

Roj: **STS 4988/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:4988**Id Cendoj: **28079120012016100875**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **18/11/2016**Nº de Recurso: **481/2016**Nº de Resolución: **870/2016**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **ANTONIO DEL MORAL GARCIA**Tipo de Resolución: **Sentencia**

En nombre del Rey

La sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado lo siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Noviembre de dos mil dieciséis.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº **481/2016** interpuesto por **Gerardo** representado por la Procuradora Sra. Rubio Peláez, bajo la dirección letrada de D. Francisco Jiménez Grande Luis contra la sentencia de fecha 18 de febrero de 2016 dictada por la Sección nº 26 de la Audiencia Provincial de Madrid y recaído en la causa Sumario (PO) 1155/2015-L, procedente del Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 6 de Madrid. Ha sido parte recurrida Felisa representada por el Procurador Sr. Aguilar Fernández y bajo la dirección letrada de D. Juan Miguel Martín. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

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

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 6 de Madrid instruyó Sumario (PO) 1/2014, contra Gerardo . Una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid (Sección nº 26) que con fecha 18 de febrero de 2016 dictó sentencia que contiene los siguientes **Hechos Probados**:

<<Que Gerardo , mayor de edad y ejecutoriamente condenado en sentencia firme de fecha 14 de marzo de 2012 como autor de un delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias estupefacentes o psicotrópicas cometido el día 6 de marzo de 2012 a la pena de cuatro meses de multa con una cuota diaria de 3 euros, que quedó extinguida el día 10 de abril de 2012, inició una relación de noviazgo con Felisa a finales del mes de enero o principios del mes de febrero de 2013.

En la madrugada del día 11 de agosto de 2013, Gerardo y Felisa se trasladaron desde Madrid en el automóvil conducido por Gerardo a pasar unos días en una casa propiedad de los padres de Felisa , con los que ésta convivía, en Algodor, en la localidad de Aranjuez (Madrid), población de unos veinte habitantes.

Comoquiera que el día 13 de agosto, sobre las 21,30 horas, Felisa le comentase a Gerardo que al día siguiente, sobre las 13 horas, tenía que estar en Madrid para irse de vacaciones con sus padres, asunto que ya le había recriminado Gerardo el día anterior, diciéndole que se iba con sus padres y le dejaba tirado como un perro, Gerardo se enfureció y comenzó a gritarle, diciendo que no la iba a llevar, iniciándose una discusión entre ambos en el salón de la vivienda, durante el curso de la cual Gerardo le pidió a Felisa su teléfono móvil para comprobar sus llamadas y, ante la negativa de ésta a entregárselo, se lo arrebató, estampándolo contra la pared y rompiéndolo.



A continuación, Gerardo se abalanzó contra Felisa y comenzó a agredirla repetidamente en la cabeza, dándole fuertes golpes con las manos abiertas para, seguidamente, lanzarla al suelo, donde le arrojó el contenido de una garrafa de agua, tras lo cual continuó propinándole golpes en la cabeza y patadas por todo el cuerpo, así como tirones de pelo. En un momento dado, Felisa se quitó del dedo un anillo que le había regalado Gerardo y lo tiró al suelo, ante lo cual el acusado la cogió del pelo y la arrastró por el salón y por el pasillo de la vivienda, mientras le decía que buscara el anillo, consiguiendo Felisa zafarse en dos ocasiones de Gerardo, dirigiéndose hacia una ventana y pidiendo auxilio, sin que lo obtuviera. En la segunda ocasión, Gerardo la alcanzó, la arrojó al suelo y le tapó la boca fuertemente con las manos, diciéndole repetidamente que la iba a matar, suplicándole ella que no lo hiciera, hasta que dejó de taponarle la boca.

Tras ello, encontrándose ambos en el salón, Gerardo le dijo a Felisa que la iba a violar, le quitó las bragas, la arrojó encima de una mesa y la inmovilizó, sujetándola de los brazos e impidiéndole levantarse y la penetró, eyaculando dentro de su vagina, pese a que Felisa en un principio se resistió, empujándole con los brazos y diciéndole que parara, hasta que dejó de hacerlo ante el temor de que Gerardo volviera a agredirla.

Después, éste comenzó a beber alcohol y, pese a que Felisa le manifestó su intención de irse a dormir, se lo impidió, sin que ésta pudiera abandonar la vivienda, puesto que no disponía de llave de la cancela y para abandonar la vivienda debía de saltar una reja de 2 m de altura, no disponiendo tampoco del teléfono móvil ni de teléfono fijo, permitiéndole finalmente el acusado que se retirase a dormir sobre las 5 horas de la madrugada.

A la mañana siguiente, comoquiera que Felisa se encontraba llorando por los hechos sucedidos el día anterior, al despertarse Gerardo y verla, le manifestó: "Verte llorar me pone cachondo" y procedió a penetrarla vaginalmente de nuevo contra una pared, en contra de los deseos de Felisa.

Finalmente, sobre las 17 horas del día 14 de agosto de 2013, Gerardo decidió llevar a Felisa a Madrid. Una vez en Madrid, Felisa se encerró en su cuarto para llorar, emprendiendo unas horas después viaje a Chipiona con sus padres, contándoles durante el viaje que Gerardo la había agredido y, como se quejaba de dolor en la cabeza y en el oído, sus padres la acercaron al hospital de Sanlúcar de Barrameda, donde la misma le dijo a la facultativo que la atendió que se había caído por las escaleras, si bien, como persistiera el dolor, volvió a ir al hospital de Jerez de la Frontera el día siguiente, decidiéndose finalmente a formular denuncia en dicha localidad el día 16 de agosto.

Como consecuencia de estos hechos, Felisa sufrió lesiones consistentes en hematomas retroauriculares, en zona subescapular derecha, glúteo izquierdo, cara anterior del muslo izquierdo, brazos, piernas y hematoma ángulo mandibular izquierdo, presentando también gran afectación psicológica, estado de ansiedad, llanto continuo y miedo, que precisaron para su curación de una primera asistencia facultativa, sin necesidad de tratamiento médico o quirúrgico, tardando en curar 15 días no impeditivos, no sufriendo secuelas.

Asimismo, a consecuencia de estos hechos Felisa presenta sintomatología compatible con un trastorno de stress postraumático de carácter crónico y de intensidad moderada, causándole dichas lesiones dificultades de adaptación a nivel personal, laboral, académico y social de forma moderada-leve, que pueden ser superadas total o parcialmente con tratamiento adecuado, de duración no inferior a seis meses.

Felisa ha renunciado a cualquier indemnización que pudiera corresponderle por estos hechos.

Con fecha 10 de septiembre de 2013 el Juzgado de Violencia sobre la Mujer número 6 de Madrid acordó adoptar la orden de protección solicitada por Felisa, imponiendo al acusado la prohibición de aproximarse a la misma, a su domicilio, lugar de trabajo y cualquier otro en que pudiera encontrarse a una distancia mínima de 500 m, así como comunicarse con ella durante toda la tramitación de la causa, hasta que recayese resolución definitiva>>.

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

<<FALLAMOS.- Que debemos condenar y condenamos a Gerardo como autor responsable de un delito continuado de agresión sexual y de un delito de malos tratos en el ámbito familiar, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de nueve años y un día de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, con prohibición de aproximarse a Felisa a una distancia no inferior a 500 m, a su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro frecuentado por ella, así como de entablar con la misma, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual durante el plazo de once años por el primer delito y a la pena de nueve meses de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo de dos años, así como prohibición de aproximarse a Felisa a una distancia no inferior a 500 m, a su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro frecuentado por la misma, así como de entablar con ella, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual durante el plazo de dos años por el segundo delito, así como al pago de las costas, incluidas las causadas por la Acusación Particular.



Se acuerda el mantenimiento de la medida cautelar adoptada en el Juzgado de Violencia sobre la Mujer número 6 de Madrid con fecha 10 de septiembre de 2013 hasta que la presente resolución sea revocada o, en el caso de ser confirmada, hasta que Gerardo sea requerido de su cumplimiento>>.

3.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley y precepto constitucional por el recurrente, 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, alegando los motivos siguientes:

Motivos aducidos en nombre de Gerardo .

Motivo primero .- Por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 850.1 LECrim . **Motivo segundo** .- Por infracción de ley al amparo del art. 852 LECrim y 5.4 LOPJ por vulneración del art. 24.2 CE . **Motivo tercero** .- Por infracción de ley, al amparo de los nº 1 y 2 del art. 849 LECrim al haberse infringido el art. 153.3 CP . **Motivo cuarto** .- Por infracción de ley al amparo del nº 2 del art. 849 LECrim por error en la valoración de la prueba. **Motivo quinto**.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim por infracción del art. 153.1 y 3 CP . **Motivo sexto**.- Por infracción de ley al amparo del nº 1 del art. 849 LECrim por infracción del art. 74 en relación con el art. 179 CP . **Motivo séptimo** .- Por infracción de ley al amparo del nº 1 y 2 del art. 849 LECrim al haberse infringido el art. 26 CP y por error en la valoración de la prueba. **Motivo octavo** .- Por quebrantamiento de forma al amparo del art. 851.1 LECrim . **Motivo noveno** .- Por quebrantamiento de forma al amparo del art. 851.1.1 LECrim por falta de claridad. **Motivo décimo** .- Por quebrantamiento de forma al amparo del art. 851.1.1 LECrim por falta de claridad. **Motivo undécimo** .- Por quebrantamiento de forma al amparo del art. 851.1.1 LECrim por falta de claridad.

4 .- El **Ministerio Fiscal** se instruyó del recurso interpuesto por el recurrente, **impugnando todos los motivos del recurso** ; la Sala admitió el recurso, quedando conclusos los autos para señalamiento y Fallo cuando por turno correspondiera.

5.- La parte recurrida -acusación particular- no impugnó el recurso, si bien posteriormente presentó escrito aclarando que su silencio en modo alguno debía interpretarse como aquietamiento frente al recurso.

6.- Realizado el señalamiento para Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día ocho de noviembre de dos mil dieciséis.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El primero de los motivos del recurso se canaliza a través del tradicional **quebrantamiento de forma del art. 850.1º LECrim** La queja versa sobre la denegación de determinadas pruebas periciales y documentales.

A) Tal motivo exige como presupuesto que la prueba hubiera sido propuesta en tiempo y forma y que frente a la denegación se hubiese formulado protesta en su momento.

Tales requisitos formales o, mejor, extrínsecos (la palabra *formal* sugiere algo "burocrático" o "ritual": es poco atinada cuando se está hablando de derechos fundamentales) aparecen cubiertos. Se trataba de pruebas propuestas en el momento procesal adecuado (escrito de conclusiones provisionales: folios 76 a 79). Su rechazo mediante Auto de 17 de diciembre de 2015 (folios 94 a 96 del rollo) fue objeto tempestivamente de la protesta escrita a que obliga el art. 659 LECrim (Folio 185). El plazo para esa queja es de cinco días (por analogía con el plazo señalado para el recurso de casación).

Tratándose de un procedimiento ordinario basta esa protesta. No se hace necesario reiterar la petición al inicio del juicio como sucede en el procedimiento abreviado. No es presupuesto tampoco para la viabilidad del motivo haber pedido la revocación del auto de conclusión del sumario aún cuando las pruebas pudieran ser congruentes con la fase de instrucción. Es verdad que desde la reforma de 2009 las partes pasivas del proceso han encontrado un espacio en el trámite del art. 627 LECrim habilitado, entre otras cosas, para reclamar la revocación de la conclusión del sumario e instar nuevas diligencias. Se ha acogido así lo que ya se había convertido en praxis habitual desde que treinta años atrás una conocida sentencia del Tribunal Constitucional decretase que el art. 627 originario (que solo preveía la intervención de las partes acusadoras en ese momento) reclamaba otra interpretación desde prismas constitucionales. La Audiencia Provincial atendió escrupulosamente esa prescripción legal y confirió el correspondiente traslado por diez días no solo a las acusaciones, sino también a la defensa que pidió se decretase un sobreseimiento libre, inviable en ese momento dada la existencia de un procesamiento y la posición de las acusaciones. No le era exigible que pidiese la revocación para reclamar esas diligencias susceptibles de practicarse en fase de juicio oral.

Así pues, en la vertiente externa o periférica no se detecta óbice alguno para examinar el fondo de la cuestión planteada.

B) Sin embargo e l motivo carece de aptitud para tener éxito por razones de fondo.

Posiblemente pueda tacharse de no totalmente afortunada la forma que tuvo la Audiencia de plasmar las razones de la denegación: *no guardar relación con los hechos objeto de enjuiciamiento*.

Aunque sea de forma indirecta, la prueba reclamada, tendente a acreditar intentos de la víctima para contactar con el recurrente, se relaciona indudablemente con los hechos objeto de enjuiciamiento: son elementos fácticos, ciertamente posteriores pero que hipotéticamente podrían contribuir a valorar credibilidad del testimonio de cargo esencial.

La invocación que se hace de la *intimidad* de la denunciante no es argumento definitivo, aunque sí que debe ser ponderado a la hora de decidir sobre la admisibilidad de una prueba (vid. arts. 19.1 Ley 4/2015, de 27 de abril del Estatuto de la víctima del delito y 709.2 LECrim). Ante pruebas que comporten afectación de la vida privada de la víctima es no sólo lógico sino también un mandato legal exigir algo más que la mera *pertinencia* : se hace conveniente evaluar con mayor rigor la *necesidad* de la prueba.

Pero, como señala el recurrente, en un delito de estas características es imposible mantener incólume la intimidad de la víctima. Es obvio. Necesariamente debería hablarse de temas que inciden en ella.

La fórmula del auto denegatorio es en exceso lacónica. Pese a ello se entiende, aunque no se comparte, la explicación ofrecida por la Audiencia para rechazar esas pruebas: los eventuales intentos de acercamiento posteriores de la víctima, dada la peculiar psicología que presentan las víctimas de este tipo de delitos, no es dato incompatible -antes bien es muy habitual- con una previa realidad de agresiones.

Probablemente hubiera sido aconsejable mayor flexibilidad en la decisión sobre admisión de esas pruebas: la carga invasiva de la privacidad a preservar que encerraban esas pruebas era reducida y su utilidad no era desdeñable.

Pero para que pueda prosperar un motivo por denegación de prueba, hay que valorar no solo su pertinencia sino también y singularmente su necesidad; más aún, su indispensabilidad en el sentido de eventual potencialidad para alterar el fallo. La prueba debe aparecer como indispensable para formarse un juicio correcto sobre los hechos justificables. La **necesidad** es requisito inmanente del motivo de casación previsto en el art. 850.1 LECrim . Si la prueba rechazada carece de utilidad o no es "necesaria" a la vista del desarrollo del juicio oral y de la resolución recaída, el motivo no podrá prosperar. El canon de "pertinencia" que rige en el momento de admitir la prueba se muta por un estándar de "relevancia" o "necesidad" en el momento de resolver sobre un recurso por tal razón.

La STC 142/2012, de 2 de julio , desde la perspectiva de un amparo constitucional por vulneración del art. 24.2 de la CE , expresa en este sentido: "...este Tribunal ha reiterado que la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa exige, en primer lugar, que el recurrente haya instado a los órganos judiciales la práctica de una actividad probatoria, respetando las previsiones legales al respecto. En segundo lugar, que los órganos judiciales hayan rechazado su práctica sin motivación, con una motivación incongruente, arbitraria o irrazonable, de una manera tardía o que habiendo admitido la prueba, finalmente no hubiera podido practicarse por causas imputables al propio órgano judicial. **En tercer lugar, que la actividad probatoria que no fue admitida o practicada hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito, generando indefensión al actor** . Y, por último, que el recurrente en la demanda de amparo alegue y fundamente los anteriores extremos (por todas, STC 14/2001, de 28 de febrero, FJ 2)".

En casación, en efecto, la revisión de esa decisión denegatoria ha de hacerse a la luz de la sentencia dictada, es decir mediante un juicio **ex post** y no **ex ante** . No se trata tanto de analizar si en el momento en que se rechazaron las pruebas podían o debían haberse admitido al ser pertinentes, cuanto de constatar, **a posteriori** y con conocimiento de la sentencia (ahí radica una de las razones por las que el legislador ha querido acumular el recurso sobre denegación de pruebas al interpuesto contra la sentencia, sin prever un recurso previo autónomo), si esa denegación ha causado indefensión. Para resolver en casación sobre una denegación de prueba no basta con valorar su pertinencia. Ha de afirmarse su indispensabilidad. La superfluidad de la prueba constatable *a posteriori* convierte en improcedente por mor del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas una anulación de la sentencia por causas que materialmente no pueden influir en su parte dispositiva.

El art. 850.3 ° y 4° LECrim exige para la estimación del recurso de casación por denegación de preguntas que las rechazadas fueran no solo pertinentes sino también *verdaderamente necesarias* o de *indudable influencia* en la causa. Pues bien, es inherente al espíritu del art. 850.1° idéntico canon. La necesidad de la prueba -y no solo su pertinencia- es requisito inmanente al motivo de casación establecido en el art. 850.1°.

Se pueden distinguir tres momentos y otros tantos estándares diferenciados de decisión sobre la prueba: **a)** admisión; **b)** suspensión en caso de incomparecencia de un testigo; **c)** anulación de la sentencia en casación.



a) En el momento de la **admisión** el criterio ha de ser lo más generoso posible. Si la prueba es posible, pertinente y no aparece como inútil la regla será la admisión. Esto debe ser matizado, como se apuntó *supra*, cuando hay otros factores en juego como la privacidad de la víctima. En ese caso es exigible algo más: una cierta necesidad. Si la prueba es relevante ha de ser admitida aunque pueda referirse a la esfera de intimidad de la víctima.

b) En el momento de decidir sobre la **suspensión** del juicio oral (art. 746 LECrim) por incomparecencia de un testigo o no práctica de una prueba, el criterio ha de ser más restrictivo. Es "la necesidad" el canon de decisión y no la simple "pertinencia". Ha de valorarse a la vista del resto de las pruebas si resulta necesario para formarse un juicio completo y adecuado contar con esa que no se puede practicar.

c) En casación, al **revisar una sentencia** combatida a través del art. 850.1º, se rigoriza el criterio. Se cuenta ya con una sentencia que solo deberá ser anulada si se llega al pronóstico fundado de que el resultado de la prueba omitida podría haber variado su sentido o algún aspecto relevante.

El examen de la sentencia ahora impugnada permite afirmar que esas pruebas no hubiesen aportado nada relevante a lo que la Audiencia ha tenido por acreditado. Es más, es constatable que de una forma u otra y a través de diversos medios lo que en esencia se quería acreditar a través de las pruebas denegadas se ha podido demostrar y ha accedido al juicio oral. De hecho la Sala de instancia da por probado que después de los hechos enjuiciados y en meses posteriores Felisa trató de contactar con el acusado a través de mensajes de móvil o redes sociales (párrafo penúltimo del primer fundamento de derecho). En efecto: **a)** Pese a lo que se dispuso en el auto denegatorio la prueba documental quedó unida a la causa (folios 80 a 89 del rollo de Sala); **b)** ningún obstáculo existía para que el acusado fuese preguntado por tales cuestiones; **c)** la víctima, a preguntas de la defensa, aceptó la realidad de esos mensajes; así como un cierto seguimiento a través de medios tecnológicos, del acusado, lo que atribuyó a una dependencia emocional (explicación aceptada en la sentencia) y, con disculpa menos creíbles, a envíos no deliberados; **d)** también Sebastián testificó sobre esos contactos; **e)** a la vista de que tales hechos constaban ya de forma sobrada, se renunció al testimonio sobre tal punto del padre del acusado; y **f)** finalmente en el trámite del derecho a la última palabra el acusado que antes no había sido interrogado sobre ello se explayó sobre esa cuestión refiriendo esos acercamientos de la víctima usando a veces un perfil fingido.

No tiene ningún sentido anular el juicio para practicar una prueba que pretende acreditar lo que ya está en su esencia, y al margen de mayores o menores detalles, acreditado y ha sido tomado en consideración por la Audiencia valorándolo en la sentencia.

La documental y pericial denegadas formalmente, a la vista del cuadro probatorio desplegado y lo resuelto en la sentencia se revela en un juicio *ex post* como incapaz de modificar la decisión que plasma en la sentencia. Lo que se quería acreditar o se puede considerar probado por otras vías (la víctima reconoció o vino a admitir y no rechazó esos contactos y mensajes aún ofreciendo una explicación poco verosímil de alguno; la Sala lo admite; y, además, los documentos quedaron finalmente incorporados a la causa y pueden ser examinados); o no afecta a la valoración probatoria realizada.

Cuando el medio de prueba rechazado en ningún modo podría alterar el fallo no es factible la anulación de la resolución por tal causa (STC 45/2000 , de 14 de febrero).

SEGUNDO.- Alterando la sistemática del recurrente y por exigencias tanto lógicas como de legalidad (art. 901 bis a) y bis b) LECrim) pasamos a examinar los motivos octavo a undécimo anclados todos en el art. 851 LECrim : vicios formales en la sentencia.

Todos esos motivos han de ser desestimados.

Se identifican cuatro diferentes supuestos defectos de **falta de claridad**. Ninguno tiene virtualidad para determinar la nulidad de la sentencia. Escapan del ámbito de tal vicio casacional **i)** la supuesta desarmonía entre prueba y hechos probados (que hay que atacar por otras vías: presunción de inocencia, *error facti* ...); **ii)** o entre los hechos probados y la subsunción jurídica (el art. 849.1º es la herramienta casacional para combatir eso); o **iii)** la no expresión en los hechos probados de cuestiones no acreditadas; o **iv)** que son penalmente intrascendentes.

Cuando los hechos probados no precisan determinados datos por no haberse acreditado habrá que estar en el momento de la subsunción a la más favorable de las posibilidades; pero no puede anularse la sentencia para que se clarifique imaginativamente lo que no se pudo clarificar probatoriamente.

Tampoco constituye este defecto casacional el silencio del hecho probado sobre extremos fácticos que para nada afectan a la subsunción jurídica.



Esta argumentación es proyectable a todos los hechos en los que el recurrente cree detectar ambigüedades similares: no son defectos de redacción, sino reflejo de la indefinición en algunos detalles del rendimiento obtenido del cuadro probatorio.

El relato de la sentencia es comprensible. Otra cosa es que en algunos puntos la prueba no permita llegar a mayores precisiones lo que deberá valorarse siempre atendiendo a aquella hipótesis, de las alternativas admitidas por el relato, que sea más favorable al acusado. Pero eso se ha de discutir a través del art. 849.1º o, en su caso, de la presunción de inocencia; no en un motivo *pro forma*.

Veamos en concreto las diferentes denuncias del recurrente:

a) La indefinición sobre un maltrato separado de la agresión sexual. No existe ambigüedad en los hechos probados. Por eso el recurrente los pone en relación con determinados pasajes de la fundamentación jurídica. Con ello se está desbordando lo fiscalizable vía art. 851.1, amén de no detectarse esa supuesta asimetría entre el hecho probado y las consideraciones de la fundamentación jurídica a que se refiere (motivo octavo).

b) Es correcto que en el hecho probado no se contenga alusión a los mensajes posteriores remitidos por la víctima a través del teléfono o redes sociales. No es elemento necesario para la subsunción jurídica, sino para la valoración probatoria, es decir, para evaluar la credibilidad de la testigo. Los datos fácticos innecesarios para el juicio jurídico no tienen por qué figurar en el relato histórico (motivo noveno).

c) Se protesta también por la supuesta inconcreción a la hora de describir en qué consistió la fuerza, violencia o intimidación empleadas. Hay que remitirse a una de las precisiones preliminares efectuadas respecto del art. 851.1 LECrim : la Audiencia describe lo que ha entendido probado. Si al recurrente le parece que esa narración no colma las exigencias típicas habrá de encauzar su queja por la vía del art. 849.1 LECrim , pero no puede exigir a la Audiencia que introduzca otros elementos ajenos a la prueba para ganar en claridad. No estamos ante el defecto del art. 851.1 LECrim (motivo décimo).

d) Igual cabe decir del argumento desplegado en el motivo undécimo. Decir que la víctima rechazó mantener relaciones sexuales es una aseveración suficientemente clara. No es exigible que se consignen las palabras o expresiones concretas a través de las que se exteriorizó esa oposición, que por otra parte sí quedan reflejadas de forma suficientemente expresiva (*empujones y peticiones de que parase*) en el primero de los episodios de agresión sexual . En el segundo se proclama que la penetración se produjo contra el deseo de la víctima. Es esa aseveración congruente con el escenario y la secuencia integral del hecho probado. Será un problema probatorio, y no de claridad narrativa, dilucidar si hay prueba suficiente para reputar acreditado que la víctima se oponía a esa última relación y que el acusado era consciente de ello. De nuevo el discurso se sale del marco de debate acotado por el art. 851.1 LECrim .

TERCERO. - En el segundo motivo se invocan los arts. 852 LECrim y 5.4 LOPJ para denunciar lo que se califica como vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

Desde la presunción de inocencia se puede verificar en casación:

a) la existencia de prueba incriminatoria;

b) su suficiencia para llegar a un pronunciamiento condenatorio, en el sentido de que de ella pueda deducirse de forma racional y concluyente (con exclusión de hipótesis alternativas igualmente probables) la participación del acusado en los hechos delictivos y la realidad de éstos;

c) su validez o utilizabilidad en la doble perspectiva de que haya sido practicada con todas las garantías y de que se haya obtenido sin violación de derechos fundamentales; y

d) su motivación, lo que sirve para testar su suficiencia (es decir la racionalidad del proceso deductivo seguido por el Juzgador y la refutabilidad de otras alternativas fácticas verosímiles aducidas).

El argumentario del recurrente se centra en la suficiencia de la prueba: las declaraciones de la víctima, núcleo de la base probatoria, serían insuficientes para edificar sobre ellas la convicción de culpabilidad sin mema de la presunción de inocencia.

El fundamento de derecho primero de la sentencia de instancia detalla y glosa con oportunas apreciaciones la actividad probatoria que ha fundado el pronunciamiento condenatorio. Las manifestaciones de la víctima, rodeadas de plurales corroboraciones externas han servido a la Sala para llegar a la certeza sobre la realidad de los hechos denunciados.

No es la casación marco propicio para una revaloración de esas declaraciones personales para la que, además, es herramienta inhábil la presunción de inocencia (vid. STC 133/2014 : la revisión de la credibilidad de los



testimonios presentados en el juicio oral no forma parte del contenido del derecho a la presunción de inocencia; en iguales términos, STS 663/2015 de 28 de octubre).

Una prueba testifical, aunque sea única y aunque emane de la víctima, puede tener aptitud para desactivar la presunción de inocencia. Lo asume el recurrente.

El clásico axioma *testis unus testis nullus* ha sido felizmente erradicado del moderno proceso penal (STS 584/2014 de 17 de junio). Ese abandono no acarrea ni una relajación del rigor con que debe examinarse la prueba, ni una debilitación del *in dubio*. Es secuela y consecuencia de la inconveniencia de encorsetar la valoración probatoria en rígidos moldes legales distintos de las máximas de experiencia y reglas de la lógica.

El hecho de que la prueba esencial fundante de la condena sea básicamente un testimonio, el de la víctima, -proclamaba la STS 803/2015, de 9 de diciembre - es compatible con la presunción de inocencia. Están superadas épocas en que se desdeñaba esa prueba única (*testimonium unius non valet*), considerándola insuficiente por "imperativo legal" y no como conclusión emanada de la valoración libre y racional de un Tribunal. Esa evolución no es una concesión al defensismo o a unas ansias de seguridad a las que repelería la impunidad de algunos delitos. Esa idea no puede servir de excusa para degradar la presunción de inocencia. Las razones de la derogación de esa regla hay que buscarlas en el sistema de valoración racional de la prueba y no en un pragmatismo defensivo que obligase a excepcionar principios esenciales.

La palabra de un solo testigo, sin ninguna otra prueba adicional, puede ser suficiente en abstracto para alcanzar la convicción subjetiva. Ahora bien, la exigencia de una fundamentación objetivamente racional de la sentencia hace imposible fundar una condena sobre la base de la mera "creencia" en la palabra del testigo, a modo de un acto ciego de fe.

En los casos de "declaración contra declaración" (normalmente no aparecen esos supuestos de esa forma pura y desnuda, pues suelen concurrir otros elementos periféricos), se exige una valoración de la prueba especialmente profunda y convincente respecto de la credibilidad de quien acusa frente a quien proclama su inocencia. Cuando una condena se basa en lo esencial en una única declaración testimonial ha de redoblar el esfuerzo de motivación fáctica. Así lo sostiene nuestra jurisprudencia a semejanza de la de otros Tribunales de nuestro entorno (por todos, doctrina del BGH).

No es de recibo un argumento que basase la necesidad de aceptar esa prueba única en un riesgo de impunidad como se insinúa en ocasiones al enjuiciarse delitos que ordinariamente solo son presenciados por la víctima. El recurrente se queja de un pasaje de la sentencia que parece obedecer a esa lógica, al menos aparentemente. Esto recordaría los llamados *delicta excepta*, y la inasumible máxima "*In atrocissimis leviores conjecturae sufficiunt, et licet iudice iura transgredi*" (en los casos en que un hecho, si es que hubiera sido cometido, no habría dejado "ninguna prueba", la menor conjetura basta para penar al acusado). Contra ella lanzaron severas y justificadas críticas los penalistas de la Ilustración. La aceptación de esa premisa aniquilaría la presunción de inocencia como tal.

Pero no es cierto que la Audiencia se deslice hacia este tipo de discurso no aceptable. Se apresura a matizar que en esos casos esa declaración de la víctima ha de ser sometida a un riguroso análisis crítico y en efecto lo hace. No parte la Audiencia de una relajación de las exigencias probatorias en ese tipo de delitos que no sería admisible. Su análisis detenido de la prueba así lo demuestra.

La testifical de la víctima, así pues, puede ser prueba suficiente para condenar. Pero es exigible una motivación fáctica reforzada que muestre la ausencia de fisuras de fuste en la credibilidad del testimonio, motivación que está presente en la resolución impugnada.

En ese marco de referencia encaja bien el triple test que se establece por la jurisprudencia para valorar la fiabilidad del **testigo víctima** -persistencia en sus manifestaciones, elementos corroboradores, ausencia de motivos de incredibilidad diferentes a la propia acción delictiva-. No se está definiendo con esa tríada de características un presupuesto de validez o de utilizabilidad. Son orientaciones que ayudan a acertar en el juicio. Son puntos de contraste que no se pueden soslayar. Pero eso no significa que cuando se cubran las tres condiciones haya que otorgar "por imperativo legal" crédito al testimonio. Ni, tampoco, en sentido inverso, que cuando falte una o varias, la prueba ya no pueda ser valorada y, *ex lege*, por ministerio de la ley -o de la doctrina legal en este caso-, se considere insuficiente para fundar una condena.

Ni lo uno ni lo otro.

Es posible que no se confiera capacidad convictiva de forma razonada a la declaración de una víctima (porque se duda del acierto de su reconocimiento, v.gr), pese a que ha sido persistente, cuenta con elementos periféricos que parecerían apuntalarla y no se ha identificado ningún motivo espurio que ponga en entredicho su fiabilidad; y, según los casos, también es perfectamente imaginable que una sentencia condenatoria



tome como prueba esencial la única declaración de la víctima ayuna de elementos corroboradores de cierta calidad, que ha sido fluctuante por ocultar inicialmente datos o por cambios o alteraciones en las diferentes declaraciones; y pese a detectarse una animadversión dilatada en el tiempo entre víctima y acusado, siempre que el Tribunal analice cada uno de esos datos y justifique por qué, pese a ellos, no pueden albergarse dudas sobre la realidad de los hechos y su autoría (aunque no es lo más frecuente, tampoco es insólito encontrar en los repertorios supuestos de este tenor).

El recurso quiere descubrir puntos débiles desde esa triple evaluación. Pero el esfuerzo desplegado para enturbiar el valor de esa declaración arrojando sombras sobre ella resulta estéril. Pretende arrastrar al Tribunal de casación a una revaloración de la prueba personal que le está vedada. El testimonio que sustenta la condena es concluyente y está reforzado por varios elementos corroboradores. La sugerencia de algún eventual, hipotético y no acreditado móvil espurio no descalifica sin más la prueba testifical; como tampoco la priva de su valorabilidad lograr señalar alguna aparente contradicción que el recurrente trata de encontrar en las sucesivas declaraciones. Esa prueba testifical ha sido valorada por la Sala de instancia de forma impecable otorgándole crédito con argumentos suasorios. Está corroborada por datos objetivos claros que no encontrarían una explicación fácil o verosímil desde hipótesis, que habría que imaginar, diferentes a la inculpatoria: singularmente las lesiones objetivas evaluadas médicamente.

Frente al razonamiento fundado y convincente de la Sala explicando la valoración del material probatorio, no puede abrirse paso en casación el tipo de argumentación que intenta el recurrente buscando resucitar un debate sobre la valoración de la prueba personal que quedó zanjado en la instancia. Ni la actitud posterior de la víctima, nada infrecuente en ese perfil victimológico; ni otras circunstancias accesorias o secundarias que el recurrente se esfuerza en destacar, empañan la fiabilidad del testimonio de cargo. Las variaciones en la narración, en elementos de detalle y/o secundarios tampoco afectan a su veracidad globalmente ponderada.

Las lesiones refrendan su versión. La explicación alternativa que ofrece el recurrente no es verosímil. Que una de las forenses, con visible escepticismo, llegase a aceptar ante la insistencia de la defensa que no es imposible que el hematoma en el glúteo fotografiado fuese fruto de un "chupetón" no altera ese valor como elemento corroborador que, además, no es aislado: hay otras lesiones que describen los informes médicos iniciales, consta el testimonio de sus padres, el diagnóstico por estrés postraumático...

El relato de la víctima es coherente. Los testimonios de referencia lo corroboran. Su estado posterior descrito por sus padres lo avala igualmente. No es congruente éste, sin embargo, con otra explicación como la que intenta ofrecer el recurrente.

El motivo decae.

CUARTO. - El tercer motivo acude al art. 849.1 LECrim para denunciar indebida aplicación del art. 153.3 CP. Se combina el argumento jurídico con un intento de modificar el hecho probado (art. 849.2º). La vivienda donde se cometió el hecho no era el domicilio de la víctima y por lo tanto no procedía la apreciación del subtipo agravado previsto en tal precepto, sostiene el recurso.

Con diversos documentos (básicamente las reseñas iniciales consignadas en sus declaraciones) se pretende demostrar que no se trataba del domicilio de la víctima. En realidad no es necesaria la mutación del hecho probado. De la propia sentencia se desprende que no era el lugar de residencia habitual de la víctima. Era una casa en el campo que pertenecía a sus padres y que solo esporádicamente era ocupada. En las manifestaciones en el juicio oral se habla de que hacía unos tres años que no habían estado en ese inmueble. De hecho, la víctima carecía de llaves de la verja exterior. Para llegar a esa conclusión no es necesario alterar el *factum* en el que no solo no se expresa que tal casa fuese el domicilio de la víctima, sino que además hay base para inferir otra cosa.

El problema, así delimitado y una vez efectuada esa precisión que se pueda deducir de la sentencia, es netamente jurídico.

El motivo merece ser estimado.

El art. 153.3 habla del *domicilio de la víctima*. Con esa agravación se presta una tutela reforzada al ámbito de privacidad de la víctima sancionando de forma más rigurosa el plus de antijuricidad y victimización que supone que el ataque o la agresión se lleve a cabo en el espacio de privacidad de la víctima, en el lugar donde desarrolla su vida cotidiana, en su más señalado reducto de intimidad.

Han de excluirse del ámbito de la agravación por razones tanto teleológicas como estrictamente literales los supuestos en que el maltrato se lleva a cabo en un inmueble que, siendo propiedad de víctima o familiares, no constituye su domicilio ni siquiera transitorio o de temporada; o en un lugar de estancia meramente esporádica o puntual (la habitación del hotel, v. gr.). No es que se quiera administrativizar el concepto de domicilio del



art. 153.3, (vid. STS 731/2013, de 7 de octubre); pero sí exigir que estemos ante un lugar de desarrollo más o menos estable de la propia vida personal.

QUINTO.- Bajo el formato del *error facti* (art. 849.2 LECrim), el motivo cuarto, invocando varios documentos, denuncia que la Sala yerra al fijar la cronología de unos mensajes remitidos por el acusado (folios 84 y siguientes).

Tiene razón el recurrente: solo algunos de esos mensajes son posteriores a los hechos. Pero el error ni afecta al hecho probado, ni tiene trascendencia en la subsunción jurídica, ni aporta gran cosa desde el punto de vista probatorio (es solo un último argumento de refuerzo del juicio fáctico de la sentencia, perfectamente prescindible).

El motivo está desenfocado. Deforma la estructura del art. 849.2 LECrim . Éste exige identificar unos documentos que **a)** o acrediten directa e inequívocamente hechos erróneamente no dados por probados; o **b)** que desacrediten de forma incontestable hechos que se han dado por probados. Ni una ni otra cosa se deriva de la consideración de la fecha real de esos mensajes.

Además la alteración postulada debe arrastrar una distinta valoración jurídico-penal, lo que no sucede aquí.

Solo los mensajes de los folios 84 a 87 son posteriores a los hechos. Respecto de ellos es correcta la valoración que se recoge en la sentencia: su contenido no guarda armonía con las protestas del acusado en cuanto a su deseo de romper la relación lo que justificaría la reacción por despecho de la víctima.

Los obrantes a los folios 88 a 93 ciertamente están datados en los meses anteriores. Pero la sentencia no extrae de ellos un argumento definitivo. En el contexto probatorio son elementos prescindibles por su carácter muy marginal y accesorio.

El motivo es igualmente desestimable.

SEXTO.- El quinto motivo se acoge al art. 849.1 LECrim para cuestionar la doble subsunción jurídica: art. 153 y art. 178. El delito de agresión sexual subsumiría el maltrato físico ejercido como medio para la agresión sexual.

No es necesariamente así: cabe el **concurso entre los delitos de lesiones y/o maltrato y agresión sexual.**

Ciertamente la STS 91/2016, de 21 de enero , citada pertinentemente en el recurso, parece sugerir lo contrario: *"Hemos resaltado antes que los malos tratos físicos y las amenazas vertidas por el acusado contra la víctima fueron ejecutados sin solución de continuidad con la agresión sexual, por lo que, dado su contenido, y la vinculación que se hace de los mismos con el desarrollo de la conducta constitutiva de la intimidación, deben quedar incluidos en ésta y ser absorbidos como un fenómeno de progresión criminal en el delito de agresión sexual con intimidación"*

Pero en este caso, a diferencia del contemplado en ese precedente, se produce solución de continuidad. Existen golpes y maltrato. Solo después aparece el dolo de agresión sexual según se desprende cristalinamente del hecho probado. No es una agresión física encaminada al ataque sexual. Se producen los golpes y las lesiones. Cesados éstos, solo entonces, aparece el propósito de violentar la libertad sexual, como hecho diferenciado y no como un *continuum* o un *in crescendo* con las previas lesiones. Que se aproveche del clima intimidatorio que ha producido esa agresión previa no altera esa separación de secuencias.

El motivo encalla igualmente.

SÉPTIMO.- Por igual cauce casacional en el motivo sexto se cuestiona la aplicación de la **continuidad delictiva** en la doble agresión sexual.

No podemos dar la razón al recurrente. Son dos actos de penetración con suficiente distancia temporal (varias horas) para que que no puedan integrarse en lo que se ha llamado *unidad natural de acción* .

La STS 355/2015, de 28 de mayo describe, las posibles hipótesis: *<<En las SSTS 463/2006, de 27 de abril , 609/2013, de 10 de julio y 964/2013, de 17 de diciembre , se clasifican los diversos supuestos señalando: "En términos generales podemos distinguir tres situaciones diferenciadas, sin perjuicio de otras que la realidad sociológica nos puede deparar: a) cuando no existe solución de continuidad entre uno y otro acceso, produciéndose una iteración inmediata, bien por insatisfacción íntima del deseo sexual del sujeto activo o porque el episodio criminal responde a una misma manifestación o eclosión erótica prolongada, aunque se produzcan varias penetraciones por la misma o diferente vía (vaginal, anal o bucal) nos hallaremos ante un sólo delito y la reiteración podrá tener repercusión en la individualización de la pena. b) Cuando los actos de agresión o abuso sexual se lleven a cabo entre idénticos protagonistas y la repetición de actos individuales se prolonga durante tiempo, pero tienen lugar bajo una misma situación violenta, intimidatoria o de prevalimiento, nos hallaremos ante un supuesto de continuidad delictiva. c) Finalmente, cuando la iteración de los actos sexuales*



(normalmente agresivos), son diferenciables en el tiempo y consecuencia de distintas agresiones o amenazas para doblegar en cada caso concreto la voluntad del sujeto pasivo, nos hallaremos ante un concurso real de delitos". Es decir, que debe aplicarse el delito continuado ante "...una homogeneidad de actos que responden a un único plan de su autor presidido por un dolo unitario que se proyecta igualmente en acciones que inciden sobre un mismo sujeto pasivo en circunstancias semejantes" (STS de 18 de Junio de 2007) >>.

Lo que la doctrina conoce como unidad natural de la acción solo excluye la continuidad cuando los diversos actos parciales responden a una única resolución volitiva y se encuentran tan vinculados en el tiempo y en el espacio que por un observador imparcial han de ser considerados como una unidad (por todas SSTS 845/2012, de 10 de octubre o 994/2011, de 4 de octubre).

OCTAVO.- El motivo séptimo también a través del art. 849.2 LECrim y con la base de las fotografías de las lesiones en una nalga (folios 234 y 235, así como soporte digital unido a la causa) pretende expulsar del relato fáctico las demás lesiones descritas.

Tampoco es viable esta pretensión que parte de una suposición previa no acreditada: que, de haber otras lesiones, hubiesen sido fotografiadas. No es así: hay muchas razones que pueden haber llevado a plasmar fotográficamente solo aquellas lesiones más llamativas. Las fotografías no acreditan que no existiesen otras lesiones que se apoyan en otros medios de prueba (lo que supone desmontar la viabilidad del art. 849.2): los informes médicos (folios 22, 24 y 26) y las manifestaciones de la víctima.

NOVENO.- La estimación parcial del recurso lleva a declarar las costas procesales de oficio (art. 901 LECrim).

III. FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre de Su Majestad el Rey, por la autoridad conferida por la Constitución, esta Sala ha decidido:

1.- ESTIMAR parcialmente el recurso de casación interpuesto por **Gerardo** contra la sentencia de fecha 18 de febrero de 2016 dictada por la Sección nº 26 de la Audiencia Provincial de Madrid **por estimación del motivo tercero de su recurso** y en su virtud **casamos y anulamos dicha sentencia** dictada por la Audiencia Provincial de Madrid.

2.-DECLARAR de oficio las costas de este recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador a los efectos procesales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Andres Martinez Arrieta Miguel Colmenero Menendez de Luarda Antonio del Moral Garcia Ana Maria Ferrer Garcia Perfecto Andres Ibañez

SEGUNDA SENTENCIA

En nombre del Rey

La sala Segunda de lo Penal, del *Tribunal Supremo*, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado lo siguiente

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Noviembre de dos mil dieciséis.

En la causa que en su día fue tramitada por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 6 de Madrid, fallada posteriormente por la **Sala de lo Penal** de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección nº 26), y que fue seguida por delitos de agresión sexual y de un delito de malos tratos en el ámbito familiar contra Gerardo se ha dictado sentencia que ha sido casada y anulada por la dictada el día de la fecha por esta Sala integrada como se expresa. Ha sido ponente el magistrado el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia.

I. ANTECEDENTES

ÚNICO .- Se dan por reproducidos los Antecedentes de Hecho y Hechos probados de la sentencia recurrida.



II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Por las razones indicadas en la sentencia de instancia debe suprimirse el subtipo agravado descrito en el art. 153.3 (perpetración de los hechos en el domicilio de la víctima), lo que debe dar lugar a una rebaja de la pena aunque sin llegar al mínimo dada la naturaleza de la agresión que rebasa el simple maltrato de obra

III. FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre de Su Majestad el Rey, por la autoridad conferida por la Constitución, esta Sala ha decidido:

1.- SUSTITUIR en el delito de maltrato en el ámbito familiar la pena de nueve meses de prisión por la de **SIETE MESES** de prisión con la accesoria de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, y reducir los dos años de la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas impuesta por ese delito a **UN AÑO** .

2.- En todo lo demás se mantienen los pronunciamientos de la sentencia de instancia.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos . Andres Martinez Arrieta Miguel Colmenero Menendez de Larca Antonio del Moral Garcia Ana Maria Ferrer Garcia Perfecto Andres Ibañez

PUBLICACIÓN .- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.