

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ062687

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 610/2017, de 12 de septiembre de 2017

Sala de lo Penal

Rec. n.º 2369/2016

SUMARIO:

Delito de lesiones. Tratamiento quirúrgico. Víctima con relación de afectividad con el acusado. Agresión sexual: Valoración probatoria. Declaración de la víctima. La sutura de aproximación mediante esparadrapo o steri-strip, constituye tratamiento quirúrgico e integra el delito de lesiones del artículo 147.1 del CP. Es una operación susceptible de realizarse en un solo acto. Pero si su sentido es la aproximación de los bordes de una herida para favorecer la soldadura de los tejidos, lo que cura realmente es la permanencia del cosido ejerciendo esa acción a lo largo de cierto tiempo, de manera que la intervención facultativa mantiene su actividad terapéutica durante todo ese periodo, en el que la lesión resulta tratada quirúrgicamente, aun cuando deba hablarse de cirugía menor. Por otro lado, la subsunción de unos hechos en el tipo penal del artículo 147.1 del Código Penal (lesiones), no supone que su punición haya de sujetarse necesariamente al subtipo agravado del artículo 148.4 del Código Penal (Si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia), por más que la víctima estuviere -como los hechos probados recogen- ligada al autor por una relación de afectividad análoga al matrimonio. A diferencia de lo que acontece respecto de las lesiones agravadas contempladas en los artículos 149 y ss, la agravación penológica recogida en el artículo 148 del Código Penal, no se ha configurado por el legislador como imperativa, sino potestativa del Juzgador, en atención al caso concreto, siempre atendiendo al resultado causado o al riesgo producido. Lesiones entre cónyuges o en el seno de la pareja: Si el vínculo de afectividad propio de una pareja estable, es uno de los supuestos que el legislador contempla como de susceptible agravación, sin duda por el plus de culpabilidad que refleja que el autor desprecie con su acción la comunidad de convivencia que tiene con la víctima, el elemento que justifica que la respuesta penal sobrepase el ámbito de punición inherente a la concurrencia de la agravante genérica de parentesco del artículo 23 del Código Penal, radica en el desvalor de la acción o del resultado; esto es, o un juicio negativo del comportamiento que el legislador centra en el riesgo al que se somete a la víctima (desvalor de la acción), o un juicio negativo de cómo el comportamiento ha afectado al bien jurídico (desvalor del resultado). Respecto a la agresión sexual y la valoración probatoria de la declaración de la víctima, el Tribunal tiene obligación de explicar por qué el testigo es objetiva y racionalmente creíble y por qué ese testimonio puede permitir desechar otros medios de prueba contradictorios. La legalidad de una prueba testifical de la que sólo se discute su capacidad incriminatoria, corresponde al órgano de enjuiciamiento evaluar la credibilidad de la víctima, mientras que al Tribunal de Casación le compete el control de la valoración realizada por el Tribunal de instancia, en lo que concierne a su racionalidad en función de los parámetros de la lógica, la ciencia y la experiencia.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 23, 147, 148, 149, 153, 178, 179 y 192.

Ley Orgánica 6/1985 (LOPJ), arts. 11 y 238.

PONENTE:*Don Pablo Llarena Conde.*

Magistrados:

Don JOSE RAMON SORIANO SORIANO

Don ALBERTO GUMERSINDO JORGE BARREIRO

Don ANDRES PALOMO DEL ARCO

Don PABLO LLARENA CONDE

Don CARLOS GRANADOS PEREZ

SENTENCIA

En Madrid, a 12 de septiembre de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación 2369/2016 interpuesto por el Ministerio Fiscal y por Daniel , representado por la procuradora D.ª Cecilia Fernández Redo bajo la dirección letrada de D. José Manuel Hervás Galván, contra la sentencia dictada el 28 de septiembre de 2016 y auto de rectificación de 20 de octubre de 2016 por la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección Tercera , en el Sumario Ordinario 7/2014, en el que se condenó a Daniel como autor responsable de un delito de lesiones del artículo 153 del Código Penal y de un delito de agresión sexual de los artículos 178 , 179 y 192 del Código Penal , con la agravante de parentesco del artículo 23 del Código Penal .

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El Juzgado de Violencia sobre la Mujer n.º 1 de los de Cádiz incoó Sumario ordinario n.º 1/2014 por los delitos de agresión sexual y de lesiones en el ámbito de la violencia de género, contra Daniel , que una vez concluido remitió para su enjuiciamiento a la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección Tercera. Incoado el Sumario 7/2014, con fecha 28 de septiembre de 2016 dictó sentencia n.º 323/2016 en la que se contienen los siguientes HECHOS PROBADOS:

«Que el procesado Daniel , mayor de edad y sin antecedentes penales que desde unos 8 meses atrás venía manteniendo una relación sentimental con convivencia con Antonia , sobre las 23 horas llegó ligeramente afectado por la influencia de bebidas alcohólicas al domicilio en el que convivían en la AVENIDA000 nº NUM000 NUM001 NUM002 de esta capital, lugar donde ya se encontraba su compañera sentimental quien también estaba afectada por la previa ingesta de bebidas alcohólicas aun cuando en ninguno de los casos consta que esta circunstancia afectara a sus capacidades intelectivas y/o volitivas.

El procesado al entrar se dirigió inmediatamente a la ducha y cuando se encontraba en la misma, se produjo una discusión verbal entre ambos por un motivo banal relacionado con la boda de una amiga de Antonia lo que provocó que el acusado al salir de la ducha se dirigiera hacia Antonia enfurecido y le propinara varias bofetadas en la cara provocando que sangrara por la nariz.

En un momento dado ambos se enzarzaron por el palo de la fregona, al parecer el procesado pretendía borrar las manchas de sangre y ella se lo impedía, forcejeando el uno con el otro hasta que este se partió quedando la parte superior en manos del procesado quien con el palo golpeó en la cabeza y en el brazo a Antonia al tiempo que le profería expresiones como puta, zorra, cocaínomana."

Como quiera que la discusión no cesaba y que Antonia pretendiera llamar con el móvil a su tío para pedir auxilio el procesado se lo arrebató y lo arrojó al suelo y en un momento dado él la agarró por los pelos y la arrojó sobre la cama del dormitorio donde cayó en posición boca abajo y cuando se encontraba en posición genupectoral le arrancó de un tirón brusco las bragas y le metió violentamente los dedos en la vagina causándole gran dolor al tiempo que la llamaba puta. Como quiera que Antonia trataba de escabullirse para pedir auxilio, el procesado cogiéndola por el pelo la arrastró hacia la ventana del salón haciendo amago de tirarla por la ventana mientras ella trataba de aferrarse a la pared más próxima y al propio alfeizar y gritaba pidiendo auxilio mientras el procesado insistía llamándola puta y chivata, lo que provocó que por efecto de la llamada de algún vecino instantes después se personara la policía que hizo acto de presencia en el mismo pudiendo oír los gritos de auxilio de la mujer antes de que le fuera abierta la puerta encontrando a la mujer desnuda de cintura para abajo y al procesado mas al fondo de la vivienda procediendo a su detención.

Consecuencia de la agresión Antonia sufrió lesiones consistentes en erosión en epitelio del cuello uterino, hematomas en cadera izquierda, zona parpebral izquierda, región nasal interna, herida sangrante en región

zigomática derecha que precisó sutura tardando en curar 10 días con perjuicio estético leve no deformante valorado en 4 puntos. El móvil fracturado ha sido valorado en 149,57€.».

Segundo.

La Audiencia de instancia emitió el siguiente pronunciamiento:

« FALLAMOS

Que debemos condenar y condenamos a Daniel como autor responsable de un delito de lesiones en el ámbito de la violencia de género y de un delito de violación ya definidos sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en el primer caso y concurriendo la agravante de parentesco en el segundo, a la pena de SEIS MESES DE PRISION por el primer delito, con las accesorias de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena así como prohibición de porte de armas y de aproximación a menos de 200 metros de la víctima o de su domicilio o lugar de trabajo así como de comunicar con ella por cualquier medio por tiempo de 1 año y seis meses y a la pena de NUEVE AÑOS DE PRISION por el segundo delito, con inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena así como prohibición de aproximación a menos de 200 metros de la víctima o de su domicilio o lugar de trabajo así como de comunicar con ella por cualquier medio por tiempo de 10 años.

Se impone al penado la libertad vigilada por tiempo de cinco años a ejecutar con posterioridad a la pena de prisión impuesta.

Además condenamos a Daniel a que por vía de responsabilidad civil indemnice a Antonia en la cantidad de 1.449,57 y lo condenamos además al pago de las costas procesales causadas.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y a las demás partes con expresa indicación de que la misma no es firme y que contra ella podrá prepararse recurso de casación en el plazo de 5 días desde la última notificación.».

Tercero.

En fecha 20 de octubre de 2016 la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Cádiz dictó auto rectificando la omisión sufrida en la sentencia de fecha 28.09.2016 con el siguiente pronunciamiento:

«Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación SE ACUERDA: Rectificar la omisión sufrida en la sentencia nº323/2016, de fecha 28/09/2016 , en el sentido de aclarar que en el párrafo de Hechos Probados donde dice "sobre las 23 horas", debe decir "sobre las 23 horas del día 26 de junio de 2014".

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que junto con la sentencia dictada es recurrible en casación en el plazo de cinco días.».

Cuarto.

Notificada la sentencia y el auto a las partes, el Ministerio Fiscal anunció su propósito de interponer recurso de casación por infracción de ley y por quebrantamiento de forma y la representación procesal de Daniel lo anunció por infracción de ley, por quebrantamiento de forma y por vulneración de precepto constitucional, recursos que se tuvieron por preparados remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Quinto.

El recurso formalizado por el Ministerio Fiscal, se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

PRIMERO. Por infracción de ley del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por inaplicación indebida de los artículos. 147.1 y 148.4 del Código Penal .

SEGUNDO. Por infracción de ley del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por inaplicación indebida de artículo 153.3 del Código Penal .



Y el recurso formalizado por Daniel se basó en los siguiente MOTIVOS DE CASACIÓN:

PRIMERO. Por infracción de Ley del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por infracción y/o vulneración del principio indubio pro reo. La denunciante presta 3 declaraciones (al denunciar, en sede judicial y en la vista oral), todas distintas y contradictorias entre sí, como resalta de la mera lectura de las mismas. Se contradice en el cómo se inicia la discusión, en el cómo se produce, y en el cómo se va desarrollando.

SEGUNDO. Por infracción de Ley del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por infracción de los artículos 178 , 179 y 192 del Código Penal . Se niega la tipicidad de los hechos y su incardinación en tales preceptos. No existe animus de agredir sexualmente. Menos aún de atentar contra la libertad sexual. Mas al contrario, se trata de una discusión de novios (o ex novios) y de una manifiesta animadversión que "pergeña" a posteriori una de las partes, mediante una historificación (contradictoria) truculenta, evidentemente para dañar al ex.

TERCERO. Por infracción de Ley, artículo 849.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por existir error en la apreciación de la prueba, basada en documentos obrantes en autos que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

CUARTO. Por quebrantamiento de forma, artículo 851.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , resultar manifiesta contradicción entre los hechos probados o se consignen como hechos probados conceptos que por su carácter jurídico impliquen la predeterminación del fallo.

QUINTO. Por quebrantamiento de forma, artículo 851. 3.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , cuando no se resuelva en ella sobre todos los puntos que hayan sido objeto de la defensa, en relación con la nulidad de los documentos solicitados en la Vista Oral.

SEXTO. Por vulneración de precepto constitucional, punto 4.º del artículo 5 Ley Orgánica del Poder Judicial , en relación con el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 24 de la Constitución Española , por falta de motivación y valoración de la prueba de descargo en relación con el principio de la tutela judicial efectiva sin causar indefensión. La inocencia no hay que demostrarla.

SÉPTIMO. Por infracción de precepto constitucional, artículos 5.4 Ley Orgánica del Poder Judicial y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con el artículo 24.2 de la Constitución Española . Presunción de Inocencia

Sexto.

Instruidas las partes de los recursos interpuestos, el Ministerio Fiscal, en escrito de 24 de marzo de 2017, solicitó la inadmisión e impugnó de fondo los motivos del recurso interpuesto por Daniel e interesó su desestimación. Daniel , en escrito de fecha 3 de abril de 2017, impugnó el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal e interesó su desestimación. Tras admitirse por la Sala, quedaron conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera. Y hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 6 de julio de 2017 que, dados los temas a tratar, se prolongó hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal.

Primero.

La Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Cádiz, en su Procedimiento Ordinario 7/2014, que se siguió con el número 1/2014 de los del Juzgado de Violencia sobre la mujer n.º 1 de esa misma capital, dictó sentencia el 28 de septiembre de 2016, en la que condenó a Daniel : 1) Como autor de un delito de lesiones del artículo 153 del Código Penal , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 6 meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho del sufragio pasivo y prohibición de porte de armas durante el tiempo de la condena, así como prohibición de aproximación a menos de 200 metros de Antonia , de su domicilio o lugar de trabajo, o de comunicarse con ella, durante un tiempo de diez años; y 2) Como autor de un delito de agresión sexual, de los artículos 178 , 179 y 192, operando como agravante la circunstancia mixta de parentesco del artículo 23 del Código Penal , a la pena de 9 años de prisión, inhabilitación especial para el derecho del sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e idéntica prohibición de acercamiento y comunicación que la anteriormente expresada.

Contra dicha resolución, se interpone recurso de casación por el Ministerio Fiscal, cuyo primer motivo se formula por infracción de ley del artículo 849.1 de la LECRIM, considerando indebidamente inaplicados los artículos 147.1 y 148.4 del Código Penal.

Destaca el recurso que el relato fáctico recogido en la sentencia de instancia, refleja que la víctima Antonia, precisó de un punto de sutura para la curación de sus lesiones. Desde esta constatación, aduce que la jurisprudencia de esta Sala recoge que tanto los puntos de sutura, como los propios puntos de aproximación (puntos steri-strip) constituyen el tratamiento médico quirúrgico que viene exigido como elemento del tipo penal descrito en el artículo 147.1 del Código Penal. Y por entender concurrente la agravante específica de ser la víctima pareja sentimental del penado, considera que los hechos no deben ser calificados como un delito de lesiones leves en el ámbito de la violencia de género del artículo 153 del Código Penal, sino como constitutivos de un delito de lesiones de los artículos 147.1 y 148.4. Reclama, en consecuencia, la calificación ya formulada en sus conclusiones definitivas, e interesa la imposición de las penas entonces peticionadas, concretamente, prisión por tiempo de 3 años y 6 meses, inhabilitación especial para el derecho del sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como 6 años de prohibición de comunicación y de aproximación a menos de 200 metros de la víctima, su domicilio o lugar de trabajo.

1. El relato fáctico de la sentencia de instancia expresa que « Consecuencia de la agresión, Antonia sufrió lesiones consistentes en erosión en epitelio del cuello uterino, hematomas en cadera izquierda, zona parpebral izquierda, región nasal interna, herida sangrante en región zigomática derecha que precisó sutura tardando en curar 10 días con perjuicio estético leve no deformante valorado en 4 puntos». Pese a ello, el Tribunal de instancia (FJ 1) expresa que ninguna de las lesiones descritas requirieron objetivamente para su curación de tratamiento médico, e indica que pese a que una de ellas pudiera justificar la petición de aplicación del art 147.1 del Código Penal (la causada en región zigomática, que se afirma precisó para su curación de tratamiento quirúrgico consistente en un punto de sutura), considera que no encaja en tal precepto. Entiende el Tribunal que el hecho de que la herida curase sin necesidad de ulterior atención, sin especificarse siquiera en el parte de asistencia de urgencias la necesidad de acudir ulteriormente al médico para retirar el punto de sutura, permitía concluir que la actuación facultativa no fue propiamente un tratamiento quirúrgico, sino un simple punto de aproximación de los llamados de esparadrapo que, por su simplicidad y no precisar de ulterior actuación, no podía incluirse en el concepto de tratamiento quirúrgico.

2. El juicio de subsunción que realiza el Tribunal de instancia respecto de los concretos hechos que da por probados, resulta erróneo. En nuestra reciente sentencia 518/2016 de 15 junio, condensábamos la doctrina de la Sala sobre el elemento del tipo penal que es objeto de debate. Recordábamos que esta Sala (SSTS 732/2014, de 5 de noviembre; 546/2014, de 9 de julio; 463/2014, de 28 de mayo; 389/2014, de 12 de mayo; 180/2014, de 6 de marzo ó 34/2014, de 6 de febrero) considera que el tratamiento médico o quirúrgico al que se refiere el legislador en el artículo 147 CP, constituye un concepto normativo que, en ausencia de una definición legal, debe ser definido mediante las aportaciones doctrinales y jurisprudenciales que le otorguen la seguridad jurídica que la interpretación del tipo requiere, y que es la propia expresión típica del artículo 147 CP, la que nos permite delimitar su alcance:

En primer lugar, nos indica que el tratamiento médico o quirúrgico debe ser requerido objetivamente para alcanzar la sanidad, lo que excluye la subjetividad de su dispensa por un facultativo o por la propia víctima.

En segundo lugar, debe trascender de la primera asistencia facultativa, como acto médico o quirúrgico separado, lo que requiere una cierta continuidad del tratamiento por el propio facultativo, o una prescripción para que se realice ese tratamiento por otro profesional sanitario.

Como requisito excluyente, el tipo delictivo de lesiones no se integra por la asistencia dispensada para efectuar simples vigilancias o seguimientos facultativos.

Por ello nuestra jurisprudencia ha definido el tratamiento médico o quirúrgico, a los efectos penales, de forma sintética como «toda actividad posterior a la primera asistencia... tendente a la sanidad de las lesiones y prescrita por un médico». Y, de forma más descriptiva, como el procedimiento que se utiliza para curar una enfermedad o para reducir sus efectos, tanto si se realiza por el médico que presta la asistencia inicial como si se encomienda a auxiliares sanitarios, quedando al margen el simple diagnóstico y la pura vigilancia o prevención médica.

En sentido estricto, el tratamiento médico consiste en la planificación de un sistema de curación o de un esquema médico prescrito por un titulado en medicina con finalidad curativa; el tratamiento quirúrgico es aquel que, por medio de la cirugía, tiene la finalidad de curar una enfermedad a través de operaciones de esta naturaleza, cualquiera que sea su importancia: cirugía mayor o menor, incluyendo distintas actuaciones (diagnóstico, asistencia preparatoria ex ante, exploración quirúrgica, recuperación ex post, etc.).



La distinción entre el tratamiento y la vigilancia o seguimiento médico, que se excluye legalmente del concepto a efectos penales, no es fácil de establecer. No cabe fijar criterios absolutos, pues en la distinción entre delito y falta -decíamos en aquella sentencia- no puede prescindirse del examen de fondo sobre la relevancia de la lesión, apreciada en su conjunto. El seguimiento o vigilancia debe abarcar esencialmente los supuestos de comprobación del éxito de la medicación prescrita, de simple observación de la evolución de las lesiones o de señalamiento de medidas meramente precautorias, pero no aquellos que incluyan asistencias adicionales.

En cuanto al tratamiento quirúrgico existe siempre que se actúa médicamente sobre el cuerpo del paciente de forma agresiva, como ocurre cuando se abre, se corta, se extrae o se sutura, es decir siempre que la curación se persigue mediante la intervención directa en la anatomía de quien la necesite. Y así se ha descrito como la realización de cualquier intervención médica de esta naturaleza (cirugía mayor o cirugía menor), que sea objetivamente necesaria para reparar el cuerpo humano o para restaurar o corregir cualquier alteración funcional u orgánica producida por las lesiones.

En orden al requisito de que ese tratamiento sea acumulativo a la primera asistencia sugerido por el adverbio " además ", no implica que sean actuaciones incompatibles. Aun en el supuesto de que la sutura se aplique en la primera asistencia, los tratamientos quirúrgicos, incluso en los casos de cirugía menor, siempre necesitan cuidados posteriores, aunque de hecho no los preste una persona titulada. Han de tener una prolongación en el tiempo, lo que excluye la posibilidad de aplicar la norma correspondiente a la infracción conceptualizada como una falta. Es una operación susceptible de realizarse en un solo acto. Pero si su sentido es la aproximación de los bordes de una herida para favorecer la soldadura de los tejidos, lo que cura realmente es la permanencia del cosido ejerciendo esa acción a lo largo de cierto tiempo, de manera que la intervención facultativa mantiene su actividad terapéutica durante todo ese periodo, en el que la lesión resulta tratada quirúrgicamente, aun cuando deba hablarse de cirugía menor.

En consecuencia, la técnica de aproximación de bordes de una herida para facilitar su curación prolongadamente en el tiempo puede considerarse tratamiento médico o quirúrgico (cirugía menor, naturalmente).

3. Y la inadecuada subsunción de los hechos por parte del Tribunal de instancia, se manifiesta aunque se tratara de una sutura de aproximación mediante esparadrapo o steri-strip .

La STS 1441/1999 y, posteriormente, la STS 1481/2001 de 17 de julio , recogieron que el uso de esparadrapo para mantener unidos los bordes de la herida es un procedimiento equivalente y sustitutivo de los tradicionales puntos de aproximación, y es así porque su empleo no fue como simple apósito (para preservar a la herida del contacto con el aire u otros agentes externos), sino como un medio técnico de fijación (esparadrapo de sutura), menos cruento en su aplicación, pero de efecto equivalente al cosido y, como éste, necesario para procurar la correcta cicatrización de la herida. De modo que lo realizado consiste en un acto médico que no se agotó en sí mismo, como sucedería en el caso de la " primera asistencia ", sino que prolongó sus efectos a lo largo del tiempo necesario para producir la regeneración y el cierre de los tejidos dañados por un corte. La zona traumatizada estuvo siendo tratada, es decir, mantenida médicamente, mediante una presión estable, en unas condiciones que ella sola, de no ser por esa clase de actuación, no habría podido alcanzar.

En estos mismos términos se han pronunciado las SSTS 519/2016, de 15 junio ; 546/2014, de 9 de julio ; 389/2014, de 12 de mayo ; 1170/2010, de 26 de noviembre o 1481/2001, de 17 de julio , entre muchas otras. Como indicábamos en la STS 389/2014 de 12 de mayo , si la aproximación de los bordes de una herida para favorecer la soldadura de los tejidos es una operación susceptible de realizarse en un solo acto, lo que cura realmente es la permanencia del cosido ejerciendo esa acción a lo largo de cierto tiempo, de manera que la intervención facultativa mantiene su actividad terapéutica durante todo ese periodo, en el que lesión resulta tratada quirúrgicamente, aun cuando deba hablarse de cirugía menor (STS 321/2008, de 6 de junio). Y tal criterio de proyección de la actividad terapéutica durante la permanencia de las grapas (aun en el supuesto de que no requieran ser retiradas ulteriormente) o de los adhesivos de aproximación, confirma la existencia de tratamiento más allá de la de primera asistencia; muy especialmente cuando además de procurar la soldadura de los tejidos, tratan de minimizar la cicatriz.

4. En todo caso, la subsunción de los hechos en el tipo penal del artículo 147.1 del Código Penal , no supone que su punición haya de sujetarse necesariamente al subtipo agravado del artículo 148.4 del Código Penal , por más que la víctima estuviere -como los hechos probados recogen- ligada al autor por una relación de afectividad análoga al matrimonio.

A diferencia de lo que acontece respecto de las lesiones agravadas contempladas en los artículos 149 y ss, la agravación penológica recogida en el artículo 148 del Código Penal , no se ha configurado por el legislador como imperativa, sino potestativa del Juzgador, en atención al caso concreto. El precepto recoge la facultad que tiene el Juez o Tribunal, de ampliar discrecionalmente el marco de punición de los hechos, cuando se den las concretas circunstancias previstas en la norma, siempre atendiendo al resultado causado o al riesgo producido. Y si el vínculo



de afectividad propio de una pareja estable (art. 149.4 CP), es uno de los supuestos que el legislador contempla como de susceptible agravación, sin duda por el plus de culpabilidad que refleja que el autor desprecie con su acción la comunidad de convivencia que tiene con la víctima, el elemento que justifica que la respuesta penal sobrepase el ámbito de punición inherente a la concurrencia de la agravante genérica de parentesco del artículo 23 del Código Penal , radica en el desvalor de la acción o del resultado. Por más que la comunidad de afecto en la pareja -existente o pasada-, defina un singular rechazo de los comportamientos agresivos que surgen en su seno y justifique con ello la apreciación como agravante de la circunstancia mixta de parentesco, la punición agravada del artículo 148.4 del Código Penal , exige, o un juicio negativo del comportamiento, que el legislador centra en el riesgo al que se somete a la víctima (desvalor de la acción) , o un juicio negativo de cómo el comportamiento ha afectado al bien jurídico (desvalor del resultado). Elementos que no se dan en el caso analizado, pues -más allá de la significación antijurídica de la agresión sexual, que justifica su punición independiente-, el Tribunal refleja que los padecimientos corporales consistieron en una erosión en epitelio del cuello uterino, hematomas en cadera izquierda, zona parpebral izquierda, región nasal interna, herida sangrante en región zigomática derecha, expresando que la curación sobrevino en diez días y precisó un único punto de sutura.

El motivo debe ser estimado, si bien, ajustándose la punición de las lesiones del artículo 147.1 del Código Penal , a la concurrencia -como circunstancia agravante- de la circunstancia mixta de parentesco, recogida en el artículo 23. del Código Penal . Lo que determina no entrar en el estudio del segundo de los motivos formulados por el Ministerio Fiscal, que venía subordinado al fracaso del que hemos contemplado.

Recurso interpuesto por Daniel .

Segundo.

Un análisis sistemático de los motivos en los que se asienta el recurso interpuesto por el condenado, sugiere principiar por el formulado en cuarto lugar. Se formaliza por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 851.1.º de la LECRIM , entendiéndose que se ha recogido una manifiesta contradicción entre los hechos probados, y que se consignan además como hechos probados, conceptos que por su carácter jurídico implican la predeterminación del fallo.

Sin un desarrollo más detallado, el recurrente denuncia la contradicción del relato fáctico y afirma que cuando describe que " ella trata de aferrarse a la pared próxima", se contradice con las pruebas, pues como quedó patente en Sala, la huella demuestra que no hubo afán de aferrarse, ni agarrarse (sic).

Respecto de la predeterminación del fallo, el recurso sostiene que es un vicio que puede predicarse del párrafo segundo del primer Fundamento Jurídico de la sentencia y, desde esta consideración, el recurso expresa que el testimonio de la víctima debe decaer, por " existir móviles espurios, animadversión y variaciones/contradicciones entre sus 3 declaraciones, en contra de la exigencia de que las mismas sean uniformes y mantenidas e invariables en lo sustancial, lo que, obviamente, no sucede en este caso".

1. La jurisprudencia de esta Sala (STS 253/2007, de 26 de marzo o 121/2008 de 26 de febrero), proclama con uniformidad que la esencia de la contradicción consiste en el empleo en el hecho probado de términos o frases que, por ser antitéticos resultan incompatibles entre sí, de tal suerte que la afirmación de una, resta eficacia a la otra, al excluirse uno al otro, produciendo una laguna en la fijación de los hechos (STS 299/2004, de 4 de marzo). La misma jurisprudencia señala (SSTS 301/2015 de 20 mayo ; 231/2016 de 17 marzo o 267/2017 de 26 enero , entre muchas otras) que para que pueda prosperar este motivo de casación es necesario: a) que la contradicción sea manifiesta y absoluta en el sentido gramatical de la palabra; b) que sea insubsanable y no exista posibilidad de superar la contradicción armonizando los términos antagónicos a través de otros pasajes del relato; c) que sea interna en el hecho probado o, de venir referida a apartados del fundamento jurídico, que estos tengan un indudable contenido fáctico y d) que la contradicción resulte relevante para el sentido del fallo, por afectar a pasajes fácticos necesarios para la subsunción jurídica. De este modo, la STS 1250/2005, de 28 de octubre , recogía «Como consecuencia de la contradicción, que equivale a la afirmación simultánea de hechos contrarios con la consiguiente destrucción de ambos, debe sobrevenir un vacío que afecte a aspectos esenciales del sustrato fáctico en relación a la calificación jurídica en que consiste el iudicium , lo que se debe significar diciendo que la contradicción sólo es motivo de casación cuando es causa y determinante de una clara incongruencia entre lo que se declare probado y sus consecuencias jurídicas».

Nada de esto se aprecia en el caso enjuiciado, pues el motivo alude a una frase del factum que no se enfrenta a otros pasajes del relato histórico expresado por el Tribunal de instancia, sino con la que el recurrente - por razones que no termina de expresar-, se muestra en desacuerdo.

2. Respecto de la predeterminación del fallo, el recurso desatiende que el motivo casacional se residencia en que la predeterminación del fallo derive de la utilización de conceptos jurídicos en el relato histórico (art. 851.1 LECRIM) y no por extremos reflejados en los fundamentos jurídicos que, como expresión de una motivación técnico-penal, precisamente conducen y deben justificar la respuesta que refleje la parte dispositiva de la sentencia. Una reiterada doctrina jurisprudencial (SSTS 1904/2001, de 23 de octubre ; 1130/2002, de 14 de junio ; 801/2003, de 28 de mayo ; 789/2004, de 18 de junio ; 1199/2006, de 11 de diciembre ; 253/2007, de 26 de marzo ; 378/2010, de 26 de abril ; 449/2012, de 30 de mayo ; 552/2014, de 1 de julio ; 298/2015, de 13 de mayo ; 440/2015, de 29 de junio ó 414/2016, de 17 de mayo , entre tantas otras), ha reconocido que este vicio procesal exige para su estimación: a) que se trate de expresiones técnico-jurídicas que definan o den nombre a la esencia del tipo aplicado; b) que tales expresiones sean tan sólo asequibles por regla general para los juristas y no sean compartidas en el uso del lenguaje común; c) que tengan valor causal respecto al fallo; d) que suprimidos tales conceptos jurídicos, dejen el hecho histórico sin base alguna. Se trata, en conclusión, de la sustitución de la descripción natural e histórica del relato fáctico, por la expresión y calificación jurídica, de forma que haga ocioso el ulterior proceso de subsunción y calificación del supuesto de hecho, bajo la norma que describe el tipo penal (STS 26 de junio de 2001) o, lo que es lo mismo, de expresiones ajenas al registro lingüístico ordinario y cuya clara significación técnica entraña una consecuencia jurídica que sólo puede proceder de ellas, pues su enunciado no va acompañado de una narración histórica que proporcione o facilite el resultado conclusivo.

Lo que el recurrente expresa en el motivo, no es sino su discrepancia con la valoración que de la prueba ha realizado el Tribunal de instancia, lo que encuentra un cauce más adecuado en el quebranto del derecho a la presunción de inocencia que fundamenta el séptimo motivo de su impugnación.

El motivo se desestima.

Tercero.

Como vicio in iudicando, el quinto motivo del recurso se formula al amparo del artículo 851.3 de la LECRIM , por no resolver la sentencia todos los puntos que hayan sido objeto de defensa.

El desarrollo del motivo muestra un escaso rigor en el manejo de los conceptos jurídicos. El recurso denuncia que el Tribunal no haya declarado nulo el dictamen pericial prestado por el Médico Forense, sosteniendo que es procedente la nulidad de la prueba, porque el contenido de aquel informe es contrario (al decir del recurrente) a las conclusiones reflejadas en su informe por el facultativo que asistió a la denunciante en el hospital. Pese al pedimento, el escueto alegato no describe una infracción en la práctica de la prueba que pueda ser determinante de su nulidad (art. 11 o 238 de la LOPJ), sino que se centra en expresar un vicio que únicamente afectaría a la resolución, pues lo que aduce es que el Tribunal no ha argumentado porqué toma en consideración aquel informe y porqué niega relevancia al informe emitido por la doctora de guardia.

La objeción encontraría el cauce adecuado para su formulación en el quebranto del derecho a la tutela judicial efectiva expresado en el motivo sexto. La infracción del atendimento de todos los puntos objeto de acusación y defensa, del artículo 851.3 de la LECRIM (STS 495/2015, de 29 de junio , con cita de la sentencia de esta Sala 1100/2011 de 27 de octubre), recoge el vicio denominado por la jurisprudencia como " incongruencia omisiva ", o también " fallo corto ", que aparece en aquellos casos en los que el Tribunal de instancia vulnera el deber de atendimento 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. Aparece, por consiguiente, cuando la falta o ausencia de respuesta del Juzgador se refiere a cuestiones de derecho planteadas por las partes, sin que se comprendan en el mismo las cuestiones fácticas, que tendrán su cauce adecuado a través de otros hechos impugnativos, sin que pueda prosperar una impugnación basada en este motivo, en el caso de que la cuestión se centre en la omisión de una argumentación.

El motivo se desestima.

Cuarto.

Los motivos primero, sexto y séptimo, cuestionan la valoración probatoria que sustenta el pronunciamiento que se combate.

En su primer motivo, el recurrente denuncia una vulneración del principio in dubio pro reo, limitándose a expresar que la declaración de la denunciante ha sido distinta y contradictoria en los distintos momentos del proceso. El motivo, aunque no describe ningún pasaje del testimonio que sustente su posicionamiento, concluye expresando la estrecha relación de este principio, con el quebranto del derecho a la presunción de inocencia que se denuncia en el motivo séptimo. En el motivo séptimo, el recurrente denuncia un quebranto del derecho a la presunción de inocencia, expresando lacónicamente que el testimonio de la denunciante carece de aptitud para enervar tal derecho, dado que el relato no ha sido uniforme e invariable en las distintas fases del proceso, además de surgir de la patente animadversión que la denunciante tiene al acusado, desde su ruptura como pareja. Tampoco aquí se expresan los extremos del testimonio cuya mutación se sostiene.

Por último, el motivo sexto denuncia un quebranto de su derecho a la tutela judicial efectiva, que se residencia en que la sentencia no ha valorado la prueba de descargo, concretamente, que no se ha considerado el informe emitido por la ginecóloga que atendió a la denunciante en la noche que fue supuestamente atacada. No obstante, el desarrollo del motivo nuevamente omite cualquier indicación de los trascendentales extremos del informe que supuestamente han sido desatendidos por la sentencia, limitándose a expresar la queja de que la resolución no ofrece ninguna razón de preferencia de un informe sobre el otro.

1. Antes de adentrarse en el resto del razonamiento, conviene despejar el argumento del recurrente de que el principio " in dubio pro reo " deba conducir al reconocimiento de haberse quebrantado su derecho a la presunción de inocencia. Pese al estrecho parentesco entre ambos, el principio " in dubio pro reo " solo es invocable en casación en su faz normativa, es decir, si hubiese condena pese a que el Tribunal hubiera expresado o mostrado sus dudas respecto a tal pertinencia, pues lo que el principio integra es una regla de valoración probatoria que conduce a adoptar la alternativa más favorable al acusado, cuando el Tribunal de enjuiciamiento no ha alcanzado una certeza exenta de dudas razonables; dicho de otro modo, el principio no obliga a dudar como el recurso pretende, sino a absolver cuando valorada toda la prueba, persistan dudas en el Tribunal respecto de la culpabilidad del acusado.

Entrando en el análisis de la eventual conculcación del derecho constitucional a la presunción de inocencia por parte de la sentencia de instancia, debe traerse a colación la reiterada doctrina de esta Sala, (SSTS 1126/2006, de 15 de diciembre ; 742/2007, de 26 de septiembre o 52/2008, de 5 de febrero) que describe 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 este solo corresponde esa función valorativa, pero sí puede este Tribunal verificar que, efectivamente, el Tribunal a quo contó con suficiente prueba de signo acusatorio". Una verificación que alcanza a que la prueba de cargo se haya obtenido sin violar derechos o libertades fundamentales, así como que su práctica responda al procedimiento y supuestos para los que fue legalmente prevista, comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el Juzgador el proceso fundamental de su raciocinio (STS 1125/01, de 12 de julio) y que ese razonamiento de la convicción obedece a los criterios lógicos y razonables que permiten corroborar las tesis acusatorias sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, sustentando de este modo el fallo de condena.

Y respecto a la declaración de la víctima, la jurisprudencia de este Tribunal y la doctrina del Tribunal Constitucional, entienden que puede ser considerada prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia, aún cuando fuera la única prueba disponible, como es frecuente que acaezca en casos de delitos contra la libertad sexual, porque al producirse generalmente con absoluta clandestinidad, se dificulta la concurrencia de otra prueba diferenciada (SSTC. 229/1.991, de 28 de noviembre ; 64/1.994, de 28 de febrero y 195/2.002, de 28 de octubre , así como SSTS 339/2007, de 30 de abril ; 187/2012, de 20 de marzo ; 688/2012, de 27 de septiembre ; 788/2012, de 24 de octubre ; 469/2013, de 5 de junio ; 553/2014, de 30 de junio o 355/2015, de 28 de mayo , entre muchas otras).

Si bien, hemos indicado también, en diversas ocasiones, que al introducirse el juicio de racionalidad dentro del margen de fiscalización que impone la presunción de inocencia, se crean puntos de confluencia con el derecho a la tutela judicial efectiva. La suficiencia de la prueba, evidenciada por la motivación coherente y sin fisuras del Tribunal, conforma un espacio de conmixión que afecta a la presunción de inocencia y, por más que la palabra de un solo testigo pueda ser suficiente en abstracto para alcanzar la convicción subjetiva del Tribunal, la exigencia de una fundamentación objetivamente racional de la sentencia, impide apoyar una condena en la mera sensación intuitiva de considerar veraz un testimonio. El Tribunal tiene obligación de explicar por qué el testigo es objetiva y racionalmente creíble y por qué ese testimonio puede permitir desechar otros medios de prueba contradictorios.

2. Conforme con lo expuesto anteriormente, salvada en este caso la constitucionalidad y legalidad de una prueba testifical de la que sólo se discute su capacidad incriminatoria, corresponde al órgano de enjuiciamiento evaluar la credibilidad de la víctima, mientras que al Tribunal de Casación le compete el control de la valoración realizada por el Tribunal de instancia, en lo que concierne a su racionalidad en función de los parámetros de la lógica, la ciencia y la experiencia. Y para verificar la estructura racional del proceso valorativo de la declaración testifical de la víctima, el Tribunal Supremo tiene establecidos unos parámetros que, sin ser cada uno de ellos una exigencia axiomática para la validez del testimonio como prueba de cargo, sí facilitan que la verosimilitud que se les otorgue responda a criterios lógicos y racionales, con elusión de posicionamientos internos o intuitivos del Juez o Tribunal. Estos parámetros consisten en el análisis del testimonio desde la perspectiva de su credibilidad subjetiva, de su credibilidad objetiva y de la persistencia en la incriminación como elemento que se proyecta sobre los dos primeros, aún cuando -como decíamos en nuestra Sentencia 355/2015, de 28 de mayo - " La deficiencia en uno de los parámetros no invalida la declaración, y puede compensarse con un reforzamiento en otro, pero cuando la declaración constituye la única prueba de cargo, una deficiente superación de los tres parámetros de contraste impide que la declaración inculpatoria pueda ser apta por sí misma para desvirtuar la presunción de inocencia ".

Proyectar esta doctrina sobre la ponderación que ha realizado el Tribunal de instancia del testimonio prestado por Antonia , supone hacerlo sobre su versión de que fue agredida por el acusado y que, en un determinado momento en el que el acusado había hecho caer a Antonia sobre la cama y boca abajo, le abordó por detrás y, vejatoriamente, le introdujo los dedos en la vagina.

En apreciación directa del testimonio de la denunciante, el Tribunal de instancia ha obtenido un convencimiento sobre la realidad de cada uno de estos aspectos. Y lo ha hecho desde la credibilidad subjetiva en la víctima, que no sólo no se resiente en el análisis físico de su capacidad para percibir y evaluar lo que relata, sino que tampoco lo hace en el plano psíquico, dado que el Tribunal de instancia no ha encontrado ningún móvil espurio que debilite la credibilidad del testimonio. Debe destacarse que, pese a que el recurso formula una perversa intencionalidad en la denuncia afirmando que el inicio del presente procedimiento es una reacción de la denunciante ante la ruptura afectiva de la pareja, no se ha acreditado tal contexto de animosidad. Contrariamente a lo que el recurso sostiene, cuando Antonia denunció el ataque que ahora se enjuicia, no se había producido la separación afectiva que se expresa. La denunciante sostuvo que, aunque tuvieron una discusión unas semanas antes, habían reanudado su convivencia; y la evidencia de que la reanudación contaba entonces con su agrado y aceptación, se infiere: 1) De que el acusado se encontrara libremente alojado en el domicilio de la denunciante, cuando la policía hubo de personarse en el lugar y 2) de que el informe pericial emitido por el Instituto de Medicina Legal de Cádiz (f. 453) evidencie, por los restos espermáticos recogidos, la realidad de una relación sexual completa y consentida entre la denunciante y el denunciado.

Valorando la credibilidad de la víctima desde su consideración objetiva, esto es, desde la verosimilitud de su relato, tanto contemplado desde la coherencia interna de su declaración (incluyendo la persistencia en su narración), como desde la concurrencia de otros datos objetivos suplementarios que revalidan de manera periférica alguno de sus extremos (coherencia externa), el Tribunal de instancia refuerza también su convencimiento.

Afirma el Tribunal de instancia (FJ 1) que el relato ha sido inmutable, y si bien aprecia la leve modificación de que la denunciante no hizo referencia a ninguna agresión sexual en su primer relato a los agentes policiales, otorga plena credibilidad a la explicación que ofreció sobre este extremo. Antonia expresó que si actuó de esa manera, fue por pudor de desvelar el contenido de la agresión sexual a una dotación policial con todos sus integrantes varones, recalcando que unos minutos después, cuando fue atendida en el centro asesor de la mujer, ya relató los hechos vividos en su integridad. Y su explicación aporta una plena satisfacción, pues el relato de la agresión sexual aparece ya reflejado en la denuncia inicial que se recogió esa misma noche, motivando incluso que fuera sometida -también en esa misma noche- a un reconocimiento de urgencia, tanto por la ginecóloga hospitalaria, como por el Médico Forense.

Define además el Tribunal, que el relato no sólo contaba con una coherencia interna, sino que contaba con plurales elementos corroboradores de su realidad, concretamente: 1) Que se apreciaron lesiones en la denunciante, cuya presencia no es controvertida y que muestran la realidad de la agresión que la denunciante expresa. Concretamente hematomas en la cadera izquierda, hematomas en zona parpebral izquierda, así como en región nasal interna y una herida sangrante en región zigomática derecha que precisó sutura; 2) Que la personación de la dotación policial en su domicilio, evidenció también un contexto de violencia, como así refieren los agentes y refleja además en el informe fotográfico que realizaron y 3) Respecto de la penetración vaginal con los dedos, existe un dictamen pericial (f. 209) en el que el médico forense objetiva una erosión (en la posición de las 21.00 horas, en un reloj imaginario que ocupara la posición del cuello uterino en el que se apreció la lesión), informándose igualmente

(f. 452) que la lesión " revela un mecanismo de producción de tipo sexual violento y responde a una agresión sexual con introducción de objeto diferente al miembro viril masculino".

El convencimiento del Tribunal descansa así en una valoración conjunta y razonable del material probatorio aportado, que no se desvanece por el informe ginecológico hospitalario que obra documentado en autos. Por más que dicho informe recoja que no se observan lesiones ginecológicas, no puede obviarse que la actuación de la ginecóloga de guardia, en la medida en que se simultaneó a la intervención medico-legal del perito judicial, estaba plenamente orientada a una atención terapéutica de la víctima y no a la función de indagación criminal que facultan los artículos 346 y 348 de la LECRIM y que aquí no se encomendó. De otro lado, la objetivización de una pequeña erosión en el cuello uterino (respecto de la que el Tribunal destaca que el médico forense expresó que era sugestiva de haberse causado con la uña), es concordante con las apreciaciones de la ginecóloga, cuando describe en su informe que apreció una superficie eritematosa y con una escasa e inespecífica leucorrea que sugiere restos sanguinolentos.

Por todo lo expuesto, contrariamente a lo que el recurso sostiene, la prueba practicada con ocasión del enjuiciamiento en la instancia, analizada desde las reglas valorativas que presiden cualquier proceso deductivo intelectual, confirma los hechos en los que se asienta la declaración de responsabilidad del recurrente.

Los motivos se desestiman.

Quinto.

El tercer motivo del recurso, formulado por infracción de ley al amparo del artículo 849.2 de la LECRIM , argumenta error de hecho en la apreciación de la prueba, materializado en diversos documentos obrantes en autos que muestran la equivocación del juzgador.

Sin que el recurso formule una propuesta concreta de modificación del relato fáctico, invoca dos documentos demostrativos de la equivocación valorativa del Tribunal: 1) El informe ginecológico obrante a los folios 214 a 216, del que se acaba de hacer referencia y 2) el reportaje fotográfico de estado de la vivienda, sosteniendo -sin más detalle- que las manchas de las fotos 4 y 6, no son manchas de forcejeo.

La estricta observancia de la jurisprudencia estable de esta Sala (ver por todas STS 1205/2011) indica que la previsión del art. 849, 2.º LECRIM exclusivamente autoriza la rectificación del relato de hechos probados, para incluir en él un hecho que el Tribunal omitió erróneamente declarar probado o bien para excluir de dicho relato un hecho que el Tribunal declaró probado erróneamente. En todo caso, es exigencia de esta Sala que el error fáctico o material se muestre con documentos, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba, entre ellas las pruebas personales, ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones; así como que el dato que el documento acredite, no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba. La prosperabilidad del motivo exige, en esencia, que el tenor de los documentos acredite, una contradicción de su contenido con los enunciados del relato fáctico de la sentencia o la insuficiencia de este relato en aspectos esenciales del juicio de responsabilidad y que lo hagan de forma tan manifiesta, incontrovertida y clara, que evidencien la arbitrariedad de la decisión del tribunal por haberse separado sin fundamento del resultado de la prueba (STS 982/2011, de 30 de septiembre).

De otro lado, debe tenerse presente que a efectos casacionales, solo son documentos aquellas representaciones gráficas del pensamiento (generalmente por escrito, pero no necesariamente siempre que su contenido se materialice en un soporte estable), creadas con finalidad probatoria y destinadas a surtir efecto en el tráfico jurídico, originadas o producidas fuera de la causa e incorporadas a ella con posterioridad. Hemos negado así, que el atestado policial pueda servir de base para sustentar un error de hecho en la apreciación de la prueba, pues el atestado se integra por meras diligencias policiales de investigación, documentadas por escrito (STS 574/2004, de 5 de mayo), tiene el mero valor de denuncia (art. 297 LECRIM) y, como tal, su contenido se configura como el objeto de la prueba y no como un instrumento de prueba en sí mismo. Sin embargo, y en lo que a este recurso interesa, aquellos extremos obrantes en el atestado y que consistan en datos objetivos y verificables, no reproducibles en el acto del plenario (como planos, croquis, o las fotografías que aquí se invocan) y que, sin constituir pruebas preconstituidas o anticipadas, puedan coadyuvar en el enjuiciamiento, sí tienen la consideración de prueba documental operativa, siempre que se sometan a la contradicción de las partes mediante su lectura o análisis en el acto del juicio oral (SSTC 132/92 o 157/95).

Y en lo que atañe a las pruebas periciales, esta Sala solo excepcionalmente ha admitido la virtualidad de la prueba pericial como fundamento de la pretensión de modificación del apartado fáctico de una sentencia impugnada en casación (art. 849.2.º LECrim). En concreto la admite en los supuestos en que, existiendo un solo dictamen o varios absolutamente coincidentes, y no disponiendo la Audiencia de otras pruebas sobre los mismos elementos

fácticos, el Tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de forma que se altere relevantemente su sentido originario. Y también cuando, contando solamente con dicho dictamen o dictámenes coincidentes y no concurriendo otras pruebas sobre el mismo punto fáctico, el Tribunal de instancia haya llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes, sin expresar las razones que lo justifiquen o sin una explicación razonable (SSTS 168/2008, de 29 de abril ; 755/2008, de 26 de noviembre ; 703/2010, de 15 de julio ; 251/2013, de 20 de marzo ; 48/2013, de 5 de junio y 812/2015 de 14 diciembre , entre otras).

Lo expuesto muestra la improcedencia del motivo. Respecto de la prueba fotográfica aportada, ni en si misma refleja que las manchas que se aprecian no sean de sangre plasmada con ocasión del forcejeo que la denunciante expresa, ni el acogimiento de esa conjetura desbarataría el convencimiento de que existió una agresión que todos los implicados admiten, por más que le atribuyan un diferente inicio y contenido. Y en lo tocante a la prueba pericial, lo que la alegación busca es una reevaluación completa del material probatorio. De un lado, la no apreciación de lesiones ginecológicas, no sería expresión incontestable de ser irreal la penetración con los dedos. De otro lado, -como ya se ha expresado- el contenido del informe ginecológico se enfrenta: 1) A la declaración de la propia víctima, que sostuvo la penetración en todas sus declaraciones y 2) A la prueba pericial practicada en el acto del plenario, que describió haberse objetivado una pequeña erosión en el cuello del útero de la víctima, e informó que la lesión no podía derivar de una penetración con el pene, pero resultaba plenamente compatible con que hubiera sido ocasionada con la uña de un dedo.

El motivo se desestima.

Sexto.

El recurso formula un último motivo, que consta al número dos de su escrito y que, por infracción de ley del artículo 849.1 de la LECRIM , denuncia la indebida aplicación de los artículos 178 , 179 y 192 del Código Penal .

En su desarrollo, el recurrente se limita a negar que los hechos satisfagan la tipicidad indicada, y se hace desde la alegación de que " No existe animus de agredir sexualmente. Menos aún de atentar contra la libertad sexual. Más al contrario, se trata de una discusión de novios (o ex novios) y de una manifiesta animadversión que "pergeña" a posteriori una de las partes, mediante una historicación (contradictoria) truculenta, evidentemente para dañar al ex".

1. El artículo 849.1 de la LECRIM fija como motivo de casación " Cuando dados los hechos que se declaran probados (...) se hubiera infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal". Se trata por tanto, como tiene pacíficamente establecido la jurisprudencia más estable del Tribunal, de un motivo por el que sólo se plantean y discuten problemas relativos a la aplicación de la norma jurídica, lo que exige ineludiblemente partir de unos hechos concretos y estables, que deberán ser los sometidos a reevaluación judicial. Es un cauce de impugnación que sirve para plantear discrepancias de naturaleza penal sustantiva, buscándose corregir o mejorar el enfoque jurídico dado en la sentencia recurrida a unos hechos ya definidos. El motivo exige así el más absoluto respeto del relato fáctico declarado probado u obliga a pretender previamente su modificación por la vía de los artículos 849.2 LECRIM (error en la apreciación de la prueba) o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, del artículo 852 de la ley procesal (STS 589/2010, de 24 de junio), pues no resulta posible pretender un control de la juricidad de la decisión judicial alterando argumentativamente la realidad fáctica de soporte, con independencia de que se haga modificando el relato fáctico en su integridad mediante una reinterpretación unilateral de las pruebas o eliminando o introduciendo matices que lo que hacen es condicionar o desviar la hermenéutica jurídica aplicada y aplicable. Y si el relato fáctico es inmutable, puesto que constituye también una única e individual narración histórica, obliga a que los hechos probados deban analizarse de manera integral al enjuiciar su subsunción típica.

2. Esta Sala tiene también declarado que el tipo delictivo que analizamos, no requiere en el tipo subjetivo un ánimo especial y sólo requiere dolo. Los delitos contra la libertad sexual no exigen ningún ánimo libidinoso que se deba sumar al dolo, de manera que quien tiene conocimiento de que realiza acciones sexuales sobre otro, sin su consentimiento o cuando el consentimiento es ineficaz, ya sabe todo lo que requiere la intencionalidad y el tipo subjetivo del delito, pues tal conocimiento se da respecto de todo el contenido criminal del tipo penal, esto es, que se está lesionando el bien jurídico protegido en los delitos contra la libertad sexual. Dicho de otro modo, el desvalor de la acción resulta plenamente del conocimiento del autor de los elementos del tipo objetivo, es decir del carácter

sexual de la acción realizada en el cuerpo de otro y la ausencia o irrelevancia del consentimiento del sujeto pasivo (SSTS 935/2006, de 2 de octubre o 667/2008, de 5 de noviembre , entre otras).

3. Lo expuesto muestra la insostenibilidad del motivo. Los hechos probados describen una agresión, iniciada por un motivo banal, pero finalmente fuerte, de largo desarrollo, y con un contenido altamente vejatorio. El Tribunal declara probado que el acusado " al entrar [en la vivienda de la Antonia] se dirigió inmediatamente a la ducha y cuando se encontraba en la misma, se produjo una discusión verbal entre ambos, por un motivo banal relacionado con la boda de una amiga de Antonia , lo que provocó que el acusado, al salir de la ducha, se dirigiera hacia Antonia enfurecido y le propinara varias bofetadas en la cara provocando que sangrara por la nariz ". Describe también que el acusado agredió a Antonia con el fragmento de un palo de fregona, al tiempo que le insultaba llamándole puta, zorra y cocainómana. Es en ese contexto, en el que el acusado arrebató a Antonia el móvil con el que pretendía reclamar ayuda, y -tras arrastrarla por los pelos- " la arrojó sobre la cama del dormitorio, donde cayó en posición boca abajo, y cuando se encontraba en posición genupectoral, le arrancó de un tirón brusco las bragas y le metió violentamente los dedos en la vagina, causándole gran dolor al tiempo que la llamaba puta" . Los hechos probados describen de ese modo, el contenido inconsciente, agresivo y vejatorio, de una actuación de naturaleza sexual, así como la intencionalidad y conocimiento con que se desplegó por su autor.

El motivo se desestima.

Séptimo.

Habiéndose desestimado íntegramente el recurso interpuesto por Daniel , deberá asumir el pago de sus costas, declarándose de oficio las causadas por el Ministerio Fiscal (artículo 901 LECRIM)

FALLO

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

Estimar parcialmente el motivo de casación, por infracción de ley, que ha sido formulado por el Ministerio Fiscal. Consecuentemente, debemos declarar y declaramos la nulidad parcial del pronunciamiento que contiene la Sentencia dictada el 28 de septiembre de 2016 por la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Cádiz , en su Procedimiento Ordinario 7/2014, en lo que hace referencia a la condena de Daniel como autor de un delito de lesiones del artículo 153 del Código Penal , por hechos que deben ser calificados y sancionados con sujeción al artículo 147.1 , 23 y 66 del CP . Declarar no haber lugar a los motivos de casación formulados por Daniel , manteniéndose su condena como autor de un delito de agresión sexual, de los artículos 178 , 179 y 192 del Código Penal . Condenar a Daniel al pago de las costas causadas en la tramitación de su recurso y declarar de oficio las costas causadas con ocasión de la tramitación del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal. Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta a la referida Audiencia Provincial a los efectos procesales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

SEGUNDA SENTENCIA

En Madrid, a 12 de septiembre de 2017

Esta sala ha visto la causa Sumario Ordinario 7/2014, seguida por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Cádiz, dimanante del Sumario n.º 1/2014, instruido por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer n.º 1, de los de Cádiz, por un delito de lesiones en el ámbito de la violencia de género y un delito de violación, contra Daniel , con DNI n.º NUM003 , nacido en San Fernando el NUM004 de 1968, hijo de Abelardo y de Maite , en la que se dictó sentencia por la mencionada Audiencia el 28 de septiembre de 2016 , que ha sido recurrida en casación, y



ha sido casada y anulada parcialmente por la sentencia dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada como se expresa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde

ANTECEDENTES DE HECHO

Único.

Se aceptan y se dan por reproducidos los Antecedentes de Hecho y Hechos Probados de la sentencia de instancia, que no fueren incompatibles con los de la sentencia rescindente y con esta segunda.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.

El fundamento jurídico primero de la sentencia rescindente, estimó que la agresión perpetrada por el acusado contra su pareja sentimental Antonia , fue causante de lesiones que precisaron para su curación, además de una primera asistencia facultativa, de tratamiento quirúrgico consistente en un punto de sutura. Los hechos son constitutivos de un delito de lesiones del artículo 147.1 del Código Penal , en su redacción dada por la LO 1/2015, sobre el que concurre como agravante la existencia de una relación afectiva equivalente al vínculo matrimonial, del artículo 23 del mismo texto legal ; todo ello, por ser la punición actualmente vigente más favorable para el reo y por haberse considerado que el mínimo resultado lesivo por él causado, no justifica la punición agravada que contempla el artículo 148.4.º del Código Penal .

De conformidad con todo ello, y considerando lo dispuesto en el artículo 66.1.3.ª del CP , procede imponer al acusado, como autor responsable de un delito de lesiones del artículo 147.1 del Código Penal , concurriendo la circunstancia agravante de existir una relación afectiva equivalente al vínculo matrimonial del artículo 23 del mismo texto legal , las penas de: 1) Prisión por tiempo de 1 año, 7 meses y 16 días; 2) Inhabilitación especial para el derecho del sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y 3) Prohibición de aproximación a menos de 200 metros de Antonia , de su domicilio o de lugar de trabajo, o de comunicarse con ella, durante un tiempo de seis años.

FALLO

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

Que debemos condenar y condenamos a Daniel , como autor responsable de un delito de lesiones del artículo 147.1 del Código Penal , concurriendo la circunstancia agravante de parentesco del artículo 23 del Código Penal , a las penas de: 1) Prisión por tiempo de 1 año, 7 meses y 16 días; 2) Inhabilitación especial para el derecho del sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y 3) Prohibición de aproximación a menos de 200 metros de Antonia , de su domicilio o de lugar de trabajo, o de comunicarse con ella, durante un tiempo de seis años.

Todo ello manteniéndose en su integridad el resto de los pronunciamientos de la sentencia de instancia en lo que no se opongan a la presente.

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

Así se acuerda y firma.

Jose Ramon Soriano Soriano Alberto Jorge Barreiro Andres Palomo Del Arco Pablo Llarena Conde Carlos Granados Perez

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores,



traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.