



Roj: **STS 944/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:944**

Id Cendoj: **28079120012019100209**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/03/2019**

Nº de Recurso: **1725/2018**

Nº de Resolución: **149/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 149/2019

Fecha de sentencia: 19/03/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1725/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 05/02/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Julian Sanchez Melgar

Procedencia: Sec. 3ª AP Cádiz

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

Transcrito por: BDL

Nota:

*

RECURSO CASACION núm.: 1725/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Julian Sanchez Melgar

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 149/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julian Sanchez Melgar

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Vicente Magro Servet

Dª. Susana Polo Garcia

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 19 de marzo de 2019.





Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL y por la representación legal del encausado DON Severino**, contra Sentencia núm. 74/2018, de 2 de marzo de 2018 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Cádiz, dictada en el Rollo de Sala P.O. núm. 10/2017 dimanante de las DP núm. 3/16 del Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Cádiz, seguidas por delitos de maltrato habitual, lesiones y agresión sexual contra mencionado recurrente. Los Excmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación, votación y fallo, bajo la Presidencia del primero de los indicados. Han sido partes en el presente procedimiento: como recurrentes el Ministerio Fiscal y el encausado Don Severino representado por la Procuradora de los Tribunales Doña María Jesús Mateo Herranz y defendido por el Abogado Don Felipe Luis Meléndez Sánchez, y como recurrida la Acusación particular Doña Amanda representada por la Procuradora de los Tribunales Doña Sonia María Casqueiro Álvarez y defendida por la Letrada Doña M^a Paz Franganillo Sánchez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Julian Sanchez Melgar.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Violencia sobre la Mujer num. 1 de Cádiz instruyó DP 3/2016 por delitos de maltrato habitual, lesiones y agresión sexual contra **DON Severino**, y una vez concluidas las remitió a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de dicha Capital que con fecha 2 de marzo de 2018, dictó Sentencia núm. 74/18, que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

<<Que el procesado Severino, nacido el NUM000 /93, mayor de edad y sin antecedentes penales, el 28 de junio de 2013, inició una relación sentimental con Amanda, de 14 años de edad en aquel momento.

Al principio la relación fue normal, hasta que Amanda empezó el curso escolar en el colegio DIRECCION000 de Cádiz en el mes de septiembre.

Desde el inicio del curso escolar, el acusado comenzó a ejercer una conducta controladora, sobre el modo en que Amanda acudía al centro escolar, sus peinados, el maquillaje, la ropa interior que vestía, los amigos con los que se relacionaba, hasta el punto que la obligó a dejar las redes sociales, a bloquear e incluso a eliminar de sus contactos del teléfono móvil a los varones, e incluso le indicaba con cuál de sus amigas le convenía estar y con cuáles no, le exigía que al salir del colegio no se relacionara y marchase directamente hasta el domicilio familiar etc.

Durante el curso escolar tan sólo se veían los fines de semana y en vacaciones todos los días.

En el mes de diciembre de 2013, sin poder concretar el día exacto, cuando se encontraban en el domicilio de Severino, sito en la CALLE000 número NUM001, NUM002 NUM003, de DIRECCION001, discutieron, cuando de forma inesperada Severino le dio una bofetada, para a continuación pedirle perdón, siguiendo pese a ello adelante la relación, pensando Amanda que un hecho así no se repetiría, pero lejos ello, la relación fue empeorando, con insultos tales como *'puta, zorra, guarra, lo único que quieres es follar con los tíos, vas provocando por la calle gilipollas'* al tiempo que en ocasiones la empujaba o le daba golpes en los brazos, o la tiraba al suelo, episodios que se repitieron tanto en casa de los padres de Amanda como en la de los padres de él cuando se encontraban a solas.

Desde el inicio de la relación comenzaron a mantener relaciones sexuales consentidas, inicialmente con preservativos, posteriormente en ocasiones sin utilizar medio anticonceptivo alguno y más tarde, Amanda pasó a tomar píldoras anticonceptivas, las que le fueron recetadas por el médico de cabecera con la anuencia de su madre.

No está probado que Amanda fuera obligada a mantener relaciones sexuales por la fuerza, aunque sí en ocasiones, pese a que no las deseara, acababa cediendo sin oponer resistencia, dejando al acusado hacer para acabar cuanto antes.

Tampoco está acreditado que en el mes de abril de 2015, Severino en su domicilio la penetrase vaginalmente contra su voluntad, haciéndolo a pesar de que Amanda le pidiera llorando que parase que le estaba haciendo daño.

El día 1 de mayo estando en el domicilio de Severino comenzaron a discutir, Severino la insultó, le golpeó en el hombro y la empujó mientras le decía en tono amenazante *"si no estás conmigo no vas a estar con nadie"* y aprovechando que llegaron a casa los padres de Severino Amanda cogió su teléfono y llamó a su padre para que viniese a buscarla decidiendo poner fin a la relación

Como consecuencia de los anteriores hechos Amanda siguió tratamiento psicológico.>>



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

<<Que debemos condenar y condenamos a Severino como autor responsable de un delito de maltrato habitual y dos delitos de maltrato ocasional, ya definidos sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de siete meses de prisión por cada uno de los dos delitos de maltrato, accesorias de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena, así mismo le imponemos la prohibición de aproximarse a una distancia inferior a 200 metros de Amanda , su domicilio o lugar de trabajo o lugares que frecuente por tiempo de un año y siete meses por cada uno de los delitos y prohibición de comunicación por cualquier medio con Amanda por igual periodo de tiempo y además lo condenamos a la pena de un año y nueve meses de prisión por el delito de maltrato habitual con las accesorias de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena, y así mismo le imponemos la prohibición de aproximarse a una distancia inferior a 200 metros de Amanda , su domicilio o lugar de trabajo o lugares que frecuente por tiempo de dos años y nueve meses y prohibición de comunicación por cualquier medio con Amanda por igual periodo de tiempo.

Asimismo le condenamos por vía de responsabilidad civil a que indemnice a Amanda en la suma de 1000 € y al pago de tres cuartas partes de las costas procesales declarando de oficio la cuarta parte restante.

Se mantiene la medida cautelar de alejamiento e incomunicación, si bien la primera limitada a 200 metros y hasta un máximo de 61 meses desde que se adoptó el 04/12/2015.

Notifíquese esta resolución a las partes, a las que se instruirá de los recursos a interponer contra esta sentencia y una vez firme comuníquese al Registro Central de Penados y Rebeldes.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.>>

TERCERO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas se preparó recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional por el **MINISTERIO FISCAL y por la representación legal del encausado DON Severino** , que se tuvo anunciado; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente Rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- El recurso de casación formulado por el **MINISTERIO FISCAL** se basó en el siguiente **MOTIVO DE CASACIÓN**:

Motivo único.- Por infracción de ley, al amparo del 849.1º LECr., por inaplicación indebida de los arts. 181.1º, 3º y 4º, 192 y 74 CP .

El recurso de casación formulado por la representación legal de DON Severino , se basó en os siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN**:

Motivo primero.- Al amparo del apartado 1º del art. 849 de la LECrim . por infracción de Ley por aplicación indebida del art 173.2 del C. penal .

Motivo segundo.- Al amparo del apartado 1º del art. 849 de la LECrim . por infracción de Ley por aplicación indebida del art 153.1 del C. penal en relación con el art. 131.1 del C. penal .

Motivo tercero.- Al amparo del apartado 1º del art. 849 de la LECrim . por infracción de Ley por aplicación indebida del art 153.1 del C. penal .

Motivo cuarto.- Al amparo del apartado 4º del art. 5 de la LOPJ 6/1985, DE 1 de julio , por infracción de precepto constitucional art 24.2 de la CE en relación con el artículo 173.2 del C penal .

Motivo quinto.- Al amparo del apartado 4º del art. 5 de la LOPJ 6/1985, DE 1 de julio , por infracción de precepto constitucional art 24.2 de la CE en relación con el artículo 153.1 del C penal .

Motivo sexto.- Al amparo del apartado 4º del art. 5 de la LOPJ 6/1985, DE 1 de julio , por infracción de precepto constitucional art 24.2 de la CE en relación con el artículo 153.1 del C penal .

QUINTO.- Es **recurrida** en el presente procedimiento la Acusación particular DOÑA Amanda que se adhiere al recurso del Ministerio Fiscal e impugna el recurso del encausado, por escrito de fecha 18 de julio de 2018.

SEXTO.- Instruidas la partes del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Por Providencia de esta Sala de fecha 15 de enero de 2019, se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 5 de febrero de 2019, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.





FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Cádiz condenó a Severino como autor criminalmente responsable de un delito de maltrato habitual y dos de maltrato con lesiones (delitos de lesiones en el ámbito de violencia de género), absolviéndole por un delito continuado de agresiones sexuales, a las penas que dejamos expuestas en nuestros antecedentes, frente a cuya resolución judicial han recurrido en casación tanto el aludido acusado en la instancia, como el Ministerio Fiscal, recursos que seguidamente procedemos a analizar y resolver.

Recurso de Severino .

SEGUNDO.- Este recurrente, formaliza seis motivos, que tanto se encauzan por la vía del "error iuris", al amparo de lo autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , como por vulneración de derechos fundamentales, alegando como camino procesal el art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , hoy art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , siendo así que, en realidad, en todos ellos, salvo en el segundo, lo que lleva a cabo es un reproche generalizado de la existencia de prueba de cargo que pueda fundamentar el relato fáctico que ha construido la Sala sentenciadora de instancia.

De esa manera se expresan objeciones a los arts. 173.2 y 153.1 del Código Penal , que son las infracciones penales que se han aplicado, como constitutivas de un delito tipificado en el primer precepto y dos del segundo, en la conducta del acusado Severino , el cual, a la sazón de 20 años de edad, y la víctima, de 14 años, iniciaron una relación sentimental en el mes de junio de 2013; se relata también que el acusado, desde el mes de septiembre, comenzó a ejercer una conducta *controladora* de la citada víctima - peinados, maquillaje, ropa interior, amigos-, obligándola a dejar las redes sociales que le indicaba su pareja, a bloquear, e incluso eliminar, de sus contactos en el teléfono móvil a los varones, a indicarle imperativamente con qué amigas le convenía estar y con cuáles no debía mantener relaciones de amistad, y, en suma, a exigirle que al salir del colegio no se relacionara con nadie y se marchara directamente a su casa; también se expone que en el mes de diciembre de 2013, en el curso de una discusión, el acusado agredió mediante una bofetada a Amanda y luego le pidió perdón; que la relación fue empeorando con insultos tales como "*puta, zorra, guarra, lo único que quieres es follar con los tíos, vas provocando por la calle, gilipollas*", y con episodios de empujones, golpes en los brazos, llegando a tirarla al suelo. Igualmente se dice, por lo que hace a otro tipo de acusación, que desde el inicio de la relación, el acusado Severino , y Amanda , comenzaron a mantener relaciones sexuales consentidas, unas veces con preservativos, otras veces sin protección y posteriormente tomando Amanda píldoras anticonceptivas; la Sala sentenciadora de instancia declara que no está probado que Amanda fuera obligada a mantener relaciones sexuales, por la fuerza, aunque sí en ocasiones, pese a que no las deseara, acabara cediendo sin oponer resistencia, dejando al acusado "hacer" para acabar cuanto antes; y que tampoco está acreditado, dicen los jueces "a quibus" que en el mes de abril siguiente el acusado la penetrase vaginalmente contra su voluntad. Se declara probado, por el contrario, que el día 1 de mayo, estando en el domicilio del acusado, éste la insultó, golpeó, empujó y amenazó diciendo "*si no estás conmigo no vas a estar con nadie*" y que Amanda llamó a su padre para que la recogiera y decidió poner fin a la relación; y que como consecuencia de esos hechos Amanda hubo de seguir un tratamiento psicológico.

Esta Sala, en numerosas sentencias, como es la STS 1505/2003, de 13 de noviembre , establece unos criterios orientativos para que la sola declaración de la víctima pueda desvirtuar la presunción de inocencia, y estos son: a) ausencia de incredibilidad subjetiva, derivada de las relaciones entre el declarante y el acusado, que pudieran conducir a la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento, interés o de cualquier otra índole semejante, que prive a esa declaración de la aptitud necesaria para generar certidumbre; b) verosimilitud, es decir constatación de la concurrencia de corroboraciones periféricas de carácter objetivo, que avalen lo que no es exactamente igual que un testimonio (declaración de conocimiento prestada por una persona ajena al proceso) sino una declaración de parte, en cuanto que la víctima puede personarse como parte acusadora particular o perjudicada civilmente en el procedimiento (arts. 109 y 110 LECrim) o, cuando menos, la inexistencia de datos de tal carácter objetivo, que contradigan la veracidad de la versión de la víctima; y c) persistencia en la incriminación, que debe ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones, ya que la única posibilidad de evitar la situación de indefensión del acusado que proclama su inocencia, es la de permitirle que cuestione eficazmente la declaración que le incrimina, poniendo de relieve aquellas contradicciones que, valoradas, permitan alcanzar la conclusión de inveracidad (STS 787/2015, de 1 de diciembre).

Hemos dicho también en STS 282/2018, de 13 de junio , que la credibilidad de la víctima permite apreciar al Tribunal "con mayor precisión la forma de narrar el acaecimiento de un hecho por haberlo vivido en primera persona y ser sujeto pasivo del delito, para lo que se prestará especial atención en la forma de cómo cuenta la experiencia vivida, sus gestos, y, sobre todo, tener en cuenta si puede existir algún tipo de enemistad en su declaración. En este último punto debe tenerse muy presente que la circunstancia de que entre autor del del"





y víctima haya existido algún tipo de enfrentamiento, o haber sido la víctima sujeto pasivo de otros hechos delictivos precedentes, ello no debe conllevar que se dude de su veracidad, ya que la circunstancia de que existan estos antecedentes no deben disminuir su credibilidad, sino que se valorará su declaración con el privilegio de la inmediación de que dispone el Tribunal. Tampoco será un elemento negativo hacia la víctima la circunstancia de que tarde en denunciar en hechos de violencia de género, dadas las especiales circunstancias que rodean a estos casos en los que las víctimas pueden tardar en tomar la decisión en denunciar por tratarse el denunciado de su pareja, o ex pareja, lo que es un dato que puede incidir en esas dudas de las víctimas que están sometidas a esa especial posición psicológica en la que quien les ha agredido es su propia pareja, algo, realmente, que nunca pudieron esperar cuando iniciaron su relación. Se trata de una serie de elementos a tener en cuenta en la valoración de la declaración de la víctima como testigo cualificado, dada su condición de sujeto pasivo del delito. Por ello, se trata de llevar a cabo la valoración de la declaración de la víctima, sujeto pasivo de un delito, en una posición cualificada como testigo que no solo "ha visto" un hecho, sino que "lo ha sufrido", para lo cual el Tribunal valorará su declaración a la hora de percibir cómo cuenta el suceso vivido en primera persona, sus gestos, sus respuestas y su firmeza a la hora de atender el interrogatorio en el plenario con respecto a su posición como un testigo cualificado que es, al mismo tiempo, la víctima del delito".

En los fundamentos de derecho de la sentencia, el Tribunal ha manifestado que las declaraciones de Amanda habían tenido una gran credibilidad por el modo en cómo se habían prestado, pues no se trata propiamente de su denuncia, sino por la intervención de un psicólogo que la interpelló sobre su bajo rendimiento escolar, llegando a conocer su causa. Se indica por los jueces "a quibus" que Amanda describió las discusiones y atentados frente a su integridad física, poniendo de manifiesto tanto la situación general de dominación creada por el acusado, como los datos concretos de dos de las agresiones sufridas, pudiéndose comprobar que su declaración había estado corroborada por el testimonio de sus padres y de la psicóloga. Se precisa que el hecho de la creación de una atmosfera irrespirable fue igualmente corroborado, en parte, por el propio acusado que reconoció que no le gustaba que ella fuera con determinadas personas, instándole a que se diera de baja en las redes sociales, y también reconoció haber proferido insultos. Se indica que los padres manifestaron que habían observado en alguna ocasión hematomas en los antebrazos de su hija que ella se tapaba y que la madre declaró que había advertido que su hija había llegado a bloquear el teléfono a su tía con la que mantenía muy buena relación, igualmente notó el cambio en la forma de vestir de su hija, que acudía a toda prisa del colegio a casa para atender la llamada que le hacía el acusado, y que después de la última pelea, Amanda les llamó para que fueran a buscarla. Y se añade que la psicóloga había apreciado indicadores de maltrato psicológico y sexual compatible con haber sufrido un proceso de violencia de género.

Por lo tanto, y como acertadamente razona el Ministerio Fiscal en esta instancia casacional, el hecho de que no haya habido partes médicas o testimonios de amigas o familiares debe entenderse por la propia forma cómo ocurrieron los hechos, ya que Amanda trataba de ocultar los efectos de las agresiones sufridas, incluso a su madre, para evitar que otras personas conocieran su situación, pero ello no afecta a la credibilidad del testimonio ofrecido por la menor tras haber conseguido ésta salir de la situación de opresión y sufrimiento a la que el acusado la tenía sometida. El testimonio ha estado suficientemente corroborado por los datos ofrecidos por los padres que llegaron a ver hematomas en los brazos de su hija y tuvieron que pasar a recogerla tras la última agresión, y por el informe de la psicóloga poniendo de manifiesto los indicadores de maltrato apreciados en la víctima.

En consecuencia, ha existido prueba de cargo, basada no solamente en la declaración de la víctima, tras conseguir salir de la situación de opresión y hostigamiento por parte de su pareja, sino por los hematomas físicos producidos en sus brazos, el tener que pasar a recogerla a casa de su agresor, cuando la situación se hizo ya insostenible, y por el testimonio de la psicóloga, aspectos fácticos que corroboran la versión ofrecida por la víctima.

El motivo no puede prosperar.

TERCERO.- En el segundo motivo se invoca la prescripción del primer delito de lesiones del art. 153.1 del Código Penal, esto es, la primera agresión datada en diciembre de 2013 y denunciada en diciembre de 2015. Al respecto hay que indicar que esa agresión ha sido calificada como delito de maltrato del art. 153.1 CP, no de delito leve como se dice en el recurso, y el plazo de prescripción que le corresponde, según el art. 131.1 CP, es de cinco años, por lo que la petición efectuada en el recurso carece de fundamento (LO 3/2011, de 28 de enero).

Por lo demás, la situación de maltrato habitual está plenamente subsumida por la Audiencia de instancia. Como precisa la STS 261/2005, la situación muy grave, intolerable, en que se encuentran las personas más débiles del hogar frente a quienes ejercen habitualmente violencia física fue puesta de relieve por todos los sectores sociales, motivando que la L.O. 3/1989, con propósito merecedor de todas las alabanzas creara un tipo penal en el capítulo de las lesiones, art. 425, para castigar "al que habitualmente y con cualquier fin, ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que estuviese unido por análoga relación de afectividad".





"recogiendo en la Exposición de Motivos de esta Ley que se justifica la reforma" al responder a la deficiente protección de los miembros más débiles del grupo familiar frente a conductas sistemáticas más agresivas de otros miembros del mismo, sancionando los malos tratos ejercidos sobre el cónyuge o pareja, cuando a pesar de no integrar individualmente consideradas más que una sucesión de infracciones, se produce de un modo habitual".

El Código Penal de 1995 en su art. 153, mantuvo la figura penal con algunas mejoras técnicas y un endurecimiento de la penalidad "el que habitualmente ejerce violencia física sobre su cónyuge o persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad o sobre los hijos propios o del cónyuge conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivieran o que se hallen sujetos a la potestad, tutela o curatela, será castigado con la pena de prisión de 6 meses a 3 años sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el resultado que, en cada caso, se causare".

Este artículo fue objeto de sucesivas reformas. Leyes Orgánicas 11 y 14/ 1999, de 30 de abril y de 9 de junio de modificación del Código Penal en materia de protección a las víctimas de malos tratos, con el propósito de mejorar el tipo penal otorgando una mayor y mejor protección a las víctimas; LO. 11/2003, de 29 de septiembre, que sin perjuicio de reconocer el alcance multidisciplinar que trate la violencia doméstica, que no agota su contenido en la agresión física o psíquica, sino que afecte al desarrollo de la personalidad, a la propia dignidad humana y a todos los derechos inherentes, justifica que este delito de violencia habitual en el ámbito familiar haya pasado al Título VII del Código y ubicado en el campo de los delitos contra la integridad moral, concretamente en el art. 173, dado que este delito desde una perspectiva estrictamente constitucional, el bien jurídico protegido trasciende y se extiende más allá de la integridad personal al atentar el maltrato familiar a valores constitucionales de primer orden como el derecho a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad, art. 10, que tiene su consecuencia lógica en el derecho no solo a la vida, sino a la integridad física y moral con interdicción de los tratos inhumanos y degradantes -art. 15- y en el derecho a la seguridad -art. 17- quedando también afectados principios rectores de la política social y económica, como la protección de la familia y la infancia y protección integral de los hijos del art. 39.

Hemos dicho que coherentemente con este enfoque, el delito que comentamos debe ser abordado como un problema social de primera magnitud y no solo como un mero problema que afecta a la intimidad de la pareja, y desde esta perspectiva es claro que la respuesta penal en cuanto represiva es necesaria, pero a su vez debe estar complementada con políticas de prevención, de ayuda a las víctimas y también de resocialización de estas y de las propias víctimas.

La STS 927/2000 de 24 de junio, a la que cita la STS 716/2009, de 2 de julio, realiza un detenido estudio de las características y funciones del antiguo art. 153 Código Penal -actual art. 173.2- que penaliza la violencia doméstica cuya grave incidencia en la convivencia familiar es innegable. La violencia física y psíquica a que se refiere el tipo es algo distinto de los concretos actos de violencia aisladamente considerados y el bien jurídico es mucho más amplio y relevante que el mero ataque a la integridad, quedando afectados fundamentalmente valores de la persona y dañado el primer núcleo de toda sociedad, como es el núcleo familiar. Esta autonomía del bien jurídico, de acción y de sujetos pasivos, unido a la situación de habitualidad que se describe en el art. 153 -actual art. 173.2- es el que permite con claridad afirmar la sustantividad de este tipo penal; los concretos actos de violencia solo tienen el valor de acreditar la actitud del agresor y por ello ni el anterior enjuiciamiento de estos actos impide apreciar la existencia de este delito (se estaría en un supuesto de concurso de delitos, art. 77, y no de normas) ni se precisa tal enjuiciamiento, bastando la comprobada realidad de la situación que se denuncia.

La L.O. 1/2004, de 28 de diciembre de medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género definía en su artículo 1.1 el objeto de la Ley de la siguiente manera: "actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aún sin convivencia", razón por la cual se establecían medidas de protección integral cuya finalidad era prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a las víctimas de esta violencia.

En el apartado tercero del artículo 1.1 de la LO 1/2004 se afirma que la "violencia de género a que se refiere la presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad", definición que al incluir el pronombre indefinido "todo" en los actos que refiere, entre los cuales se encuadra sin duda el maltrato de obra, no excluye de su radio de acción los actos violentos en los que no se aprecia directamente alguna de las manifestaciones recogidas en el apartado primero del artículo, ni exige la constatación de un determinado propósito a modo de elemento subjetivo del injusto.





Lo relevante será constatar si en el "factum" se describe una conducta atribuida al recurrente que demuestre con agresiones que dibujen ese ambiente de dominación y temor (a veces, terror) sufrido por la víctima, abstracción hecha de que las agresiones hayan sido o no denunciadas o enjuiciadas y que permitan la obtención del juicio de certeza sobre la nota de habitualidad que junto con el ataque a la paz familiar o de la convivencia, que constituyen así dos coordenadas sobre las que se vértebra el tipo penal.

En el caso, la nota de dominación del acusado sobre su pareja, la expresión de la ropa que tiene que vestir, los amigos que puede tener, la vuelta rápida a casa desde el colegio sin ver ni hablar con nadie, la injerencia en sus medios de comunicación, producen esa dominación propia de la violencia de género.

En consecuencia, el recurso de la defensa no puede prosperar.

Recurso del Ministerio Fiscal.

CUARTO.- El Ministerio Fiscal, en un único motivo de contenido casacional, por la vía autorizada en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia la indebida aplicación de los arts. 181.1º, 3º y 4º, 192 y 74 del Código Penal. La acusación particular se ha adherido.

El Fiscal estima que acusó a Severino de todos los delitos por los que ha sido condenado, y además, que concurre un delito continuado de agresión sexual, por el que la Audiencia finalmente le absuelve. Pretende en esta instancia casacional que los hechos declarados probados se subsuman en un delito de abuso sexual con prevalimiento, a pesar de no haberse ejercitado acusación por tal delito en la instancia.

El Tribunal sentenciador ha declarado probado a estos efectos:

"Desde el inicio de la relación comenzaron a mantener relaciones sexuales consentidas inicialmente con preservativos, posteriormente en ocasiones sin utilizar medio anticonceptivo alguno y más tarde, Amanda pasó a tomar píldoras anticonceptivas, las que le fueron recetadas por el médico de cabecera con la anuencia de su madre.

No está probado que Amanda fuera obligada a mantener relaciones sexuales por la fuerza, aunque sí en ocasiones, pese a que no las deseara, acababa cediendo sin oponer resistencia, dejando al acusado hacer para acabar cuanto antes.

Tampoco está acreditado que en el mes de abril de 2015, Severino en su domicilio la penetrase vaginalmente contra su voluntad, haciéndolo a pesar de que Amanda le pidiera llorando que parase que le estaba haciendo daño".

La Audiencia razona que las agresiones sexuales, que se situarían a partir del mes de enero de 2014, "no las damos por probadas", y ello porque aun cuando el testimonio de la víctima ha sido persistente y ha descrito situaciones en las que decía que era obligada, "si yo tengo ganas tú tienes que tener ganas", no queda claro de lo expuesto que existiera un uso de la fuerza física para imponer la relación in consentida, y añaden los jueces "a quibus" que ella pensaba que era normal aceptar tales relaciones sexuales, y que había ido con su madre a solicitar píldoras anticonceptivas, lo que indica que el mantenimiento de relaciones sexuales era claramente consentido. Incluso explican que tanto el acusado como Amanda habían acudido al médico como consecuencia de ciertos problemas de lubricación al mantener relaciones sexuales. Por otro lado, también la Audiencia expresa reiteradas dudas sobre la conducta impuesta por parte del acusado. Razonan finalmente los jueces "a quibus" que "puede ser falta de experiencia, sensibilidad o empatía por parte de él **pero no imposición**, para que haya imposición se requiere previa exteriorización de la oposición y del simple hecho de acudir al médico a solucionar los problemas de lubricación o para obtener píldoras, se infiere que las relaciones eran mutuamente consentidas".

Este apartado de "mutuamente consentidas" impide, naturalmente, que pueda estimarse el recurso del Ministerio Fiscal.

Por lo demás, en el juicio oral no se planteó en ningún momento como alternativa por parte de las acusaciones la concurrencia de un delito continuado de abuso sexual determinado por el prevalimiento del acusado, que por tanto no fue discutido en la instancia.

QUINTO.- Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, máxime cuando afecten a menores de edad, merecen un especial reproche moral y social que impone una contundente reacción penal, proporcionada a su acentuada gravedad, a la especial relevancia del bien jurídico contra el que atentan y a la reforzada tutela de dichas personas merecen como víctimas de los mismos. Pero siendo todo ello cierto, en ningún caso puede aceptarse que el carácter odioso de los hechos denunciados determine una degradación de las garantías propias del proceso penal y especialmente del derecho constitucional a la presunción de inocencia,





que constituye un principio fundamental y presupuesto básico de nuestro sistema constitucional (art. 24.2 de nuestra Carta Magna).

Tiene reiterado la jurisprudencia de esta Sala que se vulnera la presunción de inocencia cuando se condena: a) sin pruebas de cargo; b) con la base de unas pruebas no válidas, es decir, ilícitas por vulnerar otros derechos fundamentales; c) con la base de actividad probatoria practicada sin las debidas garantías; d) sin motivar la convicción probatoria; e) sobre la base de pruebas insuficientes; o f) sobre la base de una motivación ilógica, irracional o no concluyente (STS 653/2016, de 15 de julio), aunque este último apartado también se predica del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Y si falta que el tribunal de instancia haya obtenido la certeza, porque el tribunal **expresé duda y falta de convicción**, la absolución se impone con base en el principio "in dubio pro reo".

En fin, como hemos señalado con reiteración, el juicio sobre la suficiencia exige que, constatada la existencia de prueba de cargo, ésta es de tal consistencia que tiene virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia. Y una prueba racionalmente valorada, implica que de la prueba practicada debe inferirse racionalmente la comisión del hecho y la participación del acusado, sin que pueda calificarse de ilógico, irrazonable o insuficiente el itinerario discursivo que conduce desde la prueba al hecho probado.

Desde el plano discursivo que expresamos, cualquier duda que el Tribunal muestre en su fundamentación jurídica, no puede conformar la base de un hecho probado de donde deducir la constatación de un delito.

Este caso no es igual al invocado por el Ministerio Fiscal en la STS 841/2007, de 22 de octubre . Y no lo es, porque en tal precedente no existía duda alguna sobre la falta de consentimiento por parte de la esposa a la hora de mantener relaciones sexuales con su marido, y así se expresa en el relato fáctico de la sentencia recurrida.

Pero en nuestro caso, sucede todo lo contrario: los jueces "a quibus" no expresan ninguna duda relacionada con la falta de consentimiento de Amanda al mantener las relaciones sexuales, es más señalan todo lo contrario, que "se infiere que las relaciones eran mutuamente consentidas". Y lo expresan así: "puede ser falta de experiencia, sensibilidad o empatía por parte de él **pero no imposición**, para que haya imposición se requiere previa exteriorización de la oposición y del simple hecho de acudir al médico a solucionar los problemas de lubricación o para obtener píldoras, se infiere que las relaciones eran **mutuamente consentidas**" (énfasis añadido).

De esta frase, se deduce que no podemos convertir el pronunciamiento absolutorio en condenatorio, y menos por un delito que no fue acusado, ni siquiera alternativamente por las acusaciones, y que por consiguiente no ha tenido ocasión la defensa de combatir sus elementos en el acto del juicio oral, proponiendo además las pruebas que pudiera interesar a su derecho, ya que la única acusación fue por agresión sexual, con cuya absolución ahora se aquietan las acusaciones, y no hubo nunca acusación por abuso sexual, al punto que ni siquiera el planteamiento de una pena concreta a imponer por dicho delito había sido objeto de debate en la instancia.

Y aunque los hechos pudieran apuntar a esa posibilidad, la garantía del proceso justo y equitativo es un derecho constitucional infranqueable para cualquier instancia jurisdiccional.

El motivo no puede prosperar.

SEXTO.- Al proceder la desestimación, y tratándose del Ministerio Fiscal el recurrente, procede declarar de oficio las costas procesales, en función de su posición institucional, de conformidad con lo dispuesto en el art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal . No ocurre lo propio en el caso del recurso formalizado por la defensa de Severino , cuya desestimación comporta la condena en costas procesales a dicha parte recurrente.

FALLO

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

1º.- DECLARAR NO HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL y por la representación legal del encausado DON Severino** , contra Sentencia núm. 74/2018, de 2 de marzo de 2018 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Cádiz .

2º.- DECLARAR de oficio las costas procesales ocasionadas a instancias del Ministerio Fiscal y **CONDENAR** al recurrente Don Severino al pago de las costas procesales ocasionadas por su recurso.

3º.- COMUNICAR la presente resolución a la Audiencia de procedencia, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.





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

Así se acuerda y firma.

Julian Sanchez Melgar Francisco Monterde Ferrer Vicente Magro Servet

Susana Polo Garcia Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

