



Roj: **STS 64/2021 - ECLI:ES:TS:2021:64**

Id Cendoj: **28079120012021100020**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **13/01/2021**

Nº de Recurso: **891/2019**

Nº de Resolución: **2/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **VICENTE MAGRO SERVET**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP GC 2682/2018,**  
**STS 64/2021**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 2/2021**

Fecha de sentencia: 13/01/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 891/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 12/01/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Procedencia: Audiencia Provincial Las Palmas de Gran Canaria, Sección Segunda.

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

Transcrito por: MBP

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 891/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

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

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 2/2021**

Excmos. Sres.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Vicente Magro Servet



D. Leopoldo Puente Segura

En Madrid, a 13 de enero de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuesto por la representación del acusado **D. Cesar**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, Sección Segunda, que le condenó por delitos de agresión sexual, de malos tratos habituales cometido en domicilio común, de maltrato en el ámbito familiar y delito leve de vejaciones, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente acusado representado por la Procuradora Dña. M<sup>a</sup> Eugenia de Francisco Ferreras y bajo la dirección Letrada de D. Vicente Flores Guerra.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.**- El Juzgado de Instrucción nº 2 de Telde instruyó sumario con el nº 4634 de 2013 contra Cesar, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, Sección Segunda, que con fecha 5 de diciembre de 2018 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"ÚNICO.- El procesado, Cesar, mayor de edad, y sin antecedentes penales, ha mantenido durante 18 años una relación sentimental con Margarita, con convivencia desde el año 2002, fruto de la cual han nacido cinco hijos. Desde el inicio de la convivencia y con especial intensidad desde el año 2010 aproximadamente, el acusado ha dado muestras de un comportamiento violento para con Margarita caracterizado por agresiones físicas esporádicas, obligándola a mantener relaciones sexuales aún cuando ella no quería, y constantes humillaciones e insultos, tales como *"puta, guarra, con quien has follado hoy, puta con quien has estado", mala madre, zorra*. Concretamente en día no determinado del mes de septiembre de 2013, en el domicilio familiar, en el transcurso de una discusión que estaba manteniendo con su hijo Guillermo, en la que intermedió Margarita, el procesado, con intención de menoscabar la integridad física, golpeó a ambos, sin que conste que dicha agresión les provocase lesiones. El día 31 de octubre de 2013 el procesado, con intención de vejear a Margarita se dirigió a ella diciéndole *"puta, guarra, que te vas a follar a La Laja, le voy a quitar a tus hijos y a meterlos en un reformatorio"*. También se declara probado que en horas de la madrugada del día 28 de octubre de 2013, en el domicilio familiar situado en el NUM000 de la CALLE000 del término municipal de Telde en el que en ese momento dormían 4 de los 5 hijos de ambos, en el dormitorio que compartían, el procesado, con la finalidad de satisfacer sus deseos sexuales y para vencer la negativa de Margarita a mantener relaciones sexuales con él, la agarró con fuerza del pelo con una mano mientras apretaba la otra mano alrededor de su garganta, poniéndose encima de ella colocando una rodilla en su pecho, y con la otra pierna intentar abrirle las piernas a la fuerza, consiguiéndolo a continuación con las manos, todo ello mientras le decía a su mujer *"te vas a enterar", "te voy a matar, si no eres para mí, no eres para nadie", "voy a matar a tus hijos", "voy a quemar la casa"*. Durante el forcejeo mantenido con su pareja, quien le pedía en voz baja, para no despertar a sus hijos, " Cesar, déjame en paz", el procesado logró quitarle las bragas y, adoptando ya Margarita una actitud pasiva debido a la inutilidad de su resistencia y para que cesara la violencia del procesado, éste la penetró vaginalmente. A consecuencia de la acción del procesado, Margarita, que fue reconocida por el médico forense, presentó una contusión en antebrazo izquierdo de unos 3 cm. en la cara externa y un hematoma de 1 cm. en la cara interna del muslo izquierdo, de las que sanó sin impedimentos ni secuelas, ni necesidad de tratamiento. Margarita ha presentado, relacionado directamente con la vivencia de la dinámica relacional habitual con el procesado, sintomatología ansiosa y un estado de alerta, angustia y temor".

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

"Que CONDENAMOS al acusado Cesar : A) Como autor de un delito de agresión sexual previsto y penado en el artículo 179 en relación con el 178 y del Código Penal, con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal atenuante de dilaciones indebidas y agravante de parentesco, a la pena de prisión de SEIS AÑOS y SEIS MESES, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el mismo tiempo, así como, la prohibición de acercarse a Margarita o a su domicilio o a cualquier lugar donde se encuentre a una distancia no inferior a 500 metros, así como la de comunicarse con ella, por cualquier medio, por tiempo de 8 años. B) Como autor de un delito de malos tratos habituales cometido en domicilio común, del artículo 173, 2, párrafos 1º y 2º, del Código Penal, con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal atenuante de dilaciones indebidas, a la pena de prisión de UN AÑO Y NUEVE MESES, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el mismo tiempo, privación del derecho a la tenencia y porte de armas durante tres años, así como, la prohibición de acercarse a Margarita o a su domicilio o a cualquier lugar donde se encuentre a una distancia no inferior a 500 metros, así como la de comunicarse con ella, por cualquier medio, por tiempo de 3 años. C) Como autor de dos delitos de maltrato en el ámbito familiar, de los artículos 153.1 y 3 y 153.2 del Código Penal, con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la



responsabilidad criminal atenuante de dilaciones indebidas, a las penas de 9 meses de prisión por el primero de los delitos, y de 3 meses de prisión por el segundo, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el mismo tiempo, así como privación del derecho a la tenencia y porte de armas durante tres años y prohibición de acercarse a Margarita o a su domicilio o a cualquier lugar donde cualquiera de ellos se encuentre, a una distancia no inferior a 500 metros, así como la de comunicarse con cualquiera de ellos, por cualquier medio, por tiempo de 3 años, y prohibición de acercarse a Guillermo, a una distancia no inferior a 500 metros por tiempo de 2 años. Y D) Como autor de un delito leve de vejaciones del artículo 173.4 del Código Penal, a la pena de localización permanente por tiempo de 5 días. En concepto de responsabilidad civil el acusado indemnizará a Margarita, en la cantidad de 4.000 euros, con aplicación del artículo 576 de la LECivil. Se acuerda igualmente imponerle a Cesar una medida de libertad vigilada a ejecutar tras el cumplimiento de la pena privativa de libertad que tendrá una duración de cinco años, cuya concreción se llevará a cabo de acuerdo con las previsiones del artículo 106 del Código Penal. Para el cumplimiento de la pena se le abonará a Cesar todo el tiempo que ha estado privado de libertad por esta causa. Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que contra ella cabe recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de cinco días".

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

**CUARTO.-** El recurso interpuesto por la representación del acusado **D. Cesar**, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Por infracción de precepto constitucional del art. 24 de la C. Española, en el apartado relativo a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías y a la tutela judicial efectiva, en relación con el art. 852 de la L.E.Cr.

Segundo.- Por infracción de ley del nº 1 del art. 849 L.E.Cr., ya que se ha infringido precepto penal de carácter sustantivo, esto es, aplicación indebida del art. 173.4 del C. Penal.

Tercero.- Por infracción de ley del nº 1 del art. 849 de la L.E.Cr., ya que se ha infringido precepto penal de carácter sustantivo, esto es, los arts. 21.6º y 66 del C. Penal, al no aplicarse la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada, y bajarse en consecuencia la pena en uno o dos grados, en relación al apartado b) del art. 846 bis c) de la L.E.Cr.

Cuarto.- Por infracción de precepto constitucional, por estimar vulnerado los arts. 24.1 y 24.2 de la C. Española, al haberse infringido los derechos fundamentales de mi representado a la tutela judicial efectiva, a un juicio con todas las garantías y a conocer la acusación (principio acusatorio que rige en el proceso penal) y correlación entre acusación y sentencia.

Quinto.- Por infracción de ley del nº 1 del art. 849 de la L.E.Cr., ya que se ha infringido precepto penal de carácter sustantivo, esto es, aplicación indebida del art. 173.2, párrafo 1 y 2 del C. Penal.

Sexto.- Por infracción de ley del nº 1 del art. 849 L.E.Cr., ya que se ha infringido precepto penal de carácter sustantivo, esto es, aplicación indebida del art. 153.1 y 3 y 152.2 del C. Penal.

**QUINTO.-** Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, solicitó su inadmisión y subsidiaria desestimación, 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 12 de enero de 2021, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Es objeto del presente recurso de casación el interpuesto por la representación de Cesar contra la Sentencia de fecha 5 de diciembre de 2018, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria.

**SEGUNDO.-** 1.- Por infracción de precepto constitucional del art. 24 de la C. Española, en el apartado relativo a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías y a la tutela judicial efectiva, en relación con el art. 852 de la L.E.Cr.

Planteándose la presunción de inocencia hay que reseñar que en cuanto al ámbito del control en relación a las pruebas de cargo de carácter personal que han sido valoradas por el tribunal de instancia en virtud de la inmediatez de que se dispuso -y de la que carece como es obvio esta Sala casacional- se puede decir con la



STS. 90/2007 de 23.1, que aborda precisamente esta cuestión, que es lo cierto que reiterada jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Constitucional han declarado la naturaleza efectiva del recurso de casación penal en el doble aspecto del reexamen de la culpabilidad y pena impuesta por el Tribunal de instancia al condenado por la flexibilización y amplitud con que se está interpretando el recurso de casación desposeído de toda rigidez formalista y por la ampliación de su ámbito a través del cauce de la vulneración de derechos constitucionales, singularmente por vulneración del derecho a la presunción de inocencia que exige un reexamen de la prueba de cargo tenida en cuenta por el Tribunal sentenciador desde el triple aspecto de verificar la existencia de prueba válida, prueba suficiente y prueba debidamente razonada y motivada, todo ello en garantía de la efectividad de la interdicción de toda decisión arbitraria –art. 9-3º–, de la que esta Sala debe ser especialmente garante, lo que exige verificar la razonabilidad de la argumentación del Tribunal sentenciador a fin de que las conclusiones sean acordes a las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, pero ajustado a las limitaciones que ya se han expuesto.

Así, para resumir, se deben comprobar varias cuestiones que desgajamos en las siguientes:

- 1.- Si hay prueba en sentido material (prueba personal o real).
- 2.- Si estas pruebas son de contenido incriminatorio.
- 3.- Si la prueba ha sido constitucionalmente obtenida, esto es, si accedió lícitamente al juicio oral.
- 4.- Si ha sido practicada con regularidad procesal.
- 5.- Si es suficiente para enervar la presunción de inocencia; y finalmente
- 6.- Si ha sido racionalmente valorada por el Tribunal sentenciador.

Las cinco primeras exigencias en orden a la obtención y práctica de la prueba deben ser tenidas en cuenta por el juez o tribunal penal para luego proceder este al juego de la valoración de la prueba consistente en la debida motivación de la sentencia, que es la sede en donde radica la función del juez para explicitar de forma razonada por qué opta por una determinada conclusión y cuál es la base probatoria sobre la que descansa esta elección. Además, en la resolución debe dejarse patente una suficiente motivación que evidencie que esta no es arbitraria o adoptada sin las exigencias de explicación suficiente acerca de por qué se llega a una determinada conclusión.

Además, como decimos, el privilegio de la inmediación veta a los órganos superiores, funcionalmente hablando, a revisar esta valoración de la prueba, como recuerda el TS al señalar que cuando en esta vía de casación se alega infracción de ese fundamental derecho, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a la presencia del juzgador de instancia, porque a éste sólo corresponde esa función valorativa ( STS 28- 12-2005).

Y dado que se alega que no ha habido "prueba de cargo" señalar que la doctrina apunta que la prueba de cargo ha de venir referida al sustrato fáctico de todos los elementos tanto objetivos como subjetivos del tipo delictivo, pues la presunción de inocencia no consiente en ningún caso que alguno de los elementos constitutivos del delito se presuma en contra del acusado ( SSTC 127/1990, de 5 de julio; 87/2001, de 2 de abril; 233/2005, de 26 de septiembre; 267/2005, de 24 de octubre; 8/2006, de 16 de enero; y 92/2006, de 27 de marzo).

En la misma dirección, la doctrina constitucional ha establecido que la presunción de inocencia opera, en el ámbito del proceso penal, como derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que su culpabilidad haya quedado establecida, más allá de toda duda razonable, en virtud de pruebas que puedan considerarse de cargo y obtenidas con todas las garantías.

La presunción de inocencia comporta en el orden penal, al menos, las cuatro siguientes exigencias:

- 1.ª) La carga de la prueba sobre los hechos constitutivos de la pretensión penal corresponde exclusivamente a la acusación, sin que sea exigible a la defensa una probatio diabólica de los hechos negativos ( STC 140/1991, de 20 de junio);
- 2.ª) solo puede entenderse como prueba la practicada en el juicio oral bajo la inmediación del órgano judicial decisor y con observancia de los principios de contradicción y publicidad;
- 3.ª) de dicha regla general solo pueden exceptuarse los supuestos de prueba preconstituida y anticipada, cuya reproducción en el juicio oral sea o se prevea imposible y siempre que se garantice el ejercicio del derecho de defensa y, especialmente, la posibilidad de contradicción ( SSTC 82/1992, de 28 de mayo; y 138/1992, de 13 de octubre); y
- 4.ª) la valoración conjunta de la prueba practicada es una potestad exclusiva del juzgador, que éste ejerce libremente con la sola obligación de razonar el resultado de dicha valoración.



Pues bien, considera el recurrente que no puede dictarse condena en base a la prueba de la declaración de la víctima, ya que refleja en su motivo una serie de contradicciones que, sostiene el recurrente, son relevantes para entender que no puede admitirse el dictado de una condena con base a una declaración que considera en esencia contradictoria.

Circunscribe su queja en cuanto a la condena por agresión sexual.

Pues bien, hay que reseñar que debemos partir que, por naturaleza, las víctimas de delitos sexuales exponen una línea de *progresividad en su declaración* que determina que puedan existir modificaciones puntuales que para el recurrente puedan resultar relevantes, pero que en un contexto de gravedad como el relatado en los hechos probados no tienen el rango que podría conllevar una duda capaz de apuntar a la falta de credibilidad de la víctima.

El recurrente hace mención a datos concretos, tales como *"quien de la pareja entró primero en la habitación, y si estaba inicialmente viendo una película en la tablet o no, que la penetración fue forzada, y después que como insistía en el forcejeo y le hacía daño consintió en mantener relaciones sexuales con él, después de la supuesta agresión primero dice que el denunciado le acaricia la cabeza y se acuesta a dormir y en la declaración judicial que le iba a denunciar y llamar a la policía poniéndose delante y empujando a la denunciante, o sobre cómo se produce la agresión sexual, la puesta de la rodilla en el pecho de la denunciante, utilizara un cuchillo después de la supuesta agresión sexual.*

Cuestiona también el resultado médico de lo ocurrido comparado con lo que relata acerca de cómo ocurren los hechos.

Pues bien, la progresividad en la declaración de la víctima es importante, porque estos datos que para el recurrente son alteraciones relevantes no son más que construcciones expositivas realizadas por la víctima que puede ser interrogada en cada fase de distinta manera, se pueden cambiar las observaciones en las preguntas y la víctima, sobre todo, puede ir explicando con más detalle, conforme pasa el tiempo lo ocurrido, añadiendo datos que antes no había relatado.

Esto suele tener importancia en delitos como el aquí analizado por el sufrimiento e impacto emocional que les supone a las víctimas haberlo sido, por lo que esta declaración de impacto del daño sufrido que trasluce en las declaraciones de las víctimas es analizado y percibido por los jueces y tribunales a la hora de valorar la credibilidad en esa declaración, como aquí ha ocurrido. Una declaración de impacto en la víctima es posible en estos casos de agresiones sexuales al describir el daño físico o emocional, el daño a la propiedad o la pérdida económica que ha sufrido la víctima de un delito.

Podemos fijar, por ello, los siguientes parámetros de referencia en estos casos ante la existencia de los matices o alegadas contradicciones que refiere el recurrente, pero que no son más que adiciones de matices complementarios que el recurrente los viste de contradicciones, pero que entran de lleno en la progresividad en la declaración de la víctima, y las circunstancias que arroja el recurrente no son más que respuestas a la progresividad con la que declara.

*a.- La existencia de contradicciones de matices en las declaraciones de la víctima no pueden entenderse como determinantes para dudar de la veracidad de su testimonio.*

La jurisprudencia de esta Sala nunca ha identificado las explicables contradicciones de la víctima con la falta de persistencia. Antes al contrario, hemos advertido acerca de la importancia de que su testimonio no implique la repetición mimética de una versión que, por su artificial rigidez, puede desprender el aroma del relato prefabricado. No podemos hacer nuestra la línea argumental de la defensa, según la cual, todo lo que se silenció en un primer momento y se hizo explícito en una declaración ulterior, o contradicciones que refiere ha de etiquetarse como falso. La experiencia indica que algunos extremos del hecho imputado sólo afloran cuando la víctima es interrogada acerca de ello. La defensa parece exigir a la víctima una rigidez en su testimonio que, de haber existido, sí que podría ser interpretada como una preocupante muestra de fidelidad a una versión elaborada anticipadamente y que se repite de forma mecánica, una y otra vez, con el fin de transmitir al órgano jurisdiccional una sensación de persistencia en la incriminación.

Algunos de los precedentes de esta Sala ya se han ocupado de reproches similares en casos de esta naturaleza. Y hemos precisado en numerosas ocasiones que la persistencia no exige una repetición mimética, idéntica o literal de lo mismo sino la ausencia de contradicciones en lo sustancial y en lo relevante. No son faltas de persistencia el cambio del orden en las afirmaciones, ni las sucesivas ampliaciones de estas cuando no se afecta la coherencia y la significación sustancial de lo narrado; ni la modificación del vocabulario o de la sintaxis, es decir de las formas expresivas cuando con unas u otras se dice lo mismo; ni los cambios en lo anecdótico o en lo secundario cuando solo implican falta de certeza en lo accesorio pero no en lo principal que es lo que por su impacto psicológico permanece en la mente de la víctima, salvo en los casos en que los



cambios narrativos de lo secundario evidencien tendencia a la fabulación imaginativa, valorable en el ámbito de la credibilidad subjetiva (cfr. SSTS 774/2013, 21 de octubre; 511/2012, 13 de junio; 238/2011, 21 de marzo; 785/2010, 30 de junio y ATS 479/2011, 5 de mayo, entre otras).

Además, en la mayoría de ocasiones, la única prueba con entidad suficiente para sustentar la condena del acusado será precisamente el testimonio de la víctima, por lo que no puede prescindirse de la misma, bajo pretexto de alegato de la duda de que la declaración de la víctima no puede operar como única prueba para sustentar una condena, lo que, además, en este caso no concurre, por cuanto existe la corroboración explicativa.

Por lo tanto, ha de partirse del análisis del testimonio de la persona que figura como víctima, sin perjuicio de complementarlo con otros datos probatorios accesorios que lo corroboren o desdigan.

Por otro lado, señala, también, esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 349/2019 de 4 Jul. 2019, Rec. 10079/2019 que:

"Con respecto a las alegadas contradicciones debemos destacar que no pueden confundirse los matices en las declaraciones sucesivas que debe hacer una víctima en el proceso penal, desde la primera policial a la del juicio oral, con la existencia de contradicciones relevantes y puras.

Así, la contradicción debe ser esencial y nuclear para deducir de ella que existen dudas de la veracidad de la declaración, lo que no ocurre en este caso como validan tanto el Tribunal de instancia como el de apelación, pese a que el recurrente sostiene determinados extremos que no adquieren la relevancia suficiente como para entender que existen "saltos" relevantes en lo que declara la víctima.

Suele ser objeto de alegación con frecuencia la existencia de contradicciones en las declaraciones de los acusados, víctimas o testigos en sus diversas manifestaciones que llevan a cabo tanto en sede policial, como ante el juzgado de instrucción y su comparación con la llevada a cabo en el plenario. No obstante, cuando se alega el concepto de contradicción no debe perderse de vista que, técnicamente, por tal debería entenderse aquello que es antagónico u opuesto a otra cosa. Y en la mayoría de los supuestos en que se alega la pretendida contradicción se centra o ciñe más en cuestiones de matices respecto al contenido propio de las declaraciones."

Por ello, no puede cuestionarse la valoración de la prueba a la que llega el Tribunal cuando admite la valoración de la declaración de la víctima, o de testigos de cargo alegando que sus declaraciones fueron otras, cuando, en realidad, a lo que se refieren es a aspectos de matices sin la relevancia propia que tendría técnicamente una declaración antagonista o contradictoria de la víctima o de un testigo.

Nos movemos, entonces, en el terreno de la valoración de la prueba, que nos lleva al respeto del principio de inmediación, que no tiene alcance en sede casacional. Y ello, aparte de entender que la contradicción que se alega cuando se emplea este motivo por la vía de la presunción de inocencia no se refiere a declaraciones que se oponen entre sí, sino a declaraciones que no son idénticas.

En algunos casos debe tenerse en cuenta las circunstancias que concurren a la hora de prestar declaración las víctimas, sobre todo cuando se trata de delitos contra la libertad o indemnidad sexual. Así, las víctimas de esta clase de delitos pueden ir venciendo barreras para ir concretando más aspectos de detalle que puede que no precisaran en las primeras declaraciones, al enfrentarnos a hechos que muchas víctimas prefieren ocultar, o que el impacto del delito les provoque una merma que no les lleva a expresarse con total detalle, y que solo el paso del tiempo permite que se extiendan en los mismos.

El Tribunal es el que debe valorar con su inmediación si quien ha declarado falta a la verdad. Es quien valora la prueba pericial de los peritos que examinan a las víctimas, a tenor de expresar si fabulan, o no. Es quien tras la práctica de la prueba lleva a cabo su examen conjunto y forma su convicción acerca de lo que declara el acusado, la víctima y los testigos.

En esta línea, suele confundirse la existencia de matices en las declaraciones de víctimas y testigos, ampliatorias unas de otras, con la realidad de lo que debe entenderse por una declaración contradictoria, en cuanto viene a suponer que se contraponen o contradicen de modo absoluto con lo declarado en una fase y otra.

Ello suele darse cuando los acusados declaran en la fase sumarial a presencia letrada y en el juicio oral y existe una abierta contradicción entre ambas declaraciones, o lo mismo ocurre con los testigos. En estos supuestos es sabido que la vía procedente es la de la lectura de las declaraciones sumariales para "elevantas al plenario" y poder el Tribunal llevar a cabo su función valorativa, otorgando más valor o credibilidad a una declaración frente a otra y motivando este alcance de la convicción.

En este caso no se da el concepto de contradicción relevante.



*b.- Unilateralidad expositiva en la forma en que ocurren los hechos por el recurrente.*

Existe unilateralidad exigente de aceptación en la valoración de la prueba que hace en este caso el recurrente, porque formula unos criterios valorativos de lo que ocurrió en el plenario absolutamente distintos a los que refleja el tribunal de instancia, constituyendo en esta sede casacional una valoración de parte, frente a lo ya expuesto por el tribunal de justicia.

*c.- La presunción de inocencia no tiene por qué degradarse por la credibilidad del testimonio que merezca la declaración de la víctima corroborada y valorada la prueba debidamente por el Tribunal.*

No puede apuntarse, como sostiene el recurrente, que existe un ataque a la presunción de inocencia por el hecho de asumir y admitir la veracidad de la declaración de la víctima, ya que esto es una operación que lleva a cabo el tribunal de instancia, lo que no puede conllevar a que en sede casacional se produzca una revaloración de la prueba ya efectuada por el tribunal con corrección.

Pero esta asunción de la declaración de la víctima y su veracidad no supone un ataque frontal a la presunción de inocencia, o a la vulneración del principio in dubio pro reo, ya que ello se supone que existe ante ausencia de prueba, lo que no concurre cuando el tribunal queda convencido de la veracidad en la declaración de la víctima, la cual emerge en estos casos en el proceso penal como una auténtica prueba de cargo que es valorada por el tribunal y debidamente motivada en la sentencia que dicta el mismo.

El error del recurrente consiste en estos casos en minusvalorar la valoración de la declaración de la víctima y entender que supone un ataque a la presunción de inocencia el hecho de que el tribunal asuma que esta declaración se constituye como prueba de cargo, lo que no constituye un ataque a la presunción de inocencia, el cual es inexistente.

Por ello, suele alegarse con error, en ocasiones, que cuando se apuesta por entender que existe credibilidad en la declaración de la víctima se está atentando contra la presunción de inocencia. De suyo, es uno de los alegatos que con mayor frecuencia se verifican en los recursos de apelación y casación, por entender que cuando el tribunal de enjuiciamiento valora la declaración que hace la víctima en el juicio oral, la asunción del contenido de esa declaración como válida, y que cumpla los requisitos establecidos por la jurisprudencia, puede atentar a la presunción de inocencia.

Sin embargo, ello supone confundir los conceptos básicos que se refieren a lo que significa desde el punto de vista de la valoración de la prueba y su debida plasmación en la sentencia por el proceso de motivación en relación a lo que al juez o Tribunal le parecen de creíble la declaración de la víctima y la declaración del acusado, ya que el tribunal examina ambas declaraciones, las confronta en sus signos de oposición y lo evalúa con el conjunto del material probatorio. Todo ello, para tomar, finalmente, una decisión acerca de cuál es el balance que le supone al juez o tribunal de enjuiciamiento la respuesta del mismo a lo que entiende que realmente ocurrió, pero no como una convicción subjetiva acerca de ello, sino, objetiva, en base al conjunto del material probatorio.

Y es que la valoración de la prueba y su plasmación en la sentencia por la oportuna motivación no es lo que el tribunal cree que ocurrió, sino el resultado de evaluar el conjunto del material probatorio y llegar a la absoluta convicción de que lo plasmado en la sentencia es lo que realmente ocurrió.

En este contexto, la declaración de la víctima emerge con fuerza en muchas ocasiones, ya que son muchos los supuestos en los que la valoración puede suponer una confrontación entre declaración de la víctima y declaración del acusado, y con mínimas corroboraciones periféricas en el caso de la primera, ya que no siempre puede exigirse una objetiva corroboración cuando los hechos, tal cual se han desarrollado, no vienen acompañados de pruebas directas o indiciarias que permitan acompañar la declaración de la víctima para ayudar al tribunal a su más absoluta convicción de los hechos que finalmente declara probados.

Al final, el proceso que se lleva a cabo supone un esfuerzo del juez o tribunal por indagar en el contenido de esa declaración si realmente los hechos ocurrieron tal cual relata la víctima, o supone una invención que deposita en el juicio oral en su declaración contra el acusado por existir móviles espurios o animadversión hacia el mismo. En cualquier caso, es cierto y verdad que la animadversión, el odio y hasta el deseo de que le ocurra algún mal al acusado son síntomas humanos y lógicos, cuando la víctima lo ha sido del mismo acusado. Pero ello no quiere decir que cuando la víctima declara está faltando a la verdad, aunque no podemos olvidar que resulta lógico que tenga sentimientos contra el acusado si es éste, en realidad, quien ha victimizado a quien está contando los hechos que el tribunal declara probados en su sentencia.

La jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo ha fijado, para que los jueces y tribunales tengan conocimiento de ello, una serie de parámetros y criterios para tenerlos en cuenta a la hora de ponderar la declaración de la víctima, la cual será analizada por quien tiene que dictar sentencia con arreglo a la experiencia



profesional y a esas máximas de experiencia que le otorgan el privilegio de que esa declaración se practique en presencia del juez o tribunal que va a valorar si la víctima dice la verdad, o la disfraza, frente a la declaración exculpatoria del acusado.

Cada caso es totalmente distinto y es la casuística concreta la que fijará la adecuación de esos criterios, o parámetros, al supuesto concreto de hecho y si existe, -cuando sea posible- una mínima corroboración, pero sin olvidar que puede que ésta no exista, sin que ello impida que la declaración de la víctima pueda pesar más que la del acusado en los supuestos en los que el tribunal fije unos hechos probados de signo condenatorio en razón a la contundencia de esa declaración de la víctima que le permite erigirse como auténtica "prueba de cargo" que enerve la presunción de inocencia.

*d.- Declaración de la víctima contra declaración del acusado.*

Puede producirse en estos casos una confrontación entre lo que se denomina declaración contra declaración entre la propia que realiza la víctima y la que lleva a cabo al efecto el acusado negando toda participación delictiva en los hechos.

Pero esto no se trata de una confrontación para ver en estos casos si tiene más valor la declaración de la víctima o la declaración del acusado en el proceso penal, sino que se trata de una casuística adaptable y adecuada a cada caso concreto y con base al principio de inmediación y la práctica de la prueba que resulte del supuesto concreto de hecho.

No puede establecerse, así, una pugna entre el valor preeminente de una declaración de la víctima y otra declaración, la del acusado, en el proceso penal, ya que ninguno de los casos tiene un valor de superposición de uno sobre otro, sino que debe ser el caso concreto y la práctica de la prueba lo que determine cuál es la que provoca y produce mayor convicción en este caso en el Tribunal, partiendo siempre de la base de que la presunción de inocencia es la que debe destruirse por la credibilidad que puede suponer en este caso la declaración de la víctima contrastada y corroborada por otros medios probatorios, en el caso de que esto sea posible, si puede conectarse la declaración de la víctima, aun con la soledad de esa victimización que en estos casos se produce, con otros medios probatorios que el tribunal puede valorar como en este caso se ha producido.

Con respecto a los hechos probados que dan lugar a la condena por delito de agresión sexual que se cuestiona se recoge que:

"En horas de la madrugada del día 28 de octubre de 2013, en el domicilio familiar situado en el NUM000 de la CALLE000 del término municipal de Telde en el que en ese momento dormían 4 de los 5 hijos de ambos, en el dormitorio que compartían, el procesado, con la finalidad de satisfacer sus deseos sexuales y para vencer la negativa de Margarita a mantener relaciones sexuales con él, la agarró con fuerza del pelo con una mano mientras apretaba la otra mano alrededor de su garganta, poniéndose encima de ella colocando una rodilla en su pecho, y con la otra pierna intentar abrirle las piernas a la fuerza, consiguiéndolo a continuación con las manos, todo ello mientras le decía a su mujer le vas a enterar", le voy a matar, si no eres para mí, no eres para nadie", "voy a matar a tus hijos", "voy a quemar la casa". Durante el forcejeo mantenido con su pareja, quien le pedía en voz baja, para no despertar a sus hijos, " Cesar , déjame en paz", el procesado logró quitarle las bragas y, adoptando ya Margarita una actitud pasiva debido a la inutilidad de su resistencia y para que cesara la violencia del procesado, éste la penetró vaginalmente.

A consecuencia de la acción del procesado, Margarita , que fue reconocida por el médico forense, presentó una contusión en antebrazo izquierdo de unos 3 cm. en la cara externa y un hematoma de 1 cm en la cara interna del muslo izquierdo, de las que sanó sin impedimentos ni secuelas, ni necesidad de tratamiento".

Es decir, que lo que finalmente llega al hecho probado es la convicción del juez acerca de lo que la víctima ha relatado en su progresiva declaración, no pudiéndose llevar a cabo un examen matemático de lo que ha declarado la víctima en cada una de las fases del proceso que puede estar influenciada por varias circunstancias, o razones, que determinan adiciones, o complementos, en cómo explica su victimización. Pero la víctima puede ser preguntada de manera distinta y ello provoca que adicione conductas que no explicó la primera vez, además de deber entenderse el estado de ansiedad en el que se encuentran las víctimas cuando cuentan esa victimización tan grave que les supone serlo, precisamente, de una agresión sexual.

El convencimiento del Tribunal que practicó la prueba con inmediación es absoluto. Y, así, expone que:

"La declaración de Margarita , fue clara y contundente, constituyendo prueba directa de cargo con capacidad para enervar la presunción de inocencia, con base en la apreciación directa que preside la práctica de dicha declaración personal, con la inmediación del Tribunal, lo que permitió percibir la emoción y el grave sufrimiento producido por los hechos que relataba con todo detalle, con absoluta credibilidad y veracidad, reuniendo dicho



testimonio todos y cada uno de los parámetros que la doctrina jurisprudencial, por su contundencia, reiteración y falta de resentimiento que pueda enturbiar la verosimilitud, al margen de que se corroboró mediante otras pruebas como la testifical y las periciales que la adveran aún más si cabe.

La víctima Margarita en todas sus declaraciones manifiesta la misma sucesión de hechos, así refiere que la relación con el acusado duró 18 años la convivencia fue de 10 años, y que fueron los últimos tres años cuando se agravó la situación, esto es, desde el año 2010 al año 2013, en que comenzó el acusado a ejercer violencia física y psíquica contra ella, gritando por todo, y si no se le obedecía insultaba o pegaba, si bien la violencia física no fue habitual, si lo fueron los insultos y vejaciones, insultos como puta, guarra, con quien has follado hoy, puta con quien has estado, mala madre".

Del mismo modo narró las dos episodios concretos a que nos hemos referido antes, dando fechas de los mismos, y ofreciendo detalles muy significativos como que la violación se grabó en un aparato electrónico tipo tablet que estaba usando cuando comenzó la agresión, y que el acusado rompió con posterioridad, o narrando distintos episodios como cuando el acusado golpeó a uno de sus hijos que tenía 1 año de edad, porque daba patadas al coche, o cuando pegó a uno de sus hijos además de insultarle porque se olvidó una garrafa de agua. Respecto de la agresión sexual, el testimonio de la víctima fue tremendamente descriptivo, dando detalles del forcejeo, sin que apenas haya variado la narración a lo largo de los años, así, la forma de intentar a abrirle las piernas, el tirarle del pelo, las concretas frases amenazantes y vejatorias, y además la forma de narrarlo por parte de la víctima, revela a juicio de la Sala que se trató de algo realmente vivido y sufrido por la misma.

El testimonio de Margarita ha resultado absolutamente creíble al Tribunal, gozando de todas y cada una de las notas que la jurisprudencia ha señalado para que, esta prueba, que suele ser la única en este tipo de delitos, pueda desvirtuar la presunción de inocencia".

Por todo ello, el tribunal relata, incluso, los datos relativos no solo a lo que declaró, sino, también, a cómo lo declaró.

Añade el Tribunal, también, como corroboración, que "contamos con otra corroboración de la declaración de la víctima, que es la prueba pericial psicológica, que ha sido ratificada en el plenario por los peritos, y donde afirmaron que la vivencia de la víctima es explicada por esta de manera amplia, congruente y coherente. Afirmaron asimismo que la evaluada presenta sintomatología ansiosa debida al estado de alerta, angustia y temor relacionado directamente con la vivencia de la dinámica habitual con el denunciado. Mantienen las peritos que cuando comenzaron los malos tratos hacia los hijos es cuando se decidió a denunciar la situación, pues fue consciente de que el haber aguantado los malos tratos propios, no había servido de nada.

En cuanto al acusado, el informe forense concluye que presenta un nivel de inteligencia normal, y no padece trastorno mental que pudiera modificar significativamente sus capacidades cognitivas y volitivas sobre los hechos denunciados, describiendo al acusado como una persona elevadamente ansiosa, desconfiada y suspicaz, con una limitada capacidad de escucha y empatía, que puede conllevar una respuesta impulsiva u hostil ante lo que considera ofensivo."

Y se completa añadiendo que: "Del mismo modo el forense en el acto del juicio oral, ratificando su informe de los folios 40 y 41, manifestó que las lesiones que presentaba la víctima Margarita en el antebrazo y el muslo izquierdo, eran compatibles con lo manifestado por aquella, en cuanto a la forma en que fue forzada a mantener la relación sexual."

Con ello, existe convincente declaración de la víctima en el plenario, con la progresividad de lo expuesto en distintos escenarios dentro del marco explicativo con el que hay que tener en cuenta este tipo de hechos, existe pericial psicológica, que, aunque se trate de mayores, viene a completar y complementar el por qué lo declara y cómo es su vivencia respecto a un episodio continuado tan grave como el relatado en los hechos probados que convierten la convivencia en lo que podríamos denominar el "escenario del miedo". Y ello se corrobora con el parte forense que evidencia la existencia del forzamiento para conseguir el acceso sexual.

El motivo se desestima.

**TERCERO.-** 2.- Por infracción de ley del nº 1 del art. 849 L.E.Cr., ya que se ha infringido precepto penal de carácter sustantivo, esto es, aplicación indebida del art. 173.4 del C. Penal.

Relata el Tribunal en el FD nº 2 in fine que con respecto a la condena por el tipo penal del art. 173.4 CP que: "quedó determinado que el 31 de octubre de 2013, el mismo día en que Margarita se decidió a interponer la denuncia que dio lugar a las presentes actuaciones, el acusado se dirigió a ella llamándole puta, guarra, que te vas a follar a la Laja, te voy a quitar a tus hijos y a meterlos en un reformatorio, Insultos corroborados por Luis Pablo )" y que constituyen un delito leve de vejaciones."



Consta, así, en los hechos probados que:

"El procesado, Cesar , mayor de edad, y sin antecedentes penales, ha mantenido durante 18 años una relación sentimental con Margarita , con convivencia desde el año 2002, fruto de la cual han nacido cinco hijos.

El día 31 de octubre de 2013 el procesado, con intención de vejear a Margarita se dirigió a ella diciéndole "puta, guarra, que te vas a follar a La Laja, le voy a quitar a tus hijos y a meterlos en un reformatorio".

Pues bien, frente a la queja del recurrente, y, como apunta el Fiscal, aquél ha sido condenado por delito leve del art. 173.4 del Código Penal, cuando la infracción cometida se produjo antes de la entrada en vigor de la reforma del Código Penal operado por la ley 1/2015 del Código Penal. Esa ley derogó las faltas, pero la infracción cometida por el recurrente en el momento de perpetración del delito era una falta del art. 620.2 del Código Penal, es decir, una vejación injusta a persona incluida en el art. 173.2 del Código Penal. El acusado ha sido condenado por delito leve del art. 173.4, pero la pena para el delito leve es más grave que la que se establecía para la falta del art. 620 del Código Penal. No se exigía en ese concreto precepto la previa denuncia del ofendido, y por tanto se trataba de una infracción en la que no se acogía la institución del perdón, de la misma forma que tampoco ahora con el delito leve las vejaciones leves requieren la denuncia previa de la víctima (y sí solamente las injurias), siendo admisible el criterio sostenido por el Fiscal en torno a que la falta estaba castigada con menor pena en abstracto que el delito leve vigente, por tanto que se ha aplicado al recurrente una norma posterior castigada con pena más grave. La DT 1ª de la LO 1/2015 señalaba que "los delitos y faltas cometidos hasta el día de la entrada en vigor de esta Ley se juzgarán conforme a la legislación penal vigente en el momento de su comisión", salvo casos de norma posterior más favorable.

Ahora bien, resulta que el Tribunal en el ejercicio de su discrecionalidad al aplicar la pena, ha impuesto la pena mínima de 5 días de localización permanente al acusado. Y esa es una pena que también era legal (y muy próxima al mínimo) conforme a la normativa del art. 620 (la pena iba de 4 a 8 días). Por ello, en el caso particular presente no hay consecuencias punitivas en el caso de aplicar la ley en vigor en el tiempo de su comisión. Es decir, la normativa aplicada no es perjudicial para el acusado.

En efecto, señalaba el art. 620.2 in fine a la fecha de los hechos que *cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, la pena será la de localización permanente de cuatro a ocho días.*

Y la pena impuesta por esta vejación aplicando el art. 173.4 CP ha sido de 5 días. No ha habido en estos casos despenalización del hecho, sino conversión en delito leve, por lo que no hay "desaparición de la tipicidad", sino un mero cambio de ubicación en el texto penal. Distinto hubiera sido que el Tribunal hubiera impuesto pena que no hubiera estado permitida en el arco del precepto incluido en las faltas, pero estando dentro del mismo arco no hay infracción. Solo cabría suprimir la pena por despenalización de la conducta, lo que no ocurre, o minorar la pena en el caso que fuera menor, lo que tampoco se da vistos los márgenes concurrentes.

El motivo se desestima.

**CUARTO.-** 3.- Por infracción de ley del nº 1 del art. 849 de la L.E.Cr., ya que se ha infringido precepto penal de carácter sustantivo, esto es, los arts. 21.6º y 66 del C. Penal, al no aplicarse la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada, y bajarse en consecuencia la pena en uno o dos grados, en relación al apartado b) del art. 846 bis c) de la L.E.Cr.

Con respecto al alegato de la petición de que se eleve el rango del carácter de la atenuante de dilaciones indebidas que se admite como simple y se postula como cualificada hay que señalar que apunta el Tribunal en el FD nº 5 in fine que:

"En el caso de autos, los hechos delictivos se denuncian el 31 de octubre de 2013. y el Juicio oral se ha celebrado el 14 de noviembre de 2018, es decir, cinco años después, para un procedimiento que no presenta especiales dificultades que justifiquen esa duración, pues si bien es cierto que se realizaron informes periciales, y que debió revocarse la conclusión del sumario para la ratificar los mismos, cinco años se considera excesivo, por lo que, de acuerdo con la doctrina ya reseñada, se ha producido una dilación extraordinaria e indebida en la tramitación de la presente causa. desde la perspectiva del criterio constitucional de las "dilaciones indebidas" como del de "el plazo razonable": para la aplicación de la atenuante solicitada por la defensa."

Pues bien, debemos entender que no ha habido una paralización de la causa que pudiera ser considerada "extraordinariamente extraordinaria" sino un retraso anormal en la tramitación del proceso que valorado ponderadamente ha de determinar la estimación de una atenuante.

Recordemos que esta Sala del Tribunal Supremo ha señalado, entre otras, en Sentencia 416/2013 de 26 Abr. 2013, Rec. 10989/2012 que: "En las sentencias de casación se suele aplicar la atenuante como muy cualificada en las causas que se celebran en un periodo que supera como cifra aproximada los ocho años de demora entre la imputación del acusado y la vista oral del juicio.



Así, por ejemplo, se apreció la atenuante como muy cualificada en:

- a.- Sentencia 291/2003, de 3 de marzo (ocho años de duración del proceso);
- b.- Sentencia 655/2003, de 8 de mayo (9 años de tramitación);
- c.- Sentencia 506/2002, de 21 de marzo (9 años);
- d.- Sentencia 39/2007, de 15 de enero (10 años);
- e.- Sentencia 896/2008, de 12 de diciembre (15 años de duración);
- f.- Sentencia 132/2008, de 12 de febrero (16 años);

Ello debe ponerse en relación con las fechas de los hechos y de estas consideraciones jurisprudenciales que demuestran que el transcurso del tiempo debe ser relevante. Y para la aplicación de una cualificación de la rebaja de la pena se aprecia que debe concurrir una duración mayor que la ahora reseñada, entendiendo la "suficiencia" de la compensación en la pena por la duración procedimental sin una mayor minoración punitiva.

El motivo se desestima.

**QUINTO.-** 4.- Por infracción de precepto constitucional, por estimar vulnerado los arts. 24.1 y 24.2 de la C. Española, al haberse infringido los derechos fundamentales de mi representado a la tutela judicial efectiva, a un juicio con todas las garantías y a conocer la acusación (principio acusatorio que rige en el proceso penal) y correlación entre acusación y sentencia.

Considera el recurrente que "la denunciante introduce un hecho nuevo no mencionado antes, y es que el procesado se pone "encima de ella colocando una rodilla en su pecho", hecho que ha sido declarado probado a pesar de que no se recoge en el relato fáctico del Escrito de Acusación del Ministerio Fiscal, y tampoco dicha Acusación Pública modifica su escrito en el acto del juicio oral en tal sentido introduciendo ese hecho. En consecuencia, considera esta parte que se vulnera el principio acusatorio que rige en el proceso penal y la correspondiente correlación entre acusación y sentencia, correlación rota por la sentencia dictada."

Hay que recordar que el hecho de la agresión sexual estaba recogido en el escrito de conclusiones provisionales del Fiscal en el que se puede leer que el acusado utilizó violencia física para vencer la negativa de su mujer para mantener relaciones sexuales, agarrándola del pelo y la garganta, forcejeando con ella, quitándole las bragas pese a la oposición de ella y finalmente penetrándola vaginalmente. En ese forcejeo la víctima indicó en el Juicio Oral el modo a través del cual el acusado violentó su resistencia. No existe la pretendida vulneración del acusatorio, el cual se daría si no hubiera sido acusado por delito de agresión sexual. Ahora bien, la forma en la que queda probado como se llevó a cabo el hecho, o la introducción de matices que fijan esa metodología que finalmente declara probado el Tribunal no suponen la pretendida vulneración del acusatorio, ya que fijada la concurrencia de la violencia en el inicial relato la forma en la que se manifestó esa violencia forma parte de la prueba del juicio oral.

Con relación al principio acusatorio ya expusimos, entre otras, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 144/2011 de 7 Mar. 2011, Rec. 11061/2010 que:

"Sobre los derechos fundamentales a un proceso con todas las garantías y a la defensa en relación con el principio acusatorio en el ámbito de los juicios penales, argumenta el Tribunal Constitucional en su sentencia 347/2006, de 11 de diciembre (doctrina reiterada en SSTC 155/2009, de 25-6; y 198/2009, de 28-9), que "nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le ha acusado y de la que, en consecuencia, no ha podido defenderse de modo contradictorio. A estos efectos la pretensión acusatoria se fija en el acto del juicio oral, cuando la acusación o acusaciones establecen sus conclusiones definitivas, y se refiere no solamente a la primera instancia, sino también a la fase de apelación ( SSTC 12/1981, de 12 de abril; 104/1986, de 17 de julio; 225/1997, de 15 de diciembre; 4/2002, de 14 de enero; 228/2002, de 9 de diciembre; y 33/2003, de 13 de diciembre).

La razón es que el principio acusatorio admite y presupone el derecho de defensa del imputado y, consecuentemente, la posibilidad de contestación o rechazo de la acusación, como aplicación al proceso penal del principio de contradicción. En consecuencia, al Juez no le está permitido excederse de los términos del debate tal como han sido formulados por la acusación y la defensa, lo cual significa en última instancia que ha de existir siempre correlación entre la acusación y el fallo de las Sentencias ( SSTC 53/1987, de 7 de mayo; 17/1988, de 16 de febrero; y 95/1995, de 19 de junio).

En definitiva, fijada la pretensión, el Juzgador está vinculado a los términos de la acusación con un doble condicionamiento, fáctico y jurídico ( STC 228/2002, de 9 de diciembre). Desde la primera de las perspectivas la congruencia exige que ningún hecho o acontecimiento que no haya sido delimitado por la acusación como



objeto para el ejercicio de la pretensión punitiva, sea utilizado para ser subsumido como elemento constitutivo de la responsabilidad penal, siempre y cuando se trate de una variación sustancial, pues el Juzgador conserva un relativo margen de autonomía para fijar los hechos probados de conformidad con el resultado de los medios de prueba incluyendo aspectos circunstanciales siempre que no muten la esencia de lo que fue objeto de controversia en el debate procesal ( SSTC 10/1988, de 1 de febrero; 225/1997, de 15 de diciembre; 302/2000, de 11 de diciembre; y la ya citada 228/2002 ).

Por lo que se refiere a la calificación jurídica, el Juzgador está vinculado también a la sustentada por la o las acusaciones. Ciertamente, hemos afirmado que el Juez puede condenar por un delito distinto que el sostenido por la acusación o acusaciones siempre y cuando se trate de un delito homogéneo con el que fue objeto de acusación y siempre y cuando no implique una pena de superior gravedad. Pero, en todo caso, como límite infranqueable en el momento de dictar Sentencia, al Juez le está vedado calificar los hechos de manera que integren un delito penado más gravemente si este agravamiento no fue sostenido en juicio por la acusación, ni imponer una pena mayor que la que corresponda a la pretensión acusatoria fijada en las conclusiones definitivas, dado que se trata de una pretensión de la que no pudo defenderse el acusado".

Sobre el principio acusatorio esta Sala tiene declarado que supone que nadie puede ser condenado sin que se haya formulado debidamente una acusación contra él. Desde otra perspectiva, exige la separación total entre quien acusa y quien juzga. Se trata de un principio estructural del proceso penal, el cual se ha de configurar conforme al mismo, de forma que la acusación en todo caso habrá de existir y ha de ser sostenida por alguien distinto del Juez o Tribunal. A éste le corresponde resolver, con imparcialidad e independencia, sobre la pretensión acusatoria. Su relación con el derecho de defensa impone que el acusado debe conocer la acusación y debe permitírsele organizarse frente a ella. Desde la exigencia de la imparcialidad del Juez, supone que éste no puede introducir motu proprio elementos de agravación contra el acusado ( SSTS 1198/2005, de 24-10; y 503/2008, de 17-7).

Y en lo que respecta a la calificación jurídica, que es la cuestión relevante en el presente caso, esta Sala ha afirmado que no puede condenar por un delito más grave o que, no siéndolo, no sea homogéneo con el contenido en la acusación. La cuestión de la vinculación a la pena interesada por las acusaciones ha sido tratada por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo en el Pleno no jurisdiccional de fecha 20 de diciembre de 2006, en el que acordó que "el Tribunal sentenciador no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas en concreto por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancie la causa". Consecuentemente, el Tribunal puede modificar la calificación jurídica siempre que los hechos que considera típicos estén comprendidos en la narración fáctica de la acusación; que el delito sea homogéneo; y que no sea más grave que el que fue objeto de la acusación (503/2008, de 17-7)."

El recurrente construye la pretendida quiebra del acusatorio sobre la base de la forma en la que se introduce el ejercicio de la violencia de una u otra manera, cuya inclusión en el resultado de hechos probados de la sentencia se construye sobre la prueba practicada en el plenario, pero ese ejercicio de la violencia para cometer el acceso carnal ya constaba en la acusación, fijándose en el resultado final cuál es la forma en la que con detalle se desarrollaron los hechos. El recurrente conocía perfectamente por el escrito de acusación que se le acusaba de un delito de agresión sexual como había explicado la denunciante, aunque la introducción de matices o adiciones en orden al desarrollo del ejercicio de la violencia no supone vulneración del acusatorio. El Fiscal formuló acusación, entre otros, por UN DELITO DE AGRESIÓN SEXUAL previsto y penado en los artículos 178.5 y 179 del Código Penal. Y por ese delito es condenado.

El motivo se desestima.

**SEXTO.-** 5.- Por infracción de ley del nº 1 del art. 849 de la L.E.Cr., ya que se ha infringido precepto penal de carácter sustantivo, esto es, aplicación indebida del art. 173.2, párrafo 1 y 2 del C. Penal.

Esta Sala ha reiterado ( Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 849/2013 de 12 Nov. 2013, Rec. 10038/2013, STS. 121/2008 de 26.2) que el recurso de casación cuando se articula por la vía del art. 849.1 LECrim. ha de partir de las precisiones fácticas que haya establecido el Tribunal de instancia, por no constituir una apelación ni una revisión de la prueba. Se trata de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es el enfoque jurídico que a unos hechos dados, ya inalterables, se pretende aplicar, en discordancia con el Tribunal sentenciador. La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el más absoluto respeto a los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la juridicidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado.



Por ello, con harta reiteración en la práctica procesal, al hacer uso del recurso de casación basado en el art. 849.1 LECrim. se manifiesta el vicio o corruptela de no respetar el recurrente los hechos probados, proclamados por la convicción psicológica de la Sala de instancia, interpretando soberana y jurisdiccionalmente las pruebas, más que modificándolos radicalmente en su integridad, alterando su contenido parcialmente, lo condicionan o desvían su recto sentido con hermenéutica subjetiva e interesada, o interpolarse frases, alterando, modificando, sumando o restando a la narración fáctica extremos que no contiene o expresan intenciones inexistentes o deducen consecuencias que de consuno tratan de desvirtuar la premisa mayor o fundamental de la resolución que ha de calificarse técnicamente en su tipicidad o atipicidad y que necesita de la indudable sumisión de las partes.

En definitiva no puede darse una versión de los hechos en abierta discordancia e incongruencia con lo afirmado en los mismos, olvidando que los motivos acogidos al art. 849.1 LECrim. ha de respetar fiel e inexcusablemente los hechos que como probados se consignan en la sentencia recurrida.

Señalan, así, los hechos probados que:

"Desde el inicio de la convivencia y con especial intensidad desde el año 2010 aproximadamente, el acusado ha dado muestras de un comportamiento violento para con Margarita caracterizado por agresiones físicas esporádicas, obligándola a mantener relaciones sexuales aún cuando ella no quería, y constantes humillaciones e insultos, tales como "puta, guarra, con quien has follado hoy, puta con quien has estado", mala madre, zorra.

Concretamente en día no determinado del mes de septiembre de 2013, en el domicilio familiar, en el transcurso de una discusión que estaba manteniendo con su hijo Guillermo, en la que intermedió Margarita, el procesado, con intención de menoscabar la integridad física, golpeó a ambos, sin que conste que dicha agresión les provocase lesiones.

El día 31 de octubre de 2013 el procesado, con intención de vejear a Margarita se dirigió a ella diciéndole "puta, guarra, que te vas a follar a La Laja, le voy a quitar a tus hijos y a meterlos en un reformatorio".

También se declara probado que en horas de la madrugada del día 28 de octubre de 2013, en el domicilio familiar situado en el NUM000 de la CALLE000 del término municipal de Telde en el que en ese momento dormían 4 de los 5 hijos de ambos, en el dormitorio que compartían, el procesado, con la finalidad de satisfacer sus deseos sexuales y para vencer la negativa de Margarita a mantener relaciones sexuales con él, la agarró con fuerza del pelo con una mano mientras apretaba la otra mano alrededor de su garganta, poniéndose encima de ella colocando una rodilla en su pecho, y con la otra pierna intentar abrirle las piernas a la fuerza, consiguiéndolo a continuación con las manos, todo ello mientras le decía a su mujer le vas a enterar", le voy a matar, si no eres para mí, no eres para nadie", "voy a matar a tus hijos", "voy a quemar la casa". Durante el forcejeo mantenido con su pareja, quien le pedía en voz baja, para no despertar a sus hijos, " Cesar, déjame en paz", el procesado logró quitarle las bragas y, adoptando ya Margarita una actitud pasiva debido a la inutilidad de su resistencia y para que cesara la violencia del procesado, éste la penetró vaginalmente."

No puede pretenderse, pues, que no concurre en la descripción de lo ocurrido el maltrato habitual por el que ha sido condenado el recurrente, al crear un clima de "insostenibilidad emocional" en la familia mediante el empleo de una *violencia psicológica de dominación* llevada a cabo desde la violencia física, verbal y sexual, por la que ejerce esa dominación que intenta trasladar a los miembros de la familia y lo consigue de facto, tal y como consta en el resultado de hechos probados.

Mediante el maltrato habitual el autor de este delito ejerce y pone de manifiesto el mensaje que pretende trasladar a los miembros del núcleo familiar mediante una *subyugación psicológica* que pone de manifiesto mediante el ejercicio de la violencia.

El maltratador habitual desarrolla, así, con su familia un mensaje claro y diáfano de la que podríamos denominar *jerarquización de la violencia familiar* mediante el desempeño de conductas violentas que se pueden manifestar de muy diversas maneras y que van desde los tipos penales del maltrato familiar y de género, pasando por las vejaciones y/o la violencia sexual, que es el grado mayor de la violencia de género mediante la imposición de la pérdida a su pareja de la autodeterminación sexual y la creación en la relación de pareja de lo que podríamos denominar el *débito sexual conyugal o de pareja*.

Es demoledora la referencia que consta en los hechos probados en torno a que el recurrente actuaba con respecto a su pareja *obligándola a mantener relaciones sexuales aún cuando ella no quería, y constantes humillaciones e insultos, tales como "puta, guarra, con quien has follado hoy, puta con quien has estado", mala madre, zorra.*

Ya fijamos en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 254/2019 de 21 May. 2019, Rec. 2611/2018 que:

"No puede admitirse bajo ningún concepto que el acceso carnal que perseguía el recurrente, porque entendía que ese día debía ceder su pareja a sus deseos sexuales, es una especie de débito conyugal, como obligación de la mujer y derecho del hombre, por lo que, si se ejercen actos de violencia para vencer esa voluntad con la clara negativa de la mujer al acceso carnal, como aquí ocurrió, y consta en el hecho probado, ese acto integra el tipo penal de los arts. 178 y 179 CP, y, además, con la agravante de parentesco reconocida en la sentencia por la relación de pareja y convivencial, y pudiendo añadirse, en su caso, la agravante de género si se dieran las circunstancias que esta Sala ya ha reconocido en las sentencias del Tribunal Supremo 420/2018 de 25 Sep. 2018, Rec. 10235/2018, 565/2018 de 19 Nov. 2018, Rec. 10279/2018, y 99/2019 de 26 Feb. 2019, Rec. 10497/2018.

Como ya se destacó en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 1995 en el voto particular, que luego se ha erigido en la doctrina aplicable, no existen supuestos "derechos" a la prestación sexual, debiendo primar, ante todo, el respeto a la dignidad y a la libertad de la persona. Es por ello por lo que esta Sala ha declarado reiteradamente que comete violación y no está amparado por causa alguna de justificación quien, usando fuerza o intimidación, tuviese acceso carnal con su cónyuge" ( Sentencias del Tribunal Supremo 8 de febrero de 1996 y 29 de abril de 1997); y es que este tipo de conductas constituye, sin duda alguna, un grave atentado al bien jurídico protegido por el tipo, que es la libertad sexual, libertad que no se anula por la relación conyugal, por lo que no existe justificación alguna para violentar por la fuerza o mediante intimidación la voluntad contraria del cónyuge.

Por ello, la inexistencia del débito conyugal en el matrimonio o en la relación de pareja es destacado por la doctrina, recordando que se ha afirmado que los arts. 32 de la Constitución Española y 66 a 68 del Código Civil indican que en la actualidad semejante derecho no está regulado como tal en nuestro sistema jurídico. Por lo tanto, el matrimonio no supone, al menos hoy teóricamente, sumisión de un cónyuge al otro, ni mucho menos enajenación de voluntades ni correlativa adquisición de un derecho ejecutivo cuando se plantee un eventual incumplimiento de las obligaciones matrimoniales, si así puede entenderse la afectividad entre los casados o ligados por relación de análoga significación.

Esta Sala se ha pronunciado sobre la admisión de la agresión sexual en matrimonio o relación de pareja señalando que:

Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 436/2008 de 17 Jun. 2008, Rec. 1823/2007:

"No existen fisuras, en la vigente doctrina de la Sala -sentencias de 26/4/1998 y 8/2/1996, TS-, acerca de que el delito de violación, previsto y penado en los arts. 178 y 179 CP, puede apreciarse entre personas ligadas por el vínculo matrimonial, si se da violencia o intimidación para conseguir la relación sexual.

Y la doctrina jurisprudencial señala cómo en los delitos contra la libertad sexual es frecuente que no se cuente con otro medio de prueba que la declaración de la supuesta víctima, y que esa declaración es hábil para desvirtuar la presunción de inocencia; pero aporta unos criterios que sirvan al tribunal cual guía en la evaluación de la prueba; la ausencia de móviles espúreos, como resentimiento, venganza u obtención de ventaja para otro proceso, prontitud, persistencia, verosimilitud y coherencia en las declaraciones; existencia de alguna corroboración a través de datos suplementarios.

Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 355/2013 de 3 May. 2013, Rec. 10955/2012

"Como señala la STS de 17 de junio de 2008, núm. 436/2008, en la actualidad no existen fisuras en la doctrina de la Sala (SSTS 8 de febrero de 1996, 9 de abril de 1997, 26 de abril de 1998, 30 de abril de 2009 y 22 de febrero de 2012, entre otras), acerca de que los delitos de agresión sexual y violación, previstos y penados en los arts. 178 y 179 CP, pueden apreciarse entre personas ligadas por vínculo matrimonial, o análoga relación de afectividad, si concurre violencia o intimidación para conseguir la relación sexual.

Como recordó en su día la STS de 9 de Abril del 1997, núm. 584/97, el tema del tratamiento penal de la violación entre cónyuges dio lugar inicialmente a una intensa polémica.

En la doctrina se mantenían básicamente tres tesis:

1º) Quienes estimaban que la violación entre cónyuges no integraba el tipo de violación, afirmando que el hecho se debería sancionar como amenazas o coacciones, tesis inspirada por lo establecido en algunos Códigos extranjeros, que excluían al propio cónyuge como sujeto pasivo en el delito de violación;

2º) Quienes estimaban que aun siendo el hecho típico no sería -por lo general- antijurídico por la concurrencia de la eximente de ejercicio legítimo de un derecho ( art. 20 7º C. P ); y



3º) La doctrina mayoritaria y moderna, que consideraba que el acceso carnal forzado o mediante intimidación entre cónyuges integra el tipo de violación y es antijurídico, por lo que debe ser sancionado como delito de violación, o agresión sexual del art. 178 cuando no existe acceso carnal.

En nuestro Ordenamiento Jurídico las dos primeras tesis antes expuestas, carecen de fundamento. Ni la norma legal excluye al cónyuge como sujeto pasivo al tipificar el delito de violación o agresión sexual, ni existen supuestos "derechos" a la prestación sexual, debiendo primar, ante todo, el respeto a la dignidad y a la libertad de la persona.

Es por ello por lo que esta Sala ha declarado reiteradamente que comete violación, o agresión sexual, y no está amparado por causa alguna de justificación quien, usando violencia o intimidación, tuviese acceso carnal o atentare contra la libertad sexual de su cónyuge ( Sentencias de 7 de noviembre de 1989, 9 de marzo de 1989, 14 de febrero de 1990, 24 de abril y 21 de septiembre de 1992, 23 de febrero de 1993, 27 de septiembre de 1995, 8 de febrero de 1.996, 9 de Abril del 1997, núm. 584/97 y 17 de junio de 2008, núm. 436/2008, entre otras).

Este tipo de conductas constituye, sin duda alguna, un grave atentado al bien jurídico protegido por el tipo, que es la libertad sexual, libertad que no se anula por la relación conyugal, por lo que no existe justificación alguna para violentar por la fuerza o mediante intimidación la voluntad contraria del otro cónyuge. Y, en el caso actual, la víctima hizo constar su falta de consentimiento de una forma expresa, manifiesta y activa, que solo mediante la violencia pudo ser superada."

Debe concluirse, pues, el derecho a la autodeterminación sexual en cada uno de los miembros de la pareja, por lo que el empleo de violencia o intimidación por uno de ellos integra el delito de agresión sexual de los arts. 178y 179 CP."

En este caso, y pese a la negativa del recurrente se introduce la violencia sexual dentro del contexto de la violencia habitual o maltrato habitual por el que es condenado el recurrente y no olvidemos que el art. 173.2 CP señala que:

*"2. El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica".*

Con ello, se sanciona la misma habitualidad, por cuanto supone un plus de reprochabilidad penal por una conducta típica, antijurídica, culpable y punible cuya perversidad se exterioriza por la reiteración, que es lo que le dota de autonomía frente a los actos individuales que conforman la habitualidad y sin que de ello pueda inferirse un atentado a la prohibición del bis in idem, al tratarse de una manifestación autónoma que el propio texto penal considera de forma independiente a cada una de las formas en las que se manifiesta esta actitud violenta.

Se refleja, así, por la doctrina que el maltrato habitual en la violencia doméstica es un delito autónomo cuyo bien jurídico protegido es la integridad moral de la víctima, tratando de impedir la vivencia en un estado hostil y vejatorio continuo.

Además, en lo que atañe a la relación concursal entre el delito de maltrato habitual del artículo 173.2 CP y los delitos de maltrato individual del artículo 153.1 CP, recuerda la doctrina que el delito del artículo 173.2 CP mantiene su autonomía respecto de los eventuales tipos que puedan resultar de los actos violentos que repetidos constituyen su sustrato y esencia. Véase la cláusula de salvaguardia del concurso de delitos del artículo 173.2 in fine CP.

La autonomía delictiva del artículo 173.2 CP respecto de los actos violentos habituales que lo integran radica en el bien jurídico protegido. El delito del artículo 173.2 CP se consuma cuando la actuación se manifiesta de manera habitual y determina la creación, como se expresa en la Sentencia TS 607/2008 de 3 de octubre, de una convivencia insoportable para la víctima, la cual vive y respira en una situación de miedo, depresión y ansiedad, temiendo, incluso, por su vida, todo lo cual implica un claro desconocimiento, por parte del acusado, de la



dignidad personal de la mujer (véase art. 10 CE). En la Sentencia del TS 26.1.2011, reiterando lo proclamado en las sentencias número 1050/2007 de 19 de diciembre y número 105/2007 (Sala de lo Penal, Sección 1), de 14 febrero, respecto a dicha autonomía, se dice lo siguiente:

"...La jurisprudencia de esta Sala ha entendido que la conducta que se sanciona (en el art. 173.2) es distinta de las concretas agresiones cometidas contra esas personas, lo que se corresponde con el inciso final del precepto, que establece la pena para la violencia habitual sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica. La conducta típica viene, pues, integrada por una forma de actuar y de comportarse de manera habitual en la que la violencia está constantemente presente, creando una situación permanente de dominación sobre las víctimas, que las atemoriza impidiéndoles el libre desarrollo de su vida. Tal forma de actuar se traduce y se manifiesta en distintos actos agresivos, de mayor o menor entidad, pero siempre encuadrados en aquel marco de comportamiento."

Pues bien, no pueden excluirse los hechos probados, por cuanto la vejación existe y no está despenalizada, lo mismo que la agresión sexual, con independencia de la oposición a su aceptación por el recurrente, pero el tribunal ha llegado al convencimiento de la comisión de la agresión sexual, y lo mismo cabe decir de los actos señalados en torno a lo que los hechos probados recogen en torno a que:

*"Desde el inicio de la convivencia y con especial intensidad desde el año 2010 aproximadamente, el acusado ha dado muestras de un comportamiento violento para con Margarita caracterizado por agresiones físicas esporádicas, obligándola a mantener relaciones sexuales aún cuando ella no quería, y constantes humillaciones e insultos, tales como "puta, guarra, con quien has follado hoy, puta con quien has estado", mala madre, zorra.*

*Concretamente en día no determinado del mes de septiembre de 2013, en el domicilio familiar, en el transcurso de una discusión que estaba manteniendo con su hijo Guillermo, en la que intermedió Margarita, el procesado, con intención de menoscabar la integridad física, golpeó a ambos, sin que conste que dicha agresión les provocase lesiones*

*El día 31 de octubre de 2013 el procesado, con intención de vejear a Margarita se dirigió a ella diciéndole "puta, guarra, que te vas a follar a La Laja, le voy a quitar a tus hijos y a meterlos en un reformatorio".*

*También se declara probado que en horas de la madrugada del día 28 de octubre de 2013, en el domicilio familiar situado en el NUM000 de la CALLE000 del término municipal de Telde en el que en ese momento dormían 4 de los 5 hijos de ambos, en el dormitorio que compartían, el procesado, con la finalidad de satisfacer sus deseos sexuales y para vencer la negativa de Margarita a mantener relaciones sexuales con él, la agarró con fuerza del pelo con una mano mientras apretaba la otra mano alrededor de su garganta, poniéndose encima de ella colocando una rodilla en su pecho, y con la otra pierna intentar abrirle las piernas a la fuerza, consiguiéndolo a continuación con las manos, todo ello mientras le decía a su mujer le vas a enterar", le voy a matar, si no eres para mí, no eres para nadie", "voy a matar a tus hijos", "voy a quemar la casa". Durante el forcejeo mantenido con su pareja, quien le pedía en voz baja, para no despertar a sus hijos, " Cesar, déjame en paz", el procesado logró quitarle las bragas y, adoptando ya Margarita una actitud pasiva debido a la inutilidad de su resistencia y para que cesara la violencia del procesado, éste la penetró vaginalmente.*

No puede hacerse referencia a inconcreción en las fechas, ya que existe determinación en la medida de lo posible. Nótese que en los casos de maltrato habitual que se prolonga a lo largo del tiempo puede haber concreción de fechas, pero en la mayoría de los casos se trata de una conducta repetitiva, lo que no provoca indefensión.

Señala, así, el Tribunal en el FD nº 2 que:

"En el presente caso, quedó acreditada la comisión del delito de malos tratos habituales objeto de acusación, y ello no sólo a través del propio testimonio de la víctima que como veremos reúne los requisitos para ser tenido como suficiente prueba de cargo, y que refiere con todo lujo de detalles varios episodios de violencia hacia ella e incluso respecto de sus hijos, sino además por las testificales concretamente del hijo Luis Pablo, y en parte también Guillermo, si bien este modificó su declaración sumaria, afirmando que su padre echaba broncas normales cuando se enfadaba, afirmando también que los daba tortas cuando venía cansado del trabajo, aunque es cierto que el testigo lo narró como si fuera algo normal.

Entre esos episodios concretos y detallados tenemos el ocurrido en un día no determinado del mes de septiembre de 2013, esto es, a poco que un mes antes de interponer la denuncia, y que hemos considerado constitutivo de dos delitos de malos tratos en el ámbito familiar, cuando el acusado inició una discusión con su hijo Guillermo, interponiéndose Margarita, golpeando el procesado a ambos sin causarles lesión.



Se trataría de unos malos tratos en el domicilio familiar, tal y como declararon todos los testigos en el acto del plenario, si bien la acusación en su escrito de calificación recoge que sucedieron en lugar no concretado, y de ahí que no aplique el subtipo agravado en relación con la agresión a Guillermo, y si en el caso de Margarita por haber ocurrido la agresión delante de los hijos menores, y por ello solo en este caso aplicaremos el apartado 3 del artículo 153 del CP. En este caso tanto Margarita como Guillermo y Luis Pablo coinciden en que los dos primeros fueron golpeados, si bien Guillermo habla de a que a él solo le zarandeó y le propinó un tolo o colleja. Lo que evidentemente constituye el maltrato calificado, en un caso por el apartado 1 y en otro por el apartado 2.

Del mismo modo que en el anterior supuesto, quedó determinado que el 31 de octubre de 2013, el mismo día en que Margarita se decidió a interponer la denuncia que dio lugar a las presentes actuaciones, el acusado se dirigió a ella llamándole puta, guarra, que te vas a follar a la Laja, te voy a quitar a tus hijos y a meterlos en un reformatorio, Insultos corroborados por Luis Pablo )" y que constituyen un delito leve de vejaciones."

El recurrente pretende desgajar y retirar hechos para evitar la construcción de la habitualidad, pero nótese que además de esa referencia a la habitualidad constante durante la convivencia cuando se dice que *ha dado muestras de un comportamiento violento para con Margarita caracterizado por agresiones físicas esporádicas, obligándola a mantener relaciones sexuales aún cuando ella no quería, y constantes humillaciones e insultos, tales como "puta, guarra, con quien has follado hoy, puta con quien has estado", mala madre, zorra*, resulta que hay datos concretos de hechos, aunque resulta evidente que no puede exigirse que en periodos largos exista esa individualización que, sin embargo, sí se da en los que son objeto de condena como consta en los hechos probados.

El motivo se desestima.

**SÉPTIMO.-** 6.- Por infracción de ley del nº 1 del art. 849 L.E.Cr., ya que se ha infringido precepto penal de carácter sustantivo, esto es, aplicación indebida del art. 153.1 y 3 y 152.2 del C. Penal.

Entiende que el menor, supuesta víctima de los hechos negó el maltrato indicando que fue una simple corrección paterno filial. Pero, como ya se ha reiterado anteriormente, el hecho probado no se respeta por el recurrente. Cuestiona el hecho probado en lugar de cuestionar la aplicación de la ley al caso concreto. El hecho probado describe la conducta por la que se dicta la condena.

Y el Tribunal, pese a la queja del recurrente valora la prueba, pese a que este motivo se articule por la vía del art. 849.1 LECRIM y no respeta el hecho probado, éste es claramente correcto para permitir la subsunción de los hechos en el art. 153.1.3 y 152.2 CP como consta en los hechos probados, y el Tribunal apunta en la fundamentación jurídica que:

"Entre esos episodios concretos y detallados tenemos el ocurrido en un día no determinado del mes de septiembre de 2013, esto es, a poco de un mes antes de interponer la denuncia, y que hemos considerado constitutivo de dos delitos de malos tratos en el ámbito familiar, cuando el acusado inició una discusión con su hijo Guillermo, interponiéndose Margarita, golpeando el procesado a ambos sin causarles lesión. Se trataría de unos malos tratos en el domicilio familiar, tal y como declararon todos los testigos en el acto del plenario". Hay prueba bastante y subsunción de los hechos probados en el tipo penal.

El motivo se desestima.

**OCTAVO.-** Desestimándose el recurso, las costas se imponen al recurrente ( art. 901 LECrim).

## FALLO

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

**DECLARAR NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN** interpuesto por la representación procesal del acusado **Cesar** contra la Sentencia de fecha 5 de diciembre de 2018, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, que le condenó por delitos de agresión sexual, de malos tratos habituales cometido en domicilio común, de maltrato en el ámbito familiar y delito leve de vejaciones. Condenamos a dicho recurrente al pago de las cosas procesales ocasionadas en su recurso. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

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

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Andrés Palomo Del Arco

Vicente Magro Servet Leopoldo Puente Segura