



Roj: **STS 3421/2006 - ECLI:ES:TS:2006:3421**

Id Cendoj: **28079120012006100589**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **23/05/2006**

Nº de Recurso: **1486/2005**

Nº de Resolución: **580/2006**

Procedimiento: **PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO**

Ponente: **JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintitrés de Mayo de dos mil seis.

En los recursos de casación por quebrantamiento de forma, e infracción de Ley que ante Nos penden, interpuestos por Pedro Miguel y EL MINISTERIO FISCAL, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Tercera, que condenó al acusado, por un delito agresión sexual, amenazas, violencia familiar; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación y Fallo, bajo la Presidencia del Primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente representado por el Procurador Sr. XXX

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de Instrucción número 8 de Zaragoza, instruyó sumario con el número 1 de 2004, contra Pedro Miguel, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Zaragoza, cuya Sección Tercera, con fecha 9 de mayo de 2005, dictó sentencia, que contiene los siguientes:

HECHOS PROBADOS: Pedro Miguel es mayor de edad, carece de antecedentes penales, está sometido a tratamiento relacionado con el cáncer linfático que padece, su situación psíquica se encuentra dentro de los límites de la normalidad, no estando alterada su capacidad y libertad de obrar.

A) El procesado que convivía con su pareja sentimental Maite, en el domicilio de ella sito en la CALLE000 número NUM000, piso NUM001 de esta ciudad, sobre las 19 horas del día 8 de octubre de 2003, pretendió mantener relaciones sexuales con ella y como ésta se opusiera y quisiera marcharse, el acusado la cogió por los pelos y la zarandó, arrojándola de forma violenta contra la pared.

Ante las protestas de ella el pareció calmarse, lo que aprovechó la mujer para dirigirse al cuarto de baño, más el acusado la siguió, obligándola a desnudarse, metiéndola en la bañera y duchándola con agua fría; a continuación el denunciado se introdujo en la bañera y cogiéndola del pelo, le orinó dentro de la boca, posteriormente salió de la bañera él, la sacó al pasillo, la tiró al suelo y le puso el cuello, dándole patadas en la espalda, y penetrándola analmente.

Maite, a consecuencia de estos hechos, tuvo que acudir a un Centro de Salud, donde fue asistida, de hematomas en ambas regiones inguinales, contusión en ceja derecha, crisis de ansiedad y contractura muscular dorso-escapular derecha, aplicándosele para su curación una primera asistencia, con un tiempo de curación de 8 días no impositivos.

B) La pareja, continuó su convivencia, hasta el día 23 de noviembre siguiente, fecha en la que el acusado sobre las 20'00 horas, enfadado, agresivo y movido por los celos, comenzó a increpar a la mujer, dándole fuertes gritos y empezando a romper objetos del hogar diciéndole "no te voy a dejar marcas, para que no me denuncies pero hoy ten por seguro que te mato", a la vez que le exhibía con actitud intimidatorio un cristal de la mesa que previamente había fracturado.



Al empezar a darle puñetazos, la mujer aprovechando un momento de descuido salió al balcón y saltó al de una vecina, donde empezó a pedir socorro.

Finalmente acudieron Agentes de Policía quienes la auxiliaron.

A consecuencia de estos hechos Maite , padeció contusiones en ambas mejillas y dorsales, que precisaron una asistencia médica, con un tiempo de curación de 5 días, sin impedimento para su vida habitual.

C) Como consecuencia de estos últimos hechos el Juez de Instrucción núm. 3 de Zaragoza, el 25-11-2003 dictó Auto Imponiendo al procesado medida de alejamiento no pudiendo acercarse ni establecer comunicación alguna con ella. Auto que fue notificado al procesado el mismo día.

No obstante, después de ello han convivido juntos durante algún periodo y han mantenido relaciones sexuales esporádicamente.

D) En agosto de 2003 Maite formuló denuncia contra el procesado por malos tratos, dando lugar al Juicio de faltas 935/03 del Juzgado de Instrucción núm. 8 de Zaragoza en el que recayó sentencia absolutoria.

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

FALLO: Condenamos a Pedro Miguel como autor responsable de un delito de agresión sexual, un delito de amenazas leves con instrumento peligroso, y dos faltas de lesiones, y una falta de daños, sin la concurrencia de circunstancias, a las penas de 6 años y un día de prisión por el primero, 8 meses de prisión por el segundo y privación del derecho a la tenencia o porte de armas durante dos años y un día, multa de un mes a razón de 6 euros diarios, por cada una de las faltas de lesiones, y multa de 10 días a razón de seis euros por la de daños; a la accesoria de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena así como al abono de las 2/7 partes de las costas incluidas las de la acusación particular.

Y a que indemnice, en 1500 euros, a Maite , así como al importe de los daños que se acrediten en ejecución de sentencia, tomando como base los cristales de una mesita, y los cristales de varios cuadros, así como el mando de un televisor.

Le absolvemos del resto de los delitos y faltas de que viene siendo acusado declarando de oficio las 5/7 partes de las costas causadas.

Para el cumplimiento de la pena que se le impone se le abona el tiempo que han estado privados de libertad por esta causa.

Reclámese del instructor la pieza de responsabilidad civil y dese cuenta.

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley, por Pedro Miguel , que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.- Las representaciones basan sus recursos en los siguientes MOTIVOS DE CASACION.

Recurso interpuesto por El Ministerio Fiscal

PRIMERO.- Al amparo del art. 849.1 LECrim. por infracción por inaplicación del art. 153 CP.

SEGUNDO.- Al amparo del art. 849.1 LECrim. se denuncia infracción por indebida aplicación del art. 617 CP.

TERCERO.- Al amparo del art. 849.1 LECrim. por infracción, por inaplicación del art. 173 CP.

Recurso interpuesto por Pedro Miguel

PRIMERO.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ. y art. 849.1 LECrim. por vulneración de los arts. 24.1 y 2 y 25 CE.

SEGUNDO.- Al amparo del art. 849.1 LECrim. por infracción, por aplicación indebida de los arts. 179, 169, 153 y 617 todos del CP.

Quinto.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto no estimó necesaria la celebración de vista oral para su resolución y solicitó la inadmisión y subsidiariamente la inadmisión del mismo por las razones expuestas en su informe; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento se celebró la deliberación prevenida el día diez de mayo de dos mil seis.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO



Recurso de Pedro Miguel

PRIMERO: El motivo primero amparado en el art. 849.1 LECrim. sobre infracción de precepto constitucional en relación con el art. 5.4 LOPJ. por vulneración de los arts. 24.1, 24.2 y 25 CE. que consagra el derecho a la presunción de inocencia, por cuanto la decisión judicial se ha producido sin apoyo de prueba de cargo alguna, haciendo de peor condición al acusado que a las partes acusadoras, dando veracidad a las manifestaciones de estas últimas cuando las mismas se hallaban en clara contradicción con el testimonio del procesado.

El motivo no puede prosperar.

1.- El derecho a la presunción de inocencia, consagrado en nuestro derecho con rango fundamental en el art. 24 CE., implica que toda persona acusada de un delito debe ser considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad con arreglo a la Ley (art. 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; art. 6.2 Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales y art. 14.2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Su alegación en el proceso penal obliga al Tribunal de casación a comprobar que el Tribunal de instancia ha tenido en cuenta prueba de cargo, de contenido suficientemente incriminatorio, obtenida e incorporada al juicio oral con respeto a los derechos fundamentales y con arreglo a las normas que regulan su práctica de manera que se pueda considerar acreditada la realidad de unos hechos concretos, con sus circunstancias agravatorias relevantes jurídico- penalmente, y la participación o intervención del acusado en los mismos.

También debe el Tribunal verificar que la valoración realizada no se aparte de las reglas de la lógica y no es, por tanto, irracional o arbitraria. Las posibilidades de realizar es revisión no suponen una autorización para invadir el campo de la valoración de la prueba, extremo que corresponde al Tribunal de instancia, ante el cual se practica y que puede por ello realizar un análisis conjunto y completo de toda la practicada. Hemos dicho en STS. 20/2001 de 28.3 que "el derecho a la presunción de inocencia, según la doctrina de esta Sala, alcanza solo a la total ausencia de prueba y no a aquellos casos en que en los autos se halla reflejado un mínimo de actividad probatoria de cargo, razonablemente suficiente y producida en el juicio oral con las debidas garantías procesales SS.TS 7.4.92 y 21.12.99)". Cuando se trata de prueba testifical, su valoración depende en gran medida de la percepción directa, de forma que la determinación de la credibilidad que corresponde otorgar a cada testigo es tarea atribuida al Tribunal de instancia, en virtud de la inmediación, sin que su criterio pueda ser sustituido en casación, salvo en casos excepcionales en los que se aporten datos o elementos de hecho no tenidos en cuenta por aquel Tribunal que puedan poner de relieve una valoración arbitraria. Tiene dicho esta Sala en S. 146/99 que el juicio sobre la prueba producida en juicio oral es solo revisable en casación en lo que concierne a su estructura racional, es decir, en lo que respecta en la observación por parte del Tribunal de los hechos, en las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y en conocimientos científicos. Por el contrario son ajenos al objeto de la casación aquellos aspectos del juicio que dependen substancialmente de la inmediación, o sea de la percepción directa de las declaraciones prestadas en presencia del Tribunal de instancia. En este sentido se ha señalado repetidamente que la cuestión de la credibilidad de los testigos en principio queda fuera de la posibilidad de revisión en el marco de la casación (STS. 22.9.92, 30.3.93, 7.10.2002).

2.- Ahora bien, si bien es la parte acusadora quien tiene la carga de la prueba de la culpabilidad del acusado, su verdadero espacio abarca dos extremos fácticos: la existencia real del ilícito penal y la culpabilidad del acusado, entendiendo el término "culpabilidad" como sinónimo de intervención o participación en el hecho y no en el sentido normativo de reprobabilidad jurídico-penal. Por ello mismo son ajenos a esta presunción los temas de tipificación STC 195/93 y las en ella citadas).

3.- Por otra parte solo puede considerarse prueba de signo incriminatorio o de cargo la que reúna las siguientes condiciones:

a) que sea obtenida sin vulneración de derechos fundamentales, directa o indirectamente conforme requiere el art. 11.1 LOPJ.

b) que se practique en el plenario o juicio oral, o en los supuestos de prueba anticipada o preconstituida, en la fase de instrucción siempre que sea imposible su reproducción en aquel acto y que se garantice al ejercicio del derecho de defensa y la posibilidad de contradicción STC 76/90, 138/92, 303/93, 102/94 y 34/96).

Si se cumplen las anteriores exigencias, en casación sólo hemos de verificar la comprobación de que en la causa exista prueba de signo incriminatorio o de cargo que pueda razonablemente ser calificada como suficiente, pero sin posibilidad de proceder en este recurso extraordinario a un nuevo análisis crítico de la prueba practicada, lo que, como ha hemos indicado, incumbe privativamente al Tribunal propiamente sentenciador o de instancia en virtud de lo dispuesto en los arts. 117.3 CE y 741 de la LECrim.

Doctrina esta asentada en la jurisprudencia de esta Sala STS 16.4.03), precisando que en junto a la vulneración a la presunción de inocencia se debe comprobar si hay prueba en sentido material (prueba personal o real);



si esta prueba es de contenido incriminatorio, si ha sido constitucionalmente obtenida, esto es si accedió libremente al juicio oral, si ha sido practicada con regularidad procesal, si es suficiente para enervar la presunción de inocencia; y finalmente, si ha sido razonadamente valorada por el Tribunal sentenciador. Más allá no se extiende nuestro control cuando la vulneración de presunción de inocencia se trata.

El intento de que esta Sala vuelva a valorar la prueba personal al margen del principio de inmediación está condenado al fracaso STS 120/03 de 28.2).

Por ello el derecho a la presunción de inocencia alcanza solo a la total carencia de prueba y no a aquellos casos en que los autos se halle reflejado un mínimo de actividad probatoria de cargo, razonablemente suficiente y producida en el juicio oral con las garantías procesales STS 26.9.03).

En definitiva, el recurso de casación no es un remedio valorativo de la prueba practicada en el juicio oral, conforme a los principios que rigen este acto procesal (oralidad, publicidad, inmediación, contradicción e igualdad de armas), sino que, cuando se alega, como es el caso, la vulneración de la presunción de inocencia, el Tribunal casacional únicamente debe verificar los controles anteriores, pero no puede efectuar una nueva valoración de la prueba al faltar el fundamental requisito de la inmediación procesal, pieza clave del sistema valorativo, que supone la apreciación de la prueba de carácter personal que se desarrolla en el plenario. Únicamente el vacío probatorio, o la falta de racionalidad en dicho proceso valorativo, pueden tener trascendencia casacional.

SEGUNDO: Pues bien la Sala de instancia valora las pruebas practicadas en las sesiones del juicio oral, cuyo resultado sintetiza en el Fundamento de Derecho primero, para llegar a la plena convicción moral de que los hechos llevados a cabo por el acusado son constitutivos de las infracciones cuya comisión cuestiona el recurrente.

Valoración probatoria que debe asumirse en esta alzada. En efecto la declaración de la víctima no es prueba indiciaria sino prueba directa y ha sido admitida como prueba de cargo tanto por la doctrina del Tribunal Supremo (SS. 2004 de 29.11, 313/2002) como del Tribunal Constitucional (SS. 201/89, 173/90, 229/91).

Así esta Sala, parte de que las declaraciones de la víctima no son asimilables totalmente a las de un tercero. Por ello cuando el Tribunal Constitucional respetando, con buen criterio, el ámbito de exclusividad de la potestad jurisdiccional penal constitucionalmente atribuidos a jueces y tribunales ordinarios, señala que la declaración de la víctima o denunciante puede ser prueba hábil para desvirtuar la presunción de inocencia, incumbiendo su valoración al tribunal sentenciador, ello no significa, desde luego, que con dicha declaración quede automáticamente desvirtuada la presunción de inocencia, en el sentido de que se invierta la carga de la prueba, dándose ya por probada la acusación e incumbiendo al acusado desvirtuar su presunta presunción de certeza de la acusación formulada, sino únicamente que dicha prueba no es inhábil a los efectos de su valoración como una prueba más, por el tribunal sentenciador, el cual debe aplicar obviamente, en esta valoración, criterios de razonabilidad que tengan en cuenta la especial naturaleza de la referida prueba.

En este sentido la STS. 30.1.99, ya destacó que las declaraciones de la víctima o perjudicado tienen valor de prueba testifical, siempre que se practiquen con las debidas garantías y son hábiles por si solas para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia, y de manera específica en los delitos en que por las circunstancias en que se cometen no suele concurrir la presencia de otros testigos, bien entendido que cuando es la única prueba de cargo exige - como ha dicho la STS. 29-4-97 - una cuidada y prudente valoración por el tribunal sentenciador, ponderando su credibilidad en relación con todos los factores subjetivos y objetivos que concurren en la causa, precisando la STS. 29-4-99 con que no basta la sola afirmación de confianza con la declaración testimonial cuando aparece como prueba única, la afirmación ha de ir acompañada de una argumentación y esta ha de ser razonable por encontrarse apoyada en determinados datos o circunstancias.

Precisamente este entendimiento de la doctrina constitucional es lo que ha llevado a esta Sala, cumpliendo su función nomofiláctica que no puede excluir de su campo de influencia una parcela tan primordial en el enjuiciamiento penal como es la de la valoración probatoria, a señalar esos tres parámetros mínimos de contraste a los efectos de valoración racional de la declaración del denunciante como prueba de cargo:

1º) ausencia de incredibilidad subjetiva, derivada de las relaciones acusador/acusado que pudieran conducir a la deducción de la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento, u otro interés de cualquier índole que prive a la declaración de la aptitud necesaria para generar certidumbre;

2º) verosimilitud, es decir constatación de la concurrencia de corroboraciones periféricas de carácter objetivo, que avalen lo que no es propiamente testimonio, una declaración de conocimiento prestada por una persona ajena al proceso, sino una declaración de parte, en cuanto que la víctima puede personarse como parte acusadora particular o perjudicada civilmente en el procedimiento (art. 109 y 110 L.E.Criminal);

3º) persistencia en la incriminación: ésta debe ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni



contradicciones, pues constituyendo la única prueba enfrentada a la negativa del acusado, que proclama su inocencia, prácticamente la única posibilidad de evitar la indefensión de éste es permitirle que cuestione eficazmente dicha declaración, poniendo de relieve aquellas contradicciones que señalen su inveracidad.

Conviene precisar a que tales tres elementos no han de considerarse como requisitos, de modo que tuvieran que concurrir todos los unidos para que la Sala de instancia pudiera dar crédito a la testifical de la víctima como prueba de cargo. A nadie se le escapa dice la STS. 19.12.2003, que cuando se comete un delito en el que aparecen enemistados autor y víctima, en estas infracciones que ordinariamente se cometen en la clandestinidad, puede ocurrir que las declaraciones de esta última tengan que resultar verosímiles por las concretas circunstancias del caso. Es decir, la concurrencia de alguna circunstancia de resentimiento, venganza o cualquier otro motivo moralmente inadmisibles, es solamente una llamada de atención para realizar un filtro cuidadoso de sus declaraciones, no pudiéndose descartar aquellas que, aun teniendo esas características tienen solidez, firmeza y veracidad objetiva.

Lo que importa en definitiva es la razonabilidad en esa convicción del Tribunal sobre la cual ha de argumentarse expresamente en el texto de la resolución condenatoria. El examen de tales tres elementos es sólo un camino o método de trabajo que esta Sala viene mostrando como una posibilidad en ayuda de las dificultades con que, con mucha frecuencia, se encuentran los órganos judiciales en estos casos.

TERCERO: En el caso examinado la sentencia de instancia destaca en cuanto a la prueba como ha oído el relato de lo ocurrido directamente de la persona que aparece como víctima y que declara en condiciones de efectiva contradicción, partiendo en sus manifestaciones sin desvío de las realizadas antes en la fase instructora del proceso, y como aprecia la Sala la persistencia en la denunciante que ha mantenido firmemente su declaración durante el juicio, verosimilitud en cuanto es claro exponente complementario de la declaración de la víctima, las lesiones sufridas por ésta, que fueron objetivadas por los correspondientes partes médicos y de sanidad, que las calificaron desde un principio como compatible con agresión sexual; y ausencia de móviles espúrios al no existir motivo alguno para apreciar que con la denuncia se persiga un lucro que no vaya más allá que el correspondiente a la reparación a la que el autor de todo delito viene obligado, haciendo especial hincapié en que la propia personalidad de la víctima le ha llevado a reanudar temporal y esporádicamente las relaciones con el fin de intentar rehabilitarlo.

Consecuentemente, ha existido prueba de cargo lícita, practicada en el juicio oral y suficiente para alcanzar un pronunciamiento condenatorio la valoración que de la misma lleva a cabo el Tribunal de instancia, en virtud de la inmediación, no debe esta Sala sustituirla por otra valoración alternativa de los elementos de prueba disponibles.

CUARTO: El motivo segundo al amparo del art. 849.1 LECrim. sobre infracción de ley, por aplicación indebida de los arts. 179, 169, 153 y 167 CP. "al no haberse cumplido el elemento subjetivo necesario para la comisión del precitado tipo penal" dado que de los hechos que se consideran probados en la sentencia recurrida, se han infringido los tipos penales expuestos en este motivo, puesto que de tales hechos no puede concluirse la existencia de los mismos, dado el consentimiento y la conducta de la presente víctima.

El motivo en su desarrollo no es sino reiteración del anterior en cuanto vuelve a incidir en que la condena se halla basada única y exclusivamente en las declaraciones de la presunta víctima, por lo que debe seguir igual suerte desestimatoria, máxime cuando en su argumentación no respeta los hechos probados haciendo afirmaciones contradictorias con el relato fáctico que declara expresamente en el apartado 1) que el procesado "pretendió mantener relaciones sexuales con ella y como ésta opusiera y quisiera marcharse, el acusado la cogió por los pelos y la zarandeó, arrojándola de forma violenta contra la pared. así como en un movimiento posterior cuando el acusado la había obligado a desnudarse, meterse en la bañera y ducharla con agua fría, "el denunciado se introdujo en la bañera y cogiéndola del pelo, le orinó dentro de la boca, posteriormente, salió de la bañera él, la sacó al pasillo, la tiró al suelo y pisó el cuello, dándole patadas en la espalda y penetrándola analmente".

Pretender con el anterior relato fáctico -cuyo escrupuloso respeto exige la vía casacional elegida, art. 849.1 LECrim. que se reduce exclusivamente a comprobar si, dados los hechos que se declaran probados en la sentencia que se recurre que han de ser respetados en su integridad, orden y significación, se aplicaron correctamente a los mismos, por los juzgadores de instancia, los preceptos penales en que los subsumieron, se dejaron de aplicar los que correspondían, o fueron los aplicados o dejados de aplicar erróneamente, interpretados en su aplicación o falta de aplicación (SSTS. 6.5.2002, 25.2.2003, 29.1.2005)- que hubo consentimiento de la víctima resulta total y absolutamente carente del mas mínimo fundamento.

En consecuencia, el motivo debe ser desestimado.

Recurso Ministerio Fiscal



QUINTO: El motivo primero al amparo del art. 849.1 LECrim. por inaplicación del art. 153 CP. por cuanto en el apartado 1 de los hechos probados se describe una conducta que además de integrar el delito de agresión sexual por el que se condena, es también constitutiva del delito del art. 153, en su redacción vigente a la fecha de los hechos, conforme LO. 11/2003 de 29.9, con la agravación a que se refiere el párrafo 2 al tener lugar en el domicilio de la víctima, delito que absorbe la falta de lesiones del art. 617 CP.

El motivo debe ser estimado.

La LO. 11/2003 de 29.9 introdujo un tipo de nueva planta en el art. 153, cuyo anterior contenido se ha desplazado al art. 173.2.

El art. 153 quedó redactado de la siguiente forma:

"El que, por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código o golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión o amenazare a otro de modo leve con armas y otros instrumentos peligrosos, incluido en todos estos casos el ofendido fuera alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2, será castigado....."

"Se impondrán las penas en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el art. 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza".

Este artículo ha sido modificado por LO. 1/2004 de 28.12 de medidas de Protección Integral contra la violencia de Género, modificación que no estaba en vigor cuando los hechos acaecieron.

Consecuentemente se transforman de esta forma en delito conductas que hasta entonces eran constitutivas de las faltas previstas en los arts. 617 y 620 CP., suprimiéndose el último párrafo del art. 617.

El tipo comprende, por tanto, abarcando también los actos aislados, todas las lesiones no constitutivas de delito, maltratos de obra, amenazas con armas o instrumentos peligrosos, ejercidas sobre alguna de las personas contempladas en el art. 173.2.

La conducta consistente en causar lesiones que no sean constitutivas de delito no plantea especiales problemas por cuanto la reforma se ha limitado a convertir la falta del art. 617.1 -también la del art. 617.2 por cuanto la acción de golpear o el maltrato de obra sin causar lesión es la conducta equivalente a la falta antedicha- en delito cuando el agresor tiene unas relaciones especiales con el sujeto pasivo.

En el caso presente la víctima según el relato fáctico "a consecuencia de los hechos tuvo que acceder a un Centro de salud donde fue asistida de hematomas en ambas regiones inguinales, contusión en ceja derecha, crisis de ansiedad y contractura muscular dorso-escapular derecha, aplicándosele para su curación una primera asistencia, con un tiempo de curación de 8 días no impeditivos". Resultado lesivo que constituiría la falta de lesiones del art. 617.1 CP., pero que estando ya en vigor, el 8.10.2003, el art. 153, en la redacción que le dió la LO. 11/2003 de 29.9, debe integrarse en este último precepto, con aplicación del subtipo agravado de haberse perpetrado en el domicilio común.

Delito este que no es absorbido por el delito de agresión sexual: Esta Sala, STS. 105/2005 de 29.1, tiene declarado:

La violación solamente consume las lesiones producidas por la violencia cuando estas pueden ser abarcadas dentro del contenido de ilicitud que es propio del acceso carnal violento como por ejemplo lesiones en la propia zona genital, no ocasionadas de modo deliberado sino como forzosa consecuencia del acto carnal forzado.

Pero cuando, como sucede en este caso, se infieren lesiones deliberadas y adicionales, como medio de vencer la resistencia de la víctima y con entidad sustancial autónoma, procede la aplicación de lo dispuesto en el art. 77.1 y 3, sancionando ambas acciones por separado, ya que el desvalor del resultado realmente producido supera el desvalor del delito más grave, ssTS. 10.12.2002, 23.12.96, que adoptan este criterio porque cuando se trata de un solo hecho o de un mismo comportamiento que genera dos o más infracciones penales, por constituir una conducta pluriofensiva que atenta a dos o más bienes jurídicos protegidos, la perfecta valoración jurídico-penal requiere la punición de todas las infracciones resultantes y no solo la de aquella que goza de primacía o preponderancia, y así lo entiende, por ejemplo la sTS. 3.6.96 que descarta la consunción de las lesiones en el delito de agresión sexual en la medida en que, por regla general, si el bien jurídico de la libertad sexual que este protege se puede lesionar sin afectar la salud y la integridad corporal que protege el tipo de las lesiones es evidente que el atentado a la libertad sexual no lleva implícita las lesiones corporales que con él se puedan causar a la víctima.



SEXTO: El motivo segundo por la vía del art. 849.1 LECrim. denuncia infracción por indebida aplicación del art. 617 CP. al haber sido calificados los hechos del apartado B de los hechos probados como constitutivos de la referida falta de lesiones junto con el delito del art. 153 CP. -amenazas-, argumentando que se produjeron unas lesiones que precisaron primera asistencia sin impedimento y si bien tal conducta está recogida en el art. 153, entiende la sentencia que deben ser penadas autónomamente por la falta antedicha, ya que el bien jurídicamente protegido por el art. 153 y que fue conculcado por la amenaza ya ha sido objeto de represión.

El Ministerio Fiscal no comparte esta solución, por cuanto en ningún caso cabría sancionar por la vía del art. 617 CP. ya que los hechos del maltrato sin lesión están tipificados en el art. 153 CP. en el caso concreto con la agravación consiguiente de haberse producido en el domicilio de la víctima y podrá plantearse incluso el estar en presencia no de uno sino de dos delitos del art. 153 CP., sino por la amenaza y otro por el maltrato. No obstante, dado el modo de desarrollarse los hechos puede entenderse que se está en presencia de un supuesto de unidad de acto en el que aparecen englobadas la amenaza y el maltrato, por lo que la solución adecuada será poner este hecho como constitutivo de un delito del art. 153 CP. párrafo segundo, excluyendo la falta de lesiones.

El motivo debe merecer favorable acogida.

En efecto las amenazas leves con armas y otros instrumentos peligrosos -el empleo de la copulativa "y" en lugar de una disyuntiva (como hacen los arts. 148.1, 242.2, 552.1 y 620.1), es una errata del tipo penal y la lógica interpretativa lleva inequívocamente a pensar que basta con que se use un arma o un instrumento peligrosos conducta tipificada como delito en el art. 153 en la actualidad tras la reforma LO. 1/2004 de 28.12- lo está dentro del Capítulo II del Título VI "delitos contra la libertad" en los apartados 4, 5 y 6 art. 171 - y en el caso enjuiciado en los hechos probados, apartado B se describe el incidente acaecido el 23.11.2003 en el que el acusado, enfadado, agresivo y movido por los celos, comenzó a increpar a la mujer, dándole fuertes gritos y empezando a romper objetos del hogar diciéndole "no te voy a dejar marcas, para que no me denuncies, pero hoy ten por seguro que te mato" a la vez que exhibía con actitud intimidatoria un cristal de la mesa que previamente había fracturado". Conducta esta que supone una amenaza leve con instrumentos peligrosos, pues como tal debe entenderse un cristal de una mesa fracturado cuyos bordes cortantes suponen un riesgo evidente de producir lesiones graves, incardinable en el art. 153 CP, con la consecuencia a efectos de punición de que la agravante del párrafo segundo "utilizando armas" no pueda operar por cuanto dicha circunstancia que constituye la agravante específica se encuentra contemplada en el tipo básico en la conducta enjuiciada "amenazara a otro de modo leve con armas" y ello por imperativo del principio de legalidad y de las exigencias derivadas del "non bis in idem, no pudiendo una misma circunstancia integrar, a la vez, el tipo básico y el cualificado (art. 67 CP.), sin perjuicio de que en el concreto caso si concurra otra circunstancia agravante cual es que el delito tuvo lugar en el domicilio común.

Ahora bien en el hecho probado 1) también se hace constar que "al empezar a darle puñetazos, la mujer aprovechando un momento de descuido salió al balcón y saltó al de una vecina, donde empezó a pedir socorro..... a consecuencia de estos hechos Maite padeció contusiones en ambas mejillas y dorsales que precisaron una asistencia médica, con un tiempo de curación de 5 días, sin impedimento para su vida habitual.

La solución de la sentencia recurrida de estimar estos hechos como constitutivos de una falta de lesiones del art. 617, aun cuando tal conducta también está recogida en el art. 153, pero reservando este precepto para la amenaza ya analizada en el Fundamento anterior, no es correcta; pues si a la amenaza prosigue la agresión, aquélla queda embebida en esta.

En efecto existe, a juicio de la Sala, no una pluralidad de acciones independientes sino lo que se denomina unidad natural de acción.

Este supuesto problemático en la dogmática penal, parte de la existencia de una pluralidad de actos, de acciones, que son valorados como una unidad, constituyendo un objeto único de valoración jurídica será natural o jurídica -dice la STS. 18.7.2000 - en función del momento de la valoración, si desde la perspectiva de una realidad social que así lo percibe, o desde la propia norma.

En todo caso se requiere una cierta continuidad y una vinculación interna entre los distintos actos entre si, respondiendo todos a un designio común que aglutina los diversos actos realizados. Dicho en otros términos existirá unidad de acciones y no pluralidad de acciones, entendidas ambas en el sentido de relevancia plural, cuando la pluralidad de actuaciones sean percibidas por un tercero no interviniente como una unidad por su realización conforme a una única resolución delictiva, como una misma acción natural, careciendo de sentido descomponerlo, ni varios actos delictivos (SSTS. 19.6.99, 4.4.2000, 19.4.2001, 23.6.2005), por cuanto la lesión delictiva solo experimente una progresión cuantitativa dentro del mismo injusto unitario y responde a la misma motivación.



Doctrina aplicable al caso enjuiciado en el que el ánimo de lesionar absorbe las amenazas proferidas en el mismo momento de la agresión, en virtud de las reglas de especialidad y absorción del art. 8.1 y 3 CP. y no por el concurso de delitos, ofensas aquellas que habrán de regularse, por tanto, en una sola infracción, art. 153, a medir por la total acción efectuado.

En base a lo razonado procede absolver al acusado de la falta de lesiones, art. 617, por lo que había sido condenado.

SEPTIMO: El motivo tercero al amparo del art. 849.1 LECrim. por infracción, por inaplicación del art. 173 CP. por cuanto el conjunto de los hechos descritos en la sentencia revelan en el comportamiento del acusado una conducta que debe ser sancionada conforme al indicado precepto, cuya aplicación rechaza la sentencia recurrida en cuanto al nº 2, cuya redacción entró en vigor el 1.10.2003, porque por los hechos de agosto fue absuelto; la violencia ejercida el 8.10.2003 tenía por finalidad atentar contra la libertad sexual y también ha sido objeto de represión en los Fundamentos anteriores, con lo cual solo queda los de 23.11.2003 e los que no se puede apreciar el requisito de habitualidad.

En la definición legal que el art. 173.3 da de la habitualidad excluye, expresamente, la necesidad del enjuiciamiento previo de los actos de violencia individuales, recogiendo textualmente "con independencia de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores". por ello el delito de violencia habitual en el entorno familiar tiene sustantividad propia, de forma que los concretos actos de violencia psíquica o física tienen valor de acreditar la actitud del agresor y en consecuencia, en el concreto enjuiciamiento anterior de estos concretos actos impide su consideración a los efectos de apreciar la habitualidad, ni tampoco se precisa el enjuiciamiento previo, bastando tan solo con la comprobación de la realidad que se denuncia, STS. 24.6.2000, añadiendo las SSTS. 9.7.2001 y 16.5.2003, que la necesidad legal de penar separada y cumulativamente el delito de violencia doméstica habitual y los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia no supone una infracción del principio "non bis in idem".

La Sentencia de esta Sala 927/200 de 24-6, realiza un detenido estudio de las características y funciones al antiguo art. 153 CP. -actual art. 173.2- que penaliza la violencia doméstica cuya grave incidencia en la convivencia familiar es innegable y su doctrina debe complementarse por otras ss. T.S. 645/99 de 29 abril, 834/2000 de 19 de mayo, 1161/2000 de 26 de junio o 164/2001 de 5 marzo. La violencia física y psíquica a que se refiere el tipo es algo distinto de los concretos actos de violencia aisladamente considerados y el bien jurídico es mucho más amplio y relevante que el mero ataque a la integridad, quedando afectados fundamentalmente valores de la persona y dañado el primer núcleo de toda sociedad, como es el núcleo familiar. Esta autonomía del bien jurídico, de acción y de sujetos pasivos, unido a la situación de habitualidad que se describe en el art. 153 es el que permite con claridad afirmar la sustantividad de este tipo penal; los concretos actos de violencia solo tienen el valor de acreditar la actitud del agresor y por ello ni el anterior enjuiciamiento de estos actos impide apreciar la existencia de este delito (se estaría en un supuesto de concurso de delitos, art. 77, y no de normas) ni se precisa tal enjuiciamiento, bastando la comprobada realidad de la situación que se denuncia.

Lo relevante será constatar si en el "factum" se describe una conducta atribuida al recurrente que atenta contra la paz familiar y se demuestra en agresiones que dibujen ese ambiente de dominación y temor sufrido por los miembros de la familia, abstracción hecha de que las agresiones hayan sido o no denunciadas o enjuiciadas y que permitan la obtención del juicio de certeza sobre la nota de habitualidad que junto con el ataque a la paz familiar constituyen así dos coordenadas sobre las que se vértebra el tipo penal.

Por ello la reiteración de conductas de violencia física y psíquica por parte de un miembro de la familia, unido por los vínculos que se describen en el precepto, o que mantenga análogas relaciones estables de afectividad constituyen esta figura delictiva aun cuando aisladamente consideradas serian constitutivos de falta, en cuanto vienen a crear, por su repetición, una atmósfera irrespirable o un clima de sistemático maltrato, no solo por lo que implica de vulneración de los deberes especiales de respeto entre las personas unidas por tales vínculos y por la nefasta incidencia en el desarrollo de los menores que están formándose y creciendo en ese ambiente familiar. Se trata de valores constitucionales que giran en torno a la necesidad de tutelar la dignidad de las personas y la protección a la familia.

Finalmente en cuanto a la habitualidad que necesariamente debe darse en el ejercicio de la violencia física dentro del ámbito de las relaciones familiares, es una exigencia típica, un tanto imprecisa, que ha originado distintas corrientes interpretativas.

La más habitual entiende que tales exigencia se satisfacen a partir de la tercera acción violenta, criterio que no tiene más apoyo que la analógica aplicación del concepto de habitualidad que el art. 94 CP. establece a los efectos de sustitución de las penas. Otra línea interpretativa, prescindiendo del automatismo numérico anterior, ha entendido que lo relevante para apreciar la habitualidad, más que la pluralidad en si misma, es la



repetición o frecuencia que suponga una permanencia en el trato violento, siendo lo importante que el Tribunal llegue a la convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente.

Esta es la postura más correcta. La habitualidad no debe interpretarse en un sentido jurídico de multireincidencia en falta de malos tratos -lo que podría constituir un problema de non bis in idem- parece más acertado optar por un criterio naturalístico entendiendo por habitualidad la repetición de actos de idéntico contenido, pero no siendo estrictamente la pluralidad la que convierte a la falta en delito, sino la relación entre autor y víctima más la frecuencia que ello ocurre, esto es, la permanencia del trato violento, de lo que se deduce la necesidad de considerarlo como delito autónomo.

No se trata, por ello, de una falta de lesiones elevada a delito por la repetición, ya que no puede especularse en torno a si son tres o más de tres las ocasiones en las que se ha producido la violencia como se ha recogido en algunos postulados doctrinales para exigir la presencia del hecho delictivo por la habitualidad del maltrato sino que lo importante es que el Juez llegue a esa convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente. En esta dirección la habitualidad debe entenderse como concepto criminológico-social, no como concepto jurídico- formal por lo que será una conducta habitual la del que actúa repetidamente en la misma dirección con o sin condenas previas, ya que éstas actuarían como prueba de la habitualidad, que también podría demostrarse por otras más.

Por ello, lo esencial será constatar esa constante situación agresiva del recurrente hacia su esposa, que la sentencia considera acreditada, pues no es ocioso recordar que el delito del art. 173.2 consiste en ejercicio de violencia física o psíquica, con habitualidad, sin que requiera, además, la producción de un resultado material sino de peligro abstracto para la seguridad y salud personal de la víctima. En esta dirección debemos considerar la violencia como toda acción u omisión de uno o varios miembros de la familia que dé lugar a tensiones, vejaciones u otras situaciones similares en los diferentes miembros de la misma, concepto amplio que comprendería las más variadas formas de maltrato que se dan en la vida real.

OCTAVO: Aplicando la doctrina expuesta al caso sometido a revisión en esta sede casacional, el motivo debe ser estimado.

En efecto, ya hemos indicado que el delito del art. 173.2, redacción LO. 11/2003 de 29.9, al igual que el anterior art. 153- es independiente de los delitos o faltas en que se hubieran concretados los actos de violencia física o psíquica, cuya probanza debe acreditarse en el proceso por el delito del art. 173.2, así se infiere del último apartado del mismo que habla de actos de violencia "que resulten acreditados" y de que "con independencia de que los actos violentos" hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores. Es decir cuando no se ha interpuesto denuncia por los episodios individualizados de violencia, todos los hechos, -tanto los constitutivos de falta como los que en su caso pudieran dar lugar a un delito de lesiones- podrán ser valorados para conformar la tipicidad del art.173.2 CP., originando un concurso de delitos que arrastrará, en su caso, las correspondientes sanciones por esas faltas o delitos. Se exceptúa el supuesto de que las faltas pudiesen estar prescritas. En estos casos, en principio, no sería imponible una sanción por la falta, pero nada impide valorar esas agresiones a los efectos del art. 173.2 . En este sentido las SSTs. 927/2000 de 24.6, 687/2000 de 16.4: Los hechos constitutivos de posibles faltas no prescriben a los efectos del presente delito y pueden ser valorados e integrados en la habitualidad, de forma que la prescripción comienza a correr a partir del último de los episodios violentos considerados, y 662/2002 de 18.4 "los concretos actos de violencia solo tienen el valor de acreditar la actitud del agresor y por ello ni el anterior enjuiciamiento de estos actos impide apreciar la existencia de este delito.. ni se precisa tal enjuiciamiento, bastando la comprobada realidad de la situación que se denuncia... siendo al respecto irrelevante tanto las protestas de haber sido ya enjuiciados y autónomamente como faltas las agresiones o que por falta de denuncia y el tiempo transcurrido aquéllas hayan quedado prescritas".

Esta doctrina tiene incidencia en los hechos denunciados en agosto 2003 y que terminaron en sentencia absolutoria. En efecto, en principio, sería permisible en el nuevo proceso por el delito del art. 173.2 CP. discrepar de la valoración de la prueba hecha en las sentencias anteriores y considerar a los únicos efectos de integrar la noción de habitualidad, que esas conductas de violencia -ya enjuiciados desde la perspectiva individual- existieron. Lo que no cabría es condenar por esas previas faltas por impedirlo la cosa juzgada.

En el ámbito jurisdiccional penal la cosa juzgada carece de eficacia prejudicial o positiva, es decir, lo afirmado o declarado probado en una sentencia firme no vincula en otros procesos posteriores. La absolución por un delito o falta de lesiones o malos tratos no implica necesariamente la absolución por el delito del art. 173.2 CP, en el que se enjuicia no cada acto aislado, sino la situación creada.

La cosa juzgada penal solo cumple la función negativa o excluyente y no la positiva o prejudicial. La sentencia absolutoria cuyo objeto fuese un concreto acto aislado de maltrato -especialmente si en ella no afirma paladinamente la inexistencia del hecho- impediría un nuevo enjuiciamiento de esos hechos, pero no su



valoración a los fines de considerar que ha existido habitualidad en un proceso abierto posteriormente por el delito del art. 173.2 CP.

Pudiera objetarse si con este entendimiento se está no sólo negando la eficacia positiva de la cosa juzgada, sino violando su mismo efecto negativo, por estarse juzgando de nuevo los mismos hechos, dado que es como es sabido el cambio de calificación no permite su nuevo enjuiciamiento, pero hay que entender que en la medida en que la perspectiva es distinta no puede hablarse de los mismos hechos: se está contemplando una situación permanente y no episodios aislados (STS. 10.10.2005)

NOVENO: Igualmente pueden ser valorados a efectos del art. 173.2, los actos de violencia acaecidos el 8.10.2003. El argumento de la sentencia de instancia de que la violencia tenía por finalidad atentar contra la libertad sexual y ya ha sido objeto de represión en los fundamentos anteriores, no puede ser acogido por esta Sala.

Sabida es la grave dificultad que hay, en general, para distinguir entre concurso de leyes o normas y concurso de delitos, particularmente cuando se trata de examinar si se produjo absorción de un delito más simple en otro de mayor complejidad (art. 8.3.1 CP). En estos casos, hemos dicho y repetido en esta Sala (SSTS. 875/2004 de 19.6, 1706/2002 de 9.10), de acuerdo con la doctrina, solo cabe un criterio de valoración jurídica sumamente impreciso: si la aplicación de una norma cubre la totalidad de la significación antijurídica del hecho, nos encontramos ante un concurso de normas; si para abarcar toda esa significación antijurídica es preciso acudir al castigo conforme a las dos leyes en juego, estamos ante un concurso de delitos, real o ideal, según las características de cada hecho.

Por ello la cuestión planteada está íntimamente relacionada con el principio "non bis in idem" que como señala la STC 221/97 de 4.12, si bien no aparece expresamente reconocido en el texto constitucional, ha de estimarse comprendido en su art. 25.1 en cuanto integrado en el derecho fundamental a la legalidad penal con el que guarda íntima relación (SSTC. 2/81, 154/90 y 204/96 entre otras). Tal principio, evidentemente intocable en el supuesto de una duplicidad de acciones penales, es decir, cuando un mismo delito fuera objeto de sentencias condenatorias distintas (STC. 66/81), supone, en definitiva, la prohibición de un ejercicio reiterado del "ius puniendi" del Estado, que impide castigar doblemente tanto en el ámbito de las sanciones penales como en el de las administrativas.

En lo que concierne a la esfera jurídico-penal el principio "non bis in idem" aparece vinculado a la problemática referida al concurso de delitos y a la pluralidad de procesos penales, así como a la excepción procesal de la cosa juzgada. Pues bien, hemos de afirmar que si se constata adecuadamente el doble castigo penal por un mismo hecho, a un mismo sujeto y por idéntica infracción delictiva, tal actuación punitiva habría de reputarse contraria al art. 25.1 CE, sin que la observancia de este mandato constitucional pueda quedar eliminada o paliada por la naturaleza más o menos compleja del delito cuya imputación ha determinado la doble condena penal. Siempre que exista identidad fáctica, de ilícito penal reprochado y de sujeto activo de la conducta inculpada, la duplicidad de penas, y un resultado constitucionalmente proscrito y ello con independencia de que el origen de tal indeseado efecto sea de carácter sustantivo o bien se asiente en consideraciones de naturaleza procesal".

En este sentido la STS. 458/2003 de 31.3 reitera que "cuando los hechos delictivos encajan en dos disposiciones penales y no es necesario aplicar las dos para abarcar la total antijuricidad del suceso, nos hallamos ante un concurso de normas a resolver por lo regulado en el art. 8 CP, concretamente por la regla 3ª que recoge el criterio de la absorción, a aplicar cuando el precepto penal más amplio consume o otro más simple...". Pero la consunción de una norma solo puede admitirse cuando "ninguna parte injusta del hecho" queda sin respuesta penal, debiendo accederse en otro caso al concurso de delitos.

Pues bien, en modo alguno puede entenderse por la teoría de la consunción que el delito de violencia habitual del art. 173.2 puede ser absorbido por el delito de agresión sexual y el delito de lesiones art. 153, cuando son totalmente distintos, como distinto es el bien jurídico de una y otra infracción, siendo perfectamente autónomos e independientes sin que entre ellos exista la relación que haga posible un supuesto de progresión o se dé el caso de que uno de los preceptos en los que el hecho es subsumible en su injusto el todo, de modo que el supuesto fáctico previsto por una de las normas constituya parte integrante del previsto por otra, y si se admitiera la aplicación del principio de consunción no se produciría la íntegra desvalorización del hecho, si se penara solo la agresión sexual y no el maltrato y lesiones, quedaría impune una parte injusta del hecho.

En efecto esta autonomía del bien jurídico -la dignidad de la persona y su derecho a no ser sometida a tratos inhumanos o degradantes en el ámbito de la familia, la paz en el núcleo familiar como bien jurídico colectivo- de acción y de sujetos pasivos, unido a la situación de habitualidad que se describe en el art. 173.2 es el que permite con claridad afirmar la sustantividad de este tipo penal; los concretos actos de violencia física o psíquica tienen el valor de acreditar la actitud del agresor y por ello se reitera, ni el anterior enjuiciamiento



de estos actos o el enjuiciamiento en un solo proceso, impide apreciar la existencia de este delito (se estaría en un supuesto de concurso de delitos, art. 77, y no de normas) ni se precisa tal enjuiciamiento, bastando la comprobada realidad de la situación que se denuncia, como ha quedado reforzado en la reforma del tipo penal dada por la Ley 14/99 de 9.6, ampliada por la de Ley 11/2003 de 29.9.

Consecuentemente siendo factible valorar tanto los de hechos denunciados en agosto 2003, como los acaecidos el 8.10.2003, y por supuesto, el incidente del 23.11.2003, se dan las condicionamientos para apreciar esa habitualidad, dada la repetición o frecuencia de estos actos que supone una permanencia en el trato violento y la apreciación de un elemento cronológico, de cercanía temporal entre los distintos episodios de violencia, lo que lleva a esta Sala a la convicción de que la víctima vivía en un estado de permanente agresión. Es en esta permanencia donde radica el mayor desvalor que justifica una tipificación autónoma por la presencia de una gravedad mayor que la que resultaría de la mera agregación de las desvaloraciones propia de cada acción individual.

DECIMO: Llegados a este punto se nos plantea el problema de cómo el Ministerio Fiscal pide la aplicación del subtipo agravado del art. 173.2 por concurrir la agravante específica de perpetrarse en el domicilio común, y, a su vez, esta misma agravante concurre en los hechos aislados de 8.10 y 23.11.2003 que calificados por el art. 153, pasan a conformar la violencia habitual del art. 173.2, si se parte de la compatibilidad de las condenas por los delitos de los arts. 153 y 173.2, parece evidente que la misma circunstancia no podrá ser tenida en cuenta para agravar los dos delitos pues, en tal caso, se estaría quebrantando el principio "non bis in idem".

En el caso actual en el que se enjuician conjuntamente la conducta concreta y la habitual, de la que aquella no es sino una específica expresión, serían posibles, según la doctrina, dos opciones:

- 1) Entender cometido un delito del art. 153 en la modalidad agravada en concurso real con un delito del art. 173.2.
- 2) Aplicarse el subtipo agravado del art. 173.2.2 más un delito del art. 153.

Esta última posibilidad es la más lógica teniendo en cuenta la expresión utilizada en el art. 173.2 cuando dice "se impondrán las penas en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia...", y el principio de alternatividad y mayor gravedad punitiva del art. 8.4 CP.

Otro entendimiento llevaría a la ilógica conclusión de que la agravación nunca operaría en el art. 173.2 en la medida de que normalmente aparecerá también en una de las conductas concretas.

DECIMO PRIMERO: Desestimándose el recurso del acusado Pedro Miguel se le imponen las costas, art. 901 LECrim.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación, interpuesto por Pedro Miguel, por infracción de Ley y precepto constitucional, contra sentencia dictada el 9.5.2005 por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Tercera, en causa seguida contra el mismo por delitos de agresión sexual y otros, condenando al pago de las costas del recurso.

Y estimando el recurso interpuesto por EL MINISTERIO FISCAL por infracción de Ley, debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación, y en su virtud casamos y anulamos la referida sentencia, dictándose a continuación, nueva sentencia más conforme a derecho.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador a los efectos legales procedentes, 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 D. Joaquín Delgado García D. José Ramón Soriano Soriano D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintitrés de Mayo de dos mil seis.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción nº 8, de Zaragoza con el número 1 de 2004, y seguida ante la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 3ª, por delito de agresión sexual amenazas, violencia familiar, contra Pedro Miguel, nacido en Zaragoza el 11 de septiembre de 1960, con DNI. NUM002, hijo de Carlos y de Mª Jesús, de estado divorciado, de profesión encofrador, con instrucción, sin antecedentes penales, de solvencia



no acreditada y en libertad provisional por esta causa de la que estuvo privado del 23 al 25 de noviembre de 2003; la Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

Se aceptan los de la sentencia recurrida incluidos los hechos probados.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Tal como se ha explicitado en el Fundamento de Derecho quinto de la sentencia precedente, los hechos descritos en el apartado B del relato fáctico, constituyen, además de un delito de agresión sexual, un delito de lesiones previsto y penado en el art. 153.1, redacción dada LO. 11/2003 de 29.9.

Segundo.- Igualmente los hechos del apartado B, constituyen otro delito del mismo precepto 153.1, que consume la falta del art. 617 por la que también había sido condenado, tal como se ha razonado en el Fundamento de Derecho sexto de nuestra sentencia anterior.

Tercero.- Finalmente los hechos probados son constitutivos de un delito de violencia habitual art. 173.2 con la aplicación de la figura agravada de suceder los hechos en el domicilio común.

Cuarto.- En relación a la necesaria individualización de las penas procede imponer: por el primer delito del art. 15.3, teniendo en cuenta las circunstancias personales del acusado y la entidad de las lesiones producidas, la pena de 4 meses de prisión, privación de 1 año y 3 meses del derecho a la tenencia o porte de armas, y a la inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; por el segundo delito del art. 153, valorando la totalidad de la acción efectuada en la que las lesiones absorben las amenazas previas, y por tanto, su mayor desvalor, resulta adecuada la de 7 meses prisión, privación de 2 años del derecho a tenencia o porte de armas, y a la inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; y por el delito de violencia habitual, art. 173.2, que prevé una pena de prisión de 6 meses a tres años y privación del derecho a la tenencia y porte de armas de 2 a 5 años, a ser de aplicación la figura agravada del párrafo 2º de perpetrarse alguno o algunos de los actos de violencia en el domicilio común, deben aquéllas ser impuestas en su mitad superior, esto es, un año, 9 meses y 1 día de prisión con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante la condena, y tres años, seis meses y un día de privación de la tenencia y porte de armas.

III. FALLO

Que manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia dictada por la Sección Tercera, de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 9 de mayo de 2005, debemos condenar y condenamos a Pedro Miguel como autor responsable de dos delitos de lesiones ya definidos, a las penas, por el primero, 4 meses de prisión, privación de 1 año y 3 meses del derecho a la tenencia y porte de arma e inhabilitación para el derecho sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; y por el segundo, 7 meses prisión, privación de 2 años del derecho de tenencia y porte de armas e inhabilitación para el derecho sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y como autor responsable de un delito de violencia habitual a las penas de 1 año, 9 meses y 1 día prisión, 3 años, 6 meses y 1 día de privación de la tenencia y porte de armas e inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante la condena.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Joaquín Delgado García D. José Ramón Soriano Soriano D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

PUBLICACIÓN.- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.