



Roj: **STS 1380/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:1380**

Id Cendoj: **28079120012019100274**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **25/04/2019**

Nº de Recurso: **1653/2018**

Nº de Resolución: **217/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **VICENTE MAGRO SERVET**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP VA 491/2018,**  
**STS 1380/2019**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 217/2019**

Fecha de sentencia: 25/04/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1653/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 26/03/2019

Voto Particular

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Procedencia: Audiencia Provincial Valladolid, Sección Cuarta.

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

Transcrito por: MBP

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 1653/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

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

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 217/2019**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julian Sanchez Melgar

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Vicente Magro Servet



D<sup>a</sup>. Susana Polo Garcia

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 25 de abril de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por la representación de la Acusación Particular **Dña. Inés**, contra sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección Cuarta, que estimó el recurso de apelación interpuesto por la representación del acusado D. Segundo, contra sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Valladolid, que le condenó por delito de maltrato en el ámbito familiar, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicha recurrente Acusación Particular Dña. Inés representada por la Procuradora Sra. Martínez Serrano, y el acusado recurrido D. Segundo representado por la Procuradora Sra. Sánchez Cano.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado de lo Penal nº 1 de Valladolid, en las actuaciones correspondientes al Procedimiento Abreviado, dimanante de Juicio Rápido nº 7/2018 de, con fecha 8 de febrero de 2018, dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

" Segundo, mayor de edad y sin antecedentes penales, ha mantenido una relación sentimental sin convivencia con Inés, también mayor de edad. El día 8 de enero de 2018 Inés había cenado fuera, y había tomado según afirmó tres vinos y un combinado. En el transcurso de la cena, Segundo llamó continuada y repetidamente por teléfono a Inés. A las 2'23 horas del día siguiente llegó al local regentado por Segundo, bar de copas denominado Cool y sito en la C/ Dársena de esta ciudad, en estado de embriaguez, pues su estado de agitación y crispación era importante y apenas se tenía en pie. No obstante lo cual, Segundo procedió ya a su llegada a saludarla agarrándola por la solapa de su abrigo para acercarse a ella y darle un beso y posteriormente un abrazo. Continuó entre ellos una larga discusión, en el transcurso de la cual Inés insulta a gritos a Segundo llamándole hijo de puta, diciéndole que como hombre no vale nada, etc. Durante toda la referida discusión, Segundo agarraba por los brazos a Inés cuando ésta hacía intención de irse y abandonar el local, y le impedía coger el teléfono móvil y utilizarlo para llamar. A las 2'31 horas Inés se cae al suelo, pero se levanta segundos después. A las 2'33 horas, y estando de nuevo en el suelo, Segundo intenta levantarla, apartándole ella con manotazos, ante lo cual él le da dos tortazos seguidos, el primero con su mano derecha sobre la mejilla izquierda, y el segundo con la mano izquierda sobre la mejilla derecha. Se levanta pasados unos minutos, y continúa la discusión. Tras intentar coger su ropa y bolso e intentar salir del establecimiento, e impedirle Segundo agarrándola, hallándose ambos en el exterior de la barra del local, a las 3'03 horas Inés se desploma y cae al suelo como un peso muerto. A las 3'14 horas entran en el local los hijos de Inés, Vicenta y Torcuato, a quienes Segundo había llamado poco antes para que se personasen en el local ante el estado de Inés, y a quienes a su llegada abre la puerta, procediendo a conversar Segundo con ellos sobre su madre, que continúa en el suelo junto a la barra del local. Los hijos ven a su madre tendida en el suelo semiinconsciente, la cual había vomitado y se había orinado encima. Vicenta propuso llamar al 112, pero Segundo les convenció de que no lo hicieran por cuanto con la ambulancia suele venir la Policía y además, al tratarse de un coma etílico según él, les cobrarían la atención sanitaria prestada. A las 3'53 horas Segundo sale del establecimiento, volviendo a las 4'09 horas. A las 4'15 horas, entre Segundo y Torcuato sientan en el suelo a Inés, y a las 4'19 horas consiguen sentarla en una silla, procediendo a hablar con ella. A las 4'36 horas Inés se levanta de la silla, se va junto con sus hijos probablemente al baño, y a las 4'44 horas sale con sus hijos del local, procediendo Segundo a apagar las luces del local y abandonarlo a continuación. Los tres deciden llevar a Inés a dormir a casa de Segundo sito en CAMINO000 NUM000 NUM001 de esta ciudad, toda vez que no quieren llevarla a su propio domicilio sito en C/ DIRECCION000 NUM002 NUM003 NUM004, también de esta ciudad, porque no quieren que su tía, con quien conviven, la vea en ese estado. Llegados al domicilio, Inés es bañada por su hija, quien en ese momento le ve marcas de lesiones, concretamente hematomas en la espalda, brazos, pecho y rostro, y respecto a éstas últimas un hematoma en el ojo derecho, vasos rotos en el ojo izquierdo, un hematoma en el labio inferior y un golpe en la mejilla. Vicenta se queda a pasar la noche con su madre, mientras que Segundo lleva a Torcuato a su domicilio, y tras regresar duerme en el sofá de su propia casa. A la mañana siguiente, los hijos de Torcuato se la llevan a su propio domicilio. Entonces su hijo le ve dos golpes en la cabeza, además de las lesiones visibles en la cara, y ambos hijos le preguntan por las lesiones que tiene, y Torcuato dice que traen causa de los golpes que le ha dado Segundo la noche anterior. Sus hijos le recomiendan que denuncie los mismos, pero ella no desea hacerlo. Ese mismo día los hijos de Inés quedan en la cafetería Moka con Segundo y le recriminan que haya pegado a su madre, negándolo él. A



requerimiento de los hijos de Inés , Segundo les enseña las grabaciones de las cámaras del local a través del teléfono móvil, procediendo Torcuato a grabarlo con su propio móvil. El día 18 de enero de 2.018, los hijos de Inés presentan denuncia. La Policía busca a Segundo , hallándole en su propio domicilio, donde también se encuentra Inés , que está duchándose, quien manifiesta a los Agentes que no tiene intención de denunciar a Segundo y que iban a salir a cenar. Inés no acudió en ningún momento ante ningún facultativo médico para ser observada y/o atendida de las lesiones que presentaba".

**SEGUNDO.-** El citado Juzgado de lo Penal dictó el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS:

"Que debo CONDENAR Y CONDENO a Segundo como autor de un delito de malos tratos a la mujer del artículo 153.1 del Código Penal , a las siguientes penas: 1.- De trabajos en beneficio de la comunidad de cuarenta días, y en caso de no consentirla el penado, a la de prisión de seis meses. 2.- De privación del derecho a la tenencia y porte de armas durante dos años. 3.- Para el caso de que el acusado no consintiera la pena impuesta de trabajos en beneficio de la comunidad, en cuyo caso sería operativa la pena impuesta de prisión, procede imponer al acusado la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante seis meses. 4.- De prohibición de aproximación a menos de quinientos metros a la persona de Inés , a su domicilio, lugar de trabajo, lugar donde se encuentre o lugares que frecuente, así como prohibición de establecer con ella, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, y todo ello durante un período de dos años. Se impone al condenado el pago de las costas procesales. Se ratifican las medidas acordadas por el Juzgado de Violencia sobre la mujer en el auto de 19 de enero de 2018 dictado en la presente causa en tanto esta resolución alcance firmeza. Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma se puede interponer recurso de apelación en el plazo de cinco días. Adviértase al condenado de que una vez que la Sentencia condenatoria sea firme deberá comenzar el cumplimiento de la prohibición de aproximación y de comunicación, pues de lo contrario podría incurrir en un delito de quebrantamiento de condena".

La Audiencia Provincial de Valladolid, Sección Cuarta, en el Procedimiento Abreviado nº 199/2018, dimanante del Juicio Rápido nº 7 de 2018 del Juzgado de lo Penal nº 1 de Valladolid, seguido contra el acusado Segundo , con fecha 10 de abril de 2018 dictó sentencia en grado de apelación que contiene los siguientes Hechos Probados:

"Se admiten y esta Sala hace propios los hechos declarados probados por la sentencia de instancia. Se aceptan los de la resolución recurrida con la siguiente adición a la frase "Le da dos tortazos seguidos, el primero con su mano derecha sobre la mejilla izquierda, y el segundo con la mano izquierda sobre la mejilla derecha", con el propósito de reanimarla".

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS:

"Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Segundo , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Valladolid en el procedimiento de que dimana el presente Rollo de Sala, debemos revocar y revocamos íntegramente dicha resolución, decretando la absolución del delito de maltrato en el ámbito familiar del artículo 153.1 del Código Penal por el que venía condenado, con declaración de oficio de las costas causadas en ambas instancias. Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que conforme al art. 847.1.2º b) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , contra la misma pueden interponer Recurso de Casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, por infracción de Ley del motivo previsto en el número 1º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , en el plazo de CINCO DÍAS, a contar desde la última notificación. Devuélvase los autos originales al Juzgado de procedencia, con testimonio de esta resolución, para su conocimiento y cumplimiento".

**TERCERO.-** Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley, por la representación de la Acusación Particular **Dña. Inés** , que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

**CUARTO.-** El recurso interpuesto por la representación de la Acusación Particular **Dña. Inés** , lo basó en los siguientes Motivos de Casación:

Motivo único.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.2 LECrim ., cuando haya existido error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obren en autos, que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

**QUINTO.-** Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, solicitó su inadmisión, dándose igualmente por instruida la representación del recurrido acusado, que solicitó igualmente su inadmisión, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.



**SEXTO.-** Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 26 de marzo de 2019, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Es objeto del presente recurso de casación la sentencia dictada por la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Valladolid, de fecha 10 de abril de 2018, dictada en el recurso de apelación nº 199/2018 , al revocar la sentencia de 8 de febrero de 2018 dictada por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Valladolid , que había condenado al acusado Segundo como autor de un delito de maltrato contra la mujer.

Se interpone recurso de casación por la acusación particular.

**SEGUNDO.-** 1.- POR INFRACCIÓN DE LEY al amparo del artículo 849.1 LECrim .

La lectura de los extremos del recurso evidencia que se está cuestionando la interpretación por la Audiencia Provincial del art. 153.1 CP , por lo que la base del recurso es por infracción de ley. Así, dado el contenido del recurso que formula la recurrente contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid debe atenderse a la voluntad impugnativa, ya que el recurso no se entiende que se deduzca basado en documentos, sino por auténtica infracción de ley del art. 153.1 CP , por apartarse en su interpretación de la doctrina de la Sala en torno a este precepto legal.

Se introduce una justificación en la sentencia de la Audiencia Provincial en el acto de dar dos manotazos en cada mejilla de la cara de la víctima y con ambas manos en el objetivo de "reanimar a su pareja". Con ello se revoca la condena del juzgado de lo penal que había condenado por delito del art. 153.1 CP por agredir el recurrente a su pareja. Hecho objetivo que consta en el relato de hechos probados que es intangible.

Es preciso destacar, en primer lugar, que la intermediación de la práctica de la prueba quien la tiene es el juez de lo penal, y no la Audiencia Provincial, por lo que el proceso de valoración de la prueba lo lleva a cabo el juzgado de lo penal, debiendo el Tribunal de apelación proceder al examen de ese proceso valorativo y si está dentro de los márgenes de apreciación en torno a la prueba que se practicó. Pero no llevar a cabo inferencias del elemento subjetivo del injusto de una forma desproporcionada e irracional para fundar la absolución en la circunstancia de que "la acción ejecutada supone un intento de espabilar a la denunciante con el único propósito de conseguir su reanimación". Pero, para ello, ejecutando un acto de agresión del que queda constancia en el hecho probado, y donde el juez de lo penal realiza el proceso de la debida subsunción en el art. 153.1 CP , que altera la Audiencia Provincial, al introducir una inferencia del elemento subjetivo del injusto que le lleva a tener por acreditada una justificación de la agresión, cuando el proceso de subsunción del juez penal es acertado.

En esta situación, llega la impugnación a la Sala por interés casacional, que debe incluir el control de la inferencia por la vía del art. 849.1 LECRIM , como no podría ser de otra manera, ya que **esa inferencia de la Audiencia Provincial altera la propia naturaleza y esencia del tipo penal del art. 153.1 CP por la propia impugnación de la errónea aplicación del tipo penal por la Audiencia Provincial, al introducir una justificación de la agresión que esta Sala considera desproporcionada, exagerada e irracional.**

No negamos que pudieran existir circunstancias que pudieran admitir que en un caso de riesgo para la víctima, como falta de respiración, o similares que exigieran en casos de peligro de la víctima una actuación de otra persona pudieran existir justificaciones de la conducta desplegada, pero no podremos convertir esto en un pasaporte, o un cheque en blanco, para realizar actos de agresión ante una situación como la descrita en los hechos probados, ya que la propia Audiencia Provincial reconoce que la conducta del acusado "no era recomendable (FD 5º párrafo 4º de la sentencia), pues con ello **se pone en riesgo la integridad física de la persona a la que se pretende auxiliar, y se habría podido acudir a otras medidas ...**". (Esto último se reconoce en la propia sentencia absolutoria).

Es decir, que la Audiencia que revoca la condena y absuelve realiza una inferencia de la intención del recurrente por encima de la intermediación del juez penal y considera que el objetivo de la conducta era para "reanimar" a la víctima. Pero para ello lleva a cabo el condenado una conducta que integra claramente una agresión, como así concluyó el juez penal. Así, por esta vía, se altera la esencia del art. 153.1 CP y lo desnaturaliza mediante una interpretación parcial que, sin que conste esa referencia en la sentencia del juez penal, ni en los hechos probados ni en la fundamentación jurídica, modifica el fallo mediante una errónea subsunción de los hechos, excluyendo, para absolver, la verdadera esencia del tipo penal, y el juez penal aplicó correctamente el tipo penal y subsumió los hechos de forma adecuada en el art. 153.1 CP . Por ello, al revocar la condena la Audiencia alterando la configuración del tipo penal mediante una inidónea inferencia el recurso de la acusación tiene interés casacional por la vía del control de la inferencia por el art. 849.1 LECRIM , al ser la vía legitimada en exclusiva y con carácter excluyente por el art. 847 b) LECRIM , ante la función unificadora de esta Sala en la interpretación del criterio que se desprende del espíritu del legislador ante el tipo penal cuestionado.



Por ello, la voluntariedad del acto es algo que pertenece a la inmediatez, pero la finalidad tendencial puede ser examinada por la inferencia por el Tribunal de casación.

Sobre la posibilidad de intervenir en este caso por la vía del art. 849.1 LECRIM esta Sala ya ha expuesto en reiteradas sentencias. (entre ellas, Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 865/2015 de 14 Ene. 2016, Rec. 1167/2014 ) que:

"La revisión en el primer caso por vía del artículo 849.1 LECrim se concreta en la corrección de errores de subsunción a partir de los elementos fácticos reflejados en el relato de hechos probados, sin verificar ninguna nueva valoración de la prueba practicada en la instancia. Y en esa posibilidad de corrección de errores de subsunción se incluye la de los errores que afecten a la interpretación de la naturaleza y concurrencia de los elementos subjetivos exigidos por el tipo penal aplicado, cuando la revisión se efectúe desde una perspectiva jurídica sin modificar la valoración de sus presupuestos fácticos. (En el mismo sentido SSTS 1014/2013 de 12 de diciembre ; 122/2014 de 24 de febrero ; 237/2014 de 25 de marzo ; 309/2014 de 15 de abril ó 882/2014 de 19 de diciembre , entre otras)."

La particularidad en este caso es que la absolución que es ahora recurrida dimana, no de un juicio en primera instancia, sino de una previa sentencia condenatoria del juzgado de lo penal que fija unos hechos probados de contenido condenatorio y que subsume el juez en el tipo penal del art. 153.1 CP , realizando un juicio de intenciones la Audiencia Provincial, excluyendo el ánimo de lesionar, y entendiendo que concurría una causa de justificación en la agresión con el objetivo de "reanimar" a su pareja.

Este control de la inferencia del elemento subjetivo del injusto por la vía del art. 849.1 LECRIM es posible por cuanto existe una irracionalidad en la interpretación del alcance de una causa de justificación ante los hechos que se subsumen en el tipo penal del art. 153.1 CP que sanciona a quien golpear o maltrata de obra a otro "sin causar lesión".

Precisamente, las sentencias de los juzgados de lo Penal apelables ante las Audiencias Provinciales tendrían cabida en la vía del art. 849.1 LECRIM , siendo el acceso a la casación viable por la vía del art. 847. b) LECRIM . Y debe, por ello, admitirse el interés casacional que incluye el control del juicio de inferencia por la vía del art 849.1 LECRIM .

Es posible el control de la racionalidad del proceso de inferencia del elemento subjetivo del injusto, cuando existe una irracionalidad y desproporción en esa inferencia de la Audiencia Provincial que revisa la conclusión a la que llega el Juez de lo penal y absuelve ante una sentencia condenatoria, introduciendo una justificación en la agresión que no puede aceptarse ante un tipo penal que sanciona el acto de golpear o maltratar de obra sin causar lesión a su pareja. El juicio de subsunción jurídica es correcto en la aplicación por el juez de lo penal, pero erróneamente concluido por la Audiencia Provincial al revocar la condena y absolver.

Si no fuera así, estas sentencias carecerían de cualquier control por la vía casacional

Como se recoge en la sentencia de esta sala del Tribunal Supremo 86/2018 de 19 Feb. 2018, Rec. 538/2017 "El control casacional ha de quedar limitado en tales casos a valorar, de una parte, la existencia de prueba de cargo adecuada, de otra, su suficiencia. La prueba será adecuada cuando no haya sido obtenida respetando los principios estructurales que informan el desarrollo de la actividad probatoria ante los órganos jurisdiccionales. Y deviene bastante cuando su contenido es netamente incriminatorio. La Sala de instancia ha de construir el juicio de autoría con arreglo a un discurso argumental lógico, coherente, expresivo del grado de certeza exigido para fundamentar cualquier condena en el ámbito de la jurisdicción criminal. Pero el examen por esta Sala de casación de la racionalidad de la inferencia del juzgador nunca puede implicar la sustitución del criterio valorativo de aquél por el nuestro, de modo que el juicio de inferencia del Tribunal a quo sólo puede ser impugnado si fuese contrario a las reglas de la lógica o a las máximas de la experiencia (en igual sentido STS. 70/2011 de 9.2 )."

Como señalamos en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 841/2017 de 21 Dic. 2017, Rec. 1231/2017 :

*"En definitiva, los márgenes de nuestra facultad de revisión de sentencias absolutorias, a través del cauce casacional de infracción de ley, con intervención de la defensa técnica, pero sin Audiencia personal del reo, se concretan en la corrección de errores de subsunción a partir de los elementos fácticos reflejados en el relato de hechos probados, sin verificar ninguna nueva valoración de la prueba practicada en la instancia.*

*En la corrección de errores de subsunción admisible en casación frente a las sentencias absolutorias se incluyen los errores que afecten a la interpretación de la naturaleza y concurrencia de los elementos subjetivos exigidos por el tipo penal aplicado, cuando la revisión se efectúe desde una perspectiva jurídica, sin modificar la valoración*



*de sus presupuestos fácticos. Pero no es admisible cuando la condena exige una reconsideración de la prueba practicada para modificar los presupuestos fácticos de los elementos subjetivos de la conducta enjuiciada.*

*El error sobre la concurrencia de los elementos subjetivos podría subsanarse en casación si se basase exclusivamente en consideraciones jurídicas sobre la naturaleza del dolo exigido por el tipo, es decir si se tratase de un error de subsunción. Por ejemplo, si la absolucón se fundamentase en la consideración errónea de que el tipo objeto de acusación exige dolo directo, absolviendo el Tribunal de instancia por apreciar la concurrencia de dolo eventual, cuando en realidad el dolo eventual fuese suficiente para la condena. O cuando se calificase por el Tribunal de Instancia de dolo eventual una conducta en la que, a partir exclusivamente de los datos obrantes en el relato fáctico sin reconsideración probatoria adicional alguna, ni modificación de la valoración fáctica sobre la intencionalidad del acusado realizada por el Tribunal, fuese constatable la concurrencia de dolo directo. O, en fin, cuando el Tribunal de Instancia fundase su absolucón en la ausencia de un elemento subjetivo específico que considerase necesario para integrar el tipo, cuando esta apreciación fuese jurídicamente errónea por no ser exigible para la subsunción de la conducta en el tipo objeto de acusación la concurrencia del elemento subjetivo específico exigido por el Tribunal.*

*Por tanto, el Tribunal de casación puede fundamentar su condena modificando la valoración del Tribunal de Instancia sobre la concurrencia de los elementos subjetivos cuando se basa exclusivamente en consideraciones jurídicas sobre la naturaleza del dolo exigido por el tipo, es decir en un error de subsunción jurídica, o se apoya en el mero análisis de los elementos estrictamente fácticos obrantes en los hechos probados, pero no puede acudir a la revisión de los presupuestos fácticos de dichos elementos subjetivos, volviendo a valorar para ello las pruebas personales practicadas en el juicio, lo que le está manifiestamente vedado.*

La consecuencia de esta doctrina desde la perspectiva procesal de la técnica casacional, es que el motivo adecuado para la impugnación de sentencias absolutorias interesando que se dicte una segunda sentencia condenatoria es únicamente el de infracción de ley pura del núm. 1º del art 849 de la LECrim , que es la única vía que permite el art. 847. b) LECRIM para recurrir una sentencia de la Audiencia Provincial absolutoria revocatoria de una previa condena del juzgado de lo penal.

La STS 517/2013, de 17 de junio nos recuerda que resulta determinante establecer una esmerada doctrina en la materia que tradicionalmente ha denominado la Sala Segunda como "juicios de inferencia", referidos a la concurrencia de elementos subjetivos del tipo, para poder corregir errores de subsunción insertados indebidamente en el relato fáctico. Pues si interpretaciones incorrectas atinentes a la naturaleza del dolo exigible por un determinado tipo delictivo, se califican de fácticas y se consideran exclusivamente revisables a través de la presunción de inocencia, que solo juega de forma unilateral, puede vaciarse de contenido la realización efectiva de la función hermenéutica del TS, en detrimento de las víctimas o perjudicados y de la aplicación uniforme del principio de legalidad (en este sentido, ver STS 400/2013, de 16 de mayo , STS 333/2012, de 26 de abril , y STS 39/2013, de 31 de enero ).

Ello nos lleva, inexorablemente, a admitir el control de la inferencia de la Audiencia que sobre los mismos hechos probados del juez de lo penal articula una inferencia construida sobre el argumento de que la agresión fue con intención de "reanimar", cuando la argumentación jurídica del juez de lo penal es correcta y perfectamente subsumido el hecho probado en el art. 153.1 CP que sanciona un comportamiento objetivo de agresión y que se infringe por la Audiencia al construir una inferencia desproporcionada e irracional, bajo la idea de que era perfectamente asumible la agresión de la forma en la que consta en el hecho probado al darle el recurrente dos tortazos seguidos, el primero con la mano derecha sobre la mejilla izquierda, y el segundo con la mano izquierda sobre la mejilla derecha, lo cual si se pretendía "reanimarla" es algo absolutamente desproporcionado y fuera de lugar, al constituir una conducta que se subsume en el art. 153.1 CP , como correctamente construyó el juez de lo penal.

Se debe destacar, así, que es, por ello, muy importante que esta Sala del Tribunal Supremo pueda realizar con efectividad su función unificadora, sin restricciones impuestas, o autorrestricciones injustificadas, tanto en los supuestos en los que los órganos sentenciadores interpretan erróneamente los tipos penales en perjuicio del reo como si lo hacen en perjuicio de las víctimas o perjudicados. De ahí, la importancia de averiguar la verdadera naturaleza de las intenciones y propósitos, así como del resto de elementos subjetivos del tipo, si no queremos dejar sin contenido una revisión casacional a la que indudablemente tienen (también) derecho las víctimas y perjudicados por el delito.

Resulta importante destacar que esta Sala del Tribunal Supremo ya ha señalado, (entre otras, Sentencia 664/2018 de 17 Dic. 2018, Rec. 504/2017 ) que:

"Nos encontramos en la vía impugnativa que habilitó la reforma de la LECRIM operada por la Ley 45/2015 de 5 de octubre, al introducir la posibilidad de recurso de casación en el artículo 847.1 b ) contra las sentencias dictadas en apelación por la Audiencia Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. Responde



a un esquema impugnativo que permite el acceso a casación y, con él, a la función unificadora de doctrina que a esta Sala corresponde, de todos los delitos previstos en el CP con la única exclusión de los leves, si bien limitado en cuanto a sus posibilidades de planteamiento a la "infracción de ley del motivo previsto en el número 1º del artículo 849 ", cuya admisión queda condicionada a la existencia de interés casacional. Así lo dijo expresamente la Exposición de Motivos de la Ley que lo implantó, y se deduce del artículo 889 LECRIM que en estos casos autoriza la inadmisión a través de una providencia "sucintamente motivada" acordada por unanimidad de los magistrados cuando el recurso "carezca de interés casacional".

Como dijimos en la Sentencia de Pleno 210/2017 de 28 de marzo , que resolvió la primera impugnación casacional contra sentencias dictadas por la Audiencia Provincial en apelación respecto a la dictada por el Juzgado de lo Penal, "estamos ante una modalidad del recurso que enlaza más con el artículo 9.3 de la Constitución (seguridad jurídica) que con el artículo 24.1 (tutela judicial efectiva)", orientado a enmendar o refrendar la corrección de la subsunción jurídica, con el horizonte de homogeneizar la interpretación de la ley penal , buscando la generalización."

El cauce de infracción de ley del artículo 849.1 LECRIM que da viabilidad al recurso obliga, como hemos anunciado, a partir del escrupuloso respeto al relato de hechos probados, pero por la vía del art. 847 b) LECRIM que da el acceso a la casación e interés casacional debe tener este control de la inferencia que hizo la Audiencia para alterar el proceso de subsunción de los hechos en el tipo penal para llegar a considerar esta justificación de forma irracional y desproporcionada.

Ante ello, será posible que esta Sala de lo Penal case una sentencia absolutoria dictada en apelación y dicte una sentencia condenatoria (o aprecie un subtipo agravado respecto de una sentencia condenatoria) cuando haya existido, exclusivamente, un auténtico error iuris, es decir, cuando los hechos declarados probados, sin ser alterados, sean subsumibles en el tipo (o subtipo) penal. La STS 309/2014 , recoge una doctrina que continuará vigente: "Recuerdan las recientes STS 400/2013, de 16 de mayo , y STS 333/2012, de 26 de abril , que la doctrina jurisprudencial del TEDH permite la revisión de sentencias absolutorias cuando el Tribunal Supremo actúa dentro de los márgenes de la infracción de ley, revisando cuestiones puramente jurídicas. Es decir, cuando esta Sala se limita a corregir errores de subsunción y a fijar criterios interpretativos uniformes para garantizar la seguridad jurídica, la predictibilidad de las resoluciones judiciales, la igualdad de los ciudadanos ante la ley penal, y la unidad del ordenamiento penal y procesal penal, sin alterar ningún presupuesto fáctico". Y en este caso se altera el juicio de subsunción de los hechos en el tipo penal del art. 153.1 CP mediante una interpretación irracional y desproporcionada de la acción antijurídica, típica y punible del condenado, bajo el abrigo de una pretendida justificación de su conducta al margen de la antijuridicidad propia de la acción desplegada y que se engarza en el carácter objetivo de la agresión pura sin causar lesión que sanciona el art. 153.1 CP . Así, si la conclusión lógica a que se llega partiendo de tales hechos básicos ( art. 1253 C.C .), conclusión que de este modo es considerada como si de una cuestión de calificación jurídica se tratara por entender que excede de lo meramente fáctico, valorar la lógica que encierra esa conclusión o inferencia está al alcance del Tribunal de casación.

La Audiencia Provincial razona su sentencia absolutoria revocatoria de la condenatoria en una conclusión "justificativa de la reacción del condenado" señalando que: "*Aun reconociendo que los dos bofetones o tortazos en el rostro se presentan como un remedio para intentar que la persona embriagada recupere la sobriedad, no recomendable, pues con ello se pone en riesgo la integridad física de la persona a lo que se pretende auxiliar, y que se habría podido acudir a otras medidas más diligentes en el deseo de auxiliar a la denunciante, lo cierto es que el cariz violento de dicha acción no fue guiado por un "animus laedendi", sino más bien en el contexto relatado aparece como un **acto puntual de reanimación** de una persona que se encuentra fuertemente afectada por las bebidas alcohólicas y rechaza cualquier prestación de ayuda. **Tal vez pueda tacharse la maniobra de reanimación inadecuada** pero no debe obviarse que no debe dejarse a una persona ebria en posición horizontal pues podría vomitar con peligro de asfixiarse por ello resulta conveniente su reanimación y colocación en una postura vertical, como tampoco podemos dejar de advertir que durante todo el tiempo en que dura la permanencia de la denunciante en el bar el acusado se preocupa de su estado hasta que viendo que no mejora decide avisar a los hijos para que se encarguen de su madre para finalmente todos juntos desplazarse al domicilio del acusado para continuar prestándole el aseo y acompañamiento que precisa....La intencionalidad del sujeto es un elemento que por su carácter interno se esconde en lo más profundo de su ser, y en el caso de autos no se detecta tal intención, pues con los manotazos propinados se buscaba la reanimación y no ocasionar un quebranto corporal a la persona que le fueron infringidos ni tampoco cabe ver en ellos el deseo de humillar o ejercer un dominio machista sobre su pareja".*

Es decir, vemos que el Tribunal puntualiza que, aunque el acto de la agresión "no es recomendable" "*pues con ello se pone en riesgo la integridad física de la persona a lo que se pretende auxiliar*", y que pudo recurrir a otros métodos de ayuda, añade que se debe todo a "un acto de reanimación".

Sin embargo, del relato de hechos probados fijado por el juez penal comprobamos que se recoge que

*"Durante toda la referida discusión, Segundo agarraba por los brazos a Inés cuando ésta hacía intención de irse y abandonar el local, y le impedía coger el teléfono móvil y utilizarlo para llamar. A las 2'31 horas Inés se cae al suelo, pero se levanta segundos después. A las 2'33 horas, y estando de nuevo en el suelo, Segundo intenta levantarla, apartándole ella con manotazos, ante lo cual él le da dos tortazos seguidos, el primero con su mano derecha sobre la mejilla izquierda, y el segundo con la mano izquierda sobre la mejilla derecha".*

Pese a este relato, el Tribunal altera estos hechos, e introduce un elemento subjetivo no descrito en el tipo penal, y lo altera, por cuanto en ningún modo nos encontramos ante un tipo penal de lesionar, sino ante un tipo penal de agredir en el contexto de la relación de pareja. Pero no solamente esto, sino que justifica los dos golpes en ambas partes de la cara de la víctima en una intención de reanimar a su pareja, dado el estado en el que se encontraba, lo que **constituye un exceso en la conclusión a la que llega el juez penal desproporcionada e irrazonable, a fin de dar cabida a la "agresión justificativa" para reanimar, cuando la forma de ejecución de la acción es desproporcionada. Y esta desproporción en la reacción lo que nos lleva a la infracción del tipo penal del art. 153.1 CP , y ello al acceso a la casación penal ex art. 849.1 por la vía del art. 847 b) LECRIM .**

Además, el Tribunal modifica esa valoración de la prueba que con acierto lleva a cabo el juez de lo penal al tipificar la conducta en el art 153.1 CP , por cuanto en el caso concreto y en los hechos probados concurre el elemento de la relación de pareja y el objetivo de la agresión, que, a su vez, son los que integran el tipo penal.

El planteamiento de la acusación particular en su recurso, y clara voluntad impugnativa en torno a los extremos que estamos destacando, pone de manifiesto lo siguiente:

1.- Forma de la agresión: (Destacamos que se ha descrito que le da dos manotazos con sus dos manos en las dos partes de la mejilla. Es claramente una agresión).

*Supone una agresión gratuita e injustificada sobre una mujer desvalida por encontrarse bajo los efectos de las bebidas alcohólicas, en una situación de desigualdad respecto de Segundo , situación que quedó perfectamente acreditada en el juicio oral, es más, la Sala reconoce en su sentencia que los dos bofetones o tortazos en el rostro se presentan como un remedio para intentar que la persona -embriagada- recupere la sobriedad no recomendable pues con ello se pone en riesgo la integridad física de la persona a la que se pretende auxiliar, y que se habría podido acudir a otras medidas más diligentes en el deseo de auxiliar a la denunciante.*

*Según se puede ver en las imágenes grabadas por un vídeo del bar del acusado obrante en autos, se puede comprobar como a las 233 horas, Segundo , estando Inés en el suelo, intenta cogerla por los brazos y levantarla, rechazando ella su ayuda lanzando manotazos, momento en que Segundo procede a darla dos tortazos de considerable entidad, uno con cada mano y cada uno de ellos en un lado de cada cara. Estos hechos por si solos, ya son constitutivos del delito de maltrato con lesión.*

2.- La prestación de ayuda a la víctima: (En lugar de socorrerle o pedir ayuda a terceros le golpea con dos tortazos).

*... sin que Segundo en ningún momento llame al servicio de emergencias solicitando ayuda. Si tan mal estaba Inés y él no podía controlarla, debió hacerse ayudar por personal sanitario llamando al servicio de emergencias, como le propusieron los hijos de Inés cuando llegaron y vieron como se encontraba su madre, y sin embargo declinó tal opción argumentando que como estaba borracha les iban a cobrar la atención sanitaria prestada y que además podría venir también la Policía, siendo así de este modo se podía descubrir que tenía lesiones compatibles con una agresión.*

Pues bien, debemos recordar en este punto que cuando el legislador instituyó este tipo penal, lo hizo en razón a conductas como la presente, y que se describen con claridad en los hechos probados, en donde, aunque es cierto que la víctima se encontraba en un mal estado, no era la solución a su problema darle dos bofetones, uno en cada mejilla, como describen los hechos probados.

El Tribunal en sede de apelación añade en los hechos probados la expresión intencional de que los dos tortazos con sendas manos izquierda y derecha en sus dos mejillas los da el autor *"con intención de reanimarla"*.

Pero, en modo alguno, el juez penal ante el que se ha practicado la prueba ha reflejado en su sentencia en el proceso valorativo esa intención. Y, en cualquier caso, no podemos admitir, ni sostener en modo alguno, que en el contexto en el que se produjeron los hechos la forma de resolver la actuación de la víctima era darle dos tortazos con ambas, lo que incrementaría el impacto en el rostro de la víctima en sus dos mejillas izquierda y derecha.





**TERCERO.**- Por todo ello, las razones de la casación de la sentencia de apelación y mantenimiento de la condena que ya dictó el Juez de lo Penal, lo que, a su vez, lleva el respeto a los hechos probados, se centran en los siguientes extremos:

**1.- No es válido asumir el empleo de la agresión ni la reacción de la fuerza en el contexto de la relación de pareja. De ser así hay violencia de género.**

Así pues, **no podemos admitir "en ningún escenario" que la vía del empleo de la fuerza y la violencia sea la metodología a emplear para resolver cualquier situación o incidencia que pueda surgir en la pareja .**

El empleo de la violencia o de la fuerza no puede operar como causa de justificación, salvo casos concretos y debidamente motivados en atención a evitar un mal mayor a la víctima que el que se ejerce con la agresión.

Y en este caso concurren los dos elementos que el juez de lo penal tuvo en cuenta en este caso, a saber:

a.- Relación de pareja entre sujeto activo y pasividad del delito y

b.- El hecho de una agresión de él a ella dándole dos tortazos "para reanimarle" se recoge en la sentencia revocatoria de la condena.

No puede admitir, por ello, este Tribunal en ningún caso que podamos legitimar el uso de una agresión y la violencia como vía para arreglar una situación, cuando si, en realidad, el autor de la agresión vio alterada a su pareja debió utilizar otros métodos ajenos al empleo de la violencia. Además, el hecho probado lo que describe son "dos tortazos" en ambas mejillas de la víctima y con las dos manos del autor. Si, en verdad, la vio en un estado preocupante lo que tenía que haber hecho es haber requerido los servicios de una ambulancia que pudiera intervenir con personal médico profesional que pudiera atender a la víctima, y no darle dos tortazos "para reanimarle", que es lo que sostiene el Tribunal para dictar una sentencia absolutoria. El argumento expuesto por el Tribunal es insostenible y alejado de la reciente doctrina de la Sala.

El juez de lo penal que es ante quien se ha practicado la prueba destaca con rotundidad, concreción y claridad que el autor de la agresión le da a su pareja "dos tortazos de considerable entidad". Y, además, uno en cada mejilla y con sus dos manos, lo que excluye cualquier excusa que pudiera tener el autor para usar la violencia como causa de justificación ante la conducta de la víctima. Incluso rechazó la intervención de la ambulancia, que era lo que debió hacer y no agredirle, señalando "que le iban a cobrar el desplazamiento", ante lo cual su solución fue agredir a su pareja con las dos manos.

Esta Sala del Tribunal Supremo no puede admitir en ningún caso que el empleo de la violencia sea el argumento por el que deben resolverse los problemas que puedan existir en una pareja. Ni violencia verbal, ni física, porque, en ningún caso, cualquier tipo de violencia puede utilizarlo su autor como bandera de una causa de justificación concreta bajo la que pretenda articular un cambio de conducta o reacción de su pareja. Y mucho menos con la excusa o causa de justificación de que lo hace para "reanimarle", ya que **el empleo de la violencia o de la fuerza no es nunca causa de justificación.**

Con ello, tanto la violencia verbal como la física deben desterrarse de la sociedad, pero más aún en el contexto de la relación de pareja, donde si, en realidad, el que agrede quisiera ayudar a su pareja debe recurrir a infinidad de soluciones alternativas ajenas y distintas al empleo de la violencia.

**2.- Si existe probada agresión, aun sin causar lesión, es constitutivo del tipo penal del art. 153.1 CP , y si se agreden ambos la mujer lo será del art. 153.2 CP .Ni la alternativa de la absolució n, ni la degradación a delito leve pueden ser la respuesta penal ante el empleo de la violencia en la pareja.**

Esta Sala del Tribunal Supremo no puede avalar, tampoco, que pueda ampararse la agresión que se describe en los hechos probados como método para "reanimar" un hombre a su pareja, ni a la inversa tampoco, pero porque esa interpretación es desproporcionada e irracional, como se ha expuesto, y en la medida en que no tuvo que llevar a cabo esa conducta que, al menos, está incluida y subsumida en el tipo penal del art. 153.1 CP . Y no se trata de un derecho penal de autor, sino que en el contexto de las relaciones de pareja el empleo de la violencia no puede utilizarse como "asidero" justificativo de la línea argumental que pretenda realizar uno de los miembros de la misma, siendo condenados ambos por maltrato si existe una agresión mutua, como ya destacamos con detalle en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 677/2018 de 20 Dic. 2018, Rec. 1388/2018 , por cuanto la solución penal ante las agresiones no puede ser la absolució n, o la degradación a delito leve, cuando los hechos probados encuentran perfecto acomodo penal en el art. 153 CP . Ni la alternativa de la absolució n, ni la degradación a delito leve pueden ser la respuesta penal ante el empleo de la violencia en la pareja.

**3.- La intermediación del juez penal le privilegia en su valoración probatoria.**



Por otro lado, añade el juez penal que las pruebas fueron concluyentes en torno a la grabación de los hechos y la declaración de los hijos, quienes expusieron con detalle lo ocurrido, y en el vídeo se comprueba cómo la agresión se produce estando la víctima en el suelo, por lo que la conducta agresiva del autor era absolutamente impropia e inadmisibles, ante una situación de una mujer, que es su pareja y que precisaba ayuda por su estado, lejos de lo cual huye el autor de la agresión de requerir asistencia médica para ella y, sin embargo, y pese a su mal estado, además, le golpea con las dos manos. Es decir, que la "ayuda" que le da su pareja ante el mal estado de la mujer es darle dos tortazos con sus dos manos en las mejillas de la víctima, lo que constituye una evidente agresión, y no una causa de justificar una actitud absolutamente desproporcionada del autor, y, por lo tanto, un ilícito penal.

Por ello, no puede admitirse una sentencia absolutoria al modo de justificar que la reacción legítima de un hombre sobre su pareja sea la de golpearle con las dos manos en ambas partes de su cara, en lugar de auxiliarle personalmente, o requerir la ayuda de profesionales que hubieran podido atenderle. Incluso, la prueba de esta necesidad lo fue la reacción de los hijos cuando comprueban lesiones que tenía la madre que no han sido objeto de enjuiciamiento, ni prejuzgan la condena del juez penal. Pero, indudablemente, determinan que la víctima estaba necesitada de ayuda médica, y no de una agresión cuando estaba en el suelo totalmente indefensa.

#### **4.- El rechazo del legislador a la agresión como causa de justificación ante determinadas conductas de la víctima. No hay causa de justificación ante el maltrato.**

La evolución actual de la sociedad y la civilización en el contexto internacional destierran radicalmente estas conductas del escenario del hogar y de cualquier escenario, de tal manera que evita que se puedan recurrir a conductas violentas, sean del grado que sean, para resolver los problemas que puedan existir. Y para modular el reproche penal que pueda corresponder a hechos menos graves, incluso el legislador introduce subtipos atenuados que permiten al juez modular la pena atendiendo a las circunstancias del caso concreto, cuando el Juez o Tribunal aprecien los hechos elementos que permitan imponer una pena menor.

Pero lo que está claro es que no es posible que estas circunstancias, como las que constan en los hechos probados, permitan al Tribunal acudir a la absolución en lugar de hacerlo al reproche penal del precepto aplicable al caso concreto y modular la pena por medio de subtipos atenuados, o en base al proceso de individualización judicial de la pena que permite el art. 66 CP .

La viabilidad de la estimación de la casación deducida resulta obvia, ya que atendiendo a la voluntad impugnativa por infracción del art 153.1 CP se cuestiona la vulneración del precepto legal y alteración de la valoración probatoria del juez penal con argumento jurídico que es ajeno a la esencia del tipo penal por el que fue condenado el autor.

#### **5.- Posibilidad en casación de revocar la absolución del Tribunal de apelación y regresar a la condena del juez o Tribunal de instancia manteniendo el relato de hechos probados y la valoración de la prueba del órgano judicial de enjuiciamiento.**

Por otro lado, es viable en vía casacional casar una sentencia absolutoria que dimana de la revocación en sede de apelación de una previa condena de un juez de lo penal o Tribunal de enjuiciamiento. Como, de igual modo, cabría hacerlo con una sentencia absolutoria de un TSJ al resolver un recurso de apelación contra una sentencia condenatoria. Y ello, porque los hechos probados los redacta quien ha tenido la intermediación, y estos determinan el dictado, en primera instancia, de una sentencia condenatoria, que es revocada en sede de apelación.

Por ello, esta Sala no está infringiendo en estos casos el principio de intermediación, sino que viene a potenciarlo y a privilegiarlo analizando el hecho probado, la valoración de la prueba del juez penal y los motivos por los que justifica la absolución el Tribunal de apelación. Y es en base al examen del hecho probado fijado en la sentencia por el juez ante quien se practicó la prueba cuando se puede analizar, al mismo tiempo, la fundamentación jurídica que razona la conclusión del juez para atraer a la casación la eficacia del principio de intermediación y el error jurídico cometido por el Tribunal que estima el recurso de apelación y absuelve con una justificación que permite avalar el empleo de la violencia para "reanimar" un hombre a su pareja.

Esta posibilidad de revisión de la absolución consta claramente en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 58/2017 de 7 Feb. 2017, Rec. 839/2016 , donde señalamos que: *los márgenes de nuestra facultad de revisión de sentencias absolutorias, a través del cauce casacional de infracción de ley, con intervención de la defensa técnica, pero sin audiencia personal del reo, se concretan en la corrección de errores de subsunción a partir de los elementos fácticos reflejados en el relato de hechos probados, sin verificar ninguna nueva valoración de la prueba practicada en la instancia. En la corrección de errores de subsunción admisible en casación frente a las sentencias absolutorias se incluyen los errores que afecten a la interpretación de la naturaleza y*



conurrencia de los elementos subjetivos exigidos por el tipo penal aplicado, cuando la revisión se efectúe desde una perspectiva jurídica, sin modificar la valoración de sus presupuestos fácticos. Pero no es admisible cuando la condena exige una reconsideración de la prueba practicada para modificar los presupuestos fácticos de los elementos subjetivos de la conducta enjuiciada.

... Por tanto, el Tribunal de casación puede fundamentar su condena modificando la valoración del Tribunal de Instancia sobre la concurrencia de los elementos subjetivos cuando se basa exclusivamente en consideraciones jurídicas sobre la naturaleza del dolo exigido por el tipo, es decir en un error de subsunción jurídica, o se apoya en el mero análisis de los elementos estrictamente fácticos obrantes en los hechos probados, pero no puede acudir a la revisión de los presupuestos fácticos de dichos elementos subjetivos, volviendo a valorar para ello las pruebas personales practicadas en el juicio, lo que le está manifiestamente vedado.

Es preciso recordar, como ha hecho esta Sala en diversas resoluciones, el criterio restrictivo implantado por el Tribunal Constitucional en lo que respecta a la extensión del control del recurso de apelación y de casación sobre las sentencias absolutorias cuando se dirimen cuestiones de hecho relacionadas con la apreciación de pruebas personales, criterios instaurados por la sentencia del Tribunal Constitucional 167/2002, que se han visto reafirmados y reforzados en numerosas resoluciones posteriores del mismo Tribunal (SSTC 170/2002, 197/2002, 118/2003, 189/2003, 50/2004, 192/2004, 200/2004, 178/2005, 181/2005, 199/2005, 202/2005, 203/2005, 229/2005, 90/2006, 309/2006, 360/2006, 15/2007, 64/2008, 115/2008, 177/2008, 3/2009, 21/2009 y 118/2009, entre otras). En esas resoluciones el Tribunal Constitucional considera que se vulnera el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías cuando el tribunal de la revisión, sin respetar los principios de inmediación y contradicción, procede a revisar y corregir la valoración o ponderación de las pruebas efectuada por el juez de instancia y revoca, en virtud de una reinterpretación de unas pruebas que no ha practicado, la sentencia absolutoria apelada.

El respeto a los principios de inmediación, contradicción y publicidad, y también el de defensa impide, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que los órganos de la revisión modifiquen la valoración de tales pruebas sin haberlas practicado de forma directa y personal en la instancia de revisión. Pero el escenario de la casación es distinto cuando lo que se modifica es la absolución de la sentencia del Tribunal de apelación que es quien revoca la condenatoria del órgano de enjuiciamiento ante quien se practicó la prueba, provocando el regreso al mantenimiento de los hechos probados.

Además, esta Sala no determina al casar la sentencia la revisión de los elementos subjetivos del delito como cuestión de hecho, sino que esta valoración quien la lleva a cabo es el Tribunal de apelación para absolver, y en la casación lo que se analiza es el defecto a la hora de incluir el elemento subjetivo por el Tribunal de apelación, es decir, al igual que se llevó a cabo en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 677/2018 de 20 Dic. 2018, Rec. 1388/2018 al casar la sentencia absolutoria de una Audiencia Provincial respecto a una pareja que se había agredido y regresar a la condena del juez penal.

Por todo ello, con respecto a la posibilidad de condena en este caso, es preciso acudir y recordar la doctrina de la Sala asentada en la **STS 707/2018, de 15 de enero de 2019**, donde ya señalamos que:

"Además, con adicional argumento, como especificamos entre otras resoluciones en la STS 119/2018, de 13 de marzo, no empece a la estimación de los recursos de las acusaciones, la doctrina constitucional y jurisdiccional que con base en el derecho a un proceso con todas las garantías y al derecho de defensa, impide las condenas o resoluciones peyorativas ex novo, como consecuencia de un recurso de las acusaciones sin práctica de prueba ni oír al acusado. **La rehabilitación en casación en contra del reo de una previa condena luego suprimida o atenuada en apelación, no tropieza con obstáculo alguno derivado de la jurisprudencia constitucional y del TEDH** a tenor de la cual la revocación de una sentencia absolutoria por razones probatorias exigiría la audiencia del acusado en la fase de recurso, y en su caso, la reproducción de prueba. **En este supuesto no nos enfrentamos a una decisión de condena que adoptaría ex novo esta Sala Segunda por vía de recurso**. El enjuiciamiento inicial lo llevó a cabo el Tribunal del Jurado que encontró al acusado culpable de asesinato, entre otras circunstancias con la de obrar por discriminación por razones de género. Esa inicial apreciación jurisdiccional ha emanado de un Tribunal que ha oído personalmente al acusado, escuchando su versión de los hechos, atendiendo a sus explicaciones.

Como dijimos, tampoco en esta sede casacional se "efectúa una nueva valoración de los hechos considerados probados en primera instancia y los reconsidera" ni se "procede a una nueva valoración de los elementos de hecho" (expresión del asunto Spínu c. Rumanía, nº 32030/02, § 55, 29 de abril de 2008, luego muy reiterado). **Ahora en casación, no se trata ya de verificar un nuevo juicio sobre la prueba, sino tras el examen de las razones dadas por el Tribunal de apelación para atenuar el pronunciamiento condenatorio, examinar si se ajustó a las facultades que el singular recurso de apelación en el ámbito del jurado le facultaba, que se limitaban a examinar si mediaba prueba de cargo con suficiencia para destruir la presunción de inocencia**



, restando fuera de los límites del recurso una nueva revalorización del marco probatorio. El Jurado ya oyó al acusado. Ahora las acusaciones meramente instan que en casación se reponga la valoración probatoria efectuada por el jurado ( STS 299/2013 de 27 de febrero ).

Ya anteriormente la STS 1385/2011, de 22 de diciembre , decía: "la estimación del recurso y consiguiente casación de la sentencia de apelación, no es la resolución que, por primera vez y como fruto de la valoración de la prueba, impone la condena a los acusados que permanecían hasta ahora absueltos por razón de la apelación.

**La reposición a la condición de penados deriva de la inicial sentencia y de la consideración como incorrecta de su revocación en apelación. Por ello, tal hipótesis cae al margen del ámbito en el que la doctrina constitucional y la del TEDH exige la directa audiencia del así penado .** Doctrina reiterada en las SSTS 615/2013, de 11 de julio y 555/2014 de 10 de julio ó 44/2018, de 25 de enero ".

También, en la **STS 565/2018, de 19 de noviembre** dijimos que:

"La intención del sujeto activo del delito es un hecho de conciencia, un hecho subjetivo precisado de prueba, cuya existencia, a salvo los supuestos en que se disponga de una confesión del autor que por sus circunstancias sea creíble, no puede acreditarse normalmente a través de prueba directa, **siendo necesario acudir a un juicio de inferencia para afirmar su presencia sobre la base de un razonamiento inductivo construido sobre datos fácticos debidamente acreditados. Esa inferencia debe aparecer de modo expreso en la sentencia y debe ser razonable, de tal manera que la conclusión obtenida acerca de la intención del sujeto surja naturalmente de los datos disponibles. Esa razonabilidad es precisamente el objeto del control casacional cuando la cuestión se plantea como aquí lo hace el recurrente.**"

Esa inferencia es la que se concluye que fue erróneamente aplicada por el Tribunal de apelación, y que ha sido objeto de revisión para aplicar la correcta interpretación del juez de instancia ante el que la prueba se practicó con inmediatez.

#### **6.- Referencia al contenido del Convenio de Estambul ratificado por España por Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011 (BOE de 6 de Junio de 2014).**

Es preciso destacar la vigencia en España del Convenio de Estambul por ser derecho interno, a fin de poner de manifiesto que deben desterrarse todo tipo de conductas violentas ejercidas contra la mujer por medio de sus parejas o ex parejas, no admitiéndose "bajo ningún contexto" cualquier tipo de causa de justificación que pueda alegarse por el autor de la agresión, para tratar de ampararse en razones personales que le avalen en el hecho de golpear o maltratar a una mujer. Y así podemos recordar los preceptos del Convenio de Estambul que son significativos en el objeto que estamos tratando, a saber:

1.- **Art. 1 del Convenio** : 1. Los objetivos del presente Convenio son: a) *Proteger a las mujeres contra todas las formas de violencia* , y prevenir, perseguir y eliminar la violencia contra la mujer y la violencia doméstica ...

2.- **Art. 2: 1.** El presente Convenio se aplicará a *todas las formas de violencia contra la mujer, incluida la violencia doméstica, que afecta a las mujeres de manera desproporcionada* .

3.- a) Por "**violencia contra la mujer**" se deberá entender una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y **se designarán todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica**, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada.

4.- Art. 12 2. Las Partes adoptarán las medidas legislativas y de otro tipo necesarias **para prevenir todas las formas de violencia** incluidas en el ámbito de aplicación del presente Convenio por toda persona física o jurídica.

En consecuencia, dado que se trata de desterrar "cualquier tipo de violencia física que se ejerza sobre la mujer", el hecho probado relata una clara agresión física que tiene cabida y ubicación tipificadora en el art. 153.1 CP sin precisarse una determinada intención de lesionar no exigida en el citado Convenio, ni en el precepto que el legislador de la LO 15/2003 introdujo en nuestro Código Penal.

#### **7.- Recomendación general núm. 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general núm. 19. Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. CEDAW.**

a.- En su recomendación general núm. 19 (1992) sobre la violencia contra la mujer, adoptada en su 11º período de sesiones 1, el Comité aclaró que la discriminación contra la mujer, tal como se define en el artículo 1 de



la Convención, incluía la violencia por razón de género, que es "la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada", y que constituía una violación de sus derechos humanos.

b.- El Comité considera que la violencia por razón de género contra la mujer es uno de los medios sociales, políticos y económicos fundamentales a través de los cuales se perpetúa la posición subordinada de la mujer con respecto al hombre y sus papeles estereotipados. En toda su labor, el Comité ha dejado claro que esa violencia constituye un grave obstáculo para el logro de la igualdad sustantiva entre mujeres y hombres y para el disfrute por parte de la mujer de sus derechos humanos y libertades fundamentales, consagrados en la Convención.

c.- El derecho de las mujeres a una vida libre de violencia por razón de género es indivisible e interdependiente respecto de otros derechos humanos.

d.- Los requisitos de propósito e intención para clasificar los actos como tortura se satisfacen cuando los actos u omisiones están asociados al género o se cometen contra una persona por motivos de sexo.

e.- El Comité considera que la violencia por razón de género contra la mujer está arraigada en factores relacionados con el género, como la ideología del derecho y el privilegio de los hombres respecto de las mujeres, las normas sociales relativas a la masculinidad y la necesidad de afirmar el control o el poder masculinos, imponer los papeles asignados a cada género o evitar, desalentar o castigar lo que se considera un comportamiento inaceptable de las mujeres. Esos factores también contribuyen a la aceptación social explícita o implícita de la violencia por razón de género contra la mujer, que a menudo aún se considera un asunto privado, y a la impunidad generalizada a ese respecto .

f.- El Comité recomienda que los Estados partes apliquen las siguientes medidas legislativas: a) Velar por que todas las formas de violencia por razón de género contra la mujer en todas las esferas que constituyan una violación de su integridad física, sexual o psicológica se tipifiquen como delito e introducir, sin demora, o reforzar, sanciones legales proporcionales a la gravedad del delito.

g.- El Comité recomienda que los Estados partes apliquen las siguientes medidas preventivas: Programas de concienciación que promuevan una comprensión de la violencia por razón de género contra la mujer como algo inaceptable y perjudicial, proporcionen información sobre los recursos jurídicos disponibles contra ella y fomenten la denuncia de ese tipo de violencia y la intervención de los transeúntes; aborden la estigmatización que sufren las víctimas y supervivientes de esa violencia; y dismantelen la creencia generalizada sobre la culpabilización de las víctimas por la que las mujeres son responsables de su propia seguridad y de la violencia que sufren.

## **8.- Declaraciones internacionales.**

1.- El artículo 1 de la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, de las Naciones Unidas considera que la violencia contra las mujeres es: "todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga, o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para las mujeres, inclusive las amenazas de tales actos, la coacción o privación arbitraria de la libertad, tanto si se produce en la vida pública o en la privada". La violencia de género es un tipo de violencia que se ejerce únicamente sobre las mujeres, por el simple hecho de ser mujer sin diferencia de edad, nivel cultural, profesión o raza (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1993).

2.- La IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, auspiciada por las Naciones Unidas (Pekín, 1995), entre cuyas principales preocupaciones se sitúa la violencia contra la mujer, como consecuencia de los condicionantes socioculturales que actúan sobre el género masculino y femenino, y que relegan a aquélla a una posición de subordinación al hombre. Va a ofrecer una definición a nivel internacional de lo que se ha de entender omnicompreensiva, extensa e intensamente por violencia de género. Se va a concebir a ésta como "una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres, que han conducido a la dominación de la mujer por el hombre, la discriminación contra la mujer y la interposición de obstáculos contra su pleno desarrollo. La violencia contra la mujer, a lo largo de su ciclo vital, dimana esencialmente de pautas culturales, en particular de los efectos perjudiciales de algunas pautas tradicionales o consuetudinarias y de todos los efectos de extremismo relacionados con la raza, el sexo, el idioma o la religión que perpetúan la condición inferior que se asigna a la mujer en la familia, el lugar de trabajo, la comunidad y la sociedad.

3.- El 18 de diciembre de 1979 la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CETFDICM), siendo ésta fruto del trabajo de años realizado por la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, creada en 1946 por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, ya que dicha Comisión había elaborado este texto basándose en la relevante Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer de Naciones Unidas de



1967. La Convención tenía como finalidad eliminar efectivamente todas las formas de discriminación contra la mujer obligando a los Estados a reformar las leyes con ese fin y a discutir sobre la discriminación en el mundo.

4.- El Comité de Derechos Humanos, según el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos pidió que los Estados facilitaran información sobre las leyes y prácticas nacionales relativas a la violencia en el hogar y otros tipos de violencia sobre la mujer.

5.- La Recomendación General núm. 19 de la Violencia sobre la Mujer del Comité de las Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de 1992 recogía que los Estados parte tendrían que: velar por que las leyes contra la violencia y los malos tratos en la familia, la violación, los ataques sexuales y otro tipo de violencia contra la mujer protegieran adecuadamente a todas las mujeres y respetaran su integridad y su dignidad; y adoptar todas las medidas jurídicas, o de otra índole, que fueran necesarias para proteger eficazmente a las mujeres contra esa violencia con la adopción de medidas como sanciones penales o recursos civiles e indemnizaciones para protegerlas contra todo tipo de violencia.

6.- La Plataforma de Acción de Beijing, adoptada en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer -Beijing, 1995-, desde donde se instó a los Gobiernos a introducir sanciones penales, civiles, laborales y administrativas en las legislaciones nacionales con el fin de castigar y reparar los daños causados a las víctimas; adoptar, aplicar, revisar y analizar las leyes pertinentes a fin de asegurar su eficacia para eliminar la violencia contra la mujer haciendo hincapié en la prevención de la violencia y en el enjuiciamiento de sus responsables; y articular las medidas necesarias para garantizar la protección de las mujeres víctimas de la violencia, el acceso a remedios justos y eficaces, inclusive la reparación de los daños causados, la indemnización y la cura de las víctimas, así como la rehabilitación de los agresores.

7.- Conclusiones del último período de sesiones anual de la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer celebrada en la Sede de Naciones Unidas -New York, del 4 al 15 de marzo de 2013- donde se reconoce la necesidad de un compromiso internacional para poner fin a la que menciona como "lacra mundial de la violencia contra las mujeres".

8.- Decisión 779/2007/CE de 20 de junio de 2007 por la que se estableció el programa Daphne III, para el período 2007 a 2013, como un programa específico para prevenir y combatir la violencia ejercida sobre los niños, los jóvenes y las mujeres integrado en el programa general de derechos fundamentales y justicia. Su objetivo era alcanzar un elevado nivel de protección de la salud, del bienestar y de la cohesión social con el desarrollo de las políticas comunitarias necesarias, y más específicamente, de las relacionadas con la salud pública, los derechos humanos y la igualdad de género, además de con acciones encaminadas a la protección de los derechos de la infancia y a la lucha contra la trata de personas y la explotación sexual.

9.- Estrategia de la Comisión Europea para la Igualdad entre Mujeres y Hombres para el período 2010-2015, que fue aprobada el 21 de septiembre de 2010, cuyos principales objetivos son la consolidación de una buena práctica de roles de género en la juventud, en la educación, la cultura y el deporte con el compromiso de realizar un informe anual en el que reflejar los avances alcanzados en esta materia por la actuación coordinada del Parlamento, la Comisión y los Estados Miembros.

10.- La Resolución núm. 48/104 de 20 de diciembre de 1993 definió violencia contra la mujer como todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pudiera tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producían en la vida pública como en la vida privada -art. 1-. El matiz de género de la violencia se reconoce cuando esta violencia, tanto la física como la psicológica, se ejerce contra las mujeres por razón de su sexo como una consecuencia de su tradicional situación de sometimiento al varón en las sociedades de estructura patriarcal.

**9.- El enfoque de la perspectiva de género con la que deben enfocarse estos supuestos donde concurre una agresión sin causar lesión en el contexto de la relación de pareja o ex pareja.**

Ya expuso esta Sala del Tribunal Supremo que este tipo de casos deben enfocarse con la debida "**perspectiva de género**" con la que deben tratarse los supuestos de agresión en el seno de la pareja. Porque agresión es la conducta del condenado por el juez penal, al golpearle con ambas manos en las dos partes de la cara de la víctima; reacción absolutamente inasumible en el contexto de una pareja o ex pareja, y en cualquier contexto de las relaciones humanas, porque no es un acto que pueda justificarse en ningún escenario. El ejercicio de la violencia es rechazable en cualquier contexto, y si es en la relación de pareja serán constitutivo de violencia de género si es agresión del hombre a la mujer y doméstica a la inversa, o en el seno del hogar. Pero en ninguna de estas situaciones puede justificarse la violencia como método o línea argumental para justificar decisiones o reacciones de las personas. Ni está justificado en el derecho de corrección que está ya derogado, ni en ningún otro contexto puede operar como justificación de conductas. Porque **justificar el ejercicio de la**



**violencia es la desnaturalización del ser humano que vive en sociedad. Y justificarla en el seno de la pareja supone perpetuar la dominación del hombre sobre la mujer, poniendo en su defensa del uso de la violencia, "razones" para ejercerla.**

**Así, la perspectiva de género como línea argumental de rechazo de la violencia como causa de justificación es, también, la herramienta que debe utilizarse para desterrar comportamientos de dominación donde operan estas justificaciones de la violencia para someter a la víctima a un estado de permanente subyugación que se ejerce por la vía instrumental de la argumentación del empleo de la violencia como vía para sostener el mantenimiento de la desigualdad.**

Así, en la sentencia del Tribunal Supremo 247/2018 de 24 May. 2018, Rec. 10549/2017 señalamos que ante un caso de tentativa de asesinato de un hombre sobre su pareja en su hogar, debe enfocarse *"en este caso concreto, con una perspectiva de género, ante la forma de ocurrir los hechos del hombre sobre su mujer y delante de sus hijos, y con un mayor aseguramiento de la acción agresiva sobre la víctima mujer por su propia pareja y en su hogar, siempre que del relato de hechos probados se evidencie esta imposibilidad de defensa de la misma en la acción de su pareja"*.

Y en la sentencia de esta Sala 282/2018 de 13 Jun. 2018, Rec. 10776/2017 en otro caso de tentativa de asesinato, también se recuerda que *"se debe aplicar este caso con perspectiva de género en un intento del recurrente de acabar con la vida de su ex pareja y a sabiendas de que allí estaba su propio hijo, lo que agrava aún más el escenario criminal y la percepción que esa escena le supone y le supondrá para toda su vida al menor, lo que agrava el acto y la perversidad de su ejecución, lo que entra de lleno en la proporcionalidad de la pena"*.

Recuerda la doctrina en este contexto que la expresión **violencia de género** tiene su origen en el término inglés **gender-based violence o gender violence** formulado en la ya citada Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer celebrada en Beijing en 1995 y que en su Declaración 118 recogía que "la violencia contra la mujer es una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres, que han conducido a la dominación de la mujer por el hombre, la discriminación contra la mujer y a la interposición de obstáculos contra su pleno desarrollo. La violencia contra la mujer a lo largo de su ciclo vital dimana esencialmente de pautas culturales, en particular de los efectos perjudiciales de algunas prácticas tradicionales o consuetudinarias y de todos los actos de extremismo relacionados con la raza, el sexo, el idioma o la religión que perpetúan la condición inferior que se asigna a la mujer en la familia, el lugar de trabajo, la comunidad y la sociedad".

Estas situaciones de agresiones de hombres sobre mujeres, y más aún en el contexto de la relación de pareja deben afrontarse con la necesaria perspectiva de género, que, al decir de la doctrina especializada en la materia, y en su enfoque desde el derecho, es una herramienta o mecanismo de análisis, que busca explicar el fenómeno de la desigualdad y de la inequidad entre hombres y mujeres. Consiste en el enfoque de las cosas, situaciones o problemas, tomando en consideración la diversidad en los modos en que se presentan las relaciones de género en la sociedad, pero entendiendo a la vez la identidad de género, tanto de hombres como mujeres.

La **perspectiva de género, o gender mainstreaming approach**, incide en la forma de enfocar la violencia en pareja, y desde el análisis de que la violencia de género, al igual que el género en sí mismo, tiene una determinante cultural, bajo la idea de que la violencia de género en la relación de pareja se manifiesta en toda forma de abuso físico, psicológico y sexual hacia la mujer, a partir de la construcción cultural de su sexo y la situación de desventaja y subordinación que le condiciona esta. La violencia contra la mujer representa una de las formas más extremas de desigualdad de género y una de las principales barreras para su empoderamiento, el despliegue de sus capacidades y el ejercicio de sus derechos, además de constituir una clara violación a sus derechos humanos. La principal característica de la violencia de género es que se trata de violencia ejercida por hombres hacia las mujeres ante situaciones de desigualdad o subordinación femenina. Y en este contexto de los hechos probados debemos recordar que es cuando la víctima estaba en el suelo en un mal estado personal cuando recibe del agresor los dos bofetones en la cara, suponiendo un claro acto de agresión en una relación de pareja, no siendo exigible la causación de una lesión para su tipicidad penal.

El enfoque con el que debe realizarse este análisis de casos como el presente se enraíza desde la perspectiva de género en razón a la necesidad de que todas las formas de subordinación femenina sean eliminadas.

Los actos de agresión en el seno de la pareja o ex pareja enfocados desde una perspectiva de género, y frente a alegatos, como el aquí expuesto, de que quería "reanimarle de su estado" suponen dejar claro que el propósito subyacente del autor es el de degradar o el abuso de poder como elemento constitutivo de los delitos de género. Y conste que hemos fijado que no se exige el elemento intencional para entenderse cometido el delito, debido a que solo se exige la agresión objetivable, pero la misma agresión anudándola a una "justificación de la agresión" supone, desde una perspectiva de género, perpetuar el sometimiento de la mujer al hombre



al utilizarse el instrumento de la fuerza y la agresión para subyugar a la víctima a las decisiones del autor de la agresión. Porque en el fondo, la agresión supone un mensaje de dominación intrínseca que no se expone externamente con palabras, pero sí con el gesto psicológico que lleva consigo el golpe, o el maltrato como aviso a la víctima de las consecuencias de su negativa a aceptar el rol de esa dominación.

Recordemos que cuando se aprobó la LO 1/2004 la doctrina destacó, a la hora de tratar el ámbito competencial de los Juzgados de violencia contra la mujer, que lo que sustenta la regulación especial de esta materia no es cualquier tipo de violencia, sino únicamente la que se derive "como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres", cuestión ésta que no es mera descripción retórica, sino muy importante para la delimitación del concepto de "violencia de género", el cual debe ser enfocado desde esta "perspectiva de género" para poder analizar y entender de lo que estamos hablando.

Además, la doctrina señala al respecto que la "perspectiva de género" ha sido declarada conforme a la Constitución por varios pronunciamientos del Tribunal Constitucional, recaídos tras la STC 59/2008, de 14 de mayo, legitimándose en dicha instancia el subsistema penal de género.

Se ha señalado, también, que el **tratamiento de la violencia de género desde esta perspectiva** tiene como punto de partida la consideración de que las diferencias construidas socialmente entre hombres y mujeres no tienen nada que ver con la biología y sí con la cultura de tradición patriarcal motivada por el ansia de poder y dominación del hombre sobre la mujer. Así, se trata de diferencias de origen social, adquiridas, variables, contingentes, artificiales y, hasta cierto punto, modificables. Y es con fundamento en ellas, cuando en función del sexo se cumplen los roles dominantes tradicionales asignados convencionalmente al hombre y de subordinación y desigualdad a la mujer, convirtiéndose así las diferencias sociales en diferencias de género. Se origina de esta forma un tratamiento discriminatorio de las víctimas de violencia de género fruto de estas desigualdades que no tiene su base en posiciones de igualdad, sino en la más absoluta de las desigualdades no sólo sociales, sino también otras relacionadas como la económica o la educacional.

Por todo ello, debe admitirse el mantenimiento de los hechos probados, tal cual los relató el juez penal, debiendo permanecer intangibles, e inalterables, y la fundamentación jurídica de la sentencia del juez penal, por no existir argumentos que justifiquen la agresión, como ya se ha expuesto.

CUARTO.-

Por todo ello, se debe casar la sentencia de la Audiencia Provincial recuperando la sentencia condenatoria del juez de lo penal por el delito del art. 153.1 CP en los mismos términos de condena fijados en la sentencia del primer órgano judicial.

Estimando el recurso las costas se imponen de oficio.

## FALLO

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

**DECLARAR HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN** por infracción de ley, interpuesto por la representación de la Acusación Particular **Inés**, con estimación de su único motivo; y, en su virtud, casamos y anulamos la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección Cuarta, de fecha 8 de febrero de 2018, que estimó el recurso de apelación interpuesto por la representación del acusado Segundo, contra sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Valladolid, que le condenó por delito de maltrato en el ámbito familiar. Se declaran de oficio las costas procesales ocasionadas en su recurso, con devolución del depósito constituido. Y, comuníquese esta resolución, y la que seguidamente se dicte, a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Julian Sanchez Melgar Francisco Monterde Ferrer

Vicente Magro Servet Susana Polo Garcia

Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

RECURSO CASACION núm.: 1653/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

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



**TRIBUNAL SUPREMO****Sala de lo Penal****Segunda Sentencia**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julian Sanchez Melgar

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Vicente Magro Servet

D<sup>a</sup>. Susana Polo Garcia

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 25 de abril de 2019.

Esta sala ha visto el rollo de Sala nº 199/2018, dimanante del Juicio Rápido nº 7/2018 del Juzgado de lo Penal nº 1 de Valladolid, seguido por delito de malos tratos a la mujer del art. 153.1 del C. Penal contra el acusado **Segundo**, quien interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección Cuarta, que estimó su recurso, y con D.N.I. nº NUM005, nacido el día NUM006 /1973 hijo de Juan Luis y Patricia, natural de Valladolid y vecino de Valladolid, sin antecedentes penales, y en cuya causa se dictó sentencia por la mencionada Audiencia, con fecha 10 de abril de 2018, que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen, hacen constar lo siguiente:

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**ÚNICO.**- Se dan por reproducidos los hechos probados de la sentencia de instancia.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**ÚNICO.**- De conformidad con nuestra Sentencia Casacional debemos condenar al acusado por delito tipificado en el art. 153.1 CP, habida cuenta las razones explicitadas en la precedente fundamentación jurídica, con lo que se acepta la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Valladolid, que había condenado al acusado Segundo como autor de un delito de maltrato en sentencia de 8 de febrero de 2018.

**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 Segundo como autor de un delito de malos tratos del artículo 153.1 del Código Penal, a las penas fijadas en la sentencia del juzgado de lo penal nº 1 de Valladolid en sentencia nº 43/18, de 8 de Febrero en sus mismos términos y declarándose las presentes de oficio.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Julian Sanchez Melgar Francisco Monterde Ferrer

Vicente Magro Servet Susana Polo Garcia

Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

**VOTO PARTICULAR**

QUE FORMULA EL EXCMO. SR. MAGISTRADO DON Eduardo de Porres Ortiz de Urbina, A LA SENTENCIA NÚMERO 217/2019, DE 25 DE ABRIL DE 2019, RECAÍDA EN EL RECURSO DE CASACIÓN NÚMERO 1653/2018

**Primero.** - El artículo 847.1b) de la LECrim regula el recurso de casación contra sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y sólo admite un



único motivo, la infracción de ley prevista en el artículo 849.1 de la LECrim , que para su viabilidad exige un escrupuloso respeto de los hechos probados de la sentencia impugnada ( STS 799/2017, de 11 de diciembre , entre otras muchas).

La actual redacción del artículo 847.1 b) es producto de la Ley Orgánica 41/2015, de 5 de octubre, y en su Exposición de Motivos se justificó la remodelación de la casación penal para que el Tribunal Supremo pudiera cumplir su función de unificación de la doctrina de forma completa, ya que antes esa función la venían haciendo las Audiencias Provinciales en buena parte de los tipos penales. Con esa finalidad se restringió el cauce casacional a la infracción de ley del artículo 849.1 LECrim .

Esta Sala, en Pleno no jurisdiccional de 09/06/2016, y en relación con la cuestión que aquí se debate, acordó lo siguiente :

a) *El art. 847 1º letra b) de la LECrim debe ser interpretado en sus propios términos. Las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional solo podrán ser recurridas en casación por el motivo de infracción de ley previsto en el número primero del art. 849 de la LECrim , debiendo ser inadmitidos los recursos de casación que se formulen por los arts. 849 2º, 850, 851 y 852.*

b) *Los recursos articulados por el art. 849 1º deberán fundarse necesariamente en la infracción de un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter (sustantivo) que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal (normas determinantes de subsunción), debiendo ser inadmitidos los recursos de casación que aleguen infracciones procesales o constitucionales. Sin perjuicio de ello, podrán invocarse normas constitucionales para reforzar la alegación de infracción de una norma penal sustantiva.*

c) *Los recursos deberán respetar los hechos probados, debiendo ser inadmitidos los que no los respeten, o efectúen alegaciones en notoria contradicción con ellos pretendiendo reproducir el debate probatorio ( art. 884 LECrim ).*

**Segundo.** - En esta caso, la sentencia de apelación que ha sido recurrida en casación modificó el relato fáctico de la sentencia de primera instancia, adicionando el siguiente hecho: " *Le da dos tortazos seguidos, el primero con su mano derecha sobre la mejilla izquierda y el segundo con la mano izquierda sobre la mejilla derecha, con el propósito de reanimarla*".

Esta Sala ha considerado que este cambio en el juicio histórico era injustificado y ha revocado la sentencia de apelación. Y según el criterio mayoritario de esta Sala la Audiencia Provincial erró en su sentencia al realizar una inferencia por encima de la intermediación del juez penal, alterando la esencia del artículo 153.1 CP , modificando el fallo mediante una errónea subsunción de los hechos y excluyendo la verdadera esencia del tipo penal. Se afirma en la sentencia de casación que la sentencia impugnada tiene interés casacional por la vía del control de la inferencia, a través de los artículos 849.1 y 847 b) de la LECrim ante la función unificadora de esta Sala en la interpretación del criterio que se desprende del espíritu del legislador ante el tipo penal cuestionado.

No comparto el razonamiento de la sentencia mayoritaria y no por su decisión sobre el fondo del asunto, sino porque el recurso de casación por infracción de ley no permite la revisión de los hechos probados y en este caso se ha rebasado ese límite. Mi posición es coincidente con la expresada por el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones.

Se argumenta que si no se estima el recurso "estas sentencias carecerían de cualquier control casacional" o que no tienen sentido auto restricciones que impidan la protección de la víctima o del acusado, olvidando que antes de la reforma introducida por la LO 4/2015 ninguna de estas sentencias accedían a la casación y que en la actualidad acceden, pero con un límite muy preciso, la revisión de cuestiones estrictamente jurídicas. Tan es así, que el Pleno de esta Sala ha excluido de esta modalidad de casación la invocación del derecho a la presunción de inocencia u otro derecho constitucional, precisamente porque quiere limitar su conocimiento a la función más genuina de un tribunal de casación, la unificación de doctrina.

De admitirse la revisión de los hechos probados por esta vía casacional habremos de admitir en el futuro miles de nuevos recursos cada año, que ahora se inadmiten, e incumpliremos la previsión del Legislador.

**Tercero.**- La sentencia considera que respeta los hechos probados y que no ha cambiado el relato fáctico (FJ1ª, párrafo 1º), porque se ha limitado a confirmar los hechos de la sentencia de primera instancia.

Sin embargo el objeto del recurso de casación es la sentencia de apelación y no la sentencia de primera instancia, por lo que es incuestionable que la sentencia de la mayoría ha modificado el relato fáctico de la sentencia de apelación ( STS 628/2018, de 20 de diciembre ).

El tribunal de casación ha vuelto a evaluar la prueba, ha establecido unas inferencias probatorias distintas de las alcanzadas por el tribunal de apelación y la consecuencia de esa nueva valoración ha sido la modificación



del relato fáctico de la sentencia de apelación. En la medida que el recurso de casación por infracción de ley debe respetar el relato fáctico, la sentencia de la que discrepo no ha cumplido con esa exigencia.

**Cuarto.-** En la sentencia de la mayoría se afirma que la revisión de las inferencias sobre elementos subjetivos constituye una cuestión estrictamente jurídica, de racionalidad argumental, que suscita un problema de subsunción de los hechos en la norma y que puede plantearse en casación a través de la infracción de ley ( artículo 849.1 de la LECrim ).

Esta posición se opone al criterio constante de esta Sala que, de forma reiterada y desde hace años, viene manteniendo que las inferencias probatorias sobre el elemento subjetivo del tipo del injusto se refieren a hechos y forman parte del juicio fáctico.

La cuestión no es nueva. Hace años se discutió si el elemento subjetivo del tipo era un hecho. Se negaba este aserto diciendo que los "juicios de valor" no eran hechos en sentido estricto ni datos aprehensibles por los sentidos. También se discutió si los elementos subjetivos del tipo debían incluirse en el relato fáctico o si bastaba que en éste se incluyeran los hechos indiciarios y en la argumentación jurídica se incluyera la inferencia probatoria.

La imprecisión sobre esta última cuestión dio lugar a que los juicios de inferencia sobre el elemento subjetivo del tipo pudieran ser recurridos en casación por una doble vía: La presunción de inocencia o la infracción de ley. Buena prueba de esta línea jurisprudencial la encontramos en las SSTs 1511/2005, de 27 de diciembre , y 947/2007, de 12 de noviembre .

Sin embargo, el posicionamiento del Tribunal Constitucional, afirmando que los juicios de inferencia o la constatación de los elementos subjetivos del injusto podían dar lugar a la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, originó que la doctrina de esta Sala diera un giro en un doble sentido: Por un lado, se estableció que "lo coherente y razonable es incluir en el relato fáctico los hechos psíquicos o internos", como por ejemplo, la intención de matar o de lesionar ( STS 1215/2011, de 15 de noviembre ). Por otro lado, que el cauce casacional para combatir la discrepancia con el relato fáctico había de ser la presunción de inocencia o, más ampliamente, el camino habilitado por el artículo 852 de la LECrim .

Un buen exponente de este nuevo enfoque lo encontramos en la ya lejana STS 218/2014, de 13 de marzo , en la que se razona sobre la cuestión en los siguientes términos:

*Esta Sala sostuvo en numerosas ocasiones, como señala el Ministerio Fiscal, que los elementos del delito que se refieren a la conciencia del sujeto activo, como ocurre con la intención, al pertenecer al mundo interno, solo podían ser establecidos mediante una inferencia basada en hechos externos, y añadía que la racionalidad de tal inferencia era revisable en casación a través del motivo por infracción de ley del artículo 849.1º de la LECrim , en tanto que se consideraban cuestiones jurídicas atinentes a los elementos del tipo subjetivo.... Sin embargo, esta doctrina jurisprudencial se ha visto matizada y modificada en dos aspectos muy sustanciales. De un lado, se entiende, de una forma mayoritaria, que los elementos del tipo subjetivo, entre ellos la intención del sujeto, son también hechos . De naturaleza subjetiva, pero hechos al fin y al cabo. Y por ello, quedan comprendidos en el ámbito de la presunción de inocencia, aunque el sistema seguido para su acreditación presente ordinariamente aspectos inferenciales más fuertemente de lo que ocurre cuando se trata de hechos objetivos, que, en general, son más susceptibles de acreditación mediante lo que generalmente se conoce como prueba directa, aunque en sí misma también implique una inferencia. Pero el recurso a este medio de acreditación no los convierte en elementos de tipo jurídico, sino que conservan su naturaleza fáctica. El Tribunal Constitucional ha señalado en ocasiones ( STC 214/2009 , entre otras), que "... la presunción de inocencia sólo queda desvirtuada cuando se han probado todos y cada uno de los elementos de carácter fáctico del tipo delictivo, tanto objetivos como subjetivos (recientemente, STC 91/2009, de 20 de abril , FJ 5)". Y más recientemente, en la STC núm. 126/2012 , ha insistido en que "... también el enjuiciamiento sobre la concurrencia de los elementos subjetivos del delito forma parte, a estos efectos, de la vertiente fáctica del juicio que corresponde efectuar a los órganos judiciales, debiendo distinguirse del mismo el relativo a la estricta calificación jurídica que debe asignarse a los hechos una vez acreditada su existencia". De manera que la rectificación de hechos subjetivos requiere una consideración del proceso valorativo, e, incluso, de las pruebas practicadas. Desde la perspectiva de la presunción de inocencia, la verificación de la falta de racionalidad de la inferencia según la cual se acredita un hecho subjetivo requerido para la condena, conducirá a la absolución por falta de prueba sobre el mismo. Por el contrario, la falta de racionalidad de la inferencia que niega la concurrencia de ese hecho subjetivo no conduce necesariamente a su afirmación y, correlativamente, a la condena, pues ese segundo paso requeriría una valoración de la prueba que, cuando se trata de pruebas personales, no ha presenciado el tribunal que resuelve el recurso" .*

En esta misma línea jurisprudencial se sitúan recientes sentencias de esta Sala como las siguientes: La STS 163/2019, de 26 de marzo , en la que se afirma que "la concurrencia de tales elementos típicos ha de ponerse en relación con el relato fáctico, dada la intangibilidad del mismo "; la STS 138/2019, de 13 de marzo , en la que se



sostiene que la prueba de esos hechos de naturaleza subjetiva, atañe al derecho a la presunción de inocencia o la STS 755/2018, de 12 de marzo , en la que de forma diáfana se afirma lo siguiente:

*Ahora bien, en lo que en concreto afecta a los elementos subjetivos, el criterio de esta Sala se ha ido modulando. Tales elementos pertenecen a lo íntimo del sujeto que realiza el hecho, por lo que su acreditación ha de resultar de la deducción de unos indicios declarados probados. Los juicios de valor sobre intenciones y elementos subjetivos del delito, que pertenecen a esa esfera interna del sujeto, salvo el limitado valor de la confesión del acusado al respecto, solo pueden ser perceptibles mediante juicio deductivo a partir de datos objetivos y materiales probados.*

*Si bien tradicionalmente se entendió que la consignación de esas inferencias judiciales incumbían a la fundamentación jurídica, se ha ido consolidando la idea de que las leyes de la lógica, la ciencia o la experiencia con arreglo a las cuales emerge la inferencia que determina la existencia de un determinado elemento subjetivo del injusto, no constituyen las "normas jurídicas" a cuya vulneración se refiere el artículo 849.1 LECRIM ; pues la vulneración no tendría causa directa en la subsunción del hecho en la norma, sino en la construcción misma del hecho probado (entre otras la SSTS 1022/2013 de 11 de diciembre ; 691/2015, de 3 de noviembre o 22/2018 de 17 de enero ).*

Por tanto, la inferencia del tribunal de apelación está inserta en el juicio fáctico y, siguiendo la doctrina de esta Sala, una vez rechazada esa inferencia por irracional, tal y como se ha hecho en la sentencia de casación, se tiene que dar un segundo paso para llegar a un pronunciamiento de culpabilidad, debe realizarse otra vez una valoración de toda la prueba para proceder a la condena del acusado, aunque esa nueva valoración se limite a asumir la valoración realizada por el juez de instancia, rechazando los argumentos del tribunal de apelación. En realidad, tanto el juez de instancia, como los tribunales de apelación y casación han evaluado el mismo material probatorio estableciendo inferencias diferentes, según la relevancia y peso que hayan dado a los distintos hechos sometidos a consideración.

Toda la actividad del tribunal de casación ha girado en torno a la prueba, al juicio fáctico, por lo que el problema advertido en la sentencia de apelación (la irracionalidad de la exclusión del dolo del autor) no ha sido un problema de subsunción de los hechos en la norma, sino de determinación de los hechos punibles, cuestión que es previa a la subsunción, y que no puede plantearse a través del motivo de casación por infracción de ley.

Buena prueba de lo que vengo afirmando se encuentra en la propia sentencia de la mayoría que para describir el tipo de control que realiza cita la STS 86/2018, de 19 de febrero , que se refiere a la presunción de inocencia y no a la infracción de ley.

En otra de las sentencias que cita, la STS 58/2017, de 7 de febrero , se dice expresamente que *"en la corrección de errores de subsunción admisible en casación frente a sentencias absolutorias se incluyen errores que afectan a la interpretación de la naturaleza y concurrencia de los elementos subjetivos exigidos por el tipo penal aplicado", pero se añade y esto es importante "cuando la revisión se efectúe desde una perspectiva jurídica, sin modificar la valoración de sus presupuestos fácticos".* Se cita la doctrina pero se resuelve en sentido contrario.

También se cita la STS 841/2017, de 21 de diciembre que apoya la tesis que sostengo en este voto particular. En esta última sentencia se admite que por el cauce de la infracción de ley pueden corregirse errores de subsunción que afecten a la interpretación de la naturaleza y concurrencia de los elementos exigidos por el tipo aplicado, pero advirtiendo que *"no es admisible cuando la condena en casación exija una reconsideración de la prueba practicada para modificar los presupuestos fácticos de los elementos subjetivos de la conducta enjuiciada"*.

Esta sentencia precisa aún más, señalando en qué puede consistir esa corrección cuando se utiliza el cauce de la infracción de ley y en qué casos puede apreciarse un error de subsunción. Dice la sentencia que los elementos subjetivos podrían subsanarse si se basan, por ejemplo, en consideraciones sobre la naturaleza del dolo, como cuando la sentencia impugnada exige dolo directo y el tipo no lo exige, o también cuando la sentencia afirme la existencia de dolo eventual y los datos obrantes en el relato fáctico, sin modificación alguna de la valoración probatoria, evidencien la concurrencia de dolo directo, o cuando el juez o tribunal tome su decisión por la ausencia de un elemento subjetivo que el tipo no exige.

Por lo tanto, la revisión de las inferencias sobre el elemento subjetivo del tipo forman parte del juicio fáctico y en sede casacional deben plantearse a través del cauce señalado por el artículo 852 de la LECrim . La sentencia de la mayoría afirma que el proceso deductivo seguido por el tribunal de apelación ha sido irracional y esa deficiencia no es un problema de subsunción de los hechos en la norma, que sería lo propio de la infracción de ley, sino un problema fáctico. Si la irracionalidad de una inferencia ha servido para condenar se produciría una vulneración del principio de presunción de inocencia y si esa irracionalidad ha servido para absolver a quien



debió ser condenado, que es lo que sostiene la sentencia de la mayoría, el cauce impugnativo debe ser el de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.2 CE .

En el recurso de casación previsto en el artículo 847.1 b) de la LECrim , que es el aquí analizamos, no caben esas vías de impugnación. Sólo cabe la infracción de ley, no para revisar el juicio fáctico, sino exclusivamente para establecer la recta interpretación de las normas penales de carácter sustantivo u otras normas jurídicas del mismo carácter.

**Quinto.-** Otro de los argumentos que se utilizan para justificar la estimación del recurso es que el problema planteado es de subsunción porque se la Audiencia Provincial ha incluido un elementos subjetivo que el artículo 153 CP no exige.

La sentencia viene a afirmar que el delito de maltrato en el ámbito de la pareja no precisa de la intención de lesionar y no admite causas de justificación, salvo supuestos muy excepcionales. La sentencia de casación considera que el hecho de la agresión en sí es suficiente para colmar las exigencias del tipo, excluyendo la posibilidad de que el sujeto no haya querido lesionar, agredir o maltratar. Así, se dice textualmente que " *el tribunal altera esos hechos, e introduce un elemento subjetivo no descrito en el tipo penal, y lo altera, por cuanto en ningún modo nos encontramos ante un tipo penal de lesionar, sino ante un tipo penal de agredir en el contexto de una relación de pareja*".

La sentencia aborda el problema desde la llamada "perspectiva de género" y también afirma " *hemos fijado que no se exige el elemento intencional para entenderse cometido el delito , debido a que sólo se exige la agresión objetivable, pero la misma agresión anudándola a una - justificación de la agresión -supone desde una perspectiva de género, perpetuar el sometimiento de la mujer al hombre al utilizarse el instrumento de la fuerza y la agresión para subyugar a la víctima a las decisiones del autor de la agresión*".

En relación con el delito del artículo 153 CP hemos afirmado recientemente que no exige el dolo específico de la dominación, porque el Legislador presupone la existencia de ese ánimo y esa es la razón por la que se castigan más gravemente las agresiones de los varones que las de las mujeres.

La cuestión fue y sigue siendo muy polémica pero el Tribunal Constitucional, a mi juicio, zanjó el debate. Por ese motivo en la sentencia del Pleno de esta Sala número 677/2018, de 20 de diciembre , hemos dicho que " *en modo alguno quiso el legislador adicionar una exigencia de valoración intencional para exigir que se probara una especial intención de dominación del hombre sobre la mujer. Ello iba ya implícito con la comisión del tipo penal contemplado en los arts. 153 , 171 y 172 CP al concurrir las especiales condiciones y/o circunstancias del tipo delictivo. La situación en concreto de mayor o menor desigualdad es irrelevante. Lo básico es el contexto sociológico de desequilibrio en las relaciones: eso es lo que el legislador quiere prevenir; y lo que se sanciona más gravemente aunque el autor tenga unas acreditadas convicciones sobre la esencial igualdad entre varón y mujer o en el caso concreto no puede hablarse de desequilibrio físico o emocional*".

Ahora bien, que no se exija un dolo específico de dominación no significa que en el delito previsto en el artículo 153 CP sea irrelevante que el sujeto activo no quiera dañar a su pareja y tenga una intención distinta como pudiera ser la de socorrer o reanimar. El delito tipificado en el artículo 153 del Código Penal es doloso y admite las causas de justificación previstas con carácter general en la norma penal.

Sin necesidad de entrar en complejas disquisiciones doctrinales sobre conceptos básicos del derecho penal, tales como el dolo o los elementos subjetivos del injusto, lo cierto es que la intención del autor, de una u otra manera, tiene relevancia para la adecuada calificación jurídico-penal de un determinado hecho. Para una parte de la doctrina, la acción penal no es un proceso ciego sino un proceso causal dirigido a un fin y precisamente por ello se debe tener en cuenta la voluntad del sujeto para determinar si ha actuado o no intencionadamente. Esa voluntad configuraría el elemento subjetivo del tipo. Para otras posiciones doctrinales, cada vez más dominantes, el dolo ha evolucionado desde esa concepción clásica a la teoría de la imputación objetiva que pone el acento, no tanto en comprobar si el agente tuvo voluntad de realizar y asumir las consecuencias de su acción, sino si tuvo conocimiento del peligro que suponía para la realización del tipo la continuación de su acción, y si efectivamente continuó, en cuyo caso le es atribuible el resultado. En cualquier caso la voluntad del sujeto sigue teniendo relevancia y de ahí que sean numerosos los pronunciamientos jurisprudenciales que identifican dolo con intención del autor y que excluyen su existencia cuando el autor no ha querido realizar la conducta típica. De igual manera y desde la perspectiva de la imputación objetiva no habría imputación de un resultado cuando la creación del riesgo obedece a la evitación de otro riesgo mayor, situación que parece ser la que se valoró por la Audiencia Provincial para considerar en este caso que el sujeto no tuvo intención de agredir, sino de reanimar, cuestión que, sin duda, está vinculado con la valoración de la prueba.



Hay pronunciamientos de esta Sala que excluyen la sanción penal por ausencia de dolo y, así, esta Sala en STS 566/2009, de 28 de mayo afirmó que el tipo exigía dolo en la conducta del sujeto activo y absolvió al acusado por considerar que su intención no fue la de agredir.

Y no es ocioso recordar que el delito de lesiones se ha caracterizado por la exigencia del *animus laedendi* y precisamente ese elemento es el que permite, por ejemplo, distinguir entre el delito consumado de lesiones y la tentativa de homicidio. El artículo 153 CP integra las lesiones o menoscabos físicos de menor gravedad y los golpes y maltratos de obra sin causar lesión, y es oportuno recordar que la reciente STS 342/2018, de 10 de julio, ha afirmado que el delito del artículo 153 CP, por su ubicación sistemática y porque protege la integridad física y psíquica, es una modalidad del delito de lesiones. Las conductas penadas en el artículo 153 CP, simplificando categorías dogmáticas, exigen el ánimo de lesionar, golpear o maltratar de obra al sujeto pasivo.

En fin, pretendo poner de relieve que la intención del sujeto tiene relevancia y que no hay razón alguna para afirmar que en este delito pueda prescindirse de la voluntad del sujeto para construir un tipo penal de naturaleza objetiva. El entendimiento del precepto penal que se intuye en la sentencia es contrario al principio de culpabilidad y nos retrotrae a criterios de responsabilidad objetiva ya superados.

**Sexto.**- La naturaleza de la sentencia revocada, que era absolutoria, nos lleva a otro planteamiento, que la sentencia de casación aborda de forma que no comparto.

En la sentencia mayoritaria se afirma que " *la Audiencia que revoca la condena y absuelve por encima de la intermediación del juez penal*".

Esta afirmación sugiere que el tribunal de apelación actuó de forma indebida al no respetar la valoración de las pruebas dependientes de la intermediación.

Sin embargo, la sentencia de apelación llegó a un nuevo juicio histórico apoyándose en datos objetivos y acreditados sin cuestionar las manifestaciones de los que comparecieron a juicio. En concreto, tuvo en cuenta la grabación video gráfica de los hechos, realizada con las cámaras existentes en el local, el estado de descontrol de la víctima y la conducta del acusado, que trató de auxiliar a la agredida durante un periodo prolongado de tiempo, hasta el punto de llamar a sus familiares. Valoró también la forma en que golpeó a la mujer y consideró que los golpes fueron desproporcionados pero guiados por la intención de reanimarla.

Su decisión fue ciertamente discutible y no cuestiono la valoración de mis compañeros en orden a considerar que pudo haber intención de agredir a la mujer, no de reanimarla.

De lo que discrepo es de que la Audiencia Provincial, en el marco del recurso de apelación y cuando se denuncie error en la valoración de la prueba, tal y como aconteció, no pueda modificar el relato fáctico de la sentencia y llegar a una conclusión probatoria distinta a la del Juez de lo Penal. Esa es precisamente su función, al margen de que acierte o no.

En la reciente STS 162/2016, de 26 de marzo, tratando de precisar el ámbito del recurso de apelación cuando se invoca error en la valoración de la prueba, como ocurrió en este caso, afirmamos lo siguiente:

*"...el tribunal de apelación puede, de un lado, llevar a cabo una nueva valoración cuando se practiquen nuevas pruebas en la segunda instancia, según autoriza el artículo 790.3 de la LECrim, y, de otro, puede realizar una función valorativa de la actividad probatoria, en todos aquellos aspectos no comprometidos con la intermediación. Puede tomar en consideración, por ejemplo, si la narración descriptiva contiene apreciaciones inexactas que conlleven inferencias erróneas; puede apreciar la existencia de errores de valoración evidentes y de importancia, de significación suficiente para modificar el fallo; puede apreciar la falta de valoración de algunas pruebas cuya apreciación conlleve una conclusión probatoria diferente y, en general, puede hacer un análisis crítico de la valoración probatoria, dejando al margen aquellos aspectos del juicio que dependen substancialmente de la intermediación. Siendo cierto que la función del tribunal de apelación no consiste en revalorar la prueba sino revisar críticamente la valoración realizada por el tribunal de instancia, si aprecia error debe rectificar la declaración fáctica y sustituirla por una propia, respetando todos aquellos aspectos que dependan exclusivamente de la intermediación y justificando el cambio de criterio no en simples apreciaciones subjetivas sobre el peso o valor de determinadas pruebas. Su decisión debe ajustarse a parámetros objetivos, que pongan de relieve la racionalidad del cambio de criterio y, por supuesto, deben expresarse mediante la adecuada motivación".*

En este caso el tribunal de apelación modificó el relato fáctico de la sentencia de instancia, mediante una nueva valoración conjunta de la prueba y basándose, no en una apreciación subjetiva y distinta de los distintos testimonios que se llevaron a cabo en el juicio, lo que no respetaría las exigencias que se derivan del principio de intermediación, sino en hechos objetivos no dependientes de la intermediación, por lo que actuó dentro de su función competencial.



**Séptimo.**- En consecuencia, el recurso debería haber sido desestimado o, en otro caso, elevado al Pleno de la Sala en cuanto modifica el contenido del Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 9 de junio de 2016.

En Madrid, a

Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ