

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 184/2019

Fecha de sentencia: 02/04/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2286/2018

Fallo/Acuerto: Sentencia Estimatoria Parcial

Fecha de Votación y Fallo: 26/03/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Procedencia: Audiencia Provincial de Málaga, Sección Octava.

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

Transcrito por: MBP

Nota:

Resumen

Delito de lesiones del art. 147.1 y 148.4 CP. Violencia de género

Criterios de la motivación del Tribunal en cuanto a su convicción acerca de la autoría en virtud de la declaración de la víctima.

Requisitos de la valoración de la víctima en el proceso penal.

Análisis de la apreciación, o no, de la deformidad del art. 150 CP en relación a la fractura o pérdida de piezas dentarias y la realización de intervención médica reparadora. Consecuencias penales de esta intervención.

RECURSO CASACION núm.: 2286/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

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

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 184/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Vicente Magro Servet

D^a. Susana Polo García

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 2 de abril de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por la representación del acusado **D. MOAKDY JUAN GARCÍA SÁNCHEZ**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Octava, que le condenó por delito de lesiones agravadas, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente acusado representado por el Procurador Sr. Martín Márquez, y la recurrida acusada Dña. N. representada por el Procurador Sr. Sánchez Montolio

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Audiencia Provincial de Málaga, Sección Octava, en las Diligencias Previa nº 311 de 2014, dimanante del Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Marbella, en causa seguida contra el acusado MOAKDY JUAN

GARCÍA SÁNCHEZ y otra, con fecha 23 de mayo de 2018 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"ÚNICO.- MOAKDY JUAN GARCÍA SÁNCHEZ, mayor de edad, el día 2/10/2014, entre las 3 y las 4 horas, se encontraba en el domicilio que compartía con su excompañera sentimental N., cuando inició una discusión con esta al negarse a salir a la calle. En un momento dado, la agarró de los brazos, y la golpeó en diversas partes del cuerpo, llegando a tirarla al suelo donde le propinó varios golpes y tirones de pelo, logrando N. refugiarse en el cuarto de baño. Juan logró abrir la puerta momento en el que le pegó un puñetazo en la boca. A raíz de los golpes recibidos N. resultó con lesiones consistentes en erosiones múltiples en distintas regiones del cuerpo, equimosis en costado izquierdo, en cara posterior de tercio medio de brazo izquierdo y en ambas rodillas y fractura de incisivo central izquierdo, que para su sanidad precisaron de una primera asistencia facultativa y de tratamiento médico consistente en reconstrucción de incisivo central izquierdo, permaneciendo como secuela permanente dicha reconstrucción. La víctima reclama solo el coste del arreglo dental, que ha ascendido, según valoración pericial, a la cantidad de 640€. No ha quedado acreditado que Juan sufriera lesión alguna proveniente de cualquier actuación de N."

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

FALLAMOS:

"Que debemos condenar y condenamos a MOAKDY JUAN GARCÍA SÁNCHEZ, como autor responsable criminalmente de un delito de lesiones agravadas del artículo 151 del Código Penal, CON LA AGRAVANTE DE PARENTESCO y la ATENUANTE ANALÓGICA DE DILACIONES INDEBIDAS a la pena de CUATRO AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena privativa de libertad, y a la pena accesoria de prohibición de comunicarse por cualquier medio o acercarse a N. en una distancia inferior a 500 metros, POR UN TIEMPO DE SEIS AÑOS siendo de abono a la pena la medida cautelar adoptada el 8 de octubre de 2014 y al pago de mitad de las costas procesales causadas. Deberá indemnizar a N. en la cantidad 640 de euros en concepto de indemnización de daños y perjuicios. Que debemos absolver y absolvemos al acusado MOAKDY JUAN GARCÍA SÁNCHEZ del delito de maltrato habitual del artículo 173.2 del Código Penal del que venía siendo acusado por N. declarando de oficio la mitad de las costas procesales. Que debemos absolver y absolvemos a N. de la falta leve de lesiones de la que venía siendo acusada por MOAKDY JUAN GARCÍA SÁNCHEZ. Contra la presente resolución atendiendo a la fecha de inicio del procedimiento, cabe promover recurso de casación a preparar ante este Tribunal dentro de los cinco días siguientes a la última notificación producida".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley, por la representación del acusado **Moakdy**

Juan García Sánchez, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **D. MOAKDY JUAN GARCÍA SÁNCHEZ**, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Al amparo del art. 852 LECr, por infracción del derecho a la presunción de inocencia del acusado, consagrado en el art. 24.2 CE, y vulneración de la doctrina jurisprudencial en materia de valoración del testimonio único del denunciante.

Segundo.- Al amparo del art. 852 LECr, por infracción del derecho de defensa del acusado, consagrado en el art. 24.2 CE, y vulneración del principio acusatorio, al no haber sido informado Moakdy Juan de la acusación del delito por el que ha sido finalmente condenado.

Tercero.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.2º LECr, por error en la apreciación de la prueba, producido en la valoración de la Declaración de Sanidad emitida por el Instituto de Medicina legal de Málaga el 20/11/2014 (folio 68 y 69 de las actuaciones).

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, solicitó su inadmisión y subsidiaria impugnación, dándose asimismo por instruida la representación de la parte recurrida, impugnando igualmente el recurso, y quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de casación el interpuesto por MOAKDY JUAN GARCÍA SÁNCHEZ, contra la sentencia de 23 de mayo de 2018, dictada por la Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Málaga en el Procedimiento Abreviado nº 311/14, rollo nº 49/17, procedente del Juzgado de Instrucción de Violencia Sobre La Mujer nº 1 de Marbella.

Son hechos probados de la sentencia que el recurrente “entre las 3 y las 4 horas, se encontraba en el domicilio que compartía con su excompañera sentimental N., cuando inició una discusión con esta al negarse a salir a la calle. En un momento dado, la agarró de los brazos y la golpeó en diversas partes del cuerpo, o a tirarla al suelo donde le propinó varios golpes y tirones de pelo, llegando N. refugiarse en el cuarto de baño.

Juan logró abrir la puerta, momento en el que le pegó un puñetazo en la boca. A raíz de los golpes recibidos N. resultó con lesiones consistentes en erosiones múltiples en distintas regiones del cuerpo, equimosis en costado izquierdo, en cara posterior de tercio medio de brazo izquierdo y en ambas rodillas y fractura de incisivo central izquierdo, que para su sanidad precisaron de una primera asistencia facultativa y de tratamiento médico consistente en reconstrucción del incisivo central izquierdo, permaneciendo como secuela permanente reconstrucción. La víctima reclama solo el coste del arreglo dental, que ha ascendido, según valoración pericial, a la cantidad de 640€. No ha quedado acreditado que Juan sufriera lesión alguna proveniente de cualquier actuación de N.”.

SEGUNDO.- 1.- Al amparo del art. 852 LECRIM, por infracción del derecho a la presunción de inocencia del acusado, consagrado en el art. 24.2 CE y vulneración de la doctrina jurisprudencial en materia de valoración del testimonio único del denunciante.

Señala el recurrente que con respecto a la rotura dental del incisivo solo existe la prueba de la declaración de la denunciante. Añade que los testigos que declaran solo lo hacen respecto de lo que ella les cuenta y que no

quiso denunciar al principio, así como que “solo” fue al médico al día siguiente de la agresión y no inmediatamente, y que declarara haber sufrido rotura del labio. Con ello, señala que no hay prueba bastante de la autoría.

Ante el alegato relativo a la vulneración de la presunción de inocencia, sobre esta cuestión debemos recordar que es doctrina jurisprudencial reiterada (STS. 383/2010 de 5.5, 84/2010 de 18.2, 14/2010 de 28.1 y 1322/2009 de 30.12, STS 45/2011 de 11 Feb. 2011) la que establece, que nuestro sistema casacional no queda limitado al análisis de cuestiones jurídicas y formales y a la revisión de las pruebas por el restringido cauce que ofrece el art. 849.2 LECrim pues como señala la STC. 136/2006 de 8.5, en virtud del art. 852 LECrim, el recurso de casación puede interponerse, en todo caso, fundándose en la infracción de un precepto constitucional, de modo que a través de la invocación del 24.2 CE (fundamentalmente, en cuanto se refiere al derecho a la presunción de inocencia), es posible que el Tribunal Supremo controle tanto la licitud de la prueba practicada en la que se fundamenta el fallo, como su suficiencia para desvirtuar la presunción de inocencia y la razonabilidad de las inferencias realizadas (por todas STC. 60/2008 de 26.5).

Por ello a través de un motivo de casación basado en la infracción del derecho a la presunción de inocencia, se puede cuestionar no solo el cumplimiento de las garantías legales y constitucionales de la prueba practicada, sino la declaración de culpabilidad que el Juzgador de instancia haya deducido de su contenido. Por tanto el acusado tiene abierta una vía que permite a este Tribunal Supremo "la revisión íntegra" entendida en el sentido de posibilidad de acceder no solo a las cuestiones jurídicas, sino también a las fácticas en que se fundamenta la declaración de culpabilidad, a través del control de la aplicación de las reglas procesales y de valoración de la prueba (SSTC. 70/2002 de 3.4 y 116/2006 de 29.4).

Como hemos explicitado en numerosas resoluciones de esta Sala, por ejemplo SS. 1126/2006 de 15.12, 742/2007 de 26.9 y 52/2008 de 5.2 cuando se alega infracción de este derecho a la presunción de inocencia, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas

practicadas a presencia del Juzgador de instancia, porque a éste solo corresponde esa función valorativa, pero si puede este Tribunal verificar que, efectivamente, el Tribunal "a quo" contó con suficiente prueba de signo acusatorio sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, para dictar un fallo de condena, cerciorándose también de que esa prueba fue obtenida sin violar derechos o libertades fundamentales y sus correctas condiciones de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción y comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el Juzgador el proceso de un raciocinio, al menos en sus aspectos fundamentales, que le han llevado a decidir el fallo sin infringir en ellos los criterios de la lógica y de la experiencia (STS. 1125/2001 de 12.7).

Así pues, al Tribunal de casación le corresponde comprobar que el Tribunal ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que existió porque se realiza con observancia de la legalidad en su obtención y se practica en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad, y que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo. Pero no acaba aquí la función casacional en las impugnaciones referidas a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues la ausencia en nuestro ordenamiento de una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la instancia obliga al Tribunal de casación a realizar una función valorativa de la actividad probatoria, actividad que desarrolla en los aspectos no comprometidos con la inmediación de la que carece, pero que se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria.

Es decir, el control casacional a la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de inmediación,

oralidad, contradicción efectiva y publicidad. Además, el proceso racional, expresado en la sentencia, a través del que la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo (STS. 299/2004 de 4.3). Esta estructura racional del discurso valorativo sí puede ser revisada en casación, censurando aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva arbitrarias (art. 9.1 CE), o bien que sean contradictorias con los principios constitucionales, por ejemplo, con las reglas valorativas derivadas del principio de presunción de inocencia o del principio "nemo tenetur" (STS. 1030/2006 de 25.10).

Doctrina esta que ha sido recogida en la STC. 123/2006 de 24.4, que recuerda en cuanto al derecho de presunción de inocencia, art. 24.2 CE que "se configura en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en ellos. En cualquier caso es doctrina consolidada de este Tribunal que no le corresponde revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, sustituyendo de tal forma a los Jueces y Tribunales ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el art. 117.3 CE, sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta.

De modo que sólo podemos considerar 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. En tales casos, aún partiendo de las limitaciones ya señaladas al canon de enjuiciamiento de este Tribunal y de la posición privilegiada de que goza el órgano judicial para la valoración de las pruebas, no cabrá estimar como razonable, bien que el órgano judicial actuó

con una convicción suficiente, más allá de toda duda razonable, bien la convicción en sí (STC. 300/2005 de 2.1, FJ. 5).

En definitiva, como esta Sala ha repetido de forma constante, en el ámbito del control casacional, cuando se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, se concreta, en la verificación de si la prueba de cargo en base a la cual el Tribunal sentenciador dictó sentencia condenatoria fue obtenida con respeto a las garantías inherentes del proceso debido, y por tanto:

1.- En primer lugar **debe analizar el "juicio sobre la prueba"**, es decir, si existió prueba de cargo, entendiendo por tal aquella que haya sido obtenida, con respeto al canon de legalidad constitucional exigible, y que además, haya sido introducida en el plenario de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y sometida a los principios que rigen de contradicción, inmediación, publicidad e igualdad.

2.- En segundo lugar, **se ha de verificar "el juicio sobre la suficiencia"**, es decir, si constatada la existencia de prueba de cargo, ésta es de tal consistencia que tiene virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia.

3.- En tercer lugar, **debemos verificar "el juicio sobre la motivación y su razonabilidad"**, es decir, si el Tribunal cumplió con el deber de motivación, o sea, si explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia.

Además, esta Sala del Tribunal Supremo tiene declarado de forma reiterada que (entre otras, sentencia 28 Dic. 2005) en cuanto a la presunción de inocencia, y en orden a su vulneración, se deben comprobar varias cuestiones que desgajamos en las siguientes:

1. Si hay prueba en sentido material (prueba personal o real).

2. Si estas pruebas son de contenido incriminatorio.

3. Si la prueba ha sido constitucionalmente obtenida, esto es, si accedió lícitamente al juicio oral.

4. Si ha sido practicada con regularidad procesal.

5. Si es suficiente para enervar la presunción de inocencia; y finalmente

6. Si ha sido racionalmente valorada por el Tribunal sentenciador.

Las cinco primeras exigencias en orden a la obtención y práctica de la prueba deben ser tenidas en cuenta por el juez o tribunal penal para luego proceder éste al juego de la valoración de la prueba consistente en la debida motivación de la sentencia, que es la sede en donde radica la función del juez para explicitar de forma razonada por qué opta por una determinada conclusión y cuál es la base probatoria sobre la que descansa esta elección. Además, en la resolución debe dejarse patente una suficiente motivación que evidencie que ésta no es arbitraria o adoptada sin las exigencias de explicación suficiente acerca de por qué se llega a una determinada conclusión.

Además, el privilegio de la inmediación veta a los órganos superiores, funcionalmente hablando, a revisar esta valoración de la prueba, como recuerda esta Sala del Tribunal Supremo al señalar que «cuando en esta vía de casación se alega infracción de ese fundamental derecho, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a la presencia del juzgador de instancia, porque a éste sólo corresponde esa función valorativa» (TS 2.^a S 28 Dic. 2005).

Y en este caso señala el Tribunal, sobre la presencia de prueba suficiente y de cargo, que la víctima "Acababa de llegar al domicilio sobre la una o una y media de la mañana. Se encendió un cigarro. No había consumido sustancias estupefacientes. Ella estaba sentada en el sofá y el tenía ganas de

salir para vender droga, El le quitó el cigarro y le pintó una ralla en la mesa y al proceder a soplarla él **le pegó un guantazo**; Se abalanzó sobre ella, la tira al suelo y **comienza a darle guantazos**. Ella se encerró en el baño y **el aporreó la puerta hasta que consiguió abrirla y le pegó un puñetazo que la dejó inconsciente. El golpe que le rompió el diente fue dado con la mano cerrada. El diente se cayó y se le quedó una esquirla**. Cuando recobró el sentido no estaba el acusado ni el perro, y ella fue a casa de sus amigos, Carmen y David, que vivían muy cerca. Las lesiones en el brazo y el costado fueron causadas en el salón. Ella no quería denunciarlo, por miedo. Fue su amiga Carmen la que le insistió que fuera a denunciar, y la llevó a comisaría. Niega haber golpeado a Juan, no sabe cómo se causó las lesiones".

Pues bien, ante el alegato expuesto por el recurrente ya citado el Tribunal en su valoración probatoria ya motivó en su sentencia que:

“Tales argumentos no invalidan el valor probatorio de su declaración. La secuencia de los hechos que relata es perfectamente posible conforme a los criterios de la lógica y la experiencia. No puede ampararse la defensa en imprecisiones verbales en la descripción de los términos para hacer ver que la víctima se contradice. Es evidente que tuvo que tener una inflamación en el labio desde el momento en que se le cayó un diente por efecto del golpe, a lo que la víctima puede llamar labio partido. Lo cierto es que su relato queda acreditado por otros elementos, así acude directamente a casa de la pareja amiga, que viven en el edificio de enfrente. Ambos describen el estado en el que llega. Así, Carmen declara que sobre las tres de la madrugada escuchó que N. daba voces desde la calle, le abrió la puerta y vio que tenía la ropa rota, le faltaba un diente, estaba despeinada. Le contó que llegó del trabajo, y había discutido con Juan, porque él quería salir y ella no, que le había puesto una raya, y por eso se pelearon. Ella no quería denunciar, pero se quejaba mucho de un dolor en el costado, por lo que le dijo que tenían que ir al médico, y este emitió el parte de lesiones. A su vez David, Relata cómo llega N. a su casa, y destaca que le impresionaron los moratones que tenía en rodillas y brazos. La encía la tenía hincada.

Asimismo, ambos testigos declaran que pocos días después de este incidente acuden a la casa del acusado para recoger los efectos personales de N., y el acusado admite que estaba arrepentido de haberle pegado hasta el punto de echarse a llorar, indicándose que buscara el diente que N. había perdido, que Juan les entregó tras encontrarlo.

Ambos testigos declaran que eran amigos de la pareja hasta ese día, a partir del cual perdieron la amistad con él, al que David atribuye determinados daños vandálicos en su vivienda. Este hecho por sí solo carece de eficacia para invalidar su relato tanto referencial en cuanto a los que les contó N. sobre la agresión como directa en cuanto a las lesiones. Además viene corroborado por el hecho de haber acudido el día siguiente al centro de salud para ser atendida de las lesiones. El hecho de que N. se resistiera inicialmente a poner la denuncia teniendo casi que ser obligada por su amiga, más que invalidar su testimonio refuerza su neutralidad frente al investigado, explicando además su forma de actuar por el miedo que le tenía.

La pérdida definitiva del incisivo quedó demostrada por a pericial del médico forense”.

Por ello, la prueba de cargo descrita en la sentencia es sólida y contundente y acredita que los hechos acontecieron tal y como se relatan en los hechos probados. No hay dato alguno que corrobore lo afirmado por el acusado cuando sostiene que "Ella quería drogas y el no quería dárselas y se pelearon. Cogió la fregona y le dio con el palo en la cabeza, El se cayó al suelo. Ella estaba gritando, le tapó la boca y la cogió del brazo, para que no le pegase, y la echó fuera de la casa. Ella no se cayó. Sus lesiones en el brazo fueron al agarrarla, El no la golpeo en la boca ni de ninguna otra forma que pudiera provocar la rotura dental". Esta escena no explica en modo alguna la entidad de las lesiones de las que fue atendida N. en el centro de salud (erosiones en múltiples partes del cuerpo etc...) ni que se presentara en la casa de sus amigos y vecinos, desaliñada, con la indumentaria rota, los pelos revueltos”.

Pues bien, la prueba fijada por el Tribunal y debidamente valorada es suficiente para enervar la presunción de inocencia en base a los siguientes extremos:

1.- Credibilidad en la declaración de la víctima.

La declaración de la víctima es convincente para el Tribunal, ya que declara sin existir situación alguna de enemistad, ya que, incluso, la testigo Carmen expone al Tribunal que la víctima se resistía a poner la denuncia, lo que es indicativo de todo lo contrario de lo que expone el recurrente, ya que esta reacción es habitual en las víctimas de violencia de género al ser reacias, en principio, a denunciar por las razones múltiples que existen acerca de no saber qué va a ocurrir con ellas, la reacción posterior del agresor acerca de si puede ser peor para ellas la denuncia que el silencio, si no tienen medios económicos si van a poder subsistir, etc.

En este caso, como sucede en muchas ocasiones, debe ser una persona de su entorno, en este caso Carmen, una amiga, quien le ayude y le convenza de que denuncie y acuda al médico, de ahí que acudiera al centro al día siguiente. Ello señala el Tribunal que refuerza su neutralidad y que no miente al Tribunal cuando relata lo que ocurrió ante la sucesión de golpes que le propina el recurrente.

2.- El retraso en un día en denunciar y ser reconocida por el médico no puede cuestionar su credibilidad.

Suele alegarse en los casos de violencia de género que el retraso de la víctima en denunciar conlleva la duda acerca de su credibilidad, pero nada más lejos de la realidad, dado que se trata de supuestos con unas connotaciones especiales en donde generalmente, y en muchos casos, la denuncia se dirige contra quien es su pareja y el padre de sus hijos, que, además, posiblemente hasta puede ser su sustento económico, lo que conlleva a que las víctimas de violencia de género valoren todas estas circunstancias a la hora de decidirse sobre si denuncian, o no. Y ello, no se les

puede volver en su contra cuando tardan en denunciar, porque hasta se sienten estigmatizadas por hacerlo, y, en muchos casos, hasta culpables, cuando son víctimas, no culpables. Todo ello, las convierte en más víctimas aún, porque lo son del agresor que es su propia pareja, y lo son, también, del propio sistema en quien, en muchas ocasiones, no confían si no tienen la seguridad de que denunciar va a ser algo positivo para ellas y no algo negativo.

En este estado de cosas deben ser personas de su entorno, o familiares, quienes, al fin, les convengan de que denuncien para acabar de una vez con el sufrimiento que están viviendo y que rompan con el maltrato. Por ello, en los casos de violencia de género, el retraso en la presentación de la denuncia no es causa o motivo que permita hacer dudar de la realidad de los hechos que son objeto de la denuncia. En este caso, el Tribunal llega a la convicción de que los hechos se suceden como declara probado y lo constata por la declaración de la víctima, por lo que la ratificación de la denuncia eleva por su inmediación al Tribunal a poder valorar de forma acertada los hechos sin que el retraso en tan solo un día en formular la denuncia conlleve sospechas de falsedad en su contenido, ya que son conocidas las difíciles circunstancias que las víctimas deben pasar a la hora de formular denuncias por estos hechos, por lo que no desvirtúa o desnaturaliza la veracidad de sus declaraciones.

3.- La existencia del maltrato no puede conllevar a dudar de que la víctima mienta o falte a la verdad.

En las relaciones de pareja cuando ha habido serios problemas entre ellos es obvio que la relación que mantengan no sea buena, y más aún cuando ha habido malos tratos. Pero ello no tiene por qué conllevar que en la declaración de la víctima se entienda que siempre y en cualquier circunstancia existe una duda acerca de su credibilidad por la existencia de los malos tratos le lleven a alterar su declaración, o, aunque el recurrente alegue su inexistencia y que ella le quiere perjudicar, no se entiendan las razones de ese alegato de resentimiento que se alega, lo que no quiere decir que la víctima

mienta, sino que el resentimiento existe de cualquier modo, pero por esa existencia del maltrato, lo que no debe llevarnos a dudar de que lo que declara acerca de un hecho concreto sea incierto.

Es obvio que por el hecho de haber sido victimizada por el agresor la víctima no tenga una buena relación con éste, pero ello no debe hacernos llegar el ámbito de la duda respecto a si lo que está declarando la víctima en el plenario lo hace con móviles de resentimiento. De ser así, en ningún caso se podría valorar la declaración de la víctima en los casos de violencia de género, ya que, como en el caso que nos ocupa, si se ha cometido un delito de amenaza es evidente que la posición de la víctima tiene que ser muy especial, pero ello no debe hacernos dudar de que su declaración se ajusta a la realidad de lo acontecido, no pudiéndose dudar de ello por el hecho de que existan problemas entre ellos.

No puede admitirse en estos casos que las presunciones que hagan dudar de la declaración de las víctimas operen contra éstas en la violencia de género, planteando que se utiliza el proceso penal como arma frente a quien le está causando lesiones y atacando su integridad física. Si fuera cierta esta presunción, siempre debería existir la duda de que cuando una víctima declara ante un juez penal por unos hechos graves que ha sufrido su declaración estaría revestida de odio o resentimiento hacia el acusado, lo que no es cierto y es función del juez penal apreciar del conjunto de la prueba si se dan los presupuestos que hagan dudar de la declaración de la víctima, pero no apelar directamente a que el hecho de haber sido victimizada una persona le produce y supone un resentimiento hacia el acusado al momento de declarar ante un juez penal en el plenario.

4.- La declaración de los amigos de la víctima acerca de lo que perciben de inmediato a haber ocurrido los hechos, aunque no los hayan presenciado visualmente, los convierte en algo más que testigos de referencia.

Se cuestiona por el recurrente que los testigos que declararon no vieron el hecho de la agresión que se denuncia, pero el relato de éstos ante el Tribunal expuesto en la sentencia les lleva a una categoría superior a la de meros testigos de referencia, que son aquellos que declaran respecto de lo que la víctima les dice, pero sin haber visto los hechos. Sin embargo, en este caso se trata de unos testigos no directos de la agresión, **pero sí directos de lo que ven después de ésta en una temporalidad no lejana**, lo que les permitió ver con inmediatez el rostro de la víctima y su reacción cercana a la agresión. Esto les convierte en testigos directos de “los instantes siguientes al hecho de la agresión y a sus consecuencias lesivas”.

5.- La motivación del Tribunal en cuanto a su convicción acerca de la autoría en virtud de la declaración de la víctima.

Una primera cuestión a la que tenemos que hacer mención es al alcance de la exigencia de motivación impuesta al Tribunal cuando debe optar por asumir o denegar como prueba la declaración de la víctima en su comparación con otras practicadas en el juicio oral. Así, el Tribunal Constitucional SS 165/93, 177/94, 158/95, 46/96, 54/97 y 231/97 y esta Sala, SS. 626/96 de 23.9, 1009/96 de 30.12, 621/97 de 5.5 y 555/2003 de 16.4, han fijado la finalidad y el alcance y límites de la motivación. En este sentido, podemos fijar como notas características las siguientes:

1. La finalidad de la motivación será **hacer conocer las razones que sirvieron de apoyatura a la decisión adoptada**, quedando así de manifiesto que no se ha actuado con arbitrariedad.

2. La motivación tendrá que tener la **extensión e intensidad suficiente para cubrir la esencial finalidad de la misma**, que el juez explique suficientemente el proceso intelectual que le condujo a decidir de una determinada manera.

3. Las exigencias de razonamiento relativo a la prueba de los hechos son menores cuando **el relato fáctico revele la prueba palpable de los mismos** como ocurre en los supuestos de delitos flagrantes.

4. También es necesario **el razonamiento relativo a la aplicación de un precepto o al anudamiento de una consecuencia jurídica** establecida en una norma, cuando es clara la subsunción del precepto o la norma a los hechos declarados probados.

5. La existencia de la inmediación como privilegio del juez o tribunal ante el que se practica la prueba no debe eludir la **exigencia de la adecuada motivación**, ya que, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 May. 2007, es preciso situar el valor de la inmediación judicial en sus justos límites, y en tal sentido hay que decir que:

a) La inmediación es una técnica de formación de la prueba, que se escenifica ante el Juez, pero no es ni debe ser considerada como un método para el convencimiento del Juez.

b) La inmediación no es ni debe ser una coartada para eximir al Tribunal sentenciador del deber de motivar. En tal sentido, hoy puede estimarse totalmente superada aquella jurisprudencia que estimaba que «...la convicción que a través de la inmediación, forma el Tribunal de la prueba directa practicada a su presencia depende de una serie de circunstancias de percepción, experiencia y hasta intuición que no son expresables a través de la motivación....» (TS 2.ª S 12 Feb 1993).

Además, en las SS 1182/97, 1366/97 y 744/2002 de 23 Abr, se expone que la motivación debe abarcar tres aspectos que se corresponde con las **exigencias del alcance de la extensión de la motivación**:

a) La fundamentación del relato fáctico con **exposición de las pruebas de las imputaciones que el mismo contiene**.

b) La fundamentación de la **subsunción de los hechos declarados probados en el tipo penal procedente**, con análisis de los elementos descriptivos y normativos, tipo objetivo y subjetivo y circunstancias modificativas y

c) La fundamentación de las **consecuencias penales como civiles derivadas, por tanto, de la individualización de la pena y medidas de seguridad en su caso, responsabilidades civiles, costas judiciales y de las consecuencias accesorias**, arts. 127 a 129 del CP. (TS SS 14 May. 1998, 18 Sep. 2001, 480/2002 de 15 Mar).

Además, podemos añadir dos puntos en relación a la extensión de la motivación:

1. La motivación puede ser escueta, siempre que suponga una **aplicación razonable y reconocible del ordenamiento jurídico**, pero, en cualquier caso, una sentencia penal correcta debe contener una motivación completa, es decir, que abarque los tres aspectos anteriormente indicados, con la extensión y profundidad proporcionadas a la mayor o menor complejidad de las cuestiones que se han de resolver (TS 2.^a S 19 Feb 2002).

No existe, desde luego, un derecho fundamental del justiciable a una determinada extensión de la motivación, pero sí a que el razonamiento que contenga, constituya lógica y jurídicamente, suficiente explicación en cada caso concreto que permita conocer los criterios jurídicos esenciales fundadores de la decisión (en este sentido TC SS 8/2001, de 15 de enero y 13/2001, de 29 de enero). (TS 2.^a S 29 Ene. 20029).

2. Esta exigencia de motivación de las resoluciones judiciales no supone que hayan de ofrecer necesariamente una exhaustiva descripción del proceso intelectual que ha llevado a decidir en un determinado sentido, ni tampoco requiere un determinado alcance o intensidad en el razonamiento empleado. Basta a los efectos de su control constitucional con que **dicha motivación ponga de manifiesto que la decisión judicial adoptada**

responde a una concreta interpretación y aplicación del Derecho ajeno a toda arbitrariedad y permita la natural revisión jurisdiccional mediante los recursos legales establecidos.

Es decir, es necesario, pero también suficiente, que **se refleje la razón del discurso logístico** que toda resolución comporta de manera que se haga comprensible para el destinatario de la decisión que ésta es la consecuencia de una interpretación racional del ordenamiento y no fruto de la arbitrariedad (TS 2.^a S 8 Nov. 2006).

En este sentido, comprobamos que las exigencias anteriores se cumplen en el presente caso, en torno a la declaración de la víctima acerca de la agresión producida, las consecuencias de la agresión y la autoría, descartándose que las circunstancias de la víctima de no querer denunciar o tardar un día en ser atendida, sean datos que hagan dudar al juzgador de la realidad de los hechos, sino todo lo contrario, ya que en los escenarios de la violencia de género son reacciones comprensibles, dada la victimización que se sufre en estos casos, que lleva a operar al miedo como freno a la hora de actuar o defenderse del agresor.

6.- Corroboración de la declaración de la víctima.

Frente al alegato del recurrente de que el Tribunal “solo” ha contado con la declaración de la víctima hay que exponer que se refleja que la declaración de los testigos no es de referencia, sino que, como hemos señalado, es prueba válida y de personas que actuaron en proximidad temporal a los hechos, y son los que le llevan al centro médico.

Así, la prueba es concluyente en cuanto a que los testigos que declaran señalan que:

A.- Ambos describen el estado en el que llega. Así, Carmen declara que sobre las tres de la madrugada escuchó que N. daba voces desde la calle, le abrió la puerta y vio que tenía la ropa rota, le faltaba un diente, estaba

despeinada. Le contó que llegó del trabajo, y había discutido con Juan, porque él quería salir y ella no, que le había puesto una raya, y por eso se pelearon. Ella no quería denunciar, pero se quejaba mucho de un dolor en el costado, por lo que le dijo que tenían que ir al médico, y este emitió el parte de lesiones.

B.- A su vez David, relata cómo llega N. a su casa, y destaca que le impresionaron los moratones que tenía en rodillas y brazos. La encía la tenía hinchada.

C.- Asimismo, ambos testigos declaran que pocos días después de este incidente acuden a la casa del acusado para recoger los efectos personales de N., y el acusado admite que estaba arrepentido de haberle pegado hasta el punto de echarse a llorar, indicándose que buscara el diente que N. había perdido, que Juan les entregó tras encontrarlo.

D.- Ambos testigos declaran que eran amigos de la pareja hasta ese día, a partir del cual perdieron la amistad con él, al que David atribuye determinados daños vandálicos en su vivienda. Este hecho por sí solo carece de eficacia para invalidar su relato tanto referencial en cuanto a los que les contó N. sobre la agresión como directa en cuanto a las lesiones. Además viene corroborado por el hecho de haber acudido el día siguiente al centro de salud para ser atendida de las lesiones. El hecho de que N. se resistiera inicialmente a poner la denuncia teniendo casi que ser obligada por su amiga, más que invalidar su testimonio refuerza su neutralidad frente al investigado, explicando además su forma de actuar por el miedo que le tenía.

E.- La pérdida definitiva del incisivo quedó demostrada por la pericial del médico forense.

En consecuencia, nos encontramos con testifical de cargo y con la pericial que evidencia la existencia de las lesiones, y no se trató de que solo tuviera el labio hinchado, porque pudo ser una percepción de ella, sino que está objetivada la fractura dental del incisivo, a raíz del golpe que le da el recurrente a la víctima.

La reconstrucción del mismo se analizará en el motivo tercero del recurso.

El motivo se desestima.

TERCERO.- 2.- Al amparo del art. 852 LECRIM, por infracción del derecho de defensa del acusado, consagrado en el art. 24.2 CE, y vulneración del principio acusatorio, al no haber sido informado Moakdy Juan de la acusación del delito por el que ha sido finalmente condenado.

Señala el recurrente que “durante toda la causa mi representado fue acusado (auto de apertura del juicio oral y escritos de calificación provisional y definitiva) de un delito de lesiones tipificado en el art. 150 del Código Penal y de otro, del que resulta expresamente absuelto, de maltrato habitual del art. 173.2 CP. Sin embargo Moakdy Juan García Sánchez resulta condenado por un delito de “lesiones agravadas” del art. 151 del Código Penal, que se refiere a la conspiración, provocación y proposición para lesionar, castigado con pena inferior en uno o dos grados, a una pena de cuatro años y seis meses de prisión”.

No obstante, esta alegación debe desestimarse de plano, ya que la mención que se hace en la parte dispositiva de la sentencia es un mero error material, ya que la condena lo es por el art. 150 CP, no por el art. 151 CP que sanciona la provocación, conspiración y proposición para cometer los delitos de este Título, como con acierto apunta la Fiscalía.

Recordemos que en el Fundamento jurídico 1º de la sentencia se recoge que “Los hechos declarados probados **son constitutivos de un delito del Artículo 150 que castiga al que causare a otro la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro no principal, o la deformidad**, con la pena de prisión de tres a seis años. La víctima pierde incisivo central izquierdo lo que integra el concepto de deformidad, si bien permanece la raíz”. No tiene la virtualidad que reclama el recurrente que en el fallo se haga constar la

mención del art. 151 CP, ya que es evidente que se trata de un mero error material y no hay vulneración del principio acusatorio.

El motivo se desestima.

CUARTO.- 3.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.2º LECRIM, por error en la apreciación de la prueba, producido en la valoración de la Declaración de Sanidad emitida por el Instituto de Medicina Legal de Málaga el 20-11-14 (folios 68 y 69 de las actuaciones).

Señala el recurrente error en la valoración del referido documento, alegando que según el mismo la lesión sufrida por la denunciante en el incisivo no es una pérdida de la pieza dental sino una fractura, lo que ha conducido a una calificación jurídica errónea del tipo agravado del delito de lesiones del art. 150 CP en lugar del tipo básico del art. 147 CP.

Señala el hecho probado que a raíz del golpe del recurrente se produjo “fractura de incisivo central izquierdo, que para su sanidad precisaron de una primera asistencia facultativa y de tratamiento médico consistente en reconstrucción del incisivo central izquierdo, permaneciendo como secuela permanente dicha reconstrucción”.

Nos encontramos ante una fractura de pieza dental, lo que supone pérdida parcial de la misma reparada mediante su reconstrucción. Ello nos lleva a analizar la doctrina de la Sala en torno a fractura de pieza dentaria posteriormente reconstruida mediante intervención médica.

En este caso hay que recordar el Acuerdo del pleno no jurisdiccional de esta sala de 19.4.2002 que dice así: *"La pérdida de incisivos u otras piezas dentarias ocasionadas por dolo directo o eventual es ordinariamente subsumible en el art. 150 del Código Penal. Este criterio admite modulaciones en supuestos de menor entidad en atención a la relevancia de la afectación o de las circunstancias de reparación accesible con carácter general sin riesgo ni*

especiales dificultades para el lesionado. En todo caso dicho resultado comportará valoración como delito y no como falta".

Esta Sala del Tribunal Supremo señala en sentencia 421/2015 de 21 May. 2015, Rec. 1838/2014 que:

“La pérdida de un incisivo ha sido tradicionalmente considerada por la jurisprudencia de esta Sala como determinante de deformidad, subsumible como tal dentro del artículo 150 CP. La doctrina jurisprudencial al respecto fue perfilada por esta Sala en el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 19 de abril de 2002, posteriormente reflejado en numerosas resoluciones, según el cual la pérdida de incisivos u otras piezas dentarias, ocasionada por dolo directo o eventual, es ordinariamente subsumible en el artículo 150 CP, si bien este criterio admite modulaciones en supuestos de menor entidad, en atención a la relevancia de la afectación o a las circunstancias de la víctima, así como a la posibilidad de reparación accesible con carácter general, sin riesgo ni especiales dificultades para el lesionado. Por lo que, habrá de analizarse caso a caso, pero a partir de la premisa general sentada en el acuerdo de que la pérdida dentaria es ordinariamente subsumible en el artículo 150 CP, (entre otras STS 271/2012 de 9 de abril ó 772/2013 de 9 de octubre)”.

Con ello, vemos que el criterio es:

1.- **Premisa básica:** La pérdida de un incisivo ha sido tradicionalmente considerada por la jurisprudencia de esta Sala como determinante de deformidad, subsumible como tal dentro del artículo 150 CP.

2.- Sin embargo, **admite modulaciones en supuestos de menor entidad**, en atención a la relevancia de la afectación o a las circunstancias de la víctima, así como a la posibilidad de reparación accesible con carácter general, sin riesgo ni especiales dificultades para el lesionado.

Vamos, pues, a analizar esta situación donde los parámetros básicos deben circunscribirse al análisis del caso concreto y valorar en él qué

circunstancias se dan, qué piezas son las fracturadas o perdidas y si se aplicó intervención médica, el resultado de la misma y la reflexión del Tribunal acerca de su resultado desarrollando la casuística en orden a su apreciación y no apreciación. Veamos, pues, la doctrina de la Sala al respecto y cómo podemos sistematizar la respuesta que debemos dar a este tipo de casos de forma gráfica y explicativa, a fin de dejar claro el criterio que sostenemos y cuál debe ser la actuación del Tribunal de enjuiciamiento a la hora de plasmar en su sentencia la debida motivación que se le exige a la hora de responder a la doctrina de la Sala de que debe analizarse cada caso concreto, y es en este análisis casuístico del Tribunal donde con su debida motivación puede dar respuesta a este tipo de casos, incluyendo unos en la deformidad del art. 150 CP, y otros en el art. 147.1 CP, con la concurrencia, o no, del art. 148 CP dependiendo de si concurren las circunstancias del mismo.

Veamos, pues, la respuesta de la Sala en estos casos debidamente sistematizada de forma gráfica.

No se aprecia deformidad del art. 150 CP:

1.-Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 1191/2010 de 27 Nov. 2010, Rec. 10822/2009.

Si bien la pérdida de piezas dentales ocasionada por dolo directo o eventual es ordinariamente subsumible en el art. 150 del Código Penal, el criterio **admite modulaciones en atención a la relevancia de la afectación y a las posibilidades de reparación de la deformidad ocasionada**, cuando el tratamiento pueda llevarse a cabo sin riesgo mediante una práctica que pueda considerarse habitual en términos de experiencia médica.

Las fracturas, que no pérdida, de piezas dentarias, corregidas, sin que queden secuelas visibles integran el tipo ordinario de lesiones (S 19 de mayo de 2006). En consecuencia no es apreciable en este caso el tipo de lesiones con deformidad del art. 150 ya que el resultado se limitó a la pérdida de un 20% en un incisivo, que fue reconstruido.

2.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 388/2016 de 6 May. 2016, Rec. 1923/2015.

“El recurrente discute la subsunción al entender que no estamos en el supuesto de la deformidad del art. 150 sino el de las lesiones del art. 147. Conviene hacer alguna referencia al estado actual de la jurisprudencia de esta Sala, la cual el 19 de abril de 2002 adoptó un acuerdo en Pleno no jurisdiccional, con pretensiones de unificación de criterios, y en él se decía: "La pérdida de incisivos u otras piezas dentarias ocasionadas por dolo directo o eventual es ordinariamente subsumible en el art. 150 del C. penal. Este criterio admite modulaciones en supuestos de menor entidad en atención a la relevancia de la afectación o de las circunstancias de reparación accesible con carácter general sin riesgo ni especiales dificultades para el lesionado. En todo caso dicho resultado comportará valoración como delito y no como falta".

Conforme a tal acuerdo hemos de dejar constancia, como dijimos en la Sentencia 92/2013 de 12 de febrero, que en cuanto a la relevancia de la afectación no es lo mismo, por ejemplo, la mera rotura de una o varias piezas dentarias que su pérdida definitiva, ni tampoco es indiferente la situación de las piezas afectadas, por la mayor o menor visibilidad y consiguiente afeamiento producido por su pérdida, que hace necesario la sustitución por una prótesis. Es igualmente de suma importancia el estado anterior de las piezas dentarias afectadas, es decir, si las conservaba en buen estado o ya se hallaban deterioradas o recompuestas.

Pues bien, en nuestro caso, se trataba de la rotura de tres piezas dentarias, incisivos, pero el relato fáctico nada refiere de la intensidad de la rotura. El examen de la causa nos indica que las roturas eran parciales y que tras el tratamiento realizado la boca ha quedado "perfecta" dice el relato fáctico. En consecuencia, la falta de precisión del relato fáctico junto al dato conocido de la rotura y la perfecta reconstrucción de esa rótula hace que la lesión no alcance la agravación prevista en el art. 150 CP la deformidad. En el sentido indicado procedemos a la modulación del criterio de subsunción que

nos indica que la pérdida de piezas dentarias, de ordinario se subsume en el art. 150 Código penal, supuesto que no es de aplicación toda vez que **no se trata de pérdida de piezas dentarias, sino de rotura y que la intervención médica la ha subsanado a la perfección, sin que del relato fáctico resulten otros criterios que permitan subsumir el relato en la deformidad.**

En consecuencia, procede la estimación del motivo y subsumir los hechos en el art. 147 del Código penal”.

3.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 918/2003 de 20 Jun. 2003, Rec. 542/2002.

“En el contemplado en la sentencia colacionada, se dictaminaba pericialmente el fácil sometimiento a una pequeña intervención médica, carente de riesgos, con plenas posibilidades de éxito y que eliminaría la deformidad o defecto corporal.

En nuestro caso, el ofendido por el delito ya se había sometido de grado al implante protésico de la pieza dentaria perdida (incisivo central superior izquierdo) y pudo apreciarse «de visu» y ser objeto de contradicción en juicio el resultado exitoso de la intervención odontológica, que hacía absolutamente imperceptible cualquier anomalía dentaria a la vista de terceros.

El motivo debe estimarse parcialmente, aplicando a los hechos el art. 147 C.P.”

4.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 796/2013 de 31 Oct. 2013, Rec. 256/2013.

Podemos llevar a cabo un análisis sistemático de la evolución jurisprudencial que se cita, y por ello, tras elaborar una clasificación de las premisas que deben tenerse en cuenta, de esta sentencia podemos extraer las siguientes conclusiones:

a.- Concepto de deformidad.

Esta Sala tiene declarado que como deformidad ha de calificarse aquella pérdida permanente de sustancia corporal que, **por su visibilidad, determina un perjuicio estético suficientemente relevante para justificar mínimamente su equiparación con la pérdida o inutilidad de un órgano o miembro no principal** (SSTS. 426/2004 de 6.4, 361/2005 de 22.3, 1512/2005 de 27.12).

Igualmente es doctrina de esta Sala (S. 76/2003 de 23.1) que la deformidad estriba en una **imperfección estética que rompe la armonía facial y es por tanto visible y permanente**. Para su valoración debe tenerse en cuenta el estado del lesionado tras un periodo curativo que deba considerarse médicamente normal, sin valorar, en principio, las eventuales posibilidades de recuperación tras una intervención posterior (STS nº 2443/2001, de 29 de abril de 2002).

b.- Fractura o pérdida de pieza dentaria de incisivos.

Una antigua y constante doctrina de esta Sala ha estimado que la pérdida de una pieza dentaria, acarrea una alteración en la facies de la persona, "**sobre todo si se trata de incisivos**", que debe ser considerada deformidad, sin que sea suficiente argumento en contra que la situación antiestética pueda ser modificada con técnicas quirúrgicas u odontológicas que suponen, en todo caso, costes y sufrimientos físicos y no alteran la inicial existencia de una verdadera deformidad.

c.- Modulaciones del Acuerdo del Tribunal Supremo de fecha 19 de Abril de 2002.

El criterio es el de que: "La pérdida de incisivos u otras piezas dentarias, ocasionada por dolo directo o eventual, es ordinariamente subsumible en el art. 150 CP".

Pero este criterio admite **modulaciones** en **supuestos de menor entidad**, en atención a la relevancia de la afectación o a las circunstancias de la víctima, así como a la posibilidad de reparación accesible con carácter general, sin riesgo ni especiales dificultades para el lesionado.

Este acuerdo supone una manifestación más de que todo enjuiciamiento es un concepto individualizado e individualizable, por tanto, situado extramuros de planteamientos rutinarios que conducen a interpretaciones mecanicistas de la Ley. Será **caso a caso como deberá resolverse la cuestión** desde la premisa general sentada en el acuerdo de que la pérdida dentaria "es ordinariamente subsumible en el art. 150 CP" (STS. 837/2004 de 28.6), pero expresa un importante giro interpretativo por lo que supone la flexibilidad del mencionado concepto a tenor de los avances producidos en materia de cirugía plástica y reparadora, mediante una práctica que pueda considerarse habitual en términos de experiencia médica (SSTS. 606/2008 de 1.10, 962/2008 de 17.12).

d.- Resoluciones dictadas admitiendo la deformidad o entendiendo que se aplica el art. 147.1 CP.

1. Procedencia de la deformidad:

Sentencias 127/2003 de 5.2, 510/2003 de 3.4, 979/2003 de 3.7, 1588/2003 de 26.11, auto 23.12.2004 y 17.2.2005, 1036/2006 de 24.10; 830/2007 de 9.10, 915/2007 de 19.11, 962/2008 de 17.12, 91/2009 de 3.2, 958/2009 de 9.10, 1200/2011 de 18.11, que incluyen dentro del concepto de deformidad, no obstante la pérdida de incisivos, porque entienden **que la ausencia sobrevinida de una de tales piezas dentarias altera notablemente, por su anomalía y visibilidad, la estética del rostro.**

2.- No procedencia de la deformidad.

Si bien esta Sala, por ejemplo, SS. 2116/2992 de 21.3, 763/2004 de 15.6, no ha equiparado en todo caso la rotura de un incisivo a su pérdida, porque la rotura, a diferencia de la pérdida, admite grados y es posible que alguno de ellos no generen un defecto estético que merezca la calificación jurídica de deformidad.

La inaplicabilidad del concepto de deformidad, no obstante la pérdida de piezas dentarias se da en las SSTS. 577/2002 de 14.5, 1079/2002 de 6.6, 1534/2002 de 18.9, 158/2003 de 15.9, 639/2003 de 30.4, 1270/2003 de 3.10, 1357/2003 de 29.10, 546/2004 de 30.4, 394/2004 de 23.3, 836/2005 de 28.6, 482/2006 de 5.5, 686/2007 de 19.7, 652/2007 de 12.7, 916/2010 de 26.10, 271/2012 de 9.4 .

e.- Exclusión de la deformidad apreciando la menor entidad y parámetros a tener en cuenta.

Así pues, resulta de todo punto necesario analizar el caso enjuiciado para llegar a las conclusiones que proceden, con examen de las actuaciones directas en orden a comprobar si hubo prueba de cargo capaz de dar vida al tipo aplicado. Ello permite a los órganos jurisdiccionales excluir de la agravación de deformidad ponderadamente y en una valoración caso a caso, aquellos supuestos de menor entidad a los que ya se refiere la jurisprudencia de esta Sala.

Para la apreciación de estos supuestos, el criterio unificado establecido en el Pleno de esta Sala permite **valorar tres parámetros**.

1.- En primer lugar **la relevancia de la afectación**, pues no es lo mismo una mera rotura que la pérdida total de una o de varias piezas dentarias, y también ha de considerarse la **mayor o menor visibilidad o afeamiento estético que la lesión ocasione**, en atención a la situación de las piezas dentarias afectadas o a otros factores.

2.- En segundo lugar las **circunstancias de la víctima en las que ha de incluirse la situación anterior de las piezas afectadas**. Por ejemplo la sentencia de esta Sala 1079/2002 de 6.6, ha excluido la aplicación de la agravación atendiendo a que la única pieza dentaría afectada ya había sido antes empastada, es decir, que se trataba de una pieza "ya deteriorada y recompuesta". Criterio en el que incide la STS. 916/2010 de 26.10, en un caso en que la víctima "tenía la dentadura en muy mal estado y apenas le quedaban cinco piezas en toda la boca... todas ellas en la parte inferior, poco arraigadas o agarradas".

3.- Y, en tercer lugar, la **posibilidad de reparación odontológica de la pieza o piezas afectadas, pero sin que ello suponga acudir a medios extraordinarios** (pues a través de estos medios hoy día casi cualquier deformidad puede ser reparada), ya que todas las pérdidas dentarias son hoy ordinariamente sustituibles o reparables por vía de intervención odontológica, lo cual impediría la aplicación del acuerdo citado en su formulación general primera, sino a través de una fórmula reparadora que sea habitualmente utilizada con carácter general, fácilmente accesible y sin necesidad de riesgo alguno ni especiales dificultades para el lesionado (SSTS. 437/2002 de 17.6, 389/2004 de 13.3, 1512/2005 de 27.12, 390/2006 de 3.4, 830/2007 de 9.10, 19/2008 de 17.1).

En definitiva, para la valoración de estas circunstancias la STS. 271/2012 de 9.4 recuerda que "ha de tomarse en consideración que la pena establecida para estos supuestos por el legislador, un mínimo de tres años de privación de libertad, indica claramente que **se pretenden sancionar conductas especialmente graves, lo que aconseja excluir aquellos supuestos de menor entidad en los que la pena legalmente predeterminada resulta desproporcionada**".

f.- La reparación de la pieza dentaria.

1.- Visibilidad y permanencia del defecto.

Hemos dicho en STS. 428/2013 de 29.5, que el concepto de reparación accesible no dificultosa es secundario, ya que todas las pérdidas dentarias son hoy ordinariamente sustituibles o reparables por vía de intervención odontológica, y que la pérdida de piezas dentales, especialmente los incisivos, por su trascendencia estética, han sido tradicionalmente valoradas como causantes de deformidad, argumentando básicamente que comporta la presencia de un **estigma visible y permanente** que, por más que pueda ser reparado mediante cirugía, no dejaría de subsistir, por lo que tiene de alteración de la forma original de una parte de la anatomía del afectado. Por ello **los resultados de las lesiones deben ser apreciados en el momento de juzgar**, no los de eventuales mejoras determinadas por hipotéticas intervenciones posteriores que, de otra parte, no pueden imponerse a las víctimas (SSTS. 1123/2001 de 13.6, 91/2009 de 3.2).

2.- Necesidad de que el Tribunal de enjuiciamiento realice un esfuerzo motivador del caso concreto para apreciar, o no, la deformidad.

Ahora bien, este criterio ha sido matizado por esta Sala partiendo de que la apreciación de la deformidad es normalmente competencia de la Sala de instancia que **durante el juicio puede apreciar "in visu" las lesiones producidas, así como las repercusiones estéticas y funcionales**, si bien ello supone un juicio de valor susceptible de revisión en casación, y de que cuando las lesiones han producido la pérdida de una o varias piezas dentarias -supuesto relativamente frecuente- nos encontramos con las consiguientes dificultades para su tratamiento jurídico.

La jurisprudencia valora distintamente la pérdida de las diferentes piezas dentarias. No es lo mismo -a efectos de la calificación jurídica- la pérdida de los incisivos o de los caninos que la de los premolares o molares, como tampoco la pérdida o la rotura de la pieza de que se trate y dentro de esta última surgen también las consiguientes diferencias.

g.- Elementos de la deformidad.

Se ha dicho en STS. 389/2004 de 23.3, que el concepto de deformidad se compone de dos elementos que son:

1.- El afeamiento y

2.- La permanencia.

Este criterio se mantiene cuando se trata de la pérdida de alguna pieza dental, si bien la permanencia del defecto no significa que no pueda ser corregido con algún remedio como sería la cirugía estética, cirugía maxilofacial, ortodoncia, implantes, o cualquier otro medio, pronunciándose esta Sala por la irrelevancia para el concepto de deformidad el que sea o no corregible, pero **cuando la reparación es sencilla y sin riesgo para la víctima, no es posible aplicar la deformidad, al no concurrir la exigencia de permanencia de la deformidad** (SSTS. 348/2003 de 9.4, 639/2003 de 30.4, 1022/2003 de 7.7).

h.- Afectación externa visible pese a la intervención médica determinante de la deformidad. Su desestimación en el caso contrario y aplicación del art. 147.1 CP.

En el caso analizado en la sentencia del Tribunal Supremo 796/2013 de 31 Oct. 2013, Rec. 256/2013 se recoge que:

“No nos encontramos ante una posibilidad de corrección posterior que no descartaría hipotéticas complicaciones, sino que en el caso, tal como señala la sentencia impugnada, el tratamiento odontológico ya ha supuesto la restauración íntegra de las piezas afectadas. Siendo así, la existencia de deformidad en el sentido legal sólo podría fundarse en el dato de que la forma original de la región anatómica afectada ha experimentado un cambio debido a una acción externa, pero que tiene actualmente una traducción práctica de la limitada trascendencia de que se ha dejado constancia. Y ello en virtud de una actuación médica que se ajusta en sus particularidades a las exigencias del acuerdo del pleno de esta sala que se ha citado, puesto que **no supuso una**

operación de riesgo y pertenece a un género de intervenciones (desvitalizaciones, implantes) que se practican con total normalidad en régimen de consulta (STS. 1534/2002 de 18.9, 686/2007 de 19.7).

Así en STS. 836/2005 de 28.56, **pérdida de incisivos con implantación de prótesis sin signos visibles de alteración y sin que se haga referencia a defecto funcional en la masticación.**

Pérdida de dos incisivos con posibilidad de ser reparados (STS. 392/2006 de 28.4).

Pérdida de incisivo dental del lado inferior derecho y fracturas parciales de otros incisivos **sin dificultades concretas para su reparación odontológica.** Tipo básico (STS. 483/2006 de 5.5).

En el caso en cuestión analizado en esta sentencia del Tribunal Supremo se desestimó aplicar el art. 150 CP integrante de la deformidad, y, sin embargo, se aplicó el art. 147.1 CP al señalar que:

“El tribunal de instancia para concluir la subsunción de los hechos en el art. 147 CP, y no en el art. 150, tiene en cuenta los informes médicos y la prueba pericial practicada en el acto del juicio oral, asimismo la observación directa del perjudicado, que como efecto del principio de inmediación, se llevó a efecto en el acto del juicio oral; destacando cómo al perjudicado se le han realizados dos implantes, de forma que no se aprecia visualmente en la actualidad ningún elemento de afeamiento del aspecto físico de su cara. La colocación de dichos implantes no han ocasionado mayores problemas o dificultades que los que se producen normal y habitualmente en este tipo de operaciones odontológicas y desde el momento de su colocación no se han puesto de manifiesto circunstancias que disminuyan o limiten la funcionalidad de las piezas dentales.

Juicio de valor expuesto razonadamente por el Tribunal de instancia y que no puede considerarse arbitrario ni carente de fundamento razonable,

máxime cuando la agresión -un solo manotazo en la cara- no revela la intensidad y brutalidad, ni la conducta especialmente grave que se pretende sancionar con el tipo del art. 150 CP”.

Se aprecia deformidad.

1.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 686/2007 de 19 Jul. 2007, Rec. 2066/2006.

En este caso existió una fractura de incisivo lateral y, además, otra del dental, con dos huecos en la parte visible de la boca, pero no se cita intervención médica ni reconstrucción. Se confirmó la deformidad, porque literalmente ésta existía por dejar esos huecos la agresión. Señala, así, la sentencia que:

“En el caso presente la mencionada deformidad viene apreciada por los daños producidos en dos piezas dentarias:

1ª. Fractura corono radicular del incisivo lateral izquierdo que supone la pérdida de este diente quedando su raíz dentro de la encía. Es decir, a los efectos estéticos propios de la deformidad, constituye la desaparición de aquella parte de tal incisivo que es visible, quedando en la boca el correspondiente hueco total.

2ª. Fractura de un tercio del incisivo central superior izquierdo, que es la pieza contigua a la anterior, lo que constituye una pérdida de esa tercera parte, algo también perfectamente visible.

Ciertamente, como dice la sentencia recurrida en su fundamento de derecho 1º, **la pérdida de toda la parte visible de un incisivo y la de un tercio de otro constituye una deformidad del art. 150 CP pues determina un perjuicio estético, consecuencia de la desaparición de sustancia corporal en un lugar particularmente ostensible como es el que ocupan en la mandíbula superior los dientes incisivos.**

Nos cita el tribunal de instancia el acuerdo del pleno no jurisdiccional de esta sala de 19.4.2002 que dice así: "La pérdida de incisivos u otras piezas dentarias ocasionadas por dolo directo o eventual es ordinariamente subsumible en el art. 150 del Código Penal. Este criterio admite modulaciones en supuestos de menor entidad en atención a la relevancia de la afectación o de las circunstancias de reparación accesible con carácter general sin riesgo ni especiales dificultades para el lesionado. En todo caso dicho resultado comportará valoración como delito y no como falta".

Tal cita se hace para aplicar al caso su párrafo I, esto es, para considerar que no cabe hablar aquí de menor entidad del hecho, habida cuenta de **las varias señales dejadas en el cuerpo, reveladoras de la brutalidad de la agresión, como pone de relieve la ya referida serie de fotografías de los folios 30 y ss. de las diligencias previas mencionadas y la relación que nos ofrece el capítulo de los hechos probados**".

2.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 2443/2001 de 29 Abr. 2002, Rec. 989/2000.

"No cabe considerar el caso enjuiciado como un supuesto de menor entidad, excluyente de la aplicación del subtipo de deformidad, conforme al criterio de la sentencia de esta Sala de 29 Ene. 1996 --que apreció menor entidad en el caso de pérdida de una sola pieza dentaria por un golpe «a manos limpias»-- y de la sentencia de esta Sala de 22 Ene. 2001 --que no estimó deformidad en el caso de rotura de parte de un diente y de una pequeña cicatriz, ambas inapreciables a la vista-- y según el acuerdo adoptado por el Pleno de la Sala de 20 Abr. pasado, que entendió que la menor entidad tendría que ponderarse en atención a la relevancia de la afectación, a las concretas circunstancias de la víctima, y a la reparabilidad de la deformidad.

Estima esta Sala que el caso enjuiciado no puede considerarse de menor entidad, y no integrante de deformidad, cuando, según el relato fáctico, la agresión de José Ramón determinó la avulsión de tres incisivos superiores y

la fractura de la pieza dentaria 12, y una cicatriz de dos centímetros y medio en el labio superior”.

3.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 1036/2006 de 24 Oct. 2006, Rec. 696/2006.

“Esta Sala ha entendido generalmente que el carácter permanente de la deformidad no se desvirtúa por la posibilidad de su corrección posterior pues la restauración no puede ser obligatoria para el perjudicado y su posible corrección no elimina el resultado típico. En este sentido las STS nº 389/2004, de 23 de marzo; STS nº 85/2005, de 7 de febrero, y STS nº 1512/2005, de 27 de diciembre.

En el caso, hemos de reiterar como punto de partida que la pericial médica de la que dispuso el Tribunal, que contó con la presencia en el juicio oral del perito Médico Forense, le permitió establecer que la salud bucal del lesionado era normal a la fecha de los hechos, y que los incisivos luego afectados por la agresión se encontraban desvitalizados pero en buen estado. Asimismo, pudo declarar probada la relación causal entre la agresión y el resultado final, aunque de los informes médicos disponibles pueda concluirse que tal resultado no fue apreciado desde un primer momento, sino como consecuencia de la evolución y valoración posterior de las lesiones inicialmente estimadas. De la misma forma, en la fundamentación jurídica se explica que la valoración final relativa a la pérdida de los incisivos se basa en que se apreció movilidad de grado 2-3 y rotura de ángulos y bordes incisales, lo que requirió la colocación de coronas, explicando el Forense en el acto del plenario que la colocación de una funda por fractura de la corona de una pieza dental supone su pérdida.

En definitiva, la agresión sobre los cuatro incisivos suponen la causación de daños que de mantenerse sin tratamiento implicarían deformidad, que solo queda oculta, aparentemente, por la colocación de las coronas.

La aplicación de la doctrina anteriormente expuesta acerca de la aplicación del concepto de deformidad a la pérdida de piezas dentarias supone la aplicación del artículo 150 del Código Penal a los hechos que se declaran probados en la sentencia, pues la rotura de la corona de cuatro incisivos hasta el punto de precisar una funda que oculte el resultado final, no puede ser considerada como un supuesto de menor entidad”.

4.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 338/2003 de 10 Mar. 2003, Rec. 2326/2001.

“En el presente caso nos encontramos ante un hecho que entendemos encaja en lo que, conforme a dicho acuerdo plenario, ha de considerarse como de ordinaria aplicación del tan repetido art. 150. Como bien dice el Ministerio Fiscal una pérdida de dos incisivos superiores, bien visible por tanto, encaja en el concepto de deformidad simple prevista en tal norma penal. Se trata de un hecho semejante a los previstos en nuestras recientes sentencias de 29 Abr. 2002, 2 Oct. 2002 y 26 Nov. 2002. No nos encontramos ante un supuesto de menor entidad de los expresados en tal acuerdo. No hay ninguna razón para excluir aquí el concepto de deformidad conforme a esos criterios que en el mismo se indican: es relevante la afectación de esa pérdida de los dos incisivos en relación con el aspecto exterior de la víctima. Concretamente existió la deformidad no grave prevista en tal norma penal, en contraposición, por un lado, a la deformidad grave del art. 149 y, por otro, a la de menor entidad que por el mencionado acuerdo habría de encajar en el tipo básico del 147.1”.

Conclusión:

De lo expuesto se desprende que la calificación se encuentra estrechamente vinculada a las circunstancias del caso, lo que necesariamente determina que la jurisprudencia de esta Sala oscile en atención a las mismas. Y en este caso concreto debería estimarse este motivo en torno a las siguientes circunstancias:

1.- No existe en la argumentación del Tribunal ninguna explicación en torno a las **consecuencias negativas de la fractura y posterior intervención en orden a la fijación de los parámetros del afeamiento y permanencia**. Se limita a destacar que hubo intervención médica y que la secuela es la misma reconstrucción, pero sin precisar si existe permanencia de la visibilidad de la diferencia en la boca entre la situación precedente y la posterior.

2.- No existe motivación alguna en la sentencia al apreciar la deformidad en torno a **si la intervención conllevó a un riesgo para la víctima y a la gran entidad de la reparación o sus consecuencias para la víctima**.

3.- No existe ninguna motivación acerca de las **dificultades concretas para su reparación odontológica**.

4.- No existe ninguna motivación acerca de si se han puesto de manifiesto **circunstancias que disminuyan o limiten la funcionalidad de las piezas dentales**.

5.- No existe ninguna motivación acerca de si, en razón a la inmediación en el juicio **se puede apreciar "in visu" las lesiones producidas, así como las repercusiones estéticas y funcionales**.

6.- No existe ninguna motivación acerca de la **exigencia de permanencia de la deformidad**.

7.- No existe ninguna motivación acerca de si se trató de una **posibilidad de reparación odontológica de la pieza o piezas afectadas, pero sin que ello suponga acudir a medios extraordinarios**.

8.- No existe ninguna motivación acerca de la **mayor o menor visibilidad o afeamiento estético que la lesión ocasione, en atención a la situación de las piezas dentarias afectadas o a otros factores**.

9.- No existe ninguna motivación acerca de la existencia de **anomalía y visibilidad, que afectan a la estética del rostro.**

Es decir, fijados estos nueve factores debemos concluir en el examen sistemático para la apreciación de la deformidad del art. 150 CP en el caso de afectación a piezas dentarias, que el Tribunal debe realizar un esfuerzo motivador acerca de estas circunstancias en el análisis concreto del caso y valorar cada una de ellas para determinar la concurrencia de la deformidad del art. 150 CP, o, en su defecto, aplicar el art. 147.1 CP, analizando en cada caso todos y cada uno de los parámetros que se han explicitado.

Y en el presente caso no concurren los exigentes para apreciar la deformidad del art. 150 CP en el caso de piezas dentarias, porque el Tribunal se limita a señalar que se trató de una *fractura de incisivo central izquierdo, que para su sanidad precisaron de una primera asistencia facultativa y de tratamiento médico consistente en reconstrucción del incisivo central izquierdo, permaneciendo como secuela permanente dicha reconstrucción.* Y en la explicación de la fundamentación jurídica se limita a apuntar que *La víctima pierde incisivo central izquierdo lo que integra el concepto de deformidad, si bien permanece la raíz.*

Por ello, si existió reconstrucción médica posterior a la fractura que refleja el forense debió llevarse a cabo una explicación más detallada de toda la sistemática antes expuesta derivada del principio de inmediación del Tribunal, a fin de poder razonar y motivar por qué se ubica la respuesta penal en la deformidad del art. 150 CP, y no en la lesión del art. 147.1 CP.

Ello nos lleva a estimar el motivo en cuanto a la apreciación de la inexistencia de deformidad y reubicación de la calificación jurídica en el art. 147.1 CP, que lleva penalidad de tres meses a tres años. Pero con la aplicación del art. 148.4 CP por la aplicación de la relación entre sujeto activo y pasivo del delito.

Por ello, debe ahora procederse a llevar a cabo el proceso de individualización judicial de la pena.

La sentencia condenó al recurrente a la pena de 4 años y 6 meses de prisión aplicando el art. 150 CP, por la concurrencia de la deformidad que ahora se desestima, y en concurrencia de la agravante de parentesco y la atenuante de dilaciones indebidas.

En orden a la calificación alternativa que propone el recurrente se recoge en el recurso que:

*El error en la valoración del informe forense conduce a una calificación jurídica errónea, mucho más grave para el acusado, al subsumir la lesión sufrida por la denunciante en el tipo de lesiones agravadas del art. 150 del Código Penal, **en lugar del tipo básico del art. 147 CP, correspondiente a lesiones con tratamiento pero sin pérdida de miembros, reconducido al art. 148.4º por la circunstancia de parentesco.***

En efecto, la pena del art. 150 CP es la de 3 a 6 años de prisión, pero reconducido el debate al art. 147.1 CP hay que aplicar el art. 148.4º CP por la mención que se hace en el hecho probado de que *el recurrente se encontraba en el domicilio que compartía con su ex compañera sentimental*. Y el art. 148.4 CP supone una penalidad de 2 a 5 años de prisión, ya que señala el precepto que: *Las lesiones previstas en el apartado 1 del artículo anterior podrán ser castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado o riesgo producido:*

1.º Si en la agresión se hubieren utilizado armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o salud, física o psíquica, del lesionado.

2.º Si hubiere mediado ensañamiento o alevosía.

3.º Si la víctima fuere menor de doce años o persona con discapacidad necesitada de especial protección.

4.º Si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.

Pues bien, en este caso hay que precisar que en el relato de hechos probados se recoge que el recurrente *la agarró de los brazos y la golpeó en diversas partes del cuerpo, o a tirarla al suelo donde le propinó varios golpes y tirones de pelo, llegando N. refugiarse en el cuarto de baño.*

Juan logró abrir la puerta, momento en el que le pegó un puñetazo en la boca. A raíz de los golpes recibidos N. resultó con lesiones consistentes en erosiones múltiples en distintas regiones del cuerpo, equimosis en costado izquierdo, en cara posterior de tercio medio de brazo izquierdo y en ambas rodillas y fractura de incisivo central izquierdo, que para su sanidad precisaron de una primera asistencia facultativa y de tratamiento médico consistente en reconstrucción del incisivo central izquierdo, permaneciendo como secuela permanente reconstrucción.

Es decir, nos encontramos ante un escenario de gran agresividad hacia su ex compañera sentimental, propinándole golpes en varias partes del cuerpo en una situación de absoluta victimización física, y teniendo que acudir la víctima a refugiarse en el cuarto de baño, aunque él abre la puerta de éste, y es cuando le golpea fuertemente causándole la fractura de la pieza dentaria del incisivo y diversas lesiones fijadas anteriormente, lo que integra y constituye un escenario de brutalidad agresiva del recurrente que conlleva la apreciación de los arts. 147.1 y 148.4 CP al que se refiere el recurrente, dado que no cabe apreciar esta última agravación, porque ya la lleva consigo en cualquier caso en la penalidad del art. 150 CP, al ser de hasta 6 años de prisión, y de 2 a 5 en el caso del art. 148.4 CP que se refiere solo a los supuestos del art. 147.1 CP, ya que la mención del art. 148.4º CP se incluyó por el legislador para agravar la penalidad en los casos de lesiones del art.

147.1 CP en los que concurra alguna de estas circunstancias. Y en este caso se aplica a los supuestos de violencia de género como el presente en donde el recurrente sometió a la víctima a una brutal situación de agresividad que merece el reproche penal.

En este caso concurría una circunstancia agravante de parentesco que no podría aplicarse ahora si se aplica el art. 148.4 CP por infringir el “non bis in idem”, y una circunstancia atenuante de dilaciones indebidas.

En virtud de ello, y dado que la pena está en el arco de entre 2 y 5 años de prisión y que solo concurre una atenuante nos movemos en orden a la individualización judicial de la pena en el marco del art. 66.1.1º CP que nos lleva a su imposición en su mitad inferior, es decir, en un arco de entre 2 años y 3 años y 6 meses de prisión.

Dado que nos movemos en la mitad inferior a la hora de fijar la pena a imponer ya hemos fijado en reiterada doctrina que la motivación de la individualización de la pena requiere, desde un punto de vista general, que el Tribunal determine, en primer lugar, la gravedad de la culpabilidad del autor expresando las circunstancias que toma en cuenta para determinar una mayor o menor reprochabilidad de los hechos.

Esta gravedad debe ser traducida en una “cantidad de pena” que el Tribunal debe fijar dentro del marco penal establecido en la ley para el delito. Y en este caso debemos recordar que a la hora de fijar la pena en el arco que permite la sanción que consta en el tipo tras el proceso de apreciar todas las circunstancias concurrentes que nos ubican en el arco de pena concreto hay que señalar que en la medida en que se aleje del mínimo legal se hará más patente la necesidad de explicar fundadamente la razón de la pena que se impone (SSTS 1169/2006 de 30 de noviembre; 809/2008 de 26 de noviembre; 854/2013 de 30 de octubre; 800/2015 de 17 de diciembre o 215/2016 de 23 de febrero).

Y en estos casos debe atenderse a la gravedad del hecho, una vez fijado el arco de la pena a aplicar.

Por otro lado, la mayor o menor gravedad del hecho dependerá:

1. En primer lugar, de **la intensidad del dolo, -y si es directo, indirecto o eventual- o, en su caso, del grado de negligencia imputable al sujeto.**

2. En segundo lugar, la mayor o menor gravedad del hecho dependerá de **las circunstancias concurrentes en el mismo, que sin llegar a cumplir con los requisitos necesarios para su apreciación como circunstancias atenuantes o agravantes, ya genéricas, ya específicas, modifiquen el desvalor de la acción o el desvalor del resultado de la conducta típica.**

3. En tercer lugar, habrá que atender a la mayor o menor culpabilidad -o responsabilidad- del sujeto, deducida del **grado de comprensión de la ilicitud de su comportamiento (conocimiento de la antijuricidad del grado de culpabilidad) y de la mayor o menor exigibilidad de otra conducta distinta.**

4. Y en cuarto lugar, habrá que tener en cuenta la **mayor o menor gravedad del mal causado y la conducta del reo posterior a la realización del delito, en orden a su colaboración procesal y su actitud hacia la víctima y hacia la reparación del daño, que no afectan a la culpabilidad, por ser posteriores al hecho, sino a la punibilidad.**

En el presente caso se han hecho constar las especiales circunstancias del caso concreto que se describen en los hechos probados. El Tribunal ha apreciado, tras la prueba practicada, que “la víctima estaba sentada en el sofá y el tenía ganas de salir para vender droga, El le quitó el cigarro y le pintó una ralla en la mesa y al proceder a soplarla él pegó un guantazo; Se abalanzó sobre ella, la tira al suelo y comienza a darle guantazos. Ella se encerró en el baño y el aporreó la puerta hasta que consiguió abrirla y le pegó un puñetazo que la dejó inconsciente. El golpe que le rompió el diente fue dado con la

mano cerrada. El diente se cayó y se le quedó una esquirla. Cuando recobró el sentido no estaba el acusado ni el perro, y ella fue a casa de sus amigos, que vivían muy cerca. Las lesiones en el brazo y el costado fueron causadas en el salón. Ella no quería denunciarlo, por miedo. Fue su amiga Carmen la que le insistió que fuera a denunciar, y la llevó a comisaría”.

Nos encontramos con una situación grave dado en el contexto de pareja o ex pareja, en el domicilio, lo que conlleva una especial situación de pánico o temor agravado, al no poder escapar de las agresiones y el miedo que tuvo que padecer la víctima ante la constante agresividad del recurrente, miedo que se constata objetivamente al referirse en la sentencia que ella tenía miedo de él y no quería denunciarlo, situación que se repite con frecuencia ante el impacto psicológico que provoca en las víctimas las agresiones de sus parejas o ex parejas.

Todo ello, nos lleva a fijar una pena a los hechos de 2 años y 6 meses de prisión en orden a la gravedad del hecho descrito, como se ha reflejado al tener que alejarse del mínimo penal establecido por estas circunstancias. Y ello, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena privativa de libertad, y a la pena accesoria de prohibición de comunicarse por cualquier medio o acercarse a N. en una distancia inferior a 500 metros, durante cinco años en aplicación del art. 57.1 y 2 CP en relación con el art. 48 CP con la responsabilidad civil ya fijada en la sentencia.

Se estima el motivo.

QUINTO.- Estimándose parcialmente el recurso, las costas se imponen de oficio.

FALLO

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

DECLARAR HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN, interpuesto por la representación del acusado **MOAKDY JUAN GARCÍA SÁNCHEZ**, con estimación de su motivo tercero por infracción de ley; y, en su virtud, casamos y anulamos la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Octava, de fecha 23 de mayo de 2018, en causa seguida contra el mismo y otra por delito de lesiones agravadas. Se declaran de oficio las costas procesales ocasionadas en su recurso. Y, comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicte, a la mencionada Audiencia, a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

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

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar

Francisco Monterde Ferrer

Vicente Magro Servet

Susana Polo García

Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

RECURSO CASACION núm.: 2286/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

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

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Vicente Magro Servet

D^a. Susana Polo García

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 2 de abril de 2019.

Esta sala ha visto el rollo de Sala nº 49 de 2017, dimanante de Diligencias Previas nº 311 de 2014, del Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Marbella, y seguido dicho procedimiento en la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Octava, por delito de lesiones agravadas contra los acusados **Moakdy Juan García Sánchez**, mayor de edad, con D.N.I. xxx y contra **N.** mayor de edad, de nacionalidad española con D.N.I. xxx, y, en cuya causa se dictó sentencia por la mencionada Audiencia, con fecha 23 de mayo de 2018, que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen, hacen constar lo siguiente:

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

ANTECEDENTES DE HECHO

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- De conformidad con nuestra Sentencia Casacional debemos condenar al acusado, como autor criminalmente responsable de un delito de lesiones previsto y penado en los arts. 147.1 y 148.4 del Código Penal con la concurrencia de la circunstancia modificativa de dilaciones indebidas a la pena 2 años y 6 meses de prisión en orden a la gravedad del hecho con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena privativa de libertad, y a la pena accesoria de prohibición de comunicarse por cualquier medio o acercarse a N. en una distancia inferior a 500 metros, durante cinco años en aplicación del art. 57.1 y 2 CP en relación con el art. 48 CP, con la responsabilidad civil ya fijada en la sentencia.

FALLO

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

Que con estimación del motivo 3º del recurso debemos condenar y condenamos a MOAKDY JUAN GARCÍA SÁNCHEZ como autor criminalmente responsable de un delito de lesiones previsto y penado en los arts. 147.1 y 148.4 del Código Penal con la concurrencia de la circunstancia modificativa de dilaciones indebidas a la pena de dos años y seis meses de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena privativa de libertad, y a la pena

accesoria de prohibición de comunicarse por cualquier medio o acercarse a N. en una distancia inferior a 500 metros, durante cinco años con la responsabilidad civil ya fijada en la sentencia, manteniendo las costas ya fijadas en la instancia y éstas de oficio.

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

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar

Francisco Monterde Ferrer

Vicente Magro Servet

Susana Polo García

Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

