



Roj: **STS 2398/2021 - ECLI:ES:TS:2021:2398**

Id Cendoj: **28079120012021100519**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **10/06/2021**

Nº de Recurso: **3357/2019**

Nº de Resolución: **510/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANTONIO DEL MORAL GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP TF 505/2019,**
STSJ ICAN 1985/2019,
STS 2398/2021

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 510/2021

Fecha de sentencia: 10/06/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 3357/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 09/06/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Procedencia: T.S.J.CANARIAS SALA CIV/PE

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

Transcrito por: IPR

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 3357/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 510/2021

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Antonio del Moral García

D^a. Ana María Ferrer García

D. Leopoldo Puente Segura



D. Javier Hernández García

En Madrid, a 10 de junio de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº3357/2019 interpuesto por la Acusación Particular D.^a Noelia representada por la procuradora Sra. D.^a Julia Rodríguez Álvarez y bajo la dirección letrada de D.^a Davinia Serrano Sánchez contra Sentencia de Apelación dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Las Palmas de Gran Canaria de fecha 27 de junio de 2019, que desestimaba el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección Quinta) de fecha 12 de marzo de 2019 (Sumario 179/2018 del Juzgado de Instrucción nº 2 de DIRECCION000) y que condenaba a Nicanor por un delito de amenazas. Ha sido parte recurrida Nicanor representado por la Procuradora Sra. D.^a Ana María Prieto Campanon y bajo la dirección letrada de D.^a Natalia García Trujillo. Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº Dos de DIRECCION000 , inició Procedimiento Ordinario nº 179/2018, seguido contra Nicanor . Una vez concluso lo remitió a la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de de Santa Cruz de Tenerife que dictó sentencia con fecha 12 de marzo de 2019, que recoge los siguientes **Hechos Probados**:

"ÚNICO.- El procesado Nicanor , con DNI no NUM000 , mayor de edad en cuanto nacido en DIRECCION001 el NUM001 de 1970 y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, sobre las 06:00 horas del día 10 de marzo de 2018, encontrándose ambos en el domicilio familiar, sito en la CALLE000 no NUM002 de DIRECCION001 , en el que convivían con sus dos hijos comunes, los llamados Salome y Pedro Enrique , los cuales, junto con la hija menor de edad de este último, se hallaban en ese momento durmiendo en la planta superior de la vivienda, se enzarzó en una discusión con su pareja sentimental Noelia , durante la cual le dijo a Noelia que era una "zorra" y una "puta", así como, con el único ánimo acreditado de amedrentarla, que la vivienda era suya y que "les iba a prender fuego". El encausado, guiado por el mismo ánimo ya descrito, cogió un bidón de gasolina que se encontraba en el inmueble y comenzó a derramar el combustible que contenía por los exteriores, el salón y la cocina de la vivienda, resultando también impregnada la ropa de Noelia con dicho líquido cuando ésta forcejeó con él para que dejara de verter la gasolina. Previamente, Salome y Pedro Enrique , alertados por los gritos derivados de la discusión, habían bajado y discutido también con el procesado, el cual, con el ya referido ánimo de amedrentarles, les dijo "voy a pegar fuego a todo esto" y, esgrimiendo frente a Salome un mechero que llevaba, hizo un amago de encenderlo cerca del suelo.

Noelia , Salome y Pedro Enrique , este último portando en brazos a su hija menor de edad, ante la conminación que les efectuaba el encausado, abandonaron la vivienda, sin que éste hiciera acto alguno para impedirlo o revelador de ir más allá de su mero anuncio de prender fuego al inmueble, acudiendo al domicilio de la hermana del encausado. El procesado, una vez los vio salir, desistió de su actitud intimidatoria y se fue a dormir".

SEGUNDO.- La Parte Dispositiva de la Sentencia establece:

"Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS al encausado Nicanor , ya circunstanciado, como autor penalmente responsable de TRES DELITOS DE AMENAZAS GRAVES, previstos y penados en el 169.2º del Código Penal, apreciados en concurso ideal y a penar conforme a lo dispuesto en el artículo 77 del Código Penal, con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal mixta de parentesco del artículo 23 del Código Penal, apreciada como agravante, a la pena de DOS AÑOS DE PRISIÓN, con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y a la pena accesoria de prohibición de aproximarse a Noelia , Salome y Pedro Enrique , así como a la hija de éste, a sus domicilios, lugares de trabajo o allí donde estos se encuentren, en un radio de 500 metros, y de prohibición de comunicarse con los mismos por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, por sí o por terceras personas, por tiempo de tres años más que el total de la pena privativa de libertad impuesta; así como a que, en concepto de responsable civil directo, indemnice a los perjudicados doña Noelia en la cantidad de MIL EUROS (1.000 euros), doña Salome en la cantidad de QUINIENTOS EUROS (500 euros) y a don Pedro Enrique en la cantidad de QUINIENTOS EUROS (500 euros), en todos los casos por los daños morales sufridos y con los intereses legales del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; y al pago de las tres quintas partes de las costas procesales, incluida las tres quintas partes de las de la acusación particular.

Que debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS al encausado Nicanor , ya circunstanciado, del restante DELITO DE AMENAZAS GRAVES y del DELITO DE INCENDIO con peligro para la vida o la integridad física de las personas,



ya definidos, que el Ministerio Fiscal y la acusación particular le imputaban, con todos los pronunciamientos favorables hacia su persona respecto de los mismos y declaración de las dos quintas partes de las costas procesales de oficio. En todo caso, para el cumplimiento de las penas impuestas se abonará al encausado condenado tanto el tiempo que haya estado privado de libertad por esta causa como el de vigencia de la medida cautelar de prohibición de aproximación y de comunicación acordada durante la instrucción respecto de doña Noelia .

Se acuerda mantener la medida cautelar consistente en orden de alejamiento, con las medidas de carácter penal de prohibición aproximación y de comunicación, acordada inicialmente en auto de fecha 11 de marzo de 2018, dictado por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 5 de los de DIRECCION000 durante la instrucción de la causa, contra el aquí acusado y a favor de Noelia , durante la tramitación de los eventuales recursos que se pudieran interponer contra la presente sentencia.

Las antes referidas penas accesorias de prohibición de aproximación y de comunicación impuestas al procesado respecto de sus dos hijos Salome y Pedro Enrique , así como de su nieta María Dolores , operarán con el carácter de medidas cautelares, a cuyo fin deberá ser expresamente requerido el procesado para su cumplimiento, sin perjuicio de lo dispuesto en artículo 58 del Código Penal".

TERCERO.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó Recurso de Apelación por Noelia , remitiéndose las actuaciones a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Las Palmas, que dictó Sentencia, con fecha 27 de junio de 2019 que contiene la siguiente Parte Dispositiva:

"Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de doña Noelia , así como del Ministerio Fiscal por adhesión al mismo, contra la sentencia de fecha 12 de marzo de 2019, dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife en el rollo de Procedimiento Sumario nº 63/2018, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de DIRECCION000 , la cual confirmamos en su integridad. No se efectúa imposición de las costas de la alzada.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y a las partes recurrente y recurrida, haciéndosele saber que contra la misma cabe recurso de casación, el cual se anunciará en el plazo de cinco días ante esta Sala y se formalizará ante la Sala segunda del Tribunal Supremo".

CUARTO.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó por la acusación particular D.^a Noelia recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso, alegando los motivos siguientes:

Motivos alegados por la representación procesal en nombre de Noelia .

Motivo primero.- Por quebrantamiento de forma al amparo del art. 851.2 LECrim (insuficiencia de hechos probados y falta de motivación). **Motivo segundo.**- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º LECrim por inaplicación del art. 74 CP.

QUINTO.- El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso interpuesto solicitando su inadmisión y subsidiariamente su desestimación. La representación procesal de Nicanor evacuó el trámite de instrucción conferido sin efectuar alegación alguna. La Sala admitió el recurso, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Realizado el señalamiento para Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 9 de junio de 2021.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En un primer motivo la acusación particular recurrente invoca el art. 851.1º y 2º LECrim, para denunciar defectos externos de la sentencia: **ausencia de hechos probados y/o falta de claridad en los mismos.**

La jurisprudencia (SSTS 24/2010 de 1 de febrero, 643/2009, de 18 de junio, 1028/2013, de 1 de diciembre ó 802/2015, de 30 de noviembre, entre otras) ha elaborado algunos parámetros interpretativos sobre el motivo casacional que contempla el art. 851.2 LECrim:

a) En las resoluciones judiciales han de constar los hechos que se estimen enlazados con las cuestiones que hayan de resolverse en el fallo, con declaración expresa y terminante de los que se consideren acreditados.

b) La Sala es libre para redactar del modo que estime más acertado los acontecimientos que reputa acreditados. Pero nada le exige de esa tarea esencial.



- c) El juzgador no tiene obligación de transcribir en sus fallos la totalidad de los hechos aducidos por las partes o consignados en las respectivas conclusiones; solo los acreditados.
- d) El vicio procesal existe no sólo cuando la carencia de hechos sea absoluta sino también cuando la sentencia se limita a declarar genéricamente que no están probados los hechos base de la acusación. Es necesario un relato en positivo. No basta una genérica negativa.

El cauce casacional seleccionado por la recurrente para hacer transitar su queja es manifiestamente improcedente como se deriva del contraste de su contenido con las premisas expuestas, así como de otras razones que abundan en la misma conclusión:

a) Como hace notar el Fiscal, no se hizo valer en apelación lo que atraería la causa de inadmisión derivada de la imposibilidad de una alegación *per saltum*.

b) La inviabilidad del art. 851 LECrim para integrar el hecho probado es manifiesta según la caracterización jurisprudencial que ha quedado reflejada. Ausencia de hechos probados según el art. 851.2 no remite a casos en que no se han dado como probados hechos que debieran haberlo sido; sino a aquellos en que la sentencia carezca de un relato que se declare acreditado. No es congruente con este motivo de casación un alegato encaminado a incluir en el hecho probado cuestiones que el Tribunal de Instancia no ha dado por probadas.

Si reformateásemos el motivo tratando de evaluar la procedencia de la queja que en el fondo se arguye, el destino del motivo no podría ser otro. De una parte, es legalmente imposible acoger en casación una petición de variación del hecho probado *contra reo* según una asentada y conocidísima jurisprudencia. El hecho probado niega de forma tajante, rotunda, fundada y persuasiva, que el acusado albergase la intención real de prender fuego: el vertido de gasolina y el *amago* -que gramaticalmente significa lo que significa- de encender una chispa se interpretan como una actuación para dotar de credibilidad a las amenazas. Pero es que, además, aunque llegáramos a otra conclusión, esa intención habría sido revocada dando lugar, como explica la sentencia de apelación, a un desistimiento voluntario (art. 16.2 CP) que determinaría la no punibilidad del delito de incendio en grado de tentativa. Por tanto, aún en el caso de aceptar la hipótesis fáctica propugnada por la acusación, los hechos no darían lugar a responsabilidad penal.

El motivo decae.

SEGUNDO.- No mejor suerte puede correr el segundo motivo que, aunque formalmente encauzado a través del art. 852 LECrim en relación con el art. 24 CE, contiene un alegato por infracción de ley del art. 849.1º por inaplicación indebida del art. 74 CP.

Reclama que el delito de amenazas referido a la recurrente (Noelia) -solo ese, dejando fuera a los dos restantes- sea considerado como continuado al existir una reiteración de la amenaza: se vierte en un primer momento ante la sola presencia de ella e, instantes después, se reproduce en presencia también de los hijos comunes. Por tanto, se dice, estaríamos ante dos amenazas en dos momentos diferenciados, que darían lugar a un delito continuado y que deberían propiciar una condena por separado destruyendo el concurso ideal que ha hecho anudar esa infracción a las otras dos amenazas a través del art. 77 CP.

Antes que nada, la falta de invocación del art. 74 CP en la calificación de esta acusación (como tampoco en la efectuada por el Ministerio Público) impide introducir luego en fase de recursos una agravación jurídica no postulada por ninguna de las partes. Las acciones dirigidas contra la recurrente fueron calificadas por ambas acusaciones como un único delito de amenazas sin aplicación del art. 74 CP.

Si lo que se quiere es argüir ese elemento diferencial para romper la unidad de hecho a los efectos del art. 77 CP, tampoco es acogible la pretensión. Como razona bien la sentencia de instancia, en argumento que es acogido y recreado por la de apelación, estamos ante un claro supuesto de unidad natural de acción. La incorporación de otras dos personas amenazadas a una secuencia en la que no se percibe solución de continuidad, incrementa el número de ofensas pero no destruye esa unidad de acción que llevará a la aplicación del instituto del concurso ideal homogéneo del art. 77 CP. Otra solución llevaría a un absurdo. Los hechos serían menos graves si los dos grupos de amenazas que artificiosamente quiere atomizar la recurrente, se hubiesen hecho en presencia de los tres sujetos pasivos.

El motivo no es estimable.

TERCERO.- La desestimación del recurso ha de llevar a la condena al pago de las costas ocasionadas (art. 901 LECrim

FALLO

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



1.- DESESTIMAR el recurso de casación interpuesto por la Acusación Particular **D.ª Noelia** contra Sentencia de Apelación dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Las Palmas de Gran Canaria de fecha 27 de junio de 2019, que desestimaba el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección Quinta) de fecha 12 de marzo de 2019 (Sumario 179/2018 del Juzgado de Instrucción nº 2 de DIRECCION000) y que condenaba a Nicanor por un delito de amenazas.

2.- Imponer a D.ª Noelia el **pago de las costas** ocasionadas en este recurso así como la **pérdida del importe del depósito** si este se hubiese constituido.

Comuníquese esta resolución al Tribunal Sentenciador a los efectos procedentes interesándole acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Antonio del Moral García Ana María Ferrer García

Leopoldo Puente Segura Javier Hernández García