

Roj: **STS 3158/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:3158**Id Cendoj: **28079120012016100585**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **30/06/2016**Nº de Recurso: **2238/2015**Nº de Resolución: **578/2016**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **LUCIANO VARELA CASTRO**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP M 14113/2015,**  
**STS 3158/2016**

## SENTENCIA

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

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el recurso de casación por infracción de ley, precepto constitucional y quebrantamiento de forma, interpuesto por **Jesús Manuel**, representado por la Procuradora D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Elvira Encinas Lorente, contra la sentencia dictada por la Sección Cuarta de la **Audiencia Provincial de Madrid**, con fecha 21 de octubre de 2015. Ha intervenido el Ministerio Fiscal, y, como partes recurridas **Ceferino**, representado por la Procuradora D<sup>a</sup> Carmen Armesto Tinoco, y la entidad "**GENERALI ESPAÑA, S.A.**", representada por el Procurador D. Miguel Ángel Baena Jiménez. Ha sido Magistrado Ponente, el Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro.

## I. ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción nº 6 de Getafe, instruyó Procedimiento Abreviado nº 436/2011, contra **Jesús Manuel**, **Ceferino**, **Jon y Saturnino**, por un delito de falta y lesiones, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid, que en la causa nº 1497/2014, dictó sentencia que contiene los siguientes **hechos probados**:

*"Se declara probado que sobre las 3:15 horas del día 5 de marzo de 2011 se encontraban en la discoteca La Posada de Buda, sita en la calle Ramón y Cajal de Getafe, un grupo de personas entre las que se encontraban don Ceferino, don Jon, doña Natividad, doña Agustina, doña Flor, doña Ruth y otras.*

Don Jesús Manuel, que prestaba servicios en el citado local como controlador de entrada, advertido por uno de los camareros de que una de las chicas del citado grupo estaba fumando, se acercó a ellos y les invitó a salir del local, decidiendo todos ellos abandonarlo definitivamente, pues con anterioridad les habían llamado la atención sobre el lugar en que habían situado los abrigos.

Don Ceferino y don Jon salieron los últimos, tras haber ido a pedir un vaso de plástico para poder llevarse las consumiciones, siendo seguidos hasta el exterior del local por el citado empleado don Jesús Manuel, momento en que algunos iban protestando y quejándose por el trato recibido y profiriendo algunas expresiones despectivas del citado local.

*En un momento determinado y ya fuera del local, don Jon recriminó a don Jesús Manuel que pagase con ellos sus problemas personales, mostrando una actitud agresiva, por lo que al encontrarse en ese lugar vigilantes de seguridad y otras personas, dos de entre ellos, sin poder determinar la identidad apartaron a don Jon, llevándolo al otro lado de la calle sujetándolo contra una furgoneta, para evitar una pelea, sin que se haya probado que el mismo agrediera o fuera agredido.*



En ese momento, don Ceferino , que se encontraba frente a don Jesús Manuel , se dispuso a quitarse la riñonera que portaba, a pesar de llevar una escayola en el brazo izquierdo, maniobra que don Saturnino , vigilante de seguridad, interpretó como la preparación para un posible ataque ulterior y para evitar que pudiera agredir a su compañero, interpuso su brazo extendido, sujetando con él a don Ceferino , situación que aprovechó don Jesús Manuel propinándole un puñetazo en la cara que fue dirigido con la técnica, la fuerza, la dirección, el impulso y buscando el punto de impacto para la causación de la mayor lesividad, siendo experto en la disciplina de Kickboxin, en la que había sido reconocido oficialmente unos años antes como deportista de alto nivel.

Como consecuencia del mismo, don Ceferino quedó conmocionado, cayendo al suelo, sin posibilidad de reacción alguna, sufriendo lesiones que precisaron 130 días de los cuales 14 días con ingreso hospitalario y 100 con impedimento para realizar sus ocupaciones habituales. Consistieron en fractura de pared lateral de órbita izquierda y del suelo de la misma, fractura del arco zigomático izquierdo en varios fragmentos, fractura de todas las paredes del seno maxilar izquierdo con hemoseno, pequeños fragmentos en el interior, fractura de la apófisis alveolar del hueso maxilar, granulomas del cuerpo de extraño en la cicatriz del cuero cabelludo. Como secuelas le han quedado: deterioro estructural de maxilar superior sin repercusión en la función de masticación, hiposensibilidad en las encías, dolor en la zona del pómulo y seno, material de osteosíntesis. Así mismo le ha quedado una cicatriz discrómica distrófica de 36 centímetros en forma de sierra en el cuero cabelludo y cabeza, granulomas de cuerpo extraño en la cicatriz, apreciable a simple vista.

Don Jesús Manuel , fue llevado a un hospital después de ocurrir los hechos por haber sufrido luxación del hombro.

Don Jesús Manuel era empleado de El Templo de las Copas, prestando servicios en La Posada de Buda como controlador de entrada y por tanto con competencias en el interior y en la zona exterior cercana a la puerta, en la cual se producen los hechos.

La titular de La Posada de Buda en la fecha de los hechos era la mercantil Templo de las Copas, S.L., la cual no consta que haya sido disuelta y liquidada.

Estaba por entonces vigente la póliza de seguro de la compañía Generali España, S.A. núm. NUM000 con fecha de efectos desde las 00 horas del día 11 de mayo de 2010 hasta las 00 horas del día 11 de mayo de 2011, siendo tomador y asegurado El Templo de las Copas, S.L. y cubierto hasta 600.000 euros la responsabilidad civil patronal.

Desde el dictado del auto de apertura del juicio oral hasta la fecha del juicio han transcurrido más de dos años y medio.

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

**"FALLAMOS.-** Que debemos **ABSOLVER Y ABSOLVEMOS** libremente a don Saturnino y asimismo del delito y falta por el que han sido acusados, a don Ceferino y a don Jon , declarando las costas de los mismos de oficio.

**Que debemos CONDENAR y CONDENAMOS** al acusado don Jesús Manuel , de las circunstancias anteriormente expresadas, como responsable en concepto de autor de un delito de lesiones ya definido, con la concurrencia de la circunstancia atenuante simple de dilaciones indebidas, a la pena de tres años de prisión con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y a que indemnice a don Ceferino en la cantidad de 11.500 euros por las lesiones y 29.256 euros por las secuelas, cantidades que devengarán los intereses establecidos en el art. 576 LEC , declarando la responsabilidad civil subsidiaria de El Templo de las Copas, S.L. y la directa de la compañía aseguradora Generali España, S.A. Seguros y Reaseguros.

Se impone a don Jesús Manuel el pago de las costas procesales, en las que se incluirán las de la acusación particular en representación de don Ceferino , y excluirán las de los acusados que han sido absueltos, que se declaran de oficio.

Fórmese la pieza de responsabilidad civil para determinar su solvencia."

**TERCERO.-** Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación, por infracción de ley, precepto constitucional y quebrantamiento de forma, por **Jesús Manuel** , 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:

**1º.-** Se interpone al amparo del artículo 849.2 de 1: L.E.Criminal , por infracción de Ley, al haber existido error en la apreciación de la prueba, basado en los documentos siguientes que obran en autos y que demuestran la equivocación del Tribunal de instancia sin resultar contradichos por otras pruebas.



2º.- Al amparo de los artículos 5.4 de la LOPJ y 852 de la L.E.Criminal , se interpone por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia y a no ser condenado por acciones u omisiones que no constituyen delito ( artículo 17.24 , y 25 CE ).

3º.- Se interpone al amparo del artículo 849.1 de la L.E.Criminal por infracción de ley, por indebida aplicación del artículo 147.1º del CP , al no ser responsable penalmente de un delito de lesiones.

4º.- Se interpone al amparo del artículo 849.1º de la L.E.Criminal , por infracción de ley, por incorrecta aplicación de los arts. 109 y siguientes del CP , toda vez que las responsabilidades civiles atribuidas al Sr. Jesús Manuel superan con creces los supuestos daños y perjuicios causados por éste.

5º.- Se interpone por si no fueran estimados los precedentes motivos, al amparo del artículo 849.1 de la L.E.Criminal , por infracción de ley, por indebida aplicación al acusado del artículo 148.1º del Código penal , al no ser responsable penalmente de un delito de lesiones causadas por la utilización de métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o salud física o psíquica del lesionado.

6º.- Se interpone al amparo del artículo 849.1 de la L.E.Criminal , por infracción de ley, por indebida aplicación al acusado del artículo 150 del Código penal , al no ser responsable penalmente de un delito de lesiones que causen deformidad.

7º.- Se interpone por infracción de ley al amparo del artículo 849.1 de la L.E.Criminal por inaplicación de la eximente recogida en el artículo 20.4, del CP y/o atenuante correlativa en virtud del artículo 21,7 del mismo cuerpo legal .

8º.- Se interpone para el caso de que no sean estimados los tres primeros motivos y al amparo del artículo 849.1 de la L.E.Criminal , por infracción de ley que se produce por inaplicación al acusado de la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas, prevista en el artículo 21.6 a del vigente CP .

9º.- Se interpone al amparo del artículo 849.1 de la L.E.Criminal por infracción de ley, por incorrecta aplicación de los arts. 66, reglas 1ª, 2ª y 6ª, 74 y 419 del CP vigente (sic), en la determinación e individualización de la pena impuesta al Sr. Jesús Manuel por el delito de lesiones.

10º.- Se interpone por infracción de ley al amparo del artículo 849.1 de la L.E.Criminal , por no haber considerado al Sr. Ceferino responsable de un delito de lesiones previsto y penado en el artículo 147. del CP .

11º.- Se interpone al amparo del artículo 849.1º de la L.E.Criminal , también por infracción de ley, por incorrecta inaplicación de los artículos 109 y siguientes del CP , toda vez que el Sr Ceferino debe responder por los daños y perjuicios causados como consecuencia de las lesiones sufridas por el Sr. Jesús Manuel .

12º.- Se interpone por infracción de ley al amparo de L.E.Criminal, por no aplicación de lo dispuesto en el art. 154 del CP en relación a los Sres. Ceferino y Jesús Manuel , ya que de haberse producido algún altercado, éste fue en riña tumultuaria.

13º.- Se interpone por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 851.1º de la L.E.Criminal , porque los hechos probados que contiene la resolución que se recurre contienen conceptos jurídicos que implican la predeterminación del fallo. (...)

**QUINTO.-** Instruido el Ministerio Fiscal y las demás partes personadas del recurso interpuesto, la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**SEXTO.-** Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 22 de junio de 2016.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- 1.-** Comienza el recurrente impugnado la conclusión sobre medios probatorios tildándola de errónea. Para justificar su reproche invoca una serie de pretendidos documentos al amparo del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

Los tales documentos son en realidad folios del atestado policial inicial, incluyendo declaraciones, en Comisaría o en el Juzgado de instrucción, de varias personas o informes médicos.

El dato que pretende se tenga por veraz en sustitución del proclamado probado viene a ser que la víctima de su agresión se causó a sí mismo la lesión padecida al acometer al recurrente y caer al suelo.

2.- Es reiterada hasta la más plena saciedad la advertencia jurisprudencial que diferencia entre el papel en que se instrumenta medios de prueba personales y los documentos a los efectos del artículo 849.2 invocado. Lo que releva de otras explicaciones para rechazar el motivo por tal razón.



En cuanto a los informes periciales, excepcionalmente catalogados como documento a esos efectos, se exige que el Tribunal se aparte caprichosamente de sus conclusiones, sea uno el emitido o varios idénticos. Lo que está lejos de ocurrir en este caso en que el Tribunal de instancia parte de tales informes, que analiza y de los que no se distancia, y menos de manera arbitraria.

En cualquier caso es requisito del documento pretendidamente casacional que revele el error por sí solo, sin necesidad de complementos en otros medios de prueba, ni siquiera mediante inferencias a partir del documento, que en tal caso no cabe calificar de literosuficiente, es decir de probatorio por sí solo.

Finalmente, sobre el citado particular el Tribunal ha atendido a otros medios probatorios, por lo que el artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal impide casar la sentencia partiendo del supuesto error pretendidamente acreditado por el documento que se invoque, aunque fuera propiamente de los que reúnan las demás condiciones.

El motivo se rechaza.

**SEGUNDO.- 1.-** Aún ataca el recurrente en un segundo motivo las conclusiones probatorias de la sentencia impugnada amparándose en la garantía constitucional de presunción de inocencia que estima no legítimamente enervada por la prueba de que dispuso el Tribunal.

La tesis alternativa que pretende asumible frente a la incierta del Tribunal sería la ya enunciada antes: autolesión de la víctima e impertinencia de imputación de autoría contra el recurrente.

Atribuye un fuerte aval de su versión a lo declarado por los testigos aportados por él con carencia de fisuras o contradicciones entre ellos. Y a que los agentes policiales siempre partieron de la versión -facilitada por los presentes a su llegada al escenario de los hechos- de que su intervención venía motivada por previa agresión de unos usuarios a los guardas de seguridad.

**2.-** En cuanto al contenido de la garantía de presunción de inocencia cabe señalar que parte ésta de una determinada relación, lógica o científica, entre el resultado de la actividad probatoria y la certeza que el tribunal que condena debe tener respecto a la verdad de la imputación formulada contra el penado.

Esa relación exige, previamente, que aquella actividad probatoria se constituya por la producción de medios obtenidos de fuentes con respeto de las garantías constitucionales de los derechos fundamentales y libertades constitucionales. Y, además, que la actividad probatoria se haya llevado a cabo en juicio celebrado con publicidad y bajo condiciones de contradicción, sin quiebra del derecho a no sufrir indefensión.

La prueba aportará, como justificación externa de la decisión, los datos asumibles por la credibilidad del medio y la verosimilitud de lo informado. Siquiera el juicio acerca de esa credibilidad y verosimilitud no se integra ya en la garantía de presunción de inocencia a no ser que tales juicios se muestren arbitrarios o contrarios al sentido común.

La justificación interna de la decisión emplaza a una aplicación del canon que suministran la lógica y la experiencia o ciencia de tal suerte que pueda decirse que desde aquellos datos se deba inferir que la afirmación de los hechos en los que se sustenta la condena, los objetivos, pero también los subjetivos, son una conclusión que, con absoluta prescindencia de la subjetividad del juzgador, generen una certeza que, por ello, debe calificarse de objetiva.

Y es que, devenido claramente inconstitucional el limitar la valoración de la prueba resultante a la conciencia del juzgador o a su íntima convicción, por notoriamente insuficiente como garantía del ciudadano, aquella objetividad es la única calidad que hace merecer la aceptación de los ciudadanos, parte o no en el proceso, y con ello confiere legitimidad a la decisión de condena.

La objetividad de la certeza no se desvanece por cualquier duda, por lo demás consustancial al conocimiento humano. Pero si la duda, por su entidad, bajo los mismos parámetros de lógica o experiencia, puede calificarse de razonable, alcanza también el grado de objetividad que reclama la absolución del acusado.

No es pues acorde a nuestra Constitución mantener una condena en el escenario en que se presentan con no menos objetividad la tesis de la imputación que la alternativa absolutoria. Y es que en aquel caso las inferencias no pueden calificarse de concluyentes sino de abiertas, lo que las hace contrarias a las exigencias de la garantía examinada.

**3.-** En el presente caso la sentencia dispuso de fuertes elementos de convicción sobre la veracidad de la imputación formulada por la acusación. No solamente la contundente descripción de la víctima en referencia al protagonismo por el recurrente de la agresión padecida por aquél. Con la añadidura de testimonios directos que ven la agresión. Como el de D<sup>a</sup> Natividad , D<sup>a</sup> Agustina o D<sup>a</sup> Flor .



Sin embargo, recuerda la recurrida, la tesis del recurrente (autolesión de la víctima al caerse en fallida agresión a aquél) es valorada como "increíble" y no cuenta con otro aval que D. Saturnino . Parte la recurrida de la ausencia de energía en golpe que explique tan intenso daño lesivo. A lo que añade consideraciones como lo inverosímil de la fuerza en la víctima que tenía un brazo escayolado. En lo que le acompaña el parecer expresado por el médico forense, que evalúa de suerte diversa al recurrente. Sin que proceda en casación una relectura como la propuesta en el recurso, de esos informes, que solamente alcanza sentido en quien percibe la producción del medio probatorio.

Y esa argumentación de la sentencia, partiendo de la información obtenida, se acomoda en su inferencia a las más elementales pautas de lógica y experiencia.

Lo que satisface el canon constitucional de objetividad en la certeza sobre la conclusión, más allá de la subjetiva convicción del Tribunal juzgador.

**TERCERO.-** La protesta de vulneración legal, amparada en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , para excluir la autoría de las lesiones de causación imputada al recurrente, debe fracasar sin necesidad de otra consideración que la del cansino recuerdo de que en tal cauce no cabe discutir las conclusiones sobre hechos. Y el fracaso de la pretensión de modificación de los declarados probados por el rechazo de los anteriores motivos conlleva el de este otro motivo.

**CUARTO.-** Lo mismo cabe decir del motivo cuarto que pretende la exoneración de responsabilidad civil que se impone en la sentencia con fundamento en la ausencia de que superan el daño realmente padecido por la víctima a indemnizar.

Calificar los indemnizados como "supuestos" exigirá el previo y exitoso intento de uno de los motivos que lleven a modificar el relato al efecto formulado como probado en la instancia.

Ni lo intenta el recurrente. En realidad vuelve a buscar justificación para su pretensión en la exclusión de su contribución causal al daño de la víctima. Lo que ya hemos rechazado en los anteriores motivos.

Por ello este también se rechaza.

**QUINTO.-** Nuevamente busca amparo en el artículo 849.1 para denunciar lo que estima defectuosa subsunción del hecho en la norma penal. En realidad partiendo de la puesta en cuestión del hecho que se declara probado. y por supuesto con la recurrente alegación de la ya descartada existencia de una autolesión de la víctima.

Discute la aplicación del subtipo de lesiones agravadas al amparo del artículo 148 del Código Penal .

La discusión es tediosa. y ociosa. Aunque la sentencia invoque ese precepto, al calificar los hechos como constitutivos del tipo penal del artículo 150 es inútil el debate que se nos propone.

En todo caso el acusado resulta ser un verdadero experto en la causación de lesiones con exquisita preparación al efecto. Lo que hace de su procedimiento agresivo una de las modalidades que dan lugar a la agravación: *utilizar medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la salud física* . Como la realidad de la lesión causada -descrita en el hecho probado- ha puesto en evidencia, junto con la brutalidad del comportamiento del recurrente.

**SEXTO.-** Tampoco el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal tolera la pretensión de debatir la correcta aplicación del artículo 150, que se busca suscitar en el motivo quinto.

Porque el recurrente lo que en realidad hace es reiterar la premisa de necesaria modificación del hecho probado. Valga reiterar lo ya dicho sobre la más absoluta prohibición al efecto en la casación que aquel precepto procesal autoriza.

El motivo se rechaza.

Ciertamente si la cuestión fuera limitada a la subsunción del hecho probado en el artículo 150 del Código Penal , en función de la discusión sobre la apreciación de deformidad, cabe en este cauce procesal.

Así lo dijimos en nuestra STS nº 462/2014 de 27 de mayo : El supuesto de aplicación de una norma penal puede venir constituido por enunciados fácticos susceptibles de ser considerados como verdaderos o falsos. Se refieran a hechos externos o internos (psicológicos, como la intención o el conocimiento que el sujeto tiene de algo). Pero también por enunciados cuya formulación exige un juicio de valor, a recaer sobre un determinado dato empírico que, para su calificación jurídica, debe ser puesto en relación con determinados referentes o criterios valorativos. De esos no juicios cabe predicar verdad o falsedad, sino aceptabilidad o no. Tales criterios -axiológicos en general (fealdad) o, en casos, normativos (ajeneidad de una cosa)- pueden ser de una diversa objetividad. De suerte que el desiderátum de taxatividad propia de la norma penal se satisface en mayor medida según sea mayor ese grado de objetividad.





La diferenciación, entre lo fáctico descrito y lo valorativo afirmado, desde la perspectiva del recurso de casación, se traduce en la selección del cauce procesal para la impugnación.

Los enunciados empíricos, sean externos o psicológicos, solamente pueden impugnarse por el cauce del artículo 849.2 o por el del 852 (presunción de inocencia) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Los juicios de valor admiten el mismo cauce solamente cuando la queja se refiere al objeto de valoración, es decir al dato que ha de contrastarse con los criterios valorativos. Así cuando el presupuesto de la norma es la fealdad de una secuela, lo que concierne a las características del resto lesivo que sufre la víctima. Pero no el predicado que tal dato merece en función del canon de belleza/fealdad. Este juicio es ya un juicio normativo -no jurídico, aunque de consecuencias jurídicas- cuya impugnación encuentra habilitación a través de la previsión del nº 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

El carácter ostensible o no de una cicatriz es un dato empírico verificable. Su impugnación ha de intentarse pues fuera del ámbito del nº 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que circunscribe el debate posible a la subsunción del dato de hecho en la norma penal. Por ello no cabe entrar en su examen en este motivo amparado en el ordinal 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Sin embargo lo que concierne al predicado de fealdad -que supone el concepto típico de deformidad- es un juicio de valor que sí debemos analizar en esta sede del recurso. Pero desde la inevitable indeterminación que caracteriza el juicio de valor tributario de la previa asunción por quien valora de los criterios a los que aquella debe someterse.

Ocurre que en el presente caso la descripción de las secuelas como hecho probado no deja margen para una discrepancia seria sobre el juicio de deformidad: 36 cm (!) en forma de sierra en el cuero cabelludo y cabeza, granulomas de cuerpo extraño en la cicatriz, apreciable (como no) a simple vista. En persona que al tiempo del juicio aún no cumplió los treinta años de edad. Efecto cuya eventual reparación, caso de tener éxito, tampoco es excluido como elemento del tipo consumado.

Y desde luego tampoco cabe discutir en este cauce la concurrencia del elemento subjetivo que combate el motivo con olvido que el mismo se integra en la premisa fáctica excluida de ese juicio que supone el examen admitido en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

**SÉPTIMO.-** Tampoco podemos entrar a examinar la concurrencia de méritos para la estimación de circunstancia modificativa fundada en la actuación del recurrente en supuesta legítima defensa.

Y es que, pretendido ello por el cauce del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal debería haber logrado previamente la mutación del relato fáctico por el cauce que lo permita.

El hecho, tal como ha sido declarado probado, proclama que otra persona (D. Jon ) hizo una recriminación al acusado por su actuación como guarda, que otros dos guardas le apartaron, sin que se probara que agrediera ni fuera agredido el tal D. Jon . Ni asomo de la idea de agresión ilegítima por parte de tal usuario.

La víctima resultante lo que hizo, según el relato, fue quitarse una riñonera ante lo que otro guarda (D. Saturnino ) le sujetó. Y es entonces, cuando nada se dice de agresión por parte de la víctima, el acusado, aprovecha -en expresión de la sentencia- la situación en que se encuentra inmovilizada la víctima para llevar a cabo una agresión, la única ilegítima, tan ajena a toda idea de defensa como vituperable éticamente.

El motivo se rechaza.

**OCTAVO.-** También pretende el recurrente la estimación de la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas.

Alude al tiempo transcurrido entre el hecho y la sentencia. Reconoce que en la instrucción no hubo paralizaciones injustificadas. Pero lo es la que media desde el auto de apertura del juicio oral (febrero de 2013) hasta la celebración de la vista (octubre de 2015).

La sentencia ya valora las dilaciones, siquiera como atenuante ordinaria.

En nuestra STS nº 586/2014 de 23 de julio dijimos citando la STS nº 126/2014 de 21 de febrero : Si para la atenuante ordinaria se exige que las dilaciones sea extraordinarias, es decir que estén "fuera de toda normalidad"; para la cualificada será necesario que sean desmesuradas. Y en la STS 357/2014 de 16 de abril insistimos: si la atenuante simple exige unos retrasos extraordinarios, para su cualificación, habrá de reclamarse mucho más: una auténtica desmesura que no pueda ser explicada. Atenuante ordinaria requiere dilación extraordinaria, ("fuera de toda normalidad"); eficacia extraordinaria de la atenuante solo podrá aparecer ante dilación "archiextraordinaria", desmesurada, inexplicable.



Y entre los criterios que debemos analizar para la constatación de esa desmesura, cabe acudir no solamente, en cuanto a la duración, al tiempo extraordinario desde la perspectiva global del total procedimiento, sino a otros más específicos: como la pluralidad y dimensión de los periodos de paralización o ralentización.

La cualificación también reclama que la falta de justificación sea más ostensible o de mayor entidad que la considerada para la atenuante ordinaria.

El motivo solamente se funda en al duración de la dilación. Pero ni ésta alcanza aquel grado de excepcionalidad ni por sí sola, sin onerosidades añadidas, parece justificar la pretensión de atenuante extraordinaria.

El motivos e rechaza.

**NOVENO.-** También invoca el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal el recurrente para discutir la corrección en la individualización de la pena que le fue impuesta. Estima vulnerados los preceptos del Código Penal reguladores: artículos 66 en diversos apartados y 74 del Código Penal (además de una inexplicada cita del artículo 419 del mismo).

Pero lo que expone para justificar tal pretensión es una vuelta a la alegación de las mismas razones fundamento de los anteriores motivos ya rechazados: calificación de los hechos y atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada.

El fracaso de esos anteriores motivos acarrea pues el de éste.

Sin perjuicio del posterior examen de la aplicabilidad del artículo 152.3 a que se acude en posterior motivo.

Este motivo se rechaza porque la queja sobre pena impuesta, atendidas las reglas invocadas, al no admitirse los demás motivos, queda sin fundamento atendible.

**DÉCIMO.-** El décimo motivo ha de decaer por las mismas razones que se atendieron para rechazar los motivos anteriores. Pretende el recurrente que los hechos se califiquen como tipificados en el artículo 147 del Código Penal . Eso sí en cuanto a la imputación que el recurrente formuló contra la víctima.

Pero para ello quiere hacer cuestión del relato fáctico atribuyendo a la víctima unos actos consistente en agresión al recurrente que la sentencia da por descartada. Y, conforme a doctrina tan reitera que es de excusada cita, no cabe en el marco del recurso de casación contra una sentencia absolutoria, como lo es la aquí impugnada respecto de esa acusación, modificar los hechos que dieron lugar a la misma porque no es posible la ineludible audiencia del acusado a penar por primera vez en vía de tal recurso.

Como en la STS nº 491/2014 de 28 de mayo **hemos de reiterar aquí la inviabilidad de proceder a una modificación del hecho probado por vía de recuso cuando se trata de sentencias absolutorias. Y no solamente por imperativo del derecho a un proceso con todas las garantías, sino esencialmente por infracción del derecho de defensa si aquella revisión se lleva a cabo sin la presencia del acusado absuelto ante el tribunal que conoce del recurso.**

**Y también se desconocen las exigencias del derecho de defensa si se lleva a cabo cualquier modificación de hechos probados en perjuicio del penado, sin oír a éste directamente, aun cuando sea sobre la base de pruebas no personales, como la documental o la pericial documentada, o cuando se hayan modificado las conclusiones alcanzadas a través de razonamientos inferenciales, sin alterar las bases fácticas atendidas para construirlos.**

En el mismo sentido las STS 540/2011 de 20 de mayo , 698/2011 de 22 de junio , 1193/2011 de 16 de noviembre , 460/2013 de 28 de mayo

**UNDÉCIMO.-** Tampoco es admisible el debate que se propone en el undécimo motivo porque, pese a ampararse en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal pretende justificarse desde la previa discusión del relato de hechos probados. Es decir se cuestiona la desestimación de la responsabilidad civil que se solicitó contra la parte recurrida, que había sido acusada en la instancia, porque entiende que el hecho probado no se acomoda según entiende el recurrente al hecho que debió ser declarado probado.

La contumaz recaída en tan defectuosa técnica procesal a espaldas de la constante jurisprudencia que veta para este cauce la posibilidad de discutir datos de hecho tenidos por probados lleva, sin más, al rechazo del motivo.

Más si, como acabamos de dejar expuesto, se recuerda el veto a revisar el hecho que dio lugar a una sentencia absolutoria.

**DECIMOSEGUNDO.-** También alega el recurrente que los hechos debieron tipificarse como constitutivos del delito del artículo 154 del Código Penal que castiga la participación en los acometimientos tumultuario.



Basta advertir de que el recurrente incurre en la inaceptable confusión de pluralidad de agresores, que tampoco existe aquí, con la mera pluralidad de los mismos.

Aquí el hecho probado predica que un sujeto único -el recurrente- agredió a una única víctima. Los demás no hicieron otra cosa que abortar sin agredir una riña de otras características, por lo demás más plurales pero en ningún caso tumultuaria dada la nítida diferenciación de bandos y actos de participación.

El motivo se rechaza.

**DECIMOTERCERO.**- En último lugar se denuncia una supuesta infracción determinante de quebrantamiento de forma por utilización de conceptos jurídicos en la descripción de lo que se declara probado.

Y como concepto jurídico, que no fáctico o meramente descriptivo, expone la expresión de la sentencia: "buscar punto de impacto para la causación de mayor lesividad". Por más que tal expresión incluya una inferencia que concierne al elemento subjetivo de la finalidad querida por el autor, es claro que todo ello corresponde a lo histórico o empírico y no a lo valorativo en que encuadrarían los juicios normativos. Por otra parte es evidente el carácter de lenguaje coloquial y no técnico jurídico en que se inserta ese uso del lenguaje.

El motivo se rechaza.

**DECIMOCUARTO.**- De conformidad con el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal deben imponerse al recurrente las costas derivadas de presente recurso.

### III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos **NO HABER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por **Jesús Manuel**, contra la sentencia dictada por la Sección Cuarta de la **Audiencia Provincial de Madrid**, con expresa imposición de las costas causadas en el presente recurso de casación.

Comuníquese dicha resolución a la mencionada Audiencia, con devolución de la causa en su día remitida.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

**PUBLICACION** - Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Luciano Varela Castro, estando celebrando 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.