

Roj: **STS 616/2013** - ECLI: **ES:TS:2013:616**Id Cendoj: **28079120012013100099**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **25/01/2013**Nº de Recurso: **408/2012**Nº de Resolución: **87/2013**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **JUAN SAAVEDRA RUIZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP VA 157/2012,**
STS 616/2013

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Enero de dos mil trece.

En el recurso de casación por infracción de ley, que ante Nos pende, interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección Cuarta, que absolvió a Eloy de dos delitos de violación de los que venía siendo acusado; los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la Votación y Fallo bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz, siendo parte recurrida **Eloy**, representado por la Procuradora Doña Ángela Cristina Santos Erroz

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Valladolid, instruyó Sumario 3/2010 contra Eloy, por delito de agresión sexual y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección Cuarta, que con fecha dos de febrero de dos mil doce, dictó sentencia que contiene los siguientes hechos probados:

" El acusado, Eloy, mayor de edad, sin antecedentes penales, vivía, en el año 2008, en Valladolid, con su esposa, Leticia, con quien tenía un hijo de dos años, en un domicilio compartido con otras personas, facilitado por una ONG.- El acusado era consumidor habitual de alcohol, y, cuando bebía, discutía con Leticia, llegando a golpearla, a ella y al menor, insultándola y ejerciendo sobre ella un total sometimiento, que a Leticia le infundía gran temor. Leticia manifestó, en varias ocasiones, a las personas encargadas de la ONG, la situación de control y humillaciones y golpes a la que estaba sometida, pero, en modo alguno, quería denunciar la situación, ni apartarse del acusado, dada su carencia de recursos materiales, de tal modo que siempre accedía a los deseos y las órdenes de él. En tal contexto, el 20 de enero de 2008, y el 26 de enero de 2008, como quiera que el acusado llegó al domicilio de autos en estado de total embriaguez, propuso a Leticia mantener relaciones sexuales, negándose ésta, alegando que estaba embarazada, pero, finalmente, el acusado, consiguió su propósito, accediendo a ello Leticia ante el temor que le infundía el acusado ".

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

FALLO : *ABSOLVEMOS a Eloy de los dos delitos de violación de que venía siendo acusado, con declaración de las costas de oficio ".*

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley, por el MINISTERIO FISCAL, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.



CUARTO.- El MINISTERIO FISCAL alegó los motivos siguientes: **ÚNICO.-** Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por infracción y por inaplicación indebida de los artículos 178 y 179 C.P. ."

QUINTO.- La parte recurrida se instruyó del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo, cuando por turno correspondiera, continuando la deliberación hasta la fecha presente.

SEXTO.- Realizado el señalamiento para Fallo, se celebró la deliberación y votación prevenida el día 31 de octubre de 2012.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Con fecha 2 de febrero de 2012, la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 4ª) absolvió a Eloy de los dos delitos de violación de los que venía acusado por el Ministerio Fiscal y por la acusación particular, ejercida por Leticia , declarando las costas de oficio.

Dicho pronunciamiento absolutorio ha sido impugnado por el Ministerio Fiscal mediante un único motivo de casación en el que, por vía de infracción de ley (art. 849.1º LECrim), interesa la subsunción de los hechos declarados probados en los arts. 178 y 179 del Código Penal . Para el Fiscal, la justificación que ofrece la sentencia combatida como soporte absolutorio, basándose a tal fin en la circunstancia de no observarse en los concretos hechos de índole sexual relatados una específica violencia y/o intimidación determinante del tipo penal, contraviene el propio relato histórico, que sin dificultad cabe incardinar en los arts. 178 y 179 CP al describirse la oposición de la víctima a mantener relaciones sexuales con su esposo procesado y su aceptación última ante el temor que éste le infunde, viviendo la mujer bajo un clima intimidatorio continuado, determinante de dicha aceptación sexual «in extremis».

SEGUNDO.- Como hemos declarado en incontables ocasiones (SSTS núm. 297/2009, de 20 de marzo , ó 291/2012, de 26 de abril , por todas ellas), la vía de la infracción de ley no puede suponer otra cosa que la comprobación por este Tribunal de Casación de la correcta subsunción de los hechos declarados probados a través de los preceptos de orden sustantivo que integran el ordenamiento penal, o bien, por el contrario, de lo correcto de su exclusión. Tal labor ha de partir, en todo caso, de un principio esencial, cual es el de la intangibilidad de la narración de hechos llevada a cabo por el Tribunal de instancia, a partir de la convicción que por el mismo se haya alcanzado acerca de la realidad de lo acontecido, como consecuencia de la valoración del material probatorio disponible que le es propia.

En el presente caso, el hecho probado refiere literalmente: *"El acusado, Eloy , mayor de edad, sin antecedentes penales, vivía, en el año 2008, en Valladolid, con su esposa, Leticia , con quien tenía un hijo de dos años, en un domicilio compartido con otras personas, facilitado por una ONG.- El acusado era consumidor habitual de alcohol, y, cuando bebía, discutía con Leticia , llegando a golpearla, a ella y al menor, insultándola y ejerciendo sobre ella un total sometimiento, que a Leticia le infundía gran temor. Leticia manifestó, en varias ocasiones, a las personas encargadas de la ONG, la situación de control y humillaciones y golpes a la que estaba sometida, pero, en modo alguno, quería denunciar la situación, ni apartarse del acusado, dada su carencia de recursos materiales, de tal modo que siempre accedía a los deseos y las órdenes de él. En tal contexto, el 20 de Enero de 2008, y el 26 de Enero de 2008, como quiera que el acusado llegó al domicilio de autos en estado de total embriaguez, propuso a Leticia mantener relaciones sexuales, negándose ésta, alegando que estaba embarazada, pero, finalmente, el acusado, consiguió su propósito, accediendo a ello Leticia ante el temor que le infundía el acusado"*. Es desde esta perspectiva desde la que el Ministerio Fiscal interesa la subsunción jurídica bajo la cobertura de los arts. 178 y 179 del Código Penal .

TERCERO.- Después de subrayar que la acusación se dirige contra el acusado solamente por dos delitos de violación, la Audiencia " debe ceñirse a analizar si concurren o no los presupuestos de dicho tipo penal en los hechos ", porque " el principio acusatorio que rige nuestro derecho penal, impide al Juzgador dictar una resolución de condena por un delito por el que no se ha solicitado la misma, bien por el Ministerio Fiscal o por la acusación particular ", refiriéndose indudablemente a los tipos de maltrato habitual previstos en el artículo 173.2 CP . Sin embargo, el Fiscal, única parte recurrente, tampoco hace referencia alguna a esta calificación alternativa en el recurso de casación, por lo que la misma no solo sería contraria al acusatorio sino también al derecho de defensa, aún admitiendo una hipotética homogeneidad entre ambos tipos delictivos.

Razona el Tribunal de instancia que lo que exige el tipo penal cuya inaplicación se denuncia " es que la oposición de la víctima quede exteriorizada de un modo manifiesto, debiendo presentar, la violencia o intimidación, una conexión causal con el resultado de atentar contra la libertad sexual, y una cierta inmediatez temporal precedente al atentado. El acto violento e intimidatorio concreto empleado por el agresor para conseguir el acto sexual pretendido contra la voluntad de la víctima debe quedar plenamente acreditado ". La respuesta a ello es negativa



por parte del Tribunal, razonando, basándose en lo manifestado por los testigos, que " *no solo en el acto del juicio oral, sino que también lo aprecian así los testigos que deponen en dicho acto, que la situación de maltrato es de data antigua ..., cuando bebe, se pone agresivo, la golpea a ella y a su hijo, y mantienen relaciones sexuales aún con la oposición de ella, todo esto sucede durante toda la convivencia con él, y, ni en lo ocurrido el día veinte de enero ni en lo ocurrido el veintiséis de enero, detalla o concreta Leticia acto de violencia o de intimidación específico que diera lugar al resultado, ni siquiera es capaz de describir como fue la penetración, duda si fue solo bucal o también vaginal, y ella misma pone énfasis en las agresiones físicas sufridas con anterioridad, sin especificar, como decimos, cual fue el hecho de violencia física o de intimidación, concreto, que llevó a que los días que se denuncian mantuvieron relaciones sexuales sin su consentimiento* ". Más adelante la Audiencia entiende que la calificación de agresión sexual debe excluirse " *porque el miedo que ella describe, el simple miedo a las represalias no es bastante para integrar el requisito de intimidación que prevén los artículos 178 y 179 CP* ", volviendo a referirse a lo declarado por la propia Leticia en el sentido de que la intimidación " *no se dirigía a la obtención de accesos sexuales, sino a establecer una relación personal de dominación y sojuzgamiento, en la que la relación sexual es una parte mas* ". Concluye la Audiencia su razonamiento absolutorio argumentando " *que los actos de contenido indudablemente intimidatorio, no guardan relación causal directa con los accesos sexuales objeto de la acusación. Es más, debe partirse de que, tanto la intimidación como la violencia concreta, debe estar presidida por el dolo del autor de modo específico, lo que aquí no se ha probado, no se acredita que, el acusado, ejerciera una violencia o intimidación concreta dirigida a obtener los accesos sexuales de que se le acusa. Se trata, como decimos, de una relación intimidatoria permanente, que, si bien no integra por sí misma, al no estar específicamente dirigida a ese fin, un delito de agresión sexual, no resulta indiferente, ni respecto a la libertad sexual de la víctima ni en cuanto al resto de sus derechos, pero deviene impune por respeto estricto al principio de acusación, dado que la misma se dirige, únicamente, por dos delitos de violación y no por otros preceptos del CP que ampararían esta situación* ".

CUARTO.- Los argumentos empleados por la Audiencia atinentes a la relación causal intimidación/violencia-agresión sexual, en el sentido de que es preciso concretar específicamente la sustancia fáctica de los mismos en cada caso, es en principio correcta siempre y cuando no fluya del relato histórico una situación de dominación o sojuzgamiento suficientemente intensa que permita entender que su permanencia justifica en el caso la existencia de dichos elementos normativos. Sin embargo, lo que aquí pone en cuestión la Audiencia es el propio dolo del autor dirigido a la agresión sexual mediante una conducta específica, intimidatoria o violenta, respondiendo ello la Audiencia " *lo que aquí no se ha probado* ". Ello nos llevaría en el caso a valorar el juicio de culpabilidad que es inescindible del análisis de las pruebas personales, porque la falta de acreditación del tipo subjetivo que proclama la Audiencia debe ser integrada en el " *factum* ", luego nos encontraríamos con el obstáculo consistente en la existencia de una sentencia absolutoria frente a la decisión del Tribunal encargado de revisarla, en este caso el de Casación.

A este respecto debemos señalar la doctrina aplicable por esta Sala teniendo en cuenta la Jurisprudencia del TEDH y del Tribunal Constitucional. Nuestra Jurisprudencia, acogiendo los últimos criterios interpretativos de ambos Tribunales, trasladándolos al recurso de casación, ha descartado la condena " *ex novo* " en casación de un acusado que haya resultado absuelto en el juicio de instancia cuando la condena requiera entrar a examinar y modificar la convicción sobre los hechos, dado que ello exigiría la celebración previa de una comparecencia del acusado para ser oído, eventualidad que no está prevista actualmente en el recurso de casación (Acuerdo de Sala General de 19/12/2012), no siendo por ello factible en sede casacional proceder a alterar parcialmente los hechos declarados probados en la instancia, cuando la Audiencia ha declarado expresamente no probado el dolo del autor.

Por todo ello el motivo debe ser desestimado.

QUINTO.- Las costas deben ser declaradas de oficio.

III. FALLO

Que debemos declarar **NO HABER LUGAR** al recurso de casación por infracción de ley dirigido por **EL MINISTERIO FISCAL** frente a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección Cuarta, en fecha 02/02/2012, declarando de oficio las costas del recurso.

Comuníquese la presente resolución a la Audiencia de procedencia a los efectos oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Juan Saavedra Ruiz Joaquin Gimenez Garcia Jose Ramon Soriano Soriano Miguel Colmenero Menendez de Luarca Luciano Varela Castro



Voto Particular

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. MAGISTRADO D. Joaquin Gimenez Garcia, respecto de la Sentencia nº 87/2013 de fecha 25 de Enero de 2013, recaída en el Recurso de Casación nº 408/2012, interpuesto por el Ministerio Fiscal, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección IV, de fecha 2 de Febrero de 2012 .

Primero.- Discrepo de la sentencia de la mayoría no tanto porque haya desestimado el recurso del Ministerio Fiscal formalizado contra la sentencia de la Sección IV de la Audiencia Provincial de Valladolid de 2 de Febrero de 2012 , confirmando la absolución por delito de violación de Eloy sino por el hecho mismo de la confirmación de la sentencia de instancia que estimo contiene una motivación justificadora de la absolución que, a mi juicio, incurre en arbitrariedad.

Para una mayor claridad expositiva de mi opinión disidente, hay que partir de los *hechos probados* de la sentencia de instancia.

En lo que aquí interesa, *el juicio histórico* declarado por el Tribunal sentenciador después de referirse al contexto en el que se desarrollaba la vida de Leticia , esposa del absuelto en la instancia Eloy del que destacamos que era consumidor habitual de alcohol y cuando bebía, discutía con Leticia , llegando a golpearla, a ella y al menor (hijo de ambos de dos años). Se añade que tenía a Leticia en un total sometimiento y se nos dice que ella manifestó varias veces a personas de una ONG la situación, pero no quería denunciarlo dada su carencia de recursos materiales, accediendo siempre a los deseos y órdenes de él.

Destaco el final del hecho probado fundamental a los efectos de la acusación formalizada:

*"...En este contexto, el 20 de Enero de 2008 y el 26 de Enero de 2008 como quiera que el acusado llegó al domicilio de autos en estado de total embriaguez, propuso a Leticia mantener relaciones sexuales, **negándose ésta, alegando que estaba embarazada, pero finalmente, el acusado consiguió su propósito, accediendo a ello Leticia ante el temor que le infundía el acusado....** "* (la negrita es mía).

Segundo.- La decisión del Tribunal de instancia fue la de *absolver* a Eloy .

De la argumentación de la sentencia de instancia retenemos los siguientes fragmentos del f.jdco. primero:

"...Lo que exige el tipo penal es que la oposición de la víctima quede exteriorizada de un modo manifiesto, debiendo presentar la violencia o intimidación una conexión causal, con el resultado de atentar contra la libertad sexual...."

La sentencia en el f.jdco. primero estima que en este caso no se ha acreditado la realidad de violencia o intimidación para los yacimientos de los días 21 y 26 de Enero de 2008:

"...ni en lo ocurrido el día 20 de Enero ni en lo ocurrido el 26 de Enero, detalla o concreta Leticia acto de violencia o de intimidación específico que diera lugar al resultado, ni siquiera es capaz de describir como fue la penetración, duda si fue solo bucal o también vaginal, y ella misma pone énfasis en las agresiones físicas sufridas con anterioridad, sin especificar, como decimos, cual fue el hecho de violencia física o de intimidación, concreto, que llevó a que, los días que se denuncian, mantuvieron relaciones sexuales sin su consentimiento. Ella misma describe que los hechos ocurren en el salón de la casa, compartida con terceros, y que ella no gritó ni se resistió, para que nadie se enterara. Lo que se deduce de lo declarado por Leticia es que, dada la situación de embriaguez del acusado, y dado que, cuando bebía, se comportaba violentamente con ella, accedió, en ambas ocasiones a mantener las relaciones, aun sin ella quererlo, por temor a que reaccionara de forma más agresiva...."

Se concluye en dicho f.jdco. primero en los siguiente términos:

"...Y por tanto, entendemos que los actos de contenido indudablemente intimidatorio, no guardan relación causal directa con los accesos sexuales objeto de la acusación. Es más, debe partirse de que, tanto la intimidación como la violencia concreta debe estar presidida por el dolo del autor de modo específico, lo que aquí no se ha probado, no se acredita que, el acusado, ejerciera una violencia o intimidación concreta dirigida a obtener los accesos sexuales de que se le acusa. Se trata, como decimos, de una relación intimidatoria permanente, que, si bien no integra por si misma, al no estar específicamente dirigida a ese fin, un delito de agresión sexual, no resulta indiferente, ni respecto a la libertad sexual de la víctima ni en cuanto al resto de sus derechos, pero deviene impune por respeto estricto al principio de acusación, dado que la misma se dirige, únicamente, por dos delitos de violación y no por otros preceptos del C.P. que ampararían esta situación...."

En *síntesis* , la tesis de la sentencia de instancia podría resumirse diciendo que la víctima Leticia , vivía en una situación de total dominación por su esposo, y por lo tanto en este contexto *no aprecia una intimidación específica y causal para la violación de los días 20 y 26 de Enero* , habría un delito de maltrato habitual del art. 173-2º Cpenal pero como de este delito no ha habido acusación, no puede ser condenado en acatamiento al



principio acusatorio, por lo que en definitiva, la absolución por los hechos de los días 20 y 26 es la decisión que se acuerda porque *no* se acredita que existiera un dolo de intimidar a Leticia para doblegar su voluntad en las relaciones sexuales habidas los días 20 y 26 de Enero.

Tercero.- Recurre el Ministerio Fiscal que formaliza un único motivo, por la vía del *error iuris* del art. 849-1º LECriminal, por indebida inaplicación de los arts. 178 y 179 Cpenal.

Argumenta el Ministerio Fiscal que este cauce casacional tiene como presupuesto indispensable el respeto a los hechos probados, ya que lo que se discute es la subsunción jurídica de unos hechos –los aceptados por el Tribunal de instancia– que se admiten expresamente. Esta doctrina es reiterada por la Jurisprudencia de esta Sala y a ella se refiere el f.jdco. de la sentencia de la mayoría, doctrina que, obviamente, comparto.

Reitero que en el *factum*, que en relación a los hechos de los días 20 y 26 de Enero, se dice expresamente:

"...negándose esta, alegando que estaba embarazada, pero finalmente el acusado consiguió su propósito, accediendo a ello Leticia ante el temor que le infundía el acusado..." .

Desde este relato, considera el Ministerio Fiscal que "...la oposición de la víctima a mantener las relaciones sexuales referidas en el *factum* quedó plenamente patentizada y su aceptación ante el temor que le infundía el acusado, por todo ello la aplicación de los artículos 178 y 179 resulta obligada..." .

Cuarto.- La sentencia de la mayoría, en el f.jdco. cuarto justifica la confirmación de la absolución con rechazo del recurso del Ministerio Fiscal por dos razones:

a) Porque no se ha probado que para el Tribunal de instancia, que el absuelto en los días indicados desarrollara una conducta específica, intimidatoria o violenta tendente a doblegar la voluntad de su esposa, y la valoración del juicio de culpabilidad exigiría un análisis de pruebas personales.

b) Porque en el caso de sentencias absolutorias, tanto la Jurisprudencia del TEDH como del Tribunal Constitucional exigen la previa audiencia de las personas concernidas para que el Tribunal Superior pueda, por sí mismo, valorar estas pruebas, y revocar, en su caso el pronunciamiento absolutorio, lo que trasladado a la Casación supondría la previa comparecencia del absuelto, para ser oído, lo que no está previsto en el Recurso de Casación dada su naturaleza de recurso extraordinario, y así se acordó en el Pleno no Jurisdiccional de 19 de Diciembre de 2012.

Comparto la doctrina de la *especial rigidez que tienen las sentencias dictadas en la instancia de contenido absolutorio*, e igualmente considero que desde esta perspectiva, el recurso del Ministerio Fiscal formalizado por el *exclusivo* cauce del *error iuris* del art. 849-1º LECriminal a pesar de que en el *factum* se explicita con claridad que "*el acusado consiguió su propósito, accediendo a ello Leticia ante el temor que le infundía el acusado*", es decir, que existió una intimidación causal para el yacimiento de los días 20 y 26 de Enero, un doblegamiento de la voluntad de Leticia específica y concreta, *no procedería* la condena del absuelto en esta sede casacional *sin previa audiencia* del absuelto porque para alcanzar el juicio de culpabilidad el Tribunal que así lo declara debe, inexcusablemente, que oír a las personas concernidas, lo que no es posible en esta sede casacional.

Quinto.- Pero considero que la sentencia sometida al presente control casacional es claramente *arbitraria por contradictoria*. En el *factum* se recoge el medio comisivo de la intimidación *en concreto* en esos días, y sin embargo ello se desactiva en la motivación, con la consecuencia de *ser contradictorios el factum y la fundamentación que justifica la absolución*.

Esta Sala, como *último intérprete* de la legalidad ordinaria penal y como garante ordinario de la interdicción de la arbitrariedad, *prohibida a los poderes públicos ex art. 9-3º de la Constitución*, hubiera debido anular la sentencia y de oficio devolverla al Tribunal de procedencia para que se realizase nuevo juicio con otros Magistrados.

Tal decisión no afectaría al derecho de tal absuelto de no ser doblemente juzgado por unos mismos hechos, toda vez que tal limitación no incide en caso de sentencias nulas, precisamente porque la decretada nulidad impide que procesalmente puedan entenderse existentes.

Con ello se hubiese dado cumplimiento a la *efectividad de la interdicción de toda arbitrariedad*, declarando nula tal sentencia, y al tiempo que se respetan los derechos de todo acusado pues en el nuevo juicio podría eficazmente defenderse, se subsana la quiebra del derecho a la obtención de la tutela judicial efectiva desde la perspectiva del Ministerio Fiscal como aquí, a mi juicio ha ocurrido.

Obviamente no se ignora el claro mandato del art. 240-2 de la LOPJ en la redacción dada por L.O. 19/2003, según el cual:



"...En ningún caso podrá el juzgado o Tribunal, con ocasión de un recurso, decretar de oficio una nulidad de las actuaciones que no haya sido solicitada en dicho recurso, salvo que apreciase falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional o se hubiese producido violencia o intimidación que afectase al Tribunal....".

Estimo que esta prohibición *no puede operar en aquellas resoluciones que aparezcan claramente arbitrarias* , bien por falta total de motivación o, como ocurre en este caso, por patente contradicción entre el juicio de certeza alcanzado por el Tribunal sentenciador y objetivado en el hecho probado, y la motivación fáctica que lejos de sostener el *factum* , lo contradice y lo niega patentemente.

Creo que esta es la situación y desde el claro mandato del art. 9-3º de la Constitución –interdicción de la arbitrariedad– en mi opinión, y respetando la opinión mayoritaria, *debería haberse declarado la nulidad de la sentencia y acordarse su devolución al Tribunal de origen para que otros Magistrados procedan a la celebración de nueva Vista* .

Fdo.: Joaquin Gimenez Garcia

PUBLICACION .- Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Juan Saavedra Ruiz , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.