

Roj: **STS 4080/2002 - ECLI:ES:TS:2002:4080**Id Cendoj: **28079120012002103670**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **05/06/2002**Nº de Recurso: **3166/2000**Nº de Resolución: **1049/2002**Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**Ponente: **JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cinco de Junio de dos mil dos.

En el recurso de casación por infracción de Ley que ante Nos pende, interpuesto por la representación legal del procesado Salvador (el Ministerio Fiscal también recurrió y posteriormente desistió de su recurso), contra Sentencia núm. 70/2000 de fecha 29 de junio de 2000 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Zaragoza, dictada en el Rollo de Sala 253/97 dimanante del Sumario 4/97 del Juzgado de Instrucción núm. 4 de Zaragoza, seguido por delito de agresión sexual, lesiones y falso testimonio contra Salvador, Arturo y Jon; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que la margen se expresan se han constituido para la deliberación, votación y Fallo, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. JULIÁN SÁNCHEZ MELGAR, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente representado por la Procuradora de los Tribunales Doña Lourdes Amasio Díaz y defendido por el Letrado D. Jon.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 4 de Zaragoza instruyó Sumario núm. 4/1997 por delitos de lesiones, agresión sexual y falso testimonio, contra Salvador, Arturo y Jon, y una vez concluso lo remitió a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Zaragoza que con fecha 29 de junio de 2000 dictó Sentencia núm. 70/2000 que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"Primero.- Salvador, mayor de edad, sin antecedentes penales, en un periodo no precisado exactamente del año 1994, convivió con Marcelina, súbdita holandesa.

Durante dicho periodo Marcelina ejerció la prostitución en diversos locales.

Producida la ruptura de la relación sentimental referida Marcelina se trasladó a la localidad de Ejea de los Caballeros (Zaragoza), donde inició una relación con Mauricio, relación que devino en convivencia de ambos.

Segundo.- El día 18 de julio de 1997 en horas no precisadas de la tarde, Marcelina se trasladó a Zaragoza, llegando al domicilio de Salvador, sito en la calle DIRECCION000 núm. NUM000 piso NUM001, y tras llamar al citado piso, utilizando el timbre del portal, bajó Salvador, que pagó el taxi en el que ella se había trasladado a dicho lugar, subiendo ambos a continuación al piso.

Tras permanecer un rato en el mismo, acudieron a un bar, donde se encontraron con Arturo, su compañera o esposa, y otros amigos; junto todos ellos, estuvieron por distintos bares tomando consumiciones, y, ya en la madrugada del 18 al 19 de julio, Salvador se fue a su casa, posteriormente Arturo a la suya, siguiendo Marcelina y los demás acompañantes por distintos bares de Zaragoza; hacia las siete de la mañana aproximadamente, Marcelina y sus acompañantes se dirigieron al domicilio de Arturo, donde tomaron la última copa.

Tercero.- En hora no precisada exactamente, pero que puede cifrarse entre las 17 y las 18 horas, Marcelina regresó al domicilio de Salvador, y una vez allí, puestos de común acuerdo, tuvieron relaciones sexuales, de duración no concretada; en el transcurso de las mismas, y sin que se haya acreditado que Marcelina ingiriera



sustancias estupefacientes, y, puestos de común acuerdo, Salvador y Marcelina , el primero realizó prácticas sadomasoquistas, utilizando métodos y objetos no concretados, pero suficientes para, fruto de las mismas, causar lesiones a Marcelina , como así resultó.

Finalizadas las relaciones sexuales y prácticas sadomasoquistas, siguieron ambos en el domicilio de Salvador , y el día 20 de julio de 1997, Marcelina salió durante un espacio de tiempo no precisado a pasear un perro de Salvador , volviendo posteriormente al domicilio, y ya sobre las 18,30 horas o 19 horas, se fue del domicilio referido Marcelina , siendo trasladada por un taxista al Hospital Clínico.

Las lesiones resultantes fueron: equimosis de gran tamaño en las escápulas y en la región dorso lumbar con zonas erosionadas a este nivel en la línea media; equimosis redondeadas en ambos lados de la zona sacra, en disposición vertical, en dos columnas de tres; equimosis en la región deltoidea izquierda; dos equimosis redondeadas en la cara posterior del brazo izquierdo; equimosis en la cara interna del codo izquierdo; dos equimosis redondeadas en la cara anterior del brazo izquierdo; equimosis difusa, mal delimitada a modo de brazaletes; zona equimótica difusa en la cara posterior del dorso de la muñeca y mitad superior del dorso de la mano izquierda; pequeñas equimosis redondeadas en la cara anterior del muslo izquierdo; zona eritematosa de límites mal definidos en mama derecha, encima de la areola mamaria; pequeña ulceración puntiforme en la areola mamaria izquierda; sendas úlceras eritematosas de 2-3 mm. de diámetro, una en la dorso del antebrazo izquierdo y otra en el dorso del antebrazo derecho; equimosis extensa en la rodilla izquierda, y presentaba tumefacción eritematosa en la mucosa del conducto vaginal, orificio vaginal y clítoris.

De dichas lesiones tardó en curar 311 días, que precisó atención médica, y de los que 30 días estuvo incapacitada laboralmente, teniendo como secuela un estrés postraumático que precisó tratamiento psicológico y psicoterapéutico, persistente en el reconocimiento médico forense, y que presumiblemente desaparecerán con el tiempo.

Cuarto.- La citada Marcelina tras ser asistida en el Hospital Clínico fue trasladada al Juzgado de Guardia acompañando un parte médico en el que constaba haber sido reconocida por una presunta violación, haciéndose cargo de las diligencias el Juzgado de Instrucción núm. 4 de Zaragoza, que comisionó a la policía judicial para el esclarecimiento de los hechos y la práctica de las oportunas diligencias.

Fruto de ella fue detenido Salvador , que fue asistido del Letrado Sr. Jon , tanto en las diligencias policiales como en las judiciales; en fecha 23 de julio de 1997 se decretó la prisión de Salvador . En fecha 30 de julio de 1997 fruto del registro del domicilio de Salvador , se ocuparon una fusta, una bufanda de lana, un cinturón de bata, y dos barras de fibra de vidrio con terminación metálica una de ellas recubierta con cordón negro en uno de los extremos, sin que se haya acreditado fueren utilizados dichos instrumentos en las prácticas sadomasoquistas.

Marcelina permaneció en el Hospital Clínico, como consecuencia de una afección pulmonar, hasta mediados de agosto de 1997, trasladándose posteriormente a Ejea de los Caballeros.

Quinto.- Durante el periodo referido Arturo , hermano de Salvador , su compañera y otro amigo intentaron contactar con Marcelina , extremo que no lograron al encontrarse en el hospital, pero sí lo hicieron con su compañero Mauricio . Visita que se repitió en fechas posteriores, y a la que acudió un hermano de Arturo y Salvador , y un amigo de estos Jose Pedro con el letrado Jon , mayor de edad, sin antecedentes penales, que igualmente resultó fallida al no encontrar a Marcelina , pero dejándose por el letrado referido al compañero de Marcelina una tarjeta con el núm.de teléfono del despacho para un futuro contacto.

Una vez que se le hubo dado el alta hospitalaria a Marcelina , ya en Ejea de los Caballeros, se puso en contacto con el letrado Sr. Jon , concertando una reunión para finales de agosto de 1997.

A finales de dicho mes, producida la reunión concertada y como el letrado Sr. Jon mostrara su preocupación por la situación de prisión que padecía su patrocinado Salvador , Marcelina le pidió una cantidad de dinero, en concreto un millón de pesetas, para acceder a los deseos del letrado de que declarara en sede judicial acerca de lo verdaderamente ocurrido y que consistía en que había estado el día de autos con su patrocinado, dado que era un extremo que no lo podía negar, puesto que su patrocinado así lo había reconocido, sin que se haya acreditado le requiriera a Marcelina el letrado reseñado sobre otra variación de sus iniciales declaraciones policiales. Igualmente le manifestó a la citada Marcelina que consultaría con sus defendidos sobre la cantidad de dinero exigida.

Efectuada la referida reunión, y tras consultar, una vez en Zaragoza, el letrado a su cliente sobre la cuestión monetaria, Salvador se opuso frontalmente a las pretensiones de Marcelina .



Pese a ello Jon realizó las gestiones oportunas para conseguir entre familiares de Salvador el dinero pedido por Marcelina , obteniendo únicamente medio millón de pesetas, extremo que comunicó a Marcelina la que mostró su conformidad.

El día 8 de septiembre de 1997, fecha que había sido señalada para la declaración judicial de Marcelina , Jon se trasladó a Ejea de los Caballeros con el fin de recogerlos a ella y su compañero Mauricio y trasladarlos al Juzgado Instructor, como así hizo, diciéndole en el trayecto que ajustara su su declaración a referir la presencia de Salvador el día de autos en el lugar donde se desarrollaron los hechos y que le daría el dinero una vez prestada declaración judicial.

Llegados al Juzgado de Guardia, Marcelina , sin que conste el motivo, ni que fuera requerida para ello por el letrado Sr. Jon modificó sustancialmente su inicial declaración policial atribuyendo los hechos a dos individuos ignotos y exculpando a Salvador .

Efectuada la declaración judicial de Marcelina , en el despacho ubicado en las dependencias del Juzgado de Guardia para las comunicaciones de letrados, Jon dio a Marcelina la cantidad de 250.000 pesetas diciéndole que el resto se lo daría cuando su cliente fuera puesto en libertad.

Como consecuencia de la declaración judicial efectuada, Salvador fue puesto en libertad.

El día 11 de septiembre de 1997 Jon realizó una transferencia bancaria por importe de 200.000 pesetas de su cuenta del Banco Central Hispano a la cuenta de Marcelina en el BBV sucursal de Ejea de los Caballeros, abierta a nombre de la misma, y, posteriormente, en fecha 20 de septiembre de 1997, Jon libró un cheque contra su cuenta referida por importe de 50.000 pesetas que remitió por correo a Marcelina , completando la cantidad exigida por ella.

En fechas posteriores Marcelina prestó nuevas declaraciones en fase de instrucción en las que, aún con imprecisiones y contradicciones, volvía a su inicial declaración policial.

El día 18 de diciembre de 1998 Marcelina afectada por un tuberculosis pulmonar, falleció por circunstancias ajenas a los hechos referidos, sin que conste quienes fueren sus herederos."

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

"FALLO: ABSOLVEMOS LIBREMENTE A Arturo de los delitos de los que inicialmente venía acusado, al haber retirado el Ministerio Fiscal la acusación que contra él ejercía, con declaración de costas procesales en cuantía de dos quintas partes de oficio, dejándose sin efecto, y, en relación al mismo, las medidas cautelares acordadas en su día.

ABSOLVEMOS LIBREMENTE A Jon del delito de falso testimonio en grado de inductor o cooperador necesario del que venía acusado por el Ministerio Fiscal, con declaración de costas procesales en cuantía de una quinta parte de oficio.

ABSOLVEMOS LIBREMENTE A Salvador del delito de agresión sexual del que venía acusado por el Ministerio Fiscal, con declaración de costas procesales en cuantía de una quinta parte de oficio.

CONDENAMOS A Salvador como autor de un delito de lesiones, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de DOS AÑOS DE PRISIÓN, a la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, al pago de las costas procesales en cuantía de una quinta parte, y a que en concepto de indemnización satisfaga a los herederos de Marcelina la cantidad de 1.866.000 pesetas, más intereses legales de dicha cantidad hasta su completo pago.

Para el cumplimiento de la pena impuesta se le abona todo el tiempo que ha estado privado de libertad por esta causa si a otra no hubiere sido aplicada.

Se aprueba el auto de solvencia que a este fin dictó y consulta el instructor.

Firme que sea esta resolución, remítase testimonio de la presente resolución al Colegio de Abogados de Zaragoza para la depuración de la conducta del Letrado Sr. Jon presuntamente constitutiva de la falta disciplinaria."

TERCERO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas se prepararon recursos de casación por el Ministerio Fiscal, que posteriormente desistió por Auto de esta Sala de fecha 26 de septiembre de 2000, y por la representación legal del procesado Salvador por infracción de Ley, que se tuvo 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 de casación formulado por la representación del procesado Salvador se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

1º.- Por infracción de Ley al amparo del núm. 1 del art. 849 de la L.E.Crim., por aplicación indebida de los arts. 147 y 148 del C. Penal.

2º.- Por infracción de Ley al amparo del art. 849.1 de la Ley Rituaria Penal por estimar que se ha vulnerado, por aplicación indebida del art. 116 del C.Penal.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto por el procesado, no estimó necesaria la celebración de vista oral para su resolución, en el supuesto de su admisión, y lo impugnó por las razones expuestas en su informe; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento para el Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 27 de mayo de 2002.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección tercera, condenó a Salvador , como autor de un delito de lesiones, previsto y penado en el art. 148 (en relación con el art. 147.1) del Código penal vigente, por el empleo de medios o métodos que se refieren a prácticas sadomasoquistas que implican necesariamente un peligro para la salud física y psíquica de la víctima. Formaliza el condenado en la instancia dos motivos de contenidos casacional, ambos por la vía autorizada por el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, infracción de ley, que seguidamente analizaremos.

SEGUNDO.- Por el primer motivo en el que se pretende la infracción de los artículos 147 y 148 del Código penal, debemos abordar los dos temas que invoca el recurrente: la inexistencia de dolo eventual y la inconcurrencia del subtipo agravado definido en el art. 148.1º del Código penal.

Para dar respuesta casacional a ambos submotivos, dada la vía elegida por el recurrente, hemos de partir de los hechos declarados probados por la Sentencia de instancia, en la parte sustancial que ha sido combatida.

En efecto, el acusado y la lesionada, Marcelina , súbdita holandesa, habían mantenido en el pasado una relación sentimental, con un periodo no determinado de convivencia marital, en 1994; tiempo más tarde, rota tal relación e iniciada otra (por la perjudicada), vuelven a encontrarse, y en la tarde del día 19 de julio de 1997, regresa al domicilio de Salvador (acusado), "y una vez allí, puestos de común acuerdo, tuvieron relaciones sexuales, de duración no concretada; en el transcurso de las mismas, y sin que se haya acreditado que Marcelina ingiriera sustancias estupefacientes, y, puestos de común acuerdo Salvador y Marcelina , el primero realizó prácticas sadomasoquistas, utilizando métodos y objetos no concretados, pero suficientes para, fruto de las mismas, causar lesiones a Marcelina , como así resultó". En el fundamento jurídico cuarto, y con valor de relato factual, se describen tales métodos que producen sujeción en las muñecas, más sujeción manual con fuerte presión y otras veces sujeción digital y, por último, empleo de fuentes de calor, que la Sala sentenciadora deduce de la prueba pericial practicada en el proceso penal y que "implican necesariamente un peligro para la salud física y psíquica de la víctima".

Las lesiones causadas fueron las siguientes: equimosis de gran tamaño en las escápulas y en la región dorso lumbar con zonas erosionadas a este nivel en línea media; equimosis redondeadas en ambos lados de la zona sacra, en disposición vertical, en dos columnas de tres; equimosis en la región deltoidea izquierda; dos equimosis redondeadas en la cara posterior del brazo izquierdo; equimosis en la cara interna del codo izquierdo, dos equimosis redondeadas en la cara anterior del brazo izquierdo; equimosis difusa, mal delimitada a modo de brazaletes; zona equimótica difusa, en la cara posterior del dorso de la muñeca y mitad superior del dorso de la mano izquierda; pequeñas equimosis redondeadas en la cara anterior del muslo izquierdo; zona eritematosa de límites mal definido en la mama derecha, encima de la areola mamaria; pequeña ulceración puntiforme de 2-3 mm. de diámetro, una en el dorso del antebrazo izquierdo y otra en el dorso del antebrazo derecho; equimosis extensa en la rodilla izquierda, y presentaba tumefacción eritematosa de la mucosa del conducto vaginal, orificio vaginal y clítoris. De dichas lesiones tardó en curar 311 días que precisó atención médica, y de los que 30 días estuvo incapacitada laboralmente, teniendo como secuela un estrés postraumático que precisó tratamiento psicológico y psicoterapéutico, persistente en el reconocimiento médico forense, y que presumiblemente desaparecerán con el tiempo.

La Sentencia recurrida parte de la calificación del dolo en el autor, como de eventual, manejando la teoría de la imputación objetiva, como condición de la adecuación del comportamiento a dicho tipo objetivo, pues aquél ha ejecutado una acción generadora de un peligro jurídicamente desaprobado.



El recurrente reprocha la calificación del dolo como eventual, pero sin ofrecer más alternativa que su inexistencia, e incide sobre que las lesiones son leves. Sobre esto último, a la vista de lo declarado por el "factum" de la resolución judicial recurrida, no puede sostenerse mínimamente. Con relación al dolo, el recurrente da por sentado que dichas lesiones se causaron intencionadamente por el acusado, pero validadas por el consentimiento de la víctima, que aprobaba las relaciones sexuales sadomasoquistas, de manera que, en dicha tesis, no tendría intención de lesionar, sino de satisfacer los deseos de su pareja, causándole males de los que podía obtenerse en cierto modo una especie de culminación libidinosa.

Ciertamente, el nuevo Código penal, en el art. 155, concede efectos penológicos atenuados al consentimiento en las lesiones, cuando ha sido prestado válidamente, libre, espontáneo y expresamente emitido por el ofendido, con rebaja de la pena inferior en uno o dos grados, salvo que sea prestado por un menor de edad o un incapaz. Este precepto, aún no habiendo sido expresamente alegado por el recurrente, siendo un motivo por infracción de ley debe ser valorado y, en su caso aplicado, por esta Sala Casacional.

Retomando, pues, el contenido del recurso casacional, la consideración del dolo como eventual no puede mantenerse en esta instancia, sin que este razonamiento suponga merma alguna de las posibilidades defensivas de las partes, ni reforma peyorativa de clase alguna. En efecto, el conocimiento de la posibilidad de que se produzca el resultado y la consciencia del alto grado de probabilidad de que realmente se produzca caracteriza la figura del dolo eventual desde el prisma de la doctrina de la probabilidad o representación, frente a la teoría del consentimiento que centra en el elemento volitivo asentimiento, consentimiento, aceptación, conformidad, o en definitiva «querer» el resultado el signo de distinción respecto la culpa consciente. Ambas constituyen las dos principales posiciones fundamentadoras del dolo eventual. Esta Sala, en su evolución, ofrece un punto evidente de inflexión en la Sentencia de 23 abril 1992 (conocida como «caso de la colza»), en la que se afirma que «si el autor conocía el peligro concreto jurídicamente desaprobado y si, no obstante ello, obró en la forma en que lo hizo, su decisión equivale a la ratificación del resultado que con diversas intensidades ha exigido la jurisprudencia para la configuración del dolo eventual. Añade dicha sentencia que «la jurisprudencia de esta Sala, sin embargo, permite admitir la existencia del dolo cuando el autor somete a la víctima a situaciones peligrosas que no tiene la seguridad de controlar, aunque no persiga el resultado típico. El dolo eventual, por lo tanto, no se excluye simplemente por la esperanza de que no se producirá el resultado o porque éste no haya sido deseado por el autor».

En el caso, sin embargo, no puede mantenerse tal posibilidad representativa, ya que las lesiones se causaron por el agente de forma "querida" e "intencionalmente perseguida", sin que pudiera representarse de modo alguno que no se iban a producir, dados los métodos empleados, y la intensidad con que se utilizaban, vertiéndose la hipotética idea representativa exclusivamente en el consentimiento de la víctima, no en los actos ejecutivos, que, desde luego, fueron intencionalmente queridos por el autor. De manera que el dolo no es eventual, sino directo; dicho lo cual, naturalmente en esta infracción punitiva, ninguna trascendencia penológica puede operar, siendo una cuestión dogmática.

En cambio, tiene importancia el consentimiento prestado por la víctima. En efecto, el relato factual explica que "puestos de común acuerdo Salvador y Marcelina , el primero realizó prácticas sadomasoquistas, utilizando métodos y objetos no concretados, pero suficientes para, fruto de las mismos, causar lesiones a Marcelina , como así resultó".

La agredida era mayor de edad, sin que conste afectación alguna de su capacidad jurídica, y consintió tales prácticas de forma voluntaria y libre, accediendo a dichas prácticas sexuales sadomasoquistas, que conforman la utilización de métodos violentos o muy intensos que han producido las lesiones que anteriormente hemos dejado transcritas. No existe, pues, elemento alguno para dejar de aplicar el contenido del art. 155 del Código penal, que introduce en nuestra legislación punitiva el consentimiento en las lesiones, fuera de la exención de responsabilidad criminal en los casos de trasplantes de órganos efectuados con arreglo a lo dispuesto en la ley, esterilizaciones y cirugía transexual, a que se refiere el art. 156 del Código penal, y con anterioridad el art. 428.2º del Cuerpo penal derogado y la Consulta de la Fiscalía General del Estado 3/1985.

El tema del consentimiento en las lesiones ha sido siempre doctrinalmente polémico, girando las posiciones entre la indisponibilidad del bien jurídico que se protege y garantiza en el art. 15 de la Constitución española y la posibilidad de dar relevancia a dicho consentimiento; aquélla fue la posición tradicional de nuestra legislación punitiva, no teniendo nuestro Código penal ninguna previsión al respecto hasta 1963, zanjando el legislador en dicha fecha la polémica en el art. 428 bajo la tesis de que "las penas señaladas en el Capítulo anterior se impondrán en sus respectivos casos, aunque mediere el consentimiento del lesionado". Sin embargo, para resolver los casos de lesiones causadas con motivo de tratamiento médico e intervenciones quirúrgicas en supuestos de trasplante de órganos, esterilizaciones y cirugía transexual, se agrega un segundo párrafo al mencionado art. 428, por Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, que en 1989 (21 de junio) se amplía a regular los términos en que no serían punibles los casos de esterilizaciones de incapaces, cuestión que fue sometida



al Tribunal Constitucional (Sentencia 214/1994, de 14 de julio). Por último, el nuevo Código penal introduce el consentimiento en el art. 155 y la justificación de aquellas otras intervenciones en el art. 156, con técnica mejorada.

En el art. 155 se limita a conceder una atenuación penológica, por lo que la cuestión no ha sido definitivamente superada, pero con unos resultados que en algunos casos pueden conseguir una más adecuada respuesta penal. Respecto a los requisitos (del consentimiento), se establecen los siguientes: a) válido, cuya interpretación debe relacionarse con lo establecido en el propio precepto, en el sentido de que no es válido el consentimiento prestado por menor de edad o incapaz, término este último que debe corresponderse con una minusvalía aparente no siendo necesaria su declaración judicial, todo ello en relación con lo dispuesto en el art. 25 del propio Código penal; b) libre y espontáneo, esto es, no condicionado por ningún elemento externo, ya que en este caso impediría su apreciación, en razón del bien jurídico protegido que lo es la integridad física, constitucionalmente protegida en el art. 15 de nuestra Carta magna; c) expresamente emitido por el ofendido, no bastando con meras suposiciones sobre la prestación del tal consentimiento.

En el caso sometido a nuestra consideración casacional, el consentimiento prestado por persona mayor de edad y que se proyecta en el curso de unas relaciones sexuales con prácticas sadomasoquistas, cumple todos esos requisitos, aunque lo reprochable de tales lesiones con afectación física en la ofendida pueda tener incidencia en la dosificación penológica, que permite ajustar el propio art. 155 del Código penal.

Dicho consentimiento tiene, pues, relevancia en la esfera del injusto penal, concediéndole la ley una rebaja penológica, sin perjuicio de su aplicación siempre cautelosa por el intérprete penal, máxime en supuestos como el enjuiciado, enmarcado en relaciones sexuales con indudables componentes sádicos, aún contando con tal consentimiento (sin embargo, no viciado, según resulta del relato histórico sometido a nuestra consideración casacional).

La aplicación del contenido de dicho precepto (art. 155) supone la estimación de este apartado del motivo, dictándose a continuación segunda Sentencia por esta Sala.

TERCERO.- Con relación al segundo apartado del motivo, y que pretende la indebida aplicación del art. 148.1º del Código penal, por no tratarse -los empleados- de medios o métodos concretamente peligrosos para la vida o salud, física o mental, del lesionado, el reproche casacional debe desestimarse.

En efecto, si bien con deficiente exposición pormenorizada, existe en el relato factual elementos de donde deducir la existencia de tales métodos peligrosos; en el "factum" se explica que se emplearon objetos suficientes para la causación de las múltiples lesiones producidas en la ofendida, pero fundamentalmente se expresa que fueron fruto de "prácticas sadomasoquistas". La jurisprudencia de esta Sala únicamente se ha ocupado de tales prácticas en las Sentencias de 8 de mayo de 1989 y 18 de marzo de 1991 (en ambas, por delito de asesinato) y 12 de enero de 1995 (en el marco de la prostitución). Pero tales prácticas suponen una incidencia violenta e intensa sobre el cuerpo de otra persona en el curso de relaciones sexuales que se convierten de esa forma en fuente de (aparente o real) satisfacción, generalmente solicitada o consentida, con componentes sádicos, y que al producir lesiones resultan reprochables para el derecho penal, a pesar del consentimiento (en los términos anteriormente expuestos).

Tales métodos (quemaduras, latigazos, esposamientos, sujeciones manuales intensas, agresiones, etc.) integran sin esfuerzo alguno el subtipo agravado que se describe en el número primero del art. 148 del Código penal, que se correlaciona con formas o métodos concretamente peligrosos para la salud, física o psíquica, del lesionado. En el caso, las lesiones tardaron en curar 311 días, con 30 días de incapacidad laboral, y produjeron como secuela "estrés postraumático que precisó tratamiento psicológico y psicoterapéutico", conformando tal riesgo tanto para su salud física como psíquica, por lo que el motivo, en este apartado, se desestima.

CUARTO.- El segundo motivo de contenido casacional, formalizado por la vía autorizada por el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, entiende infringido el art. 116 del Código penal, en cuanto el Tribunal de instancia fijó la indemnización en 1.866.000 pesetas, en función de los días de incapacidad de la lesionada, a razón de 6.000 pesetas por día.

El motivo tiene que ser desestimado. En efecto, el recurrente no reprocha la cuantificación diaria, ni la existencia de un informe pericial que determina tales lesiones, sino que lo conecta con una inexistente agresión sexual, de la que fue declarado absuelto el recurrente. Sin embargo, no respeta el hecho probado, como está obligado, dada la vía elegida, pues en éste, se dispone que "de dichas lesiones", esto es, las causadas en las prácticas sadomasoquistas, tardó en curar "331 días", con las secuelas pertinentes, también explicadas en el "factum", excluyendo la sentencia, por la naturaleza de la acción, la indemnización por daños morales, razón por la cual el motivo tiene que ser desestimado.

QUINTO.- Al estimarse parcialmente el recurso de casación, se declaran de oficio las costas procesales.



III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR, por estimación del primer motivo, al recurso de casación por infracción de Ley, interpuesto por la representación legal del procesado Salvador (el Ministerio Fiscal también recurrió y posteriormente desistió de su recurso), contra Sentencia núm. 70/2000 de fecha 29 de junio de 2000 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Zaragoza, que absolvió a dicho procesado del delito de agresión sexual del que venía acusado por el Ministerio fiscal, con declaración de costas procesales en cuantía de una quinta parte de oficio, y le condenó como autor de un delito de lesiones, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de DOS AÑOS DE PRISIÓN, a la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, al pago de las costas procesales en cuantía de una quinta parte, y a que en concepto de indemnización satisfaga a los herederos de Marcelina la cantidad de 1.866.000 pesetas, más intereses legales de dicha cantidad hasta su completo pago. Declarándose de oficio las costas procesales ocasionadas en la presente instancia.

Y en su consecuencia casamos y anulamos, en la parte que le afecta, la referida Sentencia de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Zaragoza que será sustituida por otra más conforme a Derecho.

Comuníquese la presente resolución y la que seguidamente se dicta a la Audiencia de procedencia con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos . Joaquín Giménez García Julián Sánchez Melgar José Jiménez Villarejo

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cinco de Junio de dos mil dos.

El Juzgado de Instrucción núm. 4 de Zaragoza instruyó Sumario núm. 4/1997 por delitos de lesiones, agresión sexual y falso testimonio, contra Salvador , nacido en Zaragoza, el día 24 de mayo de 1952, con DNI núm. NUM002 , hijo de Ismael y de Aurora , domiciliado en Zaragoza, calle DIRECCION000 núm. NUM000 NUM001 , soltero, de profesión conductor, con instrucción, sin antecedentes penales, solvente y en libertad provisional, y otros; una vez concluso lo remitió a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Zaragoza que con fecha 29 de junio de 2000 dictó Sentencia núm. 70/2000 que le absolvió del delito de agresión sexual del que venía acusado por el Misterio fiscal, con declaración de costas procesales en cuantía de una quinta parte de oficio, y le condenó como autor de un delito de lesiones, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de DOS AÑOS DE PRISIÓN, a la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, al pago de las costas procesales en cuantía de una quinta parte, y a que en concepto de indemnización satisfaga a los herederos de Marcelina la cantidad de 1.866.000 pesetas, más intereses legales de dicha cantidad hasta su completo pago. Sentencia que fue recurrida en casación por la representación legal de dicho procesado y que ha sido casada y anulada en la parte que le afecta, por estimación del primer motivo del recurso, por la resolución dictada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo; por lo que los mismos Magistrados que formaron Sala y bajo la misma Presidencia y Ponencia proceden a dictar esta Segunda Sentencia con arreglo a los siguientes:

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- ANTECEDENTES DE HECHO.- Se dan por reproducidos los antecedentes de hecho de la Sentencia de instancia.

SEGUNDO.- HECHOS PROBADOS.- Damos por reproducidos los hechos probados de la Sentencia recurrida, en su integridad.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Por aplicación del art. 155 del Código penal debemos individualizar la dosificación penológica en un año y seis meses de prisión, atendiendo a la reprochabilidad de los hechos enjuiciados, las lesiones causadas y las condiciones de su producción, todo ello en relación con el art. 148-1º del Código penal.

III. FALLO

Que debemos CONDENAR y CONDENAMOS a Salvador , como autor criminalmente responsable de un delito de lesiones, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas, a la pena de UN AÑO Y SEIS MESES



DE PRISION, manteniendo y dando por reproducidos los demás pronunciamientos penológicos, accesorios, procesales y civiles dispuestos por la Sentencia de instancia, en tanto sean compatibles con lo dispuesto en esta resolución judicial.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos . Joaquín Giménez García Julián Sánchez Melgar José Jiménez Villarejo

PUBLICACIÓN.- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ