

Roj: **STS 5251/2016 - ECLI:ES:TS:2016:5251**Id Cendoj: **28079120012016100908**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **30/11/2016**Nº de Recurso: **10273/2016**Nº de Resolución: **909/2016**Procedimiento: **PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO**Ponente: **JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP, Alicante, Sección 1ª, 16-02-2016,
STS 5251/2016**

En nombre del Rey

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

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta de Noviembre de dos mil dieciséis.

En el recurso de casación por quebrantamiento de forma, e infracción de Ley que ante Nos pende, interpuesto por **Nemesio**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Alicante, Sección Primera, que condenó al acusado como autor penalmente responsable de un delito continuado de quebrantamiento de condena, delito de amenazas, delito de coacciones, delito continuado de amenazas, delito intentado de lesiones; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación y Fallo, bajo la Presidencia del Primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, siendo también parte el Ministerio Fiscal, y dicho recurrente representado por la Procuradora Sra. Landete García.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de Violencia contra la mujer número uno de Elche, instruyó sumario con el número 3 de 2014, contra **Nemesio**, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Alicante, cuya Sección Primera, con fecha 16 de febrero de 2.016, dictó sentencia, que contiene los siguientes:

HECHOS PROBADOS: Probado y así se declara:

Primero.- El acusado, Nemesio, español, mayor de edad, DNI NUM000, con antecedentes penales computables, es ex pareja de Cristina. Sobre el acusado pesa la prohibición de aproximación a menos de 500 metros de Cristina, su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro frecuentado por ella, así como de comunicarse con ella por cualquier medio, y todo en virtud de la Sentencia de 16 de octubre de 2012, del Juzgado de lo Penal nº 2 de Elche, condenando al acusado por un delito de amenazas del artículo 171.4 y 5 del Código Penal y por un delito de coacciones del artículo 172.2 del mismo código, a las penas, entre otras, de prohibición de aproximarse a menos de 500 metros de Cristina, su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro frecuentado por ella, así como comunicarse con ella por cualquier medio con una duración total de 2 años y 2 días; y en virtud de la Sentencia de 23 de abril de 2013, del Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Elche condenando al acusado por un delito de amenazas del artículo 171.4 y 5 del Código Penal a las penas de 7 meses y 2 días de prisión, 2 años de privación del derecho a la tenencia y porte de armas y dos años de prohibición de aproximarse a menos de 500



metros de Cristina , su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro frecuentado por ella, así como comunicarse con ella por cualquier medio. Dichas Sentencias reflejan los antecedentes penales antes referidos.

Segundo.- Nemesio , con conocimiento de la prohibición de comunicación ha llamado a Cristina durante los meses de mayo y junio de 2014, realizando numerosas llamadas desde su teléfono, NUM001 , al teléfono de la perjudicada, así como enviándole también numerosos mensajes de texto y por medio de la aplicación "WHATSAPP". Durante este periodo acudió al lugar de trabajo de Cristina y a su vivienda y ha manteniendo relaciones sexuales consentidas con la misma.

Tercero.-El 3 de junio de 2014 el acusado envió a Cristina por medio de la aplicación "WHATSAPP" y proveniente del mismo número de teléfono antes dicho, mensajes como los siguientes "VENGA VAS DE ESTE PALO CONMIGO VALE TE ACORDARÁS DE MÍ", "LO Q AS ABUSAD DE MI PASARA FACTURA", "CÓGELO Y ABLA SERA MEJOR", causando así en Cristina un gran temor y angustia.

Cuarto.-El día 27 de junio de 2014, sobre las 8:15 de la tarde, Cristina se encontraba en una parada de autobús en- Alicante dispuesta para volver a su casa cuando pasó por la parada el acusado conduciendo el vehículo "NISSAN MICRA" matrícula W-....-WZ insistiéndole para , que se subiera con él en el coche y fueran juntos a Torrellano, lugar donde ella vive. Cristina se negó reiteradamente pero el acusado insistió llegando a decirle 'SI NO SUBES LE PRENDERÉ FUEGO A TU CASA". Ante el temor que provocaron sus palabras Cristina finalmente subió al vehículo.

Durante el trayecto hacia Torrellano comenzó una discusión entre el acusado y Cristina porque estaba gestionando su vuelta a su país natal, Argentina, con el fin de alejarse del acusado por el temor que éste le provocaba. Nemesio llegó con su vehículo a las inmediaciones de la vivienda de Cristina y ella soltó el cinturón de seguridad, abrió la puerta y le dijo que no quería verle más a lo que reacciona el acusado agarrándola con fuerza, cogiéndola del cuello, arañándola, forcejeando con ella que trataba de zafarse del acusado y salir del vehículo. Nemesio aceleró con el propósito de impedir que Cristina saliera del coche, continuando con el forcejeo, y le dijo él que si quería pelear lo harían como hombres, cogiendo dirección al campo de un amigo, próximo a Torrellano. Cristina consigue pisar el pedal del freno y detener el coche logrando apearse del mismo.

Una vez en la calzada, el acusado continuaba en el vehículo y de un modo amenazante se aproximaba a Cristina , yendo hacia adelante y hacia atrás, haciendo el ademán de atropellarla, generando en ella un gran temor. Finalmente la proximidad de otro coche hizo que el acusado se marchara.

Cristina finalmente llegó a su casa el mismo 27 de junio de 2014 y cuando se disponía a entrar en el portal el acusado apareció y corrió tras ella con gran agresividad. Cristina entró en su portal, quedando fuera el acusado, que estuvo llamándola al interfono del edificio y a su teléfono móvil numerosas ocasiones, gritando desde la calle con objeto de hablar con Cristina .

Quinto.-A la mañana siguiente, sobre las 7:50 horas del 28 de junio de 2015, Cristina abandonó su casa para dirigirse a su lugar de trabajo y al caminar por la calle, cerca de la plaza de San Crispín de Torrellano, apareció el acusado vistiendo una cazadora azul oscuro marca "NIKE", un casco de motocicleta blanco que le cubría media cabeza y unas zapatillas deportivas azules marca "TEN CONFORT". Pese a su intento de ocultarse, tratando de eliminar la posibilidad de ser identificado, la víctima le reconoció, lo que la hizo estar alerta. Se acercó a ella y le dijo "SABES LO QUE LE HAS HECHO A MI MADRE, TE VA A QUEDAR LA CARA BONITA", para a continuación arrojarle líquido de una botella de marca "ASEVI" siendo desincrustante quitacementos, ácido clorhídrico con una concentración del 17% y que en contacto con la piel provoca irritación cutánea y en contacto con los ojos irritación ocular grave. Cristina , atemorizada trató de apartarse y cubrirse, sin embargo el líquido abrasivo la alcanzó causándole lesiones consistentes en quemadura en espalda, leve eritema en el cuero cabelludo. Estas lesiones requirieron una primera asistencia facultativa y vigilancia o seguimiento facultativo, sin posterior tratamiento médico o quirúrgico. El tiempo de curación resultó ser de 2 días, ninguno impeditivo ni de hospitalización. Sin defecto ni deformidad.

Segundo.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

FALLO: Que DEBEMOS DE CONDENAR Y CONDENAMOS A Nemesio como autor de los siguientes delitos:

- Un **DELITO CONTINUADO QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA** del Art. 468,2 y 74 del Código Penal , a la pena de 1 AÑO DE PRISIÓN con la accesoria de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena

- Un **DELITO DE AMENAZAS** del artículo 171. 4 y 5 con quebrantamiento de condena del Código Penal con la agravante de reincidencia, a 1 AÑO DE PRISIÓN, accesoria de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena; privación del derecho a la tenencia y porte de armas de 27 meses, con la pérdida de la vigencia del permiso o licencia. Y la prohibición de aproximarse a menos de 2.000 metros



de Cristina , su domicilio, lugar de trabajo y cualquier otro que sea frecuentado por ella por un tiempo de 48 meses. Y la prohibición de comunicación directa o indirecta, por cualquier medio, con Cristina por un tiempo de 48 meses.

-Un *DELITO DE COACCIONES* del Art. 172.1 del Código Penal en el que concurre la agravante la mixta de parentesco, a la pena de 2 AÑOS DE PRISIÓN con accesoria de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena. Y la prohibición de aproximarse a menos de 2.000 metros de Cristina , su domicilio, lugar de trabajo y cualquier otro que sea frecuentado por ella por un tiempo de 48 meses. Y la prohibición de comunicación directa o indirecta, por cualquier medio, con Cristina por un tiempo de 48 meses.

- Un *DELITO CONTINUADO DE AMENAZAS* del artículo 169,2 del Código Penal en el que concurren la agravante de reincidencia y la mixta de parentesco 2 AÑOS DE PRISIÓN , accesoria de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena. Y la prohibición de aproximarse a menos de 2.000 metros de Cristina , su domicilio, lugar de trabajo y cualquier otro que sea frecuentado por ella por un tiempo de 48 meses. Y la prohibición de comunicación directa o indirecta, por cualquier medio, con Cristina por un tiempo de 48 meses.

-Un *DELITO INTENTADO DE LESIONES* de los artículo 16 , 62 y 147,1 código penal a la pena de multa de 5 MESES con cuota diaria de seis euros, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago. Y la prohibición de aproximarse a menos de 2.000 metros de Cristina , su domicilio, lugar de trabajo y cualquier otro que sea frecuentado por ella por un tiempo de 48 meses. Y la prohibición de comunicación directa o indirecta, por cualquier medio, con Cristina por un tiempo de 48 meses

En vía de responsabilidad civil Nemesio indemnizara a Cristina 100 euros por las lesiones causadas.

Y absolvemos al acusado Nemesio de un delito de coacciones del artículo 172,2 CP del que venia siendo acusado.

Condenándole así mismo, al pago de las 5/6 partes de las costas procesales.

Para el cumplimiento de la pena privativa de libertad y responsabilidad personal subsidiaria que se impone abonamos al procesado todo el tiempo que ha estado privado de libertad por esta causa si no lo tuvieron absorbido por otras.

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley, por Nemesio 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 del recurrente, basa su recurso en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN.

MOTIVO 1º: Al amparo del art. 849-1º LECRIM , por inaplicación de la circunstancia 5ª del art. 21 CP .

MOTIVO 2º: Al amparo del art. 851-3º LECRIM , por no hacer mención en la sentencia sobre el pago de la responsabilidad civil y la consecuente aplicación de la circunstancia atenuante 5ª del art. 21 CP .

MOTIVO 3º: Al amparo del art. 851-3º LECRIM , por no hacer mención en la sentencia sobre el pago de la responsabilidad civil y la consiguiente aplicación de la circunstancia 3ª del art. 21 CP .

MOTIVO 4º: Al amparo del art. 849-1º LECRIM , por haber mediado aplicación indebida de los arts. 468.2 y 74 , 171.4 y 5 , 172.1 , 169.2 y 147.1 , 16 y 66 CP por separado, siendo un solo hecho.

MOTIVO 5º: Al amparo del art. 849-1º LECRIM , por haber mediado aplicación indebida del art. 171.4 y 5 CP .

MOTIVO 6º: Al amparo del art. 849-1º LECRIM , por haber mediado aplicación indebida del art. 172.1 CP .

MOTIVO 7º: Al amparo del art. 849-1º LECRIM , por haber mediado aplicación indebida del art. 169.2 y 74 CP .

MOTIVO 8º: Al amparo del art. 849-1º LECRIM , por haber mediado aplicación indebida de los arts. 16 , 62 y 147.1 CP .

MOTIVO 9º: Al amparo de los arts. 852 LECRIM y 5.1 y 4 LOPJ , por haber mediado vulneración del art. 24.2 CE , derechos a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva.

MOTIVO 10º: Al amparo de los arts. 852 LECRIM y 5.1 y 4 LOPJ , por haber mediado vulneración del art. 24 CE , derecho a la tutela judicial efectiva.

Quinto.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto no estimó necesaria la celebración de vista oral para su resolución y solicitó la inadmisión y subsidiariamente la desestimación del mismo por las razones



expuestas en su informe; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento se celebró la deliberación prevenida el día veintitrés de noviembre de dos mil dieciséis.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Articula el recurrente diez motivos, el primero, cuarto, quinto, sexto, séptimo y octavo por infracción de Ley del art. 849.1 LECrim , el segundo y tercero por quebrantamiento de forma, art. 851.3 LECrim , incongruencia omisiva, y el noveno y décimo, por vulneración de derechos constitucionales, art. 852 LECrim , y 5.1 y 4 LOPJ , presunción de inocencia y tutela judicial efectiva. Por razones metodológicas es necesario concienciar el análisis del motivo noveno, presunción de inocencia, por cuanto su eventual estimación haría innecesario el estudio de los restantes, continuando con los quebrantamiento de forma (art. 901 bis a), infracción de Ley, para terminar con el décimo sobre motivación de las penas impuestas.

PRIMERO: El motivo noveno al amparo de los arts. 852 LECrim , y 5.1 y 4 LOPJ , por haber mediado vulneración del art. 24.2 CE , al negársele al recurrente la presunción de inocencia, produciéndole vulneración a la tutela judicial efectiva.

El recurrente acepta el quebrantamiento de condena -aunque en un principio fue aceptado y consentido por la víctima, pero respecto al resto de los delitos niega sistemáticamente su comisión.

En cuanto a las lesiones se encontraba en el Hospital de Elche a la hora en que acontecieron los hechos, y solo por la manifestación de la perjudicada se da por auténtica, sin que los testigos pudieran reconocer a nadie.

Con el delito de coacciones incide lo mismo solo media la palabra de la víctima.

El acusado niega todo como el hecho de amenazar con quemar la casa si no se sube al coche.

Y llama la atención y no se entiende por qué se accede a restablecer la relación cuando se cumplen las penas. Porque acepta de buen grado esta situación y el porqué da por cumplida la misma a su antojo.

El motivo debe ser desestimado.

1º Con carácter previo debemos recordar como la jurisprudencia - SSTS. 503/2013 de 19.6 , 927/2013 de 1.12 , 544/2016 de 21.6 , tiene declarado que 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 éste solo corresponde esa función valorativa, pero si puede este Tribunal verificar que, efectivamente, el Tribunal "a quo" contó con suficiente prueba de signo acusatorio sobre la comisión del hecho 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, intermediación y contradicción y comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el Juzgador el proceso de un 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 12.7).

Así pues, al Tribunal de casación le corresponde comprobar que el Tribunal ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que existió porque se realiza con observancia de la legalidad en su obtención y se practica en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de intermediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad, y que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo. 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 el momento de los hechos, anterior a la vigencia LO. 41/2015 en nuestro ordenamiento 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, actividad que desarrolla en los aspectos no comprometidos con la intermediación 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 sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de intermediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad. Además, el proceso racional, expresado en la sentencia, a través del que la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo (STS. 299/2004 de 4.3). Esta estructura racional del discurso valorativo si puede ser revisada en casación, censurando aquellas fundamentaciones que resulten



ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva arbitrarias (art. 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 25.10).

Doctrina esta que ha sido recogida en la STC. 123/2006 de 24.4 , que recuerda en cuanto al derecho de presunción de inocencia, art. 24.2 CE . que "se configura en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo validas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en ellos. En cualquier caso es doctrina consolidada de este Tribunal que no le corresponde revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, sustituyendo de tal forma a los Jueces y Tribunales ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el art. 117.3 CE . sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta... De modo que sólo podemos considerar insuficiente la conclusión probatoria a la que hayan llegado los órganos judiciales desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia si, a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado, desde una perspectiva objetiva y externa, que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable. En tales casos, aún partiendo de las limitaciones ya señaladas al canon de enjuiciamiento de este Tribunal y de la posición privilegiada de que goza el órgano judicial para la valoración de las pruebas, no cabrá estimar como razonable, bien que el órgano judicial actuó con una convicción suficiente, más allá de toda duda razonable, bien la convicción en sí (STC. 300/2005 de 2.1 , FJ. 5).

En definitiva, como esta Sala ha repetido de forma constante, en el ámbito del control casacional, cuando se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, se concreta, en la verificación de si la prueba de cargo en base a la cual el Tribunal sentenciador dicto sentencia condenatoria fue obtenida con respeto a las garantías inherentes del proceso debido, y por tanto:

- en primer lugar, debe analizar el "juicio sobre la prueba", es decir, si existió prueba de cargo, entendiendo por tal aquella que haya sido obtenida con respeto al canon de legalidad constitucional exigible, y que además, haya sido introducida en el Plenario de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y sometida a los principios que rigen dicho acto. Contradicción, intermediación, publicidad e igualdad.

- en segundo lugar, se ha de verificar "el juicio sobre la suficiencia", es decir, si constatada la existencia de prueba de cargo, ésta es de tal consistencia que tiene virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia.

- en tercer lugar, debemos verificar "el juicio sobre la motivación y su razonabilidad", es decir si el Tribunal cumplió con el deber de motivación, es decir si explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia, ya que la actividad de enjuiciamiento es por un lado una actuación individualizadora no seriada, y por otra parte es una actividad razonable, por lo tanto, la exigencia de que sean conocidos los procesos intelectuales del Tribunal sentenciador que le han llevado a un juicio de certeza de naturaleza incriminatoria para el condenado, es, no sólo un presupuesto de la razonabilidad de la decisión, sino asimismo una necesidad para verificar la misma cuando la decisión sea objeto de recurso, e incluso la motivación fáctica actúa como mecanismo de aceptación social de la actividad judicial.

En definitiva, el ámbito del control casacional en relación a la presunción de inocencia se concreta en verificar si la motivación fáctica alcanza el estándar exigible y si, en consecuencia, la decisión alcanzada por el Tribunal sentenciador, en sí misma considerada, es lógico, coherente y razonable, de acuerdo con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, aunque puedan existir otras conclusiones porque no se trata de comparar conclusiones sino más limitadamente, si la decisión escogida por el Tribunal sentenciador soporta y mantiene la condena, - SSTC 68/98 , 85/99 , 117/2000 , 4 de Junio de 2001 ó 28 de Enero de 1002 , ó de esta Sala 1171/2001 , 6/2003 , 220/2004 , 711/2005 , 866/2005 , 476/2006 , 528/2007 entre otras-

Por ello, queda fuera, extramuros del ámbito casacional verificado el canon de cumplimiento de la motivación fáctica y la razonabilidad de sus conclusiones alcanzadas en la instancia, la posibilidad de que esta Sala pueda sustituir la valoración que hizo el Tribunal de instancia, ya que esa misión le corresponde a ese Tribunal en virtud del art. 741 LECriminal y de la intermediación de que dispuso, intermediación que no puede servir de coartada para eximir de la obligación de motivar.

Así acotado el ámbito del control casacional en relación a la presunción de inocencia, bien puede decirse que los Tribunales de apelación, esta Sala de Casación o incluso el Tribunal Constitucional en cuanto controlan la motivación fáctica de la sentencia sometida a su respectivo control, actúan verdaderamente como Tribunales de legitimación de la decisión adoptada en la instancia, en cuanto verificar la solidez y razonabilidad de las conclusiones alcanzadas, confirmándolas o rechazándolas -- SSTS de 10 de Junio de 2002 , 3 de Julio de 2002 ,



1 de Diciembre de 2006 , 685/2009 de 3 de Junio -y por tanto controlando la efectividad de la interdicción de toda decisión inmotivada o con motivación arbitraria.

La sentencia de esta Sala Segunda nº 131/2010 de 18.1 , hace un compendio de la doctrina jurisprudencial sobre el control casacional de la valoración probatoria, en el sentido de que "ni el objeto del control es directamente el resultado probatorio, ni se trata en casación de formar otra convicción valorativa sin disponer de la imprescindible intermediación que sólo tuvo el Tribunal de instancia. El objeto de control es la racionalidad misma de la valoración elaborada por éste a partir del resultado de las pruebas que presencié. No procede ahora por tanto que el recurrente sugiera o proponga otra valoración distinta que desde su punto de vista se acomode mejor a su personal interés, sino que habrá de argumentar que es irracional o carente de lógica el juicio valorativo expresado por el Tribunal de la instancia". Al objeto de control es la racionalidad misma de la valoración elaborada por éste a partir de las pruebas que presencié. No procede ahora por tanto que el recurrente sugiera o proponga otra valoración distinta que desde un punto de vista se acomode mejor a su personal interés, sino que habrá de argumentar que es irracional o carente de lógica el juicio valorativo expresado por tribunal de instancia.

Partiendo del presupuesto necesario de que han de existir medios de pruebas válidas y lícitas, de contenido incriminatorio, no bastará para tener por desvirtuada la presunción de inocencia con constatar que el Juzgado de instancia alcanzó la experiencia subjetiva de una íntima convicción firme sobre lo sucedido, sino que debe revisarse en casación si esa convicción interna se justifica objetivamente desde la proyectiva de la coherencia lógica y de la razón.

A esta Sala por tanto no le corresponde formar su personal convicción a partir del examen de unas pruebas que no presencié, para a partir de ella confirmar la valoración del Tribunal de instancia en la medida en que una y otra sean coincidentes -lo que ha de examinar es si la valoración del juzgador, es decir, la suya que es la única que existe porque esta Sala no le sustituye con ninguna otra propia, es homologable por su misma lógica y razonabilidad; o como dice la STS 16.12.2009 , si más allá del convencimiento subjetivo, que el Juez al valorar los medios de prueba adquiere sobre la veracidad de la acusación, puede estimarse que los medios que valoró autorizan a tener por objetivamente aceptable la veracidad de la acusación y que no existen otras alternativas a la hipótesis que justificó la condena susceptibles de calificarse también como razonables. Para que una decisión de condena quede sin legitimidad bastará entonces con que la justificación de la duda se consiga evidenciando que existan buenas razones que obstan aquella certeza objetiva. En síntesis, es necesario que concurra prueba de cargo lícita y válida, y es preciso también que el tribunal de instancia haya obtenido la certeza Sin lo primero es ocioso el examen de los demás porque falta el presupuesto mínimo para desvirtuar la presunción de inocencia. Y si falta lo segundo, porque el tribunal expresa duda y falta de convicción, la absolución se impone por el principio "in dubio pro reo". Pero dándose ambas condiciones además es necesario un tercer elemento: que entre el presupuesto y la convicción exista objetivamente un enlace de racionalidad y lógica cuyo control corresponde al tribunal de casación, en un examen objetivo que nada tiene que ver con la formación propia de una convicción propia sustantiva que no es posible sin la intermediación de la prueba".

2) *En cuanto a la declaración de la víctima* Esta Sala en STS. 625/2010 de 6.7 tiene declarado, recogiendo reiterada jurisprudencia que: "La declaración de la víctima es una actividad probatoria hábil en principio, para enervar el derecho fundamental a la presunción de inocencia. *Encuadrable en la prueba testifical, su valoración corresponde al Tribunal de instancia* que con creencia de los principios que rigen la realización del juicio y la práctica de la prueba oye lo que los testigos deponen sobre hechos percibidos sensorialmente. Elemento esencial para esa valoración es la intermediación a través de la cual el tribunal de instancia forma su convicción, no sólo por lo que el testigo ha dicho, sino también su disposición, las reacciones que sus afirmaciones provocan en otras personas, la seguridad que transmite, en definitiva, todo lo que rodea una declaración y que la hace creíble, o no, para formar una convicción judicial.

La credibilidad de la víctima es un apartado difícil de valorar por la Sala de casación, pues no ha presenciado esa prueba pero en su función revisora de la valoración de la prueba puede valorar la suficiencia de la misma y el sentido de cargo que tiene, así como sobre la racionalidad de la convicción manifestada por el tribunal sentenciador de instancia. Por ello el testimonio de la víctima cuando se erige en prueba de cargo, como normalmente sucede en hechos como el enjuiciado, está sujeto a la hora de su valoración a unos criterios, que no exigencias (STS. 15.4.2004), como son los de ausencia de incredibilidad, verosimilitud del testimonio y persistencia en la incriminación.

a) Respecto al criterio de la incredibilidad tiene, como señala la sentencia de 23 de septiembre de 2004 dos aspectos subjetivos relevantes:



a) *Las propias características físicas o psicoorgánicas, en las que se ha de valorar su grado de desarrollo y madurez, y la incidencia que en la credibilidad de sus afirmaciones pueden tener algunas veces ciertos trastornos mentales o enfermedades como el alcoholismo o la drogadicción.*

b) *La inexistencia de móviles espurios que pudieran resultar bien de las tendencias fantasiosas o fabuladoras de la víctima, como un posible motivo impulsor de sus declaraciones, o bien de las previas relaciones acusado-víctima, denotativas de móviles de odio o de resentimiento, venganza o enemistad, que enturbien la sinceridad de la declaración haciendo dudosa su credibilidad, y creando un estado de incertidumbre y fundada sospecha incompatible con la formación de una convicción inculpatoria sobre bases firmes; pero sin olvidar también que aunque todo denunciante puede tener interés en la condena del denunciado, no por ello se elimina de manera categórica el valor de sus afirmaciones, pues a nadie se le escapa, dicen las SSTs. 19.12.2005 y 23.5.2006, que cuando se comete un delito en el que aparecen enemistados autor y víctima, puede ocurrir que las declaraciones de esta última tengan que resultar verosímiles por las concretas circunstancias del caso. Es decir la concurrencia de alguna circunstancia de resentimiento, venganza, enemistad o cualquier otro motivo ético y moralmente inadmisibles es solamente una llamada de atención para realizar un filtro cuidadoso de sus declaraciones, no pudiéndose descartar aquellas que, aún teniendo estas características, tienen solidez, firmeza y veracidad objetiva. Es por cuanto si bien el principio de presunción de inocencia impone en todo análisis fáctico partir de la inocencia del acusado, que debe ser desvirtuada fuera de toda duda razonable por la prueba aportada por la acusación, si dicha prueba consiste en el propio testimonio de la víctima, una máxima común de experiencia le otorga validez cuando no existe razón alguna que pudiese explicar la formulación de la denuncia contra persona determinada, ajena al denunciante, que no sea la realidad de lo denunciado.*

b) *Por lo que a la verosimilitud del testimonio se refiere y siguiendo las pautas de la citada sentencia de 23 de septiembre de 2004, aquella, la verosimilitud, debe estar basada en la lógica de su declaración y el suplementario apoyo de datos objetivos. Esto supone:*

a) *La declaración de la víctima ha de ser lógica en sí misma, o sea no contraria a las reglas de la lógica vulgar o de la común experiencia, lo que exige valorar si su versión es o no insólita, u objetivamente inverosímil por su propio contenido.*

b) *La declaración de la víctima ha de estar rodeada de corroboraciones periféricas de carácter objetivo obrantes en el proceso; lo que significa que el propio hecho de la existencia del delito esté apoyado en algún dato añadido a la pura manifestación subjetiva de la víctima (Sentencias de 5 de junio de 1992; 11 de octubre de 1995; 17 de abril y 13 de mayo de 1996; y 29 de diciembre de 1997). Exigencia que, sin embargo habrá de ponderarse adecuadamente en delitos que no dejan huellas o vestigios materiales de su perpetración (art. 330 LECrim .), puesto que, como señala la sentencia de 12 de julio de 1996, el hecho de que en ocasiones el dato corroborante no pueda ser contrastado no desvirtúa el testimonio si la imposibilidad de la comprobación se justifica en virtud de las circunstancias concurrentes en el hecho. Los datos objetivos de corroboración pueden ser muy diversos: lesiones en delitos que ordinariamente las producen; manifestaciones de otras personas sobre hechos o datos que sin ser propiamente el hecho delictivo atañen a algún aspecto fáctico cuya comprobación contribuya a la verosimilitud del testimonio de la víctima; periciales sobre extremos o aspectos de igual valor corroborante; etcétera.*

c) *Por último, en lo que se refiere a la persistencia en la incriminación, y siguiendo la doctrina de la repetida sentencia, supone:*

a) *Ausencia de modificaciones esenciales en las sucesivas declaraciones prestadas por la víctima sin contradecirse ni desdecirse. Se trata de una persistencia material en la incriminación, valorable «no en un aspecto meramente formal de repetición de un disco o lección aprendida, sino en su coincidencia sustancial de las diversas declaraciones» (Sentencia de 18 de junio de 1998).*

b) *Concreción en la declaración que ha de hacerse sin ambigüedades, generalidades o vaguedades. Es valorable que especifique y concrete con precisión los hechos narrándolos con las particularidades y detalles que cualquier persona en sus mismas circunstancias sería capaz de relatar.*

c) *Coherencia o ausencia de contradicciones, manteniendo el relato la necesaria conexión lógica entre sus diversas partes.*

En todo caso los indicados criterios no son condiciones objetivas de validez de la prueba sino parámetros a que ha de someterse la valoración del testimonio de la víctima, delimitando el cauce por el que ha de discurrir una valoración verdaderamente razonable y controlable así casacionalmente a la luz de las exigencias que estos factores de razonabilidad valorativos representen.

Por ello -como decíamos en las SSTs. 10.7.2007 Y 20.7.2006 - la continuidad, coherencia y persistencia en la aportación de datos o elementos inculpativos, no exige que los diversos testimonios sean absolutamente



coincidentes, bastando con que se ajusten a una línea uniforme de la que se pueda extraer, al margen de posibles matizaciones e imprecisiones, una base sólida y homogénea que constituye un referente reiterado y constante que esté presente en todas las manifestaciones.

Por tanto, los indicados criterios, no son condiciones objetivas de validez de la prueba sino parámetros mínimos de contraste a que ha de someterse la declaración de la víctima.

De todos modos en la STS. 331/2008 de 9.6 , se advertía en relación con la persistencia de la víctima en sus declaraciones que "el medio de prueba es el que se produce en el juicio oral... la ausencia de una coincidencia mimética entre las distintas declaraciones no pueden extraerse consecuencias necesariamente negativas respecto a su veracidad si se mantiene lo declarado de forma sustancial. La existencia de alteraciones pueden encontrar explicación en la progresión de los recursos o en su ampliación o precisión por parte del propio declarante, en la misma forma en que se desarrolla el interrogatorio, que puede requerir de quien declara mayor o menor precisión e incluso en la forma en la que el contenido de lo declarado es plasmado en el acta. Lo que importa en realidad es por una parte, que lo declarado se mantenga sustancialmente, y por la otra, parte que, ya en el juicio oral, las partes planteen las posibles inexactitudes de la versión del testigo a través del interrogatorio para permitir una más completa valoración por parte del tribunal sobre la base de la inmediación.

-En el caso presente la sentencia recurrida, fundamentos jurídicos primero y segundo detalla minuciosamente las pruebas practicadas en el plenario, y su aptitud para enervar la presunción de inocencia del recurrente.

1º Asi valora el testimonio de la víctima Cristina y las considera persistentes en el tiempo, serenas y rotundas, sin ambages ni contradicciones esenciales. Concluyendo que se trata de una declaración verosímil tanto en la forma como en el fondo, siendo convincente en su relato y proporcionando explicaciones y detalles de todo lo acontecido, razones por las que dicho tribunal otorga una especial fuerza probatoria a dicho testimonio.

2º Igualmente descarta por no haberse evidenciado ni acreditado signos de animadversión o venganza en la víctima hacia el procesado que le hayan llevado a una acusación tan grave.

3º Y recoge diversos elementos corroboradores con la declaración de Cristina :

1) de la testifical de Amador testigo que no guarda relación alguna con ninguno de los implicados y que carece de interés en la causa, que observa el incidente del día 27 de junio en la carretera cercana al campo, donde llevaba el acusado a Cristina . Este testigo depuso a preguntas del Ministerio Fiscal, que le llamó la atención un coche con las luces apagadas en medio de la carretera, dando marcha atrás y hacia delante, que esto le hizo disminuir la velocidad y que observó a una mujer subida en un montículo. Que al marcharse el vehículo, le dijo a Cristina que si necesitaba ayuda y la llevó a su casa a Torrellano y que esta le dijo que había sido su ex pareja la que le estaba atacando. Asimismo manifestó que volvió a ver el vehículo cerca de la casa de Cristina . 2) Del testimonio de Eduardo , testigo presencial del hecho acontecido el día 28 de junio en la cercanía del Café San Crispín, narra con claridad como vio a un hombre con un casco en la cabeza y una cazadora que comenzó a tirar un líquido a una mujer, que creyó que era gasolina y que salió corriendo a auxiliar a la víctima, lo que hizo huir al acusado. 3) El testimonio del Policía Local de Elche nº NUM002 que acude en auxilio de Cristina y no persigue al agresor al decirle esta que conocía perfectamente al agresor y que era su ex pareja. 4) El informe pericial de la DGP Cuerpo de Policía Nacional Unidad Central de Análisis Científicos del perfil genético encontrado en la parte delantera y trasera del caso que utiliza el agresor el día 28 de junio, concluye que es más probable en una proporción de 3 quintillones de veces que el perfil genético encontrado en las muestras fuera de Nemesio . 5) La manifestaciones del Policía Nacional con carnet profesional número NUM003 que manifiesta que cuando detiene en el hospital de Elche al acusado, una sanitaria le manifiesta que había solicitado que, en el certificado del centro, se alterara la hora en que llegó al hospital adelantándola en una hora. 6) las cazadoras que aparecen en el vehículo del acusado en el registro del hospital de Elche. Y, 7) De la pericial forense y de los partes de asistencia médica inicial de la víctima, en cuanto constatan una serie de lesiones, en concreto, quemadura en espalda, leve eritema en el cuero cabelludo. 4) Y por último analiza la versión exculpatoria del acusado negando que estuviera con Cristina el 27 junio por la tarde, que no sabe nada del incidente de la parada del autobús, que no llevó a Cristina a Torrellano y que no estuvo presente en el incidente de la carrera, y que no sabe nada de la agresión con el líquido abrasivo y que él se encontraba en el Hospital porque le dolía la garganta. Versión que rechaza al no contar con prueba objetiva alguna y ni siquiera alcanza a explicar las ropas que se encuentran en su vehículo y el uso del casco de moto que aparece en las inmediaciones y que efectivamente utilizó ese día.

Siendo así no cabe sino ratificar las conclusiones alcanzadas por el Tribunal de instancia, ya que se basó en prueba suficiente, válidamente obtenida y practicada, ajustándose el juicio de inferencia realizado a tal fin por el tribunal de instancia a las reglas de la lógica y a los principios de la experiencia, y a los parámetros de racionalidad y modificación exigibles, quedando extramuros de la competencia de esta Sala censurar el criterio de dicho Tribunal sustituyéndole mediante otra valoración alternativa del significado de los elementos



de prueba disponibles, por lo que no se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia de los hoy recurrentes quienes en su argumentación critican la fuerza de convicción de las pruebas de apoyo en sus exclusivas manifestaciones exculpatorias, olvidando que el problema no es que no haya más pruebas de cargo, o incluso que existan pruebas de descargo que la Sala no haya creído, sino determinar si las pruebas de cargo en las que se ha apoyado la Sala de instancia para condenar son suficientes y han sido racional y lógicamente valoradas.

Y en este caso no puede considerarse que la valoración de la Sala haya sido manifiestamente errónea. Por el contrario ha contado con suficiente prueba de carácter incriminatorio con aptitud para enervar la presunción de inocencia. Convicción de la Sala lógica y racional y conforme a las máximas de experiencia común, y que conlleva la desestimación del motivo, por cuanto -como recuerda la STS. 849/2013 de 12.11 - "el hecho de que la Sala de instancia dé valor preferente a aquellas pruebas incriminatorias frente a la versión que pretende sostener el recurrente, no implica, en modo alguno, vulneración del derecho a la presunción de inocencia, antes al contrario, es fiel expresión del significado de la valoración probatoria que integra el ejercicio de la función jurisdiccional, y se olvida que el respeto al derecho constitucional que se dice violado no se mide, desde luego, por el grado de aceptación por el órgano decisorio de las manifestaciones de descargo del recurrente".

SEGUNDO: El motivo segundo al amparo del art. 851.3º LECrim , por no hacer mención en la sentencia sobre el pago de la responsabilidad civil y la consecuente aplicación de la circunstancia del art. 21.5, dado que el recurrente antes del juicio oral consignó la cantidad que el Ministerio Fiscal señaló en su escrito de conclusiones provisionales como indemnización por el delito de lesiones y a cargo del recurrente.

Respecto a la incongruencia omisiva la jurisprudencia, por todas STS. 714/2016 de 26.9 tiene dicho que este vacío denominado "incongruencia omisiva", SS 721/2010 de 15-10 , 1029/2010, de 1-12 , 1100/2011 de 27-10 , o también "fallo corto" aparece en aquellos casos en los que el Tribunal de instancia vulnera el deber de atendimiento y resolución de aquellas pretensiones que se hayan traído al proceso oportuna y temporalmente, frustrando con ello el derecho de la parte, integrado en el de tutela judicial efectiva, a obtener una respuesta fundada en derecho sobre la cuestión formalmente planteada (STS. 170/2000 de 14.2). Aparece, por consiguiente, cuando la falta o ausencia de respuesta del Juzgador se refiere a cuestiones de derecho planteadas por las partes, no comprendiéndose en el mismo las cuestiones fácticas, que tendrán su cauce adecuado a través de otros hechos impugnativos, cual es el ya mencionado previsto en el art. 849.2 LECrim . error en la apreciación de la prueba, o a través del cauce del derecho fundamental a la presunción de inocencia (STS. 182/2000 de 8.2). Por ello, no puede prosperar una impugnación basada en este motivo en el caso de que la cuestión se centre en la omisión de una argumentación, pues el Tribunal no viene obligado a dar una respuesta explícita a todas y cada una de las alegaciones o argumentaciones, bastando con la respuesta a la pretensión realizada, en la medida en que implique también una desestimación de las argumentaciones efectuadas en sentido contrario a su decisión (STS. 636/2004 de 14.5) y desde luego, como ya hemos dicho, tampoco prosperará el motivo del recurso se base en omisiones fácticas, pues el defecto procesal de incongruencia omisiva en ningún caso se refiere a cuestiones de hecho (STS. 161/2004 de 9.2).

"Puntos", nos dice literalmente este art. 851.3º. "Puntos litigiosos", nos decía el art. 359 LECivil derogado por la nueva Ley 1/2000, que también habla de "pretensiones". Este último término (pretensiones) es el que usa nuestro Tribunal Constitucional cuando trata esta materia de la incongruencia por omisión a propósito del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE , mientras que en la Sala Segunda del Tribunal Supremo preferimos hablar de "cuestiones jurídicas".

Expresiones varias con las que se trata de decir lo mismo: los extremos concretos que deban resolverse en toda sentencia, para excluir las meras cuestiones fácticas y también las simples argumentaciones utilizadas en apoyo de cada pretensión deducida por la parte. Las partes activas y pasivas de cualquier proceso realizan sus peticiones al tribunal correspondiente. Estas peticiones se amparan en determinados planteamientos jurídicos. Podemos decir que cada uno de estos planteamientos son los "puntos" que deben resolverse en la sentencia. "Puntos" que, se diferencian, por un lado, de los hechos en que esa petición se apoya y, por otro lado, de los meros argumentos o razones especulativas con que se trata de justificar desde el punto de vista del Derecho la necesidad de aplicar una norma determinada al caso correspondiente.

En resumen, la jurisprudencia (SSTS. 23.3.96 , 18.12.96 , 29.9.99 , 14.2.2000 , 27.11.2000 , 22.3.2001 , 27.6.2003 , 12.5.2004 , 22.2.2006 , 11.12.2006), viene exigiendo las siguientes condiciones para que pueda apreciarse este motivo:

1) que la omisión padecida venga referida a temas de carácter jurídico suscitadas por las partes oportunamente en sus escritos de conclusiones definitivas y no a meras cuestiones fácticas, extremos de hecho o simples argumentos.



2) que la resolución dictada haya dejado de pronunciarse sobre concretos problemas de Derecho debatidos legal y oportunamente, lo que a su vez, debe matizarse en un doble sentido:

a) que la omisión se refiera a pedimentos, peticiones o pretensiones jurídicas y no a cada una de las distintas alegaciones individuales o razonamientos concretos en que aquellas se sustenten, porque sobre cada uno de éstos no se exige una contestación judicial explícita y pormenorizada, siendo suficiente una respuesta global genérica (STC. 15.4.96).

b) que dicha vulneración no es apreciable cuando el silencio judicial puede razonablemente interpretarse como desestimación implícita o tácita constitucionalmente admitida (SSTC. 169/94 , 91/95 , 143/95), lo que sucede cuando la resolución dictada en la instancia sea incompatible con la cuestión propuesta por la parte, es decir, cuando del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución judicial puede razonablemente deducirse no sólo que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida, sino además los motivos fundamentadores de la respuesta tácita (STC. 263/93 ; TS. 96 y 1.7.97).

3) que aún, existiendo el vicio, éste no pueda ser subsanado por la casación a través de otros planteamientos de fondo aducidos en el recurso (SSTS. 24.11.2000 , 18.2.2004).

En estos últimos casos esta Sala ha procedido a dar respuesta razonada a la pretensión no resuelta por el Tribunal de instancia. En atención al derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas "cuando exista en el recurso un motivo de fondo que permita subsanar la omisión denunciada, analizando razonadamente y resolviendo motivadamente, la cuestión planteada, se ofrece a esta Sala la oportunidad de examinar la cuestión de fondo cuyo tratamiento ha sido omitido, satisfaciendo a su vez el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso sin dilaciones indebidas, evitando las dilaciones que se producirían si la causa hubiese de volver al Tribunal de instancia y posteriormente, de nuevo, a este Tribunal de casación (STS. 1095/99 de 5.7 entre otras).

Así la STS 292/2000, de 7-4 , trata la posibilidad de que al resolver el T.S. sobre la cuestión de fondo, también propuesta como motivo de casación, deje con su propia argumentación resuelto también el tema de la incongruencia negativa. Es decir, cuando sobre el mismo tema se haya planteado este quebrantamiento de forma del art. 851.3 LECrim . y al propio tiempo otro de infracción de ley del art. 849.1, en estos casos procede entenderse que la pretensión de la parte queda satisfecha con la argumentación que para resolver sobre el fondo, habría de hacer esta Sala al resolver el recurso.

-En el caso sometido a la censura casacional, en principio podría darse el quebrantamiento de forma denunciado pues la Sala omite pronunciarse sobre la referida atenuante. Ello no obstante, en este caso, no puede accederse a esta petición y el motivo no puede prosperar tanto por razones procesales como sustantivas.

En primer lugar la posible concurrencia de la atenuante de reparación no consta fuese planteada en la instancia.

La doctrina sobre la posibilidad de abrir la casación a cuestiones no debatidas en la instancia (SSTS. 705/2012 de 27.9 , 383/2013 de 12.4), se articula en dos puntos:

a) El ámbito de la casación y en general de los recursos se restringe a las cuestiones, temas o pretensiones que fueron planteadas formalmente en la instancia por las partes. No pueden introducirse *per saltum* cuestiones diferentes, hurtándolas del necesario debate contradictorio en la instancia y de una respuesta que, a su vez, podría haber sido objeto de impugnación por las otras partes. Es consustancial al recurso de casación circunscribirse al examen de errores legales que pudo cometer el Tribunal de instancia al enjuiciar los temas que las partes le plantearon (SSTS. 545/2003 de 15 de abril , 1256/2002 de 4 de julio , 344/2005 de 18 de marzo ó 157/2012 de 7 de marzo).

b) Ese principio general admite algunas excepciones. De una parte, la alegación de infracciones de rango constitucional que puedan acarrear indefensión. De otra, la vulneración de preceptos penales sustantivos cuya aplicación hubiese beneficiado al reo. El ejemplo paradigmático es la apreciación de una atenuante. Para admitir esa excepción se suele exigir la constancia en la sentencia de todos los requisitos exigibles para la aplicación de la atenuante. Si no se abriese esa puerta se llegaría, en palabras de la STS 707/2012, de 26 de abril , " a una injusticia manifiesta, contraria a la dignidad humana y al respeto a la persona en el ámbito procesal, porque obligaría al Juez a condenar a un inocente que no alegó dato o a condenar a un inocente que no alegó dato o a condenar a una persona más gravemente, estando en una situación de atenuación de su responsabilidad, tan sólo porque su alegación no consta en el acto del juicio, expresa o formalmente aducida por su Abogado defensor" . En fechas más recientes reitera esta doctrina la STS 438/2012, de 16 de mayo : " En efecto este criterio, como señala la STS 707/2004 de 20 de abril , se fundamenta esencialmente en dos razones, una referida a los principios del proceso penal y otra a la naturaleza del recurso de casación, pero que están íntimamente relacionadas. Respecto de la primera se señala que la aceptación de cuestiones nuevas en la casación obligaría al Tribunal Supremo a decidir, por primera vez y no en vía de recurso, sobre temas que



no fueron discutidos en el plenario ni, por tanto, aparecen expresamente razonados y resueltos en la sentencia de instancia, no habiéndose sometido a la debida contradicción. Respecto de la segunda se argumenta que es consustancial al recurso de casación que el mismo se circunscriba el examen de los errores legales que pudo cometer el Tribunal de instancia al enjuiciar los temas que las partes le plantearon, sin que "ex novo" y "per saltum" puedan formular alegaciones jurídicas no formalmente planteadas ni debatidas por las partes. En tal caso el Tribunal de casación estaría resolviendo por primera vez, es decir como si actuase en instancia y no en vía de recurso, sin posibilidad de ulterior recurso sobre lo resuelto en relación con estas cuestiones nuevas. (SSTS. 1.7.2002 , 4.7.2002 , 15.4.2003).

La doctrina jurisprudencial -por ejemplo STS 357/2005 de 22.3 , 707/2002 de 26.4 - admite no obstante, dos clases de excepciones a este criterio. En primer lugar cuando se trate de infracciones de preceptos constitucionales que puedan ocasionar materialmente indefensión. Y en segundo lugar, cuando se trate de infracciones penales sustantivas cuya subsanación beneficie al reo y que puedan ser apreciadas sin dificultad en el trámite casacional, porque su concurrencia conste claramente en el propio relato fáctico de la sentencia impugnada o aparezca de un examen de las actuaciones permisible vía art. 899 LECrim , STS. 136/2015 de 18.3).

-En segundo lugar como alega la STS. 35/2013 , 360/2014 de 21.4 , 444/2015 de 26.3 "no puede alegarse en esta sede casacional incongruencia omisiva cuando se ha dejado pasar la posibilidad de que el Tribunal sentenciador pueda subsanar olvidos u omisiones vía párrafo 5º del art. 267 de la L.O.P.J .", tras la reforma L.O. 9/2013, "Si se tratase de sentencias o autos que hubiesen omitido manifiestamente pronunciamientos relativos a pretensiones oportunamente deducidas y substanciadas en el proceso, el Tribunal, a solicitud escrita de parte, en el plazo de cinco días a contar desde la notificación de la sentencia, previo traslado de dicha solicitud a las demás partes para alegaciones dictará auto por otros cinco días, por el que resolverá completar la resolución con el pronunciamiento omitido", o no habrá lugar a completarla, -precepto éste, dice la STS del T.S. 922/2010 , que encuentra su razón de ser en la necesidad de evitar que este tribunal casacional se pronuncie sobre eventuales vulneraciones cuya estimación provoque la nulidad de la sentencia cuando ello puede hacerse aún por el propio Tribunal a quo a través de esa vía procesal. Exigencia de agotamiento de esta vía judicial en la instancia que tiende a impedir que se acceda directamente a casación cuando el órgano judicial "a quo" tenía todavía la ocasión de pronunciarse y en su caso, reparar la infracción argüida como fundamento del recurso de casación, evitando así posibles nulidades posteriores en esta sede casacional.

Por tanto de acuerdo con esta oportuna previsión legal no cabe en sede casacional denunciar incongruencia omisiva cuando se ha dejado transcurrir por la parte concernida el trámite de la aclaración de sentencia sin instar un pronunciamiento expreso sobre la pretensión articulada, siendo constante la jurisprudencia de esta Sala en el sentido expuesto, ya que un motivo de esta clase en cuanto tiene por consecuencia la devolución de la causa al tribunal de origen para que de la respuesta a la cuestión interesada, tiene un efecto negativo en el derecho a un proceso en un plazo razonable reconocido en el art. 6.1 del Convenio Europeo , y cuando el legislador ha previsto soluciones para evitar el retraso en la decisión jurisdiccional utilizando medios para suplir los indebidos silencios, vía recurso de aclaración, en el apartado 5 citado, resulta obligado utilizar esta vía y no la denuncia para dar lugar a un recurso de casación: En tal sentido SSTS 1300/2011 ; 272/2012 ; 417/2012 y 321/2012, de 4-06 .

Es cierto que algunas sentencias de esta Sala limitan la vía del art. 267.5 a infracciones que se reduzcan a "completar la resolución ya dictada y no a sustituirla o a modificar su contenido esencial (STS 841/2010, de 6-10), por lo que esta vía casacional no es susceptible de aplicación en todos los supuestos de incongruencia omisiva. Pensemos -dice la STS 922/2010 de 28-10 - en aquellos en que la omisión sea denunciada por el acusado y se refiera a pronunciamientos sobre pretensiones principales relacionadas con la concurrencia de algún elemento del tipo penal o circunstancias eximentes o atenuatorias a la responsabilidad criminal, o, desde el prisma de la acusación, cuando la sentencia no se pronuncie sobre la existencia de un delito cuya imputación conste en el escrito de calificación, supuestos en los que los derechos a la tutela judicial efectiva y acceso a los recursos prevalecerían sobre el derecho del acusado a un proceso sin dilaciones y a que en causa se resuelva en un plazo razonable, pero, en todo caso al haberse formulado un motivo de fondo sobre la cuestión controvertida, primero, esta Sala Segunda puede resolver, con su propia argumentación la posible concurrencia de la atenuante 21.5 CP.

TERCERO: Analizando en consecuencia **el motivo primero al amparo del art. 849.1 LECrim, por haber mediado inaplicación de la circunstancia 21.5ª del CP** , dado que el recurrente cumplió con lo prevenido en dicho precepto, dado que con anterior al juicio oral consiguió los 100 euros que como responsabilidad civil solicitaba el Ministerio Fiscal por el delito de lesiones, cantidad que es la que ha sido fijada en la sentencia.



A estos efectos conviene delimitar la "ratio atenuatoria" de esta circunstancia en su actual formulación legal. Así en SSTs. 809/2007 de 11.10 , 78/2009 de 11.2 , 1238/2009 de 11.12 , 1323/2009 de 30.12 , 954/2010 de 3.10 , 1310/2011 de 27.12 , hemos dicho que: "La reparación del daño causado por el delito o la disminución de sus efectos se regulaba en el C.P. anterior dentro del arrepentimiento espontáneo, configurándose en el C.P. de 1995 como una atenuante autónoma de carácter objetivo fundada en razones de política criminal.

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

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

El elemento sustancial de esta atenuante consiste en la reparación del daño causado por el delito o la disminución de sus efectos, en un sentido amplio de reparación que va más allá de la significación que se otorga a esta expresión en el artículo 110 del Código Penal , pues este precepto se refiere exclusivamente a la responsabilidad civil, diferenciable de la responsabilidad penal a la que afecta la atenuante a la responsabilidad civil, diferenciable de la responsabilidad penal a la que afecta la atenuante. Cualquier forma de reparación del daño o de disminución de sus efectos, sea por la vía de la restitución, de la indemnización de perjuicios, o incluso de la reparación del daño moral puede integrar las previsiones de la atenuante.

Lo que pretende esta circunstancia es incentivar el apoyo y la ayuda a las víctimas, lograr que el propio responsable del hecho delictivo contribuya a la reparación o curación del daño de toda índole que la acción delictiva ha ocasionado, desde la perspectiva de una política criminal orientada por la victimología, en la que la atención a la víctima adquiere un papel preponderante en la respuesta penal. Para ello resulta conveniente primar a quien se comporta de una manera que satisface el interés general, pues la protección de los intereses de las víctimas no se considera ya como una cuestión estrictamente privada, ser valorada como un indicio de rehabilitación que disminuye la necesidad de pena"

Asimismo la STS. 809/2007 de 11.20 pone de relieve la existencia de dos corrientes de esta Sala, que entendemos no son excluyentes o incompatibles, si las interpretamos desde la perspectiva del carácter "objetivo" de la circunstancia.

Por una parte la denominada teoría del "*actus contrarius*" que para algunos comportaría el reconocimiento de la autoría del hecho generador del daño, en cuanto el sujeto activo exterioriza una voluntad de reconocimiento de la norma infringida. Dicha tesis parece colocar el acento en la *menor culpabilidad del autor* , esto es, en la menos reprochabilidad personal por el acto antijurídico realizado, por cuanto a través de un acto *ex post accepta su responsabilidad* , contribuyendo a reforzar la vigencia del ordenamiento jurídico transgredido.

La tesis contrapuesta que podríamos denominar de "*protección objetiva de la víctima*" , lo que pretende es incentivar el apoyo y ayudar a las víctimas del delito, exigiendo del responsable una conducta de eliminación o disminución en la medida de lo posible de los efectos negativos de la infracción criminal. Realmente es la doctrina que sostiene el auto de 6-5-2004. Son razones de política criminal las que justifican la atenuación y que tienden a favorecer al autor del delito que repara total o parcialmente -pero en todo caso de manera significativa- el daño ocasionado con su conducta, sin desconocer que también puede ser ponderada la *menor necesidad de pena* derivada del reconocimiento de los hechos que, como una señal de rehabilitación, puede acompañar a la reparación, *aunque la atenuante del art. 21-5 C.P. no lo exija* .

Interpretada la doctrina del "*actus contrarius*" desde la óptica de la objetividad indiscutible de la atenuante, no es posible afirmar que la circunstancia atenúa por razón de una menor culpabilidad. La culpabilidad del hecho hay que situarla en el momento de la comisión del mismo, en que el sujeto activo despliega una conducta consciente vulneradora del ordenamiento jurídico penal, pudiendo haberlo evitado, y a pesar de todo y aun afirmando que de presentársele la ocasión actuaría de igual modo, reconoce que como autor material de un daño debe responder frente a la víctima y lo hace.



Así pues, la doctrina del "*actus contrarius*", interpretada desde la objetividad con que lo hemos hecho, valoraría el comportamiento del agente, con virtualidad para atenuar, desde la perspectiva del reconocimiento de la infracción del ordenamiento jurídico y el sometimiento al mismo, al provocar la eliminación o disminución de los efectos del delito. El autor estaría exteriorizando una voluntad de reconocimiento de la norma infringida que no de su propia responsabilidad penal. Su responsabilidad civil declarada en sentencia nace "*ex delicto*" por lo que satisfaciéndola el acusado reconoce que fue autor o tuvo participación en la causación a un tercero de un daño injusto.

Desde otro punto de vista, el carácter absolutamente objetivo de la atenuante no excluye que en la reparación total o parcial el daño, el sujeto, además de dar satisfacción a la víctima, reafirme la vigencia de la norma jurídica vulnerada y en definitiva el propio acto de reparación, restitución, indemnización o demás formas de eliminar o atenuar los efectos del delito, conlleva la emisión de una voluntad externa de reconocimiento del derecho.

No obstante -como decíamos en la STS. 78/2009 de 11.2 - debe insistirse que en su formulación actual ha desaparecido de la atenuante toda referencia al ánimo del autor por lo que no es necesario que la reparación responda a un impulso espontáneo, debiendo prevalecer el carácter objetivo de la atenuante -en atención a determinadas circunstancias que reseña la STS. 809/2007 de 11.10 :

- a) La ley no exige el requisito adicional del reconocimiento de la culpabilidad y donde la ley no distingue tampoco nosotros debemos distinguir.
- b) Todas las atenuantes *ex post facto* (reparación, confesión, colaboración, etc.) se alejan de la exigencia de una menor culpabilidad por el hecho y simplemente están basadas en razones de política criminal.
- c) Exigir la presencia del elemento subjetivo de reconocimiento de la culpabilidad o responsabilidad penal comportaría de algún modo resucitar el móvil de arrepentimiento ya superado para integrar improcedentemente en la atenuante un componente anímico que el legislador no contempló.
- d) Una interpretación que exigiera el reconocimiento de la responsabilidad penal como elemento necesario para la estimación de la atenuante desalentaría o no serviría de estímulo a las conductas de reparación del daño del delito, al tener que renunciar el acusado a determinadas estrategias procesales de defensa.

Por ello las SSTS.612/2005 de 12.5 , y 1112/2007 de 27.12 , esta Sala ha destacado una y otra vez el carácter objetivo de la atenuante, por cuanto la reparación del daño ocasionado a la víctima, en la medida de lo posible, es el dato determinante, resultando secundarios los propósitos o el origen de la compensación dineraria, siempre que se obtenga por iniciativa del acusado.

Ahora bien constituye, a su vez, un referente atendible la naturaleza del delito, cuyos efectos nocivos se tratan de reparar. Si se trata de delitos estrictamente patrimoniales, como hurto, apropiación indebida, estafa, robo con fuerza, etc. es posible que el único bien jurídico protegido, el patrimonio privado, pueda ser íntegramente reparado en su plenitud.

No ocurre lo mismo en el pago de una indemnización económica señalada por unos perjuicios derivados de la lesión de bienes jurídicos personales. El daño ocasionado es irreparable y no tiene vuelta atrás. El pago de tales perjuicios económicos aunque fuera íntegro, sólo en parte, podría compensar las consecuencias de la lesión del bien jurídico que se protege.

Situación que sería la del caso presente al no ser asumible que se aplique la atenuante a quien espera hasta el juicio oral para consignar una cantidad, 100 E, que en contra de lo sustentado en el motivo, ningún sacrificio económico debió ocasionar al acusado, quien hasta su ingreso en prisión, era barrendero de profesión y tenía su vehículo propio Nissan Micra, matrícula W-....-WZ .

El motivo se desestima.

CUARTO: El motivo tercero al amparo del art. 851.3 LECrim , por no hacer mención en la sentencia sobre el pago de la responsabilidad civil y la consecuente aplicación de la circunstancia 3ª del art. 21 CP .

Se dice que al igual que en el motivo precedente la sentencia no hace mención alguno al hecho de la obcecación, cuando durante el debate en el acto del juicio oral y del resultado de la declaración de la perjudicada se deja ver claramente el hecho de verse el procesado, cuando menos sujeto a una situación, cuando menos incardinable en la circunstancia invocada, causa por la que la defensa al llevar a dificultades sus conclusiones provisionales, alternativamente invocó la concurrencia que trae este motivo. Esta causa debió obligar al tribunal a explicar su concesión o en su caso su desestimación, pero al igual que en el precedente, no se dice nada al respecto.

El motivo debe ser desestimado.



Dando por reproducida la doctrina jurisprudencial expuesta en el motivo segundo debemos recordar, SSTS. 323/2015 de 20.5 , 444/2015 de 26.3 , que el motivo sustentado en el vicio procesal de incongruencia omisiva, se deriva de que ni explícita ni implícitamente se haya dado respuesta a una cuestión jurídica oportuna y temporáneamente alegada por alguna de las partes del proceso (STS 671/2012, de 25 de julio); pero además conlleva su denuncia en este control casacional, una exigencia procesal, acudir previamente en la instancia al trámite del art. 267 de la LOPJ para solventar la incongruencia omisiva que ahora denuncia con la pretensión de devolver la causa al Tribunal de procedencia, con las consiguientes dilaciones (STS 360/2014, de 21 de abril); pues el artículo 267.5º de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone que los Tribunales podrán aclarar algún concepto oscuro o rectificar cualquier error material y, entre ellos, se cita la posibilidad de subsanar las omisiones de que pudieran adolecer las sentencias en relación a pretensiones oportunamente deducidas, utilizando para ello el recurso de aclaración y dándole el trámite previsto en dicho párrafo. Con ello, se evita la interposición de recurso, se consigue la subsanación de la omisión producida, y todo ello con evidente economía procesal que, además, potencia el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

No obstante lo anterior como la petición articulada en el motivo no es la devolución de la causa al tribunal "a quo" para la subsanación de la omisión, sino la aplicación de la atenuante postulada, propia del motivo por infracción de Ley, en base a los derechos a la tutela judicial efectiva y de acceso a los recursos, procederemos al estudio de la posible concurrencia de la atenuante del art. 21.3ª, cuya desestimación deviene necesaria.

En efecto del relato fáctico de la sentencia para estimar la concurrencia de la atenuante 21.3CP. En efecto, como hemos dicho en STS. 357/2005 de 20.4 el fundamento de la atenuante del art. 21.3 CP . se encuentra " en la disminución de la imputabilidad (o de las facultades volitivas e intelectivas) que se pretende por la ofuscación de la mente y de las vivencias pasionales determinados por una alteración emocional fugaz (arrebato) o por la más persistente de incitación personal (obcecación) pero siempre produciéndose por una causa o estímulo poderoso.

En ambas modalidades precisa para su estimación que haya en su origen un determinante poderosos de carácter exógeno o exterior y de entidad suficiente para desencadenar un estado anímico de perturbación y oscurecimiento de sus facultades psíquicas con disminución de las cognoscitivas o volitivas del agente, de modo que sin alcanzar la cualidad propia del trastorno mental transitorio completo o incompleto, exceda del leve aturdimiento que suele acompañar a ciertas infracciones (SSTS. 1385/98 de 17.11 , 59/2002 de 25.1).

Igualmente si no está contrastada la importancia del disturbio provocador, del disturbio emocional en que el arrebato consiste y que ha de tener influencia menguante sobre la voluntad e inteligencia del autor a partir de una razonable conexión temporal entre la causa o el estímulo y la equivocación o la pasión con la que se ha actuado (STS. 267/01 de 23.1), ni deja de exigir una cierta proporcionalidad entre la causa o estímulo y la reacción (STS. 1483/2000 de 6.10), calificando la atenuante como "la más subjetivamente matizada", pero "sin desdeñar aspectos objetivos atinentes a la índole y potencialidad de los estímulos, por exigencia de una razonable adecuación reaccional. Como regla general "el estímulo ha de ser tan importante que permita explicar (que no justificar) la reacción concreta que se produjo. Si esta reacción es algo absolutamente discordante, por exceso notorio, respecto del hecho motivador, no cabe aplicar la atenuación" STS.256/02 de 13.2).

Además, tales estímulos no han de ser reprochados por las normas socio-culturales que rigen la convivencia social y deben proceder del precedente comportamiento de la víctima, con una relación de causalidad entre los estímulos y el arrebato u obcecación y una conexión temporal, sino inmediatos si próximos, entre la presencia de los estímulos y el surgimiento de la emoción o pasión (SSTS. 1110/96 de 20.12 , 1479/99 de 18.10).

Es preciso también que en el entorno social correspondiente no sean tales estímulos repudiados por la norma socio-cultural imperante, lo que significa que la actuación del agente se ha de producir dentro de un cierto sentido ético ya que su conducta y sus estímulos, no pueden ser amparada por el Derecho cuando se apoyan en una actitud antisocial reprobada por la conciencia social imperante, que en esta relación de causa o afecto entre el estímulo desencadenante y la conducta ha de darse una conexión temporal y que cualquier reacción colérica que las que, con frecuencia, acompañan a ciertas acciones delictivas, no basta para la estimación de la atenuante (SSTS 17.11.98 , 15.1.2002).

Respecto a los celos las SSTS. 3.7.89 y 14.7.94 , distinguen entre la colopatía, inserta en el síndrome paranoico y la celotipia, como reacción vivencial desproporcionada, lo que puede dar lugar a la apreciación del trastorno mental transitorio completo o incompleto, según su intensidad, en el caso de colopatía y de la atenuante pasional simple o cualificada, también según su intensidad, en el de la celotipia.

Consecuentemente no hay base fáctica para apreciar su concurrencia. Los celos no constituyen justificación del arrebato u obcecación (STS. 904/2007) de 8.11). El desafecto o el deseo de poner fin a una relación conyugal o de pareja no puede considerarse como un estímulo poderoso para la parte contraria y no tiene



eficacia para sustentar una posible atenuante de arrebató u obcecación (SSTS. 1424/2004 de 1.12 , 201/2007 de 16.3).

La ruptura de una relación matrimonial -dice la STS. 1340/2000 de 25.7 - constituye una incidencia que debe ser admitida socialmente, si tenemos en cuenta que las relaciones entre los componentes de la pareja se desenvuelven en un plano de igualdad y plenitud de derechos que inicialmente y dejando a salvo algunas variantes posibles, deben prevalecer en toda clase de relaciones personales. Por ello ninguna de las partes afectadas puede pretender que tiene un derecho superior a imponer su voluntad a la contraria, debiendo admitir que la vía para la solución del conflicto no puede pasar por la utilización de métodos agresivos...La pretensión de reanudar a ultranza unas relaciones conyugales o de pareja, deterioradas por diferencias o enfrentamientos personales, no pueden llevarse hasta el extremo de utilizar la fuerza como único procedimiento para imponer la voluntad del agresor. Quien se sitúa en el plano injustificable de la prepotencia y la superioridad no puede pretender que su conducta se vea beneficiada por un reconocimiento de la disminución de su imputabilidad o culpabilidad.

Los presupuestos de la atenuación deben ser lícitos y acordes con las normas de convivencia. De ahí que no pueda aceptarse como digna de protección una conducta que no hace sino perpetuar una desigualdad de género, manteniendo una especie de protección sobre la mujer con la que se ha convivido (STS 18/2006).

En suma -recuerda la STS. 61/2010 de 18.1 - los celos, más allá de aquellos casos en los que son el síntoma de una enfermedad patológica susceptible de otro tratamiento jurídico-penal, no pueden justificar, con carácter general, la aplicación de la atenuante de arrebató u obcecación, sobre todo, en casos de divorcio, en los que, por definición, renace el derecho de ambos cónyuges a rehacer un proyecto propio de vida afectiva. De lo contrario, estaríamos privilegiando injustificadas reacciones coléricas que, si bien se mira, son expresivas de un espíritu de dominación que nuestro sistema jurídico no puede beneficiar con un tratamiento atenuado de la responsabilidad criminal.

QUINTO: El motivo cuarto al amparo del art. 849.1 LECrim , por haber mediado aplicación indebida de los arts. 468.2 y 74 ; 171.4 y 5 ; 172.1 , 169.2 , 147.1 , 16 y 62 CP , por separado, siendo un solo hecho, ya que lo que se describe es un único hecho doloso producido entre el mismo sujeto activo y pasivo y por actos idénticos, ejecutándose las acciones típicas en el marco de ese mismo espacio físico y temporal, con un dolo unitario de forma que no existen diversas acciones sino una sola desarrollada de modo progresivo.

Se alega en el motivo que sería de aplicación la denominada unidad natural de acción. El tiempo en el que se producen las amenazas, las coacciones posteriores, estando quebrantando la condena en todo momento, y las lesiones acontecen todos en el mismo contexto, lo que permite hablar de unidad de acción, como criterio normativo, unificando los distintos actos desde una perspectiva naturalística en uno solo. No es un acto plural, siendo todos uno, y a la vista de la calificación del Ministerio Fiscal respecto a los tipos penales, procedería la condena a un año de prisión.

1º La pretensión del recurrente de calificar todos los hechos conforme lo que la jurisprudencia engloba como unidad material de acción, conforme al concepto normativo de ésta hace necesario recordar - STS. 354/2014 de 9.5 - como este supuesto problemático en la dogmática penal parte de la existencia de una pluralidad de actos, de acciones, que son valorados como una unidad, constituyen un objeto único de valoración jurídica será natural o jurídica, dice la STS. 18.7.2000 , en función del momento de la valoración, si desde la perspectiva de una reacción social que así lo percibe o desde la propia norma. En todo caso se requiere una cierta continuidad y una vinculación interna entre los distintos actos entre sí, respondiendo todos a un designio común que aglutine los diversos actos realizados, STS. 820/2005 de 23.6 .

Dicho en otros términos, existirá unidad de acción y no una pluralidad de acciones, entendidas ambas en el sentido de relevancia penal cuando la pluralidad de actuaciones sean percibidas por un tercero no interviniente como una unidad por su realización conforme a una única resolución delictiva y se encuentre vinculadas en el tiempo y en el espacio.

En esta dirección la doctrina considera que la denominada teoría de la "unidad natural de acción" supone varias acciones y omisiones que están en una estrecha conexión espacial y temporal que puede reconocerse objetivamente y con una vinculación de significado que permita una unidad de valoración jurídica y que pueden ser juzgadas como una sola acción .

En la jurisprudencia se destaca como el concepto de unidad natural de acción no ha provocado en la doctrina un entendimiento unánime. La originaria perspectiva natural explicaba este concepto poniendo el acento en la necesidad de que los distintos actos apareciesen en su ejecución y fueran percibidos como una unidad por cualquier tercero. Las limitaciones de ese enfoque exclusivamente naturalístico llevaron a completar aquella idea con la de *unidad de resolución* del sujeto activo. Conforme a esta visión, la unidad de acción podía



afirmarse en todos aquellos en los que existiera una unidad de propósito y una conexión espacio- temporal o, con otras palabras, habría unidad de acción si la base de la misma está constituida por un único acto de voluntad. Pese a todo, hoy es mayoritaria la idea de que el concepto de unidad de acción, a efectos jurídico-penales, exige manejar consideraciones normativas, dependiendo su afirmación de la interpretación del tipo, más que de una valoración prejurídica. (SSTS. 213/2008 de 5.5 , 1349/2009 de 25.1.2010). Por ello la teoría del concepto normativo de acción impide que superados los meros efectos naturalísticos de las acciones humanas pueda calificarse de una unidad natural de acción cuando se produce la falsificación de varios documentos mercantiles distintos. La teoría contraria llevaría al absurdo resultado de que cualquiera que fuera el número de cheques, pagarés o letras de cambio que se falsificaran continuamente en una unidad natural de acción, constituirían un solo delito, aunque se tratara, de miles de firmas falsas (por ejemplo, un talonario correspondiente a la falsificación de papeletas de lotería, en las cuales se falsifica la firma del depositario (STS. 566/2006 de 9.6).

En definitiva, el concepto normativo de acción atiende sustancialmente al precepto infringido y al bien jurídico protegido, de modo que la acción se consuma cuando se produce el resultado previsto por la norma, cualesquiera que sean los hechos naturales (únicos o plurales) que requiera tal infracción, para que se produzca en el mundo real. En suma, la ley penal no atiende estrictamente a la naturalidad de las acciones, sino a sus componentes jurídicos. Un solo disparo, por ejemplo, que por la fuerza del proyectil atraviesa dos cuerpos humanos, originando su muerte, constituye dos delitos de homicidio, cuando la acción *natural* era solo una. Lo propio sucede al revés: una multitud de actos naturales (una gran cantidad de golpes sobre una misma persona), es el resultado de un solo delito de lesiones (STS. 566/2006 de 9.5).

2º En el caso que se analiza la tesis de la unidad natural de acción como argumento para postular un solo delito -el recurrente no señala cual- no resulta de aplicación. Resulta evidente que no pueden cometerse en unidad de acción un delito de quebrantamiento de condena continuado, art. 468.2., se inicia en el mes de mayo, con hechos constitutivos de delitos de amenazas, art. 171.4.5, amenazas continuadas del art. 169.2, coacciones, art. 172.1 y lesiones intentadas, arts. 16, 62 y 147, 110, acaecidos respectivamente los días 3,27, 28 junio estando por ello individualizados cada uno de los distintos delitos y siendo también diversos los bienes jurídicos protegidos.

3º En efecto en relación a las amenazas y las coacciones doctrinalmente ha sido tradicional acoger como criterio entre las amenazas y coacciones, el temporal, de tal modo que para entender que el delito es de amenazas es preciso que exista un aplazamiento temporal del mal augurado, mientras que en las coacciones el mal se presenta como inminente y actual. Más sutilmente se ha señalado como criterio determinante de una u otra calificación el efecto producido sobre la libertad del sujeto pasivo de la acción que será amenazas cuando incida sobre el proceso de formación de sus decisiones voluntarias y coacciones cuando afecta a la voluntad de obrar, pero también en esta última forma de distinguir se introduce un criterio de temporalidad en cuanto las amenazas inciden sobre un proceso mediato de decisión de la víctima y las coacciones afectan con inmediatez temporal a la adopción de una conducta (STS. 427/2000 de 18.3). También se acude a la incidencia en la voluntad del sujeto pasivo para explicar la coacción, a diferencia de las amenazas que afectan a la tranquilidad del amenazado (STS. 712/2009 de 19.6).

Por ello las amenazas del art. 169.2 quedarían absorbidas por el mayor desvalor de la otra infracción, coacciones art. 172.1, cuando se utiliza para afectar a la libertad de obrar específicamente protegida en determinados ámbitos, como es el caso de las coacciones, la violencia o intimidación ínsita en la amenaza constituyendo un elemento adicional para la concurrencia del tipo delictivo, lo que no sucede en el presente caso, en el que las coacciones , impidiendo con violencia a la víctima bajar del vehículo -se producen en un momento posterior a la primera amenaza para que aquella se introdujera en el mismo, y con anterior a la segunda- amagando con atropellarla cuando consiguió apearse del turismo.

Y en cuanto a la posibilidad de estimar la continuidad delictiva entre las amenazas acaecidas el día 3.6 y las ya calificadas como continuadas del día 17.6, la jurisprudencia ha reputado en diversas ocasiones la posibilidad de estimar la continuidad delictiva en el delito de amenazas (SSTS 1537/97 de 12.12 , 832/98 de 17.6 , 234/2004 de 17.3), al no considerar que el bien jurídico tutelado sea de los que deben reputarse personalísimos, aduciendo como razones: a) las amenazas, por su naturaleza no tiene no han provocado una lesión material (sí pueden producir lesiones psicológicas) en la persona del ofendido; b) existe un solo sujeto pasivo a pesar de la posibilidad de que sean varios, según el art. 74 C.P ; c) concurren todos los requisitos del art. 74 del C.P . salvo el dudoso elemento del carácter "eminente" personal del bien jurídico (STS. 639/2006 de 14.6).

En definitiva, la posibilidad de la continuidad delictiva en los delitos de amenazas, habría de resolverse caso por caso, ponderando las circunstancias concurrentes, y en el presente concurre tal realidad jurídica, que precisa de los siguientes requisitos:



a) Un elemento fáctico consistente en la pluralidad de acciones u omisiones de " hechos típicos diferenciados que no precisan ser singularizados ni identificados en su exacta dimensión " , por ello " esa pluralidad dentro de la unidad final es lo que distingue al delito continuado del concurso ideal de delitos " , ya que " en éstos la acción es única aunque los delitos sean plurales; en aquél las acciones son plurales pero el delito se valora como único " .

b) Una cierta " conexidad temporal " dentro de esa pluralidad, no debiendo transcurrir un lapso de tiempo excesivo, pues una gran diferencia temporal debilitaría o haría desaparecer la idea del plan que como elemento ineludible de esta figura delictiva examinaremos a continuación.

c) El requisito subjetivo de que el sujeto activo de las diversas acciones las realice " en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión " . Es el elemento más importante que realmente provoca la unidad delictiva en que consiste la continuidad, aunque deba distinguirse entre lo que supone el plan preconcebido y el aprovechamiento de una igual ocasión. Lo primero hace referencia al dolo conjunto o unitario que debe apreciarse en el sujeto al iniciarse las diversas acciones, y que se trata de " una especie de culpabilidad homogénea, una trama preparada con carácter previo programada para la realización de varios actos muy parecidos " ; lo segundo se da, no cuando la intencionalidad plural de delinquir surja previamente, sino cuando el dolo se produce ante una situación idéntica a la anterior que hace " caer " al delincuente en la comisión delictiva, repitiéndola.

d) Homogeneidad del " modus operandi " en las diversas acciones, utilizando métodos, medios o técnicas de carácter análogo o parecido.

e) El elemento normativo de que sean iguales o semejantes los preceptos penales conculcados, tengan como substrato la misma norma y que ésta tutele el mismo bien jurídico, (homogeneidad normativa).

f) Que el sujeto activo sea el mismo en las diversas acciones fraccionadas", aunque la moderna doctrina jurisprudencial admite la participación adhesiva, por lo que cabría la variación de sujeto activo (SSTS. 97/2010 de 20.2 , 89/2010 de 10.2 , 860/2008 de 17.12 , 554/2008 de 24.9 , 11/2007 de 16.1 , 309/2006 de 16.3).

Desde el punto de vista negativo no es posible obviar que no es necesaria la identidad de sujetos pasivos, los bienes jurídicos atacados no han de ser acentuadamente personales; y no es precisa la unidad espacial y temporal, aunque si un distanciamiento temporal disgregador que las haga parecer ajenas y desentendidas unas de otras, problema que habrá de examinarse racional y lógicamente en cada supuesto. El delito continuado precisa a este respecto que, por encima del tiempo, haya una ligazón o causa común, aunque diluya la unidad temporal (SSTS. 1320/98 de 5.11 , 109/99 de 27.1 , 169/2000 de 14.2 , 505/2006 de 10.5 , 919/2007 de 20.11).

Condicionamientos que si concurren en el caso enjuiciado habida cuenta que todas las amenazas se producen en el mismo marco de la situación de temor, son semejantes los preceptos penales vulnerados y existe identidad de sujetos activo y pasivo.

SEXTO: El motivo quinto al amparo del art. 849.1 LECrim , por aplicación indebida art. 171.4 y 5 CP .

El motivo cuestiona que el contenido de los mensajes de WhatsApp, puede constituir siquiera esa amenaza leve a la que hace referencia el precepto, tal pretensión no puede merecer favorable acogida.

Como decíamos en SSTS. 774/2012 de 25.10 y 322/2006 de 22.3 , el delito de amenazas se comete por el anuncio consciente de un mal futuro, injusto, determinado y posible, con el único propósito de crear una intranquilidad de ánimo, inquietud o zozobra en el amenazado, pero sin la intención de dañar materialmente al sujeto mismo (STS. 593/2003 de 16.4), siendo el bien jurídico protegido la libertad y la seguridad, es decir "el derecho que todos tienen al sosiego y a la tranquilidad personal en el desarrollo normal y ordenado de su vida" (STS. 832/98 de 17.6).

Dicho delito, tipificado en los arts. 169 a 171 se caracteriza, según reiterada jurisprudencia (SSTS. 268/99 de 26.2 ; 1875/2002 de 14.2.2003 ; auto TS. 1880/2003 de 14.11 , 938/2004 de 12.7) por los siguientes elementos:

Son sus caracteres generales:

1º) una conducta del agente integrada por expresiones o actos idóneos para violentar el ánimo del sujeto pasivo, intimidándole con la comunicación de un mal injusto, determinado y posible, de realización más o menos inmediata, que depende exclusivamente de la voluntad del sujeto activo; 2º) es un delito de simple actividad, de expresión o de peligro, y no de verdadera lesión, de tal suerte que si ésta se produce actuará como complemento del tipo; 3º) que la expresión de dicho propósito por parte del agente sea serio, firme y creíble, atendiendo a las circunstancias concurrentes; 4º) que estas mismas circunstancias, subjetivas y



objetivas, doten a la conducta de la entidad suficiente como para merecer una contundente repulsa social, que fundamente razonablemente el juicio de la antijuricidad de la acción y la calificación como delictiva.

Se trata de un delito de los que mayor relativismo presenta, por lo que deberá atenderse a las circunstancias concurrentes (STS. 983/2004 de 12.7). El dolo del tipo de amenaza no condicional resulta del propio tenor de las frases utilizadas y de la forma y momento en que son proferidos en el ámbito de las relaciones entre autor y víctima, que los hechos probados reflejan (SSTS. 57/2000 de 27.1 y 359/2004 de 18.3).

Ahora bien el tipo del art. 171.4 existe, de una parte, que el sujeto pasivo de la amenaza sea una persona que sea o haya sido la esposa o mujer que éste o haya estado ligado al autor, por una relación análoga de afectividad. En este punto el Tribunal Constitucional ha ratificado la constitucionalidad de la norma afirmando que ésta no vulnere ninguno de los principios constitucionales cuestionados y en particular el de igualdad proclamado por el art. 14 CE . Dicho precepto penal, que establece paladinamente como autor del hecho punible a un hombre y como víctima a una mujer se sustenta, en primer lugar, en las finalidades de la diferenciación, que, conviene recordarlo, son la protección de la libertad y de la seguridad de las mujeres, "que el legislador entiende como insuficientemente protegidas en el ámbito de las "relaciones de pareja", y "la lucha contra la desigualdad de la mujer en dicho ámbito" (STC 59/2008 , STS.1068/2009 de 4.11).

Esta amenaza, tiene identificación denominación y estructura jurídica que las tipificadas en los arts. 169 , 170 , 171.1 CP , y se diferencian tan solo por la gravedad de la amenaza, ésta ha de valorarse en función de la ocasión en que se profiere, personas intervinientes, actos anteriores, simultáneos y posteriores. La diferencia es circunstancial y radica en la mayor o menor intensidad del mal con que se amenaza para el bien jurídico protegido. La jurisprudencia ha venido decantándose por la existencia del delito de amenazas graves cuando nos encontramos ante una amenaza grave, seria y creíble por ser potencialmente esperado un comportamiento agresivo que lleve a efecto el mal amenazado. El criterio determinante de la distinción, tiene aspectos mayoritariamente cuantitativos, pero no debe descuidarse el perfil cualitativo de la amenaza que habrá que extraer de una serie de datos antecedentes y concurrentes en el caso (SSTS. 1489/2001 de 23.7 , 1243/2005 de 26.10 , 322/2006 de 22.3 , 136/2007 de 8.2 , 396/2008 de 1.7 , 61/2010 de 28.1).

En el caso presente al contenido de los mensajes enviados por medio de la aplicación WhatsApp "VENGA VAS DE ESTE PALO CONMIGO VALE TE ACORDARÁS DE MÍ", " LO Q AS ABUSAO DE MI PASARA FACTURA", "CÓGELO Y ABLA SERA MEJOR", cumplen los requisitos del tipo penal del art. 171.4 , que sanciona amenazas que no precisan de especial gravedad. Los actos posteriores del acusado revelan la persistencia en la conducta dirigida a inferir temor y angustia a su destinataria, sin olvidar el contexto en que se realizan -intentos de la víctima de separarse del acusado, y la existencia de dos sentencias condenatorias por hechos similares de fechas cercanas a los hechos, 16.10.2012 y 22.4..2013.

Y como de modo preciso y acertado razona la parte recurrida la pretensión del acusado descontextualizando los mensajes para crear un nuevo contexto ajeno al real, resulta inaceptable pues difícilmente puede considerarse que la frase "te acordarás de mí" sea un mero reproche sin el ánimo de una represalia, o que "lo que has abusado de mi pasara factura" se refiera a una mera frase "filosófica" referida a las consecuencias de haber estado en prisión por la receptiva sin referirse a una especie de "ajuste de cuentas", o que la frase "cógelo y habla será mejor" se limite a una orden ya que efectivamente es una obligación para la receptora a responder dado que, en caso contrario, la misma frase expresa que puede depararle una consecuencia negativa si no responde.

SEPTIMO: El motivo sexto al amparo del art. 849.1 LECrim , por aplicación indebida del art. 172.1 CP , en cuanto a la existencia del delito de coacciones al no exponerse mediación de violencia, la decisión de la víctima de acompañar al acusado en su vehículo no tiene cabida en las coacciones, no se explicó que no mediase otra alternativa que ir con el acusado, y los hechos para condenar por este delito se limitan a haber llevado a Cristina a un descampado aprovechando que estaba subida al coche, estando solos y sin que pudiera abandonar el vehículo carecen de la debida concreción en cuanto al tiempo, distancia y lugar y no pueden integrar el citado tipo penal.

El motivo se desestima.

El delito de coacciones exige para su producción los siguientes requisitos:

1º) una conducta violenta o intimidatoria de la que pueden ser sujeto pasivo la víctima o un tercero, o cosas de su uso o pertenencia.

El concepto de violencia ha ido amparándose con el tiempo para incluir no solo la "vis física" sino también la intimidación o "vus iu rebus". La mera restricción de la libertad de obrar supone de hecho una violencia y por tanto una coacción, siendo lo decisivo el efecto coercitivo de la acción más que la propia acción. Esta utilización del medio coercitivo ha de ser adecuada, eficaz, y causal respecto al resultado perseguido



2º) Finalmente de impedir hacer lo que la Ley no prohíbe o impedir o hacer lo que no quiera hacer un justo o injusto, sin necesidad de amenazas o agresiones que constituirían actos punibles de otra índole.

3º) Intención de restringir la libertad ajena.

El dolo del tipo de las coacciones requiere el conocimiento de los elementos del tipo penal y la voluntad de realizar la conducta violenta. Debe abarcar lo solo el empleo a la fuerza o violencia que doblegue la voluntad ajena, sino también ha de ser ésta la intención del sujeto activo, dirigida a restringir de algún modo la libertad ajena para someterla a los deseos o criterios propios.

4º) Ilícitud de los actos violentos o intimidatorios desde una perspectiva de las normas de convivencia social o jurídica.

5º) El sujeto agente no ha de estar legítimamente autorizado para emplear la violencia o intimidación.

La doctrina discute el alcance de esa prohibición legal, dividiéndose entre aquellos que estiman que esa previsión ha de estar referida a cualquier precepto del ordenamiento jurídico que tenga rango de ley y aquellos otros que sugieren que el vocablo Ley ha de ser entendido en sentido estricto, referido exclusivamente a la legislación penal. Esta Sala (STS. 923/2008 de 29.12), ha optado por un criterio amplio, llegando a interpretar esa ilícitud al margen de exigencias formales. Así, por ejemplo, ha estimado que la ilícitud del acto ha de entenderse "... desde la perspectiva de las normas referentes a la convivencia social y al orden jurídico"

6º) Intensidad importante de la violencia o intimidación para diferenciarla de las coacciones leves.

Ha de valorarse de mayor o menor trascendencia del acto de coacción, la intensidad de la presión ejercida, sobre la libertad de decisión y de acción del sujeto pasivo, y el grado de malicia y culpabilidad del agente.

Pues bien en el relato de hechos probados (apartado 4) se detalla la conducta llevada a cabo por el acusado, durante el trayecto hacia Torrellano comenzó una discusión entre el acusado y Cristina porque estaba gestionando su vuelta a su país natal, Argentina, con el fin de alejarse del acusado por el temor que éste le provocaba. Nemesio llegó *con su vehículo a las inmediaciones de la vivienda de Cristina y ella soltó el cinturón de seguridad, abrió la puerta y le dijo que no quería verle más a lo que reacciona el acusado agarrándola con fuerza, cogiéndola del cuello, arañándola, forcejeando con ella que trataba de zafarse del acusado y salir del vehículo. Nemesio aceleró con el propósito de impedir que Cristina saliera del coche, continuando con el forcejeo, y le dijo él que si quería pelear lo harían como hombres, cogiendo dirección al campo de un amigo, próximo a Torrellano. Cristina consigue pisar el pedal del freno y detener el coche logrando apearse del mismo.

Relación fáctica que permite su subsunción en el delito de coacciones del art. 171.2 al concurrir todos los requisitos del mismo anteriormente expuestos.

OCTAVO: El motivo séptimo al amparo del art. 849.1 LECrim por aplicación indebida del art. 169.2 y 74 CP .

Considera el motivo, que en contradicción con los fundamentos de derecho, en los hechos probados no se hace mención alguna a los hijos o la familia como destinatarios del anuncio de los males, las amenazas que se reprochan " si no subes al coche le prenderé fuego a tu casa" y que en el instante antes de producirse el hecho por el que resulta condenado, la manifiesta "sabes lo que has hecho a mi madre, te va a quedar la cara bonita" y alega que la primera debió subsumirse en las coacciones y las segundas en el delito de lesiones.

Aunque en este último punto no le falta razón al recurrente, dado que esta Sala tiene declarado; SSTS. 1188/2010 de 30.12 , 774/2012 de 25.10 , que la amenaza presupone que el mal generado no ha comenzado a efectuarse, cuando por el contrario la amenaza tiene lugar en unidad de acción con el comienzo de ejecución de la misma y este por sí mismo es punible (por ejemplo lesiones o tentativa de homicidio) solo puede configurar un concurso de normas que se resuelve quedando absorbidas las amenazas en el delito intentado (SSTS. 677/2007 de 20.7 , 180/2010 de 10.3), esto es el ánimo de lesionar absorbería las amenazas proferidas en el mismo momento de la agresión en virtud de las reglas de especialidad y absorción del art. 8.1 y 3 CP y no por el concurso de delitos, el motivo deberá ser desestimado, por cuando la segunda acción que la sentencia considera constitutiva del delito de amenazas es la que se produce una vez que Cristina consiguió bajarse del vehículo y una vez en la calzada, el acusado con el vehículo y de modo amenazante se aproximaba a aquella, yendo hacia delante y hacia atrás, haciendo el ademán de atropellarla, hasta que la proximidad de otro coche hizo que el acusado se marchara.

Siendo así y dando por reproducida la doctrina jurisprudencia sobre los requisitos del delito de amenazas expuesta en el motivo, y teniendo en cuenta que amenazar según el Diccionario de la Real Academia es "dar a entender con actos o palabras que se quiere hacer mal a alguien", el núcleo de las amenazas es "el anuncio,



mediante hechos o palabras, de la causación a otro de un mal, en definitiva, la intimidación efectuada sobre otro, mediante la conminación consistente en la causación de un mal, el motivo deviene inaceptable.

En efecto la expresión proferida, cuando su ex pareja se negaba reiteradamente a subir con el acusado en el coche, "si no subes le prenderá fuego a tu casa!", deben ser valorada en el contexto en que se produce, esto es con ocasión de la ruptura entre ambos, y precedida en días anteriores de mensajes amenazantes, lo que les hace susceptibles de crear en el sujeto pasivo su justificado temor y zozobra de la posibilidad de su cumplimiento, sin que el hecho de que en la motivación de la pena a imponer se refiera el tribunal (FJ. 4º) a los hijos de la víctima como destinatarios también de aquella amenaza, suponga contradicción alguna, acreditado como está que aquellos convivían con la víctima en su domicilio, el temor de que podrían verse afectados por el incendio de la casa resulta razonable.

Y la acción descrita en el factum de dar marcha atrás y hacia adelante haciendo además de atropellar a la víctima, tampoco puede ser considerado como un hecho leve por el propio contenido de la amenaza, el medio utilizado -su vehículo- y el contexto en que se produce -después de haber conseguido bajarse del vehículo pese a la oposición del acusado y el lugar- un despoblado- resulte incuestionable que produjo una intranquilidad de ánimo, inquietud y temor en aquella, menoscabando así el bien jurídico constituido por la libertad de la persona y el derecho que todos tienen al sosiego y tranquilidad personal en el desarrollo normal y ordenado de su vida.

NOVENO: El motivo octavo por la vía del art. 849.1 LECrim , al haber mediado aplicación indebida de los arts. 15 , 62 y 147.1 CP .

Alega basta leer los informes periciales, tanto del resultado de las lesiones como de la composición del líquido para llegar a la conclusión que, cual fuere la intención del sujeto, su resultado es otro y el derecho no sanciona lo que se pudiera pretender por el sujeto, sino su resultado y que el segundo y que el líquido empleado en contacto con la piel no tenía la facultad de irritar la piel y los ojos, y como las lesiones producidas sigue el hecho probado 5º no precisaron tratamiento médico o quirúrgico, el delito de lesiones no existe a la vista de los hechos probados, de la acción desplegada y del precepto que lo regula.

El motivo debe ser desestimado.

El otro dolo, como argumenta la STS. 86/2015 de 25.2 , según la definición más clásica, significa conocer y querer los elementos objetivos del tipo penal. En realidad, la voluntad de conseguir el resultado no es mas que una manifestación de la modalidad mas frecuente del dolo en el que el autor persigue la realización de un resultado, pero no impide que puedan ser tenidas por igualmente dolosas aquellas conductas en las que el autor quiere realizar la acción típica que lleva a la producción del resultado o que realiza la acción típica, representándose la posibilidad de la producción del resultado. Lo relevante para afirmar la existencia del dolo penal es, en esta construcción clásica del dolo, la constancia de una voluntad dirigida a la realización de la acción típica, empleando medios capaces para su realización. Esa voluntad se concreta en la acreditación de la existencia de una decisión dirigida al conocimiento de la potencialidad de los medios para la producción del resultado y en la decisión de utilizarlos. Si además, resulta acreditada la intención de conseguir el resultado, nos encontraremos ante la modalidad dolosa intencional en la que el autor persigue el resultado previsto en el tipo, en los delitos de resultado.

Del anterior relato fáctico la subsunción de los hechos en el delito de lesiones básico del art. 147.1 en grado de tentativa que efectúa el tribunal de instancia debe ser mantenida.

En los hechos de tentativa la gravedad del resultado producido por la acción no es un elemento relevante por sí sólo para excluir la voluntad de consumir un determinado delito. En el caso de lesiones, el empleo de medios omisivos susceptible de producir resultados graves incoordinables, al menos, en el tipo básico - en este caso el líquido utilizado provoca irritación cutánea y en contacto con los ojos irritación ocular grave, que hubieran precisado tratamiento médico posterior, y el modo de su empleo arrojando el líquido hacia esas zonas, no depende de la concreta entidad de las lesiones que puedan haber sido el resultado de la conducta del autor. En estos delitos el dolo ni siquiera requiere que la acción haya producido alguna lesión: la mayor o menor torpeza en la ejecución de la acción que el autor proyectó no es un elemento que prive de significado a otros elementos reveladores del alcance del dolo.

En el caso analizado, tal como razona la sentencia recurrida, el acusado por su profesión de barrendero estaba habituado a la utilización en su trabajo del líquido empleado y conocía sus efectos y la probabilidad de aquellos resultados lesivos sobre la integridad física de la víctima, cuando lo vertió sobre la cabeza, efectos que, además como resalta estuvieron a punto de producirse a tenor del resultado lesivo recogido en los informes médicos y que evitó la rápida actuación de la policía local y un testigo que vertieron agua en abundancia en la cabeza de Cristina , lo que redujo la potencia del ácido y evito los daños pretendidos por el acusado.



DECIMO: El motivo décimo al amparo del art. 852 y 5.4 LOPJ , por haber mediado vulneración del art. 24 CE . al negársele al recurrente la tutela judicial efectiva al imponerle las penas máximas en los delitos de coacciones y amenazas continuados, sin que las explicaciones que se describen en la sentencia sean suficientes y justificadas, dado que la gravedad de la pena descansa en el delito en cuestión y si el tipo del delito se tiene por cumplido, habrá de valorarse las circunstancias personales de los intervinientes, el hecho en sí y el resultado y nada de todo esto permite entender que se impongan las penas al máximo.

Debemos recordar en relación a la motivación de las penas impuestas que la legalidad marca la tipicidad del hecho delictivo y su pena pero ésta racionalmente ha de venir fijada por el legislador dentro de unos límites más o menos amplios, dentro de los cuales "el justo equilibrio de ponderación judicial", actuará como límite calificar de los hechos jurídico y socialmente.

Es decir que el arbitrio judicial es una facultad discrecional del órgano jurisdiccional y según ello, el uso que de él se haga, subiendo o bajando las penas o recorriendo la extensión de cada grado, es algo que solo al Juzgador de instancia compete. Ciertamente el uso del arbitrio ha de ser prudente y racional, siendo preciso que nazca del ponderado examen de las circunstancias referidas a los hechos y a los culpables de los mismos, fijadas en cada caso, lo cual, además deberá quedar constatado en la sentencia. Otra cosa convierte el arbitrio en arbitrariedad, pues el uso de tal preciada facultad, al no hacer de la medida, razón y proposición, se convierte en irracional, desmesurado o desproporcionado, lo que es sinónimo de injusto, adjetivo que debe estar siempre ausente de las actuaciones judiciales.

Por ello en la terminología corriente se suele decir que la determinación de la pena depende del arbitrio del Tribunal. Sin embargo, tales expresiones, sin embargo, no se pueden tomar en sentido estricto, dado que en nuestro Estado de Derecho rige la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE .). Por lo tanto, el arbitrio de los Tribunales estará en su esencia jurídicamente vinculado, lo que significa que debe ser ejercido con arreglo a los principios jurídicos.

El Tribunal Supremo en la sentencia 1426/2005 de 7.12, y 145/2005 de 7.2, tiene dicho que la motivación de la individualización de la pena requiere desde un punto de vista general, que el Tribunal determine, en primer lugar, la gravedad de la culpabilidad del autor expresando las circunstancias que toma en cuenta para determinar una mayor o menor reprochabilidad de los hechos. Esta gravedad debe ser traducida en una cantidad de pena que el Tribunal debe fijar dentro del marco penal establecido en la Ley para el delito. El control en casación de la corrección de la pena aplicada se contrae a la comprobación de la existencia de un razonamiento en el sentido antedicho. Se trata, en particular de comprobar si el Tribunal ha tomado en cuenta circunstancias que le permiten establecer la gravedad de la culpabilidad y, en su caso, las que sugieran una renuncia al agotamiento de la pena adecuada a la misma por razones preventivas. El control del Tribunal Supremo no se extenderá sin embargo a la traducción numérica de los respectivos juicios, salvo en aquellos casos en los que esta determinación resulte manifiestamente arbitraria.

Consecuentemente, en lo que se refiere a la motivación de la pena concretamente impuesta, el Tribunal Supremo ha insistido con reiteración en la necesidad de expresar con la suficiente extensión, las razones que el Tribunal ha tenido en cuenta en el momento de precisar las consecuencias punitivas del delito. Las penas máximas sanciones del ordenamiento, suponen siempre una afectación a alguno de lo de los derechos que forman el catálogo de derechos del ciudadano, cuando se trata de penas preventivas de libertad, derechos fundamentales.

Es por eso que, con carácter general, es imprescindible expresar en la sentencia las razones de la individualización de la pena, con mayor o menor extensión en función de las características del caso concreto y especialmente, del grado de discrecionalidad atribuida al Tribunal por la Ley, con o sin el establecimiento de criterios orientadores.

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 sólo 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 (SSTS 21.11.2007, 390/1998, de 21 de marzo).

En definitiva, Como la jurisprudencia tiene establecido - SSTS. 93/2012, de 16-2, 540/2010 de 8.6, 383/2010 de 5.5, 84/2010 de 18.2, 665/2009 de 24.6, y 620/2008 de 9.10, el derecho a la obtención de la tutela judicial efectiva en el concreto aspecto de la motivación de la sentencia *exige una explicitación suficiente de la concreta pena que se vaya a imponer a la persona concernida*. En tal sentido basta citar la doctrina constitucional en esta materia concretada en la reciente sentencia del Tribunal Constitucional, en su sentencia 21/2008 de 31 de Enero.



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

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

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

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

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

En el caso que nos ocupa el delito de coacciones tiene un marco penológico de 6 meses a 3 años de prisión, al concurrir una circunstancia agravante (parentesco) debe aplicarse la pena en su mitad superior, esto es 1 año y 9 meses y 3 años, la pena impuesta 2 años próxima al mínimo imposible y el tribunal "a quo" (FJ 4º), la justifica en cuanto es "proporcional a la acción que realiza el acusado llevando a la víctima contra su voluntad a un descampado aprovechando que estaba subida a su vehículo y estaban solos y que no podía abandonar el vehículo".

El delito de amenazas del art. 169.2 CP, tiene prevista una pena de 6 meses a 2 años prisión, al tratarse de delito continuado la pena se impone en su mitad superior (art. 74 CP), 1 año y 3 meses a 2 años, al concurrir dos circunstancias agravantes (parentesco y reincidencia), ha de imponerse, a su vez, la mitad superior de este nuevo marco penológico, esto es, 1 año, 7 meses y 15 días a 2 años, doble exasperación punitiva que lleva a la Sala de instancia a imponer el máximo, al ser tal pena, 2 años prisión, proporcional a la acción que realiza el acusado que causó un profundo temor en la víctima al dirigir sus anuncios de males contra los hijos de la víctima sabiendo que eran lo que más le afectaba y el temor que le produjo a la víctima al utilizar el vehículo para asustarla, cuando estaba desvalida y en situación de abandono. Motivación suficiente que permite conocer las razones que han llevado al tribunal a imponer la pena en su grado máximo -máxime cuando en esta sede casacional por estimación parcial del motivo cuarto el delito de amenazas del art. 171,4 y 5 ha quedado subsumido en el delito continuado de amenazas del art. 169.2 CP.

DECIMO PRIMERO: Estimándose parcialmente el recurso, las costas se declaran de oficio (art. 901 LECrim).



III. FALLO

Que debemos **declarar y declaramos haber lugar parcialmente al recurso de casación**, interpuesto por **Nemesio**, contra sentencia de 16 de febrero de 2016, dictada por la Audiencia Provincial de Albacete, Sección Primera, en su virtud CASAMOS y ANULAMOS referida resolución, dictando nueva sentencia más conforme a derecho.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos **D. Manuel Marchena Gomez D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre D. Luciano Varela Castro D. Pablo Llarena Conde** D. Carlos Granados Perez

SEGUNDA SENTENCIA

En nombre del Rey

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

En la Villa de Madrid, a treinta de Noviembre de dos mil dieciséis.

En la causa incoada por la Audiencia Provincial de Alicante, Sección Primera, que condenó al acusado como autor penalmente responsable de un delito de quebrantamiento de condena y amenazas, contra, Nemesio, con D.N.I. NUM000, vecino de, CALLE000 nº NUM004, NUM005, ALICANTE, nacido en ALICANTE, el NUM006 /77, hijo de Valeriano y de Angelica, en Prisión por esta causa; se ha dictado sentencia que ha sido CASADA Y ANULADA PARCIALMENTE por la pronunciada en el día de hoy, por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, hace constar los siguientes:

I. ANTECEDENTES

Se aceptan los de la sentencia recurrida, incluidos hechos probados.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tal como se ha razonado en el Fundamento Derecho Cuarto de la sentencia precedente, el delito de amenazas del art. 171.4.5, debe integrarse en el delito continuado de amenazas del art. 169.2

III. FALLO

Manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Alicante, de fecha 16 febrero 2016, **debemos condenar y condenamos a Nemesio**, como autor de un delito continuado de amenazas del art. 169.2 CP, concurriendo la agravante de reincidencia y la mixta de parentesco a la pena de dos años de prisión, accesoria de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena. Y la prohibición de aproximarse a menos de 200 m. de Cristina, su domicilio, lugar de trabajo y cualquier otro que sea frecuentado por ella, por un tiempo de 48 meses. Y la prohibición de comunicación directa o indirecta por cualquier medio con la misma por un tiempo de 48 meses. Absolviendo a Nemesio del delito de amenazas del artículo 171.4.5 CP, por el que había sido condenado, delito que debe integrarse en el delito continuado de amenazas, declarándose de oficio las costas de aquel delito

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos **D. Manuel Marchena Gomez D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre D. Luciano Varela Castro D. Pablo Llarena Conde** D. Carlos Granados Perez

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