



Roj: **STS 3450/2020 - ECLI:ES:TS:2020:3450**

Id Cendoj: **28079120012020100559**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **22/10/2020**

Nº de Recurso: **10764/2019**

Nº de Resolución: **537/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación penal**

Ponente: **MANUEL MARCHENA GOMEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ ICAN 2962/2019,**
STS 3450/2020,
ATS 12585/2020

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 537/2020

Fecha de sentencia: 22/10/2020

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10764/2019 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 21/10/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

Procedencia: Tribunal Superior de Justicia de Canarias

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

Transcrito por: OVR

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10764/2019 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 537/2020

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Antonio del Moral García

D. Pablo Llarena Conde

D^a. Carmen Lamela Díaz



D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 22 de octubre de 2020.

Esta sala ha visto recurso de casación con el nº 10764/19, interpuesto por la representación procesal de D. Cristobal , contra la sentencia dictada el 7 de noviembre de 2019 por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias, en el Rollo de Sala nº 52/2019, que desestimó el recurso de apelación contra la sentencia de fecha 27 de mayo de 2019 dictada en el procedimiento Sumario Ordinario nº 75/18 de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, por la que fue condenado el recurrente como autor responsable de un delito de agresión sexual y un delito de lesiones, habiendo sido parte en el presente procedimiento el condenado recurrente representado por la procuradora D^a Elena Galán Padilla; y defendido por el letrado D. Emilio Fernández Hermosa, y como parte recurrida la acusadora particular D^a Bárbara , representada por el procurador D. Antonio Rafael Rodríguez Muñoz, y defendida por la letrada D^a Gloria Santana Vidal, interviniendo asimismo el Excmo. Sr. Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 3 de Arona, tramitó Procedimiento Sumario núm. 2929/2017 por delito de agresión sexual, contra D. Cristobal ; una vez concluso lo remitió a la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, (proc. sumario ordinario nº 75/2018) y dictó Sentencia en fecha 27 de mayo de 2019 que contiene los siguientes hechos probados: "Probado y así se declara que: El día 16 de agosto de 2017 sobre las 12.20 horas, cuando Bárbara se encontraba leyendo en bikini en la terraza de la vivienda unifamiliar en la que estaba residiendo temporalmente, sita en CALLE000 , NUM000 de Playa San Juan en Guía de Isora, se vio sorprendida por la presencia, a menos de un metro y medio de ella, de Cristobal , mayor de edad y sin antecedentes penales computables, quien había logrado acceder al interior del inmueble saltando el muro que lo rodeaba. Asustada, se levantó y caminó hacia el interior de la vivienda pero Cristobal , con ánimo de satisfacer sus deseos e impulsos sexuales y con consciente desprecio hacia la integridad física, mental y la voluntad de Bárbara , la agarró por detrás, la tiró al suelo, golpeando su cabeza contra el pavimento y le puso un objeto punzante tipo cuchillo en la garganta con la finalidad de doblegar su voluntad. A continuación se bajó los pantalones, empujó su pene sobre la cara de ella y se lo introdujo en la boca.

Posteriormente señaló el dormitorio y ella, debido al miedo que sentía por la agresividad que Cristobal mostraba, entró en la habitación. Una vez allí, la tiró sobre la cama y en contra de su voluntad, se colocó sobre ella y la penetró vaginalmente por la espalda, eyaculando dentro de la vagina. Luego se limpió el pene con la manta, caminó hacia la terraza, tomó algo de beber y se fue.

A consecuencia de estos hechos Bárbara sufrió lesiones físicas agudas, consistentes en policontusiones: 3 equimosis lineales en dorso de la punta de la nariz de 0.3, 0.4 y 0,12cm. respectivamente; dos erosiones en labio superior izquierdo: una puntiforme próxima a cupido y otra lineal de uno 0.8 cm que sigue el contorno labial; dos abrasiones en codo derecho de unos 0.5 cm de diámetro cada una; erosión puntiforme en tercio distal de clavícula derecha; edema y abrasión de 0.7 cm de diámetro en dorso de pie izquierdo; abrasión de unos 6 x 4 cm en tercio superior de cara externa de pierna derecha y otra lineal de unos 3 x 0.5 cm en cara anterior de rodilla derecha. Asimismo lesiones en genitales consistentes en: eritema en introito vaginal y desgarró irregular de características recientes sin sangrado activo, de unos dos cm en tercio distal de pared lateral derecha de vagina. Igualmente sufre un síndrome de estrés postraumático que ha requerido y sigue requiriendo de tratamiento médico, habiendo llegado a precisar de internamiento en centro hospitalario psiquiátrico durante 63 días, consistente en terapia psicológica (individual y grupal) y terapia farmacológica.

El periodo de curación de tales lesiones ha sido de 139 días impeditivos para sus ocupaciones habituales, de los cuales 63 fueron hospitalarios, quedándole las siguientes secuelas: perjuicio estético ligero en grado leve, por cicatrices en miembros inferiores y síndrome de estrés postraumático grave."

SEGUNDO.- En la citada sentencia se dictó el siguiente pronunciamiento: "Que debemos condenar y condenamos a Cristobal en quien no concurre ninguna

circunstancia modificativa de su responsabilidad criminal, como autor penalmente responsable de un delito de agresión sexual con acceso canal de los artículos 178 y 179 del Código Penal a penar en concurso ideal con un delito de lesiones del artículo 147 del Código Penal a la pena de 12 años de prisión con inhabilitación especial del derecho al sufragio pasivo más la prohibición de aproximarse en un radio de 500 metros a Bárbara en su domicilio, lugar de trabajo o estudio o cualquier otro lugar donde se encuentre así como comunicarse con ella por terceras personas o por cualquier medio directo o indirecto por un tiempo de 22 años (al menos superior en 10 años a la pena de prisión que se le ha impuesto) y una medida de libertad vigilada por tiempo



de 10 años para que se ejecute con posterioridad a la prisión con el contenido que se acuerde por parte del Juez de Vigilancia Penitenciaria.

Asimismo deberá indemnizar a Bárbara en la cantidad de veinticinco mil euros (25.000 euros) por los daños morales sufridos, quince mil ciento sesenta (15.160 euros) por los días de curación de sus lesiones y cuatro mil novecientos euros (4.900 euros) por las secuelas con aplicación de los intereses previstos en el artículo 576 LEC y costas procesales.

Abónese al procesado, para el cómputo de la duración de la pena de prisión que le ha sido impuesta, el tiempo que haya estado privado de libertad por esta causa."

TERCERO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal del condenado D. Cristobal, dictándose sentencia por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias en fecha 7 de noviembre de 2019, en el rollo de apelación núm. 52/2019, cuyo Fallo es el siguiente: "Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de Cristobal contra la sentencia de 27 de mayo de 2019, dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, en el rollo de procedimiento de Sumario nº 75/2018, proveniente del procedimiento de Sumario ordinario nº 2929/2017, del Juzgado de instrucción nº 3 de Arona, la cual confirmamos en todos sus pronunciamientos, sin efectuar imposición de las costas del recurso.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y a las demás partes personadas, haciéndoles saber que no es firme y que contra la misma cabe interponer recurso de casación, a formalizar en esta Sala en el plazo de CINCO DIAS."

CUARTO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por la representación de D. Cristobal 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.

QUINTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación legal del recurrente formalizó el recurso alegando los siguientes motivos de casación:

Motivo primero.- Infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, dado por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, consagrado en el artículo 24.2 de la Constitución Española.

Motivo segundo.- Por infracción de ley al amparo de lo prevenido en el apartado 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación de los artículos 178 y 179 del Código Penal.

Motivo tercero.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dado que ha mediado error de hecho en la apreciación de la prueba.

SEXTO.- Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal por escrito de fecha 8 de julio de 2020, y a la representación de la acusación particular por escrito de fecha 2 de julio de 2020, interesaron la desestimación de los motivos, y por ende, la inadmisión del recurso; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 21 de octubre de 2020.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- La sentencia núm. 173/2019, dictada con fecha 27 de mayo de 2019 por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Tenerife, en el marco del procedimiento ordinario núm. 75/2018, tramitado por el Juzgado de instrucción núm. 3 de Arona, condenó al acusado Cristobal como autor penalmente responsable de un delito de agresión sexual con acceso carnal de los arts. 178 y 179 del CP, en concurso ideal con un delito de lesiones del art. 147 del Código Penal, a la pena de 12 años de prisión con inhabilitación especial del derecho al sufragio pasivo y a la prohibición de aproximarse en un radio de 500 metros a Bárbara, en su domicilio, lugar de trabajo o estudio o cualquier otro lugar donde se encuentre, así como comunicarse con ella por sí, por terceras personas o por cualquier medio directo o indirecto por un tiempo de 22 años. También fue condenado a la medida de libertad vigilada por tiempo de 10 años que habrá de ser ejecutada con posterioridad a la prisión, con el contenido que se acuerde por el Juez de Vigilancia Penitenciaria.

Esta resolución fue recurrida por el acusado ante la Sala de Apelaciones del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, que en fecha 7 de noviembre de 2019, dictó sentencia desestimando íntegramente el recurso promovido.



Es contra esta última sentencia contra la que se promueve recurso de casación. Se formalizan tres motivos. El tercero de ellos, al amparo del art. 849.2 de la LECrim, en la medida en que se limita a remitirse a lo que ya ha sido objeto de tratamiento en los dos motivos anteriores, va a obtener respuesta también por remisión.

2.- El primero de los motivos, con la cobertura que ofrecen los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim, denuncia vulneración del derecho constitucional a la presunción de inocencia reconocido en el art. 24.2 de la CE.

El desarrollo del motivo incluye una glosa de la jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Constitucional relativa al derecho que se dice menoscabado.

Proyectando esa doctrina sobre el supuesto de hecho enjuiciado, la defensa admite como cierta la relación sexual mantenida por el acusado, si bien discrepa de la afirmación de que ese contacto lo fuera contra la voluntad de la víctima. A juicio del Letrado que suscribe el recurso, los elementos invocados en la instancia como corroboración periférica de la versión de la denunciante -informe de los agentes de la Guardia Civil, médicos forenses, peritos y testigo Sr. Carlos Antonio - únicamente ponen de manifiesto la existencia de una relación sexual cuya realidad -se insiste- no se niega por el acusado. Pero esos elementos no avalan la falta de consentimiento de la denunciante. Su testimonio no ha cumplido los criterios orientativos que exige la jurisprudencia para su validez como única prueba de cargo válida para enervar el derecho a la presunción de inocencia. La declaración del testigo, Sr. Carlos Antonio, amigo de la denunciante, pone en evidencia el relato de la víctima, dado que, desde el primer momento, en fase policial -folio 37 de la causa-, ya generó un principio de duda "*... al ser preguntado sobre si la versión de la Sra. Bárbara pudo ser una invención manifestando 'que sí ocurrió algo, pero no sabe en qué situación pudieron darse las causas, porque él solo sabe la historia relatada por Bárbara y que escucha versiones de otra gente'; en su declaración judicial, obrante a los folios 336 y 337 del procedimiento, hace alusión a un nuevo testigo, - Amanda -, quien sorprendentemente no fue propuesta por las acusaciones en sus escritos de conclusiones, y al respecto declara que discutió con Bárbara en la conveniencia de llamar a la policía, que le pareció que la discusión era porque la víctima no quería llamar a la policía porque no estaba muy convencida*",

La línea argumental del acusado advierte "contradicciones" en el testimonio de la víctima, algunas de las cuales no pudieron aflorar en el plenario por haber impedido el Presidente del Tribunal que se le formularan determinadas preguntas que consideró impertinentes. Esas circunstancias, unidas "*...al hecho constatado del consumo de cannabis y alcohol por parte de la Sra. Bárbara en horas recientes a los hechos*", son más que suficientes para descartar la consistencia y la racionalidad de la valoración probatoria sobre la que se sostiene el juicio de autoría.

2.1.- Ningún parecido existe entre la posición procesal de la Audiencia Provincial ante la que se practican las pruebas y la capacidad del Tribunal Supremo para ponderar en términos jurídicos la corrección de la inferencia del órgano decisorio. Esta diferencia se ha hecho todavía más acusada a raíz de la reforma operada por la LO 41/2015, 5 de octubre, que ha generalizado la doble instancia en la jurisdicción penal. El efecto inmediato del doble grado de jurisdicción ha venido a suponer una mutación de objeto histórico del procedimiento casacional, que ya no aspira a revisar la sentencia pronunciada en la primera instancia, sino una resolución dictada por el Tribunal Superior de Justicia después de resolver el recurso de apelación. Por consiguiente, no nos incumbe ahora realizar una nueva valoración de la prueba. Aun cuando resulte una obviedad recordarlo, nuestro ámbito cognitivo no nos faculta a desplazar la conclusión probatoria alcanzada por la Audiencia, ante el mayor atractivo de los argumentos que pudiera encerrar, en su caso, el discurso impugnativo del recurrente. La reforma de la casación penal impide al recurrente incurrir en la reiteración simple del contenido de la impugnación desarrollada en la apelación. Tampoco le permite el planteamiento de cuestiones no debatidas en la apelación, pues las mismas ya han tenido respuesta desestimatoria o son cuestiones que han sido consentidas por la parte. En particular, respecto al ámbito del control casacional cuando se invoca la lesión al derecho fundamental a la presunción de inocencia, cumplida la doble instancia, la función revisora de la casación en este ámbito se contrae al examen de la racionalidad de la resolución realizada a partir de la motivación de la sentencia de la apelación, comprensiva de la licitud, regularidad y suficiencia de la prueba (cfr. SSTs 405/2018, 18 de septiembre, y 304/2019, 11 junio, por todas).

Y es desde esta perspectiva como hemos de aproximarnos a la impugnación hecha valer por la defensa.

De entrada, nos autoriza a descartar la referencia a la posible vulneración del derecho de defensa que se desliza en el desarrollo del motivo entablado, derivada de la negativa del Presidente del Tribunal a que uno de los testigos respondiera a preguntas formuladas por la defensa para aclarar supuestas contradicciones de la víctima (art. 850.3 de la LECrim).

Se trata de una reclamación que en ningún momento se hizo valer en el recurso de apelación y que no puede ahora ensanchar artificialmente el objeto de la impugnación casacional.



2.2.- La sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias, al resolver la apelación promovida contra la resolución de instancia, analiza y da respuesta a las alegaciones de la defensa, que construye su discurso exoneratorio a partir de las contradicciones y lagunas que detecta en el testimonio de Bárbara y de alguno de los testigos a los que aquella narró la agresión.

Así, por ejemplo, la ausencia de huellas dactilares del acusado en los cuchillos que se hallaban en la vivienda, circunstancia que la defensa reivindicó como valiosa prueba de descargo en el recurso de apelación, es justificada por el Tribunal Superior avalando el discurso congruente del órgano de instancia: "... el examen de las actuaciones y, particularmente, las declaraciones prestadas por la víctima en la instrucción y en el plenario ponen en evidencia que la víctima siempre ha mantenido y declarado que fue amenazada con un cuchillo desde el primer momento en que se apercibió de la presencia del acusado en la terraza de la vivienda donde aquella se encontraba. En ningún caso se ha declarado por la víctima que el acusado se introdujera en la vivienda y cogiera un cuchillo con anterioridad a amenazarla con el mismo. Del relato de hechos probados, que devienen, fundamentalmente, de la declaración prestada por la víctima de forma coherente, firme, persistente y sin atisbo alguno de un móvil de resentimiento o venganza, se deduce de forma lógica y racional que el recurrente llevaba consigo el objeto punzante, tipo cuchillo, cuando se introdujo en la terraza de la vivienda a través del muro que la rodea. Por ello no se investigó por los agentes de la Guardia Civil la posibilidad de que el acusado hubiera cogido un arma de la vivienda antes de amenazar con ella a la víctima, ni tampoco se buscaron huellas dactilares entre los cuchillos que pudiera haber en la casa".

En el recurso ante esta Sala, la defensa subraya las dudas que genera el testimonio de Carlos Antonio, cuyo contenido neutralizaría la solidez lógica del juicio de inferencia.

No es esto, sin embargo, lo que sostiene el órgano de apelación. En el FJ 2º se razona en los siguientes términos: "... se afirma también por el recurrente que el testimonio prestado por el testigo Carlos Antonio, amigo de la víctima y que acudió a la vivienda una vez ésta le llamó después de ocurridos los hechos, cuestiona o pone en duda el comportamiento de Bárbara. Sin embargo, la sentencia de instancia valora especialmente la declaración prestada por este testigo en el Fundamento Jurídico Segundo de la sentencia y ninguna duda obtiene del mismo ni de sus manifestaciones; la Sala afirma que el testigo le merece toda credibilidad, destacando la objetividad mostrada por el mismo en sus respuestas y que el mismo no facilitó otra información que la que conocía de primera mano. En el visionado de la grabación del juicio se escucha al testigo como describe el estado en que se encontró a la víctima al acudir a su llamada, que estaba llorando y alterada, y relató al Tribunal los hechos que le había contado Bárbara, sin añadidos ni apreciaciones personales. Como declaró también el agente de la Guardia Civil n.º NUM001 a preguntas de la defensa, al interrogar al referido Carlos Antonio en la investigación policial acerca de si la versión de la víctima pudiera ser inventada, el agente interpretó que dicho testigo sólo sabía la versión de la víctima y no sabía ninguna versión más y por eso no podía decir si el relato era o no cierto. Esa objetividad que muestra el testigo no puede confundirse con una duda de la veracidad del relato de la víctima; se limita a exponer que él sólo puede declarar lo que le dijo la víctima, al no haber sido testigo presencial de los hechos, pero no cuestiona que ese relato sea falso. La valoración del testimonio que hace la Sala es plenamente lógico y razonable".

Como puede apreciarse, la sentencia recurrida avala la integridad del razonamiento asumido por el órgano de instancia y descarta esa falta de credibilidad que la defensa atribuye a la víctima.

Tampoco tiene valor exoneratorio el argumento que, a partir del testimonio prestado por Carlos Antonio, lleva a la defensa a reprochar a la acusación que no haya citado a una persona - Amanda - que habló con Bárbara y a la que ésta le habría expresado su deseo de no llamar a la policía.

Olvida esta línea de razonamiento que en el contenido material del derecho a la presunción de inocencia no se incluye el derecho a que el Ministerio Fiscal o la acusación particular incorporen a su escrito de conclusiones provisionales la llamada a un testigo cuya declaración podría favorecer la tesis de la defensa. De hecho, la posibilidad de integrar en el acervo probatorio la declaración de uno u otro testigo -en este caso, Amanda - está también al alcance de la defensa que, conforme al art. 656 de la LECrim, puede proponer la lista de testigos que considere necesarios para hacer valer su derecho.

El consumo de hachís y cannabis (*sic*) por parte de Bárbara es también enfatizado en el motivo hecho valer para reivindicar la inocencia de Cristobal. Sin embargo, la Sala no puede admitir un razonamiento que parece sugerir que el consumo de drogas tóxicas sitúa a la víctima en una situación incompatible con la reivindicación de su libertad sexual

3.- El segundo motivo, por la vía del art. 849.1 de la LECrim sostiene la indebida aplicación de los arts. 178 y 179 del CP.



3.1.- Estima la defensa que no ha quedado acreditado "... el dolo del recurrente sobre el consentimiento de la víctima, ya que actuó bajo la creencia del consentimiento de la Sra. Bárbara, por tanto, no se cumple el elemento subjetivo del delito de agresión sexual".

El motivo tiene que decaer.

Cuando el recurso de casación se formaliza por la vía del art. 849.1 de las LECrim, las alegaciones del recurrente -hemos dicho en una histórica e incesante jurisprudencia de cita prescindible- han de ajustarse a un ineludible presupuesto metodológico, que no es otro que la aceptación del relato de hechos probados proclamado en la instancia. El incumplimiento de este punto de partida, opera como causa de inadmisión que ahora se convierte en causa de desestimación (cfr. arts. 884.3 y 4 y 885.1 y 2 LECrim).

El debate sobre si se han aplicado o no correctamente los arts. 178 y 179 del CP debe aceptar como premisa lo que el juicio histórico declara como probado. No es posible remitirse a lo razonado en el motivo que cuestiona las bases probatorias del *factum* para, a partir de ahí, concluir que se ha vulnerado también, por su incorrecta aplicación, el precepto con el que los hechos han sido calificados. La vía casacional que habilita el art. 849.1 de la LECrim sólo permite discutir el acierto o desacierto del juicio de subsunción, no el sostén probatorio que a esa tipicidad ofrece el relato de hechos probados (cfr. SSTS 222/2020, 22 de mayo; 357/2020, 30 de junio, entre otras muchas).

Y la lectura del juicio histórico no permite dudas acerca de la corrección del juicio de tipicidad proclamado en la instancia: "... el día 16 de agosto de 2017 sobre las 12.20 horas, cuando Bárbara se encontraba leyendo en bikini en la terraza de la vivienda unifamiliar en la que estaba residiendo temporalmente (...) se vio sorprendida por la presencia, a menos de un metro y medio de ella, de Edil E. Chalet (...) quien había logrado acceder al interior del inmueble saltando el muro que lo rodeaba. Asustada, se levantó y caminó hacia el interior de la vivienda pero Cristobal, con ánimo de satisfacer sus deseos e impulsos sexuales y con consciente desprecio hacia la integridad física, mental y la voluntad de Bárbara, la agarró por detrás, la tiró al suelo, golpeando su cabeza contra el pavimento y le puso un objeto punzante tipo cuchillo en la garganta con la finalidad de doblegar su voluntad. A continuación se bajó los pantalones, empujó su pene sobre la cara de ella y se lo introdujo en la boca. Posteriormente señaló el dormitorio y ella, debido al miedo que sentía por la agresividad que Cristobal mostraba, entró en la habitación. Una vez allí, la tiró sobre la cama y en contra de su voluntad, se colocó sobre ella y la penetró vaginalmente por la espalda, eyaculando dentro de la vagina. Luego se limpió el pene con la manta, caminó hacia la terraza, tomó algo de beber y se fue".

Como puede observarse, el relato de hechos probados proclamado por la Audiencia Provincial no coincide con la versión del acusado que, con la legitimidad que es propia de toda estrategia defensiva, busca ofrecer un relato alternativo basado en un inadmisibles error sobre el consentimiento de la víctima. Toda construcción argumental por la vía del art. 849.1 de la LECrim, que se distancie del juicio histórico fijado por el Tribunal, lleva a aparejada como inmediata consecuencia la desestimación del motivo (art. 884.3 y 4 de la LECrim).

3.2.- Añade la defensa una queja marginal relacionada con el hecho de que se hayan penado por separado las lesiones psíquicas ocasionadas a la víctima que, a su juicio, están ya absorbidas en el tipo penal previsto en el art. 178 del CP. Cita en respaldo de la relación de consunción el acuerdo de Pleno de esta Sala de 10 de octubre de 2003.

La tesis del recurrente limita su ámbito a las lesiones psíquicas a que se refiere el hecho probado. Es cierto que en el acuerdo de esta Sala que se cita en respaldo de sus alegaciones se proclamó que "...las alteraciones psíquicas ocasionadas a la víctima de una agresión sexual ya han sido tenidas en cuenta por el legislador al tipificar la conducta y asignarle una pena, por lo que ordinariamente quedan consumidas por el tipo delictivo correspondiente por aplicación del principio de consunción del art. 8.3 del CP, sin perjuicio de su valoración a efectos de la responsabilidad civil".

El FJ 3º de la sentencia de instancia centra su argumentación en el tratamiento jurídico de las secuelas psicológicas derivadas de una agresión sexual. Entiende que la gravedad de esas secuelas supera los límites definidos por una relación de consunción y entran de lleno en el concurso de delitos, al que la Audiencia atribuye naturaleza ideal. Destacan los Jueces de instancia que la víctima no padecía perturbaciones psiquiátricas previas y describen en el juicio histórico la gravedad del impacto emocional padecido por Bárbara: "... sufre un síndrome de estrés postraumático que ha requerido y sigue requiriendo de tratamiento médico, habiendo llegado a precisar de internamiento en centro hospitalario psiquiátrico durante 63 días, consistente en terapia psicológica (individual y grupal) y terapia farmacológica".

Sin embargo, el relato fáctico da cuenta, no sólo de secuelas psíquicas, sino de una serie de heridas ocasionadas a la víctima cuya etiología no queda abarcada, en su integridad, por la dinámica comisiva: "...a consecuencia de estos hechos Bárbara sufrió lesiones físicas agudas, consistentes en policontusiones: 3



equimosis lineales en dorso de la punta de la nariz de 0.3, 0, respectivamente; dos erosiones en labio superior izquierdo: una puntiforme próxima a cupido y otra lineal de uno 0.8 cm que sigue el contorno labial; dos abrasiones en codo derecho de unos 0,5 cm de diámetro cada una; erosión puntiforme en tercio distal de clavícula derecha; edema y abrasión de 0.7 cm de diámetro en dorso de pie izquierdo; abrasión de unos 6 x 4 cm en tercio superior de cara externa de pierna derecha y otra lineal de unos 3 x 0.5 cm en cara anterior de rodilla derecha. Asimismo lesiones en genitales consistentes en: eritema en introito vaginal y desgarró irregular de características recientes sin sangrado activo, de unos dos cm en tercio distal de pared lateral derecha de vagina".

El tiempo de curación de las lesiones fue de 139 días impeditivos para sus ocupaciones habituales, de los cuales 63 fueron hospitalarios para tratamiento psiquiátrico. Esas heridas han provocado en Bárbara, además de la secuela psicológica derivada del estrés postraumático grave, otra secuela física consistente en "...perjuicio estético ligero en grado grave por cicatrices en miembros inferiores".

La sustantividad de las lesiones o su absorción en el delito de violación -decíamos en la STS 794/2015, 3 de diciembre- dependen de la naturaleza de las mismas como algo inevitable o consecuencia normal del yacimiento o como independientes y con sustantividad propia por la violencia ejercida. Su apreciación es por ello muy circunstancial y ha de operar caso a caso en función de las concretas lesiones producidas y su modo de causación. No se estimará absorbida la lesión si la violencia ejercida para doblegar o vencer la resistencia de la persona atacada superó los límites mínimos necesarios para entender que concurrió la violencia contemplada en la descripción del tipo objetivo de la agresión sexual, sancionando independientemente aquello que exceda. Hemos precisado también que la violación solamente consume las lesiones producidas por la violencia cuando éstas pueden ser abarcadas dentro del contenido de ilicitud que es propio del acceso carnal violento, como por ejemplo lesiones en la propia zona genital, no ocasionadas de modo deliberado sino como forzosa consecuencia del acto carnal forzado (cfr. SSTS 588/2007, 20 de junio, 167/2007, 27 de febrero, 892/2008, 11 de diciembre, entre otras muchas).

Es correcto, por tanto, el criterio de subsunción jurídica de la Audiencia, ratificado por el órgano de apelación, que ha descartado la regla de absorción propia del concurso de normas y ha optado por reconocer la existencia de un concurso ideal de delitos. Los términos en que ha sido formalizado el recurso y el hecho de que la sentencia dictada en apelación califique el concurso como ideal, excluyen el debate acerca de la naturaleza de esa relación concursal.

4.- La desestimación del recurso conlleva la condena en costas, en los términos establecidos en el art. 901 de la LECrim.

FALLO

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

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación, interpuesto por Cristobal contra la sentencia dictada por la Sala de Apelaciones del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, que en fecha 7 de noviembre de 2019 confirmó la sentencia núm. 173/2019, dictada con fecha 27 de mayo de 2019 por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Tenerife, en el marco del procedimiento ordinario núm. 75/2018, tramitado por el Juzgado de instrucción núm. 3 de Arona y que condenó al acusado como autor penalmente responsable de un delito de agresión sexual y un delito de lesiones

Condenamos al recurrente al pago de las costas causadas.

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

Así se acuerda y firma.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente D. Antonio del Moral García D. Pablo Llarena Conde

D^a. Carmen Lamela Díaz D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina