



Roj: **STS 4509/2020 - ECLI:ES:TS:2020:4509**

Id Cendoj: **28079120012020100746**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **30/12/2020**

Nº de Recurso: **10787/2019**

Nº de Resolución: **723/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación penal**

Ponente: **ANTONIO DEL MORAL GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CAT 9911/2019,**
STS 4509/2020

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 723/2020

Fecha de sentencia: 30/12/2020

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10787/2019 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 16/12/2020

Voto Particular

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Procedencia: T.S.J.CATALUÑA

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

Transcrito por: IPR

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10787/2019 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 723/2020

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Antonio del Moral García

Dª. Susana Polo García



D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

D. Leopoldo Puente Segura

En Madrid, a 30 de diciembre de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº **10787/2019-P** interpuesto por **Anibal**, representado por la procuradora Sra. D^a Aránzazu Pequeño Rodríguez y bajo la dirección letrada de la Sra. D^a María del Pilar Beganzones Amenedo, contra Sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 7 de noviembre de 2019 que desestimaba el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha 22 de mayo de 2018, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Vigésima) en causa seguida por **delitos** de agresión sexual y de lesiones. Ha sido parte recurrida D^a Cristina como Acusación Particular, representada por la procuradora Sra. D^a Olga Martín Márquez, bajo la dirección letrada de Sra. D^a. Coronada Ortiz Escribano. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de DIRECCION000 instruyó Sumario 4/17 contra Anibal. Una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Vigésima) que con fecha 22 de mayo de 2018 dictó Sentencia que contiene los siguientes **Hechos Probados**:

"Son hechos probados, y así se declara, que el procesado Anibal, mayor de edad, de nacionalidad colombiana con NIE NUM000 X, con antecedentes penales, al haber sido ejecutoriamente condenado en virtud de sentencia firme de 24/04/2010, dictada por el Juzgado de lo Penal nº 3 de DIRECCION000 Anibal (Ejecutoria 137/2010) como autor penalmente responsable de un **delito** de lesiones en el ámbito de la violencia de género a la pena, entre otras, de dos años de privación del derecho a la tenencia y porte de armas cuya remisión definitiva se produjo el 24 de abril de 2016, mantenía una relación sentimental con Cristina, con quien convivía aproximadamente desde el mes de octubre de 2016.

En hora indeterminada de la noche del 29 de abril de 2017, después de cenar en un restaurante de DIRECCION000 para celebrar el cumpleaños del procesado, los dos miembros de la pareja retornaron caminando a su domicilio, sito en la CALLE000, nº NUM001 de esa localidad.

En el trayecto desde el restaurante hasta su casa, se inició una discusión entre ambos. No consta que durante su transcurso, el procesado dirigiera contra su pareja expresiones del tipo <eres una perra loca> con el fin de vejlarla y ofenderla. Tampoco que le dirigiera expresiones del tipo <yo hago lo que me dé la gana>, ni que, con la intención de amedrentarla, golpearla una verja a la par que le dijera <hago esto para no hacer lo que tenía pensado hacer>, <y esto no es una amenaza, yo cumplo lo que digo".

Sobre las 00,00 horas de esa misma fecha, ya en el dormitorio conyugal, el procesado propuso a su compañera sentimental mantener relaciones sexuales, a lo que ella se negó. Dicha negativa no fue aceptada por Anibal quien, con la intención de satisfacer su deseo sexual, la empujó, tirándola sobre la cama, la agarró fuertemente del pelo, le pegó un puñetazo en el pómulo derecho, y le mordió tanto los labios como ambos pechos, provocándole lesiones en los mismos.

Cristina se resistió como pudo a las relaciones sexuales que le venían impuestas sin su consentimiento, gritando que no quería hacerlo, llorando por el temor de sufrir un mal mayor, y empujando con fuerza a Anibal hasta lograr apartarlo de la cama.

Ante dicha reacción de desobediencia e insubordinación a sus deseos sexuales, el procesado decidió dar un escarmiento a su pareja, abandonado el dormitorio y dirigiéndose a la cocina, de donde extrajo un cuchillo con mango de madera y unos 20 cm. de hoja, con el que se dirigió de nuevo a la habitación, donde ella, que había oído cómo removía los cubiertos, atemorizada por la situación, yacía envuelta en una manta para protegerse. El procesado, de nuevo en la habitación, y empuñando el cuchillo que portaba, se acercó otra vez a la cama para proceder seguidamente, con la intención de atentar contra su integridad física, a intentar clavarle el cuchillo en diversas ocasiones, defendiéndose ella con fuerza, a pesar de lo cual no pudo evitar ser alcanzada en el brazo izquierdo, momento en que logró huir abandonando el domicilio conyugal y pidiendo socorro a los vecinos, que llamaron a la policía.

Como consecuencia de estos hechos, Cristina sufrió lesiones consistentes en policontusiones, herida en el codo izquierdo, hematoma "en zona orbitaria derecha con dolor a la palpación e inflamación, hematoma en flanco derecho de 1,2 cm, hematoma de 1 cm en pecho izquierdo, hematoma de 2x2 cm en pecho derecho en zona cercana a la areola y dolor a la palpación, dolor a nivel de hombro izquierdo con movilidad dolorosa,



hematoma y herida incisa en cara antero medial de codo izquierdo de 1 cm de largo, que requirieron para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, de tratamiento médico quirúrgico posterior, consistente en valoración, diagnóstico, dos puntos de sutura con prolene 4/0, asepsia, anestesia local y esterilidad, indicación de fármacos antiinflamatorios y benzodiacepinas para calmar los síntomas de ansiedad. Estas lesiones requirieron para su sanidad del transcurso de diez días, todos ellos impositivos para sus ocupaciones habituales, y le ocasionaron secuelas consistentes en cicatriz de 2 cm aproximadamente a nivel de flexura el codo izquierdo, constitutivas de un perjuicio estético leve en grado medio-alto.

El procesado se encuentra en prisión provisional por esta causa desde el 30 de abril de 2017, en virtud de auto dictado en esa fecha por el Juzgado de Instrucción nº 1 de DIRECCION000 .".

SEGUNDO.- La parte Dispositiva de la Sentencia reza así:

"Que debemos condenar y condenamos a Anibal como autor de un **delito** de agresión sexual, con la agravante de parentesco como circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, a las penas de cuatro años de prisión, así como inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, prohibición de aproximarse a Cristina , a su domicilio o lugar de trabajo a una distancia no inferior a mil metros, por tiempo de diez años, y de comunicarse con ella por cualquier medio durante igual tiempo, así como a ocho años de libertad vigilada que se ejecutará con posterioridad al cumplimiento de la pena privativa de libertad.

Que debemos condenar y condenamos a Anibal como autor de un **delito** de lesiones tributarias de tratamiento quirúrgico cometidas sobre su pareja con el empleo de armas u otros objetos peligrosos, y con la concurrencia de la agravante de reincidencia como circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, a las penas de cuatro años de prisión, a la inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; prohibición de aproximarse a Cristina , a su domicilio o lugar de trabajo a una distancia no inferior a mil metros, por tiempo de diez años, y de comunicarse con ella por cualquier medio durante igual tiempo, así como al pago de la mitad de las costas procesales causadas, con inclusión expresa de las de la Acusación Particular.

Por la vía de la responsabilidad civil, indemnizará a Cristina en la cantidad de 650 euros por las lesiones sufridas, 2000 euros por las secuelas, y 6.000 euros por el daño moral causado, todo ello más su interés legal incrementado en dos puntos desde la firmeza de esta resolución judicial.

Se mantiene la situación de prisión provisional del procesado.

Para el cumplimiento de la pena que se impone, se declara de aplicación todo el tiempo que el procesado hubiere estado privado de libertad por esta causa.

Absolvemos al procesado de los **delitos** de injurias y amenazas que también se le imputaban en el procedimiento, con los pronunciamientos favorables inherentes. Declaramos de oficio el pago de la mitad de las costas procesales causadas".

TERCERO.- Notificada la Sentencia a las partes, se interpuso recurso de Apelación por el acusado remitiéndose las actuaciones a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que dictó Sentencia con fecha 7 de noviembre de 2019 con la siguiente Parte Dispositiva:

"La SECCIÓN DE APELACIONES de la SALA DE LO CIVIL Y PENAL del TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA ha decidido:

1.- ESTIMAR parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Anibal contra la sentencia de fecha veintidós de mayo de dos mil dieciocho, dictada por la Sección Veinte de la Audiencia Provincial de Barcelona en su Rollo de Sumario núm. 48/2017;

2.- REVOCAR, en consecuencia, la sentencia recurrida exclusivamente por lo que se refiere a la imposición de la medida de libertad vigilada con posterioridad al cumplimiento de la pena impuesta por el **delito** de agresiones sexuales del art. 178 CP, que deberá ser por una duración de 1 año y con el contenido que se precise en el momento y con los requisitos previstos en el art. 106 CP, en lugar de los 8 años que se imponen en la sentencia, confirmándose todos los demás pronunciamientos de esta; y

3.- DECLARAR de oficio las costas causadas en esta alzada".

CUARTO.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la representación procesal del condenado que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso alegando los motivos siguientes:



Motivos alegados por Anibal .

Motivo Primero.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECrim por infracción del art. 24.2 CE, (derecho a ser informado de la acusación). **Motivo segundo.-** Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim, por infracción del art. 66.1 regla 3ª CP.

QUINTO.- El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso interpuesto solicitando su inadmisión y, subsidiariamente, su desestimación; la representación procesal de la Acusación Particular Dª Cristina realizó igual solicitud; 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 celebraron la votación y deliberación prevenidas el día 16 de diciembre de 2020.

SÉPTIMO.- Al formular voto particular la ponente inicialmente designada la Excm. Sra. Dª Susana Polo García, asume la ponencia el Excmo. Sr. Don Antonio del Moral García.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El primer motivo se articula por infracción de precepto constitucional (art. 24.2 CE) en relación con en el art. 851.4 LECrim: se condena por un **delito** consumado de agresión sexual del art. 178 CP, a pesar de que Ministerio Fiscal y Acusación Particular formularon sus conclusiones definitivas por **delito** intentado.

Ambas acusaciones calificaban los hechos como un **delito** de agresión sexual en grado de tentativa. En el plenario no fue, por tanto, objeto ni de debate ni de contradicción el grado de ejecución. Sin embargo, la condena, ratificada por el TSJ de Cataluña, se refiere a un **delito** de agresión sexual consumado. Se conculca el principio acusatorio en la estimación del recurrente. Al no haber sido objeto de controversia en el juicio si el **delito** se consumó o no, la defensa, no pudo ni alegar ni proponer prueba sobre el grado de ejecución del **delito**.

Dentro de esa genérica alegación y de forma incorrecta en tanto no solo no se respeta el principio de debida separación de motivos, sino además ninguna relación guarda esta otra queja con el principio acusatorio (infracción del art. 24.2 de la CE), también denuncia el recurrente falta de motivación de la sentencia en lo referente a la agravante de parentesco. Entiende que dicha circunstancia "ya ha sido tomada en cuenta para la tipificación de la conducta precisamente por la posición dominante del marido y la sumisión de la esposa en la relación matrimonial".

SEGUNDO.- Estamos, primeramente, ante un problema de principio acusatorio. El marco normativo de referencia queda perfilado por los arts. 733 y 851.4 LECrim y 24 CE.

La facultad del Tribunal recogida en el art. 733 LECrim para el procedimiento ordinario es aplicable al abreviado según opinión mayoritaria. Esta precisión es ahora necesaria. En alguna ocasión se ha considerado que en ese tipo de procedimiento el respaldo legal habría que buscarlo no tanto en el art. 733 cuanto en el art. 788.3.2 (Circular 1/1989 de la Fiscalía General del Estado, en su Circular 1/1989. Vid también SSTs 2547/1993, de 15 de noviembre y 2425/1993, de 26 de octubre).

La queja del recurso es bien simple: Se acusaba por un **delito** de agresión sexual (art. 178 CP) en grado de tentativa y se condenó por esa misma figura peral, pero consumada. Distinto serían supuesto y solución si se hubiese acusado por un **delito** de violación del art. 179 en grado de tentativa (como quizás permitía el asunto examinado). En ese caso -que no es el presente- la pretensión acusatoria sí acogería también en su seno implícitamente una condena por agresión sexual sin penetración en grado de consumación; del mismo modo que la acusación por **delito** de homicidio en grado de tentativa faculta para una condena por lesiones consumadas. No sucedería igual -en supuesto parificable al que ahora se ventila- con una acusación por lesiones en grado de tentativa: jamás permitiría una condena por lesiones consumadas (salvo, lógicamente, planteamiento de la tesis acusatoria y adhesión a ella del Fiscal).

El deber de congruencia de la sentencia con las pretensiones acusatorias queda perfilado por los preceptos evocados. La condena no puede ir más lejos que la pretensión acusatoria, salvo que previamente la tesis agravatoria propuesta por el Tribunal haya sido acogida por alguna de las acusaciones. Sin esa previa habilitación, no cabe agravar la condena, aunque se respeten fielmente los hechos blandidos por las acusaciones sin alterar en ellos nada sustancial.

Cuando hablamos de *agrar la condena* se ha de pensar, según la doctrina jurisprudencial vigente, no solo en el *titulus condemnationis*; ni solo en el resultado penológico final; sino también en el grado de ejecución, en la participación atribuida e, incluso, en la concurrencia o no de agravantes o de atenuantes. Pese a la literalidad del art. 733, hace más de treinta años que la jurisprudencia *releyó* ese precepto a la luz de la Constitución



imponiendo una exégesis que altera la estricta dicción del art. 733 (este solo contempla un **delito** más grave), como consecuencia de imperativos emanados de principios constitucionales: derecho a ser informado de la acusación. Éste derecho reclama no solo conocer la figura delictiva que se atribuye, sino también el grado de ejecución o la forma de participación que se achaca. Si no se conocen previamente, no habrá plenas posibilidades de defensa. Frente a la acusación por un **delito** en grado de tentativa la defensa no habrá hecho valer argumentos ni pruebas intentando refutar la consumación que aflora sorpresivamente en la sentencia, sencillamente porque era cuestión no discutida. La condena por un **delito** consumado se presentará así, como algo imprevisto frente a lo que no ha podido defenderse eficazmente.

TERCERO.- Sirven como guía de análisis de esta cuestión unos pesajes de la STS 464/2015, de 7 de julio:

"Se ha condenado por un **delito** más grave del que era objeto de acusación sin hacerse uso de la tesis acusatoria del art. 733 LECrim. No hay duda. Con ello enlaza este segundo motivo con el quinto amparado en el art. 851.4º LECrim: incongruencia *ultra petitem*.

Son dos perspectivas diferentes pero estrechamente conectadas. Desde el punto de vista constitucional es el derecho a ser informado de la acusación el que preside el análisis: nadie puede ser condenado por hechos diferentes a los que eran objeto de acusación. Eso significa tanto como no haberse podido defender de ellos.

En el art. 851.4 LECrim hay otra cuestión concernida: el alcance del principio acusatorio en una de sus vertientes específicas; que el tribunal no vaya más allá de la pretensión acusatoria (aunque también este aspecto presenta un componente constitucional vinculado a la imparcialidad judicial que impide al Tribunal asumir labores propias de las partes).

No se identifican una y otra óptica. Pueden existir supuestos en que ambas se superpongan. Pero hay casos en que respetándose el principio que originariamente alentaba el art. 851.4 (no condenar por un **delito** más grave), sin embargo no se respeta el derecho a ser informado de la acusación (se condena por un **delito** menos grave pero heterogéneo); y otros en que salvándose el derecho a ser informado de la acusación, se margina la prohibición de condenar por un **delito** más grave (existe identidad de hechos, pero la acusación erró esgrimiendo una subsunción jurídica más leve pero homogénea con la que se recoge en la sentencia que no incorpora dato novedoso alguno; y a partir de la reinterpretación en clave constitucional del art. 733 LECrim). (...)

Principio acusatorio, imparcialidad judicial, principio de contradicción y derecho a ser informado de la acusación con proscripción de toda indefensión, flanquean esta problemática que ha sido resuelta por una jurisprudencia cuyos referentes legales son los arts. 733, 851.4º y 789 LECrim.

El principio acusatorio exige que el Tribunal al dictar sentencia no pueda ir más allá de lo solicitado por las acusaciones. Estrictamente interpretado, se traduce en la imposibilidad del Tribunal de introducir hechos no recogidos por las partes acusadoras y cuya consecuencia sea una agravación de la responsabilidad penal. En esa perspectiva tal principio está escrupulosamente respetado por la sentencia de instancia: no incluye dato fáctico alguno que no estuviese plasmado en las actas de acusación. Tampoco a ningún hecho para las acusaciones jurídicamente inane se le otorga una novedosa relevancia jurídica en la sentencia. Los hechos constitutivos de abuso sexual -tocamiento del órgano sexual- y la menor edad -cuatro años- eran elementos fácticos no solo recogidos en la pretensión acusatoria, sino además determinantes de la tipificación que proponía la acusación. Desde una concepción estricta del principio acusatorio nada hay objetable en la sentencia de instancia.

Sin embargo, la jurisprudencia, en concordancia con un amplio sector doctrinal lleva más lejos las imposiciones del principio acusatorio. Tampoco el Tribunal puede realizar en la sentencia una valoración jurídica más grave de los hechos que la alegada por las acusaciones sin lesionar tal principio. Esta, para algunos exagerada, derivación del principio acusatorio, introduce en él componentes emparentados con el principio dispositivo, propio del proceso civil. Lo que identifica a la pretensión penal es el hecho y no su valoración jurídica, según algunos tratadistas. El principio acusatorio solo exigiría no conocer sino del hecho de que se acusó. Dar más o menos de lo pedido carecería de relevancia si se da sobre el hecho que se acusó. No es esa la concepción imperante en nuestra jurisprudencia. El viejo aforismo *nemo iudex sine actore* no agota las exigencias del principio acusatorio. Ha de ir acompañado de la regla *ne eat iudex ultra petitem partium*.

La jurisprudencia de esta Sala se ha adscrito inequívocamente a esa concepción expansiva del principio acusatorio. En el ámbito del TC esa es también la noción dominante aunque espigando entre sus resoluciones pudiera encontrarse algún pronunciamiento menor que parece suscribir la concepción más estricta que habría podido tener lícita implementación en el juicio de faltas por su carácter más informal (providencia de 4 de abril de 1990; recurso de amparo 99/1990: "...el principio acusatorio ha de entenderse respetado, al comprobar



que los hechos objeto del fallo no difieren de los consignados en la denuncia inicial (atestado policial); y ello, con total independencia de que la calificación jurídica concreta del juzgador haya sido diferente a la sostenida por la defensa letrada de los denunciados respecto de la cual no se encuentra vinculado aquél. El objeto del proceso -como ya se ha afirmado, asimismo, con anterioridad- no es un crimen sino un *factum*, y a esta última noción ha de atenderse, en el respeto al principio de acusación invocado").

La STC 133/2014, resume su doctrina sobre el principio acusatorio, también en esa dimensión. Está implícito tal principio entre las garantías constitucionales que han de informar el procedimiento penal. El objeto procesal debe ser resuelto por un órgano judicial independiente e imparcial diferente del que ejerce la acusación. El derecho a un proceso con todas las garantías impone un sistema penal acusatorio en el que el enjuiciamiento se desarrolle dialécticamente entre dos partes contrapuestas. Ha de resolver un órgano diferente, lo que exige una neta distinción de las tres funciones procesales fundamentales: la acusación, propuesta y sostenida por persona distinta a la del Juez; la defensa, con derechos y facultades iguales al acusador; y la decisión, que corresponde a un órgano judicial independiente e imparcial, que no actúa como parte frente al acusado en el proceso contradictorio.

Una de las manifestaciones del principio acusatorio -se explica- es el deber de congruencia entre la acusación y el fallo: nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le ha acusado, entendiendo por "cosa", en este contexto, no únicamente un concreto devenir de acontecimientos, un *factum*, sino **también la perspectiva jurídica que delimita de un cierto modo ese devenir y selecciona algunos de sus rasgos, pues el debate contradictorio recae no solo sobre los hechos sino también sobre su calificación jurídica.** (SSTC 12/1981, de 10 de abril, 95/1995, de 19 de junio, 225/1997, de 15 de diciembre, 4/2002, de 14 de enero, F. 3; 228/2002, de 9 de diciembre, F. 5; 35/2004, de 8 de marzo, F. 2; y 120/2005, de 10 de mayo, F. 5).

Ese deber de congruencia, sin embargo, no implica un deber incondicionado para el órgano judicial de estricta vinculación a las pretensiones de la acusación. Lo decisivo a efectos de la lesión del art. 24.2 CE es la efectiva **constancia de que hubo elementos esenciales de la calificación final que de hecho no fueron ni pudieron ser plena y frontalmente debatidos, pues lo determinante es verificar que no se introduzca un elemento o dato nuevo al que la parte o partes, por su lógico desconocimiento, no hubieran podido referirse para contradecirlo.**

En la sentencia no puedan introducirse sorpresivamente valoraciones jurídicas nuevas que, por tal motivo, la defensa no haya tenido ocasión de rebatir. Juega ese derecho absolutamente, también pese a que no haya datos novedosos, cuando se trata de valoraciones jurídicas agravatorias en la medida en que desbordan los límites de la acusación frente a la que se articuló la defensa.

La jurisprudencia ofrece ejemplos en los que pese al ajuste mimético a los hechos objeto de acusación, se niega capacidad para alterar la valoración jurídica, sin previo planteamiento de la tesis del art. 733, so pena de vulnerar el principio acusatorio. La STS 1913/2005, de 12 de mayo es una muestra. Del relato de hechos se derivaba la existencia de dos hechos de agresión sexual, por los que el Fiscal acusaba en relación de continuidad delictiva. Se condenó por dos **delitos** independientes. Esta Sala entendió vulnerado el principio acusatorio: " *el Tribunal sentenciador ni siquiera hizo uso del art. 733 LECri, que le permite plantear la tesis y es en la sentencia donde se rechaza la calificación jurídica definitivamente efectuada (en lo que aquí interesa) por el Fiscal con la consiguiente e inevitable repercusión penológica que tal decisión implica, privando de esta manera al acusado de la posibilidad de alegar en contra de la construcción jurídica introducida por el Tribunal y de defenderse de la misma, que se plantea en términos decisorios de una manera novedosa, sorpresiva y con inequívoca y perjudicial relevancia en la sanción que finalmente se establece por el juzgador. De suerte que no parece dudoso que con este proceder, el Tribunal de instancia ha vulnerado la piedra angular sobre la que descansa todo el edificio del principio acusatorio que no es otra que la proscripción de la indefensión que se proclama en el art. 24 C.E.* "

Otro precedente en esa dirección viene constituido por la STS 1203/2006, de 11 de diciembre. La acusación versaba sobre un **delito** de lesiones. Se condenó por **delito** de maltrato familiar del 153, con pleno respeto de los hechos objeto de la acusación. El Fiscal recogía la relación de convivencia entre la víctima y el acusado. No obstante no le asignaba relevancia jurídica. Eso determinó la casación de la sentencia.

Cuando la sentencia introduce una nueva valoración jurídica apartándose de los criterios expuestos -si es agravatoria, cuando la tesis no ha sido asumida por la acusación; o si es atenuatoria, cuando introduzca un título de imputación no homogéneo sin haberse planteado la tesis previamente-, ha de ser corregida.

En casación -sin perjuicio de una eventual perspectiva constitucional- el supuesto que analizamos encaja específicamente en el art. 851.4 LECrim" (énfasis añadido).

La íntima relación existente entre principio acusatorio y derecho de la defensa ha sido también resaltada por el TC: el imputado ha de tener posibilidad de combatir la acusación contra él formulada, con todas sus



vertientes e implicaciones fácticas y jurídicas, tras la celebración de un debate contradictorio en que haya tenido oportunidad de conocer y rebatir los argumentos de la otra parte y presentar ante el Juez los propios (SSTC 53/1987, de 7 de mayo; ó 4/2002, de 14 de enero). Nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él una acusación de la que haya tenido oportunidad de defenderse en forma contradictoria. El Juez o Tribunal ha de pronunciarse dentro de los términos del debate, tal y como ha quedado formulado por la acusación y la defensa, lo cual, a su vez, significa que ha de existir siempre correlación entre la acusación y el fallo de la Sentencia (SSTC 11/1992, de 27 de enero; 95/1995, de 19 de junio; 36/1996, de 11 de marzo; 4/2002, de 14 de enero). En el mismo sentido SSTC 205/1989 y 161/1994, 95/1995; 4/2002, de 14 de enero; 228/2002, de 9 de diciembre; 35/2004, de 8 de marzo 7/2005, de 4 de abril, 40/2004 de 22 de marzo y 183/2005 de 4 de julio).

Las más próximas en el tiempo SSTS 86/2018 de 19 de febrero y 207/2018, de 3 de mayo inciden en las mismas ideas: entre las garantías que incluye el principio acusatorio se encuentra la de que "nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le ha acusado y de la que, por lo tanto, haya podido defenderse... Por "cosa" no puede entenderse únicamente un concreto devenir de acontecimientos, un factum, sino también la **perspectiva jurídica** que delimita de un cierto modo ese devenir y selecciona algunos de sus rasgos, pues **el debate contradictorio recae no sólo sobre los hechos, sino también sobre su calificación jurídica**" (énfasis añadido).

Este derecho prohíbe que la sentencia introduzca sorpresivamente valoraciones jurídicas nuevas. Juega ese derecho absolutamente cuando se trata de valoraciones jurídicas agravatorias en la medida en que desbordan los límites de la acusación frente a la que se articuló la defensa. Y puede operar también aunque los puntos de vista jurídicos representen una atenuación frente a los esgrimidos por las acusaciones si esas atenuaciones se apartan de la línea acusatoria desplegada previamente, es decir si, ni siquiera implícitamente, estaban recogidas en los escritos de acusación. Sucede esto cuando el **delito** objeto de condena no es homogéneo con el **delito** objeto de acusación.

CUARTO.- El art. 733 LECrim en su literalidad excluye expresamente la tesis respecto de discrepancias en cuanto a la apreciación de agravantes o atenuantes o en cuanto a la forma de participación. El silencio legal sobre el grado de ejecución del **delito** fue subsanado por la jurisprudencia más tradicional, hoy superada, asimilando su régimen al establecido expresamente para las circunstancias y participación.

La referencia a las circunstancias agravantes fue tachada de inconstitucional por este Tribunal Supremo en una jurisprudencia que arranca de la sentencia de 4 de noviembre de 1986. Era incompatible esa regulación con el derecho a ser informado de la acusación. Esa línea jurisprudencial hoy está plenamente consolidada. Se hizo eco de ella el Tribunal Constitucional en la STC 205/1989, de 11 de diciembre.

"La regulación ofrecida por el art. 733 LECri -se decía- en cuanto a la libre apreciación por los Tribunales de circunstancias agravantes no invocadas, supone una contradicción o enfrentamiento con el art. 24.1 de la CE, al propiciar situaciones de indefensión, situándose de espaldas al derecho a una tutela judicial efectiva, principio de singular relieve en el proceso penal, por afectar a los bienes más preciados de las personas, con rango y significación de norma directa, invocable como garantía constitucional y con fuerza impositiva sobre todos los poderes públicos. Por estimarse derogada la referencia contenida en el último párrafo del art. 733 de la LECri. a las circunstancias agravantes por la Constitución de 1978, procede la estimación de los motivos articulados por el recurrente".

La SSTS de 13 de febrero de 1987, de 24 de septiembre de 1990, ó 2334/1993, de 22 de octubre insisten en esa línea, (aunque la STS de 19 de abril de 1990 parece puntualizar que para apreciar como simple la circunstancia atenuante que la acusación proponía como cualificada, no es necesario hacer uso de la tesis). Es criterio plenamente consolidado: SSTS 362/2008, de 13 de junio y 795/2015, de 10 de diciembre que pone de manifiesto que se genera indefensión incluso cuando el Tribunal sentenciador prescinde de una atenuante que ha sido solicitada por la acusación, en tanto la estrategia defensiva ha de contar anticipadamente con la seguridad que proporciona el hecho de que la acusación reconozca la existencia de la atenuación. "El desafío probatorio de la defensa no es el mismo cuando el relato de hechos sobre los que se construye la acusación del Fiscal ya incluye una disminución de la culpabilidad. Y esa relajación de la defensa para la aportación de elementos de descargo sobre tal aspecto, no puede ser inesperadamente resuelta con el rechazo por el Tribunal de la atenuante que el propio Fiscal admite en sus conclusiones definitivas".

Así si las acusaciones no aprecian una agravante o consideran que el acusado es responsable en concepto de cómplice, o que la ejecución del hecho es en grado de tentativa, el Juzgador no podrá estimar en la sentencia tal circunstancia agravante, ni considerar al sujeto responsable en concepto de autor, ni convertir la tentativa en consumación, si previamente no ha planteado la tesis (STS 595/2014, de 23 de julio).

El motivo es estimable.

**QUINTO.-** ¿Qué alcance ha de darse a esa estimación?.

La STS 745/2012, de 4 de octubre, introduce algunas perspectivas interesantes en cuanto al tratamiento procesal de la estimación:

"Es evidente que no se dan ni los tres primeros supuestos ni el último. También lo es que según la actual regulación no es posible considerar que la infracción (y menos la infracción de ley del art. 849.1º) se sitúa en la omisión del planteamiento de la tesis. En el ordenamiento procesal vigente la tesis es una facultad y nunca una obligación, por más que *de lege ferenda* quepan alternativas diferentes. De ahí, sin que proceda ahora entretenerse en ello, que se venga afirmando (aunque no falten precedentes lejanos en otro sentido) que el desenlace de la estimación de un motivo de casación articulado a través del art. 851.4ª, será la absolución y no la reposición de las actuaciones al momento en que debió proponerse la tesis. Esta solución es la más natural en ese contexto normativo en los casos de éxito de un recurso de casación por vulneración del derecho a ser informado de la acusación (arts. 852 LECrim. y 24 CE) denunciando la condena por **delito** no homogéneo: absolución; que no retroacción del procedimiento para reanudar el proceso previa afloración de la calificación alternativa a fin de propiciar la defensa contradictoria. De cualquier forma este debate tampoco sería pertinente aquí: desde el momento en que el recurso contiene como único pedimento el dictado de una segunda sentencia condenatoria, queda legalmente impedida una respuesta parcial concretada en la nulidad y retroacción (párrafo final del art. 240.2 de la LOPJ). (...).

La STS 464/2015, de 7 de julio escudriña igualmente sobre cuál ha de ser la respuesta canónica a la estimación de un motivo ex art. 851.4 LECrim:

"Se ha castigado por **delito** más grave del que fue objeto de acusación pese a que con el Fiscal podamos considerar más que discutible la afectación del derecho a ser informado de la acusación.

¿Cual ha de ser la consecuencia de la estimación de ese motivo?

Estamos en principio ante un motivo por quebrantamiento de forma. La decisión habría de ser la de casar la sentencia de instancia y ordenar "la devolución de la causa al Tribunal de que proceda para que, reponiéndola al estado que tenía cuando se cometió la falta, la sustancie y termine con arreglo a derecho".

El art. 851.4º LECrim permite una doble vía interpretativa en cuanto a la fijación del momento en que se ha producido la falta. De un lado puede entenderse que la falta está precisamente en la sentencia, en la medida en que vulnera el principio acusatorio, por lo que la devolución de la causa lo sería a los efectos de que el Tribunal de Instancia dicte nueva sentencia ajustándose a los términos en que se planteó la acusación. Pero también cabe sostener que la falta consiste en la omisión del planteamiento de la tesis lo que permitiría ordenar la reposición de las actuaciones al momento inmediatamente posterior a la calificación definitiva para que se suscite, en su caso, la tesis del art. 733 LECrim. Aunque algunos precedentes se han adherido a esta segunda interpretación, predomina de forma aplastante la visión contraria que conduce a ordenar sencillamente dictar nueva sentencia.

Es más, en los últimos años se ha enseñoreado una lógica proclividad a soslayar el reenvío de las actuaciones para dictar nueva sentencia sobre el fondo directamente por la Sala 2ª, sobre todo en los casos en que el motivo se ha reconducido por la vía casacional abierta en el art. 852 de la Ley Procesal Penal.

El Pleno no Jurisdiccional de Sala de 9 de abril de 1999, abordando esta cuestión, y dando refrendo a esa praxis adoptó el siguiente acuerdo: "*Si en una sentencia se incorporan hechos nuevos o se aplican unos tipos heterogéneos, que no han sido objeto de acusación, se ha producido una indefensión cuyo remedio será la absolución o una segunda sentencia absolviendo del exceso. Por el contrario, cuando no se hayan introducido por el juzgador hechos nuevos y se condena por un **delito** más grave o por **delito** distinto, la solución será la devolución al Tribunal de instancia o **dictar nueva sentencia según proceda en cada caso concreto***".

El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas invita a acoger la solución procesal que conduce a una nueva sentencia en esta sede y soslayar el reenvío al Tribunal de instancia con los consiguientes efectos retardatorios siempre perniciosos. Si se presenta como innecesario el reenvío, eso significa que la "dilación", el retraso provocado sería *indebido* en el sentido del art. 24 CE. Se hace necesario reinterpretar desde esa perspectiva constitucional las normas procesales de la casación (vid STS 48/2014, de 27 de enero). Por otro lado la parte no solicitaba en su recurso esa nulidad como consecuencia de la estimación de este motivo, sino una segunda sentencia (art. 240.2º LOPJ). Bien es cierto que este argumento no es definitivo: tanto porque la mera invocación del art. 851 comporta una petición, aunque sea implícita, de nulidad, como porque en el escrito de contestación a la impugnación del Fiscal la reclama de forma explícita ante la observación formulada por aquél".

La misma salida procesal adoptaremos aquí.



SEXTO.- En lo referente a la agravante de parentesco, el recurrente afirma que "ya ha sido tenida en cuenta para la tipificación de la conducta precisamente por la posición dominante del marido y la sumisión de la esposa en la relación matrimonial".

No es acogible el argumento. En ningún momento para la tipificación de la conducta se ha sopesado la relación existente entre el acusado y la víctima, análoga a la conyugal. Procede la aplicación de la circunstancia como agravante en los **delitos** contra la libertad sexual cuando, como ocurre en el presente caso, consta probada tal relación, y, además, el hecho se realiza en el círculo de la comunidad de vida sexual correlativa (STS 225/2017, de 30 de marzo).

SÉPTIMO.- El segundo motivo se formula por infracción de Ley del art. 849.1 LECrim (art. 66.1 regla 3ª CP).

Mezcla el recurrente dos cuestiones.

a) Por un lado, se queja de que la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona le condena a cuatro años de prisión por el **delito** de lesiones del artículo 148.1 en relación con el artículo 147.1 CP, cuando el artículo 148 CP establece una pena de dos a cinco años atendiendo al resultado causado. No podemos obviar -alega- que la lesión sufrida por la denunciante consistió en hematomas y una lesión de 2 cm. en el codo izquierdo, que no afectó a planos profundos. Así lo recoge la sentencia en sintonía con el informe forense.

b) Además, atendiendo a los resultados, no debió aplicarse, en su estimación, el art. 148.1 CP. La pena, de conformidad con lo establecido en el artículo 147.1 CP, debió oscilar entre tres meses y tres años, o multa de seis a doce meses.

En el recurso de apelación solo fue planteada la primera de las supuestas deficiencias ahora alegadas: falta de individualización de la pena (debió haberse impuesto al acusado la pena mínima de 3 años y 6 meses de prisión y no la de 4 años). Ahora, denuncia, además, que el artículo 148 CP invita a fijar la pena atendiendo al resultado causado, y se enfatiza que en el supuesto la lesión consistió en hematomas y una lesión superficial de 2 cm. en el codo izquierdo.

La sentencia de apelación analiza la cuestión planteada en su Fundamento Jurídico 4º. Tras transcribir el relato fáctico, razona que la Audiencia valoró a efectos punitivos el peligro para la vida y/o la integridad de la víctima que supuso la elección por el acusado de un cuchillo con 20 cm de hoja y la seriedad del ataque emprendido, repetido hasta alcanzarle en el brazo, aunque a la postre pudo ser repelido y esquivado por ella, para imponerle una pena cercana al mínimo legal, ponderando también que cuando la pena impuesta rebasa en tan escasa medida, como aquí sucede, la mínima prevista para el tipo penal en que se funde la condena, las exigencias de motivación se atenúan, en tanto implícitamente se está evaluando que la gravedad de los hechos cometidos se desprende por sí sola de la propia calificación jurídica, sin perjuicio de dejar un espacio penológico, por escaso que sea, para conductas menos graves y reprobables que son perfectamente imaginables (cfr. STS 92/2004 de 31 de enero FD7), y sin perjuicio, igualmente, de retribuir adecuadamente y en un grado superior la peligrosidad del sujeto -más allá de su culpabilidad- con las medidas impuestas al margen de la pena (cfr. STS 409/2019 de 19 de septiembre FD5).

El recurrente no rebate esos argumentos. Insiste en que para determinar la penalidad hay que tener en cuenta el resultado causado, obviando que el art. 148 CP dispone que "las lesiones previstas en el apartado 1 del artículo anterior podrán ser castigadas con la pena de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado **o riesgo producido**", y que la Sala ha tenido en cuenta este segundo factor para incrementar ligeramente la pena mínima imponible (tres años y seis meses, por la agravante de reincidencia) hasta los cuatro años fijados en atención al peligro para la vida y la integridad de la víctima que supuso la elección por el acusado de un cuchillo con 20 cm de hoja y la seriedad del ataque emprendido. Existe una correcta y motivada individualización penológica.

En cuanto a la alegación relativa a que los hechos debían ser calificados conforme a lo previsto en el art. 147 CP, (STS 575/2019, de 25 de noviembre), se trata de un alegato entablado *per saltum*. No se hizo valer tal reclamación en el previo recurso de apelación. Ese dato por sí mismo constituye causa de inadmisión. No pueden introducirse en casación razones de impugnación no llevadas a la apelación. Solo es viable una queja contra la sentencia de instancia si antes se ha defendido en el primer escalón impugnativo. El silencio sobre ese extremo en la segunda instancia lo expulsa del debate de forma definitiva.

La STS de Pleno 345/2020, de 25 de junio, ha proclamado una vez más esa doctrina: no cabe " *ex novo*" y " *per saltum*" formular alegaciones relativas a la aplicación o interpretación de preceptos sustantivos no invocados, es decir sobre cuestiones jurídicas no formalmente planteadas ni debatidas por las partes.

El motivo debe ser desestimado.

OCTAVO.- Procede declarar de oficio las costas dada la estimación parcial del recurso (art. 901 LECrim).



FALLO

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

1.- Estimar parcialmente el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de **Anibal**, contra Sentencia de fecha 7 de noviembre de 2019 dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en el Recurso de Apelación nº 197/2018. **por estimación del motivo primero de su recurso y en su virtud casamos y anulamos la Sentencia dictada por dicho Tribunal.**

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

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta a a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y a la Sección Vigésima de la Audiencia Provincial de Barcelona a los efectos procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

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.

Manuel Marchena Gómez Antonio del Moral García Susana Polo García

Eduardo de Porres Ortiz de Urbina Leopoldo Puente Segura

RECURSO CASACION (P) núm.: 10787/2019 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

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 Excmo. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Antonio del Moral García

D^a. Susana Polo García

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

D. Leopoldo Puente Segura

En Madrid, a 30 de diciembre de 2020.

Esta sala ha visto la causa que en su día fue tramitada por el Juzgado de Violencia sobre la mujer nº 1 de DIRECCION000, fallada posteriormente por la Sala de lo Penal de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Vigésima), y recurrida en apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que fue seguida por **delitos** de agresión sexual y lesiones contra Anibal y en la que recayó sentencia que ha sido casada y anulada por la dictada el día de la fecha por esta Sala integrada como se expresa.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se dan por reproducidos los Antecedentes y Hechos Probados de la Sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Por las razones consignadas en la anterior sentencia procede dejar sin efecto la condena por un **delito** de agresión sexual consumado sustituyéndola por una condena por un **delito** de agresión sexual en grado de tentativa de los arts. 178 y 62 CP fijándose su penalidad en doce meses de prisión atendidos el avanzado grado de ejecución y la agravación de parentesco concurrente.



FALLO

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

1.- Se condena a **Anibal** a la pena de doce meses de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, manteniéndose las medidas de alejamiento y libertad vigilada en sus propios términos aunque reducidas a la duración respectiva de cinco y tres años, como autor de un **delito** de agresión sexual en grado de tentativa, dejándose sin efecto la condena por el **delito** consumado impuesta en la instancia.

2.- Se mantienen el resto de pronunciamientos de la sentencia de instancia y en particular los relativos a la indemnización y condena por lesiones, así como absolución por otras infracciones, en cuanto no se opongan al presente.

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.

Manuel Marchena Gómez Antonio del Moral García Susana Polo García

Eduardo de Porres Ortiz de Urbina Leopoldo Puente Segura

VOTO PARTICULAR

QUE FORMULA LA EXCMA. SRA. D.^a SUSANA POLO GARCÍA, A LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN Nº 10787/2019 P.

Con el respeto y consideración hacia mis compañeros, expreso a través de este voto particular mi discrepancia a la sentencia de la mayoría.

1.- La sentencia, después de hacer una serie de consideraciones de carácter general sobre los requisitos de legalidad necesarios para apreciar la vulneración del principio acusatorio, y la necesidad de planteamiento de la denominada tesis del art. 733 de la LECrim, llega a la conclusión en el caso analizado de que se ha vulnerado el citado principio y, que como se trata de un motivo de quebrantamiento de forma, procede dictar nueva sentencia que para evitar dilaciones indebidas debe ser dictada por la propia Sala de casación. Apreciación de la que, con los debidos respetos, muestro mi discrepancia.

2. En nuestra reciente sentencia 66/2020, de 19 de diciembre de 2019, razonábamos en relación al principio acusatorio que "Señala la STS 675/2016, de 22 de julio, que el principio acusatorio se concreta en la necesidad de que se formule acusación por una parte ajena al órgano jurisdiccional y que éste se mantenga en su enjuiciamiento dentro de los términos fácticos y jurídicos delimitados por dicha acusación o introducidos por la defensa. Lo esencial es que el acusado haya tenido la oportunidad de defenderse de manera contradictoria y obliga al Juez o Tribunal a pronunciarse en el ámbito de los términos del debate, tal y como han quedado formulados por acusación y defensa. Ello implica que debe existir correlación entre la acusación y el fallo de la sentencia.

La correlación entre la acusación y el fallo de la sentencia se manifiesta en la vinculación del Tribunal a algunos aspectos de aquella, concretamente a la identidad de la persona contra la que se dirige, que no puede ser modificada en ningún caso. A los hechos que constituyen su objeto, que deben permanecer inalterables en su aspecto sustancial, aunque es posible que el Tribunal prescinda de elementos fácticos que no considere suficientemente probados o añada elementos circunstanciales o de detalle que permitan una mejor comprensión de lo sucedido según la valoración de la prueba practicada. Y a la calificación jurídica, de forma que no puede condenar por un **delito** más grave o que, no siéndolo, no sea homogéneo con el contenido en la acusación (SSTS 241/2014 de 26 de marzo o 578/2014 de 10 de julio).".

El planteamiento de la tesis queda totalmente desvinculado de su conceptualización como matización al principio acusatorio, apareciendo como una posibilidad que se confiere al Tribunal para hacer plenamente efectivos y compatibles los principios de justicia y de contradicción, fortaleciendo el derecho al necesario conocimiento previo de la acusación. Pero si no se hace uso de la tesis atenuatoria por **delito** no homogéneo quebraría la debida congruencia entre acusación y sentencia y, lo que es más importante, padecería de forma no tolerable el derecho a ser informado de la acusación. La transformación de la acusación por homicidio en condena por amenazas, no siempre pero sí en algún supuesto concreto, supone una *mutatio del titulus condemnationis* prohibida por el derecho de defensa.



Como se indica en las SSTs 440/2015, de 29 junio (RJ 2015, 3676) , 329/2015, de 2 de junio (RJ 2015, 2498) (RJ 2015, 2498) , 259/2015, de 30 abril (RJ 2015, 1720) y 775/2014, de 20 noviembre (RJ 2014, 5969) (RJ 2014, 5969) , esta correlación entre el **delito** del que se acusa y el **delito** por el que se condena, abarca los siguientes extremos:

- a) Identidad de la persona contra la que se dirige la acusación, que no puede ser modificada en ningún caso.
- b) Identidad de los hechos que constituyen el objeto de la acusación, que deben permanecer inalterados en su aspecto sustancial, aunque cabe que el Tribunal prescinda de elementos fácticos que no considere suficientemente probados o añada elementos circunstanciales o de detalle que permitan una mejor comprensión de lo sucedido según la valoración de la prueba practicada.
- c) Identidad de la calificación jurídica, de forma que no puede condenar por un **delito** más grave o que, no siéndolo, no sea homogéneo con el contenido en la acusación.
- d) Prohibición de rebasar la pena más grave solicitada por las acusaciones.

3. La sentencia de instancia desestima la alegación que ahora plantea el recurrente en el FD 3º.4, con el siguiente argumento " *Por tanto el tribunal a quo no solo respetó escrupulosamente los hechos propuestos por las acusaciones, salvo lo relativo a la intención frustrada del acusado de procurar un acceso carnal con la víctima y el uso de armas para ello, elementos agravatorios que quedaron eliminados en su sentencia, así como también respetó, no ya la homogeneidad, sino la identidad de la calificación jurídica escogida por las acusaciones, aunque reducida a su tipo básico (art. 178 CP) en lugar del agravado (art'. 180 CP) , corrigiendo tan solo su grado de ejecución de intentado por el de consumado, lo cual no constituye una alteración sustancial ni introduce ningún elemento del que el acusado no hubiera podido defenderse (cfr, STS2 1999/2001 de 29 oct. FD4), sino que también lo hizo reduciendo su entidad punitiva al establecer un límite mínimo en abstracto de la pena inferior al que postulaban las acusaciones, por lo que, pese a no haber hecho uso de la facultad excepcional prevista en el art. 733 LECrim , no es posible advertir ninguna vulneración del principio acusatorio ni del derecho a un proceso con todas las garantías, así como tampoco del derecho de defensa invocado por el recurrente que no precisa qué elemento o elementos utilizados por el tribunal para la subsunción de la conducta fueron sustraídos al debate contradictorio.*"

Como apunta el Ministerio Fiscal, en el caso que nos ocupa, el hecho objeto de acusación y luego base de la condena ha permanecido en todo instante prácticamente inalterado. Si analizamos los hechos declarados probados por la sentencia de instancia, vemos que los mismos no nos dicen nada distinto a los hechos objeto de acusación.

La sentencia no incluye sorpresivamente un hecho nuevo decisivo para la apreciación del **delito**, sino que, tras la práctica de la prueba, se han concretado detalles de lo ocurrido conforme a dicha prueba en concreto con base a lo declarado por el acusado; pero no se trata de hechos extraños a la calificación efectuada por las acusaciones. Tampoco la condena se refiere a un **delito** distinto, sino al mismo **delito**.

Del examen de la causa se advierte que, tanto en los escritos de calificación como en la sentencia recurrida, se recoge por parte del acusado un comportamiento consistente en efectuar sobre la víctima actos de naturaleza sexual no consentida, utilizando violencia; actos tales como morderle los labios y los pechos a la víctima, cuando previamente la había empujado fuertemente, tirado del pelo, y dado un puñetazo en el ojo, la conducta del acusado relatada en la calificación acusatoria y en el *factum* de la sentencia, es coincidente en los datos configuradores de la agresión sexual, por el que viene condenado el recurrente.

Según la doctrina jurisprudencial expuesta, el principio acusatorio implica el derecho a ser informado de la acusación, y el deber de congruencia entre la acusación formulada y el fallo de la sentencia, existiendo vinculación del Tribunal respecto a los hechos, la calificación jurídica y la pena solicitada por la acusación.

En el supuesto, el Fiscal como la Acusación particular habían dirigido acusación contra el recurrente -aparte de por otros **delitos** que han quedado fuera de toda discusión en esta alzada- por un **delito** de agresión sexual intentada (arts. 178, 16 y 62 CP), agravado por el uso de armas (art. 180. 5ª CP), con las agravantes de parentesco (art. 23 CP) y de desprecio de sexo (art. 22.4 a CP); y por otro **delito** de lesiones (art. 147.1 CP) agravadas por el uso de armas (art. 148.1º CP) y por su relación *more uxorio* con la víctima (art. 148.4º CP), con la agravante genérica de reincidencia (art. 22.8 a CP), solicitando la imposición de las penas de 4 años y 9 meses de prisión, por el primero, y de 4 años de prisión, por el segundo, además de las accesorias y prohibiciones que, finalmente, impuestas por el tribunal con la misma duración que fueron solicitadas. Y finalmente ha sido condenado el recurrente como autor de un **delito** de agresión sexual del art. 178 del CP, con la agravante de parentesco, a la pena de 4 años de prisión y accesorias; y, por un **delito** de lesiones que requirieron tratamiento quirúrgico, causadas con uso de objeto peligroso, llevadas a cabo contra su pareja, con la agravante de reincidencia, a la pena de 4 años de prisión y accesorias.



En consecuencia, entre los relatos fácticos contenidos en los escritos de conclusiones de las acusaciones y el reflejado en la sentencia existía una adecuada identidad fáctica, sin que la nueva calificación jurídica afecte al principio acusatorio, ni perjudique los intereses de defensa, al tratarse de hechos incorporados en el escrito de calificación y de los que el acusado tuvo ocasión de defenderse, y sin que nos encontremos ante dos figuras delictivas distintas, pues se acusaba de un **delito** de agresión sexual del art. 178, **delito** por el que viene condenado el recurrente.

4. Con pleno respeto al criterio de mis compañeros entiendo que la postura adoptada en la sentencia mayoritaria con respecto al principio acusatorio es artificial, ya que lo esencial es que el acusado haya tenido la oportunidad de defenderse de manera contradictoria, y en este caso, no existe ninguna indefensión, ni se pone de relieve por el mismo en que ha podido consistir, pues el relato declarado probado coincide plenamente con el testimonio mantenido por el acusado en el acto del juicio oral, cuando lo que la doctrina del Tribunal Constitucional y de este Tribunal Supremo proscribía es que la sentencia incluya en la declaración probatoria hechos de relevancia a efectos del pronunciamiento condenatorio que no hubieran sido imputados por las acusaciones y de los que, por desconocerlos, el acusado no se pudo defender. Decimos "hechos" esto es, comportamientos o conductas, sucesos o acontecimientos que se manifiestan en el exterior. De suerte que lo que se exige es la congruencia fáctica entre lo que se acusa y lo que el Tribunal declara probado.

El principio acusatorio también exige que el tipo penal por el que se condena sea el mismo que el que fue objeto de acusación, o, si no existe tal identidad, que entre el tipo penal objeto de acusación y el calificado por el tribunal exista una relación de homogeneidad en relación con el bien jurídico protegido en uno y otro, en el sentido de que en ninguno de los elementos del **delito** sancionado por el tribunal exista un componente concreto del que el condenado no haya podido defenderse.

En el supuesto analizado entiendo que no existe infracción constitucional porque el Tribunal valora los hechos y los califica de modo distinto a como venían siéndolo (STC 204/86, recogiendo doctrina anterior), sin introducir un elemento o dato nuevo al que la parte, por su lógico desconocimiento, no hubieran podido referirse para contradecirlo en su caso, lo que en este caso no ha tenido lugar, ya que no existe variación de hechos imputados, ni del **delito** por el que viene condenado, solo la forma de ejecución, siendo la misma plenamente coincidente con los hechos reconocidos por el acusado.

En palabras de nuestra sentencia núm. 472/2017 de 22 junio, "Como puede observarse el Tribunal Constitucional, en paralelo con los criterios seguidos por esta Sala, no utiliza para la determinación de la homogeneidad delictiva a estos efectos, criterios formales, ni sistemáticos ni sujetos al campo propio de la dogmática técnico-penal, sino que esencialmente utiliza el criterio de proscripción de la indefensión: lo relevante es que el hecho que configure los tipos sea sustancialmente el mismo y que el acusado haya tenido ocasión de defenderse de todos los elementos , fácticos y normativos, que integran el tipo delictivo objeto de condena".

En el supuesto, la única diferencia existente es la acusación por **delito** intentado -se trata del mismo **delito** y de los mismos hechos- pero hay que tener en cuenta que como mantiene la doctrina mayoritaria, la tentativa acabada y el **delito** consumado tienen el mismo contenido del injusto, pues el desvalor de la acción sería el mismo en ambos casos, la tentativa consiste en una conducta peligrosa en términos de intersubjetividad. Todos los supuestos de responsabilidad penal, incluida la tentativa, se basan en la causalidad (recortada con criterios normativos de imputación objetiva), por lo que la indefensión a la que alude la sentencia mayoritaria constituye un auténtico sofisma.

Además, debemos tener en cuenta que alguno de los argumentos de la sentencia mayoritaria refuerzan el presente voto particular, ya que el supuesto el derecho a ser informado de la acusación ha sido esencialmente respetado, el Tribunal no ha introducido ningún hecho o dato fáctico que no fuese alegado por las acusaciones, tampoco ha otorgado relieve jurídico a ningún elemento factual que en la acusación se presentase de forma aséptica o carente de trascendencia penal, desde la perspectiva de la imposibilidad de condenar a mayor pena de la solicitada por las acusaciones tampoco se aprecia disfunción alguna, se ha impuesto pena inferior a la que solicitó el Ministerio Fiscal, el **delito** objeto de condena no es de mayor gravedad que el se fue objeto de acusación, sencillamente es el mismo **delito**, por lo que la trascendida práctica de la cuestión es nula, ni siquiera tendrá repercusión futura a efectos de reincidencia.

Además, en cuanto al desajuste en esa interpretación amplia del principio acusatorio que detecta la sentencia mayoritaria, el mismo no ha implicado indefensión alguna para el acusado, no solo porque en ambas modalidades de agresión sexual intentada o consumada, concurre el mismo contenido del injusto, sino porque el propio acusado mantiene la versión de los hechos que se declara acreditada, que implica la valoración jurídico penal que ha llevado a cabo la sentencia de instancia.



En consecuencia, entiendo que el argumento mayoritario de la Sala que concluye que, en este supuesto, existe infracción del principio acusatorio, tiene una apariencia de realidad -se acusa por **delito** intentado, se condena por **delito** consumado- pero la misma es falsa, ya que en todo momento el acusado ha tenido la oportunidad de defenderse de manera contradictoria del **delito** imputado, manteniendo el Tribunal sentenciador el relato fáctico y siendo la variación de la calificación de los hechos consecuencia del reconocimiento de los mismos por parte del acusado, resultando condenado por el mismo **delito** imputado, a una pena inferior, por lo que el motivo alegado de infracción del principio acusatorio, como exponente de un claro quebrantamiento de forma, en el que es siempre resulta necesario una real indefensión, en este caso, no ha existido, motivo por el cual la alegación al respecto ha sido desestimada por el Tribunal de instancia y por el de apelación, al igual que lo debería haberlo sido por esta Sala, confirmando la sentencia de instancia.

Susana Polo García.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ