BASE DE DATOS DE Norma CEF.-
Referencia: NCJ066319

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 849/2022, de 27 de octubre de 2022
Sala de lo Penal
Rec. n.º 5572/2020

SUMARIO:

Delito de extorsión. Delito de amenazas. Diferencias. Delito de usurpación. Diferencias entre el delito de extorsión del artículo 243 CP y delito de amenazas condicionales lucrativas del artículo 169.1.º CP. La conducta de usurpación penalmente significativa no viene determinada solo porque el destinatario del engaño crea que el sujeto activo del delito reúne la condición de autoridad o funcionario. Además, debe exigirse que la errónea representación sea consecuencia de la realización de actos propios de dicha condición o sólo entendibles en el marco de la actuación profesional pública de la autoridad o funcionario. La necesidad de identificar un marco de referencia. No parece cuestionable que el delito de extorsión del artículo 243 y el de amenazas del artículo 169.1.º, ambos, CP comparten elementos de tipicidad, tanto objetivos como subjetivos, y finalidades de protección de bienes jurídicos coincidentes. Lo que sugiere un genuino concurso de normas cuya superación obliga a acudir a las reglas del artículo 8 CP. En particular, a la de especialidad. El delito de extorsión se define doctrinalmente como un «delito de encuentro» porque el sujeto pasivo/perjudicado es obligado a realizar un acto o negocio jurídico con valor económico del que resulta un perjuicio bien para el extorsionado o bien para un tercero. Modalidad de acción cooperativa que permite distinguirlo con suficiente nitidez del robo intimidatorio o violento. Además, la consumación se produce desde que se compele al sujeto pasivo a «realizar u omitir un acto jurídico en perjuicio de su patrimonio». Por su parte, el delito de amenazas condicionales con contenido lucrativo se caracteriza porque la causación del mal anunciado a la persona amenazada se hace depender de una condición, es decir, de un acontecimiento futuro cuya realización depende de la voluntad del sujeto pasivo. La condición puede ser lícita o ilícita, lucrativa o no lucrativa. Las diferencias entre la extorsión y las amenazas lucrativas se han situado en la inmediatez del mal conminado para la obtención del resultado buscado. Así, mientras que en el delito de extorsión se exige una relación directa entre la intimidación o violencia empleada y el objeto de la acción -que el sujeto pasivo otorgue el acto o el negocio jurídico-, en el delito de amenazas lucrativas la inmediatez del mal se difiere más en el tiempo. De igual modo, en atención al alcance de la condición establecida o del propósito conminatorio deberá calificarse como extorsión si la conducta esperada del sujo pasivo es el otorgamiento de un acto o negocio de apariencia jurídica -con independencia de que resulte nulo-, mientras que será amenaza lucrativa si lo que se pretende obtener es cualquier otra prestación, bien o activo con valor económico pero sin forma jurídica.

En el delito leve de uso de uniforme, trajes o insignias que atribuyan carácter oficial del artículo 402 bis CP (antigua falta del artículo 637 CP), el tipo no castiga la mera utilización de los distintivos a los que se refiere. Debe exigirse, además, que por las condiciones situacionales de uso le atribuyan a quien los utiliza el carácter oficial que, a modo de resultado, reclama la fórmula normativa empleada. La ubicación del tipo en el capítulo IV del Título XVIII, dedicado a la usurpación de funciones públicas, obliga a identificar una intención específica de arrogarse la dignidad, empleo u oficio que los elementos materiales referidos en el tipo simbolizan, usándolos como si fueran propios. Lo que dota a la acción del potencial de lesividad del bien jurídico protegido.

Respecto del delito de falsedad en documento oficial del artículo 392 CP con relación a placas y carnés con los que se pretende hacer creer la pertenencia al Centro Nacional de Inteligencia, la sentencia omite toda información sobre el grado de idoneidad para hacerse pasar por verdaderos en el concreto sector del tráfico donde estos por lo normal operan. No basta que se establezca como probado que las placas y los documentos de identificación no se correspondían con documentos oficiales auténticos. Para subsumir la conducta en el tipo del artículo 392 CP debe describirse, además, el grado de correspondencia o similitud con el documento oficial para, a partir de ahí, poder valorar normativamente, en la fundamentación jurídica, si la acción falsaria comprometió o no los fines de protección del delito de falsedad en documento oficial, justificándose, a la postre la severa respuesta penal que contempla.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 169, 243, 392, 395, 402 y 402 bis.

PONENTE:

Don Javier Hernández García.

Magistrados:

Don MANUEL MARCHENA GOMEZ
Don ANDRES PALOMO DEL ARCO
Doña CARMEN LAMELA DIAZ
Don LEOPOLDO PUENTE SEGURA
Don JAVIER HERNANDEZ GARCIA

T R I B U N A L S U P R E M O

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 849/2022

Fecha de sentencia: 27/10/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 5572/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 26/10/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García

Procedencia: Audiencia Provincial de Almería. Sección Segunda

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

Transcrito por: IGC

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 5572/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 849/2022

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Andrés Palomo Del Arco
D.ª Carmen Lamela Díaz
D. Leopoldo Puente Segura
D. Javier Hernández García

En Madrid, a 27 de octubre de 2022.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de precepto constitucional, infracción de ley y quebrantamiento de forma número 5572/2020, interpuesto por D. Sergio , representado por la procuradora Dª. Montserrat de los Ángeles Baeza Cano, bajo la dirección letrada de D. Iván García Navarro, D. Vidal representado por el procurador D. Juan Barón Carretero, bajo la dirección letrada de D. Enrique Francisco Ocaña Gámiz, D. Salvador representado por el procurador D. Juan Antonio Velo Santamaría, bajo la dirección letrada de D. Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles y D. Carlos María , representado por la procuradora Dª. María Aranzazu López Orejas, bajo la dirección letrada de D. José Martín García contra la sentencia n.º 369/2019 dictada el 24 de septiembre de 2019 y aclarada por auto de fecha 6 de noviembre, por la Audiencia Provincial de Almería, Sección Segunda.

Interviene el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Javier Hernández García.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El Juzgado de Instrucción núm. 1 de Almería instruyó Procedimiento Abreviado 219/2013 (DP 452/2013), por un delito de pertenencia a grupo criminal, tres delitos de extorsión en grado de tentativa, dos delitos de usurpación de funciones públicas, dos delitos de falsificación de documento oficial y una falta contra el orden público contra Victorio, Sergio, Carlos María, Jesús Carlos, Juan Carlos, Vidal, e Salvador; una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Almería, cuya Sección Segunda (Rollo P.A. núm. 16/2018) dictó Sentencia número 369/2019 en fecha 24 de septiembre de 2019 que contiene los siguientes hechos probados:

""Los acusados Jesús Carlos; Juan Carlos y Sergio, los tres mayores de edad y sin antecedentes penales, todos ellos afincados en la ciudad de Almería mantenían en el año 2012 una estrecha relación de índole personal en la que se incluían intereses económicos comunes.

En agosto de ese año, a través de Sergio, los anteriores contactaron con Salvador, mayor de edad y sin antecedentes penales, y a través de éste con el resto de acusados. Todos los acusados venían dedicándose a la realización de los más diversos negocios inmobiliarios, hoteleros e intermediaciones varias.

No consta que los acusados formaran un grupo criminal destinado a la comisión de hechos ilícitos.

1. No obstante, la relación y las reuniones entre Sergio, Juan Carlos, Jesús Carlos e Salvador eran frecuentes, sobre todo entre los tres primeros, debido a su residencia en Almería.

En una de ellas, en la que al menos se encontraban Salvador y Jesús Carlos, el primero hizo alusión a que sabía que un ciudadano de Almería, en concreto Aureliano disponía de 128.498.700 dinares irquíes, todo ello a pesar de no conocerlo y sin que conste como recibió esa información.

Jesús Carlos se ofreció a ponerse en contacto con el Sr. Aureliano, pues era conocido suyo, lo que hizo de forma inmediata.

Una vez puesto en contacto con el Sr. Aureliano, éste accedió a tener una reunión con Jesús Carlos y otra persona en el despacho profesional de Juan Carlos en la ciudad de Almería, dónde acudió otra persona no identificada.

También accedió a ir a Madrid con Jesús Carlos y con Sergio, dónde conoció a Salvador y a Victorio, mayor de edad y sin antecedentes penales, otorgando un poder notarial a favor de éste último para que gestionase la venta de los mencionados dinares, los cuales estaban depositados en una empresa de seguridad, y que había adquirido en representación de la sociedad limitada Segaly en 1996, de los que sólo 60000 pertenecían al Sr. Aureliano.

A pesar de constarle al menos a Salvador que no era viable la venta de los dinares, informaron a Aureliano pertenecer a un importante grupo del gobierno con poder para gestionar la venta en Estados Unidos, que según ellos era el único país autorizado para tal operación, y le dieron indicaciones sobre la apertura de una cuenta en Suiza.

Al no querer realizar Aureliano la operación de esa forma y dudando de Salvador, ya que incluso Jesús Carlos le advirtió que no veía clara la operación, no captó ir a Suiza.

Al ver frustrada la operación, Salvador y Vidal, contactan con Sergio, para que les concierte una cita con Aureliano, sin que conste que Sergio conociese cuales eran los planes de los dos citados. La misma ocurre en la cafetería Venice, de Aguadulce, el 25 de enero de 2013, dónde no acude Sergio, y lo hacen Salvador y Vidal, mayor de edad y sin antecedentes penales, quién manifestó llamarse Sr. Pedro Miguel y pertenecer a un cuerpo de inteligencia del Estado, siendo capitán del ejército.

En la misma, tanto Salvador como Vidal mostraron a Aureliano unas placas de identificación del CNI que aparentaban ser oficiales y manifestaron en tono amenazador a éste, y con ánimo de obtener un beneficio

económico injusto, que la tenencia de los dinares era ilegal que no estaba ya en prisión por deferencia al señor Jesús Carlos y que o renunciaba a la mercancía y les entregaba además a ellos 200.000 € en metálico en unas horas o procedían a su detención inmediata, trasladándolo a Madrid, no sin antes advertirle de que el teléfono que portaba estaba intervenido por ellos y que en todo caso a la única persona a la que debía de telefonear era a Jesús Carlos.

Aureliano prometió volver en el plazo marcado, marchándose del lugar atemorizado por lo sucedido y con la convicción de no regresar. Acto seguido efectúo una llamada a Jesús Carlos preguntando a éste si las personas con las que se había entrevistado eran quiénes decían ser, confirmándolo Jesús Carlos tal circunstancia lo que agravó su miedo, por lo que acudió a denunciar los hechos, no entregando cantidad alguna.

No consta que Jesús Carlos ni Sergio conocieran el propósito de Salvador y Vidal en esa reunión.

Victorio y Juan Carlos no eran conocedores que la reunión se iba a celebrar.

2. Desde varios años atrás la familia de Jesús Carlos tenía relaciones comerciales y empresas en común con la familia Obdulio, asentada en la provincia de Murcia, existiendo graves problemas entre ambas familias.

Esta situación es conocida Carlos María, mayor de edad y sin antecedentes penales, quien poco antes había entablado cierta amistad con Jesús Carlos, ofreciéndose a éste a gestionar una solución, lo que es aceptado tanto por Jesús Carlos como por Juan Carlos, quien también había intervenido en las relaciones comerciales con la familia Obdulio.

De esta forma, alrededor de febrero y marzo de 2013, Carlos María comenzó a mantener contactos tanto con Gabino, como con el sobrino de éste Gregorio. Esos contactos eran conocidos por Jesús Carlos y Juan Carlos, no constandoles los métodos y formas utilizados por Carlos María, a quien siempre acompañaba Sergio, que asentía y confirmaba las expresiones que profería Carlos María.

Carlos María, en las reuniones que tuvo con Gabino y con su sobrino, afirmó en multitud de de ocasiones, ser una persona con información privilegiada, conocer datos del dinero que pueda tener la familia Obdulio , y tener la capacidad de, con una sola llamada, meter a Gabino en la cárcel.

A partir de ese primer contacto Carlos María telefoneó insistente y agobiantemente tanto a Gabino como a su sobrino Gregorio para reunirse, lo que aceptaron los miembros de la familia Obdulio en la creencia que sólo pretendía solucionar los problemas económicos, celebrándose dos reuniones en Mazarrón y Vera. Tanto en las llamadas telefónicas como en las reuniones Carlos María exigió que la familia Obdulio realizara entregas de dinero, que decían que representarían un acto de buena voluntad para la familia Norberto, sin que conste que éste tuviera conocimiento de las formas utilizadas, solicitando, cantidades que oscilaban entre los 100.000 € de modo inmediato, que posteriormente rebajó a 75.000 € y luego a 25.000 €, y que en todo caso eran entregas al margen de la solución de los problemas económicos existentes, llegando en otro momento a exigir la entrega de 6 millones de euros.

Cuando sus requerimientos no fueron aceptados Carlos María en presencia de Sergio, que asentía lo que él decía, reaccionó de modo extremadamente agresivo y violento asegurando que inmediatamente procedería a "meter en la cárcel" a Gabino, si no le entregaba lo requerido, afirmando que él era de la CASA (expresión con la que se conoce vulgarmente al Centro Nacional de Inteligencia), dando a indicar su pertenencia a algún cuerpo policial y a todo esto se añadía que en esas reuniones Carlos María hacía gala de conocer datos precisos sobre las actividades de la familia Obdulio aparentando y exhibiendo poder suficiente para la obtención de información privilegiada. Lo anterior generó tanto en Gabino como en Gregorio una situación de temor por su seguridad y por la de su familia, quien no accedió a entregar nada de lo solicitado.

3. En fecha indeterminada, aproximadamente en el mes de febrero del año 2013, Carlos María, conocedor de los problemas que tenía Jesús Carlos de índole económico con la familia Pablo, asentada en la comarca del mármol de esta provincia, con autorización de aquel, contactó con Alexander telefónicamente, fingiendo querer proponerle un negocio que no concretó.

Tras insistir en muchas ocasiones, el sr. Alexander aceptó una cita con Carlos María, persona a la que no conocía. Cuando se celebró tal cita, Alexander comprobó que el negocio para el que le citó Carlos María, no existía, y se trataba de una excusa para acceder a él y que de lo único que pretendía hablar Carlos María era de los problemas económicos y judiciales de la familia Pablo con Jesús Carlos. En esa primera entrevista celebrada en la capital de Almería, Carlos María utilizó un tono amenazante, llegando a manifestar que sabía que los negocios del sr. Alexander eran ilegales, haciendo gala de conocer todo tipo de detalles sobre los negocios y sobre la familia del sr. Alexander, dando a entender y aparentando ser una persona con mucho poder hasta el punto de llegar a afirmar que "nosotros vamos a volver a poner a Jesús Carlos en el puesto que ocupaba ", indicando al sr. Alexander que sería mejor que pagase y así solucionar los problemas. El contenido de esta cita, el tono utilizado y la información manejada por Carlos María, generó temor en Alexander tanto por su seguridad personal como por la de su familia. Pese a ello aceptó que Carlos María negociase con su hijo Genaro. Carlos María mantuvo dos reuniones con Genaro, que se hizo acompañar de su abogado Hermenegildo, a las mismas.

Carlos María acudió acompañado por Sergio, quien participó activamente en ellas apoyando las posiciones de Carlos María, y en las que exhibieron conocimientos sobre los negocios de la familia Pablo, aparentando tener

información privilegiada y exigió en concepto de daños y perjuicios ocasionados a Jesús Carlos, la cantidad de cuatro millones de euros, circunstancia que éste desconocía, disposición patrimonial ajena por completo a la controversia económica realmente existente.

El tono utilizado por Carlos María en esas reuniones fue agresivo y violento, hizo manifestaciones en que trataba de exponer su poder de decisión en el ámbito judicial afirmando que "ellos" podían hacer que la querella interpuesta por Jesús Carlos contra Genaro terminase de una forma u otra, insinuando que podían quitar jueces y todo ello mientras continuamente afirmaba que él pertenecía a la CASA y qué si la familia Pablo no entregaba la cantidad de dinero exigida que se atuviesen a las consecuencias, consecuencias que no especificada pero que por todo lo expuesto claramente se deducía que hacían referencia a males contra sus personas o bienes. Lo anterior generó temor en la familia Pablo, aunque los acusados no obtuvieron contraprestación económica alguna por tales hechos.

No consta que Jesús Carlos tuviera conocimiento de la forma y métodos que se iban a utilizar por Carlos María y Sergio.

4. Desde diciembre del año 2012 los acusados mantenían contactos con Victorino empresario afincado en Málaga. Victorino.

Una de las empresas de Victorino (Lamar Mantenimientos y Servicios), Trabajo de Málaga Jose Antonio, por ello Vidal la mañana del día 17 de abril del año 2013 se presentó en el despacho oficial del citado inspector de trabajo, con el que previamente había concertado una cita, para hablar del expediente de la empresa de Victorino, cuando el inspector le requirió para que se presentase lo hizo exhibiendo una cartera de color negro dividida en dos partes verticales, una de ellas portando un documento con el escudo de España y las siglas CNI en el que constaba la foto de Vidal y debajo de su foto el nombre " Vidal y el número NUM000" y en la otra parte de la cartera una placa con el anagrama del CNI y la leyenda "AGENTE DE LA AUTORIDAD", también exhibió el acusado una cartera de color negro con el escudo de España y con una tarjeta de identificación del Centro de Inteligencia de las Fuerzas Armadas con fotografía del acusado y serigrafía de Sección de Contraespionaje y Seguridad y la identificación " DIRECCION000" y una placa del Estado Mayor de la Defensa.

El acusado mostró al Inspector de Trabajo una hoja por él confeccionada simulando corresponder a una querella, al parecer formulada por Victorino contra el inspector mencionado, en la que constaba un sello de entrada en el Juzgado de Instrucción n° 10 de Málaga y dos sellos serigrafiados , uno en azul y otro en verde con la leyenda "Centro Nacional de Inteligencia España" imitando escudos del CNI. El inspector de trabajo aportó datos del expediente al acusado porque consideró erróneamente que trataba con un agente del CNI. No consta que el inspector aceptase ningún tipo de acuerdo al margen de la ley.

A la salida de esta reunión Vidal fue detenido por fuerzas de la Guardia Civil con los mencionados documentos en su poder.

Vidal utilizando los documentos de identificación intervenidos y en otras ocasiones vistiendo en público uniforme militar con emblemas del ejército de Tierra y con las divisas de capitán se ha presentado públicamente como militar y como miembro del Centro Nacional de Inteligencia.

El día 17 de abril del año 2013 fue detenido el acusado Salvador y en el interior del vehículo que ocupaba se intervino una cartera con una placa identificativa con la inscripción Centro Nacional de Inteligencia que se situaba junto a una tarjeta de identificación fiscal (N.I.F) a nombre de Salvador

Las placas correspondientes al Centro Nacional de Inteligencia que poseían tanto Salvador como Vidal; la placa del Estado Mayor de la defensa que poseía Vidal y los documentos de identificación de este acusado en los que constaba su foto como miembro del CNI o de la Sección de Contraespionaje y Seguridad no se correspondían con documentos oficiales auténticos.

Vidal por si mismo o por persona no identificada a su encargo había confeccionado por procedimientos de impresión los documentos de identificación, aportando para ello sus fotografías, en alguna de ellas posando con uniforme militar Salvador, al igual que Vidal se ha presentado con exhibición de la placa que utilizaba como miembro del CNI. Ambos acusados con pleno conocimiento de la no veracidad de tales documentos los utilizaban de forma habitual.""

Segundo.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"1. Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS al acusado Sergio como autor de dos delitos ya definidos de extorsión en grado de tentativa, con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal atenuante ordinaria de dilaciones indebidas a la pena de ocho meses y quince días de prisión, con accesorias de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo que dure la condena por cada uno y al pago de 1/16 de las costas procesales.

Y le debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS de los delitos de pertenencia a grupo criminal y un delito de extorsión que se le acusaba, con declaración de oficio de 1/16 de las costas procesales.

2. Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS al acusado Carlos María como autor de dos delitos ya definidos de extorsión en grado de tentativa, con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal atenuante ordinaria de dilaciones indebidas a la pena de ocho meses y quince días de prisión, con accesorias de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo que dure la condena por cada uno y al pago de 1/16 de las costas procesales.

Y le debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS de los delitos de pertenencia a grupo criminal y un delito de extorsión que se le acusaba, con declaración de oficio de 1/32 de las costas procesales.

3. Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS al acusado Vidal, con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal atenuante ordinaria de dilaciones indebidas como autor de un delito de extorsión en grado de tentativa a ocho meses y quince días de prisión, con accesorias de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo que dure la condena, como autor de un delito de falsedad de documento público continuado en concurso medial con un delito de usurpación de funciones públicas a la pena dos años, cuatro meses y quince días de prisión y diez meses y quince días de multa a razón de 10 euros por día, con accesorias de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo que dure la condena y como autor de una falta contra el orden público a la pena de treinta días de multa a razón de 10 euros por día y al pago de 1/8 de las costas procesales.

Y le debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS del delito de pertenencia a grupo criminal y de dos delitos de extorsión que se le acusaba, con declaración de oficio de 3/32 de las costas procesales.

4. Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS al acusado Salvador, con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal atenuante ordinaria de dilaciones indebidas, como autor de un delito de extorsión en grado de tentativa a ocho meses y quince días de prisión, con accesorias de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo que dure la condena, como autor de un delito de falsedad de documento público en concurso medial con un delito de usurpación de funciones públicas a la pena un año y nueve meses de prisión y nueve meses de multa a razón de 10 euros por día, con accesorias de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo que dure la condena y como autor de una falta contra el orden público a la pena de treinta días de multa a razón de 10 euros por día y al pago de 3/32 de las costas procesales.

Y le debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS del delito de pertenencia a grupo criminal y de dos delitos de extorsión que se le acusaba, con declaración de oficio de 3/32 de las costas procesales.

5. Que debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a Victorio de los delitos de pertenencia a grupo criminal y tres delitos de extorsión que se le acusaba, con declaración de oficio de 1/8 de las costas procesales.

6. Que debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a Jesús Carlos de los delitos de pertenencia a grupo criminal y tres delitos de extorsión que se le acusaba, con declaración de oficio de 1/8 de las costas procesales.

7. Que debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a Juan Carlos de los delitos de pertenencia a grupo criminal y tres delitos de extorsión que se le acusaba, con declaración de oficio de 1/8 de las costas procesales.

Notifíquese la presente Sentencia a las partes, haciéndoles saber que la presente resolución no es firme y contra la misma, cabe interponer RECURSO DE CASACIÓN, que ha de prepararse mediante escrito autorizado por Abogado y Procurador, presentado ante este Tribunal dentro de los CINCO DIAS siguientes al de la última notificación y que deberá contener los requisitos exigidos en el art. 856 de la L.E.Criminal.".

Tercero.

En fecha 6 de noviembre de 2019, la Audiencia de instancia dictó Auto de Aclaración con la siguiente parte dispositiva:

"La Sala dispone la aclaración de la Sentencia, en el sentido de dejar sin efecto la condena por una falta contra el orden público impuesta a Salvador, rectificando su condena en costas que será de 2/32.

No procede ninguna aclaración más."

Cuarto.

Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se prepararon recursos de casación por las representaciones procesales de D. Sergio, D. Vidal, D. Salvador, y D. Carlos María que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

Quinto.

Las representaciones de los recurrentes basan sus recursos de casación en los siguientes motivos:

Recurso de Sergio

Motivo primero. Por infracción de precepto constitucional , al amparo de lo dispuesto en el artículo 85 2 LECrim y 5.4° LOPJ, ambos en relación con el artículo 24.1°. 2° CE y el derecho fundamental al Juez ordinario predeterminado por la Ley y a un proceso con todas las garantías.

Motivo segundo. Por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en el artículo 85 2 LECrim y 5.4° LOPJ, ambos en relación con el artículo 24.1°. 2° CE y el derecho fundamental a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva en relación con el artículo 24. 2 CE, al entender que no existen pruebas de cargo objetivas que desvirtúen el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en lo relativo a la garantía constitucional de la presunción de inocencia.

Motivo tercero. Por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en el artículo 85 2 LECrim y 5.4° LOPJ, ambos en relación con los artículos 24.1°. 2° y 1 20 CE y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías.

Motivo cuarto (enumerado como tercero). Por infracción de precepto constitucional , al amparo de lo dispuesto en el artículo 85 2 LECrim y 5.4° LOPJ, ambos en relación con los artículos 24.1°. 2° y 1 20 CE y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a la motivación de las sentencias.

Motivo quinto (enumerado cuarto). Por quebrantamiento de forma , al amparo de lo dispuesto en el artículo 851.3° LECrim, en relación con el artículo 24 CE, al no haberse resuelto en la sentencia sobre todos los alegatos vertidos por la defensa.

Motivo sexto (enumerado quinto). Por infracción de Ley , al amparo de lo dispuestos en el artículo 849. 2 de la LECrim, en relación con el artículo 24. 2 CE, por error manifiesto en la valoración de la prueba.

Recurso de Vidal

Motivo primero. Infracción de ley, por aplicación indebida del artículo 243 del Código Penal, al amparo de lo previsto en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Motivo segundo. Infracción de ley, por aplicación indebida del artículo 392 del Código Penal, al amparo de lo previsto en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Motivo tercero. Vulneración de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en los artículos 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y por infracción de ley, por aplicación indebida del artículo 402 del Código Penal.

Motivo cuarto. Al amparo de lo previsto en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de ley, por aplicación indebida del artículo 637 del Código Penal.

Motivo quinto. Al amparo del artículo 851.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con los artículos 24 y 120 de la Constitución Española, por no expresarse claramente los hechos que se consideren probados, resultando, además, manifiesta contradicción entre ellos.

Motivo sexto. Al amparo de lo previsto en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del artículo 5.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con el artículo 24.1.2º de la Constitución por vulneración del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas y con todas las garantías. Inaplicación de la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas.

Motivo séptimo. Al amparo de lo previsto en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del artículo 5.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con el artículo 24.1.2º de la Constitución por vulneración del derecho fundamental al Juez ordinario, predeterminado por la Ley, a un proceso con todas las garantías y a la tutela judicial efectiva.

Motivo octavo. Al amparo de lo previsto en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por infracción de precepto constitucional y, en concreto, por vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías y del derecho a la presunción de inocencia establecidos en el artículo 24.2 de la Constitución Española, al entender que no se han presentado pruebas de cargo obtenidas con todas las garantías constitucionales para destruir la presunción de inocencia.

Recurso de Salvador

Motivo primero (identificado como cuarto por la parte). Al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con el artículo 5.4º de la LOPJ, por infracción de precepto constitucional al entender violado los artículos 24.1º.2º y 120 de la Constitución y los artículos 301, 302 y siguientes de la LECrim por vulneración del derecho de defensa y a un proceso público con todas las garantías por la indebida declaración y prórroga del secreto de las actuaciones.

Motivo segundo (identificado como decimoséptimo). Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por aplicación indebida de los artículos 66.1.1ª.2ª y del artículo 21.6º del Código Penal.

Motivo tercero (identificado como tercero). Por vulneración de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en los artículos 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4º de la LOPJ, ambos en relación con el artículo 24.1º.2º de la Constitución y el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas y con todas las garantías.

Motivo cuarto (identificado como sexto). Por vulneración de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en los artículos 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4º de la LOPJ, ambos en relación con los artículos 24.1º y 2º de la Constitución y el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones del artículo 18.3 de la Constitución.

Motivo quinto (identificado como decimocuarto). Infracción de Ley al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por aplicación indebida del artículo 402 del Código Penal .

Motivo sexto (identificado como decimosegundo). Infracción de ley al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por aplicación indebida del artículo 243 del Código Penal.

Motivo séptimo (identificado como decimotercero). Infracción de ley al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por aplicación indebida de los artículos 16 y 62, en relación con el art. 243, todos ellos del Código Penal.

Recurso de Carlos María

Motivo primero. Por infracción de precepto constitucional por el cauce del art. 5º.4 de la LOP.J. por conculcación del principio de presunción de inocencia y vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías con interdicción de la arbitrariedad (artículo 24.1 CE).

Motivo segundo. Por infracción de precepto constitucional por infracción de ley, concretamente el art. 11,1 de la LOPJ, y de precepto constitucional al amparo del artículo 5. 4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial e infracción de los artículos 18 y 24 CE, e infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, del derecho a la presunción de inocencia y del derecho a un proceso con todas las garantías. Pues se toman como pruebas válidas aquellas que deberían ser nulas.

Motivo tercero. Por infracción de precepto constitucional por infracción de ley, concretamente el art. 11,1 de la LOPJ, y de precepto constitucional al amparo del artículo 5. 4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial e infracción de los artículos 18 y 24 CE, e infracción del derecho a la inviolabilidad del domicilio, infracción del derecho al secreto de las comunicaciones, e infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, del derecho a la presunción de inocencia y del derecho a un proceso con todas las garantías.

Sexto.

Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal solicita la inadmisión de todos los recursos, y subsidiariamente su desestimación. La Sala los admitió a trámite quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

Séptimo.

Evacuado el traslado conferido, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 26 de octubre de 2022.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO INTERPUESTO POR LA REPRESENTACIÓN DEL SR. Carlos María

PRIMER MOTIVO, AL AMPARO DELARTÍCULO 852 LECRIM, POR INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL: VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y A UN PROCESO CON TODAS LAS GARANTÍAS

1. El recurrente denuncia, en términos muy genéricos, vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Considera que se han tergiversado los hechos, objeto de la primigenia denuncia, y que solo concurren meras sospechas de participación tal como se deduce del oficio policial obrante al folio 158 de las actuaciones.

2. El motivo carece de toda consistencia. Y ello porque el recurrente renuncia al análisis de las razones probatorias ofrecidas por el tribunal para justificar su conclusión de participación criminal. En términos difícilmente explicables, el recurrente se limita a cuestionar el valor probatorio del contenido de un oficio policial que, por otro lado, no fue tomado en cuenta por el tribunal de instancia y prescinde de toda referencia a los datos de prueba efectivamente utilizados por la Audiencia.

Es cierto, como no podía ser de otra manera, que el derecho a la presunción de inocencia goza de una específica y relevante garantía institucional, como lo es que la persona condenada en la instancia pueda acudir a un tribunal superior pretendiendo la revisión de la decisión. Lo que comporta, sin perjuicio de la naturaleza extraordinaria de este recurso de casación, que ante la denuncia de infracción del derecho debamos verificar la validez constitucional y legal de las pruebas practicadas; la consistencia de las informaciones aportadas para considerar suficientemente acreditados más allá de toda duda razonable los hechos sobre los que se funda la declaración de existencia del delito y de participación del recurrente; y la adecuación del método valorativo empleado por el tribunal de instancia -vid. SSTC 5/2000, 340/2006, 105/2016 y SSTS, entre muchas, 484/2022, de 18 de mayo, 319/2022, 30 de marzo-.

Pero la garantía institucional de protección de la presunción de inocencia mediante la formulación del recurso no se extiende a que el tribunal llamado a conocerlo deba imaginarse dónde puede estar la vulneración que se denuncia sin ningún tipo de desarrollo argumental justificativo.

3. En el caso, la sentencia recurrida identifica concisa pero suficientemente las distintas informaciones probatorias obtenidas de los medios practicados en el plenario, atribuyéndoles el correspondiente valor para considerar acreditada la participación criminal del recurrente en los hechos declarados probados. No identificamos ningún déficit de completitud significativo ni, desde luego, de irracionalidad en el proceso valorativo llevado a cabo por el tribunal de instancia.

Lo que disipa todo riesgo de lesión del derecho a la presunción de inocencia del recurrente.

SEGUNDO Y TERCER MOTIVOS, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 852 LECRIM , POR INFRACCIÓN DE LOS ARTÍCULOS 18 Y 24, AMBOS, CE : VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y A UN PROCESO CON TODAS LAS GARANTÍAS

4. El recurrente combate la validez constitucional de las evidencias obtenidas mediante las intervenciones telefónicas ordenadas que califica de nulas. Considera que las intervenciones tuvieron una finalidad de investigación prospectiva. No existía relación de necesidad investigativa pues ya habían transcurrido más de dos meses desde que se produjo el hecho presunto que, parece, funda la propia decisión. Si se atiende a los términos de la denuncia primigenia interpuesta por el Sr. Aureliano, en enero de 2013, los presuntos autores ya estaban identificados y pese a ello no se dirigió ninguna imputación contra ellos. Lo que se buscó, se afirma en el recurso, es investigar a personas no hechos concretos. El auto no se funda en indicios de participación criminal de ningún delito en trance de ser investigado.

Además, el putativo delito cuya investigación funda las decisiones injerentes no es particularmente grave, siendo el bien jurídico protegido el patrimonio. Para el recurrente, se ignoraron los principios de excepcionalidad, especialidad, necesidad y proporcionalidad. Se lesionó gravemente el derecho a la intimidad de los afectados lo que obliga a declarar la nulidad del auto matriz de 22 de marzo de 2013.

5. Para dar respuesta a la cuestión suscitada por el recurrente debemos partir de un presupuesto insoslayable: los derechos fundamentales actúan como límites materiales que la dignidad humana impone al poder público y a la colectividad en general. Estos vienen a garantizar, por un lado, a toda persona un estatus de libertad y, por otro, configuran la esfera de lo decidible. De tal manera que el Estado no puede actuar en ninguna de sus manifestaciones negando su eficacia o prescindiendo de los mismos. Dicha idea fundacional se proyecta esencialmente en la búsqueda de la verdad en el proceso penal, en la reconstrucción de los hechos punibles y en la determinación de las personas responsables. No hay espacio de verdad al margen del respeto a los derechos fundamentales y, en lógica consecuencia, no puede declararse u ordenarse la privación de libertad de ninguna persona sobre la convicción de culpabilidad alcanzada utilizando instrumentos probatorios producidos con la infracción no justificada de dichos límites materiales.

Los agentes estatales pueden, por tanto, utilizar mecanismos injerentes altamente comprometedores de los núcleos esenciales de los derechos y las libertades públicas siempre que su activación y uso se ajuste a las estrictas condiciones fijadas en la propia Constitución y en los Convenios de protección de derechos fundamentales, incorporados por nuestro País, con una destacada fuerza normativa.

Como presupuestos legitimantes, como reglas básicas para la activación de medidas altamente invasivas, nuestra Constitución y el Convenio Europeo de Derechos Humanos, reclaman, siempre, de manera inderogable, que la injerencia responda a un complejo y exigente estándar de proporcionalidad que implica: que la medida esté prevista en la ley; que resulte idónea para la consecución de los fines que la justifican y necesaria en cuanto la evidencia no pueda obtenerse por medio de otros mecanismos con menos carga injerente; que entre la lesión del derecho fundamental y la finalidad perseguida se identifique una razón justificativa del sacrifico suficientemente seria; y que, de manera acentuada en nuestro sistema constitucional, la medida se ordene por la autoridad judicial con base a buenas razones justificativas que patenticen la concurrencia de los anteriores presupuestos -vid. entre otras, SSTEDH, Bykov c. Rusia, de 10.3.2009; Szuluk c. Reino Unido, de 2.9.2009; Uzun c. Alemania de 2.9.2010; Viozel Burzo c. Rumanía, 30.9.2009; Xavier da Silveira c. Francia, de 21.4.2010; Mengesha c. Suiza de 29.7.2010; y SSTC 136/2006, 66/2009, 128/2011, 145/2014-.

Dicha justificación debe permitir observar, con suficiente claridad, que la decisión se adoptó teniendo en cuenta la existencia de indicios y no de meras suposiciones o conjeturas - SSTC 54/1996, 184/2003-.

Dicha exigencia, troncal, en la medida en que de su cumplimento pende la propia validez del acto investigativo, impone al Juez no un acto de fe respecto a lo que la policía le comunica sino un juicio crítico sobre la calidad de dichos datos, de dichas informaciones -vid. SSTS 15/2012, de 20 de enero; 84/2014, de 5 de febrero; 205/2021, de 5 de marzo-.

De tal manera, no pueden bastar meras afirmaciones desnudas sobre la posible existencia de un delito en preparación o en curso. Las exigencias de protección de los derechos fundamentales en juego impiden que meras conjeturas o pronósticos de eficacia prospectiva puedan servir para fundamentar su lesión. Dicha razón fundacional no puede ceder aun cuando la hipótesis de prospección sobre conjeturas produzca "resultados" en orden a la averiguación de evidencias sobre la existencia del delito. En la fase de justificación de la medida solicitada, el juez debe situarse en una perspectiva ex ante. Como se recoge en términos precisos en la STS 1395/2003, de 3 de noviembre, lo contrario, es decir, la justificación ex post, solo por el resultado, de cualquier medio o forma de actuación policial o judicial, equivaldría a la pura y simple derogación del artículo 11.1 LOPJ e, incluso, de una parte, si no de todo, del artículo 24 CE. Esta necesaria, por insoslayable, perspectiva metodológica ex ante en el análisis de los gravámenes de constitucionalidad por lesión de derechos fundamentales sustantivos en la práctica de diligencias injerentes también ha sido destacada por el Tribunal Constitucional en su STC 136/2000 ["en la revisión de la proporcionalidad de la medida este Tribunal no ha de tomar en consideración ninguna circunstancia habida con posterioridad al momento en que se adoptó la medida restrictiva del derecho fundamental"].

En resumen, puede afirmarse que el juicio ex ante constituye, en puridad, una exigencia derivada del propio contenido reaccional del derecho fundamental cuya lesión deba ser valorada.

6. Retomando el contenido de la motivación exigible resulta claro que la decisión judicial debe incorporar genuinamente, o por remisión, los datos objetivos que proporcionen una base real de la que pueda inferirse, en términos de racionalidad cognitiva, que el delito se ha cometido, se está cometiendo o está a punto de consumarse. Se trata, como precisa el Tribunal Constitucional - STC 299/2000 y 184/2003- de fuertes presunciones, de buenas razones que objetivan el pronóstico concreto que formula, en su caso, la policía, de comisión de hechos delictivos -vid. también, SSTS 446/2017, de 13 de febrero; 201/2022, de 3 de marzo-.

Dichas buenas razones no pueden, reiteramos, confundirse con el propio delito del que las primeras serían indicios o protoindicios sugestivos. El hecho en que el presunto delito consista no puede servir como fuente de conocimiento de su existencia. La fuente del conocimiento y el hecho conocido no pueden ser la misma cosa. De ahí, como se afirma en la ya mencionada STS 1395/2003 " por más énfasis que se ponga en ello, no basta para justificar la adopción de una medida invasiva de los derechos fundamentales de la sección primera del capítulo segundo CE, afirmar que se está cometiendo un hecho punible".

Precisamente por ello, el juicio de necesidad se vincula de manera esencial con la justificación ex ante. Solo si se identifican elementos objetivos preprocesales o procesales el juez puede justificar, en términos de racionalidad práctica, que la injerencia es la única posibilidad efectiva, por idónea y necesaria, de obtención de las evidencias necesarias para la persecución de la infracción. En puridad, la injerencia en los núcleos duros de los derechos fundamentales solo puede justificarse en un estadio avanzado, en términos cualitativos, no temporales, de la investigación porque es, precisamente, la investigación periférica la que puede servir de fuente facilitadora de los datos objetivos que hagan proporcional, en el sentido antes apuntado, la grave lesión del derecho fundamental.

Los indicios relevantes para el proceso de toma de decisión de la medida injerente deben ser comunicables, verbalizables, con un mínimo de concreción, capaces de fundar un discurso de razones, de buenas razones, que permitan que la afirmación relativa a hechos pueda ser sometida a un control intersubjetivo de racionalidad y de plausibilidad.

Dicha exigencia no implica, desde luego, que la Policía o el Ministerio Fiscal, en su caso, deban presentar al juez instructor un cuadro cerrado de indicios o protoindicios o que los datos objetivos se extiendan a aquellos que solo pueden ser asumidos mediante la injerencia, pues ello equivaldría a impedir de manera arbitraria la propia investigación.

Con cierta imprecisión terminológica, incluso conceptual, se ha apuntado que la calidad indiciaria exigible no reclama que pueda equipararse a la que debe concurrir para formular el auto de procesamiento. Pero, sin perjuicio de la discusión terminológica, las razones precursoras de la intervención no pueden consistir en una mera presentación de una hipótesis equiprobable. La grave infracción de derechos constitucionales sustantivos que puede derivarse de la injerencia ordenada reclama como " prius cognitivo" indeclinable que, al menos, las razones y los datos en que se apoyan se presenten en una relación de probabilidad prevalente de que el delito investigado se está cometiendo o está en curso de comisión. Insistimos, el dato precursor de la existencia del delito debe situarse en el espacio previo al territorio de la evidencia y su potencial justificativo no exige que autorrevele definitivamente la realidad del delito, sino que permita formular un pronóstico concreto y no prospectivo de plausibilidad basado en reglas inferenciales que se nutran de la experiencia común -vid. en este sentido, SSTS 15/2021, de 14 de enero y 49/21, de 3 de febrero-.

7. Es desde la perspectiva expuesta, desde la que debe ser analizado, en primer lugar, el auto injerente matriz de fecha 22 de marzo de 2013 por el que se disponen las primeras intervenciones telefónicas.

Pues bien, del examen de su fundamentación consideramos que reúne condiciones de validez constitucional para servir como un instrumento eficaz de las restricciones del derecho fundamental a la intimidad y al secreto de las comunicaciones ordenadas.

Es cierto, que, como base indiciaria, se refiere a las informaciones contenidas en el oficio policial antecedente de 18 de marzo de 2013. Pero, como es bien sabido, la heterointegración motivadora del auto a partir de la información policial no constituye, en sí mismo, un vicio de constitucionalidad de la decisión adoptada. Es reiterada la doctrina del Tribunal Constitucional - SSTC 171/99, 238/99, 128/2011- como de esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo - SSTS 567/2013, de 8 de mayo, 49/2021, de 22 de enero- que dicha técnica de justificación no compromete, necesariamente, los estándares exigidos para la protección del derecho siempre, claro está, que la incorporación patentice que el juez, a partir de la base fáctica facilitada por los agentes, valoró la proporcionalidad de la medida y su racionalidad, como presupuesto esencial de la misma necesidad de la injerencia.

Por tanto, la heterointegración aceptable afecta solo a un plano de la motivación: a la información fáctica exigible de la que cabe decantar los indicios o el juicio de probabilidad prevalente de comisión del delito que justifica, en términos amplios de proporcionalidad, la lesión del derecho fundamental. Pero, precisamente, ese juicio de inferencia, de calibración, de atribución de valor a la información facilitada debe, y de manera exclusiva, realizarla el juez.

El oficio policial de manera alguna sirve para heterointegrar lo que constituye el núcleo decisional que la Constitución confía y atribuye a los jueces, entre otras razones, pero muy poderosa, porque constituye una de las garantías esenciales del derecho fundamental. Aquí radica, precisamente, la clave de la intervención y de la decisión del juez en materia de graves injerencias en derechos fundamentales. Desde la que, además, debemos medir y valorar si se cumplen o no las condiciones constitucionales de adecuación. Para ello debemos distinguir entre la base fáctica y la base argumentativa de la decisión injerente.

8. Pues bien, con relación a la primera -la base fáctica- la concreta petición policial de intervención injerente se basaba en una cumplida labor previa de investigación cuyos resultados se detallan de forma precisa en el oficio que se presentó a la autoridad judicial. Se identificó la fuente de la "notitia criminis" -la denuncia del Sr. Aureliano- que no solo se limitaba a un hecho justiciable concreto -el intento de extorsión- sino que introducía elementos que en un "juicio ex ante" permitían identificar la existencia de un presunto delito cometido por un grupo organizado (sic) con fines extorsivos o defraudatorios. La complejidad comisiva que rodeó el intento de obtener, mediante graves conminaciones, la entrega de una importante cantidad de dinero por parte del Sr. Aureliano, la pluralidad de intervinientes, el uso de elementos que identificaban a algunos de ellos como miembros de los servicios secretos estimuló la investigación periférica por parte de la Policía judicial. Lo que permitió constatar, a partir de las diligencias practicadas y que se precisan en el atestado, la existencia de relaciones personales y mercantiles entre los sospechosos, la identificación de doce sociedades mercantiles sin actividad alguna administradas por uno o varios de los investigados. Datos que sugerían una estructura organizativa dirigida a la comisión de delitos de similares características al que fue víctima el primigenio denunciante.

La jueza de instrucción con dicha completa información justificó las razones de la injerencia -la base argumentativa-, identificado los planos de proporcionalidad -la gravedad de los delitos investigados- y la evidente idoneidad y necesidad de la medida investigativa para procurar la eficaz persecución de los delitos, objeto de la misma. Precisando, también, con suficiente detalle, el objeto y los límites de injerencia.

9. Es cierto, no obstante, que en la parte dispositiva del auto no se precisa el delito de organización o grupo criminal como objeto de investigación, pero sí está claramente presente en la fundamentación jurídica de la resolución. Debiéndose destacar que cuando se trate de delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal la proporcionalidad de la medida se alcanza, no tanto por la gravedad intrínseca del delito cometido, sino, como afirma el Tribunal Constitucional " por la potencial eficacia de dichas organizaciones en su embate contra los

intereses sociales y públicos garantizados por la legalidad que atacan" -vid. SSTC 14/2001, 202/2001, 82/2002-. En similares términos, el preámbulo de la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, destaca que " la seguridad jurídica, la vigencia efectiva del principio de legalidad, los derechos y libertades de los ciudadanos, en fin, la calidad de la democracia, constituyen objetivos directos de la acción destructiva de estas organizaciones".

De tal modo, cuando, como en el caso, el objeto de la investigación criminal es la comisión de delitos como la extorsión o las amenazas lucrativas en el seno de un grupo u organización criminal, la proporcionalidad de la injerencia se incrementa atendida la alta lesividad para los bienes jurídicos privados y colectivos que pueden verse lesionados.

10. Dicha actuación matriz idónea, necesaria y proporcionada permitió el avance de la investigación que fue progresando en intensidad. A la luz del detallado análisis de los datos obtenidos con la investigación, se amplió el espectro investigador, ordenándose por autos de 4 y 5 de abril de 2013 la intervención de otras cuatro líneas telefónicas utilizadas por quienes aparecían como presuntos partícipes de la actividad delictiva, objeto de la pesquisa. Cada una de las decisiones injerentes vino precedida de precisa información policial sobre el avance de las investigaciones, con aportación de la transcripción de las conversaciones intervenidas. Lo que permitió decantar la presencia de indicios de participación criminal de los sospechosos y la justificación constitucional de las injerencias ordenadas. Por su parte, todas las transcripciones realizadas por la policía fueron objeto del correspondiente cotejo a cargo del Letrado de la Administración de Justicia del Juzgado de Instrucción, quedando a disposición de todas las partes.

RECURSO INTERPUESTO POR LA REPRESENTACIÓN DEL SR. Vidal

OBJETO

PRIMER MOTIVO (SÉPTIMO EN EL ORDEN PROPUESTO POR LA PARTE), AL AMPARO DEL ARTÍCULO 852 LECRIM , POR INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL: VULNERACIÓN DEL DERECHO AL JUEZ PREDETERMINADO POR LA LEY GARANTIZADO POR EL ARTÍCULO 24.2 CE

11. El motivo por infracción constitucional se funda en que los hechos denunciados por el Sr. Aureliano que han dado lugar a la condena sucedieron en el Partido Judicial de Roquetas de Mar, por lo que era al Juzgado de Instrucción de dicho Partido que por turno correspondiera al que competía su investigación, tal como dispone el artículo 14.2 LECrim.

12. El motivo no puede prosperar. La objeción se formula de espaldas a la doctrina tanto del Tribunal Constitucional como de esta propia Sala Segunda del Tribunal Supremo sobre el alcance del derecho fundamental invocado.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional es clara al establecer que las cuestiones relativas a la interpretación de las normas sobre atribución de competencias a los órganos jurisdiccionales son de legalidad ordinaria y ajenas, por tanto, al derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, salvo que esa interpretación suponga una manipulación manifiestamente arbitraria de las reglas legales sobre atribución de competencias -vid. SSTC 191/2012, 134/2010, 220/2009-.

Como afirmábamos en nuestra STS 389/2018, de 25 de julio, " no puede confundirse, por tanto, el contenido de este derecho fundamental con el derecho a que las normas sobre distribución de competencias entre los órganos jurisdiccionales se interpreten en un determinado sentido" -vid. también, STS 394/2022, de 21 de abril-.

En el caso, en modo alguno se identifica infracción constitucionalmente relevante de las reglas de competencia.

Sin perjuicio de que el hoy recurrente no cuestionara la competencia territorial del Juzgado de Instrucción de Almería durante toda la tramitación de la fase previa, lo cierto es que la complejidad del objeto procesal y los elementos predictivos de conexidad concurrentes -tres delitos de extorsión, delito de pertenencia a organización o grupo criminal- suministraban suficientes elementos de vinculación territorial con el Partido Judicial de Almería -dos de los delitos contra el patrimonio se cometieron en dicho Partido donde también residían la mayoría de los investigados-. Lo que permite descartar que mediante la atribución de la competencia para su investigación a favor del Juzgado de Instrucción núm. Uno de Almería se lesionaran o afectaran mínimamente los fines de protección a los que sirve el derecho fundamental invocado.

SEGUNDO MOTIVO (QUINTO EN EL ORDEN PROPUESTO POR LA PARTE) AL AMPARO DEL ARTÍCULO 851.1 LECRIM : CONTRADICCIÓN Y FALTA DE CLARIDAD EN LOS HECHOS QUE SE DECLARAN PROBADOS

13. El desarrollo argumental del motivo tiene poco que ver con el alcance que le es propio. Lejos de fundar las objeciones anunciadas de claridad o de contradicción en los hechos que se declaran probados, lo que se cuestiona es la utilización probatoria del reconocimiento en el acto del juicio del recurrente por parte de algunos de los testigos. Y ello porque considera que la previa diligencia de reconocimiento fotográfico realizada en fase policial es irregular y contamina, por ello, de nulidad a la prueba practicada.

14. El manifiesto error de planteamiento obliga, en una interpretación a favor de la efectividad del derecho al recurso, a la recalificación del motivo por quebrantamiento de forma al del artículo 852 LECrim por vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Evitando, de este modo, la inadmisión por improcedencia ex articulo 885.6º LECrim que, en esta fase del recurso, vendría de la mano de la desestimación -vid. STEDH, caso Alburquerque Fernandez c. Portugal, de 12 de enero de 2021 en la que se aborda la compatibilidad entre las exigencias formales para la interposición del recurso y el derecho de acceso al doble grado de jurisdicción-.

15. Motivo por infracción del derecho a la presunción de inocencia que, ya adelantamos, no puede prosperar.

Los reconocimientos efectuados en sede policial o judicial durante la fase previa, bien a través del examen de fotografías o mediante ruedas de reconocimiento, son en realidad medios de investigación que permiten, cuando es necesario, determinar la identidad de la persona a la que los testigos imputan la realización del hecho denunciado, y avanzar en el esclarecimiento de los hechos. Solamente alcanzan la naturaleza de prueba, como regla general, cuando el reconocimiento se ha realizado en sede judicial, con todas las garantías, entre ellas la presencia del Juez. Y, además, quien ha realizado el reconocimiento comparece en el juicio oral y ratifica lo antes manifestado o reconoce en el plenario al autor de los hechos, pudiendo ser sometido a interrogatorio cruzado de las partes sobre los hechos que dice haber presenciado y sobre el reconocimiento realizado -vid. STC 340/2005; por todas, STS 35/2016, de 2 de febrero-.

En el caso, la participación del recurrente no se basó en la mera ratificación de la diligencia de exhibición de clichés fotográficos practicada en dependencias policiales -vid. sobre nivel de garantías exigible cuando dicha diligencia se convierte en el fundamento de la identificación, STEDH, caso Laska y Lika contra Albania, de 20 de abril de 2011- sino en su reconocimiento directo y contundente por parte de los testigos en el acto del juicio. Sin que de las alegaciones de la parte ni del examen de las actuaciones previas, al que nos faculta el artículo 899 LECrim, se identifique ninguna irregularidad en la práctica de la diligencia policial que pudiera proyectarse, condicionando o predeterminando su resultado, en el reconocimiento plenario directo.

El recurrente, que además reconoce haber estado en contacto directo con los testigos en las circunstancias espaciotemporales precisadas por estos, se limita a cuestionar el origen irregular de algunos de los fotogramas que le fueron exhibidos al testigo, no que mediante dicha exhibición se orientara o se indujera al testigo a reconocer al hoy recurrente.

16. Sobre la objeción planteada -la no trazabilidad del origen de los clichés empleados- precisar que la utilización de determinados fotogramas de personas en el curso de la investigación penal puede, en efecto, entrañar algún nivel de colisión con los derechos y deberes de protección de ese tipo de datos personales que se contemplan en la Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales -vid. sobre límites derivados del artículo 8 CEDH para la conservación y tratamiento de datos relativos a fotografías de quien ha sido sospechoso o condenado en un proceso penal, STEDH, caso Gaughran c. Reino Unido, de 13 de febrero de 2020-.

Pero, en modo alguno puede mantenerse que de la exhibición de un cliché fotográfico por la policía con infracción de los deberes de tutela de ese dato personal o del derecho de la persona a su buen uso se derive, como consecuencia necesaria, la nulidad de la prueba de reconocimiento judicial practicada con todas las garantías.

No cabe trazar las indispensables y significativas conexiones causales y normativas que permitan activar la regla de exclusión probatoria del artículo 11 LOPJ.

Las reglas del proceso justo y equitativo nos obligan, también, en materia de admisión de medios de prueba a tomar en cuenta los fines de protección de la regla de exclusión -vid. por todas, STEDH, de Gran Sala, caso Gäfgen c. Alemania, de 10 de junio de 2010- y a su aplicación rigurosa y razonable. Lo que excluye "adoptar a cualquier precio todas las medidas concebibles para eliminar el acceso al proceso de un medio de prueba" -vid. opinión del Juez White en la Sentencia de la Corte Suprema Norteamericana, caso Patterson v. Nueva York, 432, US 197, (1977)-.

Las hipotéticas lesiones de algunos de los derechos previstos en los artículos 20 y ss de la LO 7/2021 que hayan podido sufrir terceros a consecuencia de la utilización de fotografías con su imagen en el curso de la investigación policial quedan extramuros de este proceso.

TERCERO (OCTAVO EN EL ORDEN PROPUESTO POR EL RECURRENTE), AL AMPARO DEL ARTÍCULO 852 LECRIM , POR INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL: VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS A UN PROCESO CON TODAS LAS GARANTÍAS Y A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

17. En términos no particularmente claros, se denuncia insuficiencia probatoria en la declaración de condena. Se niega apodícticamente que exista prueba de cargo, renunciando a todo análisis crítico de las razones probatorias ofrecidas por el tribunal de instancia. El hoy recurrente se limitó, se afirma en el desarrollo argumental del motivo, a acompañar al Sr. Salvador a zanjar las negociaciones de la compraventa de los dinares iraquís, como confirmó el propio coacusado. La sentencia, se afirma, no ofrece ninguna razón sobre por qué prescinde del testimonio conteste de ambos acusados.

Por otro lado, se vuelve a cuestionar la actuación de la Guardia Civil en el arranque de las investigaciones. En particular, las condiciones temporales sobre cuándo y cómo se conformó el álbum de clichés fotográficos que se le exhibió al testigo Sr. Aureliano, que incluía fotografías de familiares de los investigados. La diligencia de reconocimiento fotográfico debe reunir, se afirma en el recurso, condiciones de autenticidad y de fiabilidad que neutralicen riesgos de contaminación.

18. El motivo carece de consistencia.

La información facilitada por el testigo Sr. Aureliano se presenta particularmente fiable tanto en relación con las condiciones de producción del hecho justiciable como en la participación en el mismo del recurrente.

Además de una destacada consistencia interna, el relato goza de un alto nivel de corroboración periférica. Tanto el hoy recurrente como el otro acusado Sr. Salvador reconocen el encuentro en la fecha y lugar indicado por el Sr. Aureliano. Y a ambos también se les ocupó documentos con los que, pese a su falsedad, buscaban hacerse pasar como agentes del Centro Nacional de Inteligencia. Lo que coliga con lo manifestado por el testigo Sr. Aureliano relativo a que se sintió particularmente intimidado cuando sus interlocutores en la reunión celebrada en la localidad de Roquetas, el Sr. Salvador y el hoy recurrente, le indicaron que eran agentes del CNI y le mostraron las correspondientes placas y carnés.

Por lo que se refiere a las objeciones sobre la diligencia de exhibición de clichés fotográficos realizada por la Policía Judicial nos remitimos a lo expuesto al hilo del análisis del anterior motivo.

CUARTO MOTIVO (PRIMERO EN EL ORDEN PROPUESTO POR LA PARTE), AL AMPARO DEL ARTÍCULO 849.1 LECRIM , POR INFRACCIÓN DE LEY: INDEBIDA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 243 CP

19. Una buena parte de desarrollo del motivo se dedica a cuestionar las bases probatorias de la declaración de condena. Se insiste, con argumentos ya utilizados al hilo del motivo formulado al amparo del artículo 852 LECrim, que la prueba es insuficiente, que se basa en el solo testimonio del Sr. Aureliano y que se ha descartado de manera no justificada el propio testimonio ofrecido por el recurrente y el coacusado Sr. Salvador negando la existencia de un intento de extorsión. Solo se combate el juicio normativo en la medida en que considera que los hechos no identifican un mal inmediato, grave y posible susceptible de inspirar miedo. Siendo implausible, se afirma, que una persona como el Sr. Aureliano, acostumbrado a los negocios, creyera como posible que miembros del CNI pudieran actuar del modo que se describe en la sentencia recurrida.

20. El recurrente prescinde, en buena medida, de la obligación de partir en la formulación del motivo de los hechos declarados probados en la sentencia recurrida. Como es bien sabido, estos constituyen el primer y fundamental elemento de la precomprensión necesaria para la identificación e interpretación de la norma aplicable al caso, delimitando el campo de juego en el que puede operar el motivo por infracción de ley. Que, por ello, no puede utilizarse para pretender reelaborarlos o ajustarlos a la pretensión absolutoria que se formula.

En lógica consecuencia, nos limitaremos a analizar si los hechos declarados probados permiten su calificación, o no, como un delito de extorsión del artículo 243 CP.

21. Y la respuesta, que ya adelantamos, debe ser negativa. En efecto, frente a la calificación sostenida por la Audiencia como constitutivos de un delito de extorsión en grado de tentativa, identificamos en los hechos que se declaran probados la modalidad de amenazas lucrativas del artículo 169. 1º, inciso último, CP.

No parece cuestionable que el delito de extorsión del artículo 243 y el de amenazas del artículo 169.1º, ambos, CP comparten elementos de tipicidad, tanto objetivos como subjetivos, y finalidades de protección de bienes jurídicos coincidentes. Lo que sugiere un genuino concurso de normas cuya superación obliga a acudir a las reglas del artículo 8 CP. En particular, a la de especialidad.

El delito de extorsión se define doctrinalmente como un "delito de encuentro" porque el sujeto pasivo/perjudicado es obligado a realizar un acto o negocio jurídico con valor económico del que resulta un perjuicio bien para el extorsionado o bien para un tercero -vid. STS 426/2017, de 14 de junio-. Modalidad de acción cooperativa que permite distinguirlo con suficiente nitidez del robo intimidatorio o violento. Además, la consumación

se produce desde que se compele al sujeto pasivo a " realizar u omitir un acto jurídico en perjuicio de su patrimonio" -vid. STS 142/2020, de 13 de mayo-, por lo que cualquier episodio posterior pertenece no al tracto comisivo de la infracción, sino a su fase de agotamiento -vid. STS 159/2019, de 26 de marzo-.

Por su parte, el delito de amenazas condicionales con contenido lucrativo se caracteriza porque la causación del mal anunciado a la persona amenazada se hace depender de una condición, es decir, de un acontecimiento futuro cuya realización depende de la voluntad del sujeto pasivo. La condición puede ser lícita o ilícita, lucrativa o no lucrativa. En las lucrativas concurre el específico ánimo de lucro, al tiempo que también se comprometen dos bienes jurídicos. La libertad, por un lado y el patrimonio, por otro.

Las diferencias entre la extorsión y las amenazas lucrativas se han situado en la inmediatez del mal conminado para la obtención del resultado buscado. Así, mientras que en el delito de extorsión se exige una relación directa entre la intimidación o violencia empleada y el objeto de la acción -que el sujeto pasivo otorgue el acto o el negocio jurídico-, en el delito de amenazas lucrativas la inmediatez del mal se difiere más en el tiempo, es decir, el resultado se sitúa más "a distancia" de la acción conminatoria típica -vid. SSTS 1382/99, de 29 de septiembre-.

De igual modo, en atención al alcance de la condición establecida o del propósito conminatorio deberá calificarse como extorsión si la conducta esperada del sujo pasivo es el otorgamiento de un acto o negocio de apariencia jurídica - con independencia de que resulte nulo-, mientras que será amenaza lucrativa si lo que se pretende obtener es cualquier otra prestación, bien o activo con valor económico pero sin forma jurídica.

22. Pues bien, conforme a los criterios diferenciadores expuestos, el hecho probado identifica una amenaza penalmente significativa -la pérdida de la libertad ambulatoria- bajo condición de que no se produciría si la víctima entregaba 200.000 euros.

El contexto de producción, la conminación instrumental relativa a que la víctima no llamara a nadie más que a una persona determinada pues tenía el teléfono intervenido, indica, con claridad, que en el plan de autor no se contaba con que sin solución de continuidad a la emisión de la conminación el destinatario de la misma haría entrega del dinero. Es obvio que esta se difería a un momento posterior que posibilitara a la víctima obtener la cantidad exigida. Primero, se buscó atemorizar a la víctima para, después, en un momento diferido en el tiempo, obtener la entrega del dinero en lo que consistía la ilícita condición -vid STS. 1014/2021, de 21 de diciembre-.

Lo que conduce a la calificación anticipada de los hechos declarados probados como constitutivos de un delito de amenazas del artículo 169.1º, inciso último, CP.

23. Por lo que se refiere a la cuestionada idoneidad típica de mal anunciado, debe recordarse que este, cuando se trata de la modalidad típica de las amenazas condicionales, debe resultar fenomenológicamente idóneo, en atención a los elementos contextuales de producción, para afectar significativamente al sentimiento de seguridad del destinatario. Y, en lógica consecuencia, para que la víctima se someta a la condición fijada por el autor -vid. STS 332/2021, de 22 de abril-.

Es cierto, no obstante, que el valor conminatorio típico del mal anunciado no puede hacerse depender exclusivamente del que le otorgue su destinatario. Los indicadores de adecuación típica reclaman acudir a fórmulas o estándares de medición más objetivos. Debe exigirse una suerte de potencial intimidatorio intersubjetivamente compartido que permita considerar que en circunstancias similares y con relación a personas distintas se provocarán las mismas o parecidas consecuencias. Como esta Sala ha mantenido, " el miedo es una condición subjetiva que no puede transformar en intimidatoria una acción que en sí misma no tiene ese alcance objetivamente" -vid. SSTS 511/2019 de 28 de octubre; 446/2029, de 6 de febrero de 2020-.

24. Pero, en el caso, no nos cabe duda de que el mal conminado -la privación de libertad bajo la imputación de un delito-, atendidas las circunstancias en las que se profirió, en ejecución de un plan criminal sofisticado en el que se sugería la intervención de una pluralidad de personas y por el que los autores se hicieron pasar por agentes del Centro Nacional de Inteligencia, afectó de manera grave el sentimiento de seguridad del destinatario. Y ello sin perjuicio de que la condición impuesta -la entrega de una determinada cantidad de dinero- finalmente no se hiciera efectiva.

25. Por otro lado, la nueva calificación en nada compromete el principio acusatorio. Sobre esta cuestión, no puede dejar de destacarse el propio marco casacional en el que se produce la mutación del título de condena. Para lo que resulta imprescindible traer a colación la doctrina constitucional contenida en las sentencias 123 y 183/2005 que abordan de forma nuclear el específico alcance revisor y los perfiles del debate contradictorio en la casación penal. Como nos recuerda el Tribunal Constitucional, " el sometimiento de la resolución de instancia al cauce revisor de la casación no implica la necesidad de un nuevo debate contradictorio como si de un novum iudicium se tratara, toda vez que, cuando lo que se somete a revisión es la calificación jurídica de los hechos, el alcance de la casación se establece precisamente a partir de los pronunciamientos de la Sentencia de instancia y de los razonamientos en que tales pronunciamientos se sostienen. En este sentido no cabe apreciar limitación alguna del derecho a la defensa y a un debate contradictorio, toda vez que, de una parte, es en la primera instancia donde tiene lugar el

mismo, y, de otra, el fallo al que finalmente llega el Tribunal Supremo (...) se ha efectuado en el marco del debate tal como ha sido planteado en las pretensiones de la acusación y a partir de los razonamientos esgrimidos por el juzgador a quo". De lo que se deriva que los límites del pronunciamiento del Tribunal de casación no quedan sometidos por la concreta pretensión normativa del recurrente cuando esta no sea conforme a Derecho.

Como se contiene en la ya citada STC 123/2005, " la posibilidad de proceder a revisar la calificación jurídica se proyecta sobre todos los pronunciamientos de la Sentencia de instancia en la medida en que la misma no ha adquirido firmeza. Ello viene determinado por la configuración legal del recurso de casación; en particular por lo dispuesto en el párrafo primero del art. 902 LECrim , a cuyo tenor: 'Si la Sala casa la resolución objeto de recurso a virtud de algún motivo fundado en la infracción de la Ley, dictará a continuación, pero separadamente, la sentencia que proceda conforme a derecho, sin más limitación que la de no imponer pena superior a la señalada en la sentencia casada o a la que correspondería conforme a las peticiones del recurrente, en el caso de que se solicitase pena mayor'".

26. Además, la nueva calificación no comporta la introducción de elementos, ni fácticos ni jurídicos, que no hayan sido previamente objeto de debate contradictorio. Como de manera reiterada ha precisado el Tribunal Constitucional, entre las garantías que incluye el principio acusatorio se encuentra la de que nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le ha acusado y la de que, por lo tanto, haya podido defenderse. En este contexto por "cosa" no puede entenderse únicamente un concreto devenir de acontecimientos, un "factum", sino también la perspectiva jurídica que delimita de un cierto modo ese devenir y selecciona algunos de sus rasgos, pues el debate contradictorio recae "no sólo sobre los hechos sino también sobre su calificación jurídica" - SSTC 145/2011, 223/2015-.

El principio acusatorio admite y presupone el derecho de defensa de la persona acusada y, consecuentemente, la posibilidad de contestación o rechazo de la acusación. Provoca en el proceso penal la aplicación de la contradicción, el enfrentamiento dialéctico entre las partes, conocer los argumentos de la otra parte, manifestar ante el Juez los propios, indicar los elementos fácticos y jurídicos que constituyen su base y ejercitar una actividad plena en el proceso -vid. por todas, STC 53/1987-.

De tal modo, la regla " nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él una acusación de la que haya tenido oportunidad de defenderse de manera contradictoria" genera una regla de vinculación fuerte en el sentido de que siempre ha de existir correlación entre la acusación y el fallo de la Sentencia -vid. SSTC 11/1992, 95/1995, 36/1996-. El juzgador no puede excederse de los términos en que viene formulada la acusación o apreciar hechos o circunstancias que no han sido objeto de consideración en la misma ni sobre las cuales, por lo tanto, el acusado ha tenido ocasión de defenderse -vid. STC 205/1989-.

Lo anterior, sin embargo, no supone, so pena de frustrar la solución más adecuada al conflicto que se ventila en el proceso, que la sujeción de la condena a la acusación pueda ir tan lejos como para impedir que el órgano judicial modifique la calificación de los hechos enjuiciados en el ámbito de los elementos que han sido o han podido ser objeto de debate contradictorio. No existe infracción constitucional del derecho a conocer la acusación si el Juez valora los hechos y los calibra de modo distinto a como venían siéndolo -vid. STC 204/1986, recogiendo doctrina anterior- siempre, claro, que no se introduzca un elemento o dato nuevo al que la parte, por su lógico desconocimiento, no hubiera podido referirse para contradecirlo en su caso -vid. STC 10/1988-.

A esto es, precisamente, a lo que se refiere el concepto de homogeneidad en la calificación jurídica. Esta se dará cuando aun constituyendo los delitos modalidades distintas estas se presentan cercanas dentro de la tipicidad penal. De tal suerte que, estando contenidos todos los elementos del tipo de condena en el tipo delictivo objeto de la acusación, no haya ningún elemento nuevo del que el acusado no haya podido defenderse. Identidad o proximidad de elementos que comprende no sólo el bien o interés protegido por la norma sino también, obviamente, las formas de comportamiento respecto de las que se protegen.

En suma, el acusatorio quedará preservado cuando entre las calificaciones en liza -las alternativas o las subsidiarias introducidas definitivamente por las acusaciones- y la que sustenta la condena quepa trazar una relación de homogeneidad porque el hecho que configura los tipos correspondientes sea sustancialmente el mismo -vid. STC 12/1981, 4/2002- y, además, la nueva calificación no comporte mayores consecuencias penales que las pretendidas y, además, se derivarían de la aplicación del tipo objeto de acusación.

27. De igual modo, tampoco identificamos riesgo de afectación del principio de prohibición de la reformatio in peius.

El delito de extorsión del artículo 243 CP es más grave que el de amenazas condicionales lucrativas del artículo 169.1º, inciso último, CP, aunque la errónea aplicación de la modalidad de tentativa al delito de extorsión pueda sugerir lo contrario.

En todo caso, la pena impuesta en la instancia debe seguir actuando como límite de la que pueda imponerse por el delito de amenazas condicionales.

En los términos fijados por el Tribunal Constitucional en las sentencias ya mencionadas 123 y 183/2005, el único límite que el artículo 902 LECrim establece a la facultad de revisión de la calificación jurídica de los hechos en

el recurso de casación es el de no imponer pena superior a la señalada en la sentencia casada. Es decir, el límite determinado por el principio de prohibición de reforma peyorativa. Como también se precisa en la STC 123/2005, " los términos de comparación para ponderar si la reforma ha sido peyorativa han de ser, en el caso, las respectivas condenas: es decir, si la recaída en segunda instancia empeora la situación que establece el fallo condenatorio de la dictada por el juzgador a quo, y no la relación existente entre la pretensión absolutoria del actor recurrente y el sentido del fallo condenatorio derivado del recurso."

Riesgo de ultrapunición que queda descartado pues la concreta pena fijada en la sentencia recurrida puede seguir siendo impuesta con la nueva calificación. Y ello sin perjuicio de lo que resulte de la estimación de otros motivos formulados por infracción de ley y de las consecuencias que, en forma de concursos, puedan derivarse.

QUINTO MOTIVO (SEGUNDO EN EL ORDEN PROPUESTO POR LA PARTE), AL AMPARO DEL ARTÍCULO 849.1 LECRIM , POR INFRACCIÓN DE LEY: INDEBIDA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 392 CP

28. El motivo incurre en los mismos errores de formulación que el anterior pues en su desarrollo argumental se entremezclan gravámenes probatorios con normativos, separándose en esa medida del cauce casacional invocado. Los estrictamente normativos giran sobre la inexistencia de acción típica en los términos precisados en el artículo 390 CP pues las placas con el emblema del Centro Nacional de Inteligencia que le fueron ocupadas al ahora recurrente las adquirió por internet, en el sitio web , lo que, se afirma, resulta absolutamente legal. Las placas que se le intervinieron carecen de la entidad necesaria para perturbar el tráfico jurídico y de idoneidad para alterar la legitimidad y veracidad del documento.

29. Tal como hicimos cuando abordamos el anterior motivo, nos limitaremos, al hilo de las cuestiones normativas suscitadas, a analizar si los hechos declarados probados permiten la subsunción cuestionada en el tipo del artículo 392 CP que sirvió de título de condena.

30. Y de nuevo, ya adelantamos, la respuesta debe ser negativa. Los hechos no constituyen un delito de falsedad en documento oficial cometido por particulares del artículo 392 CP, sino de falsedad en documento privado del artículo 395 CP.

En efecto, los hechos que se declaran probados presentan vacíos descriptivos que impiden apreciar la presencia de elementos que resultan esenciales para fundar el juicio de tipicidad contenido en la sentencia recurrida. Se omite toda información descriptiva sobre las características de los documentos no correspondientes con los oficiales. Sobre el grado de idoneidad para hacerse pasar por verdaderos en el concreto sector del tráfico donde estos por lo normal operan. No basta ni mucho menos que se establezca como probado que las placas y los documentos de identificación que poseían tanto el hoy recurrente como el otro de los acusados no se correspondían con documentos oficiales auténticos.

Para subsumir la conducta en el tipo del artículo 392 CP debe describirse, además, el grado de correspondencia o similitud con el documento oficial para, a partir de ahí, poder valorar normativamente, en la fundamentación jurídica, si la acción falsaria comprometió o no los fines de protección del delito de falsedad en documento oficial, justificándose, a la postre la severa respuesta penal que contempla.

No es suficiente la formulación en negativo que se contiene en la sentencia recurrida: que los documentos referidos " no se corresponden a los auténticos".Pero dicha declaración fáctica no permite identificar las tasas de idoneidad de la acción falsaria para lesionar el bien jurídico protegido por el artículo 392 CP.

El delito de falsedad de documento oficial exige que el documento falso pueda, en efecto, pasar como documento oficial verdadero. Pero dicha correspondencia, insistimos, debe describirse con detalle en el apartado de los hechos probados de la sentencia.

En el caso, se disponía, además, de una información probatoria altamente fiable como la contenida en el informe elaborado por los técnicos del Departamento de Grafística del Laboratorio de Criminalística de la 4ª Zona de la Guardia Civil para precisar en el hecho probado, como resultaba obligado, las características de los documentos calificados como falsos.

Sin embargo, la Sala de instancia se limitó a utilizar dicha información para precisar, en la fundamentación jurídica, el modo en que se confeccionaron algunos de los documentos, mediante impresión digital, y concluir que todos los analizados eran falsos, prescindiendo, insistimos, de toda valoración normativa del alcance de la falsedad apreciada.

Como afirmábamos en la STS 32/2006, de 23 de enero, en la que se analiza un supuesto con intensas similitudes al que nos ocupa, " cuando la simulación de un documento oficial, como lo es el carné de policía, se hace de modo tal que, si bien sirve para engañar a los particulares, carece de aptitud para sustituir al documento oficial propiamente dicho por las relevantes diferencias que existen entre el auténtico y el falso, no cabe hablar de falsedad en documento público del art. 392, sino del mismo delito cometido en documento privado del art. 395. En estos casos los documentos en modo alguno pueden tener eficacia ante ningún órgano de carácter público, ni siquiera cabría hablar de documentos originariamente privados que pudieran adquirir después un rango público u oficial por

ir destinado a incorporarse a algún libro, expediente u otro documento de carácter judicial, notarial o administrativo" -vid. también SSTS 1443/2003 y 835/2003-.

La imprecisión fáctica que presenta la sentencia recurrida, a la luz del contenido de la pericia documentoscópica a cuyo acceso nos faculta el artículo 899 LECrim, impide presumir que, además de inauténticos, presentaban características que les hacía idóneos para pasar por verdaderos documentos oficiales.

31. Pero, como apuntábamos, ello no quiere decir que la acción falsaria, creando documentos mediante mecanismos de impresión digital con los que el hoy recurrente pretendía hacerse pasar como miembro del CNI y del Ejercito, resulte penalmente irrelevante. Los documentos falsos fueron creados en perjuicio de tercero para ser utilizados en la ejecución de un plan criminal que incluía graves conminaciones constitutivas de un delito de amenazas condicionales del artículo 169 CP para obtener una importante suma de dinero.

El hecho de que los documentos falsos ni por su procedencia ni por su destino carecieran de efectos potenciales en el ámbito público u oficial no les priva de desvalor en la medida en que fueron concebidos para perjudicar a particulares. Y, en este ámbito del tráfico jurídico, sí incorporaban un genuino contenido falsario idóneo para provocar engaño. Para hacer creer al Sr. Aureliano, víctima de la amenaza, de que se trataban de documentos auténticos. Como, en efecto, se decanta con suficiente claridad de los hechos declarados probados.

32. Identificamos, por tanto, un concurso medial entre el delito de amenazas condicionales del artículo 169.1º, inciso último, CP y un delito de falsedad en documento privado del artículo 395 CP, al darse una relación teleológica de medio a fin.

En el caso, desde las reglas de experiencia general, atendidas las circunstancias situacionales de producción, resulta suficientemente nítido que para la ejecución del delito-fin -el de amenazas condicionales- se presentaba particularmente necesario el delito-medio -el de falsedad en documento privado-. Lo que satisface las condiciones de apreciación de la medialidad que han venido exigidas por la doctrina de esta Sala -vid. SSTS 336/2014, de 11 de abril; 972/2021, de 10 de diciembre-.

33. Mutación del título de condena que, en los términos ya analizados y al hilo del motivo anterior, no lesiona ni el principio acusatorio ni la prohibición de reformatio in peius.

Es cierto, no obstante, que, para apreciar la falsedad en documento privado, no basta con la alteración relevante de la verdad, por medio de alguna de las modalidades previstas en el artículo 390 CP. El artículo 395 CP exige, además, la concurrencia del ánimo de perjudicar a otro. Pero esa diferencia entre una y otra modalidad falsaria no permite romper el sustrato que les presta ontológica homogeneidad.

Como afirmábamos en la STS 975/2004, de 24 de mayo, que analiza la compatibilidad entre la acusación por el artículo 392 CP y condena por el articulo 395 CP desde las exigencias del principio acusatorio, "[Este] no persigue la obtención de efectos puramente formales, sino principalmente evitar la indefensión material, por lo cual la valoración que se haga de la acusación y de la sentencia a estos efectos no puede construirse sobre la creación de compartimentos estancos, sino mediante el examen de la totalidad de los hechos imputados y la totalidad de la calificación jurídica, lo cual conduce en este caso a la negación de la infracción denunciada, pues en la calificación de la acusación pública, que se refiere a unos hechos íntimamente relacionados entre sí de manera que forman un todo único, se contienen todos los elementos que se tienen en cuenta en la sentencia, aunque sean calificados en ésta de forma diferente".

Las consecuencias en orden a la penalidad del concurso medial identificado las precisaremos en la segunda sentencia que se dicte.

SEXTO MOTIVO (TERCERO EN EL ORDEN PROPUESTO POR LA PARTE), AL AMPARO DEL ARTÍCULO 849.1 LECRIM , POR INFRACCIÓN DE LEY: INDEBIDA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 402 CP

34. El motivo combate el juicio de tipicidad. Y lo hace, a diferencia de los anteriores, ajustándose más y mejor a las exigencias del cauce invocado. Para el recurrente, no basta con que una persona se atribuya la condición de funcionario para tener acreditada la comisión de un delito de usurpación. En coincidencia con lo alegado por el Fiscal en las instancias anteriores, según se afirma en el recurso, la actuación que se atribuye el recurrente no forma parte del protocolo de actuación de los funcionarios del Centro Nacional de Inteligencia. No puede serlo, desde luego, con referencia los hechos relacionados con el intento de obtener la entrega de los dinares iraquís y la cantidad de 200.000 euros ni la que se describe con motivo del encuentro que mantuvo con el inspector de trabajo Sr. Jose Antonio.

35. El motivo debe prosperar. En efecto, los hechos que se declaran probados no permiten identificar todos los elementos que reclama el tipo de usurpación del artículo 402 CP.

Aun cuando los pronunciamientos de este tribunal no son abundantes, sí han permitido, sin embargo, delimitar con precisión los rasgos constitutivos del delito del artículo 402 CP.

Así, en el plano objetivo, requiere el ejercicio, con una cierta persistencia, de actos propios de una autoridad o funcionario, ya sean los atribuidos por una disposición legal o reglamentaria, o los que estén en el contexto de las atribuciones cuyo carácter oficial se atribuye el sujeto activo del delito. El engaño que sufre quien se relaciona con el falso funcionario está sustentado sobre la actividad funcionarial que efectivamente realiza el sujeto activo del delito.

En el ámbito subjetivo, exige la asunción por el agente de esa función pública, ya sea manifestándolo oralmente o dándolo a conocer por actos con capacidad bastante para engañar a una persona o a una colectividad, con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta y con voluntad de realizar su irregular actuación.

El agente, en fin, ha de actuar con el propósito de obrar suplantando o falseando la realidad administrativa que se deriva de la exigencia de un nombramiento ajustado a la normativa funcionarial para poder desarrollar unas determinadas funciones públicas -vid. SSTS 677/1998, 18 de mayo; 677/1998, 24 de junio; 911/1999, 9 de junio, 897/2012, de 14 de noviembre; 772/2007, de 4 de octubre; 590/2016, de 5 de julio; 206/2022, de 8 de marzo-.

La conducta de usurpación penalmente significativa no viene determinada solo porque el destinatario del engaño crea que el sujeto activo del delito reúne la condición de autoridad o funcionario. Además, debe exigirse que la errónea representación sea consecuencia de la realización de actos propios de dicha condición o "sólo entendibles", como afirmábamos en la antes mencionada STS 590/2016, en el marco de la actuación profesional pública del funcionario. Se trata, a la postre, de la ocupación ilícita de cualidades profesionales públicas.

Ello supone la necesidad de identificar un marco predeterminado de referencia que permita valorar normativamente si, en efecto, la conducta seguida por el usurpador se ajusta al contenido socialmente reconocible de la función pública que afirma ostentar.

36. Y en el caso, a la luz de los hechos que se declaran probados, no resulta posible trazar, con la necesaria nitidez, la correspondencia exigida por el tipo entre los actos propios de la autoridad o funcionario y los que ha ejecutado el recurrente atribuyéndose carácter oficial.

A diferencia de los supuestos analizados en las sentencias de esta Sala antes mencionadas en los que el usurpador se atribuye la condición de policía y adopta "la actitud propia de un agente policial", como se precisa en la STS 772/2004, en el que nos ocupa se desconoce cuál es ese patrón propio de actuación. Ese marco de referencia preexistente de identificación al que antes nos referíamos.

En relación con el primero de los subhechos, si bien el recurrente se atribuye la condición de miembro del CNI no parece que la conducta desarrollada pueda tener nada que ver con el modo de actuación de quien pertenece a dicha Agencia. Tampoco cabe trazar clara correspondencia en el segundo subhecho, más allá de presunciones sobre cómo debe o podría ser la actuación de un agente de los servicios de inteligencia del Estado.

Fórmulas hipotéticas que, en todo caso, no resultan suficientes para afirmar la existencia de una conducta usurpadora de los actos propios de una autoridad o funcionario penalmente relevante.

SÉPTIMO MOTIVO (CUARTO EN EL ORDEN PROPUESTO POR LA PARTE), AL AMPARO DEL ARTÍCULO 849.1 LECRIM , POR INFRACCIÓN DE LEY: INDEBIDA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 637 CP , TEXTO DE 1995

37. De nuevo, el gravamen normativo se entremezcla con un gravamen probatorio muy alejado del cauce invocado. Y, de nuevo, al igual que en los motivos anteriores, limitaremos nuestro análisis al primero. Este se centra en denunciar la indebida aplicación del artículo 637 CP, texto de 1995, en la medida en que no se identifica en los hechos que se declaran probados la acción reclamada por el tipo. Que no es la mera exhibición del uniforme militar sino su uso con la finalidad de provocar el engaño de terceros.

38. El motivo debe prosperar. El tipo, ya sea el del artículo 637 CP o del vigente artículo 402 bis CP, no castiga la mera utilización de los distintivos a los que se refiere. Debe exigirse, además, que por las condiciones situacionales de uso le atribuyan a quien los utiliza el carácter oficial que, a modo de resultado, reclama la fórmula normativa empleada -piénsese, en supuestos en los que, pese al uso público de un traje oficial, por ejemplo, una toga de juez o de abogado, el contexto de utilización es una fiesta de disfraces-.

La ubicación del tipo en el capítulo IV del Título XVIII, dedicado a la usurpación de funciones públicas, obliga a identificar una intención específica de arrogarse la dignidad, empleo u oficio que los elementos materiales referidos en el tipo simbolizan, usándolos como si fueran propios. Lo que dota a la acción del potencial de lesividad del bien jurídico protegido.

Como precisábamos en nuestra sentencia 535/1993 de 13 de marzo, en relación con el tipo antecedente del artículo 334 CP, texto de 1973, "[Si bien] es cierto que tiene la naturaleza de un puro delito formal y que ha sido interpretado por la Jurisprudencia de épocas pasadas en un sentido que entendemos excesivamente amplío, considerando que se comete aunque la intención de quien usa el uniforme, el traje, insignia o el título académico, lo haga exclusivamente con intención de presumir o, como también se ha dicho, ad pompom et obstentationem. Hoy día, sin embargo, por mucho formalismo del que queramos dotar a cualquier acción delictiva, esa interpretación la

encontramos totalmente desforada puesta en relación con los hábitos sociales al uso, ya que siempre, y en todo caso, el elemento subjetivo de estas acciones ha de contener una motivación más amplia del mero exhibicionismo que, por sí solo, a nadie perjudica, ya que, en realidad, para poderse tipificar es necesario que ese uso normal o indebido contenga una finalidad más concreta de, por ejemplo, obtener prebendas o cualquier suerte de favores que se basen en la simple apariencia, y ello aunque tales prebendas o favores no se consigan".

De nuevo, los hechos que se declaran probados presentan significativos vacíos descriptivos. La mera referencia a que el hoy recurrente vistiendo el correspondiente uniforme se ha presentado públicamente como militar no permite por sí apreciar la presencia de los elementos que resultan esenciales para fundar el juicio de tipicidad contenido en la sentencia recurrida. Las lagunas fácticas no pueden suplirse mediante presunciones de lo que debió acontecer.

OCTAVO MOTIVO (SEXTO EN EL ORDEN PROPUESTO POR LA PARTE), AL AMPARO DEL ARTÍCULO 852 LECRIM , POR INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL: VULNERACIÓN DEL DERECHO A UN PROCESO SIN DILACIONES INDEBIDAS INDEBIDA. INAPLICACIÓN DE LA ATENANTE MUY CUALIFICADA DE DILACIONES INDEBIDAS

39. Utilizando un cauce casacional equivocado, la parte pretende la revisión normativa de la atenuación apreciada en la instancia lo que sitúa al gravamen en el espacio del motivo por infracción de ley del artículo 849.1º LECrim. Considera que la Sala de Instancia no ha valorado adecuadamente, y respecto al recurrente, los factores que han dificultado y retardado el desarrollo temporal del proceso, pues ninguno de los identificados puede ser imputado al hoy recurrente. Fueron otras partes las que renunciaron de manera sucesiva a los letrados designados o las que propiciaron la suspensión por enfermedad. La sentencia recurrida, se insiste, se separa de la doctrina de esta Sala sobre los presupuestos de apreciación del efecto muy privilegiado de la atenuante.

40. El motivo no puede prosperar.

No cabe duda que el transcurso indebido y extraordinario del tiempo en la tramitación del proceso -el abuso del proceso, en terminología anglosajona-, hace que la persona acusada sufra por adelantado las consecuencias de su sometimiento al proceso. La excesiva prolongación del proceso comporta una suerte de pena natural que debe ser compensada, como fórmula que permita mantener el equilibrio retributivo entre la gravedad de la conducta y la pena impuesta.

La redacción actual del artículo 21.6 CP, operada por la L.O. 5/2010, ofrece una valiosa guía de valoración normativa de la proyección del paso del tiempo en la medición de la responsabilidad penal del autor del delito, del todo conforme, por otro lado, con los estándares elaborados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos -vid. por todas, SSTEDH, caso Milovanovic c. Serbia, de 8 de octubre de 2019; caso Raspopóvic y otros c. Montenegro, de 26 de marzo de 2020- de los que se nutre esencialmente nuestra propia jurisprudencia -vid. STS 4284/2020, de 14 de diciembre-.

Como se precisa en la norma, el tiempo de tramitación debe ponerse en relación con la complejidad de la causa y de ahí, medida la correlación funcional entre las actuaciones practicadas, las necesarias, el tiempo empleado para producirlas y la diligencia en su ejecución se puede obtener una suerte de cociente. Lo extraordinario de la dilación que reclama el tipo como fundamento de apreciación obliga a una evaluación integrada de todos los factores señalados. El tiempo total de duración del proceso es un dato significativo, pero no suficiente pues, insistimos, debe "medirse" en términos funcionales. Ha de evaluarse su correlación para el adecuado desarrollo de las actuaciones seguidas, a partir del número y necesidad de las diligencias practicadas a la luz del objeto del proceso, la conducta procesal de la parte y, sin duda, la propia regularidad en el impulso y la dirección procesal.

De tal modo, la duración de un proceso podrá calificarse de dilación extraordinaria cuando carezca de toda conexión razonable con las necesidades de producción temporalmente necesaria y diligente de los actos procesales, provocando un exceso manifiesto, ya sea por la injustificada inacción o paralización procesal, por la actividad procesal desordenada o carente de justificación teleológica o por incidencias procesales provocadas por errores de tramitación. Y siempre y cuando, además, ninguno de estos factores pueda ser imputado a la conducta procesal de la parte que sufre el transcurso excesivo del tiempo.

Lo que comporta una cualificada carga descriptiva que pesa sobre quien invoca la atenuación -sobre todo, cuando, como en este caso, se pretende un efecto atenuatorio intenso-, como es la de precisar el "iter" de actuaciones procesales que se consideran no ajustadas al canon de la razonabilidad temporal de producción -vid. STS 126/2014, de 21 de febrero-.

Debiéndose recordar, en todo caso, que para evaluar como indebido el transcurso del tiempo, siempre deben utilizarse elementos relacionales que exigen partir del tiempo estimado en el que, en condiciones objetivas de adecuación funcional, debería haberse desarrollado o producido la actuación o el trámite procesal. Sin que, para ello, puedan tomarse en cuenta, como factores atemperadores, circunstancias estructurales de saturación, sobrecarga o errores de tramitación imputables al propio sistema judicial.

41. En el caso, el tiempo total de duración del proceso hasta la sentencia definitiva, seis años y siete meses, hizo que el tribunal de instancia apreciara la concurrencia de dilación extraordinaria e indebida en los términos exigidos por el artículo 21. 6º CP, si bien descartó concederle un efecto privilegiado que redujera la pena en un grado.

El tribunal reconoció disfunciones temporales en los periodos transcurridos entre los distintos señalamientos, pero, al tiempo, descartó total desmesura o ausencia de toda conexión razonable entre la duración del proceso y las necesidades funcionales de tramitación. La sala de instancia destacó, por un lado, la complejidad objetiva y subjetiva del objeto procesal. Y, por otro, la existencia de diversas y sucesivas suspensiones de las vistas ya señaladas debido a renuncias de distintos letrados a la defensa de algunos acusados y la sobrevenida enfermedad de un acusado y los diversos incidentes competenciales habidos, que concluyeron con la interposición de un recurso de casación que fue resuelto por este Tribunal por STS 35/2019, de 30 de enero.

42. Y tiene razón la Audiencia. La complejidad de la causa y la existencia de incidentes suspensivos promovidos por las partes si bien no impiden apreciar dilación extraordinaria, no permiten, sin embargo, apreciar el pretendido efecto muy cualificado de la atenuación.

En términos objetivos, una buena parte del tiempo transcurrido no se debió a la inactividad o grave desidia en la ordenación procesal de la causa imputable a los órganos jurisdiccionales concernidos. Sin que sea suficiente para privilegiar la atenuación la existencia de incumplimientos de plazos procesales de tramitación.

El tiempo en el que se desarrolló la fase previa fue razonable -dieciséis meses- y si bien el invertido hasta el final desarrollo del juicio oral en la instancia se prolongó excesivamente, no pueden dejar de tomarse en cuenta las causas que lo explican: sucesivas renuncias de abogados designados que provocaron la suspensión de los señalamientos ya fijados y un incidente competencial devolutivo resuelto finalmente por este Tribunal Supremo.

El hecho de que el hoy recurrente no fuera promotor de ninguno de dichos incidentes no significa que no deba ser normativamente valorado si el transcurro del tiempo le hace merecedor del efecto atenuatorio privilegiado que se pretende, con independencia de que la prolongación pueda deberse al comportamiento procesal de otras partes.

En efecto, una cosa es que la parte que ha provocado la dilación indebida y extraordinaria no deba beneficiarse, en caso de identificarse, de la atenuación -vid. la regulación del plazo máximo de prisión provisional del artículo 504.5, inciso segundo, LECrim en la que se previene que para su cómputo " se descontará el tiempo en que la causa sufriere dilaciones no imputables a la Administración de Justicia"-. Y otra, muy diferente, es que para determinar el alcance de atenuación no deba estarse al total del tiempo transcurrido y a su valoración normativa.

Insistimos. La dilación es un resultado en ocasiones mutifactorial cuyos efectos atenuatorios exigen una valoración normativa compleja en la que, además de las razones de merecimiento de la persona acusada -en atención, singularmente, a la conducta procesal desarrollada y al grado de aflictividad derivado de la dilación-, deben identificarse las condiciones objetivas de adecuación funcional del tiempo trascurrido en el desarrollo de proceso a la luz de las circunstancias concurrentes.

Y, en el caso, como anticipábamos, una buena parte de las condiciones objetivas de desarrollo del proceso y que explican el transcurro del tiempo no vienen determinadas por una actuación descuidada de los órganos jurisdiccionales. Lo que impide apreciar especial desmesura y total ruptura de necesidades funcionales de desarrollo. Presupuestos que deben darse para apreciar efectos atenuatorios muy privilegiados a la circunstancia contemplada en el artículo 21.6 CP

RECURSO INTERPUESTO POR LA REPRESENTACIÓN DEL SR. Sergio

PRIMER MOTIVO, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 852 LECRIM , POR INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL: VULNERACIÓN DEL DERECHO AL JUEZ PREDETERMINADO POR LA LEY GARANTIZADO POR EL ARTÍCULO 24.2 CE

43. El motivo denuncia el mismo gravamen -la lesión del derecho fundamental al juez predeterminado por la ley- y por las mismas razones que el recurrente Sr. Vidal. Lo que obliga a remitirnos a lo expuesto al hilo del examen de dicho motivo previo para el rechazo del presente motivo.

SEGUNDO, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 852 LECRIM , POR INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL: VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS A UN PROCESO CON TODAS LAS GARANTÍAS Y A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

44. El motivo se formula con ciertas dosis de oscuridad que impiden identificar su verdadero alcance. En el desarrollo argumental no se cuestiona tanto la declaración de los hechos que se declaran probados, sino que estos permitan su subsunción en el tipo de extorsión, objeto de condena. Se insiste en que al margen de su presencia en las reuniones mantenidas con el Sr. Gabino y los Sres. Pablo ningún dato de prueba permite considerar acreditado

que profiriera algún tipo de amenaza o expresión conminatoria. Considera que la mera referencia en los hechos probados a que asintió a las manifestaciones del otro acusado, Sr. Carlos María, no es suficiente para ser considerado como autor de dos delitos de extorsión.

45. El motivo, aun su reformulación como motivo por infracción de ley, no puede prosperar en el sentido pretendido.

Los hechos declarados probados identifican de manera suficiente un supuesto de coautoría en la ejecución de los distintos hechos punibles por los que el hoy recurrente ha sido condenado. Como es bien sabido, esta exige un acuerdo respecto a aquello que se va a ejecutar. Acuerdo que no reclama tampoco la ejecución de todos los actos que integran el elemento central del tipo objetivo pues cabe la división funcional entre los partícipes. Lo determinante es que la aportación causal permita apreciar un condominio funcional del hecho que es, a la postre, lo que funda la imputación recíproca del resultado -vid. STS 604/2017, de 5 de septiembre-.

El hecho probado identifica con suficiente claridad cómo el recurrente, con su presencia participa en el desarrollo de un sofisticado plan criminal que se nutría, además de un prevalente contenido conminatorio, de una puesta en escena para hacer creer a las víctimas que tanto el Sr. Carlos María como el hoy recurrente era miembros de cuerpos de la Seguridad del Estado y que, por ello, podían llevar a cabo las amenazas proferidas. Existió un verdadero condominio tanto decisional como ejecutivo que permite, desde el plano normativo, la imputación del delito a todos los " condóminos".

La condena del recurrente no se funda en que realizara simples gestos de asentimiento a lo expresado por el Sr. Carlos María, como se reitera en el recurso, o en que reforzara moralmente la decisión de este. Se le condena porque se le considera partícipe del plan criminal, en cuya ejecución asumió un determinado rol para dotar de plausibilidad a las graves conminaciones proferidas por el otro acusado.

Como de forma reiterada ha sostenido esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, el dominio compartido de la configuración del hecho y de su ejecución hace surgir una suerte de vínculo de solidaridad que trasfiere a todos los partícipes el mismo grado de responsabilidad cualquiera que sea la parte que cada uno ejecuta ya que todos coadyuvan de modo eficaz y directo a la persecución del fin propuesto con independencia, insistimos, de los actos que individualizadamente realizan para el logro de la finalidad perseguida -vid. por todas, STS 277/2021, de 25 de marzo-. La coautoría, a partir de un condominio decisional y ejecutor de la acción, se funda en un mismo juicio de imputación subjetiva.

En el caso, tanto el hoy recurrente como el Sr. Carlos María compartieron el propósito de la acción coejecutada y ambos desarrollaron acciones idóneas para su ejecución, aunque esta no llegara a buen puerto.

TERCERO, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 852 LECRIM , POR INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL: VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS A UN PROCESO CON TODAS LAS GARANTÍAS Y A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

46. El motivo denuncia que la sentencia ha infringido el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva por vicio en la instrucción policial, carente de toda objetividad y legalidad. Ni el sargento ni el agente que comparecieron en el plenario pudieron explicar cómo era posible " que en 24 minutos desde que el Sr. Aureliano entró en las dependencias policiales ya se hubieran identificado a tres supuestos autores del delito de extorsión al Sr. Aureliano (...). A mayor abundamiento, no se ha acreditado el origen de las fotografías que compusieron el álbum fotográfico de identificación de los autores, el número de teléfono del Sr. Sergio o el número de las placas de matrículas de su vehículo que sirvieron para investigar la causa" (sic).

47. El motivo no puede prosperar. Sin perjuicio de la presencia en el desarrollo argumental del motivo de giros y expresiones impropias de un recurso de casación, no identificamos en qué medida la suficiencia de la prueba de los hechos de la acusación puede verse afectada por las afirmadas irregularidades que, se afirman, comprometen la validez de la investigación policial. El recurrente se desentiende de trazar cualquier tipo de conexión más allá de cuestionar apodícticamente que el Sr. Aureliano transmitiera a la Guardia Civil la información sobre los vehículos empleados por el hoy recurrente.

La sospecha de mendacidad o causa torpe en el desarrollo de la actuación policial no se sostiene sobre datos mínimamente atendibles, sin perjuicio, además, de la necesidad de que se intente identificar, al menos, una conexión de antijuricidad con la propia actividad judicial en la obtención de fuentes de prueba y, a la postre, con los resultados finales que arroja el proceso probatorio.

Como hemos mantenido de forma reiterada -vid. SSTS 201/2022, de 3 de marzo; 362/2011, de 6 de mayo, 628/2010, de 1 de julio- no puede admitirse una presunción de partida de que las actuaciones judiciales y policiales son ilegítimas e irregulares, vulneradoras de derechos fundamentales, mientras no conste lo contrario.

Dar lugar a la nulidad porque la legitimidad no puede presumirse, no resulta, en modo alguno, una exigencia de nuestro sistema de garantías. Con específica referencia a la obtención por parte de la policía de los números telefónicos cuya posterior intervención se ordena judicialmente, afirmábamos en la STS 249/2008 de 20 de mayo, "

ninguna razón se expresa ni se infiere de las actuaciones que pueda sustentar esa alegada irregular obtención de los números de los teléfonos cuya observación se solicitó y fue judicialmente autorizada... no existe razón o elementos que permitan sostener que los números de teléfonos cuya observación se solicita se hubieran obtenido con vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, ya que no consta acreditado que para ese fin se hubiera accedido al contenido de las conversaciones sin autorización judicial, ni se hubiera sobrepasado los límites a los que se hace mención en la sentencia citada 249/2008, de 20 de mayo , para la recogida o captación técnica del IMSI sin necesidad de autorización judicial".

48. Por lo que se refiere a la irregular composición de los álbumes que fueron exhibidos a las distintas víctimas de los hechos que se declaran probados, nos remitimos a lo ya expuesto al hilo del análisis del segundo motivo del recurso interpuesto por la representación del Sr. Vidal, donde rechazábamos cualquier consecuencia anulatoria sobre los medios de prueba practicados en el acto del juicio.

Reiteramos. No hay datos o elementos que permitan concluir que existieron gestiones ilícitas y vulneradoras de derechos fundamentales por parte de la policía. La tacha de ilegitimidad se basa en meras insinuaciones.

CUARTO, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 852 LECRIM , POR INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL: VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y A LA MOTIVACIÓN DE LAS SENTENCIAS

49. El motivo que, por error se enumera como tercero, denuncia falta de motivación de la sentencia recurrida. Insiste en que no se precisa la concreta participación que tuvo el recurrente en los hechos justiciables ni la prueba en la que se asienta la conclusión alcanzada.

50. El motivo no puede prosperar.

Es cierto que el derecho de la parte a la tutela judicial no se satisface solo con la sentencia. Esta, además, debe contener las razones fácticas y normativas que fundan lo decidido. Es un imperativo constitucional ineludible ex artículos 24 y 120, ambos, CE.

Deber constitucional de motivación que no garantiza ni una determinada extensión, ni tan siquiera una especial exhaustividad en las razones que fundan lo decidido. Pero sí que las razones sean completas, claras, precisas, adecuadas y, sobre todo, consecuentes o congruentes con el objeto procesal deducido en juicio. El deber de motivación no se mide por parámetros de excelencia en la respuesta sino de suficiencia explicativa de las razones ofrecidas que permita, entre otros objetivos, que la parte que se ve afectada por lo decidido pueda combatirlo mediante el oportuno ejercicio de los recursos -vid. SSTC 124/2000, 59/2011, 179/2011- .

La invocación del deber constitucional de motivación por la vía del artículo 852 LECrim como motivo casacional puede adquirir una destacada polivalencia

Por un lado, su incumplimiento puede afectar a los presupuestos de validez de la decisión recurrida, justificando la declaración de nulidad y el reenvío al órgano de instancia para que repare el déficit de justificación detectado. Ello acontecerá cuando la sentencia omita el necesario análisis de todas o algunas de las pretensiones de alcance normativo formuladas por las partes que configuran el objeto del proceso y no pueda acudirse a la fórmula integrativa de la motivación tácita; cuando se produzca un vacío absoluto de argumentación justificativa de todas o alguna de las decisiones que integran la parte dispositiva de la resolución; o cuando las razones aportadas se sitúan en clara relación de desconexión con lo que constituye el objeto decisional, ya sea por irracionalidad sustancial o por error -vid. STS 611/2022, de 17 de junio-.

Por otro, el incumplimiento del deber de motivación puede comprometer la propia consistencia fáctico-probatoria de la decisión en aquellos casos en los que no se precisen las premisas externas e internas sobre las que se funda la declaración de hechos probados. Lo que, en supuestos de decisiones de condena, al afectar a la presunción de inocencia, podrá traducirse en la casación de la sentencia y la absolución de la persona condenada en la instancia. Para destruir la presunción de inocencia no basta solo, ni mucho menos, con la producción objetiva de la mínima actividad probatoria de cargo. Debe, además, valorarse de forma motivada dicha información probatoria -vid.780/2022, de 22 de septiembre-.

51. En el supuesto que nos ocupa, sin perjuicio de la concisión en el análisis del cuadro probatorio y de un cierto desorden expositivo en el abordaje de las cuestiones normativas, no identificamos ningún déficit de motivación constitucionalmente significativo.

La sentencia permite identificar no solo los datos esenciales de prueba sobre los que funda su decisión sino también las razones por las que les atribuye valor reconstructivo. Basadas, sobre todo, en las altas dosis de fiabilidad que identifica en las informaciones que aportaron los testigos, el sobrino del Sr. Gabino, el Sr. Hermenegildo y el Sr. Genaro que comparecieron en el juicio oral y narraron las circunstancias en las que se produjeron los respectivos encuentros con el ahora recurrente y con el coacusado, Sr. Carlos María. Y en los que estos, mediante los actos

conminatorios que se describen en el apartado de hechos probados, exigieron de las víctimas que les entregaran determinadas cantidades de dinero.

No hay infracción del contenido nuclear del deber de motivación.

QUINTO, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 851.3º LECRIM , EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 24. 2º CE : NO SE HAN RESUELTO EN LA SENTENCIA TODOS LOS ALEGATOS VERTIDOS POR LA DEFENSA

52. El recurrente denuncia incongruencia omisiva en la que, a su parecer, incurre la sentencia de instancia. No analiza, como venía obligada, la pretensión de nulidad del atestado por vicio y arbitrariedad del mismo que se desarrolló profundamente en las conclusiones (sic) ni la pretensión de nulidad de actuaciones por vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

53. El motivo no puede prosperar. No identificamos incongruencia omisiva en la sentencia recurrida que comprometa su validez. Debe recordarse que la unidad de medida que debe utilizarse para ello no es la que marca la relación entre la alegación de la parte y el fundamento de la decisión, sino entre lo que se pretende y lo que se decide -vid. SSTC 104/2022, 67/2001-.

Es cierto que las alegaciones que fundan lo que se pide, enriquecen el ámbito de juego de la decisión y sirven para, en muchas ocasiones, abrir y estimular un diálogo de razones que se traduce en una mejor y más convincente motivación. Pero no todo lo que se alega puede ser tenido como objeto de pretensión. Como de forma reiterada ha destacado el Tribunal Constitucional -vid. SSTC 128/2017, 165/2020 y, la más reciente, 104/2022-, la distinción entre alegaciones de las partes para fundamentar sus pretensiones y las pretensiones en sí mismas consideradas, comporta que mientras que para las primeras basta una respuesta global o genérica, las segundas entrañan un deber cualificado de respuesta judicial.

54. En el caso, la sentencia recurrida contiene una respuesta suficiente a las pretensiones de nulidad formuladas. Tanto la fundada en la vulneración del artículo 18 CE como la relativa a la nulidad por arbitrariedad en la actuación policial.

Con relación a la primera, la sala de instancia, en términos expresos, la rechazó, identificando fundamento indiciario suficiente en la decisión injerente, así como respeto a las exigencias de proporcionalidad y especialidad en su desarrollo.

La ausencia de análisis preciso de la concreta alegación relativa a que se vulneró el derecho al secreto de las comunicaciones del coacusado Sr. Carlos María y de una de las víctimas, el Sr. Gabino, al grabarse una conversación que mantuvieron utilizando la línea telefónica judicialmente intervenida del hoy recurrente, carece de toda relevancia a los efectos que nos ocupan.

Además, en puridad, sí existió una respuesta tácita que se deduce del conjunto de los argumentos contenidos en la resolución combatida. Si la intervención ordenada del teléfono se ajustó a los principios de especialidad y proporcionalidad, como se sostiene por el tribunal de instancia, es obvio que se descartó que la grabación de la conversación intervenida entre el coacusado Sr. Carlos María y el Sr. Gabino desbordara los límites objetivos y subjetivos fijados en la resolución recurrida.

Debiéndose añadir que no cabe apreciar lesión de las expectativas de privacidad constitucionalmente garantizadas porque en el curso de una intervención judicialmente ordenada de una línea telefónica se grave por azar la conversación mantenida por un tercero, utilizando dicha línea. En particular, cuando, además, mantiene vínculos de participación criminal con el titular de la línea intervenida y el contenido de la conversación grabada gira sobre el propio objeto de la investigación.

En el caso, el Sr. Carlos María, utilizando la línea del hoy recurrente, se convirtió de manera voluntaria en partícipe necesario de la comunicación intervenida.

Como se afirma en la STC 219/2009, " no puede considerarse constitucionalmente ilegítima la intervención de las conversaciones de las personas que comunican o con las que se comunican aquéllas sobre las que recaen inicialmente los indicios, en la medida en que todas las conversaciones están relacionadas con el delito investigado, correspondiente al Juez a través del control de la ejecución de la medida, la identificación de las conversaciones relevantes" -vid. en el mismo sentido, SSTS 457/2010, de 25 de mayo, 705/2005, de 6 de junio, 201/2022 de 3 de marzo-.

55. En cuanto a la pretendida declaración de nulidad del atestado, también identificamos respuesta tácita constitucionalmente suficiente. El tribunal, en la página 28 de la sentencia, identifica las condiciones para el aprovechamiento probatorio de las informaciones que pueda contener el atestado policial, precisando de manera concluyente que solo aquellas que hayan sido ratificadas en el acto del juicio por los agentes serán valoradas como elementos de prueba.

Del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución puede deducirse razonablemente que el órgano judicial no ha identificado causas de nulidad por vulneración de derechos fundamentales en la obtención de

las fuentes de prueba por parte de la Policía que impidan la valoración probatoria de las declaraciones plenarias de los agentes que llevaron a cabo las investigaciones preprocesales.

SEXTO, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 849.2 LECRIM , POR INFRACCIÓN DE LEY: ERROR MANIFIESTO EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

56. El motivo se limita a cuestionar la base probatoria de la declaración de condena. Al parecer del recurrente, con los resultados que arrojó la práctica de la prueba testifical no puede considerarse suficientemente acreditado que del mero asentimiento por parte del hoy recurrente a las expresiones proferidas por el Sr. Carlos María pueda ser considerado autor de dos delitos de extorsión.

57. El motivo no puede prosperar. Y ello porque se identifica un claro desajuste entre lo que se pretende y el cauce casacional escogido para ello.

Como es bien sabido, al hilo de los reiterados pronunciamientos de esta Sala -vid. por todas, SSTS 200/2017, de 27 de marzo; 362/2018, de 18 de julio; 614/2021, de 8 de julio; 610/2022, de 17 de junio- el espacio en el que puede operar el motivo de casación previsto en el artículo 849.2 LECrim 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 como si hubieran tenido lugar o describiendo sucesos de manera diferente a como realmente se produjeron".

Error que ha de tener la suficiente relevancia para alterar precisamente la declaración de hechos probados de la sentencia recurrida. Pero, además, el éxito del motivo reclama que se den determinadas condiciones de producción: primera, ha de fundarse en una verdadera prueba documental y no de otra clase, como las pruebas personales, aunque estén documentadas en la causa; segunda, ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material en la sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones; tercera, el motivo no permite una revalorización del cuadro probatorio para, de ahí, atribuir al documento el valor reconstructivo que la parte pretende; cuarta, muy vinculada a la anterior, el dato que el documento acredita no debe entrar en contradicción con otros elementos de prueba, pues en estos casos no se trata de un problema de error sino de valoración; quinta, el dato documental que contradiga el hecho probado debe tener virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo en la medida que puede alterar los términos del juicio de subsunción.

Es obvio que el motivo formulado no identifica ninguna de estas condiciones de estimación. En puridad, el motivo se confunde con el segundo de los formulados en el que se denunciaba lesión del derecho a la presunción de inocencia por insuficiencia probatoria y a las razones allí expuestas nos remitimos.

RECURSO INTERPUESTO POR LA REPRESENTACIÓN DEL SR. Salvador

PRIMER MOTIVO (CUARTO SEGÚN EL ORDEN NUMERAL UTILIZADO EN EL RECURSO) AL AMPARO DEL ARTÍCULO 852 LECRIM , POR INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL: VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS DE DEFENSA Y A UN PROCESO PÚBLICO CON TODAS LAS GARANTÍAS POR LA INDEBIDA DECLARACIÓN Y PRÓRROGA DEL SECRETO DE ACTUACIONES

58. El motivo, que se vuelve a formular desde la página 147 hasta la página 171 del escrito de recurso, combate la declaración de secreto sumarial y las prórrogas ordenadas. Al parecer del recurrente, ni la una ni las otras tienen fundamento material suficiente, careciendo las resoluciones que las ordenaron de la mínima motivación exigible. La primera, de 30 de enero de 2013, se limita a ordenar el secreto de las actuaciones, pero no contiene ninguna explicación que pueda justificar la medida ordenada. Ni tan siquiera en este caso cabe acudir a las previas informaciones policiales a modo de heterointegración pues cuando se ordena el secreto no consta que la Policía Judicial hubiera informado con detalle del objeto de la previa investigación que estaba desarrollando. Es en el propio auto de 30 de enero de 2013 en el que se ordena que se informe por la Guardia Civil del resultado de las gestiones practicadas. A lo que se responde por oficio de 31 de enero de 2013, en el que se indica " que a día de hoy se están realizando cuantas actuaciones se consideran necesarias para la identificación de los partícipes y grado de responsabilidad de los mismos, de cuyo resultado se dará oportuna cuenta en oficios posteriores".

Ausencia de razones que se mantiene cuando se dicta el auto de prórroga de 27 de febrero de 2013 pues no consta que se practicara ninguna actuación entre una fecha y otra que suministrara a la jueza de instrucción precisas razones para mantener el secreto ordenado.

Posteriormente, en fecha 29 de abril de 2013, habiendo cesado ya las intervenciones telefónicas y detenidos los investigados, vuelve a ordenarse la prórroga del secreto de actuaciones con la expresa finalidad de que las defensas de los investigados, algunos de ellos en prisión provisional, no pudieran participar en las declaraciones de los testigos de cargo que fueron citados el cinco de mayo de 2013, levantándose el secreto el 13 de mayo de 2013.

Sin embargo, el cese del secreto no se tradujo, se afirma por el recurrente, en la posibilidad de ejercer con plenitud los derechos de defensa pues se rechazó la petición del investigado Sr. Sergio de que se citara de nuevo a los testigos para que pudieran ser interrogados en condiciones defensivas y contradictorias adecuadas. Impidiéndose con ello a las defensas la posibilidad de solicitar y practicar nuevas diligencias de prueba.

Para el recurrente, se lesionaron de forma desproporcionada e injustificada, los derechos de defensa en la fase previa, lo que obliga a declarar la nulidad de los autos que declararon y prorrogaron el secreto sumarial.

59. El motivo debe ser parcialmente estimado, con un alcance meramente declarativo.

Como es bien sabido, el secreto sumarial adquiere una cuádruple funcionalidad: primera, como mecanismo o fórmula de reserva del contenido de las actuaciones sumariales respecto a terceros y/o para las partes del proceso, a salvo, siempre, el Ministerio Fiscal; segunda, como mecanismo de retardo de los efectos de información, intervención y defensa que deberían activarse ex artículo 118 LECrim desde la aparición de la fuente de imputación que sirve de presupuesto fáctico-normativo a la propia apertura del proceso penal de investigación; tercera, como fórmula de exclusión de las partes en el desarrollo del proceso y, muy en especial, en la actividad de obtención y producción de fuentes probatorias; cuarta, como mecanismo, también, de facilitación en la obtención de determinadas fuentes de prueba.

Las graves consecuencias que se derivan sobre el desarrollo de la fase previa y las condiciones de ejercicio de los derechos defensivos de las personas investigadas exigen que su adopción se ajuste a los siguientes presupuestos: motivación la decisión en que se acuerde; especialidad finalística basada en razones previstas en la norma; naturaleza excepcional; y eficacia temporal limitada.

60. Pues bien, en el caso, tiene razón el recurrente en que ni la decisión de 30 de enero de 2013 por la que se adopta el secreto de las actuaciones, ni la de la primera prórroga de 27 de febrero de 2013, ni la de la tercera, adoptada por auto de 29 de abril de 2013, cumplen el programa de condiciones antes precisadas.

Las dos primeras no identifican ninguna razón material que puedan justificar lo que se ordena. La presuntiva utilidad investigadora que pudiera derivarse del retraso de la imputación por los hechos denunciados por el Sr. Aureliano no es suficiente. Los autos carecen de toda ponderación de los intereses en juego. Hasta el punto de desconocerse los presupuestos fácticos de la propia decisión que se acuerda y la concreta finalidad que la justifica.

Por lo que se refiere al auto de 29 de abril de 2013, la razón de prórroga del secreto que se aduce en el auto resulta inasumible. El secreto no puede fundarse solo en procurar una suerte de espacio blindado a la interferencia defensiva de las personas investigadas. No es suficiente la mera utilidad o ventaja inquisitiva que puede derivarse de la no intervención de la defensa de los investigados en la práctica de determinadas diligencias instructoras.

Como precisa la actual regulación del artículo 302 LECrim, en correspondencia por transposición con lo prevenido en el artículo 7.4 de la DIRECTIVA 2012/13/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 22 de mayo de 2012 relativa al derecho a la información en los procesos penales, el secreto de actuaciones interno solo procede, y cuando ello no suponga un perjuicio para el derecho a un juicio equitativo, cuando sea necesario para evitar un riesgo grave para la libertad, la vida o la integridad física de otra persona o prevenir una situación que pueda comprometer de forma grave el resultado de la investigación o del propio proceso. Las limitaciones, como se precisa en el considerando 32 de la Directiva, deben sopesarse con los derechos de la defensa de la persona sospechosa o acusada e interpretarse de forma estricta y conforme al principio del derecho a un juicio equitativo.

La decisión de prórroga del 29 de abril de 2013, una vez cesadas, además, las intervenciones telefónicas nueve días antes, no identifica qué concreto grave riesgo podía derivarse para la investigación o para la vida o la integridad de los testigos porque la declaración de estos se produjera en condiciones contradictorias. La exclusión defensiva carece, insistimos, de toda justificación.

La única etapa de secreto de actuaciones adecuadamente justificada es la que va desde el auto de 22 de marzo de 2013, mediante el que se decide su prórroga al tiempo en que se ordenan las correspondientes intervenciones telefónicas, hasta el cese de estas ordenado por auto de 20 de abril de 2013. Las razones que se precisan en el auto para justificar las intervenciones telefónicas prestan también fundamento al secreto en cuanto se presentaba instrumentalmente necesario para obtener los fines investigativos a los que aquellas respondían.

61. La cuestión que surge es determinar, en el caso, las consecuencias que pueden derivarse de la indebida declaración de secreto y de algunas de sus prórrogas.

El Tribunal Constitucional en su importante STC 135/1989 incide en que el haz de garantías defensivas que se derivan de la Constitución comporta interpretar el artículo 118 LECrim en el sentido que prohíbe, por un lado, retrasar de manera injustificada la constitución del estatus de imputación en relación con la persona que pueda aparecer como responsable del hecho justiciable. Y, por otro, prevalerse del retraso para interrogar a la persona protoimputada en calidad de testigo. Y cierto es, en lógica correspondencia, que la suspensión temporal del conocimiento de lo actuado, mediante la declaración de secreto, puede incidir en el derecho de defensa del sujeto pasivo del proceso penal -vid. STC 176/1988-.

Sin embargo, como se analiza en el todavía "leading case" constitucional STC 174/2001, la inadecuada ordenación del secreto o de sus prórrogas carece de relevancia constitucional a salvo que, en conjunción con otras circunstancias, ocasione a la parte una indefensión real y efectiva -vid. STC 87/2001-. Que se traduce, como se precisa en las SSTC 44/1985, 135/1989 y 273/1993, en una relevante y definitiva privación de las facultades de alegación, prueba y contradicción que desequilibre la posición del imputado.

En el marco de lo alegado, solo podría tener relevancia constitucional la imposibilidad de contradecir las declaraciones testificales prestadas ante el Juez de Instrucción durante la fase secreta del sumario si se hubieran introducido en el proceso como pruebas preconstituidas. De ahí que las consecuencias que se derivan afectan, sobre todo, al potencial probatorio de las diligencias instructoras practicadas durante la fase de secreto que no podrán aportarse al juicio como pruebas preconstituidas -vid SSTC 40/1997, 49/1998, 7/1999- al no haberse garantizado en su producción la contradicción defensiva -vid. también, STEDH, caso Schatschaschwili c. Alemania, de 15 de diciembre de 2015-.

62. Pues bien, en el caso, el recurrente no precisa el efecto de irreductible indefensión que pudo derivarse de la indebida declaración de secreto sumarial. Este se levantó el 13 de mayo de 2013, no ordenándose el cierre de la fase instructora hasta septiembre de 2013, sin que conste que el hoy recurrente pretendiera la práctica de diligencia instructora alguna, que debido al secreto se perdieran fuentes defensivas potencialmente relevantes o que se aprovecharan probatoriamente informaciones sumariales obtenidas sin contradicción en las fases de secreto no justificadas.

Las informaciones testificales no fueron introducidas en el proceso como pruebas preconstituidas, sino a través de las declaraciones, prestadas en el juicio oral, de los propios testigos.

La nulidad del primigenio auto de constitución del secreto y de dos de los autos que ordenan su prórroga -del 27 de febrero hasta el 22 de marzo de 2013 y del 29 de abril hasta el 13 de mayo de 2013- provocó, en efecto, retraso en la imputación y déficits de contradicción en la práctica de algunas diligencias testificales instructoras. Pero, en el caso, ni lo uno ni lo otro tintan de inequidad a todo el proceso seguido contra el recurrente y privan de fundamento a su condena.

SEGUNDO MOTIVO (DECIMOSÉPTIMO EN LA ORDENACIÓN NUMERAL DEL ESCRITO DE FORMALIZACIÓN), AL AMPARO DEL ARTÍCULO 849.1º LECRIM : INDEBIDA APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 66.1.1ª. 2 ª y 21. 6º, AMBOS, CP

63. El motivo denuncia el no reconocimiento del efecto muy privilegiado a la atenuante de dilaciones indebidas apreciada en la instancia. En el desordenado y profuso desarrollo argumental del motivo, plagado de innecesarias transcripciones de decenas de referencias jurisprudenciales, el recurrente disecciona cada una de las actuaciones producidas en las distintas fases del proceso, midiendo el tiempo trascurrido entre unas y otras. Identificando, según se afirma, una demora de más de cuatro años y seis meses desde la incoación del proceso y el dictado de la sentencia de la Audiencia Provincial de 24 de septiembre de 2019. Plazo de dilación que ha aumentado desde que se dictó la sentencia pues debido a la no localización de uno de los acusados, el Sr. Jesús Carlos, antiguo Abogado del Estado-Jefe de la provincia de Almería, para su notificación personal, se ha tardado más de un año en tener por preparados los distintos recursos de casación interpuestos.

Por otro lado, reprocha que la sentencia recurrida no precise las concretas conductas procesales a las que cabe imputar el retardo indebido en la celebración del juicio. Y que, al tiempo, se reproche al recurrente que propiciara la suspensión de uno de los señalamientos cuando ha quedado acreditado que su incomparecencia se debió a una enfermedad sobrevenida.

64. El motivo no puede prosperar. Las razones del rechazo se nutren de las ya ofrecidas al hilo del motivo octavo del recurso interpuesto por el Sr. Vidal a los que nos remitimos. Solo precisar con carácter complementario, y al hilo de la metodología de cálculo de la dilación empleada por el recurrente, que la medición no puede limitarse a identificar el plazo transcurrido entre una actuación procesal y otra. Debe también precisarse lo acontecido en dicho espacio de tiempo y la necesidad funcional o no de su transcurso. En efecto, y a título de ejemplo, puede identificarse que entre una diligencia de declaración judicial y otra ha transcurrido un periodo determinado de tiempo, pero ello en sí no permite calificar dicho intervalo como de inactividad significativa a efectos atenuatorios. Es perfectamente posible que el tiempo transcurrido responda, por ejemplo, a la necesidad de localizar y citar a la persona llamada a declarar. O que el periodo que transcurre entre la resolución que fija la fecha del juicio y su celebración se justifique, precisamente, por la complejidad del cuadro probatorio propuesto por las partes y las necesidades de activar y garantizar los mecanismos de citación de los testigos y peritos. Como, sin duda, acontece en el caso que nos ocupa con relación a varias de las secuencias procesales que se identifican por el recurrente -vid. STS 896/2021, de 18 de noviembre-.

TERCERO, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 852 LECRIM , POR INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL: VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS A UN PROCESO SIN DILACIONES INDEBIDAS Y CON TODAS LAS GARANTÍAS GARANTIZADOS EN EL ARTÍCULO 24.1º. 2º CE

65. El motivo, muy vinculado en su desarrollo argumental al anterior -entre se dedican un total de 75 páginas- ha perdido contenido autónomo. La desestimación del motivo previo descarta el gravamen en que se funda.

CUARTO (SEXTO EN LA ORDENACIÓN NUMERAL DEL ESCRITO DE FORMALIZACIÓN), AL AMPARO DEL ARTÍCULO 852 LECRIM : VULNERACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 24. 1 º Y 2º CE Y DEL DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES DEL ARTÍCULO 18.3º CE

66. El motivo -en su también profuso desarrollo argumental en 42 páginas nutridas de reproducciones de jurisprudencia constitucional y de esta propia Sala- cuestiona la procedencia de las injerencias ordenadas y las condiciones de aprovechamiento probatorio de las distintas informaciones obtenidas mediante las distintas intervenciones ordenadas. Al parecer del recurrente, no existía base indiciaria razonable para ordenar la intervención de su teléfono como tampoco concurría una finalidad constitucionalmente legítima, pues el presunto delito que se pretendía investigar no merece la consideración de grave. No cabe obviar que el delito antecedente presuntamente cometido era el de extorsión en grado de tentativa.

Además, los distintos autos dictados carecen de la necesaria motivación, de la precisa identificación de los presupuestos constitucionales de la injerencia ordenada. No se respetaron, se insiste en el recurso, los principios de excepcionalidad, proporcionalidad y especialidad. La nulidad de las intervenciones debe arrastrar la expulsión de todas las informaciones probatorias conectadas jurídicamente con la fuente nula. Entre otras, las provenientes de los registros del domicilio del coacusado Sr. Vidal y del vehículo del hoy recurrente donde se hallaron los documentos falsos.

Por otro lado, al no pretenderse por la acusación la escucha de las conversaciones grabadas no cabe considerar que estas accedieron al cuadro de prueba. La fórmula "por reproducidas" utilizada por el Ministerio Fiscal no es apta para provocar dicho efecto si, al menos, no se precisan los concretos pasajes o conversaciones que interesa se reproduzcan y ello pese a que las transcripciones estén cotejadas.

67. El motivo, junto a los subgravámenes que lo integran, debe ser rechazado. Las razones se nutren, también, de las ya expuestas al hilo del motivo segundo del recurso interpuesto por el Sr. Carlos María a las que nos remitimos para evitar reiteraciones innecesarias.

QUINTO (DECIMOCUARTO EN EL ORDEN NUMERAL PROPUESTO POR LA PARTE EN EL ESCRITO DE FORMALIZACIÓN DEL RECURSO), AL AMPARO DEL ARTÍCULO 849.1 LECRIM , POR INFRACCIÓN DE LEY: INDEBIDA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 402 CP

68. El motivo denuncia indebida aplicación del artículo 402 CP pues al parecer del recurrente los hechos declarados probados no permiten identificar los elementos constitutivos del delito de usurpación, objeto de condena.

69. El motivo debe ser estimado. Las razones son las mismas que justifican la estimación del cuarto de los motivos formulado por el Sr. Vidal y a las que nos remitimos expresamente.

SEXTO (DECIMOSEGUNDO EN EL ORDEN NUMERAL PROPUESTO POR LA PARTE EN EL ESCRITO DE FORMALIZACIÓN DEL RECURSO), AL AMPARO DEL ARTÍCULO 849.1 LECRIM , POR INFRACCIÓN DE LEY: INDEBIDA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 243 CP

70. El motivo coincide sustancialmente con el cuarto formulado por el Sr. Vidal, cuestionando la presencia del elemento intimidatorio en los hechos que fundan la condena por un delito de extorsión en grado de tentativa, aunque en términos confusos y circulares parece insistir en la presencia de un concurso de normas entre el delito de extorsión y el delito de amenazas del artículo 169.1ª, inciso último, CP.

71. El motivo merece la misma respuesta que la ofrecida al formulado por el Sr. Vidal a cuyas razones también nos remitimos.

SÉPTIMO (DECIMOTERCERO EN EL ORDEN NUMERAL PROPUESTO POR LA PARTE EN EL ESCRITO DE FORMALIZACIÓN DEL RECURSO), AL AMPARO DEL ARTÍCULO 849.1 LECRIM , POR INFRACCIÓN DE LEY: INDEBIDA APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 16 Y 62 EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 243 CP

72. El desarrollo argumental del motivo sugiere o un error de confección o, simplemente, que su formulación es incompleta. Se limita a transcribir el fundamento de la Audiencia que justifica la rebaja de la pena en un grado por el delito de extorsión y a formular, previa invocación del artículo 62 CP, la pretensión de que la pena se imponga en su grado mínimo " pues no se hizo ningún acto más de conminación que pudiera dar lugar a entender que el delito estaba en su fase de culminación".

73. El motivo en los términos formulados no puede prosperar. Tanto si se atendiera a la calificación de los hechos declarados probados como extorsión o como amenazas condicionales lucrativas ni en una ni en otra cabría la aplicación de la cláusula degradatoria del artículo 62 CP. Aunque la Audiencia califica los hechos como un delito de extorsión en grado de tentativa, lo cierto es que el delito se consuma sin necesidad de que se obtenga el desplazamiento patrimonial mediante el otorgamiento del acto o el negocio jurídico por la víctima. Como afirmamos en la STS 1022/2009, a diferencia de lo que ocurre en el robo, donde la consumación del lucro pertenece a la propia acción típica, en el delito de extorsión, como delito de resultado cortado, la obtención efectiva del lucro pertenece a la fase, penalmente irrelevante, del agotamiento y no al de la consumación delictiva -vid. también, SSTS 892/2008, de 22 de octubre; 159/2019, de 26 de marzo-.

Por su parte, la calificación como amenazas condicionales lucrativas conduce también a la aplicación, frente a la cláusula general del artículo 62 CP, de la atenuación específica por la no obtención del propósito buscado que contempla el propio tipo

No hay, por tanto, gravamen normativo.

CLÁUSULA DE COSTAS

74. Tal como como previene el artículo 901 LECrim, procede la condena del Sr. Carlos María y del Sr. Sergio por las costas causadas con sus recursos, declarando de oficio las causadas por los recursos interpuestos por el Sr. Vidal y el Sr. Salvador.

F A L L O

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

No haber lugar a los recursos formulados por las respectivas representaciones del Sr. Carlos María y del Sr. Sergio y haber lugar, parcialmente, a los recursos interpuestos por las correspondientes representaciones del Sr. Vidal y del Sr. Salvador contra la sentencia de 24 de septiembre de 2019 de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Almería que casamos y anulamos y que será sustituida por la sentencia que a continuación se dicte.

Condenamos a los recurrentes Sr. Carlos María y Sr. Sergio al pago de las costas causadas por sus recursos. Declaramos de oficio las causadas por los recursos interpuestos por el Sr. Sergio y el Sr. Salvador.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la presente no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION núm.: 5572/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente
D. Andrés Palomo Del Arco

D.ª Carmen Lamela Díaz
D. Leopoldo Puente Segura
D. Javier Hernández García

En Madrid, a 27 de octubre de 2022.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de precepto constitucional, infracción de ley y quebrantamiento de forma número 5572/2020, interpuesto por D. Sergio, D. Vidal, D. Salvador y D. Carlos María, contra la sentencia n.º 369/2019 dictada el 24 de septiembre de 2019 y aclarada por auto de fecha 6 de noviembre, por la Audiencia Provincial de Almería (Sección Segunda), sentencia que ha sido casada y anulada por la dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Javier Hernández García.

ANTECEDENTES DE HECHO

Único.

Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia recurrida en lo que no resulten contradichos por los argumentos expuestos en esta resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

La estimación de los motivos tercero y cuarto de los formulados por la representación del Sr. Vidal obliga reformular el juicio de punibilidad a la luz del concurso medial identificado entre el delito atenuado de amenazas condicionales del artículo 169.1º, inciso último, CP y un delito de falsedad de documento privado del artículo 395 CP. Lo que de conformidad a la regla de punición del vigente artículo 77. 3º CP -ley más beneficiosa- nos obliga a individualizar cada una de las penas imponibles.

Así y con relación al delito de amenazas condicionales lucrativas, tomando en cuenta, por un lado, el significativo desvalor de acción contemplado por el tribunal de instancia, y, por otro, el no excesivo grado de ejecución alcanzado para obtener el propósito criminal, junto a la concurrencia de la atenuante de dilaciones indebidas, consideramos ajustada la pena de ocho meses de prisión fijada en la instancia. Por su parte y con relación al delito de falsedad en documento privado, su aplicación sustancial al plan criminal del delito-fin, aunque en este caso no permita la absorción, y la concurrencia de la circunstancia atenuante de dilación indebida justifica imponer la pena por encima del mínimo pero próximo a este, fijándola también en ocho meses de prisión.

De tal modo, el marco penológico de la nueva pena global a imponer se conforma entre los ocho meses y un día de prisión como pena mínima hasta un año y cuatro meses como pena máxima.

Partiendo de dicho marco y a los efectos de fijación de la pena puntual, la nueva remisión al artículo 66 CP que se contiene en el artículo 77.3 CP, nos obliga a estar a los criterios generales de merecimiento por el total de injusto y de culpabilidad manifestada, siempre que no se hayan tomado en cuenta para determinar cada una de las penas imponibles a los delitos en relación concursal -vid. STS 891/2016 de 25 de noviembre; Circular FGE 4/2015-
.

De tal modo, no concurriendo factores de agravación procede, con el incremento previsto en el artículo 77.3 CP -"pena superior a la que hubiera correspondido en el caso concreto por la infracción más grave"-, fijar la pena resultante del concurso medial, en un año de prisión.

Resultado punitivo, consecuente al reajuste de tipicidad, que, como anticipábamos, resulta, en todo caso, notablemente más benigno que el fijado en la sentencia recurrida.

Segundo.

El artículo 903 LECrim obliga a extender los efectos beneficiosos derivados de la estimación de un motivo a los no recurrentes que se encuentren en la misma situación. En el caso, la fórmula concursal y la pena global fijada debe extenderse a favor del Sr. Salvador pese a que no recurrió la condena como autor de un delito de falsedad.

Y con relación a los Sres. Carlos María y Sergio procede modificar el título de condena de los dos delitos de extorsión en grado de tentativa por dos delitos de amenazas condicionales del artículo 169 1º, inciso último , CP, manteniendo la mismas penas fijadas en la instancia.

F A L L O

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

- Absolvemos al Sr. Vidal y al Sr. Salvador del delito de usurpación del artículo 402 CP por el que habían sido condenados en la instancia.
- Absolvemos al Sr. Vidal de la falta contra el orden público del artículo 637 CP por la que había sido condenado
- Dejamos sin efecto la condena del Sr. Vidal y del Sr. Salvador como autores de un delito de falsedad en documento oficial y otro de extorsión en grado de tentativa.
- Condenamos al Sr. Vidal y al Sr. Salvador como autores de un delito de amenazas condicionales del artículo 169.1º, inciso último, CP en concurso medial con un delito de falsedad en documento privado del artículo 395 CP, concurriendo la atenuante de dilaciones indebidas, a la pena única global, a cada uno, de un año de prisión, con la accesoria de privación del derecho de sufragio pasivo mientras el tiempo que dure la condena.
- Dejamos sin efecto la condena del Sr. Carlos María y del Sr. Sergio como autores de dos delitos de extorsión en grado de tentativa.
- Condenamos al Sr. Carlos María y al Sr. Sergio como autores de dos delitos de amenazas condicionales del artículo 169.1º, inciso último, concurriendo la atenuante de dilaciones indebidas, a las penas, por cada uno de los delitos, de ocho meses y quince días de prisión y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo.
- Reducimos la condena al pago de las costas de instancia de los acusados Sr. Vidal y Sr. Salvador a dos veinticuatroavas partes, a cada uno, de las causadas.
- En los demás extremos, confirmamos la sentencia de instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la presente no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.