



Roj: **STS 2309/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:2309**

Id Cendoj: **28079120012018100294**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/06/2018**

Nº de Recurso: **1616/2017**

Nº de Resolución: **303/2018**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ALBERTO GUMERSINDO JORGE BARREIRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO CASACION núm.: 1616/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 303/2018**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gomez, presidente

D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

D. Alberto Jorge Barreiro

Dª. Ana Maria Ferrer Garcia

D. Vicente Magro Servet

En Madrid, a 20 de junio de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 1616/2017, interpuesto por Dª Virginia , representada por el procurador D. Carlos Delabat Fernández bajo la dirección letrada de Dª Marta Beato del Palacio contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Primera, de fecha 20 de febrero de 2017 . Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal y D Cirilo representado por el Procurador D. Julio Alberto Rodríguez Orozco bajo la dirección letrada de D. Honorio García López.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Valencia instruyó sumario 4/2015, por delitos de maltrato y amenazas en el ámbito de la violencia de género contra Cirilo , y lo remitió a la Audiencia Provincial de Valencia cuya Sección Primera dictó en el Rollo de Sala 78/2016 sentencia en fecha 20 de febrero de 2017 con los siguientes hechos probados:

«Unico.- Sobre el mes de agosto de 2014 se conocieron el acusado Cirilo y Virginia , que está afectada por una discapacidad de un 68% por tener diagnosticada una escoliosis de etiología idiopática y sufre un retraso mental ligero.

Ambos iniciaron una relación afectiva que finalizó en fecha 2 de febrero de 2015 a instancias del acusado.



Durante el tiempo que duró la relación y en distintas ocasiones el acusado se desplazaba de su lugar de residencia a Valencia, morando por espacio de dos o tres semanas en el mismo domicilio de Virginia y su familia, sito en la CALLE000 n° NUM000 de Valencia.

En el transcurso de la relación algunas veces el acusado trataba desconsideradamente a Virginia .

El fin de semana del 23 y 24 de enero de 2015, en el domicilio reseñado, el acusado propinó un puñetazo en la espalda a Virginia .

El día 22 de marzo de 2015, Virginia , acompañada por su madre, formuló denuncia contra el acusado por distintos hechos que determinaron la incoación de las diligencias previas 174/15 en cuyo marco, al día siguiente, el juzgado encargado de la instrucción de la causa dictó resolución por la que prohibía al acusado aproximarse y comunicar con la denunciante.

No obstante, Cirilo , el día 25 de marzo de 2015, a través de su teléfono mandó un mensaje por WhatsApp a Angelica , íntima amiga de Virginia , para que llegara a conocimiento, entre otros, de la citada Virginia , en el que decía, refiriéndose a ésta y a su pareja Claudio , "Porque el Claudio o la Virginia la van a matar... Ya he enviado a una persona y van a ir a por él y por ella, para que lo sepas..."»

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

Primero: Condenar al acusado Cirilo (sic) como autor de un delito de maltrato y un delito de amenazas en el ámbito de la violencia de género.

Segundo: No concurre la circunstancia modificativa de la responsabilidad.

Tercero: Imponerle por tal motivo:

1.- Por el delito de maltrato la pena de nueve meses de prisión, accesoria de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo por igual tiempo, privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo de tres años y prohibición de acercarse a Dña. Virginia y a su domicilio, lugar de trabajo o cualquier sitio dónde se encuentren a menos de quinientos metros y prohibición de comunicar con la misma por cualquier medio por un plazo de tres años.

2.- Por el delito de amenazas la pena de nueve meses de prisión, accesoria de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo por igual tiempo, privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo de tres años y prohibición de acercarse a Dña. Virginia y a su domicilio, lugar de trabajo o cualquier sitio dónde se encuentren a menos de quinientos metros y prohibición de comunicar con la misma por cualquier medio por un plazo de tres años.

Cuarto: El acusado Cirilo (sic) abonará las dos séptimas partes de las costas procesales.

Quinto: Se absuelve al acusado Cirilo (sic) los restantes delitos objeto de acusación, declarando de oficio las costas correspondientes a los mismos".

Para el cumplimiento de la pena privativa de libertad que se impone abonamos al acusado todo el tiempo que ha estado privado de libertad por esta causa, si no lo tuviere absorbido por otras.

Se mantienen las medidas cautelares adoptadas en el presente procedimiento y durante la tramitación de los eventuales recursos que se puedan interponer contra la presente sentencia.

De conformidad con el artículo 160 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal remítase testimonio de la sentencia al Juzgado que instruyó la causa».

**TERCERO.-** Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por Virginia 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 la recurrente basa su recurso de casación en los siguientes motivos: PRIMERO y SEGUNDO.- Por infracción de Ley del n°1 del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por entender que, dados los hechos probados, se ha infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter, que debe ser observada en aplicación de la Ley penal. Y por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la L.O.P.J . al haberse vulnerado derechos fundamentales de mi representada. TERCERO.- Por quebrantamiento de la orden de alejamiento.

**QUINTO.-** Instruidas las partes la representación del acusado Cirilo presentó escrito impugnando el recurso; el Ministerio Fiscal impugnó todos y cada uno de los motivos; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.



**SEXTO.-** Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebraron deliberación y votación el día 16 de mayo de 2018.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRELIMINAR. 1.** La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Valencia condenó, en sentencia dictada el 20 de febrero de 2017, al acusado Cirilo (sic) como autor de un delito de maltrato y un delito de amenazas en el ámbito de la violencia de género, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad, imponiéndole las siguientes penas: 1) por el delito de maltrato la pena de nueve meses de prisión, accesoria de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo por igual tiempo, privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo de tres años, y prohibición de acercarse a Dña. Virginia y a su domicilio, lugar de trabajo o cualquier sitio dónde se encuentren a menos de quinientos metros y prohibición de comunicar con la misma por cualquier medio por un plazo de tres años; 2) por el delito de amenazas la pena de nueve meses de prisión, accesoria de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo por igual tiempo, privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo de tres años y prohibición de acercarse a Dña. Virginia y a su domicilio, lugar de trabajo o cualquier sitio donde se encuentre a menos de quinientos metros y prohibición de comunicar con la misma por cualquier medio por un plazo de tres años.

Además, abonará las dos séptimas partes de las costas procesales.

De otra parte, fue absuelto de los restantes delitos objeto de acusación, declarándose de oficio las costas correspondientes a los mismos.

**2.** Los hechos objeto de condena se resumen en que, sobre el mes de agosto de 2014 se conocieron el acusado Cirilo y Virginia, que está afectada por una discapacidad de un 68% por tener diagnosticada una escoliosis de etiología idiopática y sufre un retraso mental ligero. Ambos iniciaron una relación afectiva que finalizó en fecha 2 de febrero de 2015 a instancias del acusado.

Durante el tiempo que duró la relación y en distintas ocasiones el acusado se desplazaba de su lugar de residencia a Valencia, morando por espacio de dos o tres semanas en el mismo domicilio de Virginia y su familia, sito en la CALLE000 nº NUM000 de Valencia. El fin de semana del 23 y 24 de enero de 2015, en el domicilio reseñado, el acusado propinó un puñetazo en la espalda a Virginia. Y el 25 de marzo de 2015, a pesar de habersele prohibido en unas diligencias previas al acusado aproximarse y comunicar con la denunciante, Cirilo envió un mensaje a través de su teléfono por WhatsApp a Angelica, íntima amiga de Virginia, para que llegara a conocimiento, entre otros, de la denunciante, en el que decía, refiriéndose a ésta y a su pareja Claudio, «Porque el Claudio o la Virginia la van a matar... Ya he enviado a una persona y van a ir a por él y por ella, para que lo sepas...».

**3.** Contra la referida sentencia recurrió en casación la acusadora particular, Virginia, interesando que el acusado fuera condenado como autor del delito continuado de agresión sexual que le imputó ante la Audiencia, y también que se incrementaran las penas correspondientes a los delitos objeto de condena.

**PRIMERO. 1.** En el *motivo primero* del recurso denuncia la recurrente, con sustento procesal en el art. 849.1º de la LECr., la infracción de un precepto penal de carácter sustantivo y otro precepto constitucional (art. 5.4 LOPJ), por no haber sido condenado el acusado por los delitos que le imputaba la acusación particular y el Ministerio Fiscal, y también por haberle sido impuestas penas inferiores a las que interesaba la recurrente con respecto a los delitos que sí fueron objeto de condena.

Impugna en primer lugar la parte recurrente la absolución del delito continuado de agresión sexual, cuestionando que no se acogieran como ciertas las versiones que aportó la denunciante por considerarlas contradictorias el Tribunal, y no resultar corroboradas por ninguna otra persona, a pesar de que la recurrente sostuvo que las relaciones sexuales con el acusado las mantenía en una habitación donde también estaba durmiendo su padre. Esta circunstancia, habría determinado que se considerara imposible la ejecución de tales agresiones en una situación de esa índole, agresiones sexuales que según la víctima consistieron en penetraciones vaginales y anales.

La denunciante aduce que no denunció lo sucedido por vergüenza, y si su padre no se percataba de lo que sucedía en el interior de la habitación ello se debía a que el acusado le tapaba la boca para que no emitiera ruidos y así no se enterase el progenitor de la denunciante.

También señala la acusación particular que la denunciante padece una discapacidad que conlleva un retraso mental leve, tal y como refleja la propia sentencia, retraso que si bien no le impide emitir un testimonio válido, sí afecta en cambio a la riqueza del contenido de sus manifestaciones. Se indica en dicho informe que desde el punto de vista psicológico no se advierten signos de que las manifestaciones que realiza la víctima sean



fruto de una distorsión del pensamiento debido a un delirio, y que los hechos relatados por la misma resultan compatibles con la vivencia en un clima violento al detectarse indicios de que se encontraba sometida a una situación indeseada por ella, generada por miedo y engaño.

Pese a ese informe pericial, ratificado en la vista oral del juicio, se queja la parte de que la Audiencia no estime como cierto el contenido del testimonio de la víctima. Y añade que se trata de una situación muy complicada para ella, no sólo como mujer, sino por vergüenza o cualesquiera que fueran los motivos para no haber denunciado en su momento.

Por tanto, entiende la parte que su declaración es más que suficiente para sustentar un pronunciamiento de condena por el delito de agresión sexual continuado, tal y como solicitaron la acusación particular y el Ministerio Fiscal.

2. Frente a las alegaciones de la acusación particular, conviene advertir en primer lugar que la parte no cumplimenta el contenido del precepto procesal que cita en su escrito de recurso, el art. 849.1º de la LECrim, pues esa norma impone que se respeten en su integridad los hechos que se declaran probados en la resolución recurrida, de modo que cualquier modificación, alteración, supresión o cuestionamiento de la narración fáctica desencadena la inadmisión del motivo ( art. 884.3 de LECr. ) y en trámite de sentencia su desestimación ( SSTS 283/2002, de 12-2 ; 892/2007, de 29-10 ; 373/2008, de 24-6 ; 89/2008, de 11-2 ; 114/2009, de 11-2 ; y 384/2012, de 4-5 , entre otras muchas).

Aquí es patente que la parte se desvía totalmente del *factum* de la sentencia recurrida y aporta un nuevo relato en el que describe como probados los actos sexuales violentos que le atribuye al acusado, contradiciendo así de forma palmaria la versión fáctica recogida por la Audiencia, según la cual esos actos contra la libertad sexual no habrían quedado acreditados.

En efecto, la Audiencia argumentó en el fundamento cuarto de la sentencia que en el plenario la denunciante, en lo referente a las relaciones sexuales impuestas, ofrece una versión que difiere sustancialmente de la manifestada hasta ese momento. Y así, en cuanto a las relaciones sexuales mantenidas en el dormitorio, afirmó que ella y Cirilo dormían juntos en la misma cama, y en la cama de al lado y en la misma habitación dormía su padre, y que cuando éste se dormía Cirilo aprovechaba para obligarle a mantener las relaciones sexuales. También reconoce que no se desnudaba y que por tanto el acusado nunca le vio la cicatriz que tiene en la espalda, aseveración que se contradice con relatos precedentes en los que afirma que el acusado le quitaba la ropa.

Señala la Audiencia que es normal que cuando se describen en distintos momentos unas mismas situaciones el relato varíe en aspectos accesorios, pero resulta llamativo cuando se advierte unas diferencias manifiestas en aspectos que no son de detalle sino esenciales. Ello es lo que sucede en el presente caso. Se comprueba que en el acto de la vista Virginia admite, como así refiere el acusado, que la mayor parte de relaciones sexuales se producían en la habitación donde también dormía el padre de Virginia, dato que no aparece reflejado en las precedentes declaraciones en las que narra otras situaciones diferentes y distintas.

Para el Tribunal, resulta difícil aceptar que, encontrándose el padre de Virginia durmiendo en la misma habitación y en una cama al lado de la que ocupaban su hija y Cirilo no se percatara de nada de lo que sucedía, y en concreto de las agresiones que sufría su hija, salvo que su progenitor no estuviera en condiciones de captar lo que estaba aconteciendo debido a la ingesta de algún medicamento u otro motivo que le impidiera percibirse de lo que pasaba. Parece más compatible para la Audiencia que en ese marco las relaciones fueran sigilosas precisamente para evitar que el padre de Virginia lo notara, salvo que, es otra posibilidad, las aceptara.

Además, la versión inculpativa, de enorme fragilidad por las razones apuntadas, carece, según el Tribunal, de cualquier tipo de corroboración, ya que la denunciante reconoció que no refirió esas vivencias a terceras personas con anterioridad a la denuncia.

Por todo lo cual, y dado que tampoco las pericias psicológicas solventan las lagunas y las contradicciones del testimonio de cargo, el Tribunal, apreciando de forma correcta las máximas de la experiencia y las reglas de la lógica de lo razonable, concluye que la prueba de cargo concurrente no es bastante para fundar un pronunciamiento de condena por el delito continuado de agresión sexual.

En consecuencia, el motivo se desestima.

**SEGUNDO . 1.** En el *motivo segundo* solicita la parte la condena por el delito de maltrato habitual y amenazas continuadas por hechos sucedidos en las Navidades de 2014. Pues, según la denunciante, el acusado la golpeó en diferentes ocasiones en el transcurso de distintas discusiones, al tiempo que profería amenazas para que no hablara con nadie de lo que le hacía tales como «...Tienes que morir... Te tengo que matar.. te mereces lo



peor... si eres mía no eres de nadie..., eres una retrasada te voy a matar... te tengo que pegar un tiro en todo el coño... Como cuentas algo soy capaz de pegarte una puñalada».

Cuestiona la recurrente los criterios aplicados por el Tribunal sentenciador para absolver al acusado del delito de maltrato habitual, al no concurrir la corroboración de las declaraciones de la víctima, alegando que es obvio que el acusado insultaba y amenazaba a la denunciante a espaldas de cualquier persona que pudiera ser testigo de lo que sucedía. Y del mismo modo, por los motivos expuestos por esta parte a lo largo de este escrito, la vergüenza y el miedo impedían a Virginia narrar lo que estaba sucediendo, llegando a mentir incluso sobre las lesiones que sufría debido a las agresiones del acusado contra ella, dado que estaba padeciendo el síndrome de la mujer maltratada.

Y también expone que la propia sentencia incurre en cierta contradicción, habida cuenta que después de exponer que el testimonio de mi representada sobre estos hechos no es suficiente para dictar una condena, reconoce que existe una atmósfera de dominación, presión y violencia física y psíquica, que no es meramente anecdótica.

Por todo lo cual, entiende la parte que su declaración es más que suficiente para fundar un pronunciamiento de condena por los delitos de maltrato físico y de amenazas habituales en el ámbito de la violencia de género tal y como solicitaron la Acusación Particular y el Ministerio Fiscal.

2. Con relación a las conductas denunciadas subsumibles en un presunto delito de maltrato habitual, considera la Sala de instancia que sólo cuenta con el testimonio incriminatorio de la presunta víctima, que resulta insuficiente en la medida que no hay corroboración o ésta es muy deficiente.

Y así, en lo que respecta a la agresión consistente en el puñetazo en la cara, se hace constar en la denuncia que el día antes de su interposición y cuando la madre de Virginia estaba viendo el Facebook de su hija percibió una imagen de la misma con el ojo morado, y al preguntarle sobre el origen de ese mal, tras una primera excusa, dijo que se lo había causado el acusado.

Señala la sentencia que de esa concreta agresión no aportan la madre y la hermana de Virginia en sus declaraciones en fase de instrucción detalles especiales que la corroboren, a diferencia de lo que sucedía con el acto agresivo que se ha declarado probado. Pues si bien el juicio expusieron que vieron a Virginia con el ojo morado, lo cierto es que se aprecia poca precisión al respecto y se generan dudas acerca de si la imagen de Facebook que vieron, que no figura aportada al procedimiento, corresponde con el acto agresivo señalado.

Reseña también el Tribunal que en cuanto a las restantes actuaciones imputadas los testigos no ofrecen información suficiente para corroborar lo que dice la denunciante. La madre de Virginia dijo que el acusado en alguna ocasión llamaba a su hija "desgraciada". La hermana de la denunciante no escuchó insultos ni amenazas. El testigo Claudio tampoco aportó datos de interés al respecto, pues nada vio y lo que sabe es a través de lo que cuenta Virginia, que es su actual pareja. Es cierto que la testigo Angelica en su declaración dijo haber escuchado cómo el acusado insultaba y amenazaba a Virginia, que también presencié en alguna ocasión empujones y que muchas de esas actuaciones tenían por causa la negativa de su amiga a mantener relaciones sexuales. Sin perjuicio de la falta de concreción de la testigo, sus afirmaciones parecen, según la Audiencia, poco coherentes en el sentido de que esas situaciones de violencia que presencié obedecían en muchas ocasiones a la negativa de su amiga a mantener relaciones sexuales, puesto que la propia Virginia ha narrado que era muy reservada y que no contaba a nadie lo que pasaba con las relaciones sexuales que mantenía con el acusado. Parece más bien que el conocimiento que la testigo tiene de la mayor parte de los hechos que relata procede de lo que le pudo contarle su amiga transcurrido un tiempo desde los hechos.

La convicción del órgano sentenciador, obtenida después de haber practicado la prueba con arreglo a los principios de oralidad, inmediación y contradicción, se ajusta en su estructuración racional a las reglas de la lógica, los principios de la experiencia o los conocimientos científicos, sin que se aprecien argumentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva, arbitrarias ( SSTS 813/2012, de 17-10 ; 62/2013, de 29-1 ; 617/2013, de 3-7 ; y 762/2013, de 14-10 , entre otras).

En vista de lo cual, el motivo no puede acogerse.

**TERCERO. 1.** En el *motivo tercero* del recurso, sin cita de preceptos procesales concretos, alega la acusación particular el quebrantamiento de la orden de alejamiento impuesta tras la primera denuncia realizada por la recurrente. Pues si bien es cierto que no escribió un mensaje de Whatsapp directamente a la víctima, se lo escribió a una íntima amiga de la denunciante (de hecho, por las amenazas vertidas en dicho mensaje sí ha sido condenado), pero lo hizo con la clara intención de que le llegara a la denunciante. Por tanto, considera la parte recurrente que, siendo esa su intención, existe el dolo necesario para entender incumplida por el acusado la orden de alejamiento impuesta, debiendo, pues, ser condenado por un delito de quebrantamiento de la prohibición.





2. Antes de entrar en el fondo de la cuestión suscitada se hace preciso hacer dos advertencias u observaciones previas. La primera es que no estaríamos ante la vulneración de la orden de alejamiento, como se dice en el recurso, sino ante una infracción de la prohibición de comunicarse con la víctima. Y en segundo lugar, debe quedar también claro que no se precisa una comunicación directa del acusado con la denunciante para que se infrinja la orden de incomunicación, ya que ésta puede también vulnerarse valiéndose de medios indirectos que operen como instrumentos de la comunicación, como pudiera ser en este caso una amiga de la víctima llamada Angelica , que declaró en el juicio que recibió el Whatsapp con las amenazas hacia la denunciante y su nuevo compañero, recogiendo en el *factum* de la sentencia que esa conducta se realizó con el fin de que la amenaza llegara a conocimiento de la víctima.

En la sentencia recurrida se argumenta en el fundamento tercero de forma específica sobre la existencia del dolo en la conducta del acusado, incidiendo el Tribunal en que concurre el elemento subjetivo del tipo penal del art. 468.2 del C. Penal (quebrantamiento de medida cautelar de prohibición de comunicar con la víctima), desvirtuando así la alegación de la defensa sobre la inexistencia del dolo propio del referido delito contra la administración de justicia.

Sin embargo, y pese a la concurrencia del elemento subjetivo del tipo penal, la Sala de instancia arguye que no procede la aplicación del concurso de los tipos penales de los arts. 171.4 y 5 y del 468.2 del texto punitivo por las razones que ya ha expuesto, sin que se concreten en la sentencia cuáles son las razones jurídicas de fondo que impiden la aplicación de ambos tipos penales de forma conjunta, dándolas prácticamente por explicadas cuando realmente no es así.

Pues bien, la razón de que no procede aplicar en este caso el tipo penal del art. 468.2 es que al acusado ya se le está castigando por el subtipo agravado del art. 171.5, último párrafo del C. Penal , precepto que establece lo siguiente: «Se impondrán las penas previstas en los apartados 4 y 5, en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza».

Por lo tanto, en el caso de que se aplicaran conjuntamente el subtipo agravado y el art. 468.2 del C. Penal , se incurriría en una vulneración del principio del *non bis in idem* (principio de legalidad, artículos 9.3 y 25.1 CE), en relación con el principio de proporcionalidad y prohibición del exceso punitivo derivado del valor justicia al que se refiere el artículo 1.1 CE , al valorarse doblemente la misma circunstancia: el quebrantamiento de la orden de incomunicación, que operaría así como subtipo agravado y como tipo penal autónomo ( art. 468.2 del CP ).

A este respecto, la jurisprudencia de esta Sala (SSTS 806/2007, de 18 octubre , y 262/2017 , de 7 abril , con cita STC. 334/2005, de 20 diciembre ) , tiene establecido que el núcleo esencial de la garantía material del *non bis in idem* reside en impedir el exceso punitivo en cuanto sanción no prevista legalmente. Pues, conforme al Pleno no Jurisdiccional de 19-5-2003, esta Sala tiene declarado que el principio "non bis in idem" se configura como un derecho fundamental, integrado en el principio de legalidad en materia penal y sancionadora del art. 25-1 CE , que en su vertiente material impide sancionar en más de una ocasión el mismo hecho y con el mismo fundamento ( STC 2/2003, de 16-1 ), y que en una de sus conocidas manifestaciones supone que no recaiga duplicidad de sanciones en los casos en que se aprecia identidad de sujeto, hechos y fundamento. La garantía material de no ser sometido a un *bis in idem* sancionador tiene como finalidad evitar una reacción punitiva desproporcionada, en cuanto dicho exceso punitivo hace quebrar la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones, pues la suma de la pluralidad de sanciones crea una sanción ajena al juicio de proporcionalidad realizado por legislador y materializa la imposición de una sanción no prevista legalmente ( SSTC 180/2004, de 7-11 ; 188/2005, de 4-7 ; 334/2005 , de 20-2 ; y 48/2007, de 12-3 ).

Por tanto, el concurso de normas ha de resolverse en este caso por la vía de la especialidad prevista en el artículo 8.1.1 ° del CP , a favor del subtipo agravado de amenazas ( art. 171. 4 y 5 CP ), subtipo especial que resulta preferente al más genérico del art. 468.2 del mismo texto legal , dada la prioridad con que suelen aplicarse generalmente los subtipos agravados sobre los genéricos.

Se desestima así la pretensión de la parte recurrente y se confirma la exclusión del concurso real de delitos que se postula.

3. Por último, interesa la parte que, atendiendo a la gravedad de los hechos cometidos, relativos a la violencia de género y contra una persona que padece un retraso mental leve, se incrementen las penas impuestas por la Sala de instancia, acomodándolas a lo solicitado por las acusaciones.

Sobre la cuestión suscitada tiene establecido esta Sala que la individualización de la pena realizada por el Tribunal de instancia es revisable en casación no sólo en cuanto a la determinación de los grados a la que se refiere especialmente el artículo 66 del C. Penal , sino también en cuanto afecta al empleo de criterios



admisibles jurídico- constitucionalmente en la precisa determinación de la pena dentro de cada grado o de la mitad superior o inferior que proceda ( STS 302/2009, de 24-3 ). La individualización corresponde al tribunal de instancia, que ha de ajustarse a los criterios expuestos, de forma que en el marco de la casación la cuestión de la cantidad de la pena solo puede ser planteada cuando haya recurrido a fines de la pena inadmisibles, haya tenido en consideración factores de la individualización incorrectos o haya establecido una cantidad de pena manifiestamente arbitraria o desproporcionada ( SSTS 390/1998, de 21-3 , y 56/2009, de 3-2 ). En la medida en que se aleje del mínimo legal se hará más patente la necesidad de explicar fundadamente la razón de la pena que se impone, motivación que en su corrección es controlable en casación por la vía de la corriente infracción de ley ( SSTS 1478/2001, de 20-7 ; y 56/2009, de 3-2 ). Sin embargo, su inexistencia no determina la nulidad de la sentencia con devolución para su explicación por el Tribunal de instancia, si dentro del marco de la fundamentación jurídica o concordancia fáctica de la sentencia existen elementos de donde se pueda deducir tal individualización, siquiera sea implícitamente ( SSTS 1099/2004, de 7-10 ; 56/2009, de 3-2 ; y 251/2013, de 20-3 ).

En el caso enjuiciado no se está ante un supuesto en que pueda considerarse que la pena concreta fijada por el Tribunal de instancia sea inadecuada o inicua y que, por tanto, deba ser rectificadas en casación. Por lo cual, no procede su modificación, decayendo así el motivo del recurso.

**CUARTO** . En consonancia con lo razonado en los apartados precedentes, se desestima el recurso de casación, imponiéndole a la parte recurrente las costas de esta instancia ( art. 901 de la LECr .).

## FALLO

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

**1º) Desestimar** el recurso de casación interpuesto por la representación de Virginia contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Primera, de fecha 20 de febrero de 2017 , dictada en la causa seguida por delito de maltrato y de amenazas.

**2º) Imponer** a la parte recurrente las **costas** de esta instancia.

Comuníquese esta sentencia a la Audiencia Provincial de instancia con devolución de la causa, interesando el acuse de recibo de todo ello para su archivo en el rollo.

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

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gomez Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

Alberto Jorge Barreiro Ana Maria Ferrer Garcia Vicente Magro Servet