



Roj: **STS 116/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:116**

Id Cendoj: **28079120012019100043**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/01/2019**

Nº de Recurso: **10511/2018**

Nº de Resolución: **27/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **SUSANA POLO GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 27/2019**

Fecha de sentencia: 24/01/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10511/2018 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 15/01/2019

Ponente: Excma. Sra. D.<sup>a</sup> Susana Polo Garcia

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4

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

Transcrito por: Jas

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10511/2018 P

Ponente: Excma. Sra. D.<sup>a</sup> Susana Polo Garcia

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

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 27/2019**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julian Sanchez Melgar

D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Vicente Magro Servet

D.<sup>a</sup>. Susana Polo Garcia

En Madrid, a 24 de enero de 2019.



Esta sala ha visto el recurso de casación nº 10511/2018-P interpuesto por **D. Modesto** representado por el procurador D. Luis Gómez López Linares, bajo la dirección letrada de D. Luis Carlos Parraga Sánchez contra Sentencia de fecha 9 de abril de 2018 dictada por la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección Cuarta, en el Sumario 16/2015 por delito de agresión sexual. Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Susana Polo García.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** En el procedimiento ante la Audiencia Provincial de Valladolid, el 9 de abril de 2017, se dictó sentencia condenatoria a D. Modesto como responsable de dos delitos de lesiones en el ámbito familiar que contiene los siguientes **Hechos Probados**:

"**PRIMERO.-** En los primeros meses del año 2014, estando en Bélgica, el procesado Modesto (mayor de edad y sin antecedentes penales) comenzó a mantener una relación sentimental con Andrea, viviendo en casa de los padres de ella. Cuando llevaban al menos tres meses de relación decidieron desplazarse desde Bélgica hasta la localidad de Medina del Campo (Valladolid), donde el procesado conocía a algunas personas.

**SEGUNDO.-** Llegaron a Medina del Campo el día 20 de junio de 2014, y dado que inicialmente no tenían alojamiento, estuvieron en la calle durante tres días. Durante ese tiempo el procesado cambió de actitud hacia Andrea, comenzando a mantener respecto de ella una situación de vejaciones, abusos y agresiones, y así durante el tiempo en el que estuvieron viviendo en un parque el procesado Modesto se dedicó a golpear a su compañera Andrea en las manos, la tiraba del pelo, la mordía, la escupía, la golpeó en la cara, y en algunas ocasiones los golpes los efectuaba utilizando un cinturón y el cable del cargador del teléfono móvil; en una ocasión, estando en un banco del parque, se orinó encima de ella, motivo por el cual el procesado Modesto le pidió a una conocida suya llamada Verónica que la dejara a Andrea ir a su casa a ducharse, a lo que ella accedió.

**TERCERO.-** El procesado conocía en la localidad de Medina del Campo a Custodia, dado que esta persona había mantenido una relación sentimental con un hombre también de origen marroquí que era amigo de Modesto. Por ello el día 23 de junio de 2014 el procesado y Andrea fueron a casa de Custodia, en la AVENIDA000 n° NUM000 NUM001 de la localidad de Medina del Campo, y le pidieron a ésta que les permitiera alojarse en su casa, a lo que ella accedió.

Pero lo actitud del procesado hacia Andrea continuó siendo la misma antes descrita, de vejaciones, abusos y agresiones.

**CUARTO.-** Así el día 28 de junio de 2014 Andrea se fue con Custodia a montar a caballo y cuando llegó de la calle al domicilio, el acusado estaba esperándola y tras reprocharle que hubiera salido a la calle, la empujó contra la ventana, golpeándose Andrea contra ella, causándose lesiones en la muñeca y en el brazo izquierdo.

**QUINTO.-** De igual manera, en una hora no exactamente determinada del día 29 de junio de 2014, estando en casa de Custodia, el procesado Modesto agarró del brazo a Andrea y la obligó a entrar en el baño, y una vez en el interior el procesado le conminó para que se quitara la ropa porque quería mantener relaciones sexuales con ella.

Pese a la negativa de Andrea a mantener las relaciones sexuales, el acusado logró que ella se desvistiera ante las amenazas de golpearla si no lo hacía y ante el temor de que la pegara.

Ya desnuda, el acusado la cogió fuertemente de pelo, la sujetó por los brazos, y la obligó a que se doblara por la cintura, penetrándola analmente, y ello a pesar de los gritos y sollozos de Andrea que le suplicaba que la dejara, llegando a eyacular en su interior.

Mientras la penetraba el acusado le decía eres una perra, a ti te gusta que te pegue, que dé por culo, puta, zorra".

Custodia oyó desde fuera del baño todo lo que sucedió, y el día 1 de julio de 2014 acompañó a Andrea a la comisaría de policía de Medina del Campo a denunciar los hechos.

**SEXTO.-** El día 1 de julio de 2014, cuando Andrea fue examinada por los servicios médicos, presentaba hematoma el párpado superior derecho, amplio hematoma en glúteo izquierdo, marcas difuminadas longitudinales en cara anterior de muslo izquierdo y cara dorsal de ambas piernas, en antebrazo derecho, así como dolor en costado izquierdo.

Andrea curó de estas lesiones tras una primera asistencia facultativa en 10 días, ninguno de ellos impeditivos."

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



"Que debemos condenar y condenamos al procesado Modesto como autor responsable de los siguientes delitos:

Por cada uno de los *dos delitos lesiones en el ámbito familiar* del art. 153 del Código Penal, a las penas de **UN AÑO DE PRISIÓN, y privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo de dos años.**

Conforme al art. 57, en relación con el art. 48 del Código Penal, se le impone al acusado por cada uno de los citados delitos la prohibición de aproximarse a la víctima, a menos de 500 metros, en cualquier lugar donde se encuentre, así como acercarse a su domicilio, y lugar de trabajo, y de comunicarse con ella, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, por tiempo de DOS AÑOS.

Por el *delito de vejaciones injustas*, conforme al artículo 173.4 del Código Penal se le impone la pena de **10 DÍAS DE LOCALIZACIÓN PERMANENTE.**

Por el *delito de agresión sexual, violación*, conforme al artículo 179 del Código Penal, se le impone la pena de **NUEVE AÑOS DE PRISIÓN**, pena que conforme al artículo 56 del Código conlleva, como pena accesoria, la pena de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Por el *delito de maltrato habitual* del art. 173.2, inciso último, y 3, del Código Penal, se le imponen las penas de **DOS AÑOS DE PRISIÓN, y privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo de cuatro años.**

Conforme al art. 57, en relación con el art. 48 del Código Penal, se le impone al acusado la prohibición de aproximarse a la víctima, a menos de 500 metros, en cualquier lugar donde se encuentre, así como acercarse a su domicilio, y lugar de trabajo, y de comunicarse con ella, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, por tiempo de TRES AÑOS.

Conforme al art. 192 del Código Penal, se le impone al procesado la **medida de libertad vigilada por tiempo de 6 años**, medida que se cumplirá con posterioridad a la pena privativa de libertad.

Las prohibiciones de aproximación y de comunicación a la víctima, se cumplirán simultáneamente con las penas de prisión impuestas.

En concepto de responsabilidad civil, se le condena al procesado a indemnizar a Andrea en la cantidad total de seis mil quinientos euros (6.500 E).

Tal cantidad devengará los intereses prevenidos en el art. 576 de la L.E.C. desde la fecha de la presente resolución.

Condenándole igualmente al pago de las costas procesales causadas, incluidas las de la acusación particular."

**TERCERO.** - Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por la representación de D. Modesto 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.** - Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación legal de la recurrente formalizó el recurso alegando los siguientes **motivos de casación:**

**Motivo Primero.** - Por infracción de precepto constitucional. Al amparo del artículo 852 LECr, por vulneración a un proceso debido y con todas las garantías consagrado en el art. 24.2 CE.

**Motivo Segundo.** - Al amparo del art. 852 LECr, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del 24.2 CE.

**Motivo Tercero.** - Por infracción de Ley. Al amparo del art. 852 LECr, por vulneración de un proceso con las debidas garantías consagrado en el art. 24.2 CE, con el principio de legalidad penal consagrado en el art. 25.1 CE.

**Motivo Cuarto.** - Por infracción de Ley. Al amparo del art. 849.1 LECr, por indebida aplicación del art. 173.2 y 3 del CP en cuanto al delito de maltrato habitual.

**Motivo Quinto.** - Por infracción de Ley. Al amparo del art. 849.1 LECr, por falta de aplicación de la atenuante analógica de dilaciones indebidas del art. 21.6 CP como simple.

**Motivo Sexto.** - Por infracción de Ley. Al amparo del art. 849.1 LECr, por indebida aplicación de la circunstancia mixta de parentesco prevista en el art. 23 C.P.

**Motivo Séptimo.** - Por infracción de Ley. Al amparo del art. 849.1 LECr, por indebida aplicación de al menos uno de los delitos de lesiones del art. 153.1 del C.P.



**Motivo Octavo.-** Por infracción de Ley. Al amparo del art. 849.1 LECr , por indebida aplicación del sùbtipo agravado del nº 3 del art. 153 C.P .

**QUINTO.-** Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal interesó que apoya parcialmente el motivo tercero y la inadmisión de los demás motivos interpuestos y subsidiariamente su desestimación, de conformidad con lo expresado en su informe de fecha 26 de octubre de 2018; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**SEXTO.-** Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 15 de enero de 2019.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** 1. El primer motivo del recurso se basa en infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 de la LECrim , por vulneración a un proceso debido y con todas las garantías consagrado en el art. 24.2 de la Constitución , en concreto el derecho a un juez imparcial por entender que los Magistrados que dictaron sentencia debieron abstenerse de juzgar la causa, pues existía falta de imparcialidad por contaminación objetiva en los mismos al haber resuelto el recurso interpuesto contra el auto de procesamiento por resolución de 22 de junio de 2015, donde se expresan razonamientos que dan lugar a dicha contaminación, resultando ponente de la citada resolución la misma Magistrada que luego fue ponente de la sentencia. También refiere falta de imparcialidad del Tribunal al haber decretado su prisión al finalizar la primera sesión del juicio oral, sin esperar a la celebración del resto de pruebas y finalización del juicio, y pese a acudir el acusado a los llamamientos de la Audiencia Provincial, así como por el insistente interrogatorio del Presidente de Sala a la testigo Verónica para que declarara que el acusado había orinado sobre la denunciante.

2.- En primer lugar, en cuanto a la alegada falta de imparcialidad por haber dictado el Tribunal de instancia el auto resolviendo y confirmando el auto de procesamiento del acusado, hay que tener en cuenta que la provisionalidad del citado auto hace que ello no afecte al principio de imparcialidad que proclama el art. 117.1 CE si a las exigencias del art. 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4-11-50 en cuanto que el Tribunal que dicta sentencia no deja de ser independiente ni imparcial por el hecho de pronunciarse sobre el procesamiento a los solos efectos de dar oportunidad a la acusación de obtener la tutela judicial efectiva -que es también un derecho constitucional- si en su pretensión hay un mínimo de racionalidad. Una cosa es tomar la iniciativa en la averiguación y práctica de las pruebas y otra muy distinta que sobre el material que ha ordenado es importado otro Juez, se comprueba si tal efectividad, absolutamente provisional, permite entrar en el proceso penal propiamente dicho ( STC 113/87, de 3-7 ).

Por ello, cuando se trata del procesamiento la doctrina jurisprudencial distingue, como señalan las STS 470/2003, de 2-4 y 1493/99 de 2-12 , entre aquellos supuestos, en los que la Audiencia se limita a resolver un recurso interlocutorio contra el procesamiento acordado por el juez instructor, confirmando dicho procesamiento sobre la fase de un relato que el Tribunal no ha constituido ni preparado, no habiendo tenido contacto alguno con el material de hecho objeto de investigación, en cuyo caso se estima que no queda afectada su imparcialidad objetiva (ss. 1186/98 de 16.10, 1405/97 de 28.11, entre otras) o aquellos otros supuestos en que es la propia Audiencia Provincial la que dicta un procesamiento ex novo sobre la base de imputaciones que no han sido formuladas o aceptadas por el Juez de instrucción. (auto de 8.2.93, caso de la presa de Tous y sentencia de 8.11.93), en los que sí cabe apreciar dicha pérdida de imparcialidad.

Asimismo el Tribunal Constitucional en sentencias como las 85/92 , 136/92 , y 142/97 , entre otras, ya anteriormente reseñadas, estima que no existe confusión entre funciones instructoras y decisorias cuando la Audiencia conoce en apelación de un auto dictado por un juez de instrucción pues la desestimación del recurso de apelación interpuesto contra un auto de procesamiento solo implica que el Tribunal no desaprueba la apreciación de indicios racionales de criminalidad en el procesado realizada cautelarmente por el instructor, sin que deba ser considerada una actividad instructora que contamine la imparcialidad objetiva del Tribunal. Como regla general el TC. insiste en la idea de que la acumulación de funciones instructoras y sentenciadoras no puede examinarse en abstracto sino que haya que descender a los casos concretos y comprobar si se ha vulnerado efectivamente la imparcialidad del juzgador en cada caso, debiéndose tener muy en cuenta que no todo acto instructor compromete dicha imparcialidad sino únicamente aquellos en que por asumir el juez un juicio sobre la participación del imputado en el hecho punible, pueden producir en su ánimo determinados prejuicios sobre la culpabilidad que no inhabiliten para conocer de la fase de juicio oral.

Como señala la sentencia de 21.12.99 nº 1493/99 , en la doctrina se ha planteado que la Sentencia dictada el 28.10.98 por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Castillo-Algar imponía una revisión radical del citado criterio jurisprudencial, tanto del Tribunal como de esta Sala conforme al cual el Tribunal que tiene



encomendada legalmente la resolución de los recursos de apelación contra los autos de procesamiento y otras resoluciones del juez instructor no queda en principio afectado por la causa de recusación analizada, ya que esta sentencia del TEDH apreció una vulneración del art. 6 del Convenio Europeo en un supuesto en el que dos vocales del Tribunal Militar Central que confirmaron un auto de procesamiento formaron parte del Tribunal sentenciador. Sin embargo esta Sala ha señalado ya con reiteración que no se puede pretender extraer conclusiones generalizables de dicha resolución, pues está muy íntimamente vinculada a las circunstancias específicas del caso concreto examinado ( s. 569/99, de 7.4 , s. de 21.12.99, 1493/99). Así lo ha entendido entre otras, la sentencia nº 569/99, de 7.4, que tras un minucioso análisis de la doctrina del Tribunal Supremo , Tribunal Constitucional y Tribunal Europeo de Derechos Humanos, llega a la conclusión de que la doctrina jurisprudencial no se ha visto alterada substancialmente por la sentencia dictada el 28.10.98 por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Castillo-Algar por tratarse de un supuesto específico, y que han sido las circunstancias especiales del caso y en concreto los términos empleados en los específicos razonamientos que se inscribieron en la resolución que confirmó el auto de procesamiento lo que determinaron que el Tribunal Europeo apreciase como razonable el temor a la pérdida de imparcialidad en los miembros del Tribunal que confirmaron el procesamiento y que posteriormente formaron parte del Tribunal sentenciador.

En el mismo sentido la sentencia de 15.10.99 nº 2/99 de causas especiales, caso Gómez de Liaño, reitera este criterio resaltando que de lo que se trata no es de si la confirmación de un acto de procesamiento (en abstracto) elimina objetivamente la imparcialidad del Tribunal que la decide, sino de si en las circunstancias de la causa ello es así, concluyendo que lo determinante para que pueda apreciarse pérdida de la imparcialidad objetiva es que el auto dictado por el Tribunal sentenciador comporte un prejuicio sobre el fondo de la cuestión o sobre la culpabilidad del procesado. Este criterio se reafirma en las sentencias 1393/00, de 19.9 , 1158/00, de 30.6 , 1494/99, de 2.1.00 , entre otras, y en las SSTC. 162/99, de 27.9 , 52/2001, de 26.2 y 154/2001, de 2.7 y ATC. 68/2002, de 22.4 .

De esta doctrina debe deducirse una clara distinción entre dos supuestos radicalmente diferentes, que no pueden ser confundidos:

1º) Cuando quien ha actuado como Juez Instructor pasa a formar parte del Tribunal o Juzgado enjuiciador. Es en estos casos cuando concurre de modo específico la causa legal de abstención (haber actuado como instructor de la causa penal), y por tanto como regla general debe apreciarse la vulneración del derecho al juez imparcial, y solo muy excepcionalmente tal vulneración no será apreciable cuando la intervención durante la instrucción sea totalmente inocua, puramente accidental e irrelevante.

2º) Cuando ninguno de los miembros del Tribunal sentenciador ha sido Instructor de la causa, y únicamente se denuncia que el Tribunal ha resuelto, en el ejercicio de las competencias revisoras que expresamente le atribuye la Ley como función propia, algún recurso interpuesto contra las resoluciones del Instructor o dictado alguna medida cautelar en prevención del juicio. En estos casos no concurre la causa legal de abstención pues dichas actuaciones no constituyen legal ni materialmente instrucción, ni los integrantes del Tribunal han actuado en momento alguno como instructores. Por ello como regla general no cabe apreciar en estos supuestos la vulneración del derecho fundamental a un Tribunal imparcial, y solo excepcionalmente se producirá dicha vulneración en casos especiales en que el propio Tribunal hubiese dictado auto de procesamiento, actuación materialmente instructora que incorrectamente le atribuyó el procedimiento de urgencia al Tribunal sentenciador, auto de 8.2.93 caso de la presa de Tous y s. de 8.11.93, o bien cuando se aprecie en el caso concreto *que el Tribunal al resolver un recurso o dictar alguna otra resolución de su competencia previa al enjuiciamiento haya expresado un prejuicio sobre el fondo de la cuestión o sobre la culpabilidad del imputado.* ( SS. 569/99 de 7.4 , 15.10.99 , 19.9.2000 , 1393/00 de 30.6 , 1158/00 de 2.1 , 1494/99 entre otras). Y así se contamina y genera parcialidad objetiva cuando, por ejemplo, se acuerda el procesamiento en contra del parecer del instructor ( STC. 138/91 , TS. 24.9.91, 28.12.93 y 20.1.96) o se acuerde la apertura del juicio oral, TC. 170/93 .

3. En el caso presente, tras revisar este Tribunal las actuaciones, no consta que el auto de procesamiento dictado por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Medina del Campo de fecha 7 de septiembre de 2015 , haya sido objeto de recurso de apelación, y por consiguiente, que los Magistrados que formaron parte de la Sala que celebró el juicio dictaran auto alguno confirmando el citado procesamiento, ya que lo único que obra en la causa es el auto de transformación de Diligencias Previas en Procedimiento Sumario de fecha 8 de abril de 2015, que es confirmado por la Audiencia Provincial, al desestimar el recurso de apelación interpuesto contra el mismo, mediante resolución de 22 de junio de 2015, y auto de confirmación de la conclusión de sumario de 10 de febrero de 2017 en el que se decide la apertura de Juicio Oral. No obstante, en todo caso, lo importante en este supuesto sería que el recurrente no habría acudido al mecanismo de la recusación para plantear esta cuestión en la instancia, si tuvo conocimiento de la situación con la que ahora se queja, sin que nada hiciera al respecto, ni consta, ni se alega por el mismo.



Por lo tanto -precisa la STS 29-11-2005 - la primera cuestión a resolver es si es posible plantear la cuestión relativa a la imparcialidad del juez en el recurso, en este caso de casación, cuando pudo ser planteada con anterioridad y, sin embargo, no lo fue. La jurisdicción del TS en el recurso de casación es esencialmente revisora, lo que implica que las cuestiones que ante él se plantean han debido ser cuestionadas y resueltas previamente en la instancia. Por tanto, la respuesta a la cuestión planteada ha de ser negativa por cuanto se configura legalmente el ejercicio de este derecho estableciendo el mecanismo de la recusación al alcance de la parte que se considere agraviada por la intervención de un juez que considera parcial, e impone que la cuestión se plantee tan pronto se tenga conocimiento de la causa en que se funde-la existencia es radical habida cuenta que la sanción para el caso de cumplimiento es el rechazo liminar de la pretensión ("no se admitirá a trámite" art. 223.1 LOPJ ). Por lo tanto, incluso ante un planteamiento realizado en trámite del recurso, la resolución deberá ser la inadmisión del motivo, al tratarse de un planteamiento tardío.

Insiste en este criterio la STS 735/2006, de 4 de julio , "lo trascendente es que, quien entiende que su derecho al juez imparcial puede verse comprometido, lo haga saber de forma que puede ser resuelta la cuestión antes de avanzar en la tramitación de la causa. Para ello deberá ajustar su actuación a las normas procesales, las cuales no sólo señalan el momento procesal oportuno para el planteamiento de la pretensión, sino que, además, regulan su tramitación y establecen sus consecuencias."

4.- En relación a la falta de imparcialidad del Tribunal ante "el insistente interrogatorio del Presidente de Sala a la testigo Verónica para que declarara que el acusado había orinado sobre la denunciante", debemos recordar, en primer lugar, que la jurisprudencia de esta Sala tiene una doctrina consolidada en la cual ha destacado la necesidad de que el papel del presidente del tribunal encargado del enjuiciamiento conserve y observe una imparcialidad durante el desarrollo del juicio oral, de manera que bajo ningún concepto pueda aparentarse un prejuicio sobre los hechos, un anticipo de su decisión.

Esta exigencia de imparcialidad se extiende tanto en el comportamiento a la hora de dirigir el juicio oral, como en la formalización de preguntas, al amparo del artículo 708 de la Ley procesal penal . Dijimos en la Sentencia 126/2007, del 5 julio , que "Sin duda, la vigencia del principio acusatorio impone un órgano jurisdiccional imparcial ante un conflicto entre la acusación y la defensa, de manera que el órgano judicial no puede sustituir a las partes, sino presidir el debate y recepcionar la prueba que éstas han presentado. De ahí que la jurisprudencia de esta Sala, en interpretación de las exigencias del principio acusatorio, haya propiciado una interpretación muy restringida de instituciones como el planteamiento de la tesis del art. 733, o la aportación de testigos por el tribunal del art. 729, con la finalidad de apuntalar la imparcialidad del tribunal, y al tiempo asegurar la efectividad del derecho de defensa frente a imputaciones, o acreditaciones que el tribunal enjuiciador realice de hechos no sometidos a su enjuiciamiento y respecto a los que se forma una convicción de la que no puede defenderse, al haber sido aportada al tribunal por el propio órgano de enjuiciar. Es por ello que el art. 708 de la Ley procesal ha de ser interpretado de manera armónica con el principio acusatorio, esto es, su utilización ha de ser excepcional y referida a extremos sobre los que los testigos, peritos o imputados hayan declarado a las preguntas de las partes en el proceso, en relación con hechos aportados por ellas. Esta manera de entender el art. 708 de la Ley procesal resulta de las exigencias del principio acusatorio y del tenor literal del art. 708 de la Ley procesal al referir la posibilidad de interrogatorio del Presidente a "los hechos sobre los que declaren", es decir, como complemento a lo ya declarado (no a hechos nuevos no aportados por las acusaciones). Desde luego a estas exigencias debe sujetarse todo tribunal en un Estado de derecho. (En el mismo sentido la sentencia 580/2015 ).

En las sentencias 285/2018, de 13 de junio , y 774/2013, de 23 julio , resumimos el contenido de nuestra jurisprudencia en los siguientes términos, "La facultad del Presidente del Tribunal de formular preguntas a los testigos que comparecen en el acto del juicio oral -decíamos en nuestra STS 209/2008, 28 de abril - está expresamente aceptada por el art. 708 párrafo 2 de la LECrim . En él se dispone que "el Presidente, por sí o a excitación de cualquiera de los miembros del Tribunal, podrá dirigir a los testigos las preguntas que estime conducentes para depurar los hechos sobre los que declaren".

Es, por tanto, a partir de esos precedentes como hemos de resolver la cuestión suscitada. Y constatamos con el visionado del dvd que en el desarrollo del plenario de la presente causa no acaece ningún episodio, más allá de las vicisitudes propias de la dirección del debate por el Presidente, quien interrogó a la testigo Verónica para que declarara si había visto si el acusado había orinado o no sobre la denunciante, y más en concreto, sobre que explicación le dio el acusado a la testigo al pedirle que dejara ducharse en su casa a Andrea a la cual no conocía de nada, todo ello dentro de las facultades que le permite el art. 708 de la ley procesal , con respeto del principio acusatorio, ya que de tales hechos había sido el acusado objeto de acusación, y por tanto se trata de hechos aportados por la misma, sin que por el recurrente se ponga de relieve cualquier otra incidencia que exceda de esa facultad prevista legalmente de dirigir preguntas a los testigos.



5. En cuanto a la falta de imparcialidad del Tribunal por haber dictado auto de prisión contra el acusado tras la celebración de la primera sesión de juicio oral, debemos partir, a los efectos de poder comprobar si la resolución dictada compromete o no la garantía de imparcialidad judicial, si el veredicto que se contiene en la resolución pretendidamente "contaminante de la imparcialidad judicial" es o no sustancialmente idéntico al que integra el juicio de culpabilidad y, lo cierto es que, en este caso, no ha sido posible la localización la resolución cuestionada, sin duda porque la misma se debe encontrar en la pieza de situación personal que no ha sido remitida a esta Sala, contenido del auto que tampoco han sido transcrito por el recurrente, por tanto, no es posible comprobar el grado de implicación del Tribunal y si la valoración que el mismo hizo sobre el material que la instrucción había conseguido acumular tuvo una intensidad suficiente para poder deducir una toma de postura o predisposición de los miembros del Tribunal sobre la culpabilidad del recurrente, en definitiva una pérdida de imparcialidad de los mismos.

En segundo lugar, al igual que en el supuesto anterior, la defensa del acusado no formuló recusación alguna contra los miembros del Tribunal de enjuiciamiento, y con ello hizo dejación del instrumento idóneo para solventar la falta de imparcialidad que ahora reivindica. No ajustó su actuación a las normas que señalan el momento procesal oportuno para el planteamiento de la pretensión, regulan su tramitación y establecen sus consecuencias. No acudió a la recusación, instrumento procesal especialmente previsto para preservar el derecho a un juez imparcial ( STS 652/2015, de 3 de noviembre , 863/2015, de 30 de diciembre ); y ello pese a poder hacerlo, ya que se apunta que el auto se dictó en la primera sesión del plenario, cuando el juicio ha sido suspendido en dos ocasiones, y celebrado en el tercer intento, casi un año después.

El motivo debe ser desestimado.

**SEGUNDO** .- 1. El segundo motivo del recurso se basa en infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 de la LECrim , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la Constitución Española , al no existir prueba de cargo suficiente que desvirtúe la misma, ya que las declaraciones de la perjudicada Andrea como las de la testigo Custodia , resultan inverosímiles, ya que existe confusión de fecha y contradicciones insalvables en ambas testigos en la forma de suceder los hechos denunciados, sin que la pericial médica observe lesión alguna en zona genital. Igualmente el delito de maltrato no queda acreditado ya que Andrea declaró que solo vio un golpe contra la ventana contradiciendo el testimonio de Custodia .

2. Como hemos explicitado en numerosas resoluciones de esta Sala, por ejemplo SSTs. 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 su 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 obedeció a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo. 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 si 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 ; STC. 123/2006 de 24.4 ). La STC 204/2007, de 24 de septiembre , ha considerado insuficientes las inferencias no concluyentes incapaces de convencer objetivamente de la razonabilidad de la plena convicción judicial.

Según recuerda la reciente STS 459/2018, de 10 de octubre , "constituye también 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, aun 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 ( SSTC. 145/2003, de 6 de junio , 300/2005, de 2 de enero , 70/2007, de 16 de abril ). En este ámbito además de los supuestos de inferencias ilógicas e inconsecuentes, la STC. 204/2007, de 24 de septiembre , ha considerado asimismo insuficiente las inferencias no concluyentes, incapaces también de convencer objetivamente de la razonabilidad de la plena convicción judicial".

Como explican numerosas resoluciones de esta Sala, (SS 1126/2006, de 15 de diciembre , 742/2007, de 26 de septiembre , y 52/2008, de 5 de febrero ), 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 este solo corresponde esa función valorativa, pero sí 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; comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el Juzgador el proceso de su 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 de julio ).

Fuera de esas comprobaciones, debe acabar la función casacional respecto a las impugnaciones referidas a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, tanto en relación a las sentencias dictadas en los procedimientos sometidos al Tribunal del Jurado, los cuales, están sometidos al doble examen o doble instancia, como con respecto a las sentencias dictadas bajo la cobertura de la reforma operada por Ley 41/2015, de 5 de octubre, que ha establecido una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la instancia. Y ello por cuanto que 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 ya ha sido realizada por el Tribunal de apelación.

3. La sentencia de instancia analiza la prueba conforme a las atribuciones que le corresponden a los jueces de instancia, en el Fundamento de Derecho Tercero, en el que se hace constar que la prueba fundamental con la que se cuenta sobre lo que sucedió, es con la declaración de la víctima, Andrea , que desde el primer momento ha relatado de forma clara cómo sucedieron los hechos, habiendo declarado en el acto del Juicio Oral, ratificando todos los extremos de los mismos, tal y como ya los había relatado en la instrucción (folios 2 y 79 de la causa), sin que el testimonio de la misma haya estado movido por ninguna actitud negativa hacia el procesado, y con corroboraciones periféricas, cumpliéndose así los requisitos jurisprudenciales sobre la validez de la declaración de la víctima como prueba de cargo.

Entre las corroboraciones destaca la sentencia, en cuanto a lo relatado en el Hecho Probado Segundo, que el acusado a lo largo de esos tres días que vivió con Andrea en la calle, le agredió un número indeterminado de veces de múltiples formas: golpeándole en las manos, tirándola del pelo, mordiéndola, escupiéndola, golpeándole en la cara, orinándose encima de ella; algunos de estos golpes fueron después objetivados en el correspondiente reconocimiento médico, comprobándose que varias de las lesiones que presentaba tenían ya cierta evolución, también en algunas ocasiones los golpes los efectuaba utilizando un cinturón y el cable del cargador del teléfono móvil, dato que también ha sido objetivado con el correspondiente reconocimiento médico, como puede observarse (folios 74 y 147) en los golpes en forma de latigazo que la víctima presentaba.

Por otro lado, el Tribunal afirma que, desde que Custodia les permite al acusado y a la víctima vivir en su domicilio, ella se convierte en testigo presencial, la cual relató en el acto del Juicio que presenció el momento en el que, después de volver de la calle ella y Andrea , el procesado le reprochó que hubiera salido de casa sin su consentimiento, siendo entonces cuando la empujó contra la ventana, causándole varias de las lesiones que presenta.

Además, explica que Custodia fue testigo de los hechos ocurridos el 29 de junio, describiendo ante el Instructor (folio 58) detalladamente como el procesado se encerró en el baño con Andrea , como ella decía





"no, por favor, no", como la amenazó a ella con matarla sin hablaba, que ella pensó que la estaba pegando a Andrea , que ella llamaba a la puerta para que abriera, que la intentó abrir con un cuchillo pero no pudo abrirla, para evitar que el acusado la siguiera agrediendo. Que después de una hora o así es cuando le dijo que o abría la puerta o llamaba a la policía, y fue cuando el procesado finalmente abrió.

También puso de relieve Custodia como Andrea le contó lo que la había hecho, que la había violado por vía anal, en la forma que se ha descrito en la resolución recurrida, y que ella vio sangre en las bragas de Andrea y es cuando definitivamente animó a Andrea para que denunciara los hechos, y llamó a los padres de Andrea para que vinieran de Bélgica a hacerse cargo de ella.

El Tribunal, en cuanto a las discrepancias que quiere hacer ver el recurrente, afirma que, ha transcurrido bastante tiempo desde que sucedieron los hechos lo que puede haber enturbiado algunos datos periféricos en el recuerdo de los testigos, y no se aprecia ningún motivo espurio para que tanto la víctima como Custodia hayan efectuado un testimonio inculpativo, pues no hay -ni siquiera se alega en el recurso-, que ambas tuvieran algún motivo que justificara el haberle imputado al procesado unos hechos tan graves como los enjuiciados, ni obtienen de ello ningún beneficio o ventaja, de ahí que sea claro que no tenían razones espurias para denunciar estos hechos.

También, con carácter preliminar, el Tribunal hace constar que existe alguna confusión entre las fechas y las horas, pero que ello se debe al desconocimiento del idioma español por parte de Andrea que le impedía comunicarse con los demás, sirviendo en Comisaría de intérprete Custodia , sin que conste que la misma tenga conocimiento suficiente de inglés, afirmando que los detalles discrepantes no pueden considerarse propiamente contradicciones entre las testigos esenciales de la causa, Andrea y Custodia , ya que en lo esencial "si han sido contestes en aquellos hechos que, además de ser padecidos por Andrea , fueron presenciados por Custodia ".

En consecuencia, el Tribunal de instancia contó con suficiente prueba de cargo sobre la comisión de los hechos y la participación en los mismos del acusado, prueba que fue practicada en el juicio oral, bajo los principios de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción, expresando el Tribunal su raciocinio, llegando a las conclusiones que se afirman en la sentencia mediante un proceso deductivo que no puede calificarse de ilógico o arbitrario, sin que le corresponda a este Tribunal realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del Tribunal de instancia, conforme a la jurisprudencia anteriormente expuesta.

El motivo debe ser desestimado.

**TERCERO** .- 1. En el motivo tercero, se alega infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 de la LECrim , por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, consagrado en el art. 24.2 CE , con el principio de legalidad penal consagrado en el art. 25.1 de la CE .

En el desarrollo del motivo se alega que el acusado ha sido condenado por delito de vejaciones injustas a la pareja contenido en el art. 173.4 del CP , habiendo sido introducido dicho delito por la LO 1/2015 de 30 de marzo, que entró en vigor el 1 de julio, habiendo sucedido los hechos antes de la entrada en vigor de la Ley, por lo que se vulnera el principio de legalidad penal, "*nulla poena sine lege* ", y de irretroactividad penal.

Es cierto que la sentencia recurrida condena al acusado por delito leve del art. 173.4 del CP , y que el citado delito fue introducido por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que modificó el Código Penal, y que los hechos declarados probados, tal y como afirma el recurrente, se realizaron con anterioridad a la entrada en vigor de la L.O. 1/2015, en concreto los que pudieran integrar la vejación injusta entre los días 20 y 23 de junio de 2014, según el relato de hechos probados de la sentencia recurrida.

Por el contrario, no tiene razón el recurrente cuando afirma que la sentencia vulnera el principio de legalidad penal, "*nulla poena sine lege* ", puesto que con anterioridad a la citada reforma, los hechos que se declaran probados -que el acusado en una ocasión, estando en un banco del parque, se orinó encima de su pareja, además de haberla escupido en varias ocasiones-, sí eran típicos en el momento de su comisión, en concreto eran constitutivos de una falta de vejaciones injustas en el ámbito familiar, que se castigaba en el artículo 620.2 párrafo último del Código Penal vigente en el momento de realización de los hechos, y que actualmente integran la nueva redacción del art. 173.4 del vigente Código Penal , con la misma descripción de la conducta típica, pero con distinta penalidad.

En consecuencia, el problema que plantea el recurrente se debe centrar en que legislación resulta más favorable para el acusado, ya que la Disposición Transitoria primera de la citada Ley 1/2015 , dispone que "1. Los delitos y faltas cometidos hasta el día de la entrada en vigor de esta Ley se juzgarán conforme a la legislación penal vigente en el momento de su comisión. No obstante lo anterior, se aplicará esta Ley, una vez que entre en vigor, si las disposiciones de la misma son más favorables para el reo, aunque los hechos hubieran sido cometidos con anterioridad a su entrada en vigor."



En este caso, la falta del art. 620.2º párrafo último, establecía como pena para la falta de vejación injusta, la de localización permanente de *cuatro a ocho días*, o *trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a diez días*, mientras que el delito leve que se sanciona en el art. 173.4 del Código Penal vigente, por el que viene condenado el recurrente, lleva aparejada la pena " *de localización permanente de cinco a treinta días*, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o *trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a treinta días*, o multa de uno a cuatro meses, esta última únicamente en los supuestos en los que concurren las circunstancias expresadas en el apartado 2 del artículo 84."

Por tanto, resulta más beneficiosa la legislación penal vigente en el momento de la comisión de los hechos, que en este caso tiene trascendencia puesto que la pena impuesta de diez días de localización permanente, supera el máximo legal previsto en el artículo 620.2º último párrafo -de cuatro a ocho días de localización permanente-, por lo que debe revocarse la sentencia de instancia en cuanto al citado extremo, y condenar al acusado como autor de la citada falta a la pena mínima de cuatro días de localización permanente.

El motivo debe estimarse parcialmente.

**CUARTO** .- 1.- El cuarto motivo se basa en infracción de ley del art. 849.1 de la LECrim, por indebida aplicación del art. 173, 2 y 3 del CP en cuanto al delito de maltrato habitual, ya que los hechos probados no recogen los requisitos jurisprudenciales del citado delito.

En primer lugar, hay que recordar que el cauce casacional empleado tiene como presupuesto de admisibilidad el respeto al hecho probado en la medida que el único debate que se permite en el motivo es el de la subsunción jurídica de los hechos probados declarados por el Tribunal, que, por ello, deben ser escrupulosamente respetados por el recurrente.

2.- En relación con el delito de maltrato habitual en el ámbito familiar previsto el artículo 173.2 CP hemos dicho de forma reiterada que castiga la ejecución de actos de violencia física o psíquica perpetrados de forma asidua sobre sujetos comprendidos en el ámbito familiar o cuasifamiliar, con los que se convive o concurre una vinculación personal persistente. Actos que, desde una perspectiva de conjunto, generan una situación de dominio o de poder sobre la víctima que menoscaba su dignidad, lo que da lugar a un injusto específico que rebasa el correspondiente a cada una de las acciones individuales que integran el comportamiento habitual.

El precepto de que se trata ha suscitado ya abundante jurisprudencia que ha resaltado que el bien jurídico protegido en el delito de malos tratos habituales del artículo 173.2 CP, es la dignidad de la persona y su derecho a no ser sometida a tratos inhumanos o degradantes en el ámbito de la familia, protegiéndose al tiempo, de esta forma, la paz en el núcleo familiar como bien jurídico colectivo. Aspecto éste que quedó reforzado tras la reforma operada por la L.O. 11/2003, que situó los malos tratos habituales entre los delitos de torturas y contra la integridad moral, y los sancionó de modo agravado respecto del tipo básico, principalmente en atención a las características propias del ámbito familiar en el que se producen. Además, los límites del bien jurídico se ampliaron, pues eliminó como exigencia la convivencia en los supuestos de relaciones de afectividad análogas a las de los cónyuges y se amplió expresamente el abanico de posibles sujetos pasivos del delito a las personas que, por su especial vulnerabilidad, se encuentren sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados.

De manera constante ha destacado la doctrina de esta Sala, que la violencia física y psíquica a que se refiere el tipo es algo distinto de los concretos actos violentos o vejatorios aisladamente considerados, y que el bien jurídico es mucho más amplio y relevante que el mero ataque a la integridad, quedando afectados fundamentalmente valores inherentes a la persona y dañado el primer núcleo de toda sociedad, el familiar.

Se trata de un tipo con sustantividad propia que sanciona la consolidación por parte de sujeto activo de un clima de violencia y dominación; de una atmósfera psicológica y moralmente irrespirable, capaz de anular a la víctima e impedir su libre desarrollo como persona, precisamente por el temor, la humillación y la angustia inducidos. Un estado con autonomía propia y diferenciada, que se vertebra sobre la habitualidad, pero en la que los distintos actos que lo conforman sólo tienen el valor de acreditar la actitud del agresor.

Por ello ha dicho de manera reiterada esta Sala que el maltrato familiar del artículo 173.2 CP se integra por la reiteración de conductas de violencia física y psíquica por parte de un miembro de la familia en relación a las personas que el precepto enumera, que crean, por su repetición, esa atmósfera irrespirable o el clima de sistemático maltrato al que ya nos hemos referido.

La habitualidad que necesariamente debe darse en el ejercicio de la violencia dentro del ámbito de las relaciones familiares, es una exigencia típica que ha originado distintas corrientes interpretativas. *La jurisprudencia de esta Sala se ha apartado de la que vinculaba la habitualidad con un número de acciones violentas*, que por establecer un paralelismo con la habitualidad que describe el artículo 94 CP a afectos de sustitución de penas, se fijó en más de dos, es decir, a partir de la tercera acción violenta. Gana terreno y se



*consolida en la doctrina de esta Sala la línea que considera que lo relevante no es el número de actos violentos o que estos excedan de un mínimo, sino la relación entre autor y víctima, más la frecuencia con que ello ocurre, esto es, la permanencia del trato violento, de lo que se deduce la necesidad de considerarlo como delito autónomo.*

La habitualidad así configurada responde a un concepto criminológico-social más que jurídico-formal. Será conducta habitual la del que actúa repetidamente en la misma dirección con o sin condenas previas, que, de existir, son prueba de aquella, aunque no la única vía para su acreditación (entre otras SSTS 981/2013, de 23 de diciembre y 856 /2014, de 26 de diciembre ).

La consumación del delito habitual ocurre cuando la situación puede considerarse establecida atendiendo al número de actos, sean específicamente típicos o no, y a la proximidad entre ellos, tal como establece el artículo 173.2 del CP . ( STS 192/2011, de 18 de marzo ).

3.- En primer lugar, el recurrente vincula el éxito de su motivo a la previa estimación de su denuncia de infracción del derecho a la presunción de inocencia por insuficiencia de la prueba practicada que hemos inadmitido de conformidad lo expuesto en el Fundamento de Derecho Segundo de esta resolución y a cuyos argumentos nos remitimos.

En segundo lugar, el Tribunal de instancia subsume conforme a Derecho y a la jurisprudencia de esta Sala, la conducta del recurrente en el tipo del artículo 173.2 del Código Penal , ya que los hechos declarados probados en sentencia revelan la habitualidad negada por el recurrente pues describen que este impuso a la víctima un clima de dominación y temor hacia su persona, de forma permanente en el tiempo (desde el 20 de junio al 29 de junio de 2014) y cuyo exponente se concretó en la agresión sexual habida el día 29 de julio de 2014.

En todo caso, debe negarse la razón al recurrente por razón del cauce casacional invocado en la medida en que no ajusta su denuncia al relato de hechos probados de la sentencia, circunstancia que constituye su presupuesto de prosperabilidad. En efecto, el factum de la sentencia describe, el delito previsto en el artículo 173.2 del Código Penal y la habitualidad exigida en el mismo al afirmar que "Llegaron a Medina del Campo el día 20 de junio de 2014, y dado que inicialmente no tenían alojamiento, estuvieron en la calle durante tres días. Durante ese tiempo el procesado cambió de actitud hacia Andrea , comenzando a mantener respecto de ella una situación de vejaciones, abusos y agresiones, y así durante el tiempo en el que estuvieron viviendo en un parque el procesado Modesto se dedicó a golpear a su compañera Andrea en las manos, la tiraba del pelo, la mordía, la escupía, la golpeó en la cara, y en algunas ocasiones los golpes los efectuaba utilizando un cinturón y el cable del cargador del teléfono móvil; en una ocasión, estando en un banco del parque, se orinó encima de ella, motivo por el cual el procesado Modesto le pidió a una conocida suya llamada Verónica que la dejara a Andrea ir a su casa a ducharse, a lo que ella accedió.... Por ello el día 23 de junio de 2014 el procesado y Andrea fueron a casa de Custodia , en la AVENIDA000 n° NUM000 NUM001 de la localidad de Medina del Campo, y le pidieron a ésta que les permitiera alojarse en su casa, a lo que ella accedió.

*Pero lo actitud del procesado hacia Andrea continuó siendo la misma antes descrita, de vejaciones, abusos y agresiones ...Así el día 28 de junio de 2014 Andrea se fue con Custodia a montar a caballo y cuando llegó de la calle al domicilio, el acusado estaba esperándola y tras reprocharle que hubiera salido a la calle, la empujó contra la ventana, golpeándose Andrea contra ella, causándose lesiones en la muñeca y en el brazo izquierdo."*

El relato de hechos probados contempla dos episodios de violencia por parte del acusado hacia su pareja por diversos motivos y que se suceden en un periodo de menos de un mes, que se tipifican como dos delitos de lesiones del art. 153 del CP , además de un episodio de conducta vejatoria -que hemos calificado como falta de vejación injusta-. Por ello, cabe concluir, en sentido contrario a lo entendido por la parte recurrente, que, precisamente, puede apreciarse esta nota de habitualidad cuando en tan corto periodo de tiempo se dan los dos episodios de violencia concretados en fechas, más la actitud diaria de maltrato persistente, físico y mental, con obvia merma la integridad psicológica de cualquier persona, lo que sin duda debió generar en la víctima sentimientos naturales de inquietud, miedo y angustia, y que como ha quedado acreditado culminaron con la agresión sexual llevada a cabo por el mismo el día 29 de junio.

Delito que tiene sustantividad propia, pues reprime la consolidación de un clima de violencia y dominación por parte del sujeto activo, creando en la víctima una atmósfera psicológica y moralmente irrespirable, con entidad distinta y diferente de la violencia específica de cada acción concreta, sin que desaparezca la nota de permanencia por el hecho de que los malos tratos tengan lugar en un breve espacio de tiempo, y que la relación sea breve, tal y como ha indicado esta Sala.

El motivo debe ser desestimado.

**QUINTO** .- 1.- El quinto motivo se basa en infracción de ley del art. 849.1 de la LECrim , por indebida inaplicación del art. 21.6 del CP como simple, ya que han existido periodos de inactividad judicial que ha



alargado el plazo de tramitación de la causa innecesariamente, ya que la primera vista se señaló el día 9 de mayo de 2017, suspendiéndose por incomparecencia de la testigo principal, señalándose nuevamente para el día 12 de diciembre de 2017, suspendiéndose el juicio por problemas técnicos con la videoconferencia e incomparecencia de los testigos, y finalmente se señaló el juicio para el día 3 de abril de 2018, dictándose sentencia el 10 de abril, aunque no fueron emplazadas las partes ante el Tribunal hasta el 31 de julio de 2018, pese a estar en prisión el acusado desde el día 4 de abril de 2018.

2.- Respecto de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, su apreciación exige de la concurrencia de una serie de elementos constitutivos: a) que tenga lugar una dilación indebida en el sentido de no justificada; b) que sea extraordinaria, en el sentido de relevante; c) que ocurra durante la tramitación del procedimiento; d) que esa demora o retraso no sea atribuible al imputado; y e) que la dilación no guarde proporción con la complejidad del litigio, lo que constituye en último término una especificación concreta de un requisito anterior: que sean indebidas ( STS 1883/2016, de 6 de abril , entre otras).

Asimismo, hemos dicho que quien reivindica la apreciación de esta atenuante ha de precisar en qué momentos o secuencias del proceso se han producido las paralizaciones que deban reputarse indebidas ( STS 627/2013, de 18 de julio ).

3. Del examen de las actuaciones se desprende que no se reciben las actuaciones en la Audiencia Provincial hasta el 1 de diciembre de 2016, habiéndose dictado previamente auto de sobreseimiento provisional por encontrarse el acusado en paradero desconocido -el 1 de junio de 2016-, donde tras practicarse actuaciones para la designación de profesionales, el 10 de febrero de 2017 dicta auto confirmando la conclusión del Sumario, presentándose escritos de calificación provisional por el Ministerio fiscal el 21.2.17, por la Acusación Particular el 3.3.17, y por la defensa el 14.3.17. Posteriormente, el 17 de marzo de 2017 se dicta auto de admisión de pruebas, y el 20 del mismo mes, por Diligencia de Ordenación se acuerda el señalamiento del Juicio Oral para el día 9 de mayo de 2017, suspendiéndose el citado señalamiento por no haber podido ser citada la testigo/víctima, al residir en Bélgica. El 13 de junio de 2017 el Ministerio Fiscal interesa que se lleven a cabo las gestiones para celebrar la declaración de la víctima por videoconferencia, ante lo cual se accede por el Tribunal, señalándose nuevamente el juicio para el día 12 de diciembre, tiempo necesario para llevar a cabo los trámites de la solicitud de asistencia judicial en materia penal, con las correspondientes traducciones, sin que el día señalado fuera posible la celebración del juicio por problemas técnicos derivados del sistema operativo, tal como informó la Fiscalía de Bruselas (F. 210). Señalándose nuevamente el juicio en menos de cuatro meses -el 3 de abril de 2018-, volviéndose a realizar todos los trámites necesarios de asistencia judicial en materia penal.

De lo anterior no se desprende ninguna secuencia del proceso en el que se hayan producido paralizaciones que deban reputarse indebidas. Desde el primer señalamiento de juicio Oral el día 9 de mayo de 2017, pese a las dos suspensiones por los problemas que hemos indicado, finalmente el juicio se celebró el 3 de abril de 2018, por tanto, en menos de un año, con las dificultades que entraña el hecho de que una víctima resida en el extranjero, y sin que en ningún momento la causa haya estado paralizada.

Tampoco podemos hablar de dilación extraordinaria o relevante en la celebración del juicio oral, ya que aunque los hechos tuvieron lugar a partir de junio de 2014, y han sido juzgados en abril de 2018, lo cierto es que hasta que la causa llegó a la Audiencia Provincial, la dilación fue debida a que el acusado se encontraba en ignorado paradero, decretándose su busca y captura, por lo que la demora o retraso ha sido atribuible al mismo.

El motivo debe ser desestimado.

**SEXTO** .- El sexto motivo se basa en infracción de ley del art. 849.1 de la LECrim , por indebida aplicación del art. 23 del CP , ya que la circunstancia mixta de parentesco ha sido aplicada incorrectamente en el delito de agresión sexual al no declararse por el Tribunal sentenciador que la relación entre la denunciante y el acusado fuera estable, afectiva y con vocación de permanencia.

El Tribunal " *a quo* " fundamenta la agravante de parentesco como circunstancia objetivable basada en la convivencia " *more uxorio* ", sin exigirse vínculo alguno de afectividad subjetiva en la relación de pareja, ya que ello haría ineficaz la aplicación de la misma si se exigiera la prueba del afecto entre autor del delito y su víctima por no formar parte de la esencia de la agravación por su naturaleza puramente objetiva basada exclusivamente en la relación entre las partes y en la convivencia.

El recurrente incide en su recurso en que al afecto no estaba presente entre las partes, pero olvida el recurrente que el afecto no es una característica rigurosamente exigida por la jurisprudencia para aplicar esta agravante.

En efecto, esta Sala Casacional del Tribunal Supremo ya ha declarado en reiterada doctrina que el afecto no forma parte de los elementos o circunstancias exigidas para la aplicación de esta agravante. El texto legal ni siquiera exige la presencia actual de la relación, sino que se expresa como "ser o haber sido".



Así, en nuestra STS 610/2016, de 7 de julio, afirmábamos que: "Ciertamente, tiene declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia 147/2004, de 6 de febrero, que la circunstancia mixta de parentesco está fundada en la existencia de una relación de matrimonio a la que se asimila una relación de análoga afectividad dentro de los grados descritos en el artículo. En su versión de circunstancia agravante, la justificación del incremento de pena se encuentra en el plus de culpabilidad que supone la ejecución del hecho delictivo contra las personas unidas por esa relación de parentesco o afectividad que el agresor desprecia, integrándose la circunstancia por un elemento objetivo constituido por el parentesco dentro de los límites y grado previsto, y el subjetivo que se concreta en el conocimiento que ha de tener el agresor de los lazos que le unen con la víctima, bastando sólo ese dato y no exigiéndose una concurrencia de cariño o afecto porque como tal exigencia vendría a hacer de imposible aplicación de la agravante pues si hay afecto, no va a haber agresión, salvo los supuestos de homicidio pietatis causa en los que el parentesco podría operar pero como circunstancia de atenuación."

Tal y como dijimos en nuestras recientes sentencias 251/2018, de 24 de mayo y 565/2018, de 19 de noviembre: "La STS. 59/2013 de 1.2, recuerda que concurre dicha agravante cuando se da el elemento objetivo de la relación de pareja estable, actual o pasada, y el delito de que se trata tiene lugar como consecuencia del marco o círculo de dichas relaciones o comunidad de vida, aunque se haya roto. En efecto el artículo 23 C.P. en su actual redacción se refiere a "...ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligado de forma estable por análoga relación de afectividad". Redacción actual que tiene su origen en la L.O. 11/2003, que sustituyó la referencia a la "forma permanente" por "forma estable", respecto a la relación de afectividad.

La jurisprudencia de esta Sala tiene declarado que por relación de afectividad, debe estimarse: a) Existencia de una relación matrimonial o asimilada a la matrimonial, y b) Que el delito cometido tenga relación directa o indirecta con el marco o vínculo de relaciones o comunidad de vida de ambas personas, por lo que el plus de punición se justifica por el plus de culpabilidad que supone que el autor desprecie con su acción la comunidad de convivencia que tiene con la víctima".

En consecuencia, no es exigible ese afecto entre las partes, y la relación entre la pareja es asimilable a la matrimonial y con convivencia, ya que como señala la sentencia de instancia, el acusado y la víctima mantenían una relación sentimental desde hacía varios meses, que se inició en Bélgica donde estuvieron durante tres meses, viajando a España, donde convivieron primero en la calle y después en la casa de una amiga, en Medina del Campo, constanding debidamente reflejado en los hechos probados ambos elementos exigidos para aplicar la presente agravante del art. 23 CP.

El motivo debe ser desestimado.

**SÉPTIMO.-** 1. El séptimo motivo se basa en infracción de ley del art. 849.1 de la LECrim, por indebida aplicación del art. 153 del CP, ya que de los hechos probados solo se desprende la comisión de un solo delito de lesiones no de dos -hechos sucedidos en la calle-, tal y como lo califica la sentencia de instancia, ya que vista la redacción poco detallada de los hechos que se declaran probados por lo sucedido mientras vivían en la calle no pueden integrar la comisión de dos delitos del art. 153.1 CP.

2. La sentencia de instancia en el Fundamento de Derecho Cuarto hace constar que "Los hechos que hemos descrito en el Segundo del relato de los Hechos Probados, son los que contienen el primero de los delitos de lesiones del art. 153.1 del CP. Como allí hemos descrito, el acusado a lo largo de varios días, mientras estaban viviendo en la calle, golpeó y pegó a Andrea de diversas maneras, pero en número indeterminado de veces, y esta Sala no tiene datos precisos para apreciar en todo ese conjunto de acciones algo más que no sea un delito de lesiones.

Los hechos que hemos descrito en el Cuarto del relato de los Hechos Probados, son los que contienen el segundo de los delitos de lesiones, en este caso del art. 153.1 y 3 del CP.

Se trata de unos hechos que se identifican y se separan en el tiempo respecto de los primeros, que suceden en el domicilio de Custodia (y son presenciados por ella), que a su vez en esos días era el domicilio común de procesado y víctima."

En consecuencia, el Tribunal de instancia no condena por dos delitos de lesiones por los hechos "que tuvieron lugar en la calle y que no quedan suficientemente identificados", tal y como apunta el recurrente, sino que las lesiones que tuvieron lugar en la vía pública de las que fue objeto Andrea se califican como un único delito de lesiones, y se describen en el Hecho Segundo "así durante el tiempo en el que estuvieron viviendo en un parque el procesado Modesto se dedicó a golpear a su compañera Andrea en las manos, la tiraba del pelo, la mordía, la escupía, la golpeó en la cara, y en algunas ocasiones los golpes los efectuaba utilizando un cinturón y el cable del cargador del teléfono móvil", siendo el segundo delito el que se describe en el Hecho Cuarto "Así el día 28 de junio de 2014 Andrea se fue con Custodia a montar a caballo y cuando llegó de la calle al



domicilio, el acusado estaba esperándola y tras reprocharle que hubiera salido a la calle, la empujó contra la ventana, golpeándose Andrea contra ella, causándose lesiones en la muñeca y en el brazo izquierdo."

El motivo debe ser desestimado.

**OCTAVO** .- 1. El octavo motivo se basa en infracción de ley del art. 849.1 de la LECrim , por indebida aplicación del apartado tercero del art. 153 del CP , ya que los hechos declarados probados, que tuvieron lugar el día 28 de junio de 2014, no ocurrieron en el domicilio de la denunciante, al no poderse entender como domicilio de ésta el que ocupaban de manera temporal por cortesía de la testigo Custodia .

2. El artículo 153 CP en su redacción anterior a la reforma operada por ley 1/2015, establecía en su apartado tercero que "Se impondrán las penas en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima", agravación esta última que ha sido mantenida con la reforma del Código Penal citada.

Tal y como decíamos en nuestra Sentencia 870/2016, de 18 de noviembre "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 antijuridicidad 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."

Según ha declarado el Tribunal Constitucional, resaltando el carácter de base material de la privacidad ( STC 22/1984 ), el domicilio es un "espacio apto para desarrollar vida privada" ( STC 94/1999, de 31 de mayo, F. 4), un espacio que "entraña una estrecha vinculación con su ámbito de intimidad", "el reducto último de su intimidad personal y familiar" ( STC 22/1984 , STC 60/1991 y 50/1995 , STC 69/1999, de 26 de abril y STC núm. 283/2000, de 27 de noviembre ). Esta Sala, entre otras en la STS núm. 1108/1999, de 6 de septiembre , ha afirmado que "el domicilio es el lugar cerrado, legítimamente ocupado, en el que transcurre la vida privada, individual o familiar, aunque la ocupación sea temporal o accidental" ( SSTS 24-10-1992 , 19-7-1993 y 11-7-1996 ). Se resalta de esta forma la vinculación del concepto de domicilio con la protección de esferas de privacidad del individuo, lo que conduce a ampliar el concepto jurídico civil o administrativo de la morada para construir el de domicilio desde la óptica constitucional, como instrumento de protección de la privacidad.

3. En este caso si partimos del *factum* de la resolución recurrida, la calificación de los hechos allí descritos, que necesariamente hemos de respetar dado el cauce casacional elegido, como un delito de maltrato familiar previsto y penado en los artículos 153.1 y 3, es ajustada a derecho pues allí se describe, en lo que al núcleo de las conductas típicas se refiere, como el recurrente, pareja de la víctima, con la que convivía el día allí descrito, le agredió en el domicilio que compartían en ese momento, en concreto en la AVENIDA000 nº NUM000 , NUM001 de Medina del Campo, así se desprende de la declaración de la titular de la vivienda, y de las declaraciones del acusado y la víctima, constando en todas ellas como único domicilio el indicado, siendo el mismo su domicilio aunque lo fuera de forma transitoria, y aunque la titularidad del mismo fuera de otra persona, ya que debemos destacar la vinculación del concepto de domicilio con la protección de esferas de privacidad del individuo, lo que conduce a ampliar el concepto jurídico civil o administrativo de la morada para construir el de domicilio desde la óptica constitucional. Siendo el lugar donde tuvieron lugar los hechos donde ambos desarrollaban su vida cotidiana, aunque ello fuera de forma transitoria.

El motivo debe ser desestimado.

**NOVENO**.- En virtud de todo lo argumentado, ha de estimarse parcialmente el recurso de casación, con declaración de oficio las costas de esta instancia ( art. 901 de la LECr .).

## FALLO

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

1º) Estimar el recurso de casación nº 10511/2018-P interpuesto por la representación de **D. Modesto** contra Sentencia de fecha 9 de abril de 2018 dictada por la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección Cuarta , en el Sumario 16/2015.



2º) Declarar de oficio las costas de esta instancia.

Comuníquese esta sentencia a la Audiencia de instancia con devolución de la causa, interesando el acuse de recibo de todo ello para su archivo en el rollo.

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

Así se acuerda y firma.

Julian Sanchez Melgar Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Alberto Jorge Barreiro

Vicente Magro Servet Susana Polo Garcia

RECURSO CASACION (P) núm.: 10511/2018 P

Ponente: Excm. Sra. D.ª Susana Polo Garcia

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

## TRIBUNAL SUPREMO

### Sala de lo Penal

### Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Julian Sanchez Melgar

D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Vicente Magro Servet

D.ª. Susana Polo Garcia

En Madrid, a 24 de enero de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 10511/2018-P interpuesto por **D. Modesto** representado por el procurador D. Luis Gómez López Linares, bajo la dirección letrada de D. Luis Carlos Parraga Sánchez contra Sentencia de fecha 9 de abril de 2018 dictada por la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección Cuarta, en el Sumario 16/2015 por delito de agresión sexual, que ha sido casada y anulada parcialmente por la sentencia pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen, hace constar lo siguiente

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª Susana Polo Garcia.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**ÚNICO** .- Se aceptan y se reproducen los Antecedentes de Hecho de la Sentencia dicta por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Valladolid.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO**.- Se reproducen los de la primera sentencia dictada por esta Sala.

**SEGUNDO**.- Que por las razones expresadas en el Tercero de los Fundamentos Jurídicos de la sentencia de casación, procede que los hechos que el Tribunal de instancia califica como delito leve del art. 173.4 del vigente Código Penal, sean calificados como falta de vejación injusta del art. 620.2º párrafo último, del anterior Código Penal, y condenar al acusado como autor de la citada falta a la pena mínima de cuatro días de localización permanente.

Manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia de instancia.

### F A L L O

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

**Absolver al acusado D. Modesto del delito leve del art. 173.4 del CP, y condenarle como autor de una falta de vejación injusta del art. 620.2º del CP, a la pena de cuatro días de localización permanente.**

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



Así se acuerda y firma.

Julian Sanchez Melgar Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Alberto Jorge Barreiro

Vicente Magro Servet Susana Polo Garcia

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ