



Roj: **STS 1307/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:1307**

Id Cendoj: **28079120012018100165**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/04/2018**

Nº de Recurso: **1798/2017**

Nº de Resolución: **172/2018**

Procedimiento: **Penal. Apelación procedimiento abreviado**

Ponente: **JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 8381/2017,**  
**STS 1307/2018**

RECURSO CASACION núm.: 1798/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

#### **TRIBUNAL SUPREMO**

##### **Sala de lo Penal**

##### **Sentencia núm. 172/2018**

Excmos. Sres.

D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca

D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Andres Palomo Del Arco

D. Vicente Magro Served

En Madrid, a 11 de abril de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 1798/2017 interpuesto por **D. Adolfo**, y **Vicente** bajo la dirección letrada de **D. Manuel Perea Marchena**, representados por el Procurador Sr. **D. JORGE LAGUNA ALONSO**, contra la sentencia dictada por la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Madrid con fecha 31 de mayo 2017. Ha intervenido el Ministerio Fiscal; y, como parte recurrida **D. Evaristo** representado por el procurador **D. FERNANDO GARCÍA DE LA CRUZ ROMERAL**; y **Jacobo** representado por el procurador **D. FERNANDO GARCÍA DE LA CRUZ ROMERAL**; **Jose Manuel** representado por la procuradora **Dª ANA BELÉN GÓMEZ MURILLO**.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción nº 46 instruyó Diligencias Previas /Proc. Abreviado 5101/2011 contra **D. Adolfo** y **Vicente** por un delito de lesiones y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 4ª, que en la causa dictó sentencia que contiene los siguientes **hechos probados**:

« **hechos.-** PRIMERO. Se declara probado que en la madrugada del día 13 de noviembre de 2011, sobre las 6'15 horas, en la inmediaciones de la discoteca El Coyote sita en la calle Hilarión Eslava de Madrid, los acusados



Adolfo y Vicente agredieron a Jacobo , con quien poco antes habían' tenido una discusión dentro de la discoteca, propinándole patadas y puñetazos. También golpearon dándoles patadas y puñetazos, a Jose Manuel y a Juan Enrique , que habían acudido en su defensa.

Como consecuencia de los golpes recibidos Jose Manuel sufrió lesiones en la articulación metacarpofalángica del pulgar izquierdo, para cuya curación tuvo que someterse a una intervención quirúrgica consistente en osteosíntesis e implantación ligamentosa. Tardó en curar ciento doce días, de los cuales cuarenta estuvo impedido para dedicarse a sus ocupaciones habituales. Le han quedado como secuelas una cicatriz de tres centímetros poco visible y material de osteosíntesis en la cara posterior del pulgar izquierdo.

Juan Enrique , por su parte, sufrió erosiones y contusiones en el parietal derecho, en la nariz y en el antebrazo izquierdo. Tras una primera asistencia médica, sanó en diez días.

Y Jacobo sufrió traumatismo en el ojo izquierdo, policontusiones y erosiones en el codo izquierdo. Tras una primera asistencia médica, sanó en diez días.

SEGUNDO.- Por el contrario, expresamente se declara *no probado* que la agresión de que fue objeto Evaristo , que le provocó la pérdida de tres piezas dentarias, fuese realizada por los acusados.»

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

« **Fallo.** Condenar a Adolfo y Vicente , como autores de un delito de lesiones ( art. 147.1 CP ), a la pena de tres meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena y pago de costas.

Absolver a los acusados de los cargos referidos a la comisión de un delito leve de lesiones ( art. 147.3 C.P . 2015) y del delito de participación en riña ( art.154 C.P . )

Los acusados indemnizarán conjunta y solidariamente a Jose Manuel con la suma de ocho mil cien euros, a Juan Enrique con la suma de quinientos euros y a Jacobo con la suma de quinientos euros.»

**TERCERO.-** Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación, por infracción de ley, precepto constitucional y quebrantamiento de forma, por los recurrentes D. Adolfo y Vicente que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

**CUARTO.-** La representación de los recurrentes, basa su recurso en los siguientes motivos:

Motivos aducidos en nombre de los recurrentes D. Adolfo y Vicente

**Motivo primero .-** Indebida aplicación del artículo 147.1 del Código Penal , al amparo del artículo 849 de la LECrim , así como infracción del principio de proporcionalidad y del derecho a la tutela judicial efectiva, por el cauce de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim .

**QUINTO.-** Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**SEXTO.-** Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día cinco de abril de dos mil dieciocho.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Articulan los recurrentes dos motivos que desarrollan de forma conjunta indebida **aplicación del artículo 147.1 CP , al amparo del artículo 849.1 LECrim , y por infracción del principio de proporcionalidad y del derecho a la tutela judicial efectiva por el cauce de los artículos 5.4 LOPJ , y 852 LECrim .**

Considera el motivo que la pena impuesta a los recurrentes no se sostiene desde la perspectiva de los parámetros constitucionales de motivación en orden a que en la imposición de la pena deben tenerse en cuenta las circunstancias personales del delincuente y la mayor o menor gravedad del hecho y tras exponer de forma clara y sintética la doctrina jurisprudencial sobre la materia, destaca como la Sala de instancia al establecer la pena del delito del artículo 147.1 que prevé pena de prisión o multa, adopta la primera, pese a la posibilidad de castigar el delito con multa económica, sin hacer referencia alguna a esta posibilidad ni explicar porqué opta por una u otra opción, por lo que entiende que se ha vulnerado así el derecho a la tutela judicial efectiva y el principio de proporcionalidad, que sólo puede salvarse en casación, mediante la imposición de una pena pecuniaria en una extensión adecuada a su capacidad económica.

El desarrollo argumental de los motivos hace necesario recordar cómo la legalidad marca la tipicidad del hecho delictivo y su pena, pero está racionalmente ha de venir fijada por el legislador dentro de unos límites



más o menos amplios, dentro de los cuales "el justo equilibrio de ponderación judicial" actuará como límite calificador de los hechos, jurídica y socialmente, es decir, el arbitrio judicial es una facultad discrecional del órgano jurisdiccional y según ello, el uso que de él se haga, subiendo o bajando las penas o recorriendo la extensión de cada grado es algo que sólo al Juzgador de instancia compete.

Ciertamente el uso de arbitrio ha de ser prudente y racional, siendo preciso que nazca del ponderado examen de las circunstancias referidas a los hechos y a los culpables de los mismos, fijadas en cada caso, lo cual además deberá quedar consagrado en la sentencia. Otra cosa convierte al arbitrio su arbitrariedad pues el uso de tal preciada facultad, al no hacer de la medida su razón, la convierte en irracional, desmesurado o desproporcionado, lo que es sinónimo de injusto, adjetivo que debe estar siempre ausente de las actuaciones judiciales.

Por ello en la terminología corriente se suele decir que la determinación de la pena depende del arbitrio del tribunal. Sin embargo, tales expresiones no se pueden tomar en sentido estricto, dado que en nuestro Estado de Derecho rige la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos ( artículo 9.3 CE ).

En consonancia con lo anterior, en relación a la motivación de las penas están Sala tiene establecido, SSTS 93/2012 de 16 febrero, 17/2017 de 20 enero, 826/2017 del 14 diciembre, 49/2018 de 30 enero, que el derecho a la obtención de la tutela judicial efectiva en el aspecto concreto de la motivación de la sentencia, exige un explicitación suficiente de la concreta pena que se vaya a imponer a la persona concernida.

En tal sentido basta citar la doctrina constitucional en esta materia concretada en la STC 21/2008 de 31 enero :  
"....Este Tribunal ha declarado reiteradamente que el deber general de motivación de las sentencias que impone el art. 120.3 C.E., y que se integra en el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 C.E. – conforme al cual las decisiones judiciales deben exteriorizar los elementos de juicio sobre los que se basan y su fundamentación jurídica ha de ser una aplicación no irracional– resulta reforzado en *el caso de las sentencias penales condenatorias, por cuanto en ellas el derecho a la tutela judicial efectiva se conecta con otros derechos fundamentales y, directa o indirectamente, con el derecho a la libertad personas* (por todas, entre otras muchas, SSTC 43/1997 de 10 de Marzo ; 108/2001, de 23 de Abril ; 20/2003 de 10 de Febrero ; 170/2004, de 18 de Octubre ; 76/2007, de 16 de Abril ).

Un deber de motivación que incluye no sólo la obligación de fundamentar los hechos y la calificación jurídica, sino también la pena finalmente impuesta en concreto (por todas, SSTC 108/2001, de 23 de Abril ; 20/2003, de 10 de Febrero ; 148/2005, de 6 de Junio ; 76/2007, de 16 de Abril )."

"....*El fundamento de extender el deber reforzado de motivación a las decisiones judiciales relativas a la fijación de la pena radica en que el margen de discrecionalidad del que legalmente goza el Juez no constituye por sí mismo justificación suficiente de la decisión finalmente adoptada, sin que, por el contrario, el ejercicio de dicha facultad viene condicionado estrechamente por la exigencia de que la resolución esté motivada, pues sólo así puede procederse a su control posterior en evitación de toda arbitrariedad. De este modo, también en el ejercicio de las facultades discrecionales que tiene reconocidas legalmente el Juez penal en la individualización de la pena, es exigible constitucionalmente, como garantía contenida en el derecho a la tutela judicial efectiva, que se exterioricen las razones que conducen a la adopción de la decisión...."*

Reiteradamente ha señalado esta Sala -por todas STS. 809/2008 de 26.11 - que la obligación constitucional de motivar las sentencias expresadas en el artículo 120.3 de la Constitución comprende la extensión de la pena. *El Código Penal en el artículo 66 establece las reglas generales de individualización, y en el artículo 72 concluye disponiendo que los Jueces y Tribunales razonen en la sentencia el grado y la extensión de la pena concretamente impuesta. La individualización realizada por el tribunal de instancia es revisable en casación no solo en cuanto se refiere a la determinación de los grados o mitades a la que se refiere especialmente el citado artículo 66, sino también en cuanto afecta al empleo de criterios inadmisibles jurídico-constitucionalmente en la precisa determinación de la pena dentro de cada grado o de la mitad superior o inferior que proceda.*

Es cierto que en ocasiones también ha recordado esta Sala (STS. 27.9.2006), que el Tribunal Constitucional interpretando los arts. 24 y 120 CE. ha señalado que una motivación escueta y concisa no deja, por ello, de ser tal motivación, así como una fundamentación por remisión no deja tampoco de serlo, ni de satisfacer la indicada exigencia constitucional ( SSTC, 5/87, 152/87 y 174/87 ), no exigiéndose que las resoluciones judiciales tengan un determinado alcance o intensidad en el razonamiento empleado, pero también lo es que esta Sala ha dicho, SSTS. 976/2007 de 22.11, 349/2008 de 5.6, que la sentencia impugnada no individualiza la pena impuesta en los términos que exige el art. 120 de la Constitución y 66 y 72 del Código Penal, *cuando el Tribunal tan sólo alude a la gravedad del hecho y a la proporcionalidad, sin explicar, de forma racional, el concreto ejercicio de la penalidad impuesta*. Y, en otras ocasiones, se ha precisado ( STS de 18-6-2007, nº 599/2007 ), que aun habiéndose hecho genéricamente referencia a la gravedad del hecho, sin embargo, debió justificarse su individualización en cuanto no se impuso la mínima legal.



En concreto y en cuanto a la individualización de la pena a imponer deben tenerse en cuenta *las circunstancias personales del delincuente y la mayor o menor gravedad del hecho* . En cuanto a las primeras *son las que se refieren a los motivos o razones que han llevado a delinquir el acusado* , así como aquellos rasgos de su personalidad delictiva que configuran igualmente esos elementos diferenciales para efectuar tal individualización penológica y que deben corregirse para evitar su reiteración delictiva.

*La gravedad del hecho a que se refiere el precepto no es la gravedad del delito, toda vez que esta "gravedad" habrá sido ya contemplada por el Legislador para fijar la banda cuantitativa penal que atribuye a tal delito* . Se refiere la Ley a *aquellas circunstancias fácticas* que el Juzgador ha de valorar para determinar la pena y que sean concomitantes del supuesto concreto que está juzgando; estos elementos serán de todo orden, marcando el concreto reproche penal que se estima adecuado imponer. Por ello, en cuanto a los caracteres del hecho, es decir, a un mayor o menor gravedad, tiene que tenerse en cuenta que el legislador ha puesto de manifiesto en la infracción, su doble consideración de acto personal y de resultado lesivo para el bien jurídico, de modo que para determinar ese mayor o menor gravedad del *hecho ha de valorarse el propio hecho en sí, con arreglo a la descripción que se contenga en el relato de hechos, es decir, con arreglo al verdadero hecho real, y así concretar el supuesto culpable, por cuanto la gravedad del hecho aumentará o disminuirá en la medida que lo haga la cantidad del injusto* (antijuricidad o el grado de culpabilidad del delincuente, la mayor o menor reprochabilidad que merezca). Por ello, y considerando que el legislador, al establecer el marco penal abstracto, ya ha valorado la naturaleza del bien jurídico afectado y la forma básica del ataque al mismo, la mayor o menor gravedad del hecho dependerá:

*En primer lugar, de la intensidad del dolo, -y si es directo, indirecto o eventual- o, en su caso, del grado de negligencia imputable al sujeto.*

*En segundo lugar, la mayor o menor gravedad del hecho dependerá de las circunstancias concurrentes en el mismo, que, sin llegar a cumplir con los requisitos necesarios para su apreciación como circunstancias atenuantes o agravantes, ya genéricas, ya específicas, modifiquen el desvalor de la acción o el desvalor del resultado de la conducta típica.*

*En tercer lugar, habrá que atender a la mayor o menor culpabilidad -o responsabilidad- del sujeto, deducida del grado de comprensión de la ilicitud de su comportamiento* (conocimiento de la antijuricidad del grado de culpabilidad y de la mayor o menor exigibilidad de otra conducta distinta).

*Y, en cuarto lugar, habrá que tener en cuenta la mayor o menor gravedad del mal causado y la conducta del reo posterior a la realización del delito, en orden a su colaboración procesal y su actitud hacia la víctima y hacia la reparación del daño, que no afectan a la culpabilidad, por ser posteriores al hecho, sino a la punibilidad.*

Se trata, en definitiva, de un ejercicio de discrecionalidad reglada, que debe ser fundamentadamente explicado en la propia resolución judicial y controlable en casación, incluso por la vía del art. 849.1 LECrim . para la infracción de Ley.

**SEGUNDO.**- Aplicando la doctrina expuesta al caso presente hemos de partir de que el artículo 147.1 CP , en su redacción vigente en el momento de los hechos, noviembre de 2011 castigaba con la pena de prisión de seis meses a tres años al que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, mantiene el mismo tipo penal, pero modificando la pena a imponer, que pasa a ser la de **prisión de tres meses a tres años o multa de seis a doce meses** , norma que es la aplicada por el tribunal sentenciador, al ser más favorable al reo.

La sentencia aplica la atenuante simple de dilaciones indebidas y en cuanto a la imposición de la pena en concreto, dice en su fundamento de derecho tercero: " *En la determinación de la pena debe tenerse en cuenta que en sus alegaciones ni el Ministerio Fiscal ni las acusaciones particulares han sometido a la consideración de este Tribunal motivo alguno que justifique la imposición de una pena superior a la legalmente prevista en su extensión mínima* " .

Consecuentemente es cierto, tal como se destaca por los recurrentes, que el tribunal no ha expresado que razones ha tenido en cuenta para elegir la pena de prisión y no la de multa, esto es, no ha explicitado la motivación para efectuar tal elección de pena.

Ante tal ausencia de motivación son factibles diversas soluciones:

a)- Devolver la sentencia el órgano jurisdiccional de instancia para que dicte otra razonando lo que en la primera sentencia quedó sin razonar.



b)-Subsanar el defecto en el supuesto a que a este tribunal le facilite la sentencia de instancia los elementos necesarios para motivar, en este caso, la elección de la pena de prisión.

c)- Optar entre las penas alternativas por la que resulte más favorable al reo.

La primera opción, que implica la nulidad parcial de la sentencia, tiene como limitación lo dispuesto en el artículo 240.2, párrafo 2.1 LOPJ , en su redacción dada por la LO 19/2003 de 23 diciembre (" en ningún caso podrá el Juez o Tribunal, con ocasión de un recurso, decretar de oficio una nulidad de las actuaciones que no haya sido solicitada en dicho recurso, salvo que apreciara falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional o se hubiese producido violencia o intimidación que afecta de a ese Tribunal").

La segunda opción es posible cuando los elementos contenidos en la propia sentencia permitan al tribunal casacional hacer las valoraciones necesarias para todo ello, además, en aras a las exigencias propias del principio de economía procesal y para evitar retrasos en la tramitación-más aún en el caso actual en el que ya se ha aplicado la atenuante de dilaciones indebidas-

La tercera procederá, únicamente y de forma excepcional, cuando se haya intentado infructuosamente la subsanación de la omisión y, además, de la sentencia no resulten elementos que permitan a este tribunal realizar aquella elección.

Por tanto, en el ámbito de este proceso casacional, examinando si en función de las circunstancias del caso procede mantener la pena de prisión -impuesta en el mínimo legal-o acudir a la alternativa de multa. Esto es si las razones para esa elección se pueden extraer con naturalidad de la propia sentencia. Y en este extremo podemos destacar:

- Que las sesiones fueron ocasionadas por la acción conjunta de los dos recurrentes.
- Que la gravedad de los hechos-uno de los testigos manifestó que a una de las víctimas le dieron una paliza "brutal".
- El resultado de las lesiones y el tiempo de curación Jose Manuel sufrió lesiones en la articulación metacarpofalángica del pulgar izquierdo, para cuya curación tuvo que someterse a una intervención quirúrgica consistente en osteosíntesis e implantación de ligamentosa y tardaron en curar 112 días, con impedimento para sus ocupaciones habituales 40 días, tirándole como secuelas cicatriz de 3 cm poco visible y material de osteosíntesis en la cara posterior del pulgar izquierdo.

Por tanto, en la sentencia recurrida podemos comprobar que existen elementos suficientes para considerar que la pena de prisión impuesta es adecuada y proporcional a los hechos objeto de enjuiciamiento, por lo que el motivo debe ser desestimado.

**TERCERO.-** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 901 LECRIM , procede declarar de oficio las costas causadas en este recurso.

## FALLO

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

**Debemos desestimar el recurso** interpuesto por D. Adolfo , y Vicente contra la sentencia dictada por la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Madrid con fecha 31 de mayo 2.017 ; condenándoles al pago de las costas ocasionadas en este recurso.

Comuníquese dicha resolución, a la mencionada Audiencia, con devolución de la causa en su día remitida.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

D. Alberto Jorge Barreiro D. Andres Palomo Del Arco

D. Vicente Magro Servet