



Roj: STS 12/2016 - ECLI:ES:TS:2016:12
Id Cendoj: 28079120012016100002
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 10668/2015
Nº de Resolución: 9/2016
Procedimiento: PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO
Ponente: MIGUEL COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA
Tipo de Resolución: Sentencia

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 05 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 - 28010

Teléfono: 914931935

Fax: 914931960

34002650

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA

Sentencia Nº: 9/2016

RECURSO CASACION (P) Nº : 10668/2015 P

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria

Fecha Sentencia : 21/01/2016

Ponente Excmo. Sr. D. : Miguel Colmenero Menéndez de Luarca **Secretaría de Sala :** Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández **Escrito por :** ARB

Malos tratos y otros.- Estimatoria.-

Nº: 10668 / 2015P

Ponente Excmo. Sr. D.: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Fallo: 20/01/2016

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA Nº: 9 / 2016

Excmos. Sres.:

D. José Ramón Soriano Soriano

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Carlos Granados Pérez

En nombre del Rey

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

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Enero de dos mil dieciséis.

En los recursos de Casación por infracción de Ley y de precepto Constitucional, que ante Nos pende, interpuestos por el **MINISTERIO FISCAL y Purificación**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Castellón, Sección Segunda, con fecha veintiséis de Junio de dos mil quince, en causa seguida contra Luis, por delito de malos tratos, amenazas, abusos sexuales, los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para Votación y Fallo, bajo la Presidencia del primero de los citados y Ponencia del Excmo. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, siendo parte recurrente el **MINISTERIO FISCAL** y la acusación particular **Purificación**, representada por la Procuradora Sra D^a M^a Jesús Rivero Ratón y defendida por el Letrado Sr. D. Juan Miguel González Iglesias. En calidad de parte recurrida, el condenado **Luis**, representado por la Procuradora Sra. D^a M^a Angeles González Ravelo y defendido por la Letrado Sra. D^a M^a Pilar Igualador Pascual.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de Instrucción nº 4 de los de Vinaroz instruyó el Sumario con el número 2/2014, contra Luis; y una vez declarado concluso el mismo, lo remitió a la Audiencia Provincial de Castellón (Sección 2^a, rollo 24/2014) que, con fecha veintiséis de Junio de dos mil quince, dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

" PRIMERO y UNICO.- *Probado y así expresamente se declara que Luis, mayor de edad, nacido el día NUM000 de 1991, natural de Marruecos, con nº de NIE NUM001, y privado de libertad por la presente causa desde el día 21 de Noviembre de 2013, fue ejecutoriamente condenado por Sentencia de fecha 19-11-2013, firme el mismo día, dictada por el Juzgado de Instrucción nº 4 de Vinaroz, en las Diligencias Urgentes 207/2013, por un delito de violencia de género, entre otras, a la pena de 40 días de trab ajo en la comunidad, privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo de 2 años, prohibición de aproximarse a menos de 200 metros de D. Purificación, de su domicilio y lugar de trabajo, así como la prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio por un periodo de 2 años.*

Y sobre las 09:05 horas del día 21 de Noviembre de 2013, Luis, pese a ser conocedor de las prohibiciones referidas, se personó en el parking de tierra sito en las inmediaciones de la Avenida de la Libertad de la localidad de Vinaroz, a sabiendas de que su expareja sentimental Da. Purificación acudiría al citado lugar, tras dejar en el colegio a la hija de ésta. Y una vez que la misma se dirigía hacia su vehículo fue sorprendida por Luis, que le arrebató las llaves de su vehículo, así como su teléfono móvil. Luis instó a Da. Purificación para que subiera al vehículo del primero, y la cogió del brazo y la puso en el asiento del copiloto, cerrando los pestillos. Purificación se quedó paralizada, sin saber reaccionar, y Luis puso en marcha su vehículo Volkswagen Golf con placas de matrícula-MKP, llevándose a Da. Purificación. Durante el trayecto Luis le dijo que sólo quería hablar, que no le iba a hacer nada, y llegaron a una gasolinera, donde D a. Purificación tampoco supo reaccionar, si bien Luis le dijo que la iba a llevar otra vez a su coche. Pero cuando salió de la gasolinera, Luis cogió una dirección contraria, y por el camino de la Ermita, y antes de llegar a ella, se metió por un camino entre naranjos, hasta llegar a una caseta donde aparcó. En ese trayecto Da. Purificación se puso muy nerviosa y agresiva, al ver que no volvía a su coche. Mientras tanto su madre, llamaba por teléfono y como Luis lo llevaba, rechazaba las llamadas, si bien alguna contestó por error, oyendo la madre los gritos de su hija. Durante el camino Luis le decía también que a ella la mataba y la tiraba, y que cuando a él le buscarían, ya no estaría aquí, porque tenía dinero, Purificación no quería llamar la atención, para que él no se pusiera peor. Y Luis quería que D^a Purificación llamara a un primo suyo, con el que creía que tenía una relación, y ella se negaba a llamar.

Una vez parados en el camino entre naranjos, y con ánimo intimidatorio, cogió las llaves del vehículo, y se la puso en el ojo, y le dijo si le denunciaba cuando la dejara en el pueblo, que él se iría a la cárcel, pero que él saldría, y aún sería joven, y que se iría a Marruecos, se casaría, que tendría hijos pero que a ella la iría a buscar, y la dejaría tuerta, y a ver quien la iba a querer con un ojo menos, y que la iba a rajar "...de aquí a aquí", porque dijo que lo más bonito que tenía era lacara, y que si no iba. a ser para él, no iba a ser para nadie.

Y con la intención de poder escapar, le dijo que tenía ganas de orinar, y salió del coche y le pidió un papel a Luis, y en ese momento, intentó salir huyendo, pero Luis la cogió, y la metió otra vez a la fuerza

dentro del vehículo, en el asiento del copiloto, y él se sentó encima de ella, sujetando con sus rodillas los brazos de D^a Purificación , para impedir cualquier movimiento de la misma.

Además, cogió un cordón de un zapato que tenía en el vehículo para con él dar dos vueltas sobre el cuello de Da. Purificación , presionando el mismo, hasta que la denunciante llegó a sentir cierto ahogamiento, a lo que la denunciante le manifestó que dejara de presionarle el cuello, que haría lo que él quisiera. Finalmente habló con su primo por teléfono, dándose cuenta Luis que entre ellos no había ningún tipo de relación, y cambiando a partir de ahí. Purificación tenía mucho miedo por toda esa situación, y lo único que quería era llevarle la corriente, y salir de allí.

A partir de ese momento, salieron fuera del vehículo, y él la abrazó, y empezó a besarla y a pedirle perdón, manteniendo una conversación en la que le propuso, ir a vivir a Francia, que él iba a trabajar, y que no iba a dar dinero en casa, que se lo iba a quedar todo, para que pudieran irse porque en España no podían estar. A todo ello, ella le decía que "sí" a todo, y "que sí, vale", "que sí que me iba a ir con él", y todo ello con intención que no le hiciera nada más. Y entre besos y abrazos en el exterior del vehículo, trasladó a Da. Purificación a los asientos traseros del vehículo, y con el ánimo de atentar contra su libertad sexual, y ejercer su dominación sobre su expareja sentimental Da. Purificación , y diciéndole ésta que no quería, que no le apetecía, y que se tenía que ir a trabajar, le bajó una parte de los pantalones y la penetró vaginalmente hasta eyacular, todo ello contra la voluntad de la misma, que accedió por el miedo que el procesado le había inferido, y por situación de dominación que tenía sobre la misma.

Instantes después Luis devolvió el teléfono a la denunciante, y le acercó nuevamente al lugar en el que ésta tenía estacionado su vehículo(sic)".

Segundo.- La Audiencia de instancia en la citada sentencia, dictó la siguiente Parte Dispositiva:

"Que debemos condenar y condenamos a Luis , como autor penalmente responsable de:

a) Un delito de malos tratos del artículo 153, 1 y 3 del CP ., ya descrito, y le imponemos la pena de un año de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres años, así como, con la prohibición de acercamiento a D^{ña}. Purificación , a una distancia no inferior a 500 metros, a su domicilio, lugar de trabajo u otros que frecuente, durante dos años y un día, así como comunicar con la misma por cualquier medio, durante el mismo tiempo.

b) Un delito de amenazas del art. 171. 4º del Código Penal , ya descrito y le condenamos a la pena de ocho meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y privación del derecho a la tenencia y porte de armas por el plazo de dos años, así como, con la prohibición de acercamiento a D^{ña}. Purificación , a una distancia no inferior a 500 metros, a su domicilio, lugar de trabajo u otros que frecuente, durante un año, así como comunicar con la misma por cualquier medio, durante el mismo tiempo.

c).- De un delito de abusos sexuales del artículo 181, 3 del CP ., y le imponemos la pena de dos años de prisión, e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, y la prohibición de acercamiento a D^{ña}. Purificación , a una distancia no inferior a 500 metros, a su domicilio, lugar de trabajo u otros que, frecuente, durante dos años, así como comunicar con la misma por cualquier medio, durante el mismo tiempo.

d) Y debemos absolver y absolvemos a Luis del delito de agresión sexual del que venía siendo acusado, con toda clase de pronunciamientos favorables.

e) Luis , deberá indemnizar a D^{ña}. Purificación en la cantidad de 3,000 euros.

f) Se imponen a Luis , el pago de las costas procesales causadas, incluidas las de la acusación particular.

g) Hasta que la presente resolución sea firme, quedan ratificadas las medidas cautelares actualmente adoptadas, y en concreto la prisión provisional comunicada y sin fianza del ahora condenado(sic)".

Tercero.- Notificada la resolución a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional, por el **MINISTERIO FISCAL** y por **Purificación** , que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los correspondientes recursos.

Cuarto.- El recurso interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL**, se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN**:

1.- Por infracción de ley, al amparo del número 1º del artículo 849 de la LECrim . por inaplicación indebida de los artículos 178 y 179 del Código Penal .

2.- También por infracción de ley, al amparo del número 1º del artículo 849 de la LECrim ., dado que la apreciación del motivo precedente, daría lugar a la indebida aplicación de los artículos 153.1 y 3 y 171.4 CP , puesto que los malos tratos y las amenazas, por las que se calificó de manera alternativa, no podrían aplicarse al ser episodios constitutivos de la intimidación propia del delito de violación. Ahora bien, ello daría lugar a que recobrase plena autonomía la calificación del delito de quebrantamiento de condena de la calificación provisional del art. 468.2 CP , puesto que tal delito quedaba englobado en el tipo agravado de los malos tratos.

Quinto.- El recurso interpuesto por Purificación , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN**:

1.- **PRIMERO: INFRACCIÓN DE LEY Y DOCTRINA LEGAL**, al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim ., toda vez que después de declararse los Hechos Probados se han infringido preceptos penales de carácter sustantivo, en concreto, los artículos 178 y 179 del Código Penal , absolviendo al acusado del delito de agresión sexual, condenándole por unos delitos más leves (arts. 153, 171 y 181) que creemos no son de aplicación, a nuestro modesto entender.

2.- **SEGUNDO: INFRACCIÓN DE LEY Y DOCTRINA LEGAL**, al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim ., toda vez que después de declararse como Hecho Probado que el acusado, Luis , ha quebrantado una condena anterior, se ha infringido un precepto penal de carácter sustantivo, cual es el art. 468.2º del C. Penal , no imponiéndose pena alguna por tal delito ni haciéndose referencia a él en la relación de penas impuestas o absoluciones del Fallo, vulnerándose con ello el principio de legalidad, además de los derechos a la tutela judicial efectiva, de defensa y a un proceso con todas las garantías (arts. 24 y 25.1 de la Constitución); Por ello, este 2º motivo también supone la **VULNERACIÓN DE PRECEPTOS CONSTITUCIONALES**, al amparo del art. 852 de la L.E.Crim . y 5.4 de la L.O.P.J .

Sexto.- Instruido el Ministerio Fiscal del escrito de interposición de recurso de la representación de Purificación , manifiesta quedar instruido, sin tener nada más que añadir a las alegaciones formuladas en su día, ya que coinciden sustancialmente con los motivos de recurso planteados por la misma en su calidad de acusación particular; instruida la parte recurrida de los recursos interpuestos, por parte de la misma formula oposición, solicita la inadmisión de los recursos de casación interpuestos, o subsidiariamente su desestimación, por las razones vertidas en el escrito que obra unidos a los presentes autos; quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sétimo.- Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró el mismo prevenido para el día veinte de enero de dos mil dieciséis.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Audiencia Provincial de Castellón condenó al acusado Luis como autor de un delito de malos tratos del artículo 153, 1 y 3 del Código Penal a la pena de un año de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, privación del derecho a la tenencia y porte de armas durante tres años, y prohibición de comunicación y acercamiento a una distancia no inferior a 500 metros a la víctima, a su domicilio o lugar de trabajo u otros que frecuente durante dos años y un día. Como autor de un delito de amenazas del artículo 171,4 del Código Penal a la pena de ocho meses de prisión, accesoria, privación del derecho a la tenencia y porte de armas durante dos años y prohibición de acercamiento a la víctima y comunicación en la forma antes dicha por tiempo de un año. Y como autor de un delito de abusos sexuales del artículo 181.3 del Código Penal , concurriendo la agravante de parentesco, a la pena de dos años de prisión, accesoria y prohibición de acercamiento a la víctima y comunicación, en la forma antes dicha, por un tiempo de dos años.

Contra la sentencia interponen recurso de casación el Ministerio Fiscal y la acusación particular en nombre de la víctima Purificación .

Recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal

En el primer motivo, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim , denuncia la infracción, por inaplicación indebida, de los artículos 178 y 179 del Código Penal . Considera que, dados los hechos que se declaran probados, la condena debió producirse por un delito de agresión sexual. Sostiene el Ministerio Fiscal que en los hechos probados no se describe un consentimiento viciado sino una voluntad sometida por la situación

violenta e intimidatoria que la precedió. Destaca en su escrito que en los hechos probados se declara que el acusado sorprendió a la que había sido su pareja sentimental, llevándola en su coche a un lugar apartado, la amenazó con dejarla tuerca mientras le acercaba una llave a un ojo, la impidió huir, le puso una cuerda en el cuello presionando hasta llegar a hacerle sentir ahogamiento, descripción que finaliza con la transcripción de una parte del relato fáctico de la sentencia según el cual " *entre besos y abrazos en el exterior del vehículo, trasladó a D^a Purificación a los asientos traseros del vehículo, y con ánimo de atentar contra su libertad sexual, y ejercer su dominación sobre su expareja sentimental D^a Purificación , y diciéndole ésta que no quería, que no le apetecía, y que se tenía que ir a trabajar, le bajó una parte de los pantalones y la penetró vaginalmente hasta eyacular, todo ello contra la voluntad de la misma, que accedió por el miedo que el procesado le había inferido, y por situación de dominación que tenía sobre la misma* " .

1. El artículo 178 del Código Penal , cuya inaplicación considera indebida el recurrente, castiga a quienes atenten contra la libertad sexual de otra persona, utilizando violencia o intimidación, incrementándose la pena en el artículo 179 para los casos en los que la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos, por alguna de las dos primeras vías.

En el artículo 181, según la redacción vigente al tiempo de comisión de los hechos (año 2013), se castiga, bajo la rúbrica "Abusos sexuales", a quienes, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realicen actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona. En el número 3 de ese artículo se establece la imposición de la misma pena cuando el consentimiento se obtenga prevaliéndose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima. Y en el número 4 se prevé la pena de cuatro a diez años cuando el abuso sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos, por alguna de las dos primeras vías.

La jurisprudencia ha entendido que la intimidación consiste en la amenaza de un mal, que no es imprescindible que sea inmediato (STS nº 914/2008, de 22 de diciembre), bastando que sea grave, futuro y verosímil, (STS nº 355/2015, de 28 de mayo). Mal, que en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, se relaciona directamente por el autor con la pretensión de que la víctima acceda a participar en una determinada acción sexual pretendida por aquel, de modo que la concreción del mal se producirá si persiste en su negativa. También se ha exigido en esos delitos que la intimidación sea seria, previa, inmediata, grave y determinante del consentimiento forzado.

Por otro lado, no se exige que sea una intimidación de tal grado que resulte en todo caso irresistible para la víctima, sino que es suficiente que, dadas las circunstancias concurrentes, resulte bastante para someter o suprimir su voluntad de resistencia. Así, hemos dicho que "... *la violencia típica de este delito es la que haya sido idónea para impedir al sujeto pasivo actuar según su propia autodeterminación*" (STS 578/2004, 26 de abril), criterio igualmente aplicable a los casos de intimidación. Para lo cual ha de atenderse a las características objetivas del hecho o conducta ejecutados y a las circunstancias personales de la víctima, por lo que se incluye, como supuestos de intimidación suficiente, aquellos en los que, desde perspectivas razonables para un observador neutral y en atención a las circunstancias del caso, la víctima alcanza razonablemente el convencimiento de la inutilidad de prolongar una oposición de la que podrían derivarse mayores males, implícita o expresamente amenazados por el autor, accediendo forzosamente a las pretensiones de éste. Por ello se ha señalado que la calificación jurídica de los actos enjuiciados debe hacerse en atención fundamentalmente a la conducta del sujeto activo. Si éste ejerce una intimidación clara y suficiente, entonces la resistencia de la víctima es innecesaria pues lo que determina el tipo es la actividad o la actitud de aquél, no la de ésta (STS 609/2013, de 10 de julio de 2013).

Por otra parte, es preciso, que, " *expuesta la intención del autor, la víctima haga patente su negativa de tal modo que sea percibida por aquél.* " (STS nº 914/2008, de 22 de diciembre).

En resumen, siguiendo lo dicho ya en esta última sentencia de esta Sala, es necesario que "...*exista una situación de fuerza física o intimidante que pueda considerarse suficiente para doblegar su voluntad, tanto desde un punto de vista objetivo, que atiende a las características de la conducta y a las circunstancias que la acompañan, como subjetivo, referido a las circunstancias personales de la víctima. No es necesario que sea irresistible, pues no puede exigirse a la víctima que oponga resistencia hasta poner en riesgo serio su vida o su integridad física, sino que basta con que sea idónea según las circunstancias del caso. Y por otro lado, tal situación debe estar orientada por el acusado a la consecución de su finalidad ilícita, conociendo y aprovechando la debilitación de la negativa de la víctima ante la fuerza o intimidación empleadas* ", (STS nº 914/2008, de 22 de diciembre).

Respecto del prevalimiento al que se alude en el artículo 181, la jurisprudencia ha señalado que debe entenderse como tal en estos casos el aprovechamiento de cualquier estado o situación que otorgue al sujeto activo una posición privilegiada respecto del sujeto pasivo, de la que el primero es consciente que le confiere una situación de superioridad, para abusar sexualmente de la víctima, que de esta forma no presta su consentimiento libremente, sino viciado, coaccionado o presionado por tal situación. (STS nº 305/2013, de 12 de abril).

Se han exigido los siguientes elementos: 1. Situación de superioridad que ha de ser manifiesta. 2. Que dicha situación influya, coartándola, en la libertad de la víctima. Y 3. Que el agente del hecho, consciente de la situación de superioridad y de sus efectos inhibidores de la libertad de decisión de la víctima, se prevalega de la misma situación para conseguir el consentimiento, así viciado, a la relación sexual. (STS nº 305/2013, de 12 de abril).

2. En el examen de los casos concretos, no siempre es fácil la distinción entre el prevalimiento derivado de una situación de superioridad manifiesta que coarta la libertad de la víctima y la intimidación. Esta última constituye, en todo caso, un grado superior de constreñimiento de la voluntad. Nada impide, por otro lado, que sobre una situación de superioridad de aquella clase, aparezca una acción de naturaleza intimidatoria. La Audiencia Provincial, en la sentencia impugnada, cita la STS nº 47/2013, de 29 de enero, de esta Sala, en la que se apreció un delito de abuso sexual con prevalimiento en el marco de una situación de dominación en supuestos de violencia del hombre contra la mujer en el ámbito de la pareja. Sin perjuicio de reiterar la doctrina contenida en esa resolución, en la que también se advertía de la necesidad de un cuidadoso examen del caso concreto, es pertinente recordar ahora que ya en aquella ocasión se advertía que esta Sala ha contemplado supuestos de agresiones sexuales en el marco de una relación de violencia física habitual del varón contra la mujer cuando las características de la violencia o intimidación empleadas, así como las demás circunstancias de los hechos, permitan esa calificación jurídica. Igualmente se decía que es posible apreciar el supuesto del prevalimiento en esos casos, cuando los actos de violencia anteriores o muy cercanos en el tiempo no estén dirigidos directamente a superar la falta de consentimiento o no tengan la entidad suficiente para, en atención a las circunstancias de todo tipo concurrentes, doblegar la voluntad contraria de la víctima, y por lo tanto, no se aprecien como la violencia o intimidación propias de la agresión sexual. Dicho de otro modo, no se excluye que, en el marco de unos mismos hechos que se han iniciado desde una situación de dominación, la conducta del autor se desarrolle de forma que llegue a constituir una auténtica intimidación.

En cuanto a la diferenciación entre ambos supuestos, la jurisprudencia de esta Sala se ha referido, como elemento relevante, a la ausencia de un comportamiento coactivo dirigido a la obtención del consentimiento, que no aparece en los casos de prevalimiento y sí en los de intimidación. Así como aquel se basa en la existencia de una situación de superioridad que basta que coarte la libertad de la víctima, sin requerir actos amenazantes de un mal futuro, la intimidación supone, en un grado superior, la presentación de un mal, identificado y de posible realización, como elemento que suprime, o reduce muy significativamente, la capacidad de decisión de la víctima, que solo aparentemente consiente, dada una situación que no le deja elección aceptable. La amenaza de dos males sitúa, pues, a la víctima ante la necesidad racional de optar por lo que considera en esos momentos el mal menor, lo que no puede entenderse como su consentimiento al mismo. En este sentido se ha dicho, STS nº 542/2013, de 20 de mayo, que en los casos de intimidación *el sujeto pasivo no puede decidir, pues la intimidación es una forma de coerción ejercida sobre la voluntad de la víctima, anulando o disminuyendo de forma radical, su capacidad de decisión para actuar en defensa del bien jurídico atacado, constituido por la libertad o indemnidad sexuales en los delitos de agresión sexual, de manera que la intimidación es de naturaleza psíquica y requiere el empleo de cualquier fuerza de coacción, amenaza o amedrentamiento con un mal racional y fundado. En el prevalimiento, la situación que coarta la libertad de decisión es una especie de intimidación pero de grado inferior, que no impide absolutamente tal libertad, pero que la disminuye considerablemente, o en otras palabras, que la situación de superioridad manifiesta a la que se refiere el art. 181.3 del Código Penal, es aquella que suministra el sujeto activo del delito, como consecuencia de una posición privilegiada, y que produce una especie de abuso de superioridad sobre la víctima, que presiona al sujeto pasivo, impidiéndole tomar una decisión libre en materia sexual.*

3. En el caso, de los hechos probados se desprenden los siguientes aspectos que resultan relevantes a los efectos del recurso. Entre el acusado y la víctima había existido una relación de pareja sentimental; cuando comienzan los hechos, el acusado arrebató a Purificación las llaves de su vehículo y el teléfono móvil; la condujo hasta su propio automóvil, cerrando los pestillos de las puertas; se dirigió hasta un camino entre naranjos hasta llegar a una caseta, donde aparcó; durante el camino le dijo que la mataba y la tiraba, y que cuando lo buscaran a él ya no estaría; le puso en un ojo las llaves del vehículo, y le dijo que si la denunciaba la dejaría tuerta; que la iba a rajar; que si no iba a ser para él no sería para nadie; que con el cordón de un zapato

le rodeó el cuello presionando hasta que ella llegó a sentir ahogamiento, diciéndole ella que la dejara, que haría lo que él quisiera; que ya fuera del vehículo él la abrazó y la besó, pidiéndole perdón, trasladándola al coche en el que, aunque ella le dijo que no quería, le bajó una parte de los pantalones y la penetró vaginalmente.

Esta descripción fáctica pone de manifiesto una situación que va más allá del mero aprovechamiento de una situación de superioridad derivada de una posible relación de dominación del acusado sobre su expareja sentimental, para integrar una intimidación constituida por un conjunto de amenazas dirigidas contra la integridad física e incluso contra la vida de la mujer. El contenido de las amenazas, del que se deriva su gravedad objetiva, ya ha quedado descrito; y la seriedad de las mismas, tanto desde la perspectiva de la mujer como de la de cualquier tercero ajeno a los hechos, resulta sin dificultad del relato, según el cual en algún momento inició su ejecución, hasta el punto de llegar a provocar cierto ahogamiento en la víctima, al rodearle y apretarle el cuello con el cordón de un zapato.

Por otro lado, debe valorarse adecuadamente, en relación con lo que se acaba de decir, que la conducta amenazante del acusado se produce en un lugar, al que previamente había llevado a la mujer sin su consentimiento, del que ella trató de huir impidiéndolo el acusado; y que es un lugar aislado (un camino entre naranjos), y en el que, por lo tanto, no podía esperar una posible ayuda de terceros, encontrándose a merced de quien, momentos antes, la había amenazado y agredido físicamente. Aspectos que, sin duda, influyen de modo importante en la valoración de la gravedad y seriedad de las amenazas vertidas por el acusado a los efectos de su valoración como la intimidación necesaria para suprimir la voluntad de resistencia de la víctima.

Así lo entiende, en realidad, la Audiencia, que declara probado, primero, que la mujer " *tenía mucho miedo por toda esa situación y lo único que quería era llevarle la corriente, y salir de allí* "; y, después, que accedió a las relaciones sexuales " *por el miedo que el procesado le había inferido y por situación de dominación que tenía sobre la misma* " (sic).

Es cierto que, dados los hechos probados, la intimidación no puede considerarse dirigida, desde su inicio, a la desaparición de una negativa de la mujer a la relación sexual, pues esta solo se propone al final. Sin embargo, en ese sentido, no pueden dejar de valorarse dos aspectos relevantes. De un lado, que la propuesta del acusado tiene lugar inmediatamente después de la ejecución de los actos intimidatorios, todos ellos vinculados con la relación de pareja y, dentro de ella, con la aceptación de Purificación a las pretensiones del acusado relativas a la reanudación de la misma. Y, de otro lado, que no existiendo solución de continuidad entre la intimidación y la pretensión sexual, ésta tiene lugar en un lugar apartado donde la mujer, si mantiene su negativa, se expone a la reacción del varón, ya anunciada en su posible contenido como violenta, mediante las amenazas vertidas inmediatamente antes. En esas circunstancias debe apreciarse que la intimidación de la mujer, creada por el acusado y mantenida por él al permanecer en el lugar aislado donde la ejecución de la amenaza era posible, persistía en el momento en el que la víctima cesa en su resistencia, y fue aprovechada por aquel con esa finalidad.

Por todo lo expuesto, esta Sala entiende que los hechos probados deben considerarse constitutivos de un delito de agresión sexual con intimidación, con acceso carnal, de los artículos 178 y 179 del Código Penal, por lo que el motivo se estima.

SEGUNDO.- En el segundo motivo, también con apoyo en el artículo 849.1º de la LECrim, desarrolla el Ministerio Fiscal una pretensión complementaria de la anterior. Sostiene que en el caso de dictarse condena por un delito de agresión sexual con intimidación, los malos tratos y las amenazas no podrían considerarse delitos autónomos, pues se trataría de episodios constitutivos de la intimidación propia del delito por el que se condena. Además, señala, en segundo lugar, que recobraría autonomía la pretensión de condena por el delito de quebrantamiento de condena del artículo 468.2 del Código Penal, contenido en su escrito de acusación.

1. Asiste la razón al Ministerio Fiscal. Hemos resaltado antes que los malos tratos físicos y las amenazas vertidas por el acusado contra la víctima fueron ejecutados sin solución de continuidad con la agresión sexual, por lo que, dado su contenido, y la vinculación que se hace de los mismos con el desarrollo de la conducta constitutiva de la intimidación, deben quedar incluidos en ésta y ser absorbidos como un fenómeno de progresión criminal en el delito de agresión sexual con intimidación. Se acordará, pues, la absolución por estos delitos.

2. En cuanto al delito de quebrantamiento de condena, el Ministerio Fiscal y la acusación particular interesaban que se impusiera al acusado la pena de un año de prisión. El Tribunal Provincial declara probado que el acusado, " *fue ejecutoriamente condenado por Sentencia de fecha 19-11-2013, firme el mismo día, dictada por el Juzgado de Instrucción nº 4 de Vinaroz, en las Diligencias Urgentes 207/2013, por un delito de violencia de género, entre otras, a la pena de 40 días de trabajos en la comunidad, privación del derecho a*

la tenencia y porte de armas por tiempo de 2 años, prohibición de aproximarse a menos de 200 metros de D. Purificación , de su domicilio y lugar de trabajo, así como la prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio por un periodo de 2 años " .

Y también declara probado que " sobre las 09:05 horas del día 21 de Noviembre de 2013, Luis , pese a ser conocedor de las prohibiciones referidas, se personó en el parking de tierra sito en las inmediaciones de la Avenida de la Libertad de la localidad de Vinaroz, a sabiendas de que su expareja sentimental Da. Purificación acudiría al citado lugar ...".

En el fallo de la sentencia impugnada no se contiene mención alguna respecto del delito de quebrantamiento de condena, aunque en la fundamentación jurídica, FJ 2º, se hace referencia a la agravación prevista en el artículo 153.3 del Código Penal , lo que explica la ausencia de condena independiente por este delito. No existe incompatibilidad entre este delito y el delito de agresión sexual, y aunque pudiera plantearse la posibilidad de que concurran idealmente, tal cosa no ha sido mencionada por el Ministerio Fiscal, acusación particular o defensa. En cualquier caso, la penalidad por separado constituiría el límite máximo de la pena.

De los hechos probados resultan claramente los elementos del delito del que se acusa. Efectivamente, la sentencia era firme al tiempo de los hechos y el acusado era conocedor, tanto de la firmeza como de la prohibición de acercamiento y comunicación, que infringió consciente y voluntariamente.

En consecuencia procede la condena por este delito imponiéndole la pena mínima que prevé la ley de seis meses de prisión.

Así pues, el motivo se estima.

Recurso interpuesto por la acusación particular, en nombre de Purificación

TERCERO.- En el primer motivo, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim , denuncia la infracción, por inaplicación indebida, de los artículos 178 y 179 del Código Penal , pues considera que los hechos son constitutivos de un delito de agresión sexual.

En el segundo motivo, por la misma vía de impugnación, denuncia la infracción, por inaplicación indebida, del artículo 468.2 del Código Penal , pues entiende que los hechos constituyen además un delito de quebrantamiento de condena.

Ambos motivos coinciden sustancialmente con los formalizados por el

Ministerio Fiscal, por lo que son estimados, al igual que lo fueron aquellos.

III. FALLO

Que debemos **DECLARAR y DECLARAMOS HABER LUGAR** al recurso de Casación por infracción de Ley interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL** , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Castellón (Sección Segunda), con fecha veintiséis de Junio de dos mil quince , en causa seguida contra Luis , por delito de malos tratos y otros. Con declaración de oficio de las costas procesales del presente recurso.

Que debemos **DECLARAR y DECLARAMOS HABER LUGAR** al recurso de Casación por infracción de Ley y de precepto Constitucional, interpuesto por la representación de la acusación particular **Purificación** , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Castellón (Sección Segunda), con fecha veintiséis de Junio de dos mil quince , en causa seguida contra Luis , por delito de malos tratos y otros. Con declaración de oficio de las costas procesales del presente recurso.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales 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

José Ramón Soriano Soriano Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Francisco Monterde Ferrer

Andrés Palomo Del Arco Carlos Granados Pérez

10668/2015P

Ponente Excmo. Sr. D.: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Fallo: 20/01/2016

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA Nº: 9/2016

Excmos. Sres.:

D. José Ramón Soriano Soriano

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Carlos Granados Pérez

En nombre del Rey

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

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Enero de dos mil dieciséis.

El Juzgado de Instrucción número 4 de los de Vinaroz instruyó el sumario con el número 2/2.014, por delito de malos tratos, amenazas y abusos sexuales, contra Luis , con NIE número NUM001 , nacido en Marruecos el día NUM002 /1991, hijo de Octavio y de Constanza , con domicilio en la CALLE000 , NUM003 de Benicarló; y una vez declarado concluso el mismo, lo remitió a la Audiencia Provincial de Castellón, Sección Tercera, que con fecha veintiséis de Junio de dos mil quince dictó Sentencia condenando a Luis , como autor penalmente responsable de: a) Un delito de malos tratos del artículo 153, 1 y 3 del CP ., ya descrito, y le imponemos la pena de un año de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres años, así como, con la prohibición de acercamiento a Dña. Purificación , a una distancia no inferior a 500 metros, a su domicilio, lugar de trabajo u otros que frecuente, durante dos años y un día, así como comunicar con la misma por cualquier medio, durante el mismo tiempo.- b) Un delito de amenazas del art. 171. 4º del Código Penal , ya descrito y le condenamos a la pena de ocho meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y privación del derecho a la tenencia y porte de armas por el plazo de dos años, así como, con la prohibición de acercamiento a Dña. Purificación , a una distancia no inferior a 500 metros, a su domicilio, lugar de trabajo u otros que frecuente, durante un año, así como comunicar con la misma por cualquier medio, durante el mismo tiempo.- c).- De un delito de abusos sexuales del artículo 181, 3 del CP ., y le imponemos la pena de dos años de prisión, e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, y la prohibición de acercamiento a Dña. Purificación , a una distancia no inferior a 500 metros, a su domicilio, lugar de trabajo u otros que, frecuente, durante dos años, así como comunicar con la misma por cualquier medio, durante el mismo tiempo.- d)Y absolviendo a Luis del delito de agresión sexual del que venía siendo acusado, con toda clase de pronunciamientos favorables.- e) Luis , deberá indemnizar a Dña. Purificación en la cantidad de 3,000 euros.- f) Imponiendo a Luis , el pago de las costas procesales causadas, incluidas las de la acusación particular.- g)Hasta que la presente resolución sea firme, quedan ratificadas las medidas cautelares actualmente adoptadas, y en concreto la prisión provisional comunicada y sin fianza del ahora condenado.- Sentencia que fue recurrida en casación ante esta Sala Segunda del Tribunal Supremo por el Ministerio Fiscal y por la representación legal de la acusación particular y que ha sido **CASADA Y ANULADA PARCIALMENTE**, por lo que los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, proceden a dictar esta Segunda Sentencia con arreglo a los siguientes:

I. ANTECEDENTES

Unico.- Se reproducen e integran en esta Sentencia todos los de la sentencia de instancia parcialmente rescindida en cuanto no estén afectados por esta resolución.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO.- Por las razones expuestas en nuestra sentencia de casación procede la condena del acusado Luis como autor de un delito de quebrantamiento de condena del artículo 468.2 del Código Penal a la pena de seis meses de prisión, y como autor de un delito de agresión sexual del artículo 178 y 179 del Código Penal, con la agravante de parentesco a la pena de nueve años y un día de prisión. Con sus correspondientes penas accesorias. Además, en virtud de lo dispuesto con carácter imperativo en el artículo 192.1 del Código Penal, se impondrá la medida de libertad vigilada por tiempo de cinco años.

III. FALLO

DEBEMOS CONDENAR y CONDENAMOS al acusado Luis como autor de un delito de quebrantamiento de condena del artículo 468.2 del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias, a la pena de seis meses de prisión. Y como autor de un delito de agresión sexual del artículo 178 y 179 del Código Penal, con la agravante de parentesco, a la pena de nueve años y un día de prisión. En ambos casos con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Además, en virtud de lo dispuesto con carácter imperativo en el artículo 192.1 del Código Penal, y en relación con la condena por el delito de agresión sexual, se impone la medida de libertad vigilada por tiempo de cinco años.

DEBEMOS ABSOLVER y ABSOLVEMOS al acusado Luis del delito de malos tratos del artículo 153, 1 y 3 y del delito de amenazas del artículo 174.4º, ambos del Código Penal.

Se mantienen los demás pronunciamientos de la sentencia de instancia no afectados por el presente.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

José Ramón Soriano Soriano Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Francisco Monterde Ferrer

Andrés Palomo Del Arco Carlos Granados Pérez

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