la vía ordinaria implícitos, presumibles o sobreentendidos, pues lo contrario supondría desvirtuar la naturaleza subsidiaria del recurso de amparo (así, STC 77/1989).

Esto último es lo que ocurre en el caso presente. Como bien señala el Ministerio Fiscal, de la lectura de los escritos de preparación y formulación del recurso de casación se deduce claramente que la única vulneración de derechos fundamentales achacada entonces a la Sentencia de instancia fue la relativa a la presunción de inocencia. En cambio, ninguna invocación se hacia a una posible vulneración en la instancia del principio acusatorio por las razones ahora expresadas en la demanda de amparo, y sobre la misma tampoco se pronunció el Tribunal Supremo en su Sentencia de casación. La representación del recurrente alega haberla invocado «de forma genérica», mediante la mención que se hace en el escrito de preparación del recurso de casación del art. 24 C.E., como comprensivo que es no solo de la presunción de inocencia sino también de las demás garantías procesales, entre las que se encuentra el respeto al principio acusatorio. Sin embargo, conforme a la doctrina antes reseñada, la simple cita del art. 24 C.E. que se contiene en tal escrito, y que bien puede entenderse hecha en relación con la alegada vulneración de la presunción de inocencia, no es suficiente para entender planteada la vulneración por la instancia del principio acusatorio en términos que permitieran un examen de esta cuestión por el Tribunal Supremo.

En consecuencia, nuestro examen acerca del contenido constitucional del recurso de amparo habrá de ceñirse a la alegada vulneración del derecho a la presunción de inocencia, que ya fue aducida en el escrito de formulación del recurso de casación, y a la infracción del principio acusatorio que se reprocha a la Sentencia dictada en sede de casación por haber procedido a la modificación del título de imputación en el que se basó la condena impuesta al recurrente en instancia.

2. Por lo que se refiere a la primera de dichas pretendidas vulneraciones, considera el recurrente que en el caso de autos no ha habido prueba suficiente de que la supuesta víctima del delito de rapto por el que fue condenado en instancia fuese objeto de un engaño para conseguir que subiera al vehículo en el que viajaba el Sr. Brito en unión de los otros dos condenados. A este respecto, se subrayan en la demanda los siguientes datos: a) que la Sra. Jiménez Padrón, mujer de 42 años habitualmente dedicada al ejercicio de la prostitución, se encontraba en una zona conocida públicamente como lugar de practica de tráfico carnal y de drogas cuando fue abordada por el solicitante de amparo y sus dos acompañantes; b) que subió voluntariamente al coche en el que viajaban los tres procesados, accediendo asimismo posteriormente a realizar el acto sexual con dos de ellos, previo pacto del precio a cobrar por sus «servicios», que, según reconoce el demandante, no llegó a cobrar; c) que la denunciante padece una neurosis especial, según queda recogido en la Sentencia de instancia; y d) que, tras producirse el yacimiento, fue el propio recurrente quien la condujo de vuelta a su casa.

Todas estas consideraciones están claramente dirigidas a manifestar la falta de credibilidad de la declaración incriminatoria de la perjudicada y, por consiguiente, a negar todo valor probatorio a dicho testimonio. Mas frente a ello no cabe olvidar que este Tribunal ha declarado en reiteradas ocasiones que la declaración del perjudicado, prestada con las debidas garantías, puede constituir prueba de cargo suficiente a efectos de desvirtuar la presunción de inocencia inicialmente obrante a favor de todo acusado de un delito o falta (entre otras, SSTC 201/1989, 211/1991, 229/1991 y 64/1994), y que corresponde al juzgador de instancia, dada su situación de inmediación en relación con las pruebas practicadas, decidir en conciencia acerca de la mayor o menor verosimilitud que dicho testimonio le merece. Así lo hizo en el caso de autos, aportando una extensa argumentación al objeto de fundamentar su convicción acerca de la falta de prueba suficiente en relación con la denuncia presentada en contra de los tres procesados a título del delito de violación, y para justificar, en cambio, su condena como autores de un delito de rapto sobre la base del testimonio de doña Blanca Agueda Jiménez Padrón, que, en este punto concreto, le pareció verosímil por las razones expuestas en los fundamentos jurídicos tercero y cuarto de la Sentencia de 22 de junio de 1991. No puede, por consiguiente, reprocharse vulneración alguna del derecho a la presunción de inocencia a las Sentencias recurridas.

3. Por lo que se refiere a la infracción del principio acusatorio que se reprocha a la Sentencia dictada en sede de casación, ha de recordarse que, según ya ha declarado este Tribunal en similares ocasiones, la posibilidad de que quien ha sido acusado en un proceso penal por un determinado delito o falta sea luego condenado por otro, tanto si se produce el cambio de calificación jurídica en apelación como si se produce, como aquí sucede, en casación, no vulnera los derechos a conocer la acusación y a la defensa siempre y cuando: 1) se dé una identidad del hecho punible entre el señalado por la acusación y el que es objeto de la nueva calificación jurídica; 2) ambos delitos o faltas sean «generalmente homogéneos» o de una misma naturaleza, esto es, constituyan modalidades distintas pero cercanas dentro de la tipicidad penal, de tal suerte que, estando contenidos todos los elementos del segundo tipo en el tipo delictivo objeto de la acusación, no haya en la condena ningún elemento nuevo del que el acusado no haya podido defenderse; y 3) la condena sea por delito de igual o menor gravedad que los señalados en los escritos de calificación (SSTC 12/1981, 105/1983, 104/1986 y 10/1988, y AATC 84/1991 y 3/1993)

Trasladada la anterior doctrina al caso de autos, resulta indudable, a la vista de que la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo arranca de los hechos declarados probados en la Sentencia de instancia, que el primero de los requisitos apuntados se ha visto cumplido. También puede estimarse concurrente el segundo, habida cuenta de que un sector importante de la doctrina penal entiende que los delitos de detención ilegal y de rapto, si bien están ubicados en distintos lugares del Código penal, afectan a un mismo bien jurídico, distinguiéndose únicamente por la exigencia de un especial elemento subjetivo del injusto en este último, consistente en la finalidad de atentar contra la libertad sexual de la raptada. Hasta tal punto ello es así, que se ha llegado a aconsejar la supresión del delito de rapto por considerarse que el tipo del injusto de este delito está ya abarcado por el de las detenciones ilegales o el de la sustracción de menores, con el que entrarían en concurso los posibles atentados que contra la libertad sexual se cometieran con motivo u ocasión de esos ataques contra la libertad de las personas. De acuerdo con ello, el delito de rapto no sería sino una detención ilegal caracterizada por la presencia de un ánimo especifico de atentar contra la libertad sexual del sujeto pasivo, por lo que podría afirmarse la existencia de una homogeneidad sustancial entre ambos delitos.

Finalmente, habría asimismo que considerar presente el tercero de los requisitos exigidos por la jurisprudencia constitucional para que el cambio de calificación jurídica no entrañe una quiebra del principio acusatorio, toda vez que el tipo básico del delito de detenciones ilegales que la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 1992 estima realizado en el caso de autos merece la misma sanción que la que corresponde al delito de rapto.

En consecuencia, el cambio de calificación jurídica operado por la Sentencia dictada en sede de casación al sustituir la mantenida en instancia a título de rapto por la de detención ilegal, por estimar esta última más correcta en atención al criterio de que el tipo contenido en el art. 440 C.P. no puede ser cometido mediante engaño (criterio que, si bien podría resultar discutible ante la jurisdicción ordinaria, constituye una cuestión de mera legalidad no susceptible de revisión en esta vía de amparo), no puede estimarse constitutivo de una infracción del principio acusatorio ni del derecho a la defensa.

ACUERDA

En virtud de lo expuesto, la Sección acuerda la inadmisión de la demanda y el archivo de las actuaciones.

Madrid, a veintidós de septiembre de mil novecientos noventa y cinco.