



Roj: **STS 971/2018 - ECLI:ES:TS:2018:971**

Id Cendoj: **28079120012018100124**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/03/2018**

Nº de Recurso: **1409/2017**

Nº de Resolución: **133/2018**

Procedimiento: **Penal. Apelación procedimiento abreviado**

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

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP VI 520/2017,**
STS 971/2018

RECURSO CASACION núm.: 1409/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 133/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andres Martinez Arrieta

D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

D. Luciano Varela Castro

D. Antonio del Moral Garcia

D^a. Ana Maria Ferrer Garcia

En Madrid, a 20 de marzo de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Vitoria, Sección Segunda, de fecha 2 de mayo de 2017, que le condenó por delitos de malos tratos habituales y de lesiones al acusado, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados, siendo también parte el Ministerio Fiscal y como parte recurrida D. Ildefonso, y estando dicho recurrente acusado representado por el Procurador Sr. Castro Casas; Acusación Particular Dña. Julieta, representada por el Procurador Sr. Bartolomé Dobarro.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Vitoria instruyó sumario con el nº 55 de 2014 contra Ildefonso, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Álava, Sección Segunda, que con fecha 2 de mayo de 2017 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:



"De la apreciación conjunta de las pruebas practicadas en el acto del juicio resultan probados, y así se declaran, los siguientes hechos: PRIMERO.- El procesado, Don Ildefonso (en adelante, Don Pelayo), con DNI NUM000 , nacido en LAUSANA (Suiza), con domicilio en CALLE000 , número. NUM001 , NUM002 NUM003 (Vitoria-Gasteiz), sin antecedentes penales, y Doña Julieta (en adelante, Doña Salome), iniciaron una relación sentimental a principios de Enero de 2010 hasta inicios de enero de 2014 (en concreto, 23 de enero del mismo año), conviviendo en distintos domicilios. Así, en los albores de la relación estuvieron conviviendo en el domicilio de la madre de Don Pelayo sito en la CALLE001 NUM002 de Vitoria-Gasteiz hasta finales de marzo, principios de abril, ambos, de 2011, momento que pasaron a residir en el domicilio de Doña Salome sito en la CALLE002 NUM004 , NUM005 NUM006 de Vitoria-Gasteiz, afincándose alguna temporada en el domicilio de Don Pelayo como ocurrió entre febrero y mayo de 2013. SEGUNDO.- Dentro de este contexto convivencial, pasados los primeros meses de relación, el procesado comenzó a adoptar una actitud que se nutría de evidentes marcadores de celos y hostigamiento a Salome mediante numerosas llamadas telefónicas, "whatsapps", control de sus amistades, forma de vestir o seguimientos de sus trayectos a través del teléfono móvil de aquélla el cual había sido configurado "ex profeso" por el procesado, bajo la ignorancia de Salome . Asimismo, durante el tiempo que duró su relación, salvo los primeros meses, Don Pelayo profería continuos insultos a Doña Salome , la humillaba y descalificaba, diciéndole que "era una zorra", "que iba provocando", "eres mía", "todos te quieren follar", siendo constantes las discusiones entre ambos, inmersos en una dinámica de pareja disfuncional que fue interrumpida (y reanudada) hasta en 15 ocasiones. El estado de dependencia emocional en el que estaba imbuida Doña Salome , no sólo le llevaba a reanudar la relación (cuando ésta se interrumpía) sino a no denunciar la situación vivida con anterioridad al día en que lo hizo (26 de enero de 2014) confiando en que su pareja iba a cambiar atendiendo a sus promesas de que así iba a ser; y a sus cambios constantes de actitud hacia ella, volviéndose en ocasiones cariñoso y comprensivo. TERCERO.- El día 23 de enero de 2014, pasadas las 0 horas, en el domicilio de Salome , procesado y ésta mantuvieron una discusión que desembocó en un forcejeo y agresión de Don Pelayo a Doña Salome a consecuencia de la cual, esta última sufrió hematomas polarizados en antebrazo izquierdo, cara externa de pierna izquierda y en tercio medio de muslo izquierdo, que precisaron una única asistencia médica, tardando en curar 8 días durante los que Doña Salome no estuvo incapacitada para sus ocupaciones habituales. CUARTO.- Como consecuencia de los anteriores hechos Doña Salome desarrolló un cuadro de labilidad emocional y trastorno adaptativo con sintomatología depresiva y ansiosa habiendo sido tratada psicológicamente y farmacológicamente (tratamiento ansiolítico e hipnótico), tras la denuncia de los hechos, sin llegar a presentar lesiones ni secuelas psíquicas. QUINTO.- No consta probado que a lo largo de la relación sentimental y, en concreto, durante el mes de enero de 2011, cuando convivían en el domicilio de la madre de Don Pelayo , o entre marzo-abril de 2011, ya en el domicilio de Salome , o julio de 2013, o el día referido anteriormente en el que discutieron, 23 de enero de 2014, pasadas las 0 horas, en el domicilio de Doña Salome , el procesado obligara a ésta a mantener relaciones sexuales in consentidas mediante el uso de la violencia o intimidación. SEXTO.- Por esta causa, Don Pelayo está sometido por auto de fecha 27 de enero de 2014 a medida cautelar de prohibición de acercamiento a menos de 200 metros de Petra y de comunicación con ésta por cualquier medio".

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

"QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS, COMO ASÍ HACEMOS, A DON Ildefonso como autor penalmente responsable de los siguientes delitos y a las siguientes penas del CP, en la redacción otorgada por LO 1/2015, de 30 de marzo: A.- Un delito agravado de malos tratos habituales del art. 173.2 CP , ya definido, sin la concurrencia de ninguna circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, con la imposición de la pena de 21 meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho del sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y privación del derecho a la tenencia y porte de armas por el tiempo mínimo de 4 años, así como, la prohibición de acercarse a menos de 200 metros a Doña Julieta en cualquier lugar donde ésta se encuentre, así como a su domicilio y lugar de trabajo y comunicar con ella por cualquier medio por tiempo de DOS años superior a la duración de la citada pena de prisión -que cumplirá simultáneamente con la pena privativa de libertad- (esto es, un total de 3 años y 9 meses). B.- Un delito de lesiones de menor gravedad en el ámbito de la violencia de género, ya definido, sin la concurrencia de ninguna circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, a la pena de cuarenta jornadas de trabajos en beneficio de la comunidad (40) y a la pena de un año y seis meses de privación del derecho a la tenencia y porte de armas, así como, la pena accesoria de 6 meses de prohibición de aproximarse a menos de doscientos metros de la persona de la víctima en cualquier lugar donde se encuentre, de su domicilio, de su centro escolar o de trabajo, y de cualquier otro lugar que frecuente; ni, por el mismo tiempo, comunicarse con la víctima por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual. Si bien, en base a lo argumentado "ut supra" (FD NOVENO), en caso de que no consintiere el penado la pena de trabajos en fase de ejecución, se le impone la pena de 6 meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena; así como, la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas



por el tiempo mínimo de 1 año y un día, así como, la prohibición de acercarse a Menos de 200 metros a Doña Salome en cualquier lugar donde ésta se encuentre, a su domicilio y lugar de trabajo y comunicar con ella por cualquier medio por tiempo de UN año superior a la duración de la citada pena de prisión -que cumplirá simultáneamente con la pena privativa de libertad- (esto es, un total de 1 año y 6 meses). DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS, COMO ASÍ HACEMOS, A DON Ildefonso del delito continuado de agresión sexual (violación) del que venía siendo acusado, con toda clase de pronunciamientos favorables. Por vía de responsabilidad civil CONDENAMOS a DON Ildefonso a que indemnice a DOÑA Julieta en la cantidad de 288 euros por las lesiones físicas causadas y 2.000 euros por los danos morales padecidos debido a los hechos narrados, devengando la cantidad TOTAL (2.288 euros) los intereses procesales, ex art. 576 LEC. Se imponen a DON Ildefonso, el pago de las 2/3 partes de las costas procesales causadas, incluidas las de la acusación particular, declarándose el resto de oficio. Hasta que la presente resolución sea firme, quedan ratificadas las medidas cautelares actualmente adoptadas, en concreto, la medida de prohibición de acercamiento y comunicación en su día acordada por auto de fecha 27 de enero de 2014 en sus mismos términos. Hágase abono -en su caso- al penado para el cumplimiento de la pena impuesta accesoria del tiempo que lleve en vigor la medida de prohibición de acercamiento y comunicación en su día acordada. Frente a esta resolución cabe interponer Recurso de Casación ante la Sala segunda del Tribunal supremo, preparándose ante esta Audiencia provincial dentro del plazo de cinco días, computados desde el día siguiente al de la notificación de la Sentencia".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, por el **Ministerio Fiscal** y por la representación del acusado **D. Ildefonso**, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- I.- El recurso interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL**, lo basó en el siguiente MOTIVO DE CASACIÓN:

Motivo único.- Se interpone al amparo del art. 849.1º y 852 L.E.Cr. y 5.4 L.O.P.J., L.E.Cr., infracción de precepto constitucional, al entender que la sentencia recurrida vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto por el acusado, se dio también por instruida la representación de la parte recurrida, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 8 de marzo de 2018, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El motivo único del recurso se interpone al amparo de los artículos 849.1 y 852 LECrim, y 5.4 LOPJ, infracción de precepto constitucional al entender que la sentencia recurrida vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva.

Considera que se produce la infracción al no pronunciarse la sentencia sobre determinados hechos que fueron objeto de la acusación, tal como se explica en el fundamento de derecho primero al resolver la cuestión previa planteada por la defensa, argumentando que el señor Ildefonso nunca debió ser acusado por los episodios recogidos en los escritos de conclusiones provisionales de los acusados, referidos a tres agresiones sexuales con acceso carnal supuestamente sufridas por la señora Salome entre abril de 2011 y julio 2013, y otra entre febrero y mayo 2013, dado que las mismas no aparecían recogidas en el auto de procesamiento y, por ende, no podían ser objeto de acusación, citando en su apoyo la STS del 10 febrero 2016.

El Ministerio Fiscal no comparten la exclusión del conocimiento en el juicio oral de estos cuatro hechos, puesto que, en primer lugar, si tenían cabida en el auto de procesamiento- que expresamente recogía Ildefonso ... sin perjuicio de ulterior valoración e indiciariamente, ha podido venir ejerciendo malos tratos, amenazas, agresiones sexuales y vejaciones de manera sistemática y continuada sobre su compañera sentimental Julieta ... para a continuación, relatar diversos episodios identificados, incluidos dentro de esos malos tratos continuados y agresiones sexuales sistemáticas- y en segundo, porque ninguna indefensión se causó a la defensa, habida cuenta de que los hechos ya habían sido introducidos en una ampliación de la denuncia de fecha 30 octubre 2014, y el acusado conoció tales hechos el 17 diciembre 2014, cuando ya había sido formulada la ampliación de la denuncia ratificada por la denunciante, en su declaración indagatoria, en la que se acogió a su derecho a no declarar, y tuvo igualmente conocimiento de los escritos de acusación y la oportunidad de defenderse, proponiendo los medios de prueba que estimara oportunos en su escrito de defensa.



El conocimiento exacto de los términos en los que se plantea al debate hace aconsejable la transcripción a efectos comparativos de la parte del auto de procesamiento dictado por el Juez de instrucción con fecha 3 noviembre de 2015: " *Ildefonso sin perjuicio* de ulterior valoración e indiciariamente, ha podido venir ejerciendo malos tratos, amenazas, agresiones sexuales y vejaciones de manera sistemática y continuada sobre su compañera sentimental Julieta (nacida en Francia, mayor de edad y residente en el momento que ocurrieron los hechos en la CALLE002 n° NUM004 ; NUM005 NUM006 de Vitoria-Gasteiz) desde al menos el año 2010 y hasta el día 23 de enero de 2014, concretándose éstos en los siguientes:

En enero de 2011, mientras *Ildefonso* y su pareja sentimental se encontraban en casa de unos amigos, aquél arrojó a ésta sobre la cama y rompiéndole el camisón se puso encima de ella y le bajó el tanga, aprovechando **Ildefonso** para penetrarla aunque ella mostró su oposición a mantener relaciones sexuales con este.

En el mes de abril de 2011, mientras **Ildefonso** y su pareja sentimental se encontraban en casa de esta sita en la CALLE002 n° NUM004 ; NUM005 NUM006 de -Vitoria- Gasteiz, aquél la arrojó sobre la cama y mantuvo relaciones sexuales sin el consentimiento de esta.

En el mes de agosto de 2013, mientras **Ildefonso** y su pareja sentimental se encontraban de vacaciones, aquél mantuvo relaciones sexuales sin el consentimiento de esta.

Sobre las 00:01 horas del día 23 de enero de 2014, el **Ildefonso** inició una discusión con su pareja sentimental, la hoy perjudicada, Julieta , en el domicilio de esta sito en la CALLE002 n° NUM004 ; NUM005 NUM006 de Vitoria-Gasteiz durante el curso de la cual, aquel arrojó a su compañera sentimental al pasillo y la arrastró hasta el dormitorio y posteriormente sobre la cama; lugar en el que acercó la cara de ella a la suya al tiempo que le decía: "ERES MÍA". Posteriormente, el indicado **Ildefonso** le arrancó los pantalones de pijama que ella portaba hasta que le introdujo uno o varios dedos de su mano en su vagina mientras la agarraba y sujetaba por los brazos al pretender ella desasirse de tal situación y mostrar siempre su negativa.

El escrito de acusación del Ministerio Fiscal de fecha 8 noviembre 2.016, por su parte recoge:

"Asimismo el acusado cometió contra Julieta numerosos episodios de violencia sexual, en los que, empleando la fuerza física y contra la voluntad de Julieta , la obligaba a tener relaciones sexuales, dejándole a menudo marcas en la entrepierna, muslos y manos.

De los múltiples episodios de maltrato y agresiones sexuales cometidos por el acusado contra Julieta pueden destacarse, entre otros, los siguientes:

-En momento no determinado de *Enero 2011*, en el domicilio de la madre del acusado 0 sito en la CALLE001 de Vitoria Gasteiz, tras una discusión, el acusado intentó mantener relaciones sexuales con Julieta en la cama de su habitación, Julieta no quería y se fue al sofá, el acusado la convenció para que volviese a la cama. Allí el acusado continuó intentando mantener relaciones sexuales con Julieta , y ésta se opuso, empezaron a pelear y el acusado, con ánimo libidinoso y, con la intención de satisfacer sus deseos sexuales, empleando la fuerza física se colocó encima de Julieta , le levantó el camisón rompiéndole un tirante, le bajó el tanga y la penetró vaginalmente ante la fuerte oposición física y reiterada negativa de Julieta , produciéndole dolor.

-En momento no determinado *finales de marzo-abril de 2011*, en la vivienda sita en CALLE002 NUM004 - NUM005 NUM006 de Vitoria, propiedad de Julieta , donde ambos convivían, se produjo una discusión a cuenta de que Julieta cuidaba al marido de la modista de su tienda, que estaba muy enfermo, y el acusado decía que Julieta no tenía tiempo para él. El acusado, con ánimo libidinoso y con la intención de satisfacer sus deseos sexuales, empujó a Julieta , lanzándola a la cama, cayendo ésta con el borde del armazón, se levantó pero el acusado volvió a empujada lanzándola a la cama, forcejeó mucho con ella, se colocó encima de Julieta , que se oponía fuertemente dándole patadas y golpes con las manos, sin poder moverle, la inmovilizó sujetándola con las manos, apartó el tanga, y la penetró vaginalmente.

-En otra ocasión dentro del periodo de convivencia en la vivienda de Julieta antes mencionada, entre *Abril de 2011 y Julio de 2013* el acusado agredió sexualmente a Julieta al menos en otras tres ocasiones:

-En una de ellas el acusado, en la cama de la habitación común, con ánimo libidinoso y la intención de satisfacer sus deseos sexuales agarró a Julieta de las dos muñecas con una mano en la espalda, puso las dos piernas cerrando las de ella y con la otra mano agarraba la cara, y sujetándola, la penetró vaginalmente, ante la resistencia de Julieta que mordió el labio al acusado. La perjudicada llegó a sangrar y tuvo un fuerte dolor de espalda.

- En otra ocasión el acusado, en la cama de la habitación común, con ánimo libidinoso y con la intención de satisfacer sus deseos sexuales, obligó a Julieta por la fuerza mantener relaciones sexuales, ante su oposición, abriéndole las piernas agarrándola con manos, la penetró vaginalmente y luego la sujetó de las manos y la penetró analmente, como consecuencia le causó varios moretones y marcas en la entrepierna y en los muslos.



-En otra ocasión, el acusado, en la cama de la habitación común, con ánimo libidinoso y con la intención de satisfacer sus deseos sexuales intentó mantener relaciones sexuales con Julieta ante la oposición y negativa de esta, que se quedó bloqueada y rígida como una estatua. El acusado le dijo que así no podía hacerlo, se enfadó y después de proferir palabras malsonantes si vistió y se marchó de casa pegando un portazo, y posteriormente volvió.

Julieta se había tapado entera en la cama y el acusado le dijo que tenían un problema, que así no podía acostarse con ella, a lo que Julieta respondió que eso no era acostarse, que eso era forzar a una persona, y el acusado se marchó.

- En momento no determinado en el periodo entre Febrero y mayo de 2013, en el que convivieron en el domicilio del acusado sito en la CALLE000 n° NUM001 - NUM002 ° NUM003 de Vitoria, tras dormir Julieta dos días durmiendo en el sofá y el acusado le recriminó que no iba a dormir con él y le convenció para ir a la habitación. Julieta le dijo que sólo quería dormir, pero el acusado le dijo que quería algo más, entonces Julieta dijo que entonces iba al sofá. El acusado, con ánimo libidinoso y con la intención de satisfacer sus deseos sexuales, empujó a Julieta, ella le dijo que no quería mantener relaciones sexuales pero el acusado la lanzó a la cama, forcejeó fuertemente con ella, que se opuso fuertemente, profiriendo fuertes gritos mostrando su oposición, pese a lo cual la penetró vaginalmente. Julieta, a raíz de estos hechos se marchó de la vivienda, y al cabo de unos días volvieron a vivir juntos en la vivienda de Julieta.

-El acusado agredió sexualmente de nuevo a Julieta en Julio de 2013, y como consecuencia Julieta dejó la relación, hasta que en Noviembre de 2013 permitió que el acusado volviera a convivir en el domicilio de Julieta, y durante ese periodo el acusado realizó múltiples llamadas y envió múltiples mensajes a Julieta, pidiendo perdón, para retomar la relación.

-Los episodios de malos tratos físicos, psicológicos y sexuales culminaron con los hechos cometidos por el acusado el día 23/01/14. En dicha fecha a la 00:01 h, en el domicilio de Julieta sito en CALLE002 n° NUM004 - NUM005 NUM006 de Vitoria, comenzó una discusión entre ellos por los celos patológicos que sufría el acusado. En un momento dado, el acusado tiró al suelo a Julieta, la arrastró hasta el dormitorio, la arrojó sobre la cama, encarándose a ella con el rostro junto al suyo diciéndole como otras tantas veces "eres mía". El acusado arrancó a Julieta los pantalones de pijama que llevaba puestos, se bajó los pantalones, se echó encima de Julieta, y contra la voluntad de ésta, con ánimo libidinoso y con la intención de satisfacer sus deseos sexuales, intentó mantener una relación sexual con ella penetración vaginal. Al no poder conseguirlo, ante la defensa de Julieta, que se resistía fuertemente y le propinaba patadas con las piernas para apartarlo, sin conseguirlo, el acusado, que continuaba encima de Julieta, empleando violencia, con idéntico ánimo libidinoso y para satisfacer sus deseos sexuales, la penetró vaginalmente con los dedos de la mano, mientras la agarraba con la otra mano sujetando a Julieta por los brazos contra la cama".

La discrepancia en que se basa el recurso se centra, por tanto y de forma exclusiva en la decisión de la Audiencia Provincial de no pronunciarse sobre los cuatro episodios de agresión sexual no comprendidos en el auto de procesamiento, por lo que, según entendieron los jueces de instancia, nunca debió haberse formulado acusación.

- Conforme al artículo 384 LECrim. " Desde que resultare del sumario algún indicio racional de criminalidad contra determinada persona, se dictará auto declarándola procesada y mandando que se entiendan con ella las diligencias...". El auto de procesamiento -nos dice la STS. 78/2016 de 10 de febrero "- representa, en el ámbito del procedimiento ordinario, la resolución por la que el Juez de instrucción formaliza la inculpación y delimita objetiva y subjetivamente el proceso. Y lo hace mediante una resolución motivada que encierra la provisionalidad derivada, tanto de su naturaleza como acto de inculpación susceptible de ser dejado sin efecto en atención al resultado final de la investigación, como de la singular configuración de la fase intermedia en nuestro sistema (art. 627 LECrim). Con su dictado el Juez de instrucción expresa la asunción jurisdiccional de los indicios que justificaron la imputación. Del mismo modo, determina la legitimación pasiva, al convertirse en un requisito previo de la acusación, hasta el punto de que nadie puede ser acusado sin haber sido previamente procesado.

No faltan autores que reducen el alcance del auto de procesamiento a la delimitación subjetiva del proceso, pero sin capacidad para condicionar al Fiscal o al resto de las acusaciones para definir en sus respectivos escritos de conclusiones los presupuestos fácticos que habrían de ser objeto de debate en el acto del juicio oral. Quizás la literalidad del art. 650.1 de la LECrim aliente esta interpretación, en la medida en que, al describir el contenido de la conclusión fáctica del escrito de conclusiones provisionales, alude a los "... hechos punibles que resulten del sumario". De acuerdo con este enunciado, la búsqueda del soporte fáctico que el Fiscal puede rescatar para integrar el hecho por el que se formula acusación, no tendría que limitarse al auto de procesamiento, sino que podía alcanzar a cualquier otro hecho que hubiera sido puesto de manifiesto durante



la instrucción del sumario. La única exigencia para descartar la vulneración del derecho de defensa habría que asociarla al hecho de que esa imputación pudiera ser objeto de debate contradictorio en el plenario.

SEGUNDO.- No es éste, sin embargo, el criterio que asume la Sala. El auto de procesamiento, con todo el carácter provisional que quiera atribuírsele, no puede limitar su funcionalidad a la definición de quién haya de soportar la acusación. Esta resolución, para cuyo dictado el más clásico de los tratadistas exigía de los Jueces "una moderación y una prudencia exquisitas", es algo más. La garantía jurisdiccional, tal y como fue concebida en el modelo del sumario ordinario no puede contentarse con dibujar el *quién* de la inculpación. Ha de precisar también el *qué* y, por supuesto, el *porqué*. Sólo así cobra pleno sentido el sistema de investigación jurisdiccional al que se somete la fase de investigación en el procedimiento ordinario. Una interpretación microliteral del art. 650.1 de la LECrim, conduciría a la desnaturalización del sistema ideado para hacer eficaz la garantía jurisdiccional en el procedimiento ordinario. De hecho, llevado a sus últimas consecuencias obligaría a tolerar, por ejemplo, que el Fiscal pudiera formular acusación por hechos excluidos por decisión judicial en el momento de dictar la resolución de admisión a trámite de una querrela. Esos hechos *resultan* del sumario y, sin embargo, no pueden integrar el acta de acusación.

Es evidente que el grado de vinculación entre el auto de procesamiento y el escrito de acusación del Fiscal no puede entenderse más allá de sus justos términos. En efecto, la formulación de las conclusiones provisionales corresponde al Ministerio Fiscal. Es él quien actúa el *ius puniendi* del Estado y quien decide con la autonomía funcional predicable de su configuración constitucional, qué va a ser objeto de acusación y contra quién va dirigirse la pretensión punitiva. El Juez de instrucción no puede exigir del Fiscal que el hecho por el que se formula acusación y las personas que hayan de soportar esa acusación coincidan con el relato fáctico y con el juicio de inculpación que ha considerado procedente expresar en el auto de procesamiento. El Fiscal puede no incorporar a su acta de acusación algunos de los hechos acogidos en el auto de procesamiento. Puede también apartarse de la subsunción suscrita por el Instructor y calificar los hechos con una tipicidad alternativa. Puede no acusar a todos y cada uno de los investigados que fueron declarados procesados por el Juez. Está facultado, como es lógico, para instar la revocación del auto de conclusión del sumario para la inclusión de aquellos presupuestos fácticos que, a su juicio, hayan sido erróneamente omitidos por el Juez de instrucción (cfr. art. 627 LECrim). Pero si descarta el sobreseimiento libre o provisional (arts. 637, 641 y 642 LECrim) y se inclina por formular acusación, no podrá desbordar el relato fáctico dibujado por el Juez de instrucción ni podrá acusar a quien previamente no haya sido declarado procesado.

Esta forma de concebir el auto de procesamiento como fórmula de concreción de la garantía jurisdiccional, no puede conducir a una interpretación que exija una exactitud fáctica, correlativa entre aquella resolución inculpatoria y el escrito de acusación del Fiscal. Hemos dicho en muchas ocasiones que el objeto del proceso es de cristalización progresiva. Pues bien, el auto de procesamiento es la primera de las decisiones que contribuye a la fijación de los términos del debate. Indudablemente son las conclusiones provisionales del Fiscal las que permiten a la acusación pública formalizar la pretensión punitiva y delimitar por primera vez el objeto del proceso. Pero son las conclusiones definitivas, una vez practicada la prueba, las que lo dibujan de modo definitivo, delimitando el ámbito decisorio del órgano jurisdiccional. La vinculación objetiva no es identidad objetiva. No es identidad incondicional. Pero sí lo es en lo atinente a los presupuestos fácticos nucleares que definen el tipo objetivo por el que se decretó el procesamiento. La correlación entre ese enunciado fáctico proclamado por el Juez instructor y el que luego asume el escrito de acusación del Fiscal ha de ser interpretada, claro es, con la flexibilidad que permite el progreso de las investigaciones y, en su momento, el desarrollo de la actividad probatoria en el juicio oral.

El argumento que late en el recurso del Fiscal, referido a la posibilidad que se dio al procesado de defenderse en el acto del juicio oral de los hechos no incluidos en el acto de procesamiento, no puede compartirse. No estamos ante un problema de tutela judicial efectiva, ni siquiera de indefensión formal o material. La prohibición de incluir en el escrito de conclusiones hechos que no han sido objeto del auto de procesamiento es una nota definitoria del sistema. Su exigencia dibuja un presupuesto de legitimidad para el ejercicio de la acusación. No se trata de decidir si el procesado pudo o no defenderse, sino de proclamar que nunca debió haber sido acusado.

Doctrina la anterior que se reitera en la presente resolución pues aun siendo cierto que una ampliación en el relato histórico del escrito de acusación en relación con la descripción de hechos contenida en el auto de procesamiento no implica siempre una mutación sustancial a los efectos del principio acusatorio y del correlativo derecho de defensa, pues las modificaciones de detalles o de aspectos meramente secundarios, no conculcan tales principios y pueden ser introducidas por las acusaciones, tal supuesto no sería el del caso actual, en cuanto la introducción de hechos en el escrito de acusación se refiere a aspectos tan esenciales como cuatro agresiones sexuales sufridas por la víctima entre abril 2011 y julio 2013 y otra entre febrero y mayo 2013, no comprendidas en el auto de procesamiento.



El auto de procesamiento vincula las partes en cuanto a los hechos imputados y las personas responsables, por cuanto dicho auto no tiene por finalidad y naturaleza la función acusatoria del Ministerio Fiscal y del resto de las acusaciones, de modo que la ausencia de determinación expresa de un delito en referida resolución no impide que pueda ser objeto de acusación si la base fáctica del mismo aparece en el auto y el acusado conocía la misma cuando prestó declaración.

En este sentido el artículo 118 LECrim , con carácter general y el artículo 389 y ss, con carácter específico para el sumario ordinario, imponen del órgano instructor de ilustrar a procesados de los hechos de la causa abierta en su contra. El examen de estos preceptos ha de llevar a la siguiente conclusión: en primer lugar la de que el juez de instrucción, en cualquier caso, está siempre obligado a determinar dentro de la fase instructora quien sea el presente autor del delito a fin de citarlo personalmente de comparecencia, comunicarle el hecho punible cuya comisión se le atribuye, ilustrarle de la totalidad de los derechos, que integra la defensa y tomarle declaración con el objeto de indagar, no sólo dicha participación, sino también permitir que el acusado sea oído por la Autoridad judicial y pueda exculparse de los cargos contra él existentes, con independencia de que haya prestado declaración ante otras autoridades que hayan interesado en el sumario.

De la anterior información se desprende en segundo lugar, la lógica consecuencia de que la acusación no pueda, exclusivamente desde un punto de vista subjetivo, dirigirse contra persona que no haya adquirido previamente la condición judicial de imputado , puesto que de otro modo podrían producirse en la práctica, acusaciones sorpresivas de ciudadanos con la consiguiente apertura contra ellos del juicio oral, aun cuando no hubieren gozado de la más mínima posibilidad de ejercitar su derecho de defensa a lo largo de la fase instructora. En este sentido no hay que olvidar que una de las funciones esenciales de la imputación es la de determinar la legitimación pasiva en el proceso penal, (art. 299), en cuya virtud constituye objeto de las diligencias previas determinen " las personas que en él hayan participado", función que en el proceso común se realiza a través del procesamiento y que en el proceso penal abreviado, suprimido el procesamiento, dicha función debe llevarse a cabo mediante la previa imputación judicial, pues, de lo contrario, las partes acusadoras, públicas o privadas, serían enteramente dueñas de dirigir la acusación contra cualquier ciudadano, confundiendo el principio acusatorio con el dispositivo, con sustancial merma de las garantías de defensa, permitiéndose, en definitiva, que personas inocentes pudieran verse innecesariamente sometidas a la "penalidad" de la publicidad del juicio oral (STC. 16.11.90), en efecto el auto de procesamiento en el sumario ordinario tiene la finalidad de fijar la legitimación pasiva así como el objeto del proceso penal, en la medida que el instructor realiza una valoración jurídica tanto de los "hechos como sobre de la imputación objetiva de los mismos". En definitiva se está en presencia de un acto de imputación formal efectuada por el juez instructor exteriorizador de un juicio de probabilidad de naturaleza incriminatoria delimitador objetivo y subjetivo del proceso.

Ahora bien el contenido delimitador que tiene el auto de procesamiento para las acusaciones se circunscribe a los hechos allí reflejados y a las personas procesadas no a la calificación jurídica que haya efectuado el instructor a la que no queda vinculado la acusación sin merma de los derechos de los acusados, con la única limitación de mantener la identidad de hechos y de inculpados, las acusaciones son libres de efectuar la traducción jurídico penal que estimen más adecuada. La interpretación contraria, esto es, partir de que el legislador ordene delimitar el objeto del proceso penal mediante una relación sucinta de hechos que luego no han de ser respetados por las acusaciones, carecería de cualquier sentido. Es decir, el objeto del proceso penal no es absolutamente libre para las acusaciones, sino que el juez controla, en nuestro sistema jurídico, aquello que va a ser materia de enjuiciamiento penal, tanto para evitar acusaciones sorpresivas como para delimitar los aspectos fácticos de las imputaciones que considere procedentes-de ahí las posibilidades de sobreseimiento que al juez le otorgan-. Y ese control judicial está sujeto a los oportunos recursos a favor de las partes, artículo 384, párrafo sexto, recursos de reforma contra la denegación de procesamiento en cuanto a la inclusión de hechos que constituirían delitos no contemplados y contra su denegación, reproducir la petición ante la Audiencia en el traslado a que se refiere el artículo 627 LECrim , en la fase intermedia.

En el caso actual en sus conclusiones provisionales el Ministerio Fiscal y la acusación particular introdujeron cuatro episodios de agresiones sexuales (tres acaecidas entre abril 2011 y julio 2013) durante el periodo de convivencia en la vivienda de D^a Julieta , y otra en un momento no determinado entre febrero y mayo 2013 en el domicilio del acusado y no recogidas en el auto de procesamiento, circunstancia esta que la defensa denunció cuando tuvo conocimiento y ocasión de hacerlo: escrito de defensa, conclusión primera, presentado el 12.12.2016 (folios 115-210 Rollo Sala).

En base a lo expuesto el recurso deberá ser desestimado, máxime cuando resulta de especial relevancia destacar que la sentencia recurrida absuelve al Sr. Ildefonso del resto de las agresiones sexuales que se le imputaba, en un periodo temporal coincidente, con una motivación que no ha sido cuestionada por las acusaciones que no han recurrido tal pronunciamiento absolutorio.



La nulidad de la sentencia que se solicita con devolución de la causa a la Audiencia Provincial a los efectos de reponer la causa al inicio del juicio oral, para que éste se celebre teniendo por objeto la totalidad de los hechos objeto de la calificación provisional del Fiscal y la acusación particular, supondría someter al acusado a un nuevo enjuiciamiento por hechos-agresiones sexuales durante el mes de enero 2011, cuando convivían en el domicilio de la madre de Pelayo , en el mes abril 2011 ya en el domicilio de Salome ; en el mes de agosto cuando se encontraban de vacaciones, y el 23.1.2014 ,por los que ha sido absuelto por la Audiencia- sin recurso alguno de las partes acusadoras.

TERCERO.- Se declaran las costas de oficio. (ar. 901 LECrim.)

FALLO

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

Desestimar el recurso interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL** , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Vitoria, Sección Segunda, de fecha 2 de mayo de 2017 , que le condenó por delitos de malos tratos habituales y de lesiones al acusado . Se declaran de oficio las costas.

Comuníquese dicha resolución, a la mencionada Audiencia, con devolución de la causa en su día remitida.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Andres Martinez Arrieta D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

D. Luciano Varela Castro D. Antonio del Moral Garcia

D^a. Ana Maria Ferrer Garcia