

Roj: **STS 478/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:478**Id Cendoj: **28079120012017100117**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **16/02/2017**Nº de Recurso: **1188/2016**Nº de Resolución: **94/2017**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR**Tipo de Resolución: **Sentencia**

En nombre del Rey

La sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado lo siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciséis de Febrero de dos mil diecisiete.

En el recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional que ante Nos pende, interpuesto por la representación legal de los acusados **Jacobo y Leandro**, contra Sentencia 11/2016, de 26 de abril de 2016 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Cuenca, dictada en el Rollo de Sala núm. 20/15, dimanante del P.A. núm. 206/15 del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Tarancón (Cuenca), seguido por delitos de lesiones y amenazas contra **Jacobo**, **Leandro**, **Nazario** y **Ana**; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación, votación y Fallo, bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Julian Sanchez Melgar; siendo partes: el Ministerio Fiscal, los recurrentes representados por la Procuradora de los Tribunales Doña Aranzazu Fernández Pérez y defendidos por el Letrado Don Jesús Claramonte Aroca, y como recurrido **Nazario**, actuando como Acusación Particular representado por la Procuradora de los Tribunales Doña Mónica Oca de Zafa y defendido por la Letrada Doña Amelia Buedo Moreno.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 1 de Tarancón (Cuenca) incoó P.A. núm. 206/15 por delitos de lesiones y amenazas contra **Jacobo**, **Leandro**, **Nazario** y **Ana**, y una vez concluso lo remitió a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de dicha Capital, que con fecha 26 de abril de 2016 dictó Sentencia núm. 11/2016, que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

*"Resulta probado y así se declara expresamente que entre las 2,30 y las 3,30 horas de la madrugada del día 14 de junio de 2010, los acusados **Jacobo** y su hijo **Leandro**, a la salida de la verbena que se estaba celebrando, con ocasión de las fiestas patronales, en la localidad de Fuentelespino del Haro (Cuenca), y cuando pasaban a la altura del puesto ambulante regentado por **Nazario** y su compañera sentimental, **Ana**, ambos acusados se dirigieron a **Nazario** recriminándole viejas rencillas familiares sin que **Nazario** contestase a las mismas y en un momento determinado, **Leandro** golpeó en la boca a **Nazario** y este cayó al suelo, siendo golpeado con patadas y puñetazos mientras **Nazario** permanecía en el suelo, saliendo en su ayuda **Ana** quién intentó apartar a **Jacobo** arañándole en las orejas y como quiera que no conseguía su propósito recabó ayuda de las personas que se encontraban en las inmediaciones y llamó a la Guardia Civil pidiendo auxilio quién se personó en dicho lugar momentos después.*

*Como consecuencia de la agresión padecida, **Nazario** sufrió "laceración en región superciliar en oído izquierdo, herida contusa en labio inferior, trauma contuso en hemi-cara derecha y huesos propios de la nariz, trauma contuso en codo izquierdo, pérdida de una pieza dental -nº 321 incisivo superior- contusión en ambos dedos*



índices de ambas manos, herida por mordedura en 2º dedo de la mano derecha y contusiones múltiples, que precisaron de una única asistencia y de las que tardó en curar 15 días, de los cuales 3 fueron improductivos.

Como consecuencia de la agresión las gafas que portaba Nazario resultaron dañadas, ascendiendo su precio de adquisición a la suma de 200 euros.

Nazario no padecía enfermedad periodontal alguna, y ha satisfecho la cantidad total de 1230 euros por los siguientes conceptos: Endodoncia premolares, reconstrucción con poste rehabilitación mediante puente metal-cerámica 3 piezas, La causa se incoó en fecha 7 de julio de 2010, se remito al juzgado de lo Penal nº 2 de Cuenca para enjuiciamiento y por endodoncia molares, reconstrucción con poste y obturación compuesta de composite y 60 euros por un escáner dental. Asimismo, el presupuesto de reconstrucción del incisivo 21 consistente en implante dental, regeneración y corona sobre implante asciende a 2.050 euros.

Jacobo sufrió, como consecuencia de la defensa ejercitada por Ana , lesiones consistentes en hematoma con herida incisa puntiforme en pabellón auricular izquierdo, lesiones que son susceptibles de alcanzar la curación en 5 días no improductivos, habiendo renunciado a toda indemnización que pudiera corresponderle.

Leandro sufrió contusión en hematoma en pabellón auricular izquierdo y contusión en mano con resultado de subluxación y fractura- arrancamiento de la base de la falange distal del 5º dedo, cuya curación preciso de una primera asistencia facultativa y tratamiento ortopédico mediante férula metálica durante 30 días, profilaxis antibiótica para la herida dl pabellón auricular y pauta analgésico-antiinflamatorios, de los cuales 15 días fueron improductivos para sus ocupaciones habituales.

Nazario actuó en todo momento en defensa de la agresión de que era objeto, siendo auxiliado por su pareja sentimental Ana .

No ha resultado acreditado que Jacobo dijese a Nazario "te voy a partir al cara, vente conmigo ahí abajo" así como que, una vez se encontraba Leandro en el vehículo de Cesareo , se dirigiese a Nazario diciéndole "como te vea en el pueblo te pego dos tiros".

En fecha de 19 de enero de 2016 se consignaron por Jacobo y Leandro en la cuenta de este Tribunal las sumas de 812,50 euros, respectivamente, habiendo sido ofrecidas en el acto de la vista como ofrecimiento de pago incondicional a favor de Nazario .

La causa se incoó en fecha 7 de julio de 2010, se remitió al Juzgado de lo Penal núm. 2 de Cuenca para su enjuiciamiento y por este Juzgado se dictó Auto de fecha 30 de septiembre de 2015 por el que declaró su falta de competencia objetiva habiéndose celebrado finalmente juicio en este Tribunal el 20 de enero de 2010."

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

"Que debemos condenar como condenamos a los acusados **Jacobo y Leandro** , ya circunstanciados, como coautores de un Delito de Lesiones previsto en el artículo 147.1 del Código Penal (en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo) a las penas de **UN AÑO DE PRISION**, con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena y a que indemnicen, en concepto de responsabilidad civil, conjunta y solidariamente a Nazario en la cantidad de 4.570 euros por las lesiones causadas, cantidad ésta que devengará los intereses previstos en el del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil a contar desde la presente resolución y al pago de las costas procesales, de forma conjunta y solidaria, correspondientes al expresado Delito, con inclusión de las devengadas por la intervención de la Acusación Particular ejercitada por Nazario .

Que debemos absolver y absolvemos a Jacobo del Delito de Lesiones previsto en el artículo 150 del Código Penal y del Delito de Amenazas previsto en el artículo 169.2 del Código por los que se deducía acusación en su contra en la presente causa penal, declarando de oficio las costas procesales correspondientes a los reseñados Delitos.

Que debemos absolver y absolvemos a Leandro del Delito de Lesiones previsto en el artículo 150 del Código Penal , del Delito de Amenazas previsto en el artículo 169.2 del Código Penal y de la Falta de Amenazas prevista en el art. 620.2 del derogado Código Penal , por los que se deducía acusación en su contra en la presente causa penal, declarando de oficio las costas procesales correspondientes a los reseñados Delitos y Falta.

Que debemos absolver y absolvemos a Nazario del Delito de Lesiones previsto en el artículo 147.1 del Código Penal por el que se deducía acusación en su contra en la presente causa penal, declarando de oficio las costas procesales correspondientes al expresado Delito.

Que debemos absolver y absolvemos a Ana de la Falta de Lesiones del artículo 617.1 del derogado Código Penal –por la que se dedujo provisionalmente acusación en su contra por parte del Ministerio Fiscal, no elevada



a definitiva en el acto del Juicio Oral--, declarando de oficio las costas procesales correspondientes a la reseñada Falta.

Para el cumplimiento de la pena privativa de libertad se abonará a los acusados Jacobo y Leandro el tiempo que hayan permanecido privado de libertad por esta causa.

Se alzan las medidas cautelares personales y reales que pudieran haberse adoptado respecto de Nazario y Ana ."

TERCERO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas se preparó recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional por la representación legal de los acusados **Jacobo y Leandro** , que se tuvo anunciado; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución formándose el correspondiente Rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- El recurso formulado por la representación legal de los acusados Jacobo y Leandro , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

1º.- Al amparo de lo preceptuado en el art. 849.1 de la Lecrim , por indebida aplicación del art. 21.5 del C. Penal . Mis mandantes procedieron a consignar judicialmente el importe de Responsabilidad Civil exigida por el Ministerio Fiscal y con anterioridad tal y como exige el referido precepto a la celebración del juicio oral.

2º.- Al amparo de lo preceptuado en el art. 849 de la Lecrim . Indebida aplicación de lo preceptuado en el art. 147 del C. Penal , Vulneración del principio In dubio Pro reo, e infracción del art. 24 C.E .. al no aplicar la pena de multa, al ser más favorable para los condenados. El motivo que se esgrime por la sala para aplicar la pena de prisión y no la de multa, es atendiendo a las circunstancias en que se produjeron los hechos (agresión ejecutada por dos personas a otra, con notable desproporción de fuerzas y el resultado lesivo producido).

QUINTO.- Es **recurrido** en la presente causa Nazario , como Acusación particular, que impugna el recurso por escrito de fecha 14 de julio de 2016.

SEXTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto interesó la decisión del mismo sin celebración de vista y se opuso a los motivos del recurso, que subsidiariamente impugnó, por las consideraciones expuestas en su informe de fecha 21 de julio de 2016; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Por Providencia de esta Sala de fecha 21 de diciembre de 2016 se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 19 de enero de 2017; prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Cuenca condenó a Jacobo y Leandro como autores criminalmente responsables de un delito de lesiones tipificado en el art. 147.1 del Código Penal , a la pena de un año de prisión, accesoria e indemnización civil, absolviéndoles del delito del art. 150, así como llevó a cabo otros pronunciamientos absolutorios, frente a cuya resolución judicial han interpuesto este recurso de casación la representación procesal de los aludidos acusados en la instancia.

SEGUNDO.- Formalizan dos motivos de contenido casacional. El primero, articulado al amparo de lo autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , denuncia la inaplicación de la atenuante de reparación del daño, a que hace referencia el art. 21.5 del Código Penal , que había sido reclamada por la defensa a lo largo del juicio oral.

Reprocha que la Sala sentenciadora de instancia denegó tal atenuante como consecuencia de lo exiguo de su consignación, la extemporaneidad de la misma y que no se había hecho un notable esfuerzo reparador por parte de los acusados.

Antes de analizar los pormenores del caso sometido a revisión casacional, estudiemos nuestra doctrina jurisprudencial al respecto, recordando que el artículo 21.5 del Código Penal dispone que es circunstancia atenuante la de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima o a disminuir sus efectos, exigiendo expresamente que tal conducta tenga lugar en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral.

Con esta previsión, recuerda la STS 345/2013, de 21 de abril , se reconoce eficacia en orden a la disminución de la pena a algunos actos posteriores al delito, que por lo tanto no pueden influir en la cantidad de injusto ni en la imputación personal al autor, pero que sin embargo facilitan la protección de la víctima al orientar la conducta de aquél a la reparación o disminución de los daños causados. Pero aún así, precisa esta resolución,



con cita de la STS 1028/2010, de 4 de noviembre, la reparación debe proceder del culpable, aun cuando se admita que la haga efectiva un tercero por encargo de aquel.

La citada STS 1028/2010, indicaba que la jurisprudencia tiene señalado que, en la actual redacción de la atenuante, se prescinde de la existencia del arrepentimiento y que se trata de cumplir una función de reforzar la protección de las víctimas. Aun así, aparece claramente en el Código que la reparación debe proceder del culpable.

En idéntico sentido, la STS 733/2012, de 4 de octubre, señala que *debe tratarse de actos personales y voluntarios del responsable del delito, o al menos atribuibles al mismo a través de su participación activa, por lo que quedan excluidas las indemnizaciones entregadas o consignadas por las compañías aseguradoras (por ejemplo, STS nº 1787/2000 y STS nº 218/2003) en cumplimiento de las obligaciones legales o contractuales que les competen. Así, en la STS nº 1006/2006, se señalaba que "Desde una perspectiva subjetiva, la atenuante contempla una conducta «personal del culpable». Ello hace que se excluyan: 1.- los pagos hechos por compañías aseguradoras en cumplimiento del seguro obligatorio 2.- supuestos de constitución de fianza exigidos por el juzgado. 3.- conductas impuestas por la Administración. 4.- simple comunicación de la existencia de objetos buscados, cuando hubieran sido descubiertos necesariamente.*

La interpretación jurisprudencial de la atenuante de reparación prevista en el art. 21.5 del CP -decíamos en la STS 988/2013, 23 de diciembre-, ha asociado su fundamento material a la existencia de un *actus contrarius* mediante el cual el acusado reconoce la infracción de la norma cometida, con la consiguiente compensación de la reprochabilidad del autor (cfr. SSTS 319/2009, 23 de marzo, 542/2005, 29 de abril). Su razón de ser, pues, está íntimamente ligada a la existencia de un acto reparador que, en buena medida, compense el desvalor de la conducta infractora. Y ese fundamento no es ajeno a la preocupación legislativa, convertida en pauta de política criminal, por facilitar la protección de la víctima, logrando así, con el resarcimiento del daño causado, la consecución de uno de los fines del proceso. Por su fundamento político criminal se configura como una atenuante «ex post facto», que no hace derivar la disminución de responsabilidad de una inexistente disminución de la culpabilidad por el hecho, sino de la legítima y razonable pretensión del legislador de dar protección a la víctima y favorecer para ello la reparación privada posterior a la realización del delito (SSTS 2068/2001, 7 de diciembre; 2/2007, 16 de enero; 1171/2005, 17 de octubre). Y hemos acogido un sentido amplio de la reparación, que va más allá de la significación que se otorga a esta expresión en el art. 110 del CP, pues dicho art. 110 se refiere exclusivamente a la responsabilidad civil, diferenciable de la responsabilidad penal, a la que afecta la atenuante. Cualquier forma de reparación del delito o de disminución de sus efectos, sea por la vía de la restitución, de la indemnización de los perjuicios, o de la reparación moral, puede integrar las previsiones de la atenuante (SSTS 545/2012, 22 de junio; 2/2007, 16 de enero; 1346/2009, 29 de diciembre y 50/2008, 29 de enero, entre otras).

Pero también hemos dicho que para la especial cualificación de esta circunstancia, se requiere -cfr. 868/2009, 20 de julio- que el esfuerzo realizado por el culpable sea particularmente notable, en atención a sus circunstancias personales (posición económica, obligaciones familiares y sociales, especiales circunstancias coyunturales, etc.) y al contexto global en que la acción se lleve a cabo. La mayor intensidad de la cualificación ha de derivarse, ya sea del acto mismo de la reparación -por ejemplo, su elevado importe-, ya de las circunstancias que han condicionado la respuesta reparadora del autor frente a su víctima.

Hemos sentado el principio de que la reparación completa del perjuicio sufrido no conlleva necesariamente la apreciación de la atenuante como muy cualificada. Así, en la STS 1156/2010, 28 de diciembre, dijimos que la mera consignación del importe de las indemnizaciones solicitadas por las acusaciones no satisface las exigencias de una actuación *post delictum* para elevar la atenuante ordinaria a la categoría de muy cualificada. Para ello se necesitaría algo más, mucho más, pues, aunque la reparación haya sido total, el que de modo sistemático la reparación total se considere como atenuante muy cualificada supondría llegar a una objetivación inadmisibles y contraria al fin preventivo general de la pena; finalidad preventivo general que quedaría, al entender de este Tribunal, burlada con la rebaja sustancial que pretende el recurrente. A esa misma idea se adscriben las SSTS 87/2010, 17 de febrero y 15/2010, 22 de enero, entre otras muchas.

Tiene declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia 957/2010, de 2 de noviembre, que el fundamento de la circunstancia de reparación se traduce en una disminución de la pena a imponer y ello, por dos razones: a) Porque es necesario -y justo- ofrecer algún premio a quien está dispuesto a dar una satisfacción a la víctima del delito, reparando las consecuencias civiles de su acción. Ciertamente todo delito en cuanto supone una violación de las reglas que permiten la convivencia y libertad de la sociedad, supone que la propia sociedad queda victimizada con cualquier delito, y a ello responde la necesidad de la pena como reparación del daño causado, pero no hay que olvidar, que junto con esa víctima mediata y general, sin rostro, que es la comunidad, existe una víctima concreta, corporal y con rostro que es la que recibe la acción delictiva, pues bien parece obvio que cualquier acto del responsable del delito tendente a dar una reparación a la víctima debe tener



una recepción positiva en el sistema de justicia penal, porque admitiendo el protagonismo de la víctima en el proceso penal, hay que reconocer que tiene relevancia el acto de reparación que haya podido efectuar el causante de la lesión, porque se satisfacen y se reparan los derechos de la víctima dañados por el agresor. b) Porque qué duda cabe que el acto del responsable del delito de reparar el perjuicio causado de forma voluntaria, puede tener el valor de un dato significativo de una regeneración y consiguiente disminución de su peligrosidad en el futuro.

Se añade en esa Sentencia que la actual atenuante de reparación está llamada a desempeñar un importante juego en el sistema de justicia penal una vez que se ha despojado en el vigente Código Penal de dos requisitos que limitaban mucho su efectividad. El primero hacía referencia a un fundamento espiritualista: que la reparación lo fuera como expresión de un arrepentimiento espontáneo, lo que obligaba a los Tribunales a indagar en el proceloso mundo de las intenciones del autor del hecho delictivo, y, paralelamente, a escenificar un "arrepentimiento" si se quería uno beneficiar de la atenuante. Con un criterio más objetivo, más laico si se quiere, lo relevante es el hecho de reparar el daño causado a la víctima, quedando para el fuero interno de cada persona los móviles que pudieran estar en el fondo de la decisión. El segundo hacía referencia a un requisito temporal que carecía de todo fundamento: se exigía que la reparación fuera "...antes de conocer la apertura del procedimiento judicial...". Actualmente se admite que la reparación sea "...en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral..."; límite no caprichoso sino justificado porque después del juicio, ya no cabrá la aplicación de la atenuante, aunque pudiera tener algún efecto en la ejecución de las penas.

TERCERO.- Recapitulando nuestra doctrina jurisprudencial, tiene establecida la jurisprudencia de esta Sala una doctrina que resume la sentencia 239/2010, de 24 de marzo, que a su vez se remite a otras resoluciones anteriores (SSTS 225/2003 de 28-2 ; 1517/2003, de 28-11 ; 701/2004, de 6-5 ; 809/2007, de 11-10 ; 78/2009, de 11-2 ; 1238/2009, de 11-12), doctrina que se condensa en los siguientes párrafos:

"... la reparación del daño causado por el delito o la disminución de sus efectos se contemplaba en el C.P. anterior en el ámbito de la atenuante de arrepentimiento espontáneo, configurándose en el C.P. de 1995 como una atenuante autónoma de carácter objetivo fundada en razones de política criminal .

Por su naturaleza objetiva esta circunstancia prescinde de los factores subjetivos propios del arrepentimiento, que la jurisprudencia ya había ido eliminando en la atenuante anterior. Por su fundamento de política criminal se configura como una atenuante "ex post facto", que no hace derivar la disminución de responsabilidad de una inexistente disminución de la culpabilidad por el hecho, sino de la legítima y razonable pretensión del legislador de dar protección a la víctima y favorecer para ello la reparación privada posterior a la realización del delito.

Como consecuencia de este carácter objetivo su apreciación exige únicamente la concurrencia de dos elementos, uno cronológico y otro sustancial . El elemento cronológico se amplía respecto de la antigua atenuante de arrepentimiento y la actual de confesión, pues no se exige que la reparación se produzca antes de que el procedimiento se dirija contra el responsable sino que se aprecia la circunstancia siempre que los efectos que en el precepto se prevén se hagan efectivos en cualquier momento del procedimiento, con el tope de la fecha de celebración del juicio . La reparación realizada durante el transcurso de las sesiones del plenario queda fuera de las previsiones del legislador, pero según las circunstancias del caso puede dar lugar a una atenuante analógica.

El elemento sustancial de esta atenuante consiste en la reparación del daño causado por el delito o la disminución de sus efectos, en un sentido amplio de reparación que va más allá de la significación que se otorga a esta expresión en el artículo 110 del Código Penal , pues el artículo 110 se refiere exclusivamente a la responsabilidad civil, diferenciable de la responsabilidad penal a la que afecta la atenuante. Cualquier forma de reparación del daño o de disminución de sus efectos , sea por la vía de la restitución o de la indemnización de perjuicios, puede integrar las previsiones de la atenuante. Ahora bien, la consistente en la reparación del daño moral en ciertos delitos (libertad sexual, honor o dignidad, entre otros), ofrece los contornos que se recogen en la STS 1112/2007 de 27 de diciembre .

Como se ha expresado por la jurisprudencia de esta Sala (STS. 285/2003, de 28-2 , entre otras muchas posteriores) lo que pretende esta circunstancia es incentivar el apoyo y la ayudas a las víctimas , lograr que el propio responsable del hecho delictivo contribuya a la reparación o disminución del daño de toda índole que la acción delictiva ha ocasionado, desde la perspectiva de una política criminal orientada por la victimología, en la que la atención a la víctima adquiere un papel preponderante en la respuesta penal. Para ello resulta conveniente primar a quien se comporta de una manera que satisface el interés general , pues la protección de los intereses de las víctimas no se considera ya como una cuestión estrictamente privada, de responsabilidad civil, sino como un interés de toda la comunidad.



La reparación debe ser suficientemente significativa y relevante, pues no procede conceder efecto atenuatorio a acciones ficticias, que únicamente pretenden buscar la aminoración de la respuesta punitiva sin contribuir de modo eficiente y significativo a la efectiva reparación del daño ocasionado (Sentencias núm. 1990/2001, de 24 octubre , 1474/1999 de 18 de octubre , 100/2000 de 4 de febrero y 1311/2000 de 21 de julio). De forma **muy restrictiva y esporádica** se ha admitido por esta Sala el efecto atenuatorio de la **reparación simbólica** (Sentencias núm. 216/2001, de 19 febrero y núm. 794/2002, de 30 de abril)".

Y en lo que se refiere a su aplicación como atenuante muy cualificada, tiene dicho esta Sala que si de modo sistemático la reparación total se considerara como atenuante muy cualificada se llegaría a una objetivación inadmisibles y contraria al fin preventivo general de la pena; finalidad preventivo general que quedaría, al entender de este Tribunal, burlada con la rebaja sustancial que se pretende (STS 1156/2010, de 28-12). Y también se ha argumentado que para la especial cualificación de esta circunstancia se requiere que el esfuerzo realizado por el culpable sea particularmente notable, en atención a sus circunstancias personales (posición económica, obligaciones familiares y sociales, especiales circunstancias coyunturales, etc.), y del contexto global en que la acción se lleve a cabo (STS 868/2009, de 20-7). Si bien se ha matizado que no es determinante la capacidad económica del sujeto reparador, aunque sea un dato a tener en cuenta, porque las personas insolventes gozarían de un injustificado privilegio atenuatorio, a pesar de la nula o escasa repercusión de su voluntad reparadora en los intereses lesionados de la víctima (STS 20-10-2006).

En todo caso, siempre que se opere con la atenuante muy cualificada ha de concurrir un plus que revele una especial intensidad en los elementos que integran la atenuante (SSTS 50/2008, de 29-1 ; y 868/2009, de 20-7).

CUARTO.- En el caso enjuiciado, revisada la causa, consta que mediante escrito de la acusación particular se solicitó un importe de 6.090 euros en concepto de responsabilidad civil, en diversos conceptos (secuelas, daño moral, gastos acreditados, etc.). Y que por parte del Ministerio Fiscal, con fecha 6 de febrero de 2015, se pidió provisionalmente la cantidad de 1.625 euros, desglosadas en 825 euros por lesiones y 800 euros por secuelas, más los gastos que se acreditaran en ejecución de sentencia.

Ante ello, la representación procesal de la defensa, mediante ingreso de 19 de enero de 2016, se consigna exactamente la cantidad que había sido solicitada por el Ministerio Fiscal, esto es, 1.625 euros, a razón de 812,50 euros cada uno de los acusados, Jacobo y Leandro .

Mediante providencia de 26 de enero de 2016, se ofrece al perjudicado, que lo recibe con fecha 27 de enero de 2016.

El inicio del juicio oral, tuvo lugar el día 20 de enero de 2016, dictándose la sentencia recurrida con fecha 26 de abril de 2016 , en la cual se concede como indemnización civil a favor del perjudicado la cantidad de 4.570 euros (1.000 €, por las lesiones, 90 €, escaner dental, 2050 €, presupuesto de implante dental, 200 €, tratamiento dental, y 1230 euros por una endodoncia y otros conceptos).

QUINTO.- Nuestra jurisprudencia declara que puede tomarse como factor orientativo para consignar la indemnización reparadora, lo solicitado por el Ministerio Fiscal, como ocurre en este caso. Y que en casos de una consignación que cubre una tercera parte de la reparación declarada en Sentencia, aun es posible su estimación (SSTS 635/2016, de 14 de julio , 256/2015, de 7 de mayo), pero no cuando es insignificante (STS 828/2016, de 3 de noviembre).

De este dato se desprende que no puede mantenerse la argumentación de la Audiencia, que la rechazaba por exigua, cuando coincide, como hemos visto, con lo solicitado por el Ministerio Fiscal. Téngase en cuenta que cuando se consigna, esto es, antes de la celebración del juicio oral, los datos disponibles son las peticiones provisionales de las partes (sustancialmente, el Ministerio Fiscal, como órgano autónomo e imparcial), ya que el Tribunal sentenciador aun no se ha pronunciado al respecto. De manera que es más que razonable tomar en consideración que el acusado, guiado por la petición del Ministerio Fiscal, consigne tal cantidad, ha realizado todo lo que estaba en su mano para ser acreedor de la estimación de esta atenuante, con independencia de lo probado en el juicio oral y lo concedido en sentencia.

En consecuencia, ni la consignación para reparación del daño es exigua, ni extemporánea, pues se realizó un día antes de la celebración del juicio oral, ni puede sostenerse el mayor o menor esfuerzo contributivo, pues la Audiencia no lo fundamenta en datos objetivos de donde extraer tal consecuencia.

Estimaremos el motivo, y dictaremos segunda sentencia a continuación de ésta.

SEXTO.- En el segundo motivo, y por la vía del art. 849.1 de la LECrim , se denuncia infringido el art. 24 de la CE , en tanto vulnerado el *principio in dubio pro reo* en relación con la determinación de la pena.

Se alega en el motivo que estableciendo la ley la pena de multa como alternativa a la pena de prisión, debió imponerse aquella otra (la multa) como más favorable para el acusado.



Olvida el recurrente que el principio de in dubio pro reo solo tiene acceso a la casación en aquellos supuestos en los que el Tribunal tras la práctica del conjunto de la prueba alberga duda sobre la culpabilidad del encausado, manifestándolas en los fundamentos de derecho y, ello no obstante, resuelve esa duda en contra del acusado.

La modificación de la previsión penológica introducida para este delito de lesiones no supone una pena de elección para el encausado, sino una facultad conferida al juzgador, encaminada a ampliar su discrecionalidad en orden a la individualización de la pena en su aplicación al caso concreto, que abarca tanto la naturaleza de la pena como el grado o cuantía. De este modo será el Tribunal quien decida la imposición en cada caso concreto, según las circunstancias concurrentes.

En el caso examinado, el recurrente hace una confusa invocación de precepto penal sustantivo y constitucional, con la mezcla de ámbitos y características de este. Como acertadamente argumenta el Ministerio Fiscal en esta instancia casacional, el Tribunal resuelve la imposición de la pena privativa de libertad con acertado criterio, la gravedad de los hechos determinada por la agresión conjunta de dos personas frente a una, a la que luego intentó ayudar su esposa, la reiteración en los golpes, con notable desproporción de fuerzas, y el resultado lesivo producido, todo ello genera un reproche merecedor de la sanción más grave constituida por la pena privativa de libertad. Sin que, desde luego, esa decisión sea arbitraria, ni quepa aplicársele el principio in dubio pro reo, como ya se ha declarado.

El motivo ha de ser rechazado.

SÉPTIMO.- En punto a las costas procesales, procede declararlas de oficio, a la vista de la estimación parcial del recurso (art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

III. FALLO

En nombre de Su Majestad el Rey y por la autoridad que nos confiere la Constitución, esta Sala ha decidido:

Que debemos declarar y declaramos **HABER LUGAR por estimación parcial** al recurso de casación interpuesto por la representación legal de los acusados **Jacobo y Leandro** , contra Sentencia 11/2016, de 26 de abril de 2016 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Cuenca . Declaramos de oficio las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por su recurso.

En consecuencia casamos y anulamos, en la parte que le afecta, la referida Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca, que será sustituida por otra más conforme a Derecho.

Comuníquese la presente resolución y la que seguidamente se dicta a la Audiencia de procedencia, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Julian Sanchez Melgar Miguel Colmenero Menendez de Luarca Alberto Jorge Barreiro Andres Palomo Del Arco Joaquin Gimenez Garcia

SEGUNDA SENTENCIA

En nombre del Rey

La sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado lo siguiente

En la Villa de Madrid, a dieciséis de Febrero de dos mil diecisiete.

El Juzgado de Instrucción núm. 1 de Tarancón (Cuenca) incoó P.A. núm. 206/15 por delitos de lesiones y amenazas contra **Jacobo** , mayor de edad, con DNI núm. NUM000 , sin antecedentes penales, **Leandro** , mayor de edad, con DNI núm. NUM001 , sin antecedentes penales, **Nazario** , mayor de edad, con DNI núm. NUM002 , sin antecedentes penales, y **Ana** , mayor de edad, con DNI núm. NUM003 , sin antecedentes penales, y una vez concluso lo remitió a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de dicha Capital, que con fecha 26 de abril de 2016 dictó Sentencia núm. 11/2016 , la cual ha sido recurrida en casación por la representación legal de los acusados **Jacobo y Leandro** , y ha sido casada y anulada, en la parte que le afecta, por la sentencia dictada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo; por lo que los mismos Magistrados que formaron Sala y bajo idéntica Presidencia y Ponencia, proceden a dictar esta Segunda Sentencia con arreglo a los siguientes:



I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- ANTECEDENTES DE HECHO.- Se dan por reproducidos los antecedentes de hecho de la Sentencia de instancia, que se han de completar con los de esta resolución judicial.

SEGUNDO.- HECHOS PROBADOS.- Damos por reproducidos los hechos probados de la Sentencia recurrida, en su integridad.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- De conformidad con lo razonado en nuestra anterior Sentencia Casacional hemos de apreciar la concurrencia de la atenuante de reparación del daño, e imponer la pena de diez meses de prisión, ligeramente inferior a la impuesta, en donde la Audiencia ya había tenido en cuenta la reparación parcial para operar en la mitad inferior, como si de una atenuante se tratara.

III. FALLO

Manteniendo los pronunciamientos del fallo de instancia, se impone a los acusados **Jacobo y Leandro** la pena de diez meses de prisión como autores del definido delito de lesiones, con la ratificación de los demás aspectos sustantivos y procesales del fallo recurrido.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos . Julian Sanchez Melgar Miguel Colmenero Menendez de Luarca Alberto Jorge Barreiro Andres Palomo Del Arco Joaquin Gimenez Garcia

PUBLICACIÓN .- Leidas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Julian Sanchez Melgar, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.