



Roj: **STS 3467/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:3467**

Id Cendoj: **28079120012020100561**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **26/10/2020**

Nº de Recurso: **10647/2019**

Nº de Resolución: **547/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación penal**

Ponente: **ANTONIO DEL MORAL GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 547/2020

Fecha de sentencia: 26/10/2020

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10647/2019 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 21/10/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Procedencia: T.S.J.COM.VALENCIANA SALA CIV/PE

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

Transcrito por: IPR

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10647/2019 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 547/2020

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 26 de octubre de 2020.

Esta sala ha visto recurso de casación nº 10647/2019, interpuesto por **Patricio** representado por el procurador Sr. D. Antonio Esteban Sánchez y bajo la dirección letrada de D. Francisco M. Fernández Castán e **Severino** representado por la sra. D.ª Marta María Barthe García de Castro y bajo la dirección letrada de D. Julio García LaTorre, contra Sentencia de Apelación dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de fecha 25 de septiembre de 2019, que desestimaba el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia nº 275/2019 dictada por la Audiencia Provincial de Valencia (sección Tercera) que les condenaba como autores de un delito de agresión sexual y un delito de lesiones. Ha sido parte recurrida Magdalena representada por el procurador D. Raul Vicente Bezjak y bajo la dirección letrada de D. Adolfo Serrano Alonso. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Seguido por la Audiencia Provincial de Valencia (Sección Tercera) procedimiento ordinario 11/2017 elevado por el Juzgado de Instrucción nº 2 de Torrente con núm. de causa Rollo Penal 136/2018, se dictó Sentencia, con fecha 15 de mayo de 2019 que recoge los siguientes **Hechos Probados**:

"Se declara probado que los acusados Patricio , mayor de edad, de nacionalidad rumana y con antecedentes penales no computables, y Severino , mayor de edad, de nacionalidad rumana y sin antecedentes penales, entablaron conversación con Magdalena cuando sobre las 2'00 horas del día 15 de abril de 2017 se encontraban en el bar Charles sito en la calle Padre Méndez no 49 de Torrent.

Los acusados estuvieron con Magdalena , quien se encontraba bajo los efectos del consumo previo de alcohol y medicación, lo que mermaba sus facultades.

Advertidos los acusados de esta circunstancia y puestos de común acuerdo y con la finalidad de satisfacer sus deseos sexuales, sobre las 3'20 horas se dirigieron con Magdalena hacia una pequeña zona ajardinada conocida como "patio rosa" delimitada por un muro junto al Colegio Monte Sión, completamente oculto a la vista.

Una vez allí mediante empujones y golpes consiguieron quitarle a Magdalena el pantalón, las botas y la ropa interior que vestía. La sujetaron de la cabeza y los brazos y le propinaron golpes en cara, brazos y piernas.

En determinado momento, una vez Patricio había comenzado al menos los tocamientos a Magdalena , el acusado Severino decidió no continuar con lo que estaba haciendo y salió hacia la calle llegando hasta la calle Fray Luis de León cruce con la calle Picassent donde sobre las 3.46 horas llamó la atención por sus gritos a unos vecinos que se le aproximaron y a los que les dijo "mi amare, ayuda Policía, amigo, violodoro", al tiempo que pedía que le acompañaran. Ellos le dijeron que llamarían a la Policía y, una vez personados agentes del Cuerpo Nacional de Policía, les dijo "amiga violada, amiga violada".

Cuando los agentes trataron de identificarle, Severino emprendió la huida, siendo perseguido por los agentes hasta que pudieron detenerle.

Mientras tanto, Patricio continuó golpeando a Magdalena exigiéndole que le practicara una felación, lo que ésta llevó a cabo para evitar que la siguiera golpeando, y seguidamente que le chupara el ano, lo que también llevó a cabo por el mismo motivo.

Cuando estaba ejecutando esta última acción, fueron sorprendidos sobre las 04'00 horas por los agentes de la Policía local de Torrente con número NUM000 y NUM001 , que escucharon los gritos pidiendo socorro de la mujer cuando salían de las dependencias de la Policía local, sitas a unas decenas de metros del lugar.

Los agentes se aproximaron al lugar de donde procedían los gritos y vieron a la mujer tumbada en el suelo sin ropa interior, sin pantalones y sin botas y al acusado Patricio de rodillas sobre el pecho de la mujer, de espaldas a los agentes con los pantalones y los calzoncillos bajados y su miembro viril y su ano a la altura de la cara de la mujer.

El agente número NUM000 le dio un empujón y lo apartó de la mujer, emprendiendo la huida el acusado, eludiendo el intento del agente número NUM001 de interceptarlo y continuando la huida hasta que unos metros más adelante fue interceptado por el agente número NUM002 que había acudido en auxilio de sus compañeros.

El referido agente placó con una primera ocasión al acusado, forcejearon, el acusado lo eludió y salió corriendo; el agente volvió a alcanzarlo, forcejearon llegando a caer por una rampa; el acusado volvió a eludirle y trató de nuevo de huir, volviendo a ser interceptado de manera definitiva por el agente policial, que ya pudo recibir ayuda del número NUM001 , siendo reducido y detenido el acusado.



Los tres agentes de la Policía local vestían el uniforme reglamentario.

En ese momento los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía que se encontraban con Severino a pocos metros de la entrada al recinto ajardinado, vieron a los agentes de la Policía local persiguiendo a Patricio , procediendo a ayudarles en su detención.

Como consecuencia del forcejeo mantenido con Patricio el agente de la Policía local número NUM002 resultó con lesiones consistentes en dolor en región isquiotibial de pierna izquierda con ruptura traumática fibrilar, para cuya curación precisó de exploración física, analgésicos y antiinflamatorios, tardando en curar quince días durante los que estuvo impedido para sus ocupaciones habituales. También se le rompieron las gafas graduadas que portaba, importando los daños la suma de 59 euros.

En un momento no determinado de la noche Patricio , con la intención de obtener un beneficio económico, se apoderó del teléfono móvil marca Huawei propiedad de Magdalena y de un monedero de la misma propietaria, conteniendo medicación, cuyo valor en conjunto no supera los 400 euros.

Una vez detenido, a Patricio se le incautó el referido monedero al tiempo que, en el momento de la huida, se le cayó el teléfono móvil de Magdalena así como el bolso de su propiedad con diversos efectos personales. El teléfono ha sido valorado en 75 euros.

Como consecuencia de estos hechos Magdalena , de 54 años de edad, sufrió lesiones consistentes en herida en frente de 5 cms y oblicua con bordes anfractuados y contusos con tierra y piedras en su interior, dos heridas anexas más superficiales, tumefacción y restos hemáticos en zona ocular derecha, erosión en hombro derecho de unos 4 cm, erosiones en antebrazo y codo derecho, erosiones en codo izquierdo, equimosis y zonas azuladas de unos 10 cm en la cara interna de ambos muslos hacia la región inguinal, enrojecimiento vulvar bilateral y en zona de clítoris, posteriormente diagnóstico de colección hemática en monte de venus; el 19 de mayo de 2017 requiere valoración por presentar agravamiento de su estado psiquiátrico anterior y requiere ajuste de medicación; tras requerir una primera asistencia urgente, acude a urgencias el 22-04-2017 por presentar dolor en hipogastrio y aumento de volumen en monte de venus, exploraciones complementarias como protocolo de enfermedades de transmisión sexual, exploración neurológica, TAC, RX de pelvis y ecografía vaginal, siéndole prescritos analgésicos, antiinflamatorios, antibióticos, control domiciliario del TCE, hielo local y pomadas fibrinolíticas, bajo anestesia local limpieza de la herida y extracción de material extraño de su interior con Friedrich discreto en los bordes más contusos de la herida y posterior retirada de puntos.

Tardó en curar treinta y cuatro días, de los que quince fueron impeditivos para sus ocupaciones habituales, quedándole como secuela una cicatriz a nivel de zona media de la ceja derecha y a nivel psiquiátrico un agravamiento de su patología psiquiátrica anterior con presencia de cuadro ansioso depresivo en tratamiento.

En el momento de cometer los hechos Severino tenía sus facultades ligeramente afectadas por la previa ingesta de bebidas alcohólicas.

No se ha acreditado suficientemente que en el momento de los hechos Patricio tuviera sus facultades intelectivas o volitivas disminuidas por la previa ingesta de bebidas alcohólicas y el consumo de cocaína.

El mismo día en que se celebró la última sesión del juicio oral Patricio ingresó en la cuenta de consignaciones la suma de 200 euros para pago de las responsabilidades civiles.

No se ha acreditado suficientemente que antes de abandonar el "patio rosa" Severino llegara a realizar tocamientos a Magdalena o a obligarla a hacerle una felación.

No se ha acreditado suficientemente que ninguno de los acusados utilizara para golpear a Magdalena en la cara una piedra de 10'60 kilogramos que fue encontrada manchada de sangre de Magdalena en el mismo lugar donde fue encontrada por los agentes de la Policía local".

SEGUNDO.- La parte Dispositiva de la Sentencia reza así:

"Primero: Condenar a Patricio como responsable criminalmente en concepto de autor de un delito de agresión sexual con acceso carnal en concurso ideal con un delito de lesiones, de un delito leve intentado de hurto y de un delito de resistencia a agente de la autoridad en concurso ideal con un delito leve de lesiones, con la concurrencia en los dos primeros de la circunstancia atenuante analógica de reparación del daño, a la pena, por los delitos de agresión sexual y lesiones en concurso ideal, la pena de trece años y seis meses de prisión con inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, prohibición de aproximarse a menos de 500 metros de Magdalena , de su domicilio, lugar de trabajo y lugares que frecuente así como de comunicarse con ella por cualquier medio por tiempo de catorce años y seis meses y libertad vigilada por tiempo de ocho años; por el delito leve intentado de hurto, la pena de veinte días de multa con cuota diaria de 6 euros y responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de un día por cada dos cuotas impagadas; por el delito de resistencia,



la pena de cinco meses de prisión con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y; por el delito leve de lesiones, la pena de cuarenta días de multa con cuota diaria de 6 euros y responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de un día por cada dos cuotas impagadas.

Segundo: Condenar a Severino, como responsable criminalmente en concepto de autor de un delito de lesiones y como responsable criminalmente en concepto de cooperador necesario de un delito de agresión sexual con acceso carnal, ambos en relación de concurso ideal, con la concurrencia de la circunstancia atenuante analógica de intoxicación etílica y de la circunstancia atenuante analógica de reparación del daño, a la pena, por el delito de agresión sexual, de cuatro años de prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, prohibición de aproximarse a menos de 500 metros de Magdalena, de su domicilio, lugar de trabajo y lugares que frecuente así como de comunicarse con ella por cualquier medio por tiempo de seis años y la medida de libertad vigilada por tiempo de cinco años, y, por el delito de lesiones, la pena de dos meses y quince días de prisión que en ejecución de sentencia se sustituirá conforme al artículo 71.2 del C.Penal.

Tercero: Condenar a Patricio al pago de ocho décimas partes de las costas causadas, de las que cuatro décimas partes serán las correspondientes a un juicio por delito leve, y a Severino al pago de dos décimas partes de las costas causadas, incluidas en todo caso las de la acusación particular correspondiente a Magdalena, y sin incluir las de la acusación particular correspondiente al agente de la Policía local de Torrent no NUM002.

Cuarto: Condenar a Patricio y a Severino a que conjunta y solidariamente indemnicen a Magdalena en 1.700 euros por las lesiones sufridas, 7.070 euros por las secuelas que le han quedado y 25.000 euros por daños morales, debiéndosele hacer entrega definitiva de los efectos sustraídos recuperados, y condenar a Patricio a que indemnice al agente de la Policía local de Torrent con carnet número NUM002 en 780 euros por las lesiones sufridas y en 59 euros por los daños causados en las gafas, devengando todas las indemnizaciones los intereses determinados en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Para el cumplimiento de la pena privativa de libertad y responsabilidad personal subsidiaria que se impone abonamos a los acusados todo el tiempo que han estado privados de libertad por esta causa.

Reclámese del instructor, debidamente terminada, la pieza de responsabilidades pecuniarias.

Contra esta sentencia cabe interponer recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de conformidad con lo prevenido en el artículo 846 ter y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dentro de los diez días siguientes a aquél en que se les hubiere notificado la sentencia".

TERCERO.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó Recurso de Apelación por los acusados, remitiéndose las actuaciones a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, que dictó Sentencia, con fecha 25 de septiembre de 2019 con la siguiente Parte Dispositiva:

"I. No ha lugar al recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Severino contra la Sentencia núm. 275/2019, de fecha 15 de mayo, dictada por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección tercera, en el Rollo de Sala núm. 136/2018 dimanante del Sumario núm. 611/2017, instruido por el Juzgado de Instrucción número Dos de los de Torrente. Con imposición de las costas de este recurso, incluidas las de la acusación particular, a la parte recurrente.

II. No ha lugar al recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Patricio contra la Sentencia núm. 275/2019, de fecha 15 de mayo, dictada por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección tercera, en el Rollo de Sala núm. 136/2018 dimanante del Sumario núm. 611/2017, instruido por el Juzgado de Instrucción número Dos de los de Torrente. Con imposición de las costas de este recurso, incluidas las de la acusación particular, a la parte recurrente

Notifíquese la presente sentencia al Ministerio Fiscal y a las partes personadas, con la advertencia de que contra la misma cabe preparar ante este mismo Tribunal, recurso de casación para ante el Tribunal Supremo, mediante escrito autorizado por abogado y procurador, dentro del plazo de cinco días, a contar desde la última notificación, en los términos del artículo 847 y por los tramites de los artículos 855 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; y una vez firme, devuélvanse las actuaciones al órgano jurisdiccional de su procedencia, con testimonio de la presente resolución".

CUARTO.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó por ambos condenados recurso de casación por infracción de Ley y precepto constitucional, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso, alegando los motivos siguientes:



Motivos alegados por Patricio .

Motivo primero.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.2º LECrim se denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba. **Motivo segundo.**- Por infracción de ley al amparo del art. 849.2º denuncia error en la apreciación de la prueba en relación con los arts. 180.1.2º y 179 CP, así como infracción del principio *in dubio pro reo*. **Motivo tercero.**- Por infracción de ley al amparo del art. 849.2º de la LECrim denuncia error de hecho en aplicación de la prueba. **Motivo cuarto.**- Por infracción de ley al amparo del art. 849.2º de la LECrim denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba. **Motivo quinto.**- Por infracción de ley al amparo del art. 852 de la LECrim por vulneración de los arts. 14, 24. 1 y 2, 9.3, 120.3 CE, por entender infringidos el derecho a la que la judicial efectiva, la presunción de inocencia, el principio de igualdad, la interdicción de la arbitrariedad y el deber de motivación de las resoluciones judiciales, todos ellos en relación con la indebida aplicación de los artículos 179 y 180.1.2º CP. **Motivo sexto.**- Por infracción de ley al amparo del art. 852 LECrim, por vulneración de los arts. 14, 24 1 y 2, 9.3 y 120.3 CE, invocando el derecho a la tutela judicial efectiva, la presunción de inocencia, el principio de igualdad ante la ley, prohibición de la arbitrariedad y el deber de motivación de las sentencias. **Motivo séptimo.**- Por infracción de ley al amparo del art. 852 LECrim, por vulneración de los arts. 14, 24 1 y 2, 9.3 y 120.3 CE, invocando el derecho a la tutela judicial efectiva, la presunción de inocencia, el principio de igualdad ante la ley, prohibición de la arbitrariedad y el deber de motivación de las sentencias.

Motivos alegados por Severino .

Motivo primero.- Por infracción de precepto constitucional en base al art. 5.4 LOPJ por infracción del principio de presunción de inocencia. **Motivo segundo.**- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º LECrim por vulneración del art. 28, en relación con los arts. 179, 180.1 y 2 y 147.1 CP. **Motivo tercero.**- Por infracción del art. 849.1º de la LECrim por indebida inaplicación del art. 16.2 CP.

QUINTO.- El Ministerio Fiscal se instruyó de los recursos interpuestos solicitando su inadmisión y subsidiaria desestimación de todos los motivos. La representación legal de D.^a Magdalena igualmente los impugnó. La Sala los admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Realizado el señalamiento para Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 21 de octubre de 2020.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

A.- Recurso de Severino .

PRIMERO.- Tres motivos integran este recurso que, como veremos, no es del todo congruente con el escrito de preparación. El segundo, por infracción de ley del art. 849.1º LECrim, está construido en abierta dependencia del primero (vulneración del derecho a la presunción de inocencia). Solo podría abrirse paso si se descalifica el relato de hechos probados. La desestimación del primero, destino éste que ya se anuncia, hará perder al segundo todo sustento, quedando abocado a idéntica suerte.

Expongamos las razones que impiden acoger la pretensión impugnatoria basada en la presunción de inocencia.

El recurso comienza consignando una serie de pronunciamientos jurisprudenciales que explican las relaciones entre presunción de inocencia y prueba indiciaria. Nada que objetar a esas referencias. Pero su proyección al supuesto analizado es, más que forzada, inasumible.

Es verdad que el recurrente ha sido condenado en virtud fundamentalmente (aunque no en exclusiva) de un conjunto de elementos indiciarios. Pero también lo es que ese cuadro indiciario es de una fuerza convictiva innegable y sostiene sólidamente la convicción de la Sala de instancia, refrendada por la Sala de apelación, respecto de la participación del recurrente en los hechos por los que ha sido condenado: la agresión sexual llevada a cabo por el coacusado; y las lesiones sufridas por la víctima de la violación, Magdalena .

La categorización de esta modalidad probatoria - **prueba indiciaria**- tiene utilidad práctica por cuanto permite articular protocolos de control y de suficiencia. Sin embargo, conceptualmente, quizás no sea totalmente rigurosa la diferenciación entre prueba directa e indirecta. Es más artificial de lo que se suele estimar. Hace más de cien años que un prestigioso teórico en materia probatoria se atrevía a proclamar con todo fundamento que *toda la prueba*, en último término, es *indiciaria*.

De cualquier forma resultan de extremada utilidad los parámetros, no de validez sino de suficiencia, que se han elaborado para testar la capacidad de una determinada prueba indiciaria para desmontar la presunción de inocencia.



La prueba indiciaria o indirecta no tiene necesariamente menor valor o fuerza que la prueba directa. Su admisibilidad no puede concebirse como algo a lo que tendríamos que resignarnos como irremediable concesión a criterios defensistas para evitar intolerables impunidades. No. La doctrina sobre la prueba indiciaria no constituye el camuflaje de una relajación de las exigencias de la presunción de inocencia. Es más: la prueba indiciaria es muchas veces fuente de certezas muy superiores a las que brindaría una pluralidad de pruebas directas unidireccionales y concordantes.

Al elenco de resoluciones citadas por el recurrente podemos añadir la STS 549/2019, de 12 de noviembre, o las SSTC 133/2014, de 22 de julio y 46/2014, de 22 de septiembre que evoca aquélla. A falta de prueba directa de cargo, también la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento condenatorio sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre que se cumplan unos requisitos: **a)** el hecho o los hechos base (indicios) han de estar plenamente probados; **b)** los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos base; **c)** para que se pueda comprobar la razonabilidad de la inferencia es preciso tanto que el órgano judicial exponga los indicios como que aflore el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia; y, finalmente, **d)** que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o de la experiencia común (en palabras de la STC 169/1989, de 16 de octubre "una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a criterios colectivos vigentes"(-SSTC 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 4; 124/2001, de 4 de junio, FJ 12; 300/2005, de 21 de noviembre, FJ 3; 111/2008, de 22 de septiembre, FJ 3-).

Leemos en la STC 133/2014:

*"El control de constitucionalidad de la racionalidad y solidez de la inferencia en que se sustenta la prueba indiciaria puede efectuarse tanto desde el canon de su lógica o cohesión (de modo que será irrazonable si los indicios acreditados descartan el hecho que se hace desprender de ellos o no llevan naturalmente a él), como desde su suficiencia o calidad concluyente (no siendo, pues, razonable la inferencia cuando sea excesivamente abierta, débil o imprecisa), si bien en este último caso el Tribunal Constitucional ha de ser especialmente prudente, puesto que son los órganos judiciales quienes, en virtud del principio de inmediatez, tienen un conocimiento cabal, completo y obtenido con todas las garantías del acervo probatorio. Por ello se afirma que **sólo se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia en este ámbito de enjuiciamiento cuando la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada**" (STC 229/2003, de 18 de diciembre , FJ 4)" (FJ 23)".*

Y más adelante:

"Por su parte, también resulta preciso recordar que en la STC 15/2014, de 30 de enero , se afirma "que nuestra jurisdicción se ciñe a efectuar un control externo, de modo que 'el juicio de amparo constitucional versa acerca de la razonabilidad del nexo establecido por la jurisdicción ordinaria, sin que podamos entrar a examinar otras posibles inferencias propuestas por quien solicita el amparo' (STC 220/1998, de 16 de noviembre , FJ 3) y, de otro, que entre diversas alternativas igualmente lógicas, nuestro control no puede alcanzar la sustitución de la valoración efectuada por los órganos judiciales, ni siquiera afirmar que fuera significativamente más probable un acaecimiento alternativo de los hechos" (STC 124/2001, de 4 de junio , FJ 13) (FJ 6). E, igualmente, que en la STC 1/2009, de 12 de enero , se establece que nuestro parámetro de control "respetuoso con el ámbito reservado a la jurisdicción ordinaria en orden a la fijación de los hechos, sólo considera 'insuficiente la conclusión probatoria a la que hayan llegado los órganos judiciales desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia si, a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado, desde una perspectiva objetiva y externa, que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable' (por todas STC 123/2006, de 24 de abril , FJ 5)" (FJ 4), lo que es posteriormente reiterado en la ya citada STC 126/2011 , FJ 25, en que también se mencionan las SSTC 209/2007, de 24 de septiembre , 70/2007, de 16 de abril , 104/2006, de 3 de abril , 296/2005, de 21 de noviembre , 263/2005, de 24 de octubre , y 145/2005, de 6 de junio ."

"Por último, como establece la STC 148/2009, de 15 de junio , "también se ha puesto de manifiesto que dentro del control que le corresponde realizar a este Tribunal sobre la eventual vulneración de este derecho se encuentra verificar si se ha dejado de someter a valoración la versión o la prueba de descargo aportada, concretándose que se exige solamente ponderar los distintos elementos probatorios, pero sin que ello implique que esa ponderación se realice de modo pormenorizado, ni que la ponderación se lleve a cabo del modo pretendido por el recurrente, sino solamente que se ofrezca una explicación para su rechazo (por todas, STC 187/2006, de 19 de junio , FJ 2)".

Frente a ello han de rechazarse las conclusiones obtenidas a partir de un análisis fraccionado y desagregado de los diversos hechos base y de la fuerza de convicción que proporciona su análisis conjunto y relacional. Con reiteración ha advertido este Tribunal (por todas, STC 126/2011, de 18 de julio , FJ 22) que, "cuando se aduce la vulneración del derecho a la presunción de inocencia nuestro análisis debe realizarse respecto del conjunto



de estos elementos sin que quepa la posibilidad de fragmentar o disgregar esta apreciación probatoria, ni de considerar cada una de las afirmaciones de hecho acreditadas de modo aislado, pues como ya hemos afirmado en no pocas ocasiones no puede realizarse una operación de análisis aislado de los hechos acreditados por el Tribunal sentenciador, ni de desagregación de los distintos elementos de prueba, ni de disgregación de la línea argumental llevada a cabo por el Tribunal Supremo [léase por el órgano judicial]. **Es doctrina del Tribunal absolutamente asentada que el derecho fundamental a la presunción de inocencia no puede ser invocado con éxito para cubrir cada episodio, vicisitud, hecho o elemento debatido en el proceso penal, o parcialmente integrante de la resolución final que le ponga término.** Los límites de nuestro control no permiten desmenuzar o dilucidar cada elemento probatorio, sino que debe realizarse **un examen general y contextualizado** de la valoración probatoria para puntualizar en cada caso si ese derecho fue o no respetado, concretamente en la decisión judicial condenatoria, pero tomando en cuenta el conjunto de la actividad probatoria (SSTC 105/1983, de 23 de noviembre, FJ 10 ; 4/1986, de 20 de enero, FJ 3 ; 44/1989, de 20 de febrero, FJ 2 ; 41/1998, de 31 de marzo, FJ 4 ; 124/2001, de 4 de junio , FJ 14; y ATC 247/1993, de 15 de julio , FJ 1)."

Con estos parámetros como referente deviene obvia la improcedencia de acomodarnos a una dialéctica, muy habitual en las estrategias de defensa, consistente en analizar aisladamente los fragmentarios elementos indiciarios discutiéndolos separadamente para, desde ahí, al margen de toda lógica, concluir que se ha lesionado la presunción de inocencia en cuanto se detecte algún punto débil o se concluya la insuficiencia de cada indicio analizado autónomamente y desconectado de los demás. El abordaje ha de ser conjunto: examinar la totalidad de indicios que nutren la certeza de la Sala para comprobar tanto que la motivación y deducción es racional; como que, engarzados y conectados, los indicios son concluyentes en el sentido de que no admiten otra explicación plausible distinta a la afirmada en la sentencia. Esta tarea no exige demasiado esfuerzo en este supuesto.

El recurrente opone al razonamiento de la Sala como explicación alternativa que despojaría a los indicios de su fuerza inculpativa, al ofrecer otra versión plausible distinta de la inculpativa, unas hipótesis que resultan inasumibles por inverosímiles. Y son más inverosímiles en tanto que habrían de admitirse globalmente, todas y cada una, so pena de venirse abajo toda la construcción. Basta con rechazar una, para que se derrumbe el armazón argumental.

En cuanto a las lesiones, se brinda como explicación que la víctima se cayó cuando se desplazaban con ella al lugar donde finalmente fue localizada: la Sala encuentra esa tesis objetivamente incompatible con la naturaleza, reiteración y ubicación de las lesiones.

En cuanto a los vestigios de sangre y ADN de la víctima encontrados en su vestimenta, que pudieron ser consecuencia de sus intentos por separar al otro acusado de la víctima; lo que también considera la Sala de instancia inasumible a la vista del lugar donde aparecen esos vestigios. Además no se identificaron restos biológicos del otro acusado, lo que sería más lógico si pensamos en esa versión defensiva.

A las manchas de tierra observadas en sus pantalones, atribuye la misma explicación; pero la Sala considera que sus manifestaciones carecen de credibilidad al haber oscilado a lo largo del procedimiento su relato en especial en lo referente a si llegó a entrar o no al patio donde tuvieron lugar los hechos. Las manchas de tierra y su ubicación son muy expresivas.

Los indicios son rotundamente concluyentes. Ningún argumento puede tener más fuerza para suscribir como lógica tal aseveración que la transcripción del razonamiento, extenso, cuidado, riguroso, detallado, que recoge la sentencia de instancia como motivación fáctica:

"... 2a Los acusados reconocieron que se marcharon con la denunciante (aunque Severino dijo que seguía a Patricio y la denunciante a una cierta distancia) y Patricio reconoció haber ido con la denunciante hasta el recinto conocido como el "patio rosa", mientras que Severino expuso en el procedimiento dos versiones contradictorias, afirmando en el juicio oral que no llegó a acceder al "patio rosa".

En cuanto al trayecto hasta el "patio rosa", ambos acusados manifestaron que la denunciante, por su estado de embriaguez, se cayó más de una vez al suelo, causándose las lesiones que presentaba en el rostro.

Basta examinar las fotografías aportadas a los folios 63-67 del tomo 1 para comprobar que semejantes lesiones no pueden haberse causado con motivo de una o más caídas casuales en la calle tanto por la entidad de las lesiones que presenta la denunciante como por su localización, entre otras, en la zona genital y próxima a la genital, además de las lesiones del rostro, sin que la explicación exculpativa de los acusados justifique la variedad de zonas afectadas ni la gravedad de la afectación.

3ª No discutiéndose que Patricio llegó a estar con la denunciante en esa zona escondida (donde fue sorprendido por los agentes de la Policía local), Severino ha presentado tres versiones distintas y



contradictorias acerca de su intervención en los hechos y, en realidad, las tres versiones son incompatibles con las pruebas objetivas aportadas.

En el juicio oral manifestó que acompañó a Patricio y a la denunciante hasta el parque pero que no llegó a entrar en la zona del "patio rosa", aunque sí afirmó que la denunciante se cayó al suelo por el camino varias veces, lesionándose en la cara, y ayudándola los dos acusados a levantarse. Ya se ha visto la imposibilidad de que las lesiones de la denunciante se causaran por esas alegadas caídas casuales.

En su declaración indagatoria (folios 253-254 del tomo 2) reconoció que llegó a entrar en la zona el "patio rosa", pero insistió en que las lesiones de la denunciante se produjeron por sus reiteradas caídas por el camino hasta allí, afirmando que se marchó al poco tiempo dejando solos a Patricio y a la denunciante al observar que se besaban y abrazaban.

Y en su declaración policial (folio 24 del tomo 1) y en su declaración judicial como detenido (folios 38-39 del tomo i) manifestó que llegó a estar en el parque, que Patricio comenzó a besar y a quitarle la ropa a la denunciante, que ella no quería, que comenzó a gritar, que él trató de separarlos (motivo por el que se manchó de sangre) y al no conseguirlo se marchó para pedir ayuda.

Pero las pruebas objetivas describen otra situación. Ciertamente es complicado establecer la concreta intervención del acusado por los problemas de memoria de la denunciante, que solo recuerda al agresor sorprendido por la Policía sobre ella, aunque también recordaba que del bar salió con los dos acusados.

Que Severino estuvo en la zona del "patio rosa" lo acredita no solo el reconocimiento del propio acusado en todas las declaraciones previas al juicio oral, sino especialmente el hallazgo en dicho lugar de un pañuelo de celulosa (según acta de inspección ocular obrante al folio 91 del tomo 1 y ratificada en el juicio oral por los funcionarios policiales intervinientes), pañuelo fotografiado a los folios 95 y 96) y en el que se detectaron manchas de sangre pertenecientes al acusado y a la denunciante (según informe pericial ratificado en el acto del juicio oral y, con relación al pañuelo, obrante a los folios 239-240, apartado cuarto).

Por tanto, el acusado no dijo la verdad en el juicio oral.

En cuanto a su actuación en el "patio rosa", donde dijo inicialmente que intentó separar a Patricio de la denunciante (porque la golpeaba) y luego que se quedó mirando y se marchó (porque no había violencia), los restantes hallazgos que revelaron las pruebas genéticas describen algo muy distinto.

En este sentido la referida prueba reveló manchas de sangre de la denunciante en el hombro derecho de la camiseta que vestía el acusado (folios 239-240 resultado cuarto) y en la ingle de la pernera izquierda del pantalón gris que vestía también el acusado (folio 239 resultado tercero), así como restos celulares de la denunciante y del acusado Severino en la parte interior de la cintura del mismo pantalón que vestía Severino (folio 241 resultado séptimo).

Como apuntó el Ministerio fiscal, si la denunciante solo sangraba por la herida de la ceja, la mancha en la camiseta puede obedecer a otras causas, pero la mancha en la zona de la ingle del pantalón apunta hacia una situación en la que Severino estaría situado sobre la denunciante y con su ingle próxima a su rostro (razón por la que se manchó de sangre).

En todo caso, ya se ha dicho que la explicación que ofreció Severino en las declaraciones en que reconoció haber estado en el "patio rosa" a las manchas de sangre en su ropa es que trató de separar a Patricio de la denunciante.

Y no es razonable en modo alguno que con motivo de esa acción de separar a Patricio (que estaría en una posición de superioridad con relación a una denunciante visiblemente afectada por la bebida y medicación ingeridas), solo se le transfiriera ADN de la denunciante y no hubiera ninguna transferencia de Patricio, con quien debió mantener un forcejeo de más intensidad si es que realmente trataba de separarle de la víctima.

De otro lado, la proximidad de la zona de la ingle de Severino al rostro de la denunciante queda confirmada por el hallazgo de restos celulares en la cintura del mismo pantalón, restos que los peritos explicaron en el juicio oral que se encontraron en la zona interna de la cintura, no en la zona externa.

El acusado ya no pudo explicar en el juicio oral (ni en su declaración indagatoria) tal hallazgo que revela que la denunciante llegó a estar tan próxima al pantalón del acusado que incluso pudo dejar restos celulares en el interior de su cintura.

Finalmente, que Severino estaba próximo a la denunciante y en una posición que nada tiene que ver con el intento de alejar a Patricio lo demuestra la circunstancia de que tanto el pantalón que vestía como el mismo rostro de Severino estaban manchados de tierra del mismo color que la tierra que había en la zona del "patio rosa".



Los hermanos Julio que acudieron al lugar donde estaba gritando detectaron esa suciedad de tierra en la cara y ropa del acusado y así lo manifestaron en el juicio oral. En concreto Santos detalló que tenía medio cuerpo manchado de tierra,

De hecho, los pantalones de los dos acusados presentaban esa suciedad por tierra similar a la del lugar de los hechos y, así fue advertido por los funcionarios policiales que los recogieron para ser analizados (folio 104 del tomo 1) .

De este modo, Severino estuvo en el "patio rosa" pese a haberlo negado en el juicio oral; Severino no se limitó a presenciar pasivamente los contactos sexuales entre Patricio y la denunciante (como dijo en su declaración indagatoria) y no se limitó a separar a Patricio de la denunciante al ver que la golpeaba (como dijo en su declaración policial y en su declaración como detenido).

Los vestigios materiales y genéticos muestran que Severino se posicionó colocando su ingle próxima al rostro de la denunciante (solo así pudo mancharse de sangre y, además, dejar restos celulares en la parte interior de la cintura del pantalón) y que ese posicionamiento lo hizo cuando la denunciante ya estaba en el suelo (lugar donde la encontraron los agentes de la Policía local); porque solo así pudo mancharse de tierra medio cuerpo e incluso medio rostro, como observaron los hermanos Julio

En esa posición solo podía participar junto a Patricio en la labor de vencer la resistencia que ofrecía la denunciante propinándole tantos golpes como fueron necesarios para que la denunciante resultara con todas las lesiones descritas en los informes médicos y visibles en las fotografías aportadas.

Pese a que lo negó desde su primera declaración, se ha aportado prueba de cargo suficiente para poder afirmar que Severino también golpeó a la denunciante y, por tanto, también es responsable de sus lesiones junto con el otro acusado, cuya responsabilidad respecto de ese resultado lesivo es más clara al haber sido ese acusado quien fue sorprendido sobre la víctima abusando sexualmente de ella. Esos golpes, esa fuerza física desplegada por los dos acusados, solo podían tener como finalidad vencer su resistencia para poder llevar a cabo los abusos sexuales que pretendían tener sobre la denunciante.

Ese interés sexual y esa finalidad de atentar contra la libertad sexual de la denunciante están presentes en toda la acción de los acusados desde que salen del bar.

Así, Severino dijo en todas sus declaraciones que Patricio besaba y abrazada a la denunciante haciéndolo, según la declaración de que se tratara, con o sin violencia.

Por su parte Patricio en su declaración obrante a los folios 198-200 del tomo 1 afirmó que Severino trataba en todo momento de tocar el culo a la denunciante y que incluso le ofreció dinero para mantener relaciones sexuales con ella.

Y, en fin, cuando se produjo la intervención policial, Patricio estaba con los pantalones bajados sobre la denunciante (junto a su rostro) y ésta estaba semidesnuda.

Por tanto, la agresión conjunta de los dos acusados a la denunciante tenía como finalidad atentar contra su libertad sexual".

El fragmento es largo. Pero merecía la pena invertir unas páginas en su reproducción en tanto tras su lectura nadie puede pensar con un mínimo de seriedad que se ha podido vulnerar la presunción de inocencia. Solo el derecho de defensa puede justificar -y legitimar!- ese infundado reproche a la sentencia.

El primer motivo decae, arrastrando con él al segundo.

SEGUNDO.- El tercer motivo reclama por la vía del art. 849.1º LECrim, la aplicación del desistimiento previsto en el art. 16.2 CP como causa exoneradora de la responsabilidad penal. El recurrente -se arguye para el caso de ser rechazado su alegato exculpatorio (primer motivo)- habría abandonado el propósito criminal antes de que se hubiese consumado el acceso. Es más, reclamó el auxilio de terceros para evitar que el coacusado culminase su intención.

Asumir esa argumentación no conduciría a la exoneración sino a una condena por el delito ya consumado. La pena podría ser similar a la impuesta (agresión sexual del art. 178, en concurso con las lesiones, y además con supresión de la atenuante de reparación que solo adquiere sentido en relación al acceso).

No obstante, dos obstáculos levantan un infranqueable muro procesal que impide adentrarse en el debate propuesto:

a) El motivo no fue anunciado en el escrito de preparación, rompiendo así el principio de debida congruencia entre la preparación y la formalización. Bien es cierto que éste puede considerarse un defecto menor sorteable en virtud del principio *pro actione* (art. 11 LOPJ). Pero no lo es el otro impedimento procesal.



b) En efecto, no solo es que se haya omitido la mención de este motivo en el escrito de preparación, sino que, además, no se hizo presente en el previo recurso de apelación. Nos encontramos frente a una casación *per saltum*: no es admisible por cuanto supone recurrir directamente la sentencia de la instancia y no la del Tribunal Superior de Justicia que es la impugnada en casación (arts. 847.1 a) 1º y 884.2 LECrim). La prohibición de aflorar en casación pretensiones que no se hicieron valer en apelación es doctrina ya asentada en la jurisprudencia. El exponente más significativo es la sentencia de Pleno 345/2020, de 23 de junio:

"Se suscita una cuestión nueva en tanto no fue planteada ni en la instancia ni en apelación. No es ello posible, salvo supuestos marcadamente excepcionales. Lo impide la naturaleza revisora del recurso de casación. Lo que se recurre es la sentencia de apelación. Se analiza si ha acertado al resolver el recurso planteado. No pueden traerse a casación cuestiones que no han sido objeto de debate en apelación. No podemos revisar la decisión de la Audiencia sobre ese punto, sencillamente porque no ha adoptado ninguna decisión al respecto en cuanto el tema no le fue planteado. Eso comporta la inadmisibilidad del recurso".

Tras citar las SSTs STS 41/2020, de 6 de febrero, 661/2019, de 14 de enero de 2020, continúa argumentando:

"No estamos ante una singularidad de la doctrina de esta Sala de casación, sino ante un tema transversal propio y característico de la teoría general de los recursos procesales, sea cual sea el orden jurisdiccional en que nos movamos.

Cuando coexisten dos escalones impugnativos (normalmente apelación y casación), al segundo solo podrán acceder las cuestiones que hayan sido objeto de debate en la instancia previa. Tal axioma constituye una derivación de la doctrina de la *cuestión nueva* en el ámbito de los recursos, campo donde además adquiere connotaciones más rígidas. A la segunda instancia puede llevarse todo lo tratado en el juicio de instancia de forma explícita o implícita. También cuestiones que no hubieran sido alegadas pero que han aflorado en la sentencia como consecuencia de la amplitud del conocimiento en esa instancia, marcado tan solo por los principios acusatorio, en materia penal, y de rogación o dispositivo en otros ámbitos. No en cambio aquellos temas novedosos que fueron silenciados sin razón alguna en la instancia.

Pero a un recurso posterior solo podrá acceder lo delimitado por la impugnación previa.

El recurso de casación penal en el régimen vigente se admite legalmente (dejando al margen casos excepcionales -v.gr.: aforados-) contra sentencias dictadas en apelación. En casación se ventila la corrección de la decisión del Tribunal de apelación. Ello, indirectamente, supondrá debatir sobre temas decididos primeramente en la instancia; pero no sobre todos, sino solo sobre aquéllos que hayan sido llevados a la apelación porque solo sobre ellos puede pronunciarse el tribunal *ad quem*. El resto de asuntos decididos y no cuestionados ni impugnados han de considerarse consentidos (*tantum devolutum quantum appellatum*). La apelación no es un nuevo juicio íntegro: su objeto es más limitado que el de la instancia. Está marcado por los contornos prefijados por el apelante -y, en su caso el impugnante adhesivo- en su recurso.

Si lo que se puede recurrir en casación es la sentencia de apelación (no la del Juzgado de lo Penal o, en su caso, la Audiencia Provincial) como recordamos continuamente, secuela revestida de una lógica aplastante y derivada de esa premisa será que no podrá introducirse *per saltum* lo que no fue objeto de examen por el Tribunal de apelación.

Lo decidido por un Juzgado de lo Penal no es susceptible de casación; solo de apelación. Es lo resuelto en apelación lo que puede acceder a casación. Y en la casación se ventila la conformidad a derecho de la sentencia de apelación que, si es correcta, solo podrá pronunciarse sobre lo impugnado, no sobre otras cuestiones que las partes no cuestionan en sus recursos. Es más, si resolviese sobre otros puntos no impugnados, aunque su solución fuese hipotéticamente acertada en el fondo, habría que anularla en casación ante la queja de cualquier parte por no haberse ajustado a ese dogma elemental y clásico: *tantum devolutum quantum appellatum* (vid. art. 465.5 LEC).

Pueden aducirse en casación nuevos argumentos (v.gr. se pidió en apelación que se suprimiese la reincidencia por no tratarse de delito de la misma naturaleza y en casación se alega, además, que el antecedente estaba cancelado); pero no podrán introducirse nuevas pretensiones impugnatorias (no se discutió la reincidencia en la apelación y en casación se lucha por suprimir la agravante: sobre esa cuestión no hay ningún pronunciamiento de la Audiencia; por tanto no se puede reprochar a la Audiencia una decisión inexistente. No se puede anular una sentencia de la Audiencia que ha resuelto de forma impecable todo lo que le presentó para resolver; y que, también haciendo lo que debía hacer, no se ha pronunciado sobre otras cuestiones). Las pretensiones impugnatorias no admiten el efecto *Guadiana*: desaparecen en la apelación y reaparecen sorpresivamente en una ulterior impugnación. En el momento en que se consiente una decisión no impugnándola queda expulsada esa cuestión de la controversia, ha dejado de formar parte del objeto procesal



de la apelación y, por ende, de la casación. Las impugnaciones sucesivas han de ser un *continuum* guardando congruencia unas con otras.

En el ámbito penal así vino a afirmarlo la jurisprudencia desde que se introdujo un recurso de apelación previo a la casación en el procedimiento del jurado. Antes el problema del recurso *per saltum* no aparecía: no existía una segunda instancia previa a la casación (el diseño era o *apelación o casación*; pero no *apelación más casación*). Con la generalización de la segunda instancia han comenzado a reproducirse supuestos, cada vez más frecuentes, en que aparece esta disfunción. Se vienen resolviendo en la forma que ha quedado expuesta en el fundamento anterior, sin perjuicio de que situaciones muy excepcionales puedan requerir soluciones excepcionales (y también contamos con algunos precedentes indicativos de ello: v.gr., un pronunciamiento jurisprudencial de relieve que marca una línea muy diferente y que irrumpe ya resuelta la apelación)".

Y acaba tal STS 345/2020 repasando la vigencia de tal principio (prohibición del recurso *per saltum*) en los demás órdenes jurisdiccionales.

Resulta aplicable tal doctrina respecto de este novedoso alegato lo que implica la **desestimación** del tercer motivo.

TERCERO.- De cualquier forma no sobra apostillar que también si entrásemos en su análisis de fondo resultaría inacogible. Solo un decidido y firme *actus contrarius* permitiría hablar de un desistimiento activo penalmente relevante, al tratarse de una acción desarrollada conjuntamente (art. 16.3 CP: "*cuando en un hecho intervengan varios sujetos, quedarán exentos de responsabilidad penal aquél o aquellos que desistan de la ejecución ya iniciada, e impidan o intenten impedir, sería, firme y decididamente, la consumación sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados*"). Para que un *desistimiento voluntario* (se arrepiente de colaborar con la actividad delictiva ya iniciada) alcanzase eficacia exoneradora le serían exigibles acciones contrarias que *neutralicen su aportación*. Está obligado a impedir la consumación del hecho ya iniciado en cuanto esté razonablemente a su alcance. Se ha convertido en garante. Dar aviso a unos viandantes y alejarse en dirección opuesta dista de esas exigencias, que deben traducirse en actos que revelen un empeño serio y decidido de impedir la acción iniciada. *Que haga todo lo posible por impedir el hecho* es la fórmula simple y comprensible que usa un afamado tratadista. Estas son las ideas que laten tras el art. 16.3 CP, en sintonía con la regulación de otros ordenamientos y una larga tradición de debate doctrinal (STS 174/2015, de 14 de mayo). *Item* más, como se ha señalado antes subsistiría un delito de agresión sexual del art. 178 en concurso ideal con un delito de lesiones, con la concurrencia de una única atenuante que no impediría llegar a penalidad similar a través de los mecanismos del art. 77 CP.

B.- Recurso de Patricio .

CUARTO.- Buena parte de los siete motivos que componen el recurso de este condenado (primero a cuarto) se fundan en el art. 849.2º LECrim -*error facti*- denunciando supuestos errores en la valoración de la prueba, aunque argumentando por sendas que se encuentran al margen de la estricta disciplina procesal que rodea tal precepto; o incluyendo invocaciones del principio *in dubio*, igualmente inapropiadas en ese cauce, así como, más en general, en cualquier recurso de casación. Los temas serán luego recuperados en los tres motivos restantes, esta vez a través de vías, más rigurosas procesalmente (presunción de inocencia en concreto; no así el resto de infracciones constitucionales consignadas), aunque con igual falta de base en el fondo.

Ese formato -art. 849.2º-, incompatible con la argumentación que se vierte, lleva a la representante del Ministerio Fiscal a dedicar los primeros párrafos de su elogiado escrito de impugnación a recordar que ni el art. 849.2º permite atacar la valoración de la prueba de forma genérica, ni el principio *in dubio* puede ser aplicado en casación, salvo en su contenido normativo (se condena pese a manifestarse dudas: el principio obliga, no a dudar, sino a absolver cuando el Tribunal exterioriza sus dudas). Hacemos nuestras las consideraciones del Fiscal que recuerda una doctrina reiterada de esta Sala.

No sobra en todo caso sintetizar ambas ideas que conducirán -junto a otras razones- a rechazar los cuatro primeros del recurso.

QUINTO.- Es muy frecuente el uso del art. 849.2 LECrim; pero es muy infrecuente su uso correcto (STS 368/2018, de 18 de julio). Este recurso constituye buena muestra de esa afirmación.

Se explica esa paradoja seguramente porque el motivo está rodeado de una rígida disciplina procesal apta para provocar no pocos *tropezones* en quienes echan mano de él seducidos por su etiqueta definidora -e *error en la valoración de la prueba*-, pero ignorando los requisitos adosados a esa categorización general, tremendamente exigentes. Son precisamente esos condicionantes estrictos los que permiten armonizar una posibilidad de revisión de valoración probatoria con la naturaleza extraordinaria del recurso de casación y el respeto al principio de inmediación.



Tal vía - art. 849.2 LECrim- permite excepcionalmente revisar la valoración de la prueba realizada por la Sala de instancia para que el Tribunal Supremo la sustituya por la operada directamente por él. El respeto al principio de inmediación impone, empero, dos severas restricciones:

a) Solo respecto de la prueba documental la posición de los Tribunales de casación y de instancia es idéntica en orden a la inmediación. Esa realidad permitió incrustar esta fórmula casacional - *error facti*- ausente en la originaria casación. No es una traición a la inmediación encubierta como principio estructural en el modelo de nuestra Ley Procesal. El documento está ahí: puede ser percibido en iguales condiciones por ambos órganos jurisdiccionales. No padece la inmediación.

b) Esa idea rectora -inmediación- aboca a una significativa limitación que restringe mucho la operatividad de la norma: lo que se pretende acreditar con el documento no puede estar contradicho por otros elementos de prueba. Es coherente el correctivo: si concurren otros medios de prueba de carácter personal que desmienten lo que se deduce del documento, respecto de ellos el Tribunal de casación carece de inmediación. Por tanto, en la concepción de la originaria LECrim, está incapacitado para sopesar la fuerza probatoria del documento en contraste con esas otras fuentes probatorias.

El recurso que ahora analizamos incurre en varios de los enfoques distorsionados más habituales peleando infructuosamente por encajar en este angosto cauce casacional un discurso que supone una enmienda total a la valoración de la prueba efectuada por la Audiencia.

Es necesario, según el art. 849.2, que el razonamiento tome como base auténtica prueba documental. No lo son las pruebas personales documentadas. Algunos de los razonamientos del recurrente arrancan de declaraciones efectuadas por testigos, o por los propios acusados. Amén de no ser prueba documental, sino prueba personal documentada, tales manifestaciones carecen de literosuficiencia en relación a lo que se trata de probar (estado de embriaguez, forma de causación de las lesiones, inexistencia de penetración...). La grabación del juicio oral en soporte videográfico no altera este esquema según ha reiterado esta Sala.

Por otra parte, no basta con citar documentos como mera excusa para discutir sin limitación alguna sobre la prueba. Es necesario (i) que los documentos sean literosuficientes, es decir demostrativos de lo que se quiere acreditar; (ii) que se hayan designado tanto los documentos como sus particulares concretos relevantes; (iii) que las aseveraciones que quieren extraerse de ellos no estén contradichas por otros elementos probatorios; y, por fin, (iv) que se consigne la redacción alternativa del hecho probado que se propone.

De todos esos requisitos el recurrente respeta la designación de documentos; o, mejor, de informes periciales, tipo de prueba que en ciertas condiciones ha sido admitido por esta Sala como palanca para activar el mecanismo previsto en el art. 849.2º LECrim; así como la proposición de una redacción alternativa. Pero no se atiene al resto de requisitos. Así, v.gr., acude a la prueba testifical para refutarla o reclamar su ayuda; lo que constituye argumentación extraña a la morfología del art. 849.2º LECrim.

SEXTO.- En lo atinente al principio *in dubio*, está bien traída a colación la sentencia de esta Sala citada en su dictamen por la representante en casación del Ministerio Fiscal: STS 277/2013, de 13 de febrero. Tal principio -dice esa sentencia- carece de operatividad en casación, pese a su estrecho parentesco con la presunción de inocencia. El principio *in dubio* solo es invocable en casación en su faz normativa, es decir, si se produce una condena pese a mostrar el Tribunal de enjuiciamiento sus dudas. Eso quebraría la obligación de absolver cuando no se alcanza una certeza exenta de dudas razonables. No sucede así aquí: el Tribunal ha emitido un pronunciamiento condenatorio porque, como razona, no tiene duda alguna sobre cada uno de los hechos que considera probados. El Tribunal Superior de Justicia participa de esa convicción a partir del examen de la sentencia y los argumentos esgrimidos ante él en la apelación. Ahí queda cerrado el juego del principio *in dubio*. El Tribunal de Casación no puede preguntarse si alberga dudas sobre la culpabilidad, o sobre cualquiera de los datos consignados en el hecho probado o si los Tribunales de instancia o de apelación debieron abrigar unas dudas que no albergaron. Sólo puede fiscalizar a través de la presunción de inocencia la corrección motivacional de la convicción de culpabilidad proclamada y la suficiencia, y licitud de la prueba sobre la que se asienta esa convicción. No podemos efectuar una nueva valoración de toda la prueba (a espaldas del principio de inmediación) para, como si se tratase de otra primera instancia, decidir si el acusado es culpable o inocente. Tan solo podemos supervisar la convicción sobre la culpabilidad proclamada en la instancia y confirmada en apelación, desde la perspectiva amplia y poliédrica, pero a la vez limitada, de la presunción de inocencia que, tal y como es perfilada por la jurisprudencia constitucional y ordinaria, no se solapa totalmente con el ámbito del principio *in dubio* (aunque hay espacios comunes y las diferencias seguramente sean menores de las que en los primeros años de desarrollo del derecho consagrado por el art. 24.2 se intentaron marcar).

El Tribunal de casación puede analizar si las pruebas en las que se basa la condena son lícitas; si han sido válidamente practicadas; si conducen razonablemente a esa convicción de culpabilidad en cuanto que son concluyentes, y han sido racionalmente interpretadas por los jueces *a quibus* de forma que no queden



cuestionadas por otras hipótesis alternativas más favorables compatibles con el cuadro probatorio. Pero no ha de preguntarse si, situado hipotéticamente en el mismo lugar de la Audiencia, hubiese tenido alguna duda sobre algún aspecto. Eso supondría usurpar una competencia que el legislador ha querido residenciar primero en la Audiencia Provincial y, más limitadamente, en el Tribunal Superior de Justicia. En la distribución de funciones efectuada por la ley quien no tomó contacto directo con la prueba podrá decidir cuándo es objetivamente insuficiente para fundar una sentencia condenatoria; pero no cuándo subjetivamente pudo subsistir un espacio para la duda ante determinadas pruebas. Esta segunda faceta no es supervisable. En ese plano se mueven ordinariamente los frecuentes casos en que confluyen pruebas de cargo y de descargo cuyo balance conjunto, sin embargo, no resta un ápice de certidumbre al Tribunal de instancia sobre la culpabilidad. En ese terreno la última palabra, siempre y cuando esté debidamente motivada y justificada, la ostenta ese tribunal.

Las decisiones condenatorias cuando las pruebas son inexistentes o insuficientes son controlables a través de un recurso extraordinario. No lo son cuando concurren pruebas de cargo y de descargo y se otorga razonadamente poder convictivo a aquéllas. La presunción de inocencia supone un veto a toda condena no basada en prueba de cargo suficiente (efecto negativo); pero no obliga como regla a dotar de mayor credibilidad a la prueba exculpatoria sobre la incriminatoria (inexistente efecto positivo de la presunción de inocencia como regla de juicio; aunque en otras vertientes -regla de tratamiento o principio informador del proceso- sí puedan anudarse a la presunción de inocencia consecuencias positivas y no meramente excluyentes o negativas).

En definitiva, el principio *in dubio* solo es fiscalizable en el recurso de casación en su aspecto normativo. La presunción de inocencia obliga a partir como premisa en el razonamiento de la inocencia del acusado. El principio *in dubio*, por su parte, no obliga a dudar, sino a absolver cuando valorada toda la prueba, persisten dudas sobre la culpabilidad. Si, pese a ello, se condena, la decisión habrá de ser anulada. Un veredicto acompañado de explicaciones del tipo " *nos ha parecido muy probable...*"; " *es casi seguro que lo hizo el acusado...*"; " *las posibilidades de que no interviniese son escasas...*" habría de ser revocado, si es que no fue devuelto por el Magistrado presidente. Constituiría expresión no ya de motivación insuficiente, sino de una decisión legalmente incorrecta en cuanto se viola el estándar "certeza más allá de toda duda razonable".

Es tópica esa distinción entre la dimensión normativa y la dimensión fáctica del principio "*In dubio*". El ATS de 3 de junio de 2004 expresa en este sentido:

" Respecto a la vulneración del principio "in dubio pro reo", éste, tiene dos dimensiones: una dimensión normativa y una dimensión fáctica. Esta última hace referencia al estado individual de duda de los jueces, y por lo tanto debe quedar fuera de la casación, y la dimensión normativa se manifiesta en la existencia de una norma que impone a los jueces la obligación de absolver cuando no se hayan podido convencer de la culpabilidad del acusado o de condenar por la hipótesis más favorable al mismo, por lo que en esta dimensión, como norma sustantiva no simple norma interpretativa que el Tribunal debe observar en aplicación de la Ley penal, la infracción del principio "in dubio pro reo" sí debe dar lugar a la casación, y en su caso, incluso, al recurso de amparo constitucional art. 24. 2 CE .

En efecto, en el momento de ponderar la prueba hay un principio esencial, según el cual en caso de duda hay que decidir a favor del acusado: "in dubio pro reo" . Evidentemente, una cosa es el estado individual de duda de los jueces, que queda fuera de toda posible revisión, y, por tanto, de la casación, sin duda por su vinculación con la inmediación con la que se percibe la prueba, y otra cosa es la dimensión normativa, que se manifiesta en la existencia de una norma que impone a los jueces la obligación de absolver cuando no se hayan podido convencer de la culpabilidad del acusado o de condenar por la hipótesis más favorable al mismo, norma que es de carácter sustantivo y que el Tribunal debe observar en la aplicación de la Ley penal, y cuya infracción, por tanto, sí puede dar lugar al recurso de casación.

Así, en la STS 444/2001 de 22 de marzo hemos recordado que "el principio in dubio pro reo no excluye, como ocurría en antiguos precedentes jurisprudenciales, el derecho a recurrir en casación de una manera absoluta", aunque de este principio "no se deduce que el acusado tenga derecho a que el Tribunal en ciertas circunstancias dude. El derecho que se deriva de este principio, dice la mencionada STS, se concreta en que el Tribunal que realmente ha dudado no está autorizado a condenar. Por lo tanto, sólo en este aspecto normativo cabe fundamentar un motivo de casación en el principio "in dubio pro reo" (ATS de 27 de febrero de 2003)".

La STS 1218/2004, de 2 de noviembre desarrolla un discurso semejante:

" El desarrollo argumental del motivo hace necesario deslindar como fases perfectamente diferenciables dentro del proceso de análisis de las diligencias probatorias, los dos siguientes:

1º Una primera de carácter objetivo que podría calificarse de constatación de existencia o no de verdaderas pruebas, fase en la que a su vez habría que diferenciar dos operaciones distintas:



a) precisar si en la realización de las diligencias probatorias se han adoptado y observado las garantías procesales básicas.

b) precisar si, además, tales diligencias probatorias suponen o aportan objetivamente elementos incriminatorios o de cargo.

2º Una segunda fase de carácter predominante subjetiva, para la que habría que reservar "estrictu sensu", la denominación usual de "valoración del resultado o contenido integral de la prueba", ponderando en conciencia los diversos elementos probatorios, en base a los cuales se forma libremente la conciencia del Tribunal.

En la primera fase operaría la presunción de inocencia, en la segunda el principio in dubio pro reo. Así la presunción de inocencia se desenvuelve en el marco de la carga probatoria y supone (STC 31 de mayo de 1985) que no es el acusado a quien corresponde demostrar que es inocente frente a la acusación que contra él se formula, sino que es a quien le mantiene a quien compete acreditar la imputación mediante las correspondientes pruebas, practicadas con validez jurídica y que puedan objetivamente reputarse como pruebas de cargo: y por su parte, el principio "in dubio pro reo", presuponiendo la previa existencia de la presunción de inocencia, se desenvuelve en el campo de la estricta valoración de las pruebas, es decir de la apreciación de la eficacia demostrativa por el Tribunal de instancia a quien compete su valoración la conciencia para formar su convicción sobre la verdad de los hechos (art. 741 LECr .).

La importancia de esta distinción es fundamental en la práctica dado que el Juzgador de instancia compete realizar en toda su extensión el integro proceso de análisis de las diligencias probatorias practicadas, comprensivo, por tanto, de las dos fases indicadas.

De igual manera estimamos obvio afirmar que compete al Tribunal de la apelación, Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional, concretar si en las resoluciones judiciales impugnadas se ha realizado escrupulosamente el análisis o examen que aquella primera fase "objetiva" impone, y en caso negativo, es de su propia incumbencia el corregir los posibles errores judiciales que se hayan cometido, con las diversas consecuencias judiciales inherentes en una y otra forma de control. Ello es aplicación indudable del derecho constitucional a la presunción de inocencia, como asimismo el escrupuloso respeto por el Juzgador de instancia de tal principio, debe llevar a éste, cuando de tal examen resultase la inexistencia de "pruebas de cargo" contenidas con las garantías procesales, a la libre absolución del acusado. No hacerlo así sería un "error judicial" revisable por las vías indicadas.

Sin embargo, respecto de la segunda fase, dentro de lo hemos calificado como predominantemente subjetiva, en la que el Juez de instancia valora el resultado de la prueba, ponderando en conciencia los distintos elementos probatorios presentes en las actuaciones y formado ya en base a tales datos objetivos, libremente su convicción, con la importante precisión de que también en esta segunda fase sigue operando, respecto del juzgador de instancia, el derecho constitucional analizado, pero ahora ya con la clásica formulación de in dubio pro reo, y por lo que respecta a dicho principio, es doctrina de esta Sala que tiene un carácter inminente procesal utilizable en el ámbito de la crítica de la prueba e instrumental en orden a resolver los conflictos en los que el Tribunal no puede llegar a una convicción firme sobre lo probado en casos en los que la duda surgida debe ser resuelta a favor del reo.

No es principio invocable en casación, ni resulta aplicable en los supuestos en que el Tribunal llega a una convicción en conciencia sobre el acreditamiento de un dato fáctico, excluyéndose toda duda sobre su existencia.

A pesar de la íntima relación que guardan el derecho de presunción de inocencia y el principio in dubio pro reo, y aunque uno y otro sea manifestación de un genérico favor rei, existe una diferencia sustancial entre ambos, de modo que su alcance no puede ser confundido. El principio in dubio pro reo solo entra en juego cuando practicada la prueba, ésta no ha desvirtuado la presunción de inocencia. Dicho en otros términos, la aplicación de dicho principio se excluye cuando el órgano judicial no ha tenido duda sobre el carácter incriminatorio de las pruebas practicadas (SSTS. 1.3.93, 5.12.2000, 20.3.2002, 18.1.2002, 25.4.2003).

Doctrina está recogida por esta Sala (por ej. 16.4.2003) precisando que en punto a la vulneración de la presunción de inocencia se debe comprobar si hay prueba en sentido material (prueba personal o real); si esta prueba es de contenido incriminatorio, si ha sido constitucionalmente obtenida, esto es si accedió lícitamente al juicio oral, si ha sido practicada con regularidad procesal; si es suficiente para enervar la presunción de inocencia; y finalmente, si ha sido racionalmente valorada por el Tribunal sancionador. Más allá no se extiende nuestro control cuando de vulneración de presunción de inocencia se trata. El intento de que esta Sala vuelva a valorar la prueba personal al margen del principio de inmediación está condenado al fracaso (STS 120/2003 de 28.2).



Por ello el derecho a la presunción de inocencia alcanza solo a la total carencia de prueba y no a aquellos casos en que en los autos se halle reflejado un mínimo de actividad probatorio de cargo, razonablemente suficiente y producida en el juicio oral con las sabidas garantías procesales STS. 26.9.2003).

El recurso de casación no es un remedio valorativo de la prueba practicada en el juicio oral, conforme a los principios que rigen este acto procesal (oralidad, publicidad, inmediación, contradicción e igualdad de armas) sino que, cuando se alega como es el caso, la vulneración de la presunción de inocencia, el Tribunal casacional únicamente debe verificar los controles anteriores, pero no puede efectuar una nueva valoración de la prueba al faltarle el fundamental requisito de la inmediación procesal, pieza clave del sistema valorativo, que supone la apreciación de la prueba de carácter personal que se desarrolla en el plenario. Únicamente el vacío probatorio, o la falta de racionalidad en dicho proceso valorativo, pueden tener trascendencia casacional.

Es decir que el juicio sobre la prueba producida en el juicio oral es solo revisable en casación en lo que concierne a su estructura racional, es decir, en lo que respecto a la observación por parte del Tribunal de los hechos de las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos. Por el contrario constituye doctrina de esta Sala que son ajenos al objeto de la casación aquellos aspectos del juicio que dependen substancialmente de la inmediación o sea de la percepción directa de las declaraciones prestadas en presencia del Tribunal de instancia.

En este sentido se ha señalado reiteradamente que la cuestión de la credibilidad de los testigos y la aplicación del contenido detallado de su testimonio queda fuera, salvo supuestos excepcionales, de las posibilidades de revisión en el marco del recurso de casación, dada la naturaleza de este recurso y la imposibilidad de que el Tribunal que lo resuelve disponga de las ventajas y garantías que proporcionan en la valoración probatoria la inmediación y la contradicción (S. 28.1.2000).

Recapitulando y concluyendo: el principio *in dubio* opera en casación cuando la Sala que presencié las pruebas condena pese a tener dudas, pero no sitúa al órgano de fiscalización en la posición de interrogarse si él tiene dudas; solo deberá comprobar que el Tribunal de instancia condenó sin tener dudas (por todas, STC 147/2009, de 15 de junio).

Nuestro examen queda circunscrito por esos parámetros. No podemos descender ni al crédito que razonadamente la Audiencia pueda haber conferido a cada una de las pruebas; ni a la cuestión de si la negativa del acusado ha de tener más fuerza que las pruebas incriminatorias; ni a determinar si los eventuales puntos débiles de algunas pruebas las privan de valor convictivo o, al menos, debieran haber suscitado dudas. Por eso se elude de propósito por improcedente el debate que propone el recurrente en algún motivo sobre el mayor o menor valor de algunos testimonios.

SÉPTIMO.- El motivo primero, apoyado en el art. 849.2º (y como consecuencia en el art. 849.1º) contienen dos pretensiones distintas entremezcladas. La primera apoyada en los informes periciales de ADN y toxicológico trata de expulsar del relato la referencia a un acceso carnal bucal.

La segunda insinúa que estuvo mal aplicada la agravación del art. 180.1.2ª (actuación conjunta de dos o más personas).

Examinemos ambas separadamente.

La primera vertiente de la argumentación tiene un esquema sencillo. Se dice que los informes demuestran que no se hallaron restos biológicos (semen, ADN...) del acusado en la boca de la víctima; que ésta, aunque habló de una felación, realizó unas declaraciones cambiantes, vacilantes y llenas de puntos oscuros y de lagunas en cuanto estaba en un estado de embriaguez superpuesto a una medicación que incrementaba esa semiinconsciencia. Su recuerdo de los hechos está en nebulosa. Por fin, los agentes policiales no presenciaron acceso carnal alguno. Por tanto, solo podría hablarse de agresión sexual sin penetración (art. 178) y debería excluirse la condena por el delito del art. 179.

El razonamiento no es compatible con el cauce casacional utilizado según se deduce de lo expuesto en fundamentos anteriores:

a) Aunque los informes periciales pueden servir como documento en ciertas condiciones a los efectos del art. 849.2º, carecen en este caso de literosuficiencia: de ellos solo se deriva que no se detectaron restos biológicos, lo que permite excluir con seguridad la eyaculación en la cavidad bucal. Pero el delito del art. 179 queda consumado con la penetración. No es necesaria la eyaculación. Y esa penetración es compatible con lo que se deriva de los informes.

b) Existe prueba personal que contradice la versión que el recurrente quiere llevar al hecho probado: las declaraciones de la víctima que ha hablado con seguridad y de forma persistente de una felación lo que es coherente con el resto de la prueba: manifestaciones del coacusado a los viandantes; o posición en que es



sorprendido el acusado por los agentes. La existencia de prueba personal contradictoria con la pretensión canalizada a través el art. 849.2º hace **improsperable** el motivo.

OCTAVO.- La otra petición -centrada en la supresión del art. 180.1.2ª- aparece un tanto desvaída en el primer motivo. Será concretada con claridad en el motivo segundo centrado en ella, aunque con un desarrollo argumental casi calcado. Se sintetiza así: el coacusado pudo intervenir en los momentos iniciales de la agresión descrita por la sentencia; pero ya estaba ausente, -según resulta del hecho probado o, al menos, es compatible con su redacción-, cuando se produjo la felación. Eso excluiría la procedencia del subtipo agravado.

No puede compartirse la interpretación del recurrente.

El art. 180.1.2ª agrava la pena "cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas". Cuando se refiere a "los hechos" está pensando en cada uno de los componentes de la actividad delictiva -violencia, tocamientos, acceso carnal- y no en todos ellos necesariamente. Basta con que la conjunción de acciones haya confluído en la violencia o intimidación encaminadas al acceso para que proceda la agravación, aunque uno de los partícipes haya cesado ya su contribución en el momento de la penetración, o, incluso haya podido abandonar el lugar.

En el fondo no es congruente esa reclamación con el aparato argumental reproducido para revestirla (valoración probatoria). Estamos ante una pretensión que podría haberse apoyado en exclusiva en el art. 849.1 LECrim en tanto que no exige una modificación del relato fáctico. Pero éste contiene la base factual necesaria para colmar las exigencias del subtipo aplicado.

Los motivos primero y segundo decaen.

NOVENO.- El motivo tercero usa igual vía impugnatoria para reclamar una eximente incompleta o, al menos, una atenuante ordinaria o análogica (arts. 20.1, 21.1, 21.1 o 21.7 CP) derivada de la situación de embriaguez e intoxicación por el consumo de cocaína. El soporte documental que se designa ahora viene constituido por el informe toxicológico sobre la presencia en la orina de restos que indican consumo de cocaína; así como por el informe forense, que establece que el acusado **podía** estar bajo la influencia de esas bebidas o sustancias. Tales informes se tratan de robustecer y reforzar con la invocación de otras pruebas personales como declaraciones de testigos o las propias manifestaciones del acusado.

El art. 849.2º tampoco puede servir de palanca para conducir esta petición al éxito procesal por dos simples razones:

a) Los informes no son literosuficientes: no afirman concluyentemente que el acusado estuviese bajo la influencia de tales sustancias, sino sencillamente que *podía* estarlo, no pudiendo pronunciarse la informante de forma rotunda .

b) Existe prueba personal que descalifica la aseveración que pretende llevar al hecho probado el recurrente.

Ambas consideraciones se vislumbran en el razonamiento que llevó a la Audiencia a rechazar el motivo:

"En efecto los agentes policiales intervinientes no detectaron en Patricio un estado de embriaguez o intoxicación por drogas que pudiera afectar, ni siquiera levemente, a sus facultades volitivas o intelectivas.

No es suficiente para ello la agresividad que pudo mostrar durante su detención o después de la misma, que no dejan de constituir una de las muchas respuestas que puede dar alguien a su detención policial.

La analítica que se hizo de su orina (folio 177 del tomo 1) dio positivo a cocaína (pero sin determinar fecha de ingesta ni cantidad ingerida), y una muy pequeña cantidad de alcohol (0,25 gramos por litro de orina, que podía haber sido consumido: entre 12 y 24 horas antes de la toma de la muestra). La segunda analítica practicada (folios 225-227 del tomo 1) dio positivo a benzoilecgonina, cocaetileno y éster metílico de la ecgonina, sustancias que, como consta en la misma analítica y explicó la médico forense en el juicio oral, señalan un consumo con muy escasa diferencia temporal de alcohol y cocaína, de tal forma que puede afirmarse que el acusado consumió alcohol y cocaína en un período que alcanzaría hasta las 12 ó 24 horas anteriores a la toma de la muestra.

A la vista de tales resultados la médico forense, en informe obrante a los folios 271-273 del tomo 2 y, ratificado en el juicio oral, concluyó que el acusado podía tener alteradas de forma leve sus facultades volitivas, pero no las intelectivas y que en todo caso, al día siguiente de los hechos no tenía alteradas sus capacidades intelectivas ni volitivas, según comprobó en el historial médico del acusado en el centro penitenciario donde fue ingresado.

La forense Dra. Azucena en el juicio oral insistió en que esa afectación era una posibilidad, no una certeza, y no puede admitirse por probada (ni siquiera como una hipótesis razonable) a la vista de que el mismo día de



los hechos (15-04-2017) a las 04'46 horas (es decir, escasamente una hora después de los hechos) el acusado fue asistido en el Centro de Salud de Torrent (folio 27 del tomo 1) y la doctora que lo atendió, salvo una actitud desafiante, no le apreció en la exploración alteración alguna que estimara reseñable distinta de unas lesiones leves en rodilla y manos.

Si minutos después de los hechos no se le apreciaron alteraciones ni siquiera leves en sus facultades y esa constatación fue hecha por un médico del Centro de Salud previa exploración del acusado (no por un transeúnte que casualmente pudiera verle el día de los hechos), no hay razón para estimar probado ni siquiera indiciariamente que el consumo que pudiera haber hecho el acusado de alcohol o cocaína en las horas anteriores a los hechos hubiera determinado una disminución grave o leve de sus facultades".

El motivo no es estimable.

DÉCIMO.- El motivo cuarto persigue mutar las lesiones del art. 147.1 en el tipo atenuado del art. 147.2. Para ello se esgrime el informe médico que establece cierta relación entre la herida en la ceja que requirió puntos de sutura con el golpe en una piedra. Desde ese punto de partida, enlaza el discurso impugnativo con la afirmación de la sentencia de que no consta que el recurrente golpease con la piedra a la víctima y concluye: esas lesiones, determinantes de la aplicabilidad del art. 147.1, no son atribuibles al acusado, debiendo reconducirse los hechos al art. 147.2 CP.

La proyección a este argumento de las reflexiones generales sobre el art. 849.2º abocan a su rechazo.

El informe, de una parte, no es literosuficiente: no puede derivarse del mismo que el acusado no fuese el causante de esas lesiones. Y el dato de que se defina como hipótesis improbable hasta ser descartada que el recurrente no golpease con la piedra en la cara de la víctima, no permite pensar en una causalidad de esas lesiones ajena a la actuación del acusado; es más, todo apunta a lo contrario. Una cosa es que no se pueda afirmar que golpeó directamente a la víctima con la piedra, y otra que, como consecuencia del forcejeo, empujones y violencia, la víctima sufriese tales lesiones al golpearse directamente con la piedra o, que, al caer, dejase allí vestigios sanguíneos. Desde esa hipótesis nada hay que objetar al encuadre de los hechos en el art. 147.1 CP. Es más, eso justifica que no se aplicase el art. 148.1 CP

UNDÉCIMO.- El motivo quinto reproduce las peticiones y argumentos -a veces con párrafos idénticos- de los motivos 1º y 2º, bajo la leyenda más correcta de la vulneración del derecho a la presunción de inocencia y otros derechos constitucionales. El motivo ha de darse por contestado. Ya al examinar los mencionados se abordó implícitamente también el alegato desde de esa perspectiva. Hay prueba del acceso carnal (felación) conformada por las declaraciones de la víctima; y no hay error jurídico en la aplicación del art. 180.1.2º CP.

DUODÉCIMO.- Igual cabe decir del motivo sexto, esta vez en relación al motivo tercero: contiene idéntica pretensión -se reclama una atenuación- aunque ahora bajo el revestimiento argumental de violación de derechos fundamentales. Nada nuevo añade ese prisma al razonamiento ya desarrollado. La Sala razona con una base probatoria sobrada para rechazar el presupuesto fáctico de la atenuación reclamada. Diversas pruebas personales desmontan la tesis del recurrente sobre su estado.

DÉCIMO TERCERO.- Por fin, el motivo séptimo es una repetición del motivo cuarto bajo ropaje constitucional: da vueltas a la aplicación del art. 147.1 en lugar del art. 147.2 CP con una argumentación en buena parte clónica. También la pretensión ha quedado contestada.

DÉCIMO CUARTO.- Procede condenar a los recurrentes al pago de las respectivas costas (art. 901 LECrim), a la vista de la desestimación de sus recursos.

FALLO

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

1.- DESESTIMAR el recurso de casación interpuesto por **Patricio** contra Sentencia de Apelación dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de fecha 25 de septiembre de 2019, que desestimaba el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia nº 275/2019 dictada por el Tribunal del Jurado constituido en la Audiencia Provincial de Valencia (Tercera) que le condenaba como autor de un delito de agresión sexual y un delito de lesiones. Deberá asumir el pago de las costas ocasionadas en este recurso.

2.- DESESTIMAR el recurso de casación interpuesto por **Severino** contra Sentencia y Audiencia arriba reseñadas condenándole al pago de las costas ocasionadas en su recurso.

Comuníquese esta resolución a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Valencia y a la Sala Tercera de la Audiencia provincial de Valencia.



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.

Manuel Marchena Gómez Antonio del Moral García Pablo Llarena Conde

Carmen Lamela Díaz Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ