



Roj: **STS 4472/2020 - ECLI:ES:TS:2020:4472**

Id Cendoj: **28079120012020100740**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **18/12/2020**

Nº de Recurso: **726/2019**

Nº de Resolución: **708/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **CARMEN LAMELA DIAZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 18720/2018,**  
**STS 4472/2020**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 708/2020**

Fecha de sentencia: 18/12/2020

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 726/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 17/12/2020

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Carmen Lamela Díaz

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCIÓN N. 17 DE MADRID

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

Transcrito por: MGS

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 726/2019

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Carmen Lamela Díaz

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

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 708/2020**

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Pablo Llarena Conde

D.<sup>a</sup>. Carmen Lamela Díaz



D. Javier Hernández García

En Madrid, a 18 de diciembre de 2020.

Esta sala ha visto con el número 726/2019, los recursos de casación interpuestos por infracción de precepto constitucional e infracción de ley por : **D. Rodolfo** representado por el procurador don José Gonzalo Santander Illera, bajo la dirección letrada de doña María de los Milagros Vergara Medina y por **D. Carlos Antonio** , como acusación particular, representado por la procuradora doña Mónica Oca de Zayas y bajo la dirección letrada de D. José Antonio Moreno Díaz, contra la sentencia n.º 739/2018 de 6 de noviembre, dictada por la Sección Decimoséptima de la Audiencia Provincial de Madrid, en el Rollo de Sala n.º 1762/2017, dimanante del Procedimiento Abreviado nº 7677/2015 del Juzgado de Instrucción n.º 10 de Madrid, que condeno al acusado como autor de un delito de lesiones, un delito de detención ilegal, y por un delito de amenazas. Es parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª Carmen Lamela Díaz.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.**-El Juzgado de instrucción número 10 de Madrid, incoó Procedimiento Abreviado con el número 7677/2015, por los supuestos delitos de detención ilegal, lesiones y amenazas, contra D. Rodolfo y como acusación particular D. Carlos Antonio , y concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid cuya Sección Decimoséptima dictó, en el Rollo de Sala n.º 1762/2017, sentencia en fecha 6 de noviembre de 2018, con los siguientes **hechos probados**:

<< **Primero.**- Sobre las 19,20 horas del día 27 de octubre de 2015, Rodolfo acudió a la Plaza del Cine de Madrid, en unión de dos individuos no identificados, a bordo de un vehículo Volkswagen Golf de color gris, apeándose los tres y acercándose a Carlos Antonio que, reunido con unos amigos, se había apartado para comprar algún producto en un establecimiento cercano.

Rodolfo junto con sus dos acompañantes rodearon a Carlos Antonio diciéndole Rodolfo que subiera al coche. Como Carlos Antonio se negó, Rodolfo le reiteró que subiera al coche o, si no, le mataba, enseñándole uno de los tres individuos a Carlos Antonio una pistola que portaba en la cintura del pantalón, procediendo al acusado Rodolfo a sacar una navaja que clavó en el muslo a Carlos Antonio , mientras le decía "Sube o te matamos", viéndose Carlos Antonio obligado a subir al coche.

Una vez en el interior del vehículo Volkswagen Golf, conducido por el individuo no identificado que portaba la pistola, salieron de la Plaza del Cine en dirección a la autovía A-3.

El acusado, colocado a la izquierda de Carlos Antonio , y éste flanqueado por el tercer individuo no identificado, le preguntó a Carlos Antonio : "¿Quién se ha liado con mi mujer en la discoteca Manhattan?", y como Carlos Antonio contestaba no saber nada, el acusado Rodolfo le decía que si no se lo decía le iba a matar, que "La primera puñalada ha sido en la pierna, pero la segunda puñalada va a ser en el cuello"; "Te vamos a llevar al zulo y te vamos a dar puñaladas en las piernas hasta que se desangres", mientras le golpeaba en cara y cuerpo insistiéndole que le tenía que identificar quién se había liado con su novia.

En un determinado momento el conductor, portador de la pistola, extendió el brazo hacia atrás y golpeó intencionadamente con la culata de la pistola contra la nariz de Carlos Antonio , rompiéndoles los huesos propios de la nariz.

Mientras Rodolfo interrogaba y golpeaba a Carlos Antonio , le dijo al tercer individuo: "Llama al Negro para que vaya cavando el agujero", preguntándole Rodolfo a Carlos Antonio si iba a hablar, realizando este tercer individuo una llamada a una indeterminada persona con la que llegó a mantener conversación.

Llegaron a un lugar solitario, donde había chabolas, donde el portador de la pistola sacó el brazo por la ventanilla, realizó un disparo al aire y, acto seguido, le colocó la pistola en la frente a Carlos Antonio diciéndole: "No nos importa darte un tiro y dejarte en la cuneta".

Poco después bajaron todos del vehículo, obligando a bajar a Carlos Antonio , continuando el acusado Rodolfo y uno de sus acompañantes golpeando a Carlos Antonio mientras le continuaban preguntando por quién se había liado con su mujer, diciéndole que no les importaba matarle, por lo que Carlos Antonio , ya en el suelo debido a los continuos golpes, les manifestó que la persona por la que le preguntaban y se había liado con la mujer del acusado había sido su amigo " Fermín " .

Subieron de nuevo al vehículo diciéndole el acusado a Carlos Antonio que no les denunciara, porque si les denunciaba le mataban y dejaban a su familia medio muerta. El acusado le quitó la cartera a Carlos Antonio , sacando de la cartera el DNI de Carlos Antonio , pasándoselo a su acompañante que hizo una foto del DNI



de Carlos Antonio por delante y por detrás indicándole a Carlos Antonio que ya tenían sus datos, por lo que podían localizarle en el caso de que les denunciara.

Llegaron con el vehículo cerca de la Estación del Pozo, diciéndole a Carlos Antonio que saliera del coche, abriéndole la puerta y tirándolo al suelo, volviéndole a decir que no les denunciara porque en otro caso le iban a matar

Ya sólo Carlos Antonio, al poco rato pasó por el lugar una chica que llamó a la Policía.

Los anteriores hechos sufridos por Carlos Antonio y realizado por el acusado Rodolfo y dos personas no identificadas duro aproximadamente sesenta minutos.

**Segundo.-** Como consecuencia de las agresiones antes descritas Carlos Antonio sufrió una herida incisa de 4 centímetros en muslo izquierdo y fractura de huesos propios, precisando para su curación de tratamiento médico quirúrgico consistente en puntos de sutura de la herida con retirada posterior, además con la reducción de la fractura nasal.

Tardó en curar 75 días de los cuales uno precisó hospitalización y el resto calificados médicamente como impeditivos.

Le queda como secuela un defecto estético ligero por la cicatriz en muslo izquierdo y trastorno neurótico por estrés postraumático.

**Tercero.-** El acusado Rodolfo en fecha 3 de octubre de 2018 ingresó en la cuenta de consignaciones de la Sección 17a de la Audiencia Provincial de Madrid la cantidad de 17.000 euros al objeto de reparación a la víctima del delito.

**Cuarto.-** El acusado Rodolfo ha estado privado de libertad por esta causa los días 1 y 2 de diciembre de 2015."

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

" **CONDENAMOS** a don Rodolfo, como autor penalmente responsable de un delito de **lesiones agravadas** por el medio peligroso utilizado ( artículos 147.1 y 148 del Código Penal), concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, agravante de abuso de superioridad y atenuante muy cualificada de reparación del daño, a la pena de **PRISIÓN de UN AÑO Y SEIS MESES**, con su accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo que dure la condena.

**CONDENAMOS** a don **Rodolfo**, como autor penalmente responsable de un delito de **detención ilegal** (tipo básico del artículo 163.1º del Código Penal), concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, agravante de abuso de superioridad y atenuante muy cualificada de reparación del daño, a la pena de **PRISIÓN de TRES AÑOS**, con su accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo que dure la condena.

**CONDENAMOS** a don **Rodolfo**, como autor penalmente responsable de un delito de amenazas condicionales del artículo 169.1º del Código Penal, concurriendo la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal atenuante muy cualificada de reparación del daño, a la pena de **PRISIÓN de TRES MESES**, con su accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo que dure la condena.

**CONDENAMOS** a Rodolfo, como pena accesoria a las anteriores, a la penas de **PROHIBICIÓN de APROXIMARSE** a la víctima don Carlos Antonio y a sus familiares (padres y hermanos) y **PROHIBICIÓN de COMUNICARSE** con la víctima don Carlos Antonio y sus familiares (padres y hermanos) por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, durante el plazo de **CINCO AÑOS**

El acusado deberá pagar tres quintas partes de las **costas** procesales, incluyendo expresamente las costas causadas a la acusación particular ejercitada por don Carlos Antonio

**ABSOLVEMOS** a don Rodolfo del delito de coacciones y del delito de robo con violencia e intimidación por los que también ha sido acusado en el presente procedimiento, declarando de oficio dos quintas partes de las costas.

Para el cumplimiento de la pena impuesta, se abona al acusado todo el tiempo que ha estado privado provisionalmente de libertad por esta causa.

Conclúyase la pieza de responsabilidad civil con arreglo a derecho."

**CUARTO.-** Las representaciones procesales de los recurrentes basan su recurso de casación en los siguientes motivos:

**D. Rodolfo**



Primero.- Por infracción de ley sobre la base del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1.985 de 1 de julio, por infracción del precepto constitucional de presunción de inocencia, amparado en el art. 24.2 de la C.E. en relación con el art 5.4 de la L.O.P.J. y los artículos. 849.1 y 852 de la LECrim.

Segundo.- Por infracción de precepto legal conforme a lo previsto en el art. 846 bis c), apartado b) de la LECrim, por inaplicación del art. 21.1 en relación con el 20.2º y 21.10 y 70 del C.P.

D. Carlos Antonio

Primero.- Por infracción de Ley conforme al artículo 849.1. Por haber aplicado la circunstancia modificativa atenuante prevista en el artículo 21 párrafo 5 del Código Penal sobre reparación del daño.

Segundo.- Por infracción de Ley conforme al artículo 849.2. Al entender que se ha producido error en la valoración de la prueba.

Tercero.- Por infracción de ley conforme al artículo 849.1. Por aplicación indebida de lo previsto legalmente respecto a la valoración como muy cualificada de la circunstancia modificativa atenuante prevista en el artículo 21 párrafo 5 del Código Penal sobre reparación del daño.

Cuarto.- Por infracción de ley conforme al artículo 849.1. Por aplicación indebida de lo previsto legalmente respecto a la valoración como muy cualificada de la circunstancia modificativa atenuante prevista en el artículo 21 párrafo 5 del Código Penal sobre reparación del daño en lo referente a la aplicabilidad de la regla contenida en el artículo 66.7ª del Código Penal.

Quinto.- Por infracción de ley conforme al artículo 849.1.-Por aplicación indebida de lo previsto en el artículo 123 del Código Penal sobre imposición de costas del procedimiento.

**QUINTO.-** Instruidas las partes del recurso, el Ministerio fiscal interesa la admisión a trámite del recurso y la estimación parcial de los motivos Tercero y Cuarto del recurso interpuesto por Carlos Antonio ; la representación de la acusación particular, se opone al recurso interpuesto por D. Rodolfo impugnándolo subsidiariamente. La Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**SEXTO.-** Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 17 de diciembre de 2020.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Por sentencia número 739/18, de 6 de noviembre, dictada por la Sección Decimoséptima de la Audiencia Provincial de Madrid, se condenó a D. Rodolfo como autor penalmente responsable de un delito de lesiones agravadas por el medio peligroso utilizado, concurriendo las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, agravante de abuso de superioridad y atenuante muy cualificada de reparación del daño, a la pena de prisión de un año y seis meses, con su accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo que dure la condena; un delito de detención ilegal, concurriendo las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, agravante de abuso de superioridad y atenuante muy cualificada de reparación del daño, a la pena de prisión de tres años, con su accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo que dure la condena; y como autor penalmente responsable de un delito de amenazas condicionales, concurriendo la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal atenuante muy cualificada de reparación del daño, a la pena de prisión de tres meses, con su accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo que dure la condena. También se le impuso, como accesoria a las anteriores, la pena de prohibición de aproximarse a la víctima D. Carlos Antonio y a sus familiares (padres y hermanos) y de comunicarse con ellos por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, durante el plazo de cinco años. Asimismo, fue condenado al pago de tres quintas partes de las costas procesales, incluyendo expresamente las costas causadas a la acusación particular ejercitada por don Carlos Antonio .

En la misma sentencia se absolvió a D. Rodolfo del delito de coacciones y del delito de robo con violencia e intimidación por los que también había sido acusado, declarando de oficio dos quintas partes de las costas.

Contra esta sentencia las representaciones procesales de D. Rodolfo y de D. Carlos Antonio han interpuesto recurso de casación.

Recurso formulado por D. Rodolfo .

**SEGUNDO.-** El primer motivo del recurso formulado por D. Rodolfo se deduce por Infracción de ley, al amparo del artículo 5. 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por infracción de precepto constitucional de presunción



de inocencia amparado en el artículo 24.2 de la Constitución Española en relación con el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y los arts. 849.1 y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

En desarrollo de este motivo señala que de la prueba practicada en el acto del plenario no se desprende prueba de cargo con fuerza suficiente para enervar su presunción de inocencia. A su juicio, el Tribunal ha basado su pronunciamiento condenatorio en una identificación que carece de valor probatorio, puesto que la misma había sido contaminada desde los inicios de la investigación policial.

Después de exponer la doctrina de esta Sala sobre la operatividad procesal y la eficacia probatoria de los reconocimientos efectuados en sede policial y en sede judicial en fase sumarial, bien a través del examen de fotografías o bien mediante ruedas de reconocimiento, en consonancia con la jurisprudencia reflejada por el Tribunal de instancia, señala que en el presente procedimiento no ha quedado debidamente acreditada la identidad del autor de los hechos.

Alega que existen versiones contradictorias y denuncia que la Audiencia ha obviado cualquier referencia al testimonio prestado por D. Jose Ignacio , quien, en el acto del Juicio Oral negó rotundamente que Rodolfo fuera uno de los autores de los hechos denunciados por Carlos Antonio . Añade que Jose Ignacio conocía a Rodolfo , por lo que en el caso de haber estado éste presente en el lugar de los hechos, lo hubiese identificado sin ningún género de dudas. Asimismo afirma que Jose Ignacio insistió en que Rodolfo no se encontraba entre los presuntos autores de los hechos.

Considera también que los reconocimientos en rueda realizados durante la instrucción de la causa adolecen vicios insubsanables. En este sentido, estima que los reconocimientos fotográficos iniciales contaminaron por completo la posterior diligencia de reconocimiento en rueda, al haberse mostrado al Sr. Carlos Antonio previamente fotos individuales de los posibles sospechosos.

Igualmente discrepa con los métodos o fuentes de información utilizados por la policía en este caso. Denuncia que nada conste en las actuaciones sobre las indagaciones efectuadas por la policía en la discoteca Manhattan y que no hayan sido aportadas las imágenes grabadas por las cámaras de seguridad a las que tuvieron acceso los investigadores.

Concluye señalando que la identificación fotográfica realizada por el Sr. Carlos Antonio ha contaminado el resto de identificaciones realizadas por el mismo, toda vez que resulta evidente que los funcionarios de policía influyeron de forma consciente o inconsciente en dicha identificación, puesto que de los datos aportados por el denunciante sobre las características físicas de los asaltantes, resultaría del todo imposible una identificación.

Indica también que no existe ningún tipo de prueba objetiva que le sitúe en el lugar de los hechos. Y resalta el que no se haya llevado a cabo ningún tipo de análisis sobre el vehículo intervenido, para comprobar que en su interior se llevaron a cabo los actos denunciados por el Sr. Carlos Antonio .

Por todo ello entiende que existen dudas acerca del acaecimiento de los hechos, debiendo de ser resueltas las mismas en virtud del principio in dubio pro reo.

1. Conforme venimos señalando en las sentencias núm. 635/2018, de 12 de diciembre; 470/2018, de 16 de octubre; y 77/2019, de 12 de febrero, entre otras, la presunción de inocencia es un derecho fundamental reconocido en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. El artículo 6 del Tratado de la Unión Europea (TUE) dispone que la Unión respetará los derechos fundamentales, tal y como se garantizan en el CEDH y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros.

Conforme se expone en el Considerando 22 de la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio, la carga de la prueba para determinar la culpabilidad de los sospechosos y acusados recae en la acusación, y toda duda debe beneficiar al sospechoso o acusado. Se vulneraría la presunción de inocencia si la carga de la prueba se trasladase de la acusación a la defensa, sin perjuicio de las posibles potestades de proposición de prueba de oficio del órgano jurisdiccional, ni de la independencia judicial a la hora de apreciar la culpabilidad del sospechoso o acusado, ni tampoco de la utilización de presunciones de facto o de iure relativas a la responsabilidad penal de un sospechoso o acusado. Dichas presunciones deben mantenerse dentro de unos límites razonables, teniendo en cuenta la importancia de los intereses en conflicto y preservando el derecho de defensa, y los medios empleados deben guardar una proporción razonable con el objetivo legítimo que se pretende alcanzar. Además, aquéllas deben ser iuris tantum y, en cualquier caso, solo deben poder utilizarse respetando el derecho de defensa.



En consonancia con ello, el artículo. 6.1 de la referida Directiva establece que los Estados miembros garantizarán que la carga de la prueba para determinar la culpabilidad de los sospechosos y acusados recaiga en la acusación. Esta disposición se entiende sin perjuicio de cualquier obligación del juez o tribunal competente de buscar pruebas tanto de cargo como de descargo, y del derecho de la defensa a proponer pruebas con arreglo al Derecho nacional aplicable.

A nivel nacional, el derecho a la presunción de inocencia está reconocido, con carácter de fundamental y rango constitucional, en el artículo 24.2 de la Constitución Española ("Todos tienen derecho...a la presunción de inocencia").

Como explican numerosas resoluciones de esta Sala, (SS 1126/2006, de 15 de diciembre, 742/2007, de 26 de septiembre, y 52/2008, de 5 de febrero), cuando se alega infracción de este derecho a la presunción de inocencia, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del Juzgador de instancia, porque a este solo corresponde esa función valorativa, pero sí puede este Tribunal verificar que, efectivamente, el Tribunal a quo contó con suficiente prueba de signo acusatorio sobre la comisión del hecho delictivo y la participación en él del acusado, para dictar un fallo de condena, cerciorándose también de que esa prueba fue obtenida sin violar derechos o libertades fundamentales y sus correctas condiciones de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción; comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el Juzgador el proceso de su raciocinio, al menos en sus aspectos fundamentales, que le han llevado a decidir el fallo sin infringir en ellos los criterios de la lógica y de la experiencia ( STS 1125/2001, de 12 de julio).

Pero no acaba aquí la función casacional en las impugnaciones referidas a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues la ausencia en nuestro ordenamiento, hasta la reforma operada por Ley 41/2015, de 5 de octubre, de una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la instancia obliga al Tribunal de casación a realizar una función valorativa de la actividad probatoria en relación a aquellas sentencias dictadas en procedimientos tramitados al amparo de la legislación anterior, actividad que desarrolla en los aspectos no comprometidos con la inmediación de la que carece, pero que se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria. Es decir, el control casacional a la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria de cargo sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, lo que comprende el examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba y el proceso de formación y obtención de la prueba. Esta estructura racional del discurso valorativo sí puede ser revisada en casación, censurando aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva, arbitrarias ( artículo 9.1 CE); o bien que sean contradictorias con los principios constitucionales, por ejemplo, con las reglas valorativas derivadas del principio de presunción de inocencia o del principio nemo tenetur ( STS 1030/2006, de 25 de octubre).

No se trata de que este Tribunal compare la valoración probatoria efectuada por la Audiencia y la que sostiene la parte que recurre o cualquier otra posible, sino, más limitadamente, de comprobar la regularidad de la prueba utilizada y la racionalidad del proceso argumentativo. Además, no es posible valorar nuevamente las pruebas personales, respecto de las cuales esta Sala carece de inmediación.

2. En el caso de autos, lo que hace el recurrente es una nueva valoración de toda la prueba. Niega crédito a algunos testigos y pretende imponer sus propias conclusiones sobre las plasmadas de forma suficientemente argumentada en la sentencia por la Sala. Con ello está sobrepasando lo admisible en casación a través de la denuncia de una vulneración de la presunción de inocencia.

Frente a las afirmaciones que efectúa el recurrente, la Audiencia Provincial ha dispuesto de prueba directa y válida cuya valoración, realizada de forma racional y lógica, le ha llevado a alcanzar su convicción de que los hechos acaecieron en la forma que relata en el apartado de hechos probados.

De esta forma ha valorado en primer lugar la declaración prestada en el acto del Juicio Oral por la víctima, la cual el Tribunal ha considerado que ha sido coherente, congruente con las circunstancias del suceso, coincidente en las distintas manifestaciones realizadas durante el transcurso del procedimiento y, por ello, sincero, fiable y creíble.

Para llegar a tal conclusión, el Tribunal, después de apreciar la circunstancia de que con anterioridad a los hechos acontecidos el día 27 de octubre 2015 no existía animadversión entre acusado y víctima, ha constatado que el testimonio de la víctima cumple los requisitos y garantías jurisprudenciales de credibilidad, verosimilitud y persistencia incriminatoria, viniendo además sustentado por corroboraciones objetivas derivadas de otras pruebas testificales, de los informes emitidos por los distintos facultativos que le han reconocido y tratado y de los informes Médico Forenses de sanidad y psiquiátrico, de forma que el testimonio de la víctima alcanza plena aptitud incriminatoria.



Después de exponer lo declarado por la víctima en el acto del Juicio Oral, analiza la verosimilitud de su testimonio el que considera claro, persistente, de interés, sin vacilaciones y detallado. También ha constatado cómo la declaración de la víctima se ha visto apoyada por otras corroboraciones periféricas de carácter objetivo que la avalan. Relaciona como tales los testimonios prestados por D.<sup>a</sup> Aurora , persona que vio llegar el vehículo desde el que fue bajado el Sr. Carlos Antonio y quien dio aviso a la policía; y de los funcionarios de policía que acudieron al lugar de los hechos, quienes entre otros extremos constataron, a través de la Sra. Aurora y de dos amigos de la víctima, las características del vehículo en cuyo interior había sido trasladado, tratándose de un vehículo Volkswagen Golf, gris metálico. También ha valorado el Tribunal como elemento corroborador el testimonio de D. Fermín , quien pudo ver a las personas que se llevaron a su amigo Carlos Antonio , que fueron las mismas que volvieron después preguntando por " Fermín " y que amenazaron y golpearon a alguna de las personas que se encontraban en el lugar, afirmando que una de ellas, que a la vuelta llevaba una navaja, era a la que identificó. Igualmente identificó el vehículo que utilizaban, "un Golf gris".

Sobre el suceso acaecido en la discoteca Manhattan, declararon los funcionarios de Policía Nacional NUM000 y NUM001 . Se trata de un suceso acaecido el día 24 de octubre 2015, del que existe constancia en las actuaciones desde el atestado inicial, siendo precisamente el denunciante en su declaración quien puso de manifiesto que la detención y agresión de que fue objeto estaba relacionada con un incidente ocurrido en esa discoteca, preguntándole Rodolfo quien se había liado con su mujer en la citada discoteca.

También analiza el Tribunal los distintos reconocimientos efectuados en relación con la doctrina del Tribunal Constitucional y de la Jurisprudencia de esta Sala, comprobando que concurren los requisitos de validez para que puedan configurarse como prueba de cargo. El propio recurrente reproduce parte de esta doctrina en la argumentación del motivo, por lo que, con el fin de evitar reiteraciones innecesarias, nos remitimos a la exposición del Tribunal y del propio recurrente en este sentido.

Se trata de los reconocimientos que tanto Carlos Antonio como Fermín realizaron en el Juzgado Instructor con intervención del Letrado del acusado.

De esta manera la sentencia recoge que en fase instrucción, el día 22 de abril de 2016 se practicó rueda de reconocimiento en la que Carlos Antonio identificó "sin ninguna duda" a Rodolfo como el autor de los hechos (folio 179), y el día 22 de abril de 2016 Fermín practicó una rueda de reconocimiento reconociendo a Rodolfo (folio 180). Ambos reconocimientos fueron ratificados en el acto del juicio oral.

Es cierto que el reconocimiento realizado por el Sr. Carlos Antonio fue precedido de un reconocimiento fotográfico. Sin embargo, las manifestaciones que sobre tal reconocimiento efectuó aquel y que son recogidas literalmente en la sentencia de instancia describen claramente como en todo momento le fueron mostradas varias fotografías. De esta manera, el Sr. Carlos Antonio manifestó que "Vino la policía judicial a mi casa y les dije los datos de lo que me acordaba de ellos, como era el coche y todo eso... ellos, con esos datos, a la semana o a los días siguientes, aparecieron en mi casa con unas fotos que estaban en blanco y negro, unas ocho más o menos, y mi me dijeron si reconocía a alguna persona en alguna de esas fotos y reconocí a una persona con toda seguridad... reconocí a una persona con toda seguridad, yo a esta persona la tuve aquí enfrente, era el que durante todo el viaje vi porque era quien me iba preguntando él me hacía el interrogatorio y quien me amenazaba. Yo esta persona la vi de cerca, cara a cara... en el Juzgado de Instrucción también reconocí a esta persona con toda seguridad, nada más verlo. A mí esto me ha marcado y entonces me voy a acordar toda la vida de él." "A mí me enseñaron fotos en mi casa y lo reconocí y luego en la comisaría me volvieron a poner otras fotos, fotos más grandes pero que había más personas... Cuando vinieron a mi casa me trajeron ocho papeles y en cada papel había uno... y en la comisaría en cada papel había cuatro o seis, creo recordar, y me dijeron que firmara la persona que reconocía... yo lo reconocí sin lugar a dudas 100%... también en la rueda de reconocimiento lo reconocí sin lugar a dudas." "En mi casa me enseñaron fotos que eran como unas fichas donde estaban unas fotos, no recuerdo que hubiera otros datos, no sé cómo llamarlos, eran un taco de ocho hojas donde estaban las fotos en la esquina... era una foto grande... no creo que contuviera ninguna palabra, no me acuerdo de haberlo visto, la policía no me indicó nada, sólo que me tomara mi tiempo... la foto que reconocí era la cuarta o así. Luego hice una rueda de reconocimiento... No sé si las personas que estaban en la rueda eran más altos a más bajos ya que solamente salía la cara... A las otras personas no las conocía y solamente conocí a la persona que reconocí que me apuñaló... No me dieron ningún dato antes de la rueda de reconocimiento la policía judicial... Yo les dije como eran las características de las tres personas, como iban vestidas, el coche, con esa información es cuando me trajeron esas fotos y yo reconocí a esta persona... en Comisaría, cuando firmé esa folio, también estuvieron mirando a ver si podíamos reconocer a las otras dos personas, pero no aparecían por ningún lado Las primeras fotos estaban en varias folios. No tenía datos, eran hojas con las fotos."

Por su parte, Fermín manifestó: "Hice una rueda de reconocimiento y reconocí inmediatamente a una persona sin ningún género de dudas, la cara me acordaba perfectamente... es la persona que esgrimía y tenía una



navaja... y el que profirió las amenazas de muerte... esta persona le pegó un tortazo a Jose Ignacio ..." "La rueda de reconocimiento fue una abril Reconocí sin género dudas a la persona que identifiqué en el Juzgado de Instrucción de forma inmediata... sin duda, de forma inconfundible... Cuando se hicieron los hechos a esta persona la vi unos cinco minutos...."

El contenido de tales manifestaciones evidencia no solo la ratificación en el acto del Juicio Oral de los reconocimientos en rueda practicados, sino también su sometimiento a la contradicción de las partes quienes realizaron a los testigos a un interrogatorio exhaustivo sobre este particular. Ello permitió sin duda al Tribunal conocer y valorar las circunstancias en que tales reconocimientos tuvieron lugar, la incidencia de los reconocimientos fotográficos realizados por el Sr. Carlos Antonio en la rueda de reconocimiento realizada más tarde en el Juzgado de Instrucción, así como analizar los elementos que el testigo tuvo en consideración para el reconocimiento del acusado.

Igualmente se comprueba que fueron ocho las fotografías que la policía exhibió al Sr. Carlos Antonio en su domicilio, así como los datos que sobre sus agresores previamente había facilitado aquel a los investigadores.

En base a todo ello, concluye el Tribunal considerando de forma racional, que el reconocimiento que del acusado efectuaron los testigos D. Carlos Antonio y D. Fermín, "es un testimonio veraz y una prueba de cargo de la identidad del acusado como la persona que acudió a la Plaza del Cine, apuñalando a Carlos Antonio y que, junto con otras dos personas, le obligaron a montar en un vehículo Volkswagen Golf de color gris, donde continuaron agrediendo y amenazando de muerte durante aproximadamente una hora, y quien tras dejarte en una calle próxima, acudió de nuevo a la Plaza del cine amenazando y agrediendo con golpes D. Fermín y a otros amigos de éste."

Por último, las deficiencias que a juicio del recurrente han tenido lugar en la instrucción de la causa en relación al análisis que debería haberse realizado sobre el vehículo intervenido, para comprobar que en su interior se llevaron a cabo los actos denunciados por el Sr. Carlos Antonio, podían haber sido subsanadas por la defensa, la que personada en las actuaciones desde su inicio no ha interesado la práctica de diligencia de instrucción alguna en este sentido.

Comprobados pues los requisitos mencionados, concluye el Tribunal considerando que la prueba practicada es suficiente y bastante para condenar en función del cuadro probatorio en su conjunto, sin que exista el menor atisbo de duda acerca de la veracidad del relato ofrecido por la víctima.

Podemos por tanto concluir estimando que el Tribunal de instancia ha procedido a realizar una valoración ponderada, racional y razonable de todas las pruebas lícitas practicadas con la intervención de las partes, analizando una por una, tanto las aportadas por las acusaciones como también por la defensa. Y ofrece una explicación lógica de los motivos por los que da mayor o menor credibilidad a cada una de ellas y porqué rechaza la versión de los hechos ofrecida por el acusado.

En definitiva, el Tribunal de instancia ha llegado a la conclusión plasmada en la sentencia a través de pruebas válidas, sometidas a contradicción y con un significado incriminatorio suficiente (más allá de toda duda razonable) para estimar acreditada la participación del recurrente en los hechos por los que ha resultado condenado, pruebas que, además, han sido valoradas con arreglo a las máximas de la experiencia y a criterios lógicos y razonables, constando en la sentencia el razonamiento lógico de la convicción alcanzada por el Tribunal a partir de las circunstancias relatadas. Se trata en definitiva de una conclusión valorativa ciertamente racional y razonada, careciendo esta Sala de Casación de motivos para invalidarla.

3. Por último, el principio "in dubio pro reo" alegado por el recurrente, no es un principio absoluto, sino algo que debe impregnar la interpretación en el caso de duda razonable del juzgador; solo cuando, tras la valoración conjunta de la prueba, dos opciones son igualmente posibles, entra en funcionamiento este principio, debiéndose acoger siempre la que sea más favorable para el acusado. Es obvio que ello no concurre en el presente caso, en el que la convicción judicial de la forma de ocurrir los hechos ha sido formulada sin dudas.

Este principio no tiene acceso a la casación ( SS 10-4-92 y 17-2-95). Solo entra en juego cuando efectivamente practicada la prueba, ésta no ha desvirtuado la presunción de inocencia ( STC 1-3-93). El principio "in dubio pro reo" pertenece a las facultades del juzgador de instancia. No constituye precepto constitucional y su excepcional invocación casacional es admisible cuando resulta vulnerado su aspecto normativo, es decir, conforme señala la sentencia de este Tribunal de 1 de diciembre de 1992 "en la medida en la que esté acreditado que el tribunal ha condenado a pesar de su duda" ( sentencias núm. 70/98, de 26 de enero y 699/2000, de 12 de abril).





En el caso de autos, la lectura de la sentencia permite concluir que ninguna duda alberga el Tribunal de instancia sobre el modo en que, a su juicio, tuvieron lugar los hechos, así como sobre la participación que en los mismos tuvo el acusado.

El motivo ha de ser desestimado.

**TERCERO.**- El segundo motivo del recurso se articula por infracción de precepto legal conforme a lo previsto en el artículo 846 bis c) apartado b) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación del artículo 21.1 en relación con el artículo 20.2º y 21.1º y 7º del Código Penal.

Señala que ha sido diagnosticado dependencia a cocaína y cannabis y abuso de alcohol, la cual se remonta a los 16 años de edad, conforme se hace constar en el informe emitido por la psicóloga clínica y la trabajadora social adscritas al CAID (Centro de Atención Integral a Drogodependientes), siguiendo un tratamiento de desintoxicación desde septiembre de 2.017. Indica también que el consumo excesivo de sustancias estupefacientes, reiterado en el tiempo, provocó que en enero de 2.017 sufriese un episodio depresivo moderado-grave por lo que tuvo que ser derivado a psiquiatría del CAID. Por ello considera acreditado que en el momento de cometerse los hechos era consumidor de cocaína, cannabis y alcohol desde hacía al menos diez años, lo que afectaba a su comportamiento.

La formulación del presente motivo casacional nos impide conocer realmente la vía a través de la cual se pretende apoyar la supuesta incorrección cometida por la Sala de instancia al no apreciar tal circunstancia de atenuación. La alusión a "infracción de precepto legal" pudiera referirse a alguno de los dos motivos por infracción de ley que contempla el artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En todo caso, si el planteamiento se hace por vía del apartado primero del citado precepto, los hechos probados de la sentencia no hacen mención alguna a la supuesta dependencia del recurrente a la cocaína, el cannabis ni al abuso de alcohol. Y si el motivo fuera planteado por vía del error facti, tal motivo exige que el error en la valoración de la prueba se apoye específicamente en documentos que lo acrediten, careciendo el informe emitido por el CAID, único al que se refiere el recurrente en este motivo, de la condición de literosuficiencia. Su lectura no conduce de forma inequívoca a la conclusión de que el Tribunal haya valorado erróneamente la prueba, y en ningún caso tiene aptitud suficiente para modificar el fallo.

Todo ello llevaría ya a la desestimación del motivo. Ello no obstante pasamos a examinar la queja del recurrente.

1. Es doctrina reiterada de esta Sala (SSTS núm. 577/2008, de 1 de diciembre, 810/2011, de 21 de julio, 942/2011, de 21 de septiembre, 675/2012, de 24 de julio, 695/2013, de 9 de julio, 147/2018 de 22 de marzo y 455/2018, de 10 de octubre) que el consumo de sustancias estupefacientes, aunque sea habitual, no permite por sí solo la aplicación de una atenuante. No se puede, pues, acceder a la modificación de la responsabilidad criminal por el simple hábito de consumo de drogas, ni basta con ser drogadicto en una u otra escala, de uno u otro orden, para que proceda la aplicación de circunstancias atenuantes, porque la exclusión total o parcial o la simple atenuación de la responsabilidad de los toxicómanos ha de resolverse en función de la imputabilidad, o sea, de la evidencia de la repercusión de la droga en las facultades intelectivas y volitivas del sujeto.

Para poder apreciar la circunstancia de drogadicción, sea como una mera atenuante, sea como una eximente incompleta, es imprescindible que conste probada la concreta e individualizada situación psicofísica del sujeto en el momento comisivo, tanto en lo concerniente a la duración de la adicción a las drogas tóxicas o sustancias estupefacientes como a la singularizada alteración de las facultades intelectivas y volitivas cuando ejecutó la acción punible; sin que la simple y genérica expresión de que el acusado era adicto a las drogas, sin mayores especificaciones y matices, permita aplicar una circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal en ninguna de sus variadas manifestaciones ( SSTS núm. 577/2008, de 1 de diciembre, 315/2011, de 6 de abril; 796/2011, de 13 de julio; y 738/2013, de 4 de octubre).

La sentencia de esta Sala núm. 645/2018, de 13 de diciembre, aborda de manera extensa la incidencia de la drogadicción en el ámbito de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, recordando en igual sentido que "... el consumo de sustancias estupefacientes, aunque sea habitual, no permite por sí solo la aplicación de una atenuación, no se puede pues solicitar la modificación de la responsabilidad criminal por el simple hábito de consumo de drogas, ni basta con ser drogadicto en una u otra escala, de uno u otro orden para pretender la aplicación de circunstancias atenuantes, porque la exclusión total o parcial o la simple atenuación de estos toxicómanos, ha de resolverse en función de la imputabilidad, o sea de la evidencia de la influencia de la droga en las facultades intelectivas y volitivas del sujeto..." siendo imprescindible, para poder apreciarse la drogadicción sea como una circunstancia atenuante, sea como eximente, aún incompleta, "... que conste acreditada la concreta e individualizada situación del sujeto en el momento comisivo, tanto en lo concerniente a la adición a las drogas tóxicas o sustancias estupefacientes como al periodo de dependencia y singularizada alteración en el momento de los hechos y la influencia que de ello pueda declararse, sobre las



facultades intelectivas y volitivas, sin que la simple y genérica expresión narradora de que el acusado era adicto a las drogas, sin mayores especificaciones y detalles pueda autorizar o configurar circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal en ninguna de sus variadas manifestaciones..." "... En estos casos la ofensa al bien jurídico no es el resultado de un acto irreflexivo, impulsado por la adicción a las drogas o el deterioro psicossomático asociado al consumo prolongado de estupefacientes. Es cierto que la jurisprudencia del SSTS. 201/2008, de 28-4, y 457/2007, de 12-6, ha llevado a cabo una renovada interpretación del régimen jurídico-penal de las toxicomanías adaptada a la verdadera influencia de aquellas en la capacidad de culpabilidad de quien la padece ( STS 28/2004, de 1-3). Pero por más flexibilidad que quiera atribuirse a la aplicación, no ya de la inviable eximente incompleta, sino de la atenuante de drogodependencia, su marco jurídico no puede desconectarse de una exigencia clave que se desprende del artículo 21.2 del Código Penal, a saber su significación causal, su perturbadora influencia en la voluntad del acusado.

Como recuerdan las sentencias núm. 343/2003, de 7 de marzo y 507/2010, de 21 de mayo, lo característico de la drogadicción a efectos penales es la relación funcional con el delito, es decir, que actúe como un elemento desencadenante del mismo, de tal manera que el sujeto actúa impulsado por la dependencia de los hábitos de consumo y conecta al hecho delictivo, hace para procurarse dinero suficiente para satisfacer sus necesidades de ingestión inmediata o trafique con drogas con objeto de alcanzar sus posibilidades de consumo a corto plazo y al mismo tiempo continuar con sus costumbres e inclinaciones, no bastando por ello, con la mera condición de consumidor de sustancias estupefacientes, aunque el consumo sea habitual."

2. En el supuesto de autos, el Tribunal ha examinado las pruebas aportadas por la defensa, las que le llevan a concluir que no resultó acreditado que el recurrente cometiera los delitos objeto de enjuiciamiento a causa de su grave adicción al consumo de drogas tóxicas o sustancias estupefacientes.

No es otra la conclusión que puede extraerse de los informes emitidos por el CAID y por el SAJIAD (Servicio de Asesoramiento a Jueces e información al detenido y a su familia), que han sido debidamente analizados y valorados por el Tribunal de instancia. El primero de ellos únicamente describe que el Sr. Rodolfo permaneció en seguimiento en el citado Centro desde del día 12 de mayo de 2016, fluctuando la frecuencia de su asistencia a las citas, cumpliendo el ingresado criterios diagnósticos de dependencia a la cocaína y al cannabis, así como abuso de alcohol. El segundo indica que fue diagnosticado de síndrome de dependencia de cannabinoides, consumo perjudicial de cocaína y consumo perjudicial de alcohol, que ha tenido diversa incidencia comportamental en el recurrente desde la adolescencia, que dio lugar a internamientos en centro de menores, manteniendo un estilo de vida desestructurado vinculado al círculo social disfuncional en el que se marca el uso de sustancias psicoactivas.

Junto a ello, destaca la Audiencia que en el momento de su detención el acusado rehusó a ser examinado por el Médico Forense.

Con tales datos concluye el Tribunal, de forma racional, que no ha quedado acreditada la concurrencia de ningún tipo de afectación absoluta, grave, moderada o leve de las facultades cognoscitivas o volitivas del Sr. Rodolfo .

Es evidente pues que no concurren razones para estimar que el Tribunal de instancia haya apreciado erróneamente las condiciones de imputabilidad de Don Rodolfo . Únicamente ha podido determinarse el posible consumo por parte del mismo de sustancias estupefacientes, pero no existe base alguna para poder inferir racionalmente que en el momento de la ejecución de los hechos concurriera una especial limitación de sus facultades intelectivas y volitivas, esto es, que padeciera una adicción tan grave que le impidiera autocontrolar su conducta y adecuarla a las exigencias de la norma.

El motivo no puede ser acogido.

**Recurso formulado por** D. Carlos Antonio .

**CUARTO.-** El recurrente D. Carlos Antonio , a través de los dos primeros motivos de su recurso, que formula por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1 y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, considera indebidamente apreciada la atenuante de reparación contemplada en el artículo 21.5 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Discrepa el recurrente con la decisión del Tribunal de apreciar la circunstancia atenuante de reparación del daño como consecuencia del ingreso por parte del acusado de la cantidad de 17.000 euros. Aduce que la consignación se realizó un día antes de la celebración del Juicio y tres años después de la comisión de los hechos, sin que el acusado haya reconocido su responsabilidad en los hechos. Considera por ello que el recurrente nunca tuvo voluntad ni de arrepentimiento ni de reconocimiento de los hechos, pero tampoco de reparar el daño causado en modo alguno.



Estima que no es posible apreciar reparación del daño cuando los bienes jurídicos protegidos vulnerados por la acción criminal corresponden a derechos y libertades de carácter personal, teniendo en cuenta que los daños de naturaleza moral derivados de agresiones graves a bienes personalísimos no son económicamente evaluables.

1. En relación a la atenuante de reparación invocada, señala la sentencia de esta Sala núm. Tribunal Supremo 489/2014, de 10 de junio, con remisión expresa a la sentencia núm. 239/2010, de 24 de marzo, que "... 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.

Consecuencia de este carácter objetivo, su apreciación exige únicamente la concurrencia de dos elementos, uno cronológico y otro sustancial. El elemento cronológico se cumplimenta siempre que la reparación se haga efectiva en cualquier momento del procedimiento, con el límite 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 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. 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."

Argumenta la sentencia núm. 1063/2009, de 29 de octubre, que "La jurisprudencia de esta Sala ha asociado el fundamento material de la atenuante de reparación 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, 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 lo demás, la circunstancia atenuante de reparación no excluye su aplicación cuando la ofensa se haya realizado sobre bienes o derechos personales. Tampoco la naturaleza del daño o la dificultad de evaluar económicamente el perjuicio producido impiden la apreciación de la atenuación. Si bien se trata de bienes difícilmente reparables si pueden ser compensados, al menos en parte, a través de la oportuna indemnización.

Es cierto que en alguna sentencia hemos dicho que los daños ocasionados respecto de bienes jurídicos personales son irreparables y carecen de vuelta atrás (sentencia núm. 612/05, de 12 de mayo), quedando necesariamente insatisfechos cuando el comportamiento delictivo que se persigue es de suma gravedad y comporta para la víctima una lesividad difícil de integrar en su experiencia vital. Ello no obstante, como señalábamos en la sentencia núm. 617/2006, de 7 de junio, "En una interpretación estricta del precepto pareciera que la reparación del daño como atenuación solo debería operar en general en los delitos en los que el bien jurídico protegido sufre un perjuicio indemnizable. Su ámbito propio de aplicación serían los delitos patrimoniales. Sin embargo, ningún condicionamiento se establece para aquellos casos en que siendo de naturaleza estrictamente personal, no patrimonial, el bien jurídico protegido por el delito, bien de forma directa o bien directamente, se señalan indemnizaciones por daños de carácter moral, no para reparar, sino para en alguna medida compensar el daño producido por la infracción criminal. (...)

En principio el daño personal causado es irreparable, lo que no excluye el señalamiento de una compensación, en este caso por daños materiales, indirectamente ocasionados al lesionar el derecho, pero también hubieran podido integrarse por una especie de "pecunia doloris". La amplitud y generalidad del núm. 5 del art. 21 del Código Penal no impide llevar a cabo una interpretación flexible, en aras a la protección de la gran olvidada del derecho penal (la víctima del delito)."

2. En el supuesto de autos, el acusado el día antes de la celebración del Juicio ingresó en la cuenta de consignaciones 17.000 euros al objeto de reparación a la víctima del delito. De esta manera cumplió con el límite temporal previsto en el artículo 21.5 del Código Penal. Además, la cantidad consignada excede de la cuantía indemnizatoria que solicitaba el Ministerio Fiscal y de la fijada finalmente en la sentencia, y se encontraba próxima a la suma reclamada por este concepto por la Acusación Particular. De esta manera queda colmada también la finalidad de la atenuación que, como ha sido expuesto, trata de facilitar la protección de la víctima, lográndose con ello uno de los fines del proceso como es el resarcimiento del daño causado, siendo



indiferente para la apreciación de la atenuante, porque el precepto no lo requiere, la motivación que hubiera llevado al acusado.

El motivo por ello se desestima.

**QUINTO.-** Los motivos tercero y cuarto del recurso se articulan al amparo del artículo 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida de los artículos 21.5 y 66.1.7ª del Código Penal.

A través de estos motivos discrepa el recurrente de la apreciación por el Tribunal de la circunstancia atenuante de reparación como muy cualificada.

Señala que la mera consignación del importe de las indemnizaciones solicitadas por las acusaciones no satisface las exigencias de una actuación post delicto para elevar la atenuante ordinaria a la categoría de muy cualificada, precisando una superior intensidad que avale su apreciación como atenuante muy cualificada.

Considera por ello que no procede la minoración de la pena que establece la sentencia en la que expresamente se reconoce la escasa entidad del hecho de la consignación, al destacar que la consignación se realizó un día antes de la segunda citación del acto de la vista oral, sin que conste otro dato o circunstancia personal que evidencie un personal arrepentimiento o de solicitud de perdón a la víctima.

1. Tal y como sostiene el recurrente en estos motivos, apoyados por el Ministerio Fiscal, es reiterada la doctrina de esta Sala que considera que para la apreciación de esta atenuante como muy cualificada, no es suficiente la consignación antes del juicio de las cantidades indemnizatorias a favor de la víctima, dado que estos requisitos son los contemplados en el artículo 21.5 del Código Penal para poder apreciar la atenuante simple. Es por ello necesario algo más, esto es, un especial esfuerzo reparador para mitigar o compensar las consecuencias del delito, más allá de una actitud meramente formal de cumplir con los requisitos básicos necesarios para apreciar la atenuación.

En este sentido señalábamos en la sentencia núm. 457/2020, de 17 de septiembre "que si la reparación total (cuando realmente se produzca) se considerara sistemáticamente como atenuante muy cualificada, se llegaría a una objetivación inadmisibles y contraria al fin preventivo general de la pena normalmente prevista por el legislador ( STS 1156/2010, de 28 de diciembre), exigiéndose por ello que concurra un plus que revele una especial intensidad en los elementos que integran la atenuante ( SSTS 50/2008, de 29 de enero y 868/2009, de 20 de julio).

En el mismo sentido explica la sentencia núm. 170/2020, de 19 de mayo, que "En cuanto a la aplicación de la atenuante como muy cualificada, la jurisprudencia ha entendido que no puede basarse exclusivamente en una reparación total del daño causado, ( STS nº 500/2019, de 24 de octubre), dado que esta posibilidad ya es contemplada en el precepto para dar lugar a la atenuante simple, requiriéndose un especial esfuerzo indemnizatorio para justificar una mayor reducción en la pena. En la sentencia núm. 444/2019, de 3 de octubre, se decía que "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 de enero; y 868/2009, de 20 de julio). También hemos dicho 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 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 (en este sentido, STS 125/2018, de 15 de marzo)".

También hemos dicho ( sentencia núm. 125/2018, de 15 de marzo) 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 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.

En el mismo sentido se pronuncian las sentencias núm. 693/2019, de 29 de abril; 747/2011, de 1 de junio; 444/2019, de 3 de octubre; 156/2010, de 28 de diciembre; y 868/2009, de 20 de julio.

2. En el caso, el hecho probado de la sentencia únicamente describe que "el acusado Rodolfo en fecha 3 de octubre de 2018 ingresó en la cuenta de consignaciones de la Sección 17ª de la Audiencia Provincial de Madrid la cantidad de 17.000 euros al objeto de reparación a la víctima del delito."

Y en el apartado 2 del fundamento de derecho cuarto expresa el Tribunal: "Consideramos relevante la cantidad ingresada, 17.000 euros, cantidad superior a la responsabilidad civil reclamada por el Ministerio Fiscal y



cercana a la cuantificada y reclamada por la acusación particular ejercitada por el perjudicado Carlos Antonio , por lo que vamos a considerar la circunstancia modificativa como muy cualificada.

No obstante, tal consideración como circunstancia modificativa muy cualificada no la consideramos con la trascendencia que pretende la defensa para bajar la pena en dos grados, pues el ingreso de 17.000 euros se realizó por el acusado el día 3 de octubre de 2018, es decir, un día antes del juicio, sin que conste otro dato o circunstancia personal que evidencie un personal arrepentimiento o de solicitud de perdón a la víctima, pues no reconoce la autoría de los hechos y supone, quizá una simple -aunque legítima- estrategia de defensa, pretendiendo construir y justificar una circunstancia modificativa atenuante con la reparación mediante la entrega de la citada cantidad."

De todo ello se desprende que para la apreciación de tal atenuación como muy cualificada, el Tribunal únicamente ha atendido a la cuantía consignada, la cual considera relevante por ser superior a la cuantía de la responsabilidad civil interesada por el Ministerio Fiscal y cercana a la solicitada por la Acusación Particular. No aprecia ningún otro dato que revele una especial intensidad en los elementos que integran la atenuante o que justifique que la conducta del acusado fue más allá de la material reparación. Por su parte el condenado, Sr. Rodolfo , en su escrito contestando el recurso, únicamente señala que ha tenido que vender un vehículo de su propiedad, sin que este hecho, por sí solo, denote un especial esfuerzo reparador. Tampoco consta sentimiento de constricción que supere la mera reparación económica y que deba ser tenido en cuenta.

En consecuencia, procede la estimación estos motivos, con el consiguiente efecto en la determinación de las penas a imponer al condenado.

Por ello, en relación a los delitos de lesiones y detención ilegal, en los que junto a la atenuante de reparación como atenuante simple, concurre la agravante de abuso de superioridad, no concurriendo un fundamento cualificado de la agravación ni de la atenuación, procede imponer las penas en extensión de dos años por el delito de lesiones y cuatro años por el delito de detención ilegal, conforme a lo dispuesto en el artículo 66.1.7ª del Código Penal.

Por lo que se refiere al delito de amenazas, en el que concurre la circunstancia de reparación como atenuante simple, el artículo 66.1.1ª del Código Penal obliga a imponer la pena señalada al tipo penal en su mitad inferior, lo que lleva a imponer la pena en extensión de seis meses.

**SEXTO.-** El quinto motivo del recurso que formula el Sr. Carlos Antonio se formula por infracción de ley conforme al artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 123 del Código Penal.

En desarrollo de este motivo muestra su discrepancia el recurrente con la decisión del Tribunal de imponer al condenado solo las tres quintas partes de las costas procesales, entendiendo que deben serle impuestas en su totalidad.

La decisión del Tribunal es consecuencia de lo dispuesto en el artículo 123 del Código Penal que transcribe en el apartado primero del fundamento jurídico sexto de la sentencia: "las costas procesales vienen impuestas por la Ley a todo responsable criminalmente de un delito o falta".

Con más claridad si cabe, el artículo 240.2º párrafo segundo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que "no se impondrán nunca las costas a los procesados que fueren absueltos".

Conforme señala la sentencia de esta Sala núm. 140/2010, de 23 de febrero, "la jurisprudencia de este Tribunal ha declarado reiteradamente, de forma clara y concisa, que, en principio, las cosas procesales han de distribuirse conforme al número de delitos de enjuiciados, dividiendo luego la parte correspondiente entre los distintos condenados; y que, cuando los condenados sean absueltos de uno o varios delitos y condenados por otro u otros, las cuotas correspondientes a las infracciones de las que han sido absueltos deberán declararse de oficio. En todo caso, y a estos efectos, ha de estarse a las acusaciones mantenidas en las conclusiones definitivas.

En el presente caso, D. Rodolfo había sido acusado por cinco delitos que se correspondían con cinco hechos punibles descritos por la Acusación Particular. Además de los delitos de lesiones, detención ilegal y amenazas por los que también le acusaba el Ministerio Fiscal y por los que ha sido condenado, la Acusación Particular le imputaba también un delito de coacciones y un delito de robo con violencia e intimidación por los que ha sido absuelto.

Por ello, la absolución por estos dos delitos necesariamente debe conducir a declarar las dos quintas partes de las costas de oficio.

El motivo no puede por tanto acogerse.



**SÉPTIMO.-** La desestimación del recurso formulado por D. Rodolfo conlleva la condena al recurrente de las costas de su recurso. La estimación en parte del recurso formulado por D. Carlos Antonio comporta declarar de oficio las costas de su recurso. Todo ello de conformidad con las previsiones del artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

## 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 procesal de D. Rodolfo , contra la sentencia núm. 739/2018 de 6 de noviembre, dictada por la Sección Decimoséptima de la Audiencia Provincial de Madrid.

2º) **Estimar** en parte el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Carlos Antonio , contra la sentencia núm. 739/2018 de 6 de noviembre, dictada por la Sección Decimoséptima de la Audiencia Provincial de Madrid, en el Rollo de Sala n.º 1762/2017, y en su virtud casamos y anulamos la expresada sentencia, dictándose a continuación otra más ajustada a Derecho.

3º) **Condenar** a D. Rodolfo al pago de las costas de su recurso.

4º) **Declarar** de oficio las costas correspondientes al recurso formulado por D. Carlos Antonio .

Comunicar esta resolución a la mencionada Audiencia, a los efectos legales, con devolución de la causa, interesando acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Andrés Palomo Del Arco Pablo Llarena Conde

Carmen Lamela Díaz Javier Hernández García

RECURSO CASACION núm.: 726/2019

Ponente: Excma. Sra. D.ª Carmen Lamela Díaz

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

## TRIBUNAL SUPREMO

### Sala de lo Penal

#### Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Pablo Llarena Conde

D.ª. Carmen Lamela Díaz

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 18 de diciembre de 2020.

Esta sala ha visto la causa Rollo de Sala n.º 1762/2017, seguida por la Sección Decimoséptima de la Audiencia Provincial de Madrid, dimanante del Procedimiento Abreviado n.º 7677/2015, instruido por el Juzgado de Instrucción n.º 10 de Madrid, por delito de lesiones, detención ilegal y amenazas, contra el recurrente **Don Rodolfo** , con DNI NUM002 , nacido en Madrid el día NUM003 de 1990, hijo de Feliciano y de Paula , en la que se dictó sentencia n.º 739 por la mencionada Audiencia Provincial el 6 de noviembre de 2018, que ha sido recurrida en casación por el condenado y por la acusación particular Don Carlos Antonio , y ha sido **casada y anulada** por la sentencia dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada como se expresa.

Ha sido ponente la Excma. Sra. D.ª Carmen Lamela Díaz.



## ANTECEDENTES DE HECHO

**ÚNICO.**- Se aceptan y reproducen los antecedentes de la sentencia de instancia en cuanto no estén afectados por esta resolución.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**- Se tienen aquí por reproducidos los fundamentos de nuestra anterior Sentencia de Casación, así como los de la recurrida, en lo que no se opongán a los primeros.

**SEGUNDO.**- Conforme a los razonamientos expresados en el quinto fundamento jurídico de los de la resolución que precede, procede apreciar la circunstancia de la responsabilidad criminal, atenuante de reparación, como atenuante simple y no como atenuante muy cualificada, lo que determina la imposición a D. Rodolfo de las penas de dos años de prisión por el delito de lesiones, cuatro años de prisión por el delito de detención ilegal y seis meses de prisión por el delito de amenazas.

En su consecuencia, vistos los preceptos mencionados y demás de general aplicación al caso,

## FALLO

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

**APRECIAR** la circunstancia de la responsabilidad criminal, atenuante de reparación, como atenuante simple y no como atenuante muy cualificada, condenando a **D. Rodolfo** a las penas de dos años de prisión por el delito de lesiones, cuatro años de prisión por el delito de detención ilegal y seis meses de prisión por el delito de amenazas.

**CONFIRMAR**, en lo que no se oponga a lo expuesto, la sentencia núm. 739/2018 de 6 de noviembre, dictada por la Sección Decimoséptima de la Audiencia Provincial de Madrid, en el rollo de Sala n.º 1762/2017.

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

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Andrés Palomo Del Arco Pablo Llarena Conde

Carmen Lamela Díaz Javier Hernández García