



Roj: **SAP SS 1274/2018 - ECLI: ES:APSS:2018:1274**

Id Cendoj: **20069370032018100365**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Donostia-San Sebastián**

Sección: **3**

Fecha: **15/11/2018**

Nº de Recurso: **3084/2018**

Nº de Resolución: **264/2018**

Procedimiento: **Penal. Apelación procedimiento abreviado**

Ponente: **JORGE JUAN HOYOS MORENO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE GIPUZKOA - SECCIÓN TERCERA

GIPUZKOAKO PROBINTZIA AUZITEGIA - HIRUGARREN SEKZIOA

SAN MARTIN 41 2ª planta - CP/PK: 20007

Tel.: 943-000713 Faxe: 943-000701

NIG PV / IZO EAE: 20.05.1-17/000782

NIG CGPJ / IZO BJKN :20069.43.2-2017/0000782

**RECURSO / ERREKURTSOA: Rollo apelación abreviado / Prozedura laburtuko apelazioko erroilua 3084/2018-
- C**

Proc. Origen / Jatorriko prozedura: Procedimiento abreviado / Prozedura laburtua 435/2017

Juzgado de lo Penal nº 5 de Donostia / Donostiako Zigor-arloko 5 zk.ko Epaitegia

Atestado n.º/ Atestatu-zk.:

NUM000

Apelante/Apelatzailea: Abelardo

Abogado/a / Abokatua: GERARDO FERNANDO LOPEZ SANCHEZ-SARACHAGA

Procurador/a / Prokuradorea: ITZIAR MUJIK A TORRASAGASTI

Apelado/a / Apelatua: EL FISCAL -

SENTENCIA N.º 264/2018

ILMOS./ILMAS. SRES./SRAS.

Dª. JUANA MARIA UNANUE ARRATIBEL

Dª. MARIA DEL CARMEN BILDARRAZ ALZURI

D. JORGE JUAN HOYOS MORENO

En DONOSTIA / SAN SEBASTIÁN, a 15 de noviembre de dos mil dieciocho.

La Audiencia Provincial de Gipuzkoa, constituida por los Magistrados que arriba se expresan, ha visto en trámite de apelación el Procedimiento Abreviado nº 435/17 del Juzgado de lo Penal nº 5 de esta Capital, seguido por un delito de desobediencia a la autoridad, en el que figura como apelante D. Abelardo , representado por la Procuradora Dª. Itziar Mujika Atorrasagasti y defendido por el Letrado D. Gerardo López Sánchez Sarachaga.

Todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha 4 de mayo de 2018, dictada por el Juzgado de lo Penal antes mencionado.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Por el Juzgado de lo Penal nº 5 de esta Capital se dictó sentencia con fecha 4 de mayo de 2018 en el presente procedimiento.

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, por la representación de Abelardo se interpuso recurso de apelación. Las actuaciones tuvieron entrada en la Oficina de Registro y Reparto el día 20 de julio de 2018, siendo turnadas a la Sección 3ª y quedando registradas con el número de Rollo 3084/18, señalándose para la Votación, Deliberación y Fallo el día 1 de octubre de 2018, fecha en la que se llevó a cabo el referido trámite.

TERCERO.- En la tramitación de este juicio se han observado las formalidades legales.

CUARTO.- Ha sido Ponente en esta instancia el Magistrado JORGE JUAN HOYOS MORENO.

HECHOS

PROBADOS

No se aceptan los Hechos Probados de la resolución de instancia, que se sustituyen por los siguientes:

El 27 de enero de 2017, alrededor de las nueve de la mañana, Abelardo , nacido en **Palestina** y en situación legal en nuestro territorio, mayor de edad y con antecedentes penales no computables, se encontraba en el Palacio Miramar de Donostia, donde se celebraba un evento.

Dado que al Sr. Abelardo no se le permitió el acceso al evento por parte del responsable del mismo, ante la insistencia de aquél para acceder al lugar, se solicitó la presencia de agentes de la Ertzaintza. Una vez personada en el lugar una patrulla, a la que el acusado acompañó al exterior de las instalaciones, sin embargo, pese a indicarle en numerosas ocasiones que desistiera en su persistente intención de acceder al evento y de que abandonara el lugar, siendo apercebido de las consecuencias de la negativa a obedecer sus claras órdenes y de la posibilidad de cometer un delito, el Sr. Abelardo se negó a acatar las órdenes de los agentes de la autoridad, manteniendo una actitud renuente a los numerosos requerimientos efectuados.

La intervención policial duró más de media hora. Finalmente y ante un nuevo intento del acusado de acceder al interior Palacio Miramar, se procedió a su detención.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Debate jurídico.

I.- Con fecha 4 de mayo de 2018 se dictó Sentencia por la Magistrada que sirve el Juzgado de lo Penal nº 5 de Donostia/San Sebastián , resolución cuyo Fallo es del siguiente tenor:

Que debo condenar y condeno a Abelardo , como autor responsable de un delito de desobediencia grave, a la pena de 7 meses de multa, con una cuota diaria de 6 euros, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago.

Todo ello con la expresa imposición de las costas del procedimiento.

II.- La representación procesal del acusado Abelardo interpuso recurso de apelación, interesando la revocación de la resolución dictada en la instancia; aduce:

- Infracción del principio acusatorio:

En el juicio oral la acusación pública elevó a definitivas sus conclusiones provisionales, calificando los hechos como delito de desobediencia del art. 556 del Código Penal y, sin embargo, el Fundamento de Derecho tercero de la sentencia no concuerda con ello, lo cual además vulnera el derecho de defensa contradictoria. Además en todo caso no se hizo uso de la facultad del art. 733 Lecrim . si se consideraba que había un manifiesto error en la calificación de la acusación.

- Infracción del principio acusatorio:

La acusación pública recoge en su calificación una manifestación de hechos que exceden de lo señalado en el Auto de procedimiento abreviado de 23 de marzo de 2017 y del escrito de conclusiones provisionales.

Según el Tribunal Supremo el auto de transformación en procedimiento abreviado resulta vinculante en cuanto a los hechos en él descritos y las personas imputadas.

En el caso concreto, el Auto de Procedimiento Abreviado de 23 de marzo de 2017 no se extendió al hecho de que el Sr. Abelardo utilizara expresiones como *hijos de puta* y *asesinos* . La acusación en su calificación provisional

tampoco extendió los hechos a ninguna expresión injuriosa ni amenazante. En cambio, en las conclusiones definitivas el Ministerio Fiscal fue más allá e introdujo una serie de hechos que amplían de forma sustancial el relato fáctico contra el acusado. Por tanto, se debe excluir el exceso objetivo introducido por la acusación en su calificación definitiva.

- Error en la valoración de la prueba:

La sentencia considera irrelevante a la prueba documental consistente en varios correos cruzados entre la organización y el Sr. Abelardo y luego posteriormente se le deniega su participación por haber sobrepasado el aforo, lo que pone de manifiesto la situación de agravio que padeció.

No existió una orden clara y precisa de abandonar el lugar. No hubo una tenaz conducta rebelde del Sr. Abelardo. De la grabación videográfica se puede apreciar que la intervención policial transcurrió en el exterior del recinto del Palacio Miramar (vía pública); no existe una tenaz conducta rebelde; el acusado permanece en actitud sosegada a varios metros de la puerta de acceso al recinto para vehículos, sin que se observe que se dirija a los agentes en actitud airada de provocación o insulto.

- Error en la imposición de la pena de multa y en la cuota diaria:

La pena se impone en atención a la menor gravedad del hecho pero no se atiende al otro criterio legal que son las circunstancias personales del acusado, ni se efectúa ningún razonamiento sobre ello.

En cuanto a la cuota de la multa, tras el análisis de la documental aportada resulta proporcionada y adecuada la fijación de una cuota diaria de dos euros, en lugar de los seis euros impuestos en la Sentencia.

III.- Evacuado el preceptivo traslado al Ministerio Fiscal, impugnó el recurso de apelación. Señala que la aducida infracción del principio acusatorio constituye un mero error material y manifiesto; los nuevos hechos introducidos en la calificación definitiva tienen un carácter accesorio y no modifican de forma sustancial el relato de la calificación provisional.

SEGUNDO.- Infracción del principio acusatorio.

I.- En primer lugar, advierte el recurrente que en el acto del el juicio oral la acusación pública elevó a definitivas sus conclusiones provisionales, calificando los hechos como delito de desobediencia del art. 556 del Código Penal y, sin embargo, el Fundamento de Derecho tercero de la Sentencia no concuerda con ello, lo cual considera que vulnera el derecho de defensa contradictoria. Además en todo caso no se hizo uso de la facultad del art. 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal si se consideraba que había un manifiesto error en la calificación de la acusación.

II.- Sobre esta cuestión y tras el examen de la resolución objeto ahora de impugnación, pronunciada en fecha 4 de mayo de 2018, hemos de indicar que en el Fundamento de Derecho segundo de la misma se afirma que los hechos declarados probados constituyen un delito de desobediencia grave a agentes de la autoridad, previsto y penado en el art. 556 del Código Penal ; en el Fundamento de Derecho quinto se alude expresamente a la pena a imponer por un delito del art. 556 del Código Penal ; y finalmente en el Fallo se fija una pena acorde con dicho delito de desobediencia.

Por ello, si bien es cierto que en el Fundamento de Derecho tercero, como acertadamente advierte el recurrente, se hace referencia a que el acusado debe responder como autor de un delito de atentado y de un delito leve de lesiones, resulta claro e indiscutible que dicha mención equivocada al delito de atentado (solo en el Fundamento de Derecho tercero) constituye un mero *lapsus calami*, es decir, un simple error de transcripción, que con frecuencia suele obedecer a una intertextualidad telemática no advertida, y que en realidad no reviste ninguna trascendencia.

Por tal razón, rechazamos este primer motivo de impugnación.

TERCERO.- Infracción del principio acusatorio:

I.- En segundo lugar, sostiene el recurrente que la acusación pública recoge en su calificación una manifestación de hechos que exceden de lo señalado en el Auto de Procedimiento Abreviado de 23 de marzo de 2017 y del escrito de conclusiones provisionales formulado por el Ministerio Fiscal pues según el Tribunal Supremo el Auto de transformación en Procedimiento Abreviado resulta vinculante en cuanto a los hechos en él descrito y las personas imputadas.

En el caso concreto, el Auto de Procedimiento Abreviado de 23 de marzo de 2017 no se extendió al hecho de que el Sr. Abelardo utilizara expresiones como *hijos de puta* y *asesinos*. La acusación en su calificación provisional tampoco extendió los hechos a ninguna expresión injuriosa ni amenazante. En cambio, en las conclusiones

definitivas el Ministerio Fiscal fue más allá e introdujo una serie de hechos que amplían de forma sustancial el relato fáctico contra el acusado.

Por tanto, considera la defensa que se debe excluir el exceso objetivo introducido por la acusación en su calificación definitiva.

II.- El Tribunal Supremo ha detallado el alcance del principio acusatorio en diversas sentencias, que servirán de imprescindible referencia para resolver el motivo propuesto. De especial interés, resulta reseñar la Sentencia de 2 de julio de 1999, que invocando otras de la propia Sala y del T. Constitucional, resume el alcance y sentido del principio acusatorio. La Sentencia del Tribunal Supremo núm. 584/1997, de 29 de abril, ha concretado el criterio jurisprudencial en relación con las consecuencias que se derivan de dichos derechos fundamentales (derecho a ser informado de la acusación en relación con el derecho de defensa) al señalar que el sistema acusatorio que informa el proceso penal español particularmente en la fase plenaria o de juicio oral, reforzado en nuestro país desde la Constitución de 1978, que estableció con rango de derechos fundamentales un sistema de garantías procesales en su art. 24, exige que exista la debida correlación entre la acusación y la sentencia, de forma tal que la defensa del imputado tenga oportunidad de alegar, proponer prueba y participar en su práctica y en los debates, habiendo conocido con antelación suficiente aquello de que se le acusa y sin que la sentencia, de modo sorpresivo, pueda condenar por algo de lo que antes no se acusó y respecto de lo cual, consiguientemente, no pudo articularse la estrategia exigida por la ley en garantía de la posición procesal del imputado. La acusación ha de ser precisa y clara respecto del hecho y del delito por el que se formula y la sentencia ha de ser congruente con tal acusación sin introducir ningún elemento nuevo del que no hubiera existido antes posibilidad de defenderse. Por un lado, y es el elemento fundamental, el hecho por el que se acusa, es decir, el conjunto de elementos fácticos en los que se apoya la realidad o clase de delito, el grado de perfección del mismo, la participación concreta del inculpado, las circunstancias agravantes sean genéricas o constitutivas del tipo y, en definitiva todos aquéllos datos de hecho de los que ha de depender la específica responsabilidad penal que se imputa. Esta base fáctica de la acusación vincula al Tribunal, de modo que éste no puede introducir en la sentencia ningún hecho nuevo en perjuicio del reo que antes no figurase en la acusación. El otro elemento vinculante para el Tribunal es la calificación jurídica hecha por la acusación. ". (s.T.S. 19 jun. 2001).

Lo que aquí se ha producido es que el Ministerio Fiscal al modificar sus conclusiones ha ampliado el relato de hechos para poder comprender en los mismos la descripción de los presupuestos del delito de allanamiento de morada que considera se ha cometido. Y esa ampliación no contempla ningún hecho novedoso del que no se tuviera noticia hasta ese momento, porque lo que hace en las conclusiones definitivas profundizar en la frase "no quería irse de la vivienda" que citaba en sus conclusiones provisionales que contiene el elemento básico para la configuración del delito de allanamiento de morada, a pesar de que entonces no considerara oportuno acusar por el mismo.

Y ello es así, porque los hechos objeto de enjuiciamiento quedan perfilados, en su esencia, en los autos de incoación de Procedimiento Abreviado y en el de apertura de juicio oral, que delimitan el objeto fáctico y personal del juicio, conforme a los cuales formula el Ministerio Fiscal sus conclusiones provisionales.

La Sentencia de esta Audiencia Provincial de Gipuzkoa de 12 de diciembre de 2017 señaló que el principio acusatorio forma parte de las garantías básicas del proceso penal, figurando sancionado constitucionalmente en el artículo 24 de la CE en cuanto proclama, de un lado, el derecho que todos los individuos tienen a ser informados de la acusación formulada contra ellos, y, de otro, la proscripción de toda indefensión; consecuencia, todo ello, del derecho reconocido en el propio artículo de la Constitución a todas las personas a "obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales", "a un proceso público con todas las garantías, "a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa". Su traducción en la dinámica del proceso cristaliza en el derecho a ser informado de la acusación como elemento primario y básico condicionante de cualquier estrategia o planificación defensiva. El conocimiento temporáneo y oportuno del alcance y contenido de la acusación conjurará cualquier indefensión, eliminando sorpresivas imputaciones verificadas en momentos inhábiles para una oportuna alegación exculpatoria y adecuada planificación de pruebas corroboradoras. La doctrina del Tribunal Constitucional ofrece paralelas consideraciones, reconociendo que el principio acusatorio forma parte del entramado de derechos contenidos en el artículo 24 de la Constitución. Así se afirma que el derecho a ser informado de la acusación, que presupone, obviamente, la existencia de la acusación misma, tiene como contenido un conocimiento de la acusación, facilitado o producido por los acusadores y por los órganos jurisdiccionales ante quienes el proceso se sustancia. Es también un derecho de carácter instrumental respecto del fundamental derecho a la defensa y a la asistencia de Letrado, que en el propio artículo 24 se reconoce, pues el conocimiento de la acusación es indispensable para poder ejercer el derecho de defensa.

Dicha jurisprudencia exige que las sentencias no alteren sustancialmente los hechos objeto de acusación, de los que se ha informado al reo, ya que conforman el objeto del proceso. En dicho objeto se incluye el conjunto

de elementos fácticos en los que se apoya la acusación al afirmar la realidad o clase de delito, el grado de perfección del mismo, la participación concreta del inculpado, las circunstancias agravantes y, en definitiva, todos aquellos datos de hecho de los que ha de depender la específica responsabilidad penal que se imputa. Dicha base fáctica de la acusación vincula al Tribunal, de modo que éste no puede introducir en la sentencia ningún hecho nuevo en perjuicio del reo que antes no figurase en la acusación. Claro es que puede ampliar las circunstancias o detalles de lo ocurrido conforme a la prueba practicada en el juicio oral, en aras a una mayor claridad expositiva o una mejor comprensión de lo ocurrido, pero no puede traer a su relación de hechos probados nada extraño a la calificación de alguna de las partes acusadoras que pudiera tener trascendencia en cuanto punto de apoyo fáctico para la agravación de la responsabilidad penal, porque si así lo hiciera causaría indefensión al acusado que no tuvo oportunidad de defenderse alegando y probando lo que hubiera tenido a su alcance para contrarrestar aquello que se le imputa. Los hechos que se recogen en las conclusiones definitivas son los que constituyen la cuestión, el tema, los límites del juicio y la vinculación del Tribunal, sin que ni tan siquiera la facultad excepcional que le otorga el criticado artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal le autorice a alterar en perjuicio del reo la relación fáctica, puesto que la formulación de la llamada tesis ha de hacerse partiendo del hecho justiciable y de su calificación con manifiesto error.

El Tribunal Constitucional ha abordado la cuestión de que las conclusiones provisionales (escritos de acusación del Procedimiento Abreviado) sean modificadas en el acto del juicio, tras la práctica de las pruebas. En tal caso ha sostenido que una modificación de los hechos y de la calificación jurídica puede ocasionar la lesión del derecho de defensa contradictoria, pues el acusado no habría podido ejercer de forma plena su defensa respecto de las modificaciones introducidas. Ahora bien, para que se produzca dicha lesión se requiere, en primer lugar, que las modificaciones sean esenciales respecto de la concreta figura delictiva por la que finalmente se condena, sin que las diferencias sobre elementos no esenciales del hecho constitutivo de delito supongan vulneración del derecho de defensa. Y, en segundo lugar, el acusado ha de ejercer las facultades que le otorga la Ley de Enjuiciamiento Criminal solicitando la suspensión del juicio para articular su defensa de sus intereses y, en su caso, proponiendo nuevas pruebas o una instrucción sumaria complementaria.

En relación a lo expuesto es importante traer a colación pronunciamientos al respecto del Tribunal Supremo. Así la STS 94/2010 de 10 de febrero nos dice:

"la información al sujeto pasivo del procedimiento penal acerca del objeto del mismo, en lo que pueda afectarle, constituye un elemento esencial para el ejercicio del derecho de defensa, tanto durante la instrucción como en el juicio, pero precisamente por ello tiene sus propios momentos y trámites procesales sobre la resolución que acuerda la conclusión de la instrucción y apertura de la fase intermedia. Dichos momentos son: 1º) En fase de instrucción, el traslado judicial de la imputación a la persona afectada, antes o en el momento de recibirle declaración como imputado, instruyéndole de sus derechos y facultándole para intervenir en la instrucción, pudiendo formular las alegaciones que estime oportunas para su defensa y solicitar cuantas diligencias estime pertinentes (art. 118 LECrim). Con ello se posibilita el ejercicio pleno del derecho de defensa, respecto de los hechos que han sido objeto de imputación judicial durante la instrucción del procedimiento. 2º) En la fase intermedia -ya en calidad de acusado y no de mero imputado- cuando se le da traslado de la acusación (art. 784 LECrim), una vez que ha sido formulada ésta por quien debe hacerlo (las partes acusadoras y no el Juez de Instrucción), información que le faculta para ejercitar con plenitud su derecho de defensa cara al juicio oral, formulando su calificación alternativa y planteando los medios de prueba que estime pertinentes (v., por todas, STS de 9 de octubre de 2000)".

Y añade:

"Constituye, pues, el hecho justiciable (en terminología de la Ley del Jurado), o los " hechos punibles ", en la dicción de este precepto relativo al ámbito del procedimiento abreviado, una relación sucinta de contenido fáctico -objetivo- y una determinación subjetiva: persona (o personas) imputadas. Desde siempre, este doble acotamiento ha servido para depurar la cosa juzgada en el ámbito del proceso penal, pues, a diferencia del civil, no lo constituye la denominada *causa petendi* , es decir, la calificación delictiva que quieran las partes acusadoras conferir en sus escritos de acusación, sobre la cual mantienen dichas partes acusadoras libertad para su pretendida tipificación, e incluso el Tribunal puede entrar por dicha vía, bien acudiendo al recurso de la homogeneidad del bien jurídico tutelado, sin vulnerar el principio acusatorio, apartándose en consecuencia del título imputado, o bien acudiendo a las previsiones, siempre excepcionales, de lo dispuesto en el art. 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

También de esta forma lo ha entendido la jurisprudencia de esta Sala Casacional, confiriendo tal efecto al auto de transformación de las diligencias previas en abreviado, el cual abre la fase intermedia de este proceso penal. Y es que, como recuerda la STC 134/1986 , "no hay indefensión si el condenado tuvo ocasión de defenderse de todos y cada uno de los elementos de hecho que componen el tipo de delito señalado en la sentencia". Con

la única limitación de mantener la identidad de hechos y de inculpadados, la acusación, tanto la pública como las particulares, son libres de efectuar la traducción jurídico- penal que estimen más adecuada....".

Para acabar concluyendo:

"En suma, la expresión "hechos punibles" ha de tener el contenido fáctico que al expresado precepto (art. 779.1.4ª) ha querido conferir el legislador, y no puede ser otro que una relación sucinta de hechos, al modo cómo el auto de procesamiento configura el ordinario (art. 384). La interpretación contraria, esto es, partiendo de que el legislador ordena delimitar el objeto del proceso penal mediante una relación sucinta de hechos justiciables, que luego no han de ser respetados por las acusaciones, carecería de cualquier sentido. Y qué duda cabe que tales hechos están bajo el control judicial. Es decir, el objeto del proceso penal no es absolutamente libre para las acusaciones, sino que el juez controla, en nuestro sistema jurídico, aquello que va a ser materia de enjuiciamiento penal, tanto para evitar acusaciones sorpresivas, como para delimitar los aspectos fácticos de las imputaciones que considere procedentes (de ahí, las posibilidades de sobreseimiento que al juez se otorgan). Y tal control judicial, está sujeto al oportuno recurso de apelación, posibilidad abierta al auto de transformación del procedimiento en abreviado, del que carece, sin embargo, el auto de apertura del juicio oral, en aquellos aspectos que impulsan la continuación del mismo. Por lo demás, es razonable que si en el auto de apertura del juicio oral, el juez puede cerrar el proceso a determinados hechos, mediante el expediente del sobreseimiento provisional o definitivo (art. 783.1), con mayor razón en esta fase previa de imputación."

La STS 1 de diciembre de 2009 indicó:

El principio acusatorio supone que nadie puede ser condenado sin que se haya formulado debidamente una acusación contra él, y asimismo exige la separación total entre quien acusa y quien juzga. Se trata de un principio estructural del proceso penal, el cual se ha de configurar conforme al mismo, de forma que la acusación debe existir y ha de ser sostenida por alguien distinto del Juez o Tribunal. Congruentemente, a éste le corresponde resolver, con imparcialidad e independencia, sobre la pretensión acusatoria. Ello produce como consecuencia necesaria la exigencia de una correlación entre acusación y sentencia, pues el límite máximo de la sentencia vendrá constituido por el contenido de la acusación. El Tribunal que juzga, de un lado, no puede ocupar la posición propia de la acusación; de otro, debe garantizar que el acusado conoce debidamente la acusación con la finalidad de hacer posible la defensa.

Aunque no aparece formulado expresamente en la Constitución, el Tribunal Constitucional, en Sentencias 17/1988, es del siguiente tenor: "los derechos a la tutela judicial sin indefensión, a ser informado de la acusación y a un proceso con todas las garantías que reconoce el art. 24 CE conducen a señalar que este precepto consagra el principio acusatorio en todos los procesos penales, de tal manera que nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él una acusación de la que haya tenido oportunidad de defenderse de manera contradictoria, lo que obliga al Tribunal a pronunciarse sobre los términos del debate tal y como hayan sido formulados por la acusación y la defensa. Ello significa, además, que ha de existir una correlación entre la acusación y el fallo". (STS núm. 1590/1997, de 30 de diciembre). En el mismo sentido, destacando nuevamente la necesidad de conocer la acusación para evitar la indefensión, esta Sala ha señalado en STS núm. 1954/2002, de 29 de enero, que "el contenido propio del principio acusatorio consiste en que nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él acusación por una parte acusadora ajena al órgano enjuiciador, en tales términos que haya tenido oportunidad de defenderse de manera contradictoria, estando obligado el Juez o Tribunal a pronunciarse en el ámbito de los términos del debate, tal y como han quedado formulados por la acusación y la defensa, lo que significa que ha de existir correlación entre la acusación y el fallo de la sentencia condenatoria".

Esta correlación se manifiesta en la vinculación del Tribunal a algunos aspectos de la acusación, concretamente a la identidad de la persona contra la que se dirige, que no puede ser modificada en ningún caso; a los hechos que constituyen su objeto, que deben permanecer inalterables en su aspecto sustancial, aunque es posible que el Tribunal prescinda de elementos fácticos que no considere suficientemente probados o añada elementos circunstanciales que permitan una mejor comprensión de lo sucedido según la valoración de la prueba practicada; y a la calificación jurídica, de forma que no puede condenar por un delito más grave o que, no siéndolo, no sea homogéneo con el contenido en la acusación. La cuestión de la vinculación a la pena interesada por las acusaciones ha sido tratada por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo en el Pleno no jurisdiccional de fecha 20 de diciembre de 2006, en el que acordó que "el Tribunal sentenciador no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas en concreto por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancie la causa". El principio acusatorio, por lo tanto, contiene una prohibición dirigida al Tribunal de introducir hechos perjudiciales para el acusado sustancialmente distintos de los consignados por la acusación. Tal forma de proceder afectaría al principio acusatorio, en cuanto el Tribunal invade las funciones del acusador construyendo un relato fáctico que, esencialmente, no tiene su antecedente

en la acusación. Pero también se relaciona íntimamente con otros principios, pues también lesiona el derecho a un Juez imparcial, en cuanto la actuación del Tribunal puede valorarse como una toma de posición contra el acusado.

Desde otro punto de vista, más directamente relacionado con el derecho de defensa, el Tribunal que introduce de oficio en la sentencia hechos desfavorables para el acusado, relevantes para la calificación jurídica, infringe ese derecho en cuanto no ha permitido la defensa contradictoria respecto de los mismos, ya que aparecen sorpresivamente, una vez finalizado el juicio oral.

Sin embargo, en ninguna de estas perspectivas, el principio acusatorio impide que el Tribunal configure los detalles del relato fáctico de la sentencia según las pruebas practicadas en el juicio oral. Es al Tribunal y no a las partes a quien corresponde valorar la prueba practicada, y en su consecuencia puede introducir en el relato otros elementos, siempre que sean de carácter accesorio, que incrementen la claridad de lo que se relata y permitan una mejor comprensión de lo que el Tribunal entiende que ha sucedido.

Todo ello tiene un límite infranqueable, pues ha de verificarse siempre con respeto al hecho nuclear de la acusación, que no puede ser variado de oficio por el Tribunal en perjuicio del reo.

También puede el Tribunal modificar la calificación jurídica, siempre que se trate de delitos homogéneos y que el delito recogido en la sentencia no sea más grave que el de la acusación.

El objeto del proceso penal es un hecho de relevancia jurídico penal. La determinación de ese hecho se inicia, de modo muy provisional, en la denuncia o querella y se va precisando como consecuencia de la instrucción hasta el momento del procesamiento en el procedimiento ordinario, y del Auto de incoación de procedimiento abreviado en esta modalidad procesal. El escrito de conclusiones provisionales de la acusación da lugar a la identificación, aunque todavía provisional, del hecho imputado, que aún admite alguna precisión en el Auto de apertura del juicio oral, en cuanto que, en el procedimiento abreviado el Juez de instrucción y en el ordinario el Tribunal, pueden denegarla parcialmente al entender que algún hecho no es constitutivo del delito imputado ni de ningún otro. Este Auto se acuerda contra una persona determinada y por unos hechos que deben aparecer en la acusación.

La determinación final del hecho imputado se contiene en las conclusiones definitivas de la acusación. Esos hechos son los que vinculan al Tribunal como consecuencia del principio acusatorio.

En consecuencia, desde la acusación provisional hasta la sentencia, el hecho imputado puede presentar variaciones, basadas en el resultado de la prueba practicada en el juicio oral. Pero no es posible alterar su identidad esencial, de manera que lo imputado en el escrito de conclusiones provisionales, que, a su vez, debe coincidir sustancialmente con los hechos por los que se le ha recibido declaración al acusado en calidad de imputado y son recogidos en el procesamiento o en el auto de incoación de procedimiento abreviado, debe ser el mismo hecho que, en su esencia, aparece en las conclusiones definitivas.

III.- En el caso concreto, con el objeto de elucidar tal cuestión es preciso determinar si la ampliación de hechos llevada a cabo por el Ministerio Fiscal en el trámite de conclusiones definitivas revistió una naturaleza sustancial o simplemente se trató de modificaciones, matizaciones o añadidos de índole accesorio y no trascendente, que por tal motivo no significarían una quiebra del principio acusatorio.

Al respecto y a fin de resolver dicha alegación hemos de consignar los siguientes datos:

- En el párrafo tercero del *factum* de la resolución recurrida se narra expresamente:

Durante el tiempo que duró la intervención, más de media hora, el Sr. Abelardo también se dirigió a las personas que accedían al edificio en que el evento se celebraba utilizando expresiones como "hijos de puta y asesinos". Del mismo modo, a los miembros del recurso policial actuante espetó que tuvieran cuidado cuando le vieran por la calle. Ya, finalmente, y ante un nuevo intento del acusado de acceder al interior Palacio Miramar, se procedió a su detención.

- En el Auto de Procedimiento Abreviado dictado por el Juzgado de Instrucción en fecha 23 de marzo de 2017 (f. 73) no se recoge expresamente que el inculcado prorrumiera las expresiones *hijos de puta y asesinos* dirigidas a las personas que accedían al edificio.

- En el escrito de calificación provisional formulado por el Ministerio Fiscal en fecha 15 de septiembre de 2017 (f. 97) tampoco se efectúa explícita alusión a tales expresiones ni a ningún tipo de frase amenazante dirigida a los agentes policiales.

- En el trámite procesal de conclusiones definitivas efectuado durante la celebración del juicio oral señalado el día 2 de mayo de 2018 en el Juzgado de lo Penal la representante del Ministerio Fiscal añadió las siguientes expresiones:



Durante ese tiempo el acusado insultó a los participantes en el acto con expresiones como hijos de puta y asesino y profirió frases amenazantes a los agentes como andad con cuidado ; el acusado en todo momento tuvo una voluntad renuente a atender los requerimientos de los agentes .

IV.- Así, tras el examen de la resolución judicial dictada en el Juzgado de Instrucción y de las correspondientes pretensiones formuladas por la acusación pública, hemos de concluir que la inclusión *ex novo* de comportamientos atribuidos al acusado consistentes en la profusión de expresiones de elevado contenido difamante (*hijos de puta, asesinos*) y de indiscutible y notoria significación intimidatoria (*tened cuidado cuando os vea por la calle*) ha de suponer que se ha producido una novación sustancial de la acusación pues se han introducido datos de naturaleza fáctica que no pueden reputarse, a estos efectos, intrascendentes o baladíes, pues a la hora de calificar los hechos como delito de desobediencia a los agentes de la autoridad la expresión o no de tales frases indefectiblemente puede determinar o bien la propia calificación jurídica de la conducta atribuida al acusado o, cuando menos, podrá ser relevante en el momento de proceder a la concreta individualización punitiva (la mayor o menor gravedad del hecho al que alude el art. 66.1.6ª del Código Penal).

En consecuencia, a tenor de tales circunstancias y de acuerdo a las directrices jurisprudenciales *supra* referidas concluiremos que, como denuncia la parte recurrente, en el caso concreto el exceso objetivo introducido por la acusación en el momento de la calificación definitiva ha supuesto una conculcación del principio acusatorio y, por ende, hemos de estimar el recurso en este aspecto y suprimir del *factum* los comportamientos atribuidos al acusado que al inicio del juicio oral no se le habían imputado.

CUARTO.- Error en la valoración de la prueba.

I.- De otra parte, entiende el recurrente que no hubo una orden clara y precisa al acusado de abandonar el lugar. No hubo una tenaz conducta rebelde del Sr. Abelardo . Considera que en la grabación videográfica se puede apreciar que la intervención policial transcurrió en el exterior del recinto del Palacio Miramar (vía pública); no existe una tenaz conducta rebelde; el acusado permanece en actitud sosegada a varios metros de la puerta de acceso al recinto para vehículos, sin que se observe que se dirija a los agentes en actitud airada de provocación o insulto.

Sostiene también la defensa que la conducta del Sr. Abelardo no presenta ni las características ni la relevancia necesaria para que pueda incardinarse en el delito de desobediencia, pues carece de gravedad, ya que solo se le imputa la negativa a abandonar el exterior del recinto y lo abandonó de manera voluntaria y sin incidentes

II.- En línea de principios debe señalarse de antemano que carece el órgano de apelación de la inmediatez que gozó el Juez *a quo* ante quien se desarrolló en vista oral y pública la totalidad de los medios probatorios, oyó a quienes depusieron en distintas calidades en ese acto y, lo que no es de menor importancia, vio a todos ellos, de ahí que la preeminencia del plenario sobre cualesquiera actuaciones precedentes para la correcta formación de la convicción se deriva de todo ello. No puede ahora la Sala sustraer a quien enjuició en primera instancia su misión exclusiva y excluyente de valoración de la prueba que presenció y debe ceñir su tarea en esta alzada a sentar la existencia o no de una actividad probatoria lícita que pudiere ser valorada en aquella instancia inicial.

El error en la valoración propiamente dicho se dará únicamente, en consecuencia además de cuando el hecho tenido por demostrado no posea sustento en los medios probatorios, lo que no es el caso, en aquellos supuestos en los que la efectuada en la instancia no dependa esencialmente de la percepción directa de la diligencia probatoria en concreto sino de su adecuación a las reglas de la ciencia, de la experiencia o de la lógica pues entonces sí podrá ser revisable en la alzada.

La aplicación de dicha doctrina al caso que nos ocupa significa que este Tribunal no debe proceder a reevaluar las pruebas practicadas en el primer grado jurisdiccional, sino solamente debe controlar la existencia de prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia, que dicha prueba haya sido practicada en legal forma, que la evaluación de prueba haya sido racional y que la motivación no sea arbitraria o ilógica.

III.- La primera cuestión que sobre este aspecto plantea la parte recurrente es que no existió una orden clara y terminante dirigida al acusado para que abandonara el lugar.

En este sentido, en la resolución se procede a transcribir las manifestaciones prestadas por los agentes policiales y, al respecto, consta que el agente con nº de identificación profesional NUM001 indicó que le piden al acusado que abandonara el lugar y no quiso, dijo que se iba a quedar con ellos, intentó acceder al edificio; le indica que puede cometer un delito y entonces vuelve a intentar acceder y es cuando le detienen.

La agente de la Ertzaintza NUM002 dijo que estuvieron con él más de media hora larga para tratar de convencerle de que abandonara el lugar, atendía cuando le decían pero luego volvía en sus trece, atendía en cierta manera algún requerimiento pero en cuanto dejaban de hacerlo volvía a sus trece. Le informaron de que

iban a detenerle, incluso de que no querían detenerle porque no era una actuación meramente policial, seguía sin hacer caso; le dijeron que no tenía acceso permitido al evento y que se negaba a abandonar el recinto. Incumplía la orden de que abandonara el lugar, abandonó el lugar pero volvía a entrar; el acusado volvía a entrar e igual en más de 20 ocasiones

Por consiguiente, habida cuenta de lo explicitado en el plenario por los indicados agentes policiales de ninguna manera podemos sostener que la conclusión alcanzada sobre esta alegación en la resolución, y referida a que hubo una orden clara al acusado por parte de los agentes para que abandonara el lugar, puede reputarse de arbitraria o ilógica.

IV.- Por lo que se refiere a si existió una conducta tenaz y rebelde del acusado frente a los requerimientos policiales, hemos de partir de la declaración probatoria recogida en la resolución *a quo* (tras la supresión de los elementos fácticos introducidos *ex novo*, como en el anterior motivo de impugnación hemos fijado) a fin de determinar si la conducta desplegada por el acusado Sr. Abelardo sobre los agentes de la Ertzaintza constituye un delito de desobediencia del art. 556 del Código Penal o ha de considerarse atípica a carecer de la más mínima relevancia de naturaleza penal.

A estos efectos, conviene recordar que el artículo 556 del Código Penal sanciona como autores del delito de desobediencia grave a quienes, sin estar comprendidos en el artículo 550 (delito de atentado), resistieren a la autoridad o a sus agentes o los desobedecieren gravemente en el ejercicio de sus funciones. La resistencia, pues, no ha de ser activa y grave, pues daría lugar al delito de atentado del artículo 550, pero ha de tener una cierta entidad en cuanto a su gravedad, pues en caso contrario integraría la falta de desobediencia leve del artículo 634 (TS Sala 2ª, S 6-10-2004).

Al respecto, como ha venido sosteniendo la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, la distinción entre el delito o la falta de desobediencia radica en su gravedad. Es decir, se trata de un concepto eminentemente circunstancial que exige la valoración de parámetros como la reiteración o persistencia en la negativa al cumplimiento de la orden, la importancia de la materia sobre la que versa la orden o mandato, el desprestigio causado a la autoridad con el incumplimiento, o la agresividad de la conducta de oposición a la orden, caracterizándose normalmente la falta de desobediencia por no ser activa, ni violenta ni persistente.

V.- En el supuesto concreto, en primer lugar, las circunstancias que se han de tener en cuenta para un correcto encuadre jurídico del concreto episodio sometido a enjuiciamiento, extraídas de la declaración probatoria de la resolución de instancia, son las siguientes:

- El 27 de enero de 2017, alrededor de las nueve de la mañana, Abelardo se encontraba en el Palacio Miramar de Donostia, donde se celebraba un evento.

- Dado que al Sr. Abelardo no se le permitió el acceso al evento por parte del responsable del mismo, ante la insistencia de aquél para acceder al lugar, se solicitó la presencia de agentes de la Ertzaintza. Una vez personada en el lugar una patrulla, a la que el acusado acompañó al exterior de las instalaciones, sin embargo, pese a indicarle en numerosas ocasiones que desistiera en su persistente intención de acceder al evento y de que abandonara el lugar, siendo apercibido de las consecuencias de la negativa a obedecer sus claras órdenes y de la posibilidad de cometer un delito, el Sr. Abelardo se negó a acatar las órdenes de los agentes de la autoridad, manteniendo una actitud renuente a los numerosos requerimientos efectuados.

- Finalmente y ante un nuevo intento del acusado de acceder al interior Palacio Miramar, se procedió a su detención.

Es decir, se declara probado que la patrulla de agentes indicaron en numerosas ocasiones al acusado para que desistiera en su persistente intención de acceder al evento y para que abandonara el lugar y apercibido de las consecuencias de la negativa a obedecer y de la posibilidad de cometer un delito, el Sr. Abelardo se negó a acatar las órdenes de los agentes de la autoridad, manteniendo una actitud renuente a los numerosos requerimientos efectuados. Se añade que dicha intervención duró una media hora.

Por tanto, tras una ponderación global de las circunstancias concurrentes, consideramos acertada la subsunción de los hechos enjuiciados en el tipo del art. 556 del Código Penal a tenor del comportamiento obstinadamente renuente desplegado por el acusado hacia los agentes policiales. Esto es, el acusado se negó reiteradamente, durante más de media hora y con insistencia recalcitrante a cumplir los requerimientos emanados de los agentes de la autoridad en el legítimo ejercicio de sus funciones, lo cual supone que la incardinación de los hechos enjuiciados en el tipo del art. 556 del CP resulta plenamente correcta y ajustada a Derecho.

QUINTO.- Error en la imposición de la pena de multa y en la cuota diaria:

I.- También, aduce la defensa que la pena se impone en atención a la menor gravedad del hecho pero no se atiende al otro criterio legal que son las circunstancias personales del acusado, ni se efectúa ningún razonamiento sobre ello.

Al respecto, conviene recordar que el art. 66 del Código Penal establece:

1. En la aplicación de la pena, tratándose de delitos dolosos, los Jueces o Tribunales observarán, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las siguientes reglas:

6ª) Cuando no concurran atenuantes ni agravantes aplicarán la pena establecida por la Ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho.

El TS ha recordado reiteradamente la especial relevancia de la motivación de la individualización de la pena, que con anterioridad a la reforma operada en el CP por la LO 11/03, de 29-IX, constituía un imperativo legal expreso conforme a lo dispuesto en el artículo 66.1 de dicho texto legal (ss. de 26-IV-95 y 12-VI-02, entre otras). Asimismo, también ha establecido el TS con reiteración que la motivación no constituye un requisito formal, sino un imperativo de la racionalidad de la decisión, por lo que lo determinante es que los dos parámetros legales que determinan la individualización de la pena (gravedad de los hechos y circunstancias personales del delincuente) constan suficientemente explicitados en la sentencia.

Ciertamente, el art. 66 del CP, tras la indicada reforma, ya no hace referencia en su apartado 6º a la necesidad de razonar en la sentencia los motivos concretos que llevan al Juzgador a fijar la pena en una extensión determinada, pero ello no quiere decir que deba omitirse tal motivación, pues la interpretación contraria implicaría un evidente retroceso en los derechos del justiciable, y por otro lado, como ha declarado de forma reiterada el TC, la obligación de motivar las sentencias, que el art. 120.3 de la CE impone a los órganos judiciales, se integra como una de las garantías protegidas en el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), entendida como el derecho a obtener una resolución razonablemente fundada en Derecho, que entronca de forma directa con el principio del Estado democrático de Derecho (art. 1 CE) y con una concepción de la legitimidad de la función jurisdiccional sustentada esencialmente en el carácter vinculante que para todo órgano jurisdiccional tiene la Ley (art. 117.1 y 3 CE) (SSTC 55/87, de 13-V y 221/01, de 31-X). Esta garantía tiene como finalidad última la interdicción de la arbitrariedad, ya que mediante ella se introduce un factor de racionalidad en el ejercicio del poder, que, paralelamente, potencia el valor de la seguridad jurídica, y constituye un instrumento que tiende a garantizar la posibilidad de control de la resolución por los Tribunales superiores mediante los recursos que procedan (SSTC 184/95, de 12-XII ; 139/00 , de 29-V).

II.- El art. 556 del Código Penal castiga el delito de desobediencia con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a 18 meses.

La resolución en su Fundamento de Derecho quinto razona literalmente en relación a la concreta pena a imponer:

¿ atenderemos a la conducta desarrollada por el acusado, a su persistencia continuada en el tiempo, no ateniéndose a razones a la hora de obedecer la orden de que abandonara el lugar, a lo que se une las expresiones proferidas contra los agentes. Con base a tales parámetros, se estima adecuada la imposición de una pena de 7 meses de multa, debiendo en este caso estarse a la sujeción al principio acusatorio al ser la petición interesada por el Ministerio Fiscal.

A estos efectos, como *supra* se ha indicado, hemos de tener en cuenta que se ha suprimido del *factum* la profusión por parte del acusado de las expresiones de contenido intimidantes hacia los agentes de la autoridad y las frases difamatorias a las personas que accedían al edificio.

Por tal motivo, y dado que la expresión de dichas frases atemorizantes ha sido valorada por la Magistrada de instancia para incrementar el reproche punitivo necesariamente debemos rebajar la pena fijada (siete meses de multa) y la concretaremos en la mínima sanción legal de seis meses de multa.

III.- Por último, en cuanto a la cuota diaria debemos recordar que el artículo 50.5 del Código Penal exige fijar la cuota multa diaria atendiendo al caudal económico global de sujeto activo del hecho delictivo, siendo así que no sólo habrán de computarse sus ingresos, sino también sus cargas familiares, situación laboral, social, etc.

La resolución argumentó:

¿ se presentó por la defensa documental que pone de manifiesto que el acusado percibe en concepto de RGI la cantidad mensual de 644,29 euros, a lo que deberá unirse que ello no le impide abonar un alquiler mensual por vivienda de 1.100 euros que revela, curiosamente, que abona por alquiler más de lo que percibe por la antedicha renta, lo que claramente pone de relieve que la capacidad económica es mayor que la que refleja la certificación

de Lanbide. De modo y manera que conforme a tales signos externos, se estima adecuada y proporcionada la imposición de una cuota de multa por importe de 6 euros día.

En cambio, el recurrente arguye que la capacidad económica asciende a 894,49 euros mensuales por concepto de RGI (644,29 euros) y de PCV (250 euros), de los que hay que deducir el gato por el alquiler mensual de la habitación (500 euros), restándole 394,49 euros para satisfacer sus necesidades mensuales.

A estos efectos en el escrito de recurso se aporta el contrato de subarrendamiento parcial de vivienda donde se consigna que la renta que abona asciende a 500 euros al mes.

En tales condiciones considera este Tribunal que la cuota multa diaria de seis euros establecida por el Juzgado de instancia puede reputarse de excesiva para los parámetros habituales de fijación de dicha cuota multa diaria por parte de nuestros Tribunales, sobre todo y especialmente porque la fijación de la misma se ha basado en el que el acusado abona un alquiler por vivienda de 1.100 euros de lo que se infería una mayor capacidad económica, cuando lo cierto es que con motivo de esta alzada la defensa ha acreditado documentalmente con el contrato de subarrendamiento parcial de la vivienda que la renta abonada es de 500 euros al mes (es decir, 660 euros menos de lo que afirmaba al sentencia).

Por estos motivos, reduciremos la cuota de la multa a los cuatro euros por día que a este Tribunal resulta más ajustado al perfil económico global del acusado y cumple con el fin constitucional de la pena.

SEXTO.- Al estimarse en parte el presente recurso de apelación, es procedente, conforme al artículo 239 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, declarar de oficio las costas devengadas en esta segunda instancia.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Estimamos en parte el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora D^a. Itziar Mujika Atorrasagasti, en nombre y representación de D. Abelardo, contra la Sentencia dictada en fecha 4 de mayo de 2018 por la Magistrada-Juez que sirve el Juzgado de lo Penal nº 5 de Donostia/San Sebastián, y en consecuencia rebajamos la pena a la multa de seis meses con una cuota diaria de cuatro euros, con la responsabilidad personal subsidiaria prevista en el art. 53 del Código Penal para el caso de impago.

Se declaran de oficio de las costas procesales.

Notifíquese la presente resolución a las partes, previniéndoles que frente a la misma cabe recurso de casación en los supuestos expresamente previstos en el apartado b) del art 847 en relación con el art 849-1º de la L.E.Criminal.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Dada, leída y publicada fue la anterior Sentencia por los Magistrados que la dictaron, una vez celebrada audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que yo la Letrada de la Administración de Justicia doy fe.