RECURSO CASACION núm.: 779/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

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

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

Sentencia núm. 119/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Pablo Llarena Conde

D. Vicente Magro Servet

Dª. Susana Polo García

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 6 de marzo de 2019.

Esta sala ha visto los recursos de casación por infracción de ley, interpuestos por las representaciones del acusado **D. VC** y de la Acusación Particular **Dña. VM**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Segunda, que condenó al anterior acusado por delitos de lesiones y de maltrato en el ámbito familiar, 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 estando dichos recurrentes representados, respectivamente, por el Procurador Sr. Granado Bravos y por la Procuradora Sra. Asanza Izquierdo.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Palma instruyó sumario con el nº 25 de 2016 contra **VC**, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Segunda, que con fecha 24 de mayo de 2017 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"Probado y así se declara que el acusado, VÍCTOR CALI, mayor de edad, en cuanto nacido en Bolivia, el 25 de febrero de 1.968, hijo de Aniso y de Felipa, con documento Y-1562496, sin antecedentes penales y privado de libertad por esta causa un día, mantenía una relación sentimental con MP, desde inicios de 2.011 y hasta abril de 2.015, siendo que en varias ocasiones, en el domicilio que compartían, sito en la calle Aragón, nº 134, en el que también residían otras personas, tras la ingesta de bebidas alcohólicas que alteraban parcialmente su comportamiento, sin eliminar ni alterar sustancialmente sus facultades intelectivas y volitivas, la insultaba con expresiones tales como "hija de puta, cochina", llegándole a decir que la mataría y que después se suicidaría y propinándole incluso en fecha 31 de diciembre de 2.014, en el curso de una discusión que tuvo lugar en la vía pública, en las inmediaciones del bar JB, de la calle Aragón, hallándose igualmente el acusado con sus facultades notablemente disminuidas por la previa ingesta de bebidas alcohólicas, tal que casi no se sostenía en pie, en la calle Aragón, de Palma, un par de puñetazos en la cara, sin que conste le causara lesión alguna".

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

"QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS A VC, como autor criminalmente responsable de un delito del artículo 173. 2 párrafo 2º CP, con la concurrencia de la atenuante analógica de embriaguez, a la pena quince meses y un día de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo, prohibición del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo de cuatro años y un día, así como prohibición de acercamiento a menos de quinientos metros y comunicación por cualquier medio por tiempo de dos años, respecto de la perjudicada, MP, y como autor criminalmente responsable de un delito del artículo 153. 4º CP, con igual circunstancia atenuante analógica, la pena de trabajos en beneficio de la comunidad por tiempo de 16 días y privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo de seis meses y un día. Se imponen al condenado 2/3 de las costas del procedimiento, sin incluir las de la acusación particular, al no haber solicitado expresamente. Para el cumplimiento de la pena, descuéntese el tiempo que ha estado privado de libertad por esta causa. Y DEBEMOS ABSOLVERLE Y LE ABSOLVEMOS del delito de agresión sexual por el que también venía siendo condenado".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de ley por la representación del acusado **D. VC** y de la Acusación Particular **Dña. MP**, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

CUARTO.- I.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **D. VC**, lo baso en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:
Primero.- Infracción de Ley del artículo 849.1º LECrim al calificarse los hechos como un delito de lesiones previsto y penado en el artículo 153 Código Penal cuando deberían en su caso haber sido calificados como una falta de lesiones de maltrato de obra vigente a la fecha de los hechos (31 de diciembre de 2014).
Segundo.- Infracción de Ley por error en la valoración de la prueba al amparo del artículo 849.2º LECrim (Fundamento de Derecho Primero) y en concreto de los informes médicos forense y de Instituciones Públicas en los que nunca se constatan lesiones derivadas del día 31 de diciembre de 2014) y Vulneración del derecho de defensa y de presunción de inocencia ex artículo 852 LECrim, inversión carga de la prueba presumiendo al acusado culpable del delito de lesiones del artículo 153 CP pese a no existir prueba alguna documental que soporte y acredite la existencia de esas lesiones.

II.- El recurso interpuesto por la representación de la Acusación Particular **Dña. MP**, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:
Primero.- Infracción de ley del art. 849.2 L.E.Cr. por error en la valoración de la prueba, y en concreto por todas las declaraciones de la perjudicada existentes en autos (denuncia, declaración policial, declaración del Juzgado e informe médico), en los que relata los mismos hechos de agresión sexual, lesiones y maltrato habitual.
Segundo.- Infracción de ley del art. 849.1 L.E.Cr. al calificarse los hechos como un delito de lesiones previsto y penado en el art. 153.4 C.P., cuando deberían haber sido calificados por el art. 153.1 y 3 C.P.
Tercero.- Por infracción de ley del art. 851.3 L.E.Cr. al no incluir la responsabilidad civil solicitada por la acusación particular de doña MP y no

incluir las costas que fueron puestas en el escrito de acusación, elevándose las conclusiones a definitivas y reiterándose en el final del informe.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, solicitó la inadmisión y subsidiaria desestimación de todos los motivos del recurso del acusado y de los motivos primero y segundo del recurso de la Acusación Particular, excepto del motivo tercero que apoyó, 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 20 de febrero de 2019, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de casación la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, con fecha 24 de mayo de 2017 contra la que se interpone recurso de casación por el condenado VC y MP (acusación particular).

La sentencia recurrida declara probado que “VÍCTOR CALI mantenía una relación sentimental con MP, desde inicios de 2.011 y hasta abril de 2.015, siendo que en varias ocasiones, en el domicilio que compartían, sito en la calle Aragón, nº 134, en el que también residían otras personas, tras la ingesta de bebidas alcohólicas que alteraban parcialmente su comportamiento, sin eliminar ni alterar sustancialmente sus facultades intelectivas y volitivas, la insultaba con expresiones tales como “hija de puta y cochina”, llegándole a decir que la mataría y que después se suicidaría y propinándole incluso en fecha 31 de diciembre de 2.014, en el curso de una discusión que tuvo lugar en la vía pública, en las inmediaciones del bar JB, de la calle Aragón, hallándose igualmente el acusado con sus facultades notablemente disminuidas por la previa ingesta de bebidas alcohólicas, tal que casi no se

sostenía en pie, en la calle Aragón, de Palma, un par de puñetazos en la cara, sin que conste le causara lesión alguna".

Por estos hechos probados el Tribunal entiende que son constitutivos de un delito de maltrato habitual del artículo 173.2 párrafo 2º CP y de un delito de maltrato del artículo 153 CP, absolviendo al acusado del delito de agresión sexual.

RECURSO DE VC

SEGUNDO.- 1.- Infracción de Ley del artículo 849.1º LECrim al calificarse los hechos como un delito de lesiones previsto y penado en el artículo 153 Código Penal cuando deberían en su caso haber sido calificados como una falta de lesiones de maltrato de obra vigente a la fecha de los hechos (31 de diciembre de 2014).

Visto el relato de hechos probados, que es interesante a la hora de analizar este primer motivo, sostiene el recurrente que "no puede compartirse que la agresión física del día 31 de diciembre de 2014 sea incardinable en el tipo penal de aplicación pues:

1.- El acusado estaba gravemente afectado por la ingesta de alcohol -la propia sentencia lo reconoce- por lo que la decisión de agredir a la víctima no puede ser considerada inexorablemente como vinculada a la relación de afectividad.

2.- En modo alguno ha quedado acreditado que esa agresión tuviera como finalidad doblegar la voluntad de la mujer, voluntad que se vería así quebrada por la acción de agresión del varón siendo que tal violencia se desata en el seno de una relación sentimental para mostrar la supremacía de él sobre ella".

Pues bien, hay que señalar que la esencia del tipo penal objeto de condena del art. 153.1 CP no requiere en modo alguno la causación de una lesión, sino que se cualifica por el mero hecho de cometer la conducta que fija el texto penal, a saber: *"1. El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas*

en el apartado 2 del artículo 147, o golpeare o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia".

No se exige, por ello, un parte de sanidad, ni un informe forense, sino la convicción del juez de que, en efecto, ha habido una agresión como la que consta en el hecho probado de darle *un par de puñetazos en la cara, sin que conste le causara lesión alguna".*

Con ello, en ningún caso se exige un hecho lesivo, por un lado, pero por otro hay que incidir en un dato relevante, ya que en el contexto de la relación del condenado, ahora recurrente, existe una reiteración de actos de maltrato habitual con reiteradas expresiones que el Tribunal tiene declaradas probadas y que permiten a éste llegar a la convicción del delito de maltrato habitual.

Así, con independencia de que esta Sala realizó la fijación de criterio interpretativo del art. 153 CP en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 677/2018 de 20 Dic. 2018, Rec. 1388/2018, lo cierto y verdad es que debe rechazarse el motivo, porque el contexto de la relación de pareja en la que vivía el recurrente con la víctima lo era en una permanente conducta delictiva de maltrato habitual de **humillación y dominación psicológica,** por la prevalente conducta de dirigirse a su pareja con términos humillantes que el Tribunal ha ubicado en el delito de maltrato habitual dentro del tipo psicológico, y que está incluido en el art. 173.2 CP, habiéndose producido los hechos en el domicilio (del maltrato del art. 173.2 CP, no el del art. 153.1 CP), aunque tras el consumo de bebidas alcohólicas. Y es en ese contexto de humillación casi permanente en donde el recurrente golpea a su pareja con dos puñetazos, por lo que no se trata de que el consumo de alcohol haga alterar el tipo penal objeto de condena pasando del art. 153.1 CP al art. 147. 3 CP, en este último caso por no causarle lesión.

Es evidente que en modo alguno el consumo de alcohol puede hacer cambiar el tipo penal para huir del castigo del art. 153.1 CP al tipo penal de

menor sanción del art. 147.3 CP, ya que el consumo de alcohol puede incidir en la voluntad del sujeto y su capacidad de decidir sobre lo que hace, afectando a su imputabilidad.

Por ello, el consumo de alcohol, al que el Tribunal se refiere al citar que tenía *ingesta de bebidas alcohólicas que alteraban parcialmente su comportamiento, sin eliminar ni alterar sustancialmente sus facultades intelectivas y volitivas,* lo que provoca es una afectación de las bases de imputabilidad -intelecto y voluntad- de modo que será la intensidad de la alteración la que nos dará la pauta para graduar la imputabilidad, desde la inoperancia de la responsabilidad hasta la exoneración completa e incompleta de la misma (Sentencia Tribunal Supremo 261/2005 de 28 Feb. 2005, Rec. 227/2004). Pero en modo alguno puede afectar este consumo de alcohol al tipo penal para producir un cambio del tipo cuando existe consumo de alcohol. Y tampoco puede incidir en entender que las agresiones en las relaciones de pareja degradan el hecho delictivo para no entender que se trata de un delito de violencia de género y trasladarlo a otra categoría de la tipicidad más benévola al considerarla como un delito leve, que es lo que se propone por el recurrente.

En el contexto de la relación de pareja no puede producirse una atenuación de la penalidad por el consumo de alcohol, utilizándolo el autor de maltrato físico o psíquico como si se tratara de un subtipo atenuado, o rebajarlo a la consideración de falta. Lo que permite el texto penal es, por un lado, aplicar la atenuante de embriaguez en estos casos, pero no rebajarlo a delito leve. Y, por otro lado, como ya apuntábamos en la sentencia antes citada de esta Sala 677/2018 de 20 Dic. 2018, lo que puede hacer el juez de enjuiciamiento cuando se considere que el hecho de la agresión es “de menor entidad atendidas las circunstancias del caso” es lo que ha hecho en este caso la Audiencia Provincial, como es aplicar el art. 153.4 CP.Y así señalamos en la sentencia antes citada que:

“*Posibilidad de aplicación del apartado 4º del art. 153 al caso concreto. Lo que sí es posible aplicar es la vía del art. 153.4 CP que señala que: 4. No obstante lo previsto en los apartados anteriores, el Juez o Tribunal,*

razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado. Ello permitirá graduar la respuesta penológica al caso concreto, pero no absolver por la circunstancia de que exista agresión mutua y no se haya probado por la acusación el ánimo de dominación o machismo en el hombre. Este tipo atenuado sería el marco adecuado para tener en cuenta, en su caso, algunas de las circunstancias que se valoran por los jueces y tribunales para excluir la aplicación del artículo 153.1 CP".

Con ello, el hecho de la agresión por la que el recurrente le golpea a la víctima, que es su pareja, se produce en el seno de una convivencia de maltrato habitual, es decir, en una situación de dominación psicológica del agresor, al que no le constan actos previos de maltrato físico, sino de humillación, lo que determina que en ese contexto de maltrato la agresión del recurrente, totalmente objetivable, cual es el golpeo a la víctima sin causarle lesión es, evidentemente un acto de maltrato, con independencia de las consideraciones realizadas en la antes citada sentencia 677/2018 de 20 de Diciembre. Y sin que pueda rebajarse a la categoría de delito leve por el consumo de alcohol, como hemos explicado. Existe un hecho objetivable como es la agresión, y existe una incardinación en el tipo penal por la relación sentimental existente entre las partes y, además, con convivencia, y en el seno de la cual existía además una reiteración de actos de maltrato psicológico.

El motivo se desestima.

TERCERO.- 2.- Infracción de Ley por error en la valoración de la prueba al amparo del artículo 849.2º LECrim (Fundamento de Derecho Primero) y en concreto de los informes médicos forense y de Instituciones Públicas en los que nunca se constatan lesiones derivadas del día 31 de diciembre de 2014) y Vulneración del derecho de defensa y de presunción de inocencia ex artículo 852 LECrim, inversión carga de la prueba presumiendo al acusado culpable del delito de lesiones del artículo 153 CP pese a no existir prueba alguna documental que soporte y acredite la existencia de esas lesiones.

Incide el recurrente en que no hay documento probatorio que sustente la condena por la vía del art. 153.1 CP, cuando este precepto no exige la lesión derivada del golpe o maltrato para su adecuada subsunción en el tipo penal por el que ha sido condenado.

Pero la convicción del Tribunal acerca de la comisión del delito del art. 153.1 CP viene por la declaración de la víctima que es corroborada además, ya que sostiene el Tribunal que:

"Sostiene **MP** que el acusado la maltrataba mucho si bien ella no denunció hasta abril de 2.015 toda vez que él le rogaba que no lo hiciese para que no le deportasen, diciéndole que si no la mataría o que él se metería en el mar. Relata que se veían poco dado que ambos estaban internos, que recuerda que convivían en la calle Aragón, número 134, desde el 16 de julio diciembre de 2.014 él estaba muy borracho, que estando en el bar JB de la calle Aragón de Palma con el tío Jaime del acusado, pidió ayuda al dueño del bar para llevárselo y sacarlo a la calle, debido a su estado, siendo que allí fuera le propinó dos puñetazos en la cara, siendo testigo de lo anterior su amiga Bilma Betty, que venía de la Iglesia Evangélica, sita en la plaza de las Columnas, habiendo sucedido hechos similares en otras ocasiones, cuando él bebía, tanto en fiestas que tenían lugar en el Polígono como en su propio domicilio, en el que también vivían otras personas, entre ellas Ana Aquin, la cual siempre la defendía, siendo que incluso le ayudó el día que el acusado la violó. Que tales hechos también los presenció un amigo del acusado, Ruffino, y un vecino llamado Solana estaba presente el día que volvían del bar JB. …Añade que tanto los insultos como las amenazas sólo tenían lugar cuando el acusado iba muy bebido, que, en condiciones normales, se portaba muy bien aunque también era celoso. Dice que no denunció antes por pena y también por falta de tiempo, dado que estaba trabajando como interna cuidando a una persona mayor a la que no podía dejar y que tenía muy poco tiempo libre.

La declaración de la víctima consideramos que cumple con los requisitos para ser tomada como prueba de cargo única, dado que cumple con los consabidos requisitos de credulidad subjetiva y objetiva, persistencia en la incriminación y existencia de corroboraciones periféricas, respecto a los

hechos que son constitutivos del delito de maltrato habitual y de maltrato, no así, como más adelante se verá, respecto a la agresión sexual. En efecto, se aprecia en la declaración de la perjudicada una **coherencia interna en su declaración**, siendo que **no vemos ánimo espurio de venganza o resentimiento que pueda influir en la valoración de dicha declaración**. Victoria **detalla claramente los hechos, distingue las situaciones, los presentes, los motivos, y, lo que es más claro y evidencia una falta de propósito de perjudicar al acusado, discrimina los hechos que tenían lugar habitualmente, de los que no**, y aquéllos en los que el acusado iba muy bebido de los que eran sus relaciones normales y cotidianas. Por ello, apreciamos que concurre dicha verosimilitud, siendo que además su declaración ha sido persistente en las sucesivas fases del procedimiento, no apreciando ni contradicciones ni lagunas o cambios de versión que nos lleven a entender que no cuenta los hechos tal y como sucedieron".

Añade que "Dilma Betty corrobora también la versión de la denunciante respecto a los hechos acaecidos el día 31 de diciembre en la vía pública, indicando que presenció que en el seno de una discusión él le propinó dos puñetazos en la cara, que discutían porque él iba muy bebido y la denunciante quería llevárselo a casa y él no quería irse".

El Tribunal incide en que no existe lesión alguna tras la agresión del recurrente al golpearle con dos puñetazos, por lo que no puede exigirse documental alguna en este caso. Lo que el Tribunal concluye es que debe aplicarse "la circunstancia atenuante analógica de embriaguez del artículo 21.7 en relación con los artículos 21.2 y 20.2 CP, atendida la numerosa prueba testifical practicada al respecto y que todos los declarantes manifiestan que los hechos siempre tenían lugar tras la ingesta de bebidas alcohólicas que disminuían su capacidad". Y respecto al delito del art. 153.1 CP le aplica, además, la rebaja en un grado de la pena por entender *la escasa entidad de los hechos.*

Con ello, esencialmente, el Tribunal ha admitido la declaración de la víctima, y con la inmediación que le privilegia concluye que la víctima fue consistente y entiende que es creíble en su versión de los hechos por los que

ha sido condenado, pero, sin embargo, el Tribunal no llega a la misma convicción en cuanto al delito de agresión sexual por el que también era acusado sobre el que tratamos con motivo del recurso de la acusación particular.

Presupuestos en el análisis de la valoración por el Tribunal de la declaración de la víctima.

Pero recordemos que es posible que el Tribunal avale su convicción en la versión de la víctima, ya que la credibilidad y verosimilitud de su declaración se enmarca en la apreciación de una serie de factores a tener en cuenta en el proceso valorativo del Tribunal. Y así podemos citar los siguientes:

1.- Seguridad en la declaración ante el Tribunal por el interrogatorio del Ministerio Fiscal, letrado/a de la acusación particular y de la defensa.

2.- Concreción en el relato de los hechos ocurridos objeto de la causa.

3.- Claridad expositiva ante el Tribunal.

4.- “Lenguaje gestual” de convicción. Este elemento es de gran importancia y se caracteriza por la forma en que la víctima se expresa desde el punto de vista de los “gestos” con los que se acompaña en su declaración ante el Tribunal.

5.- Seriedad expositiva que aleja la creencia del Tribunal de un relato figurado, con fabulaciones, o poco creíble.

6.- Expresividad descriptiva en el relato de los hechos ocurridos.

7.- Ausencia de contradicciones y concordancia del iter relatado de los hechos.

8.- Ausencia de lagunas en el relato de exposición que pueda llevar a dudas de su credibilidad.

9.- La declaración no debe ser fragmentada.

10.- Debe desprenderse un relato íntegro de los hechos y no fraccionado acerca de lo que le interese declarar y ocultar lo que le beneficie acerca de lo ocurrido.

11.- Debe contar tanto lo que a ella y su posición beneficia como lo que le perjudica.

Por otro lado, ante las líneas generales anteriores a tener en cuenta sí que es cierto, también, que la víctima puede padecer una situación de temor o "revictimización" por volver a revivir lo sucedido al contarlo de nuevo al Tribunal, y tras haberlo hecho en dependencias policiales y en sede sumarial, lo que junto con los factores que citamos a continuación pueden ser tenidos en cuenta a la hora de llevar a cabo el proceso de valoración de esta declaración, como son los siguientes:

1.- Dificultades que puede expresar la víctima ante el Tribunal por estar en un escenario que le recuerda los hechos de que ha sido víctima y que puede llevarle a signos o expresiones de temor ante lo sucedido que trasluce en su declaración.

2.- Temor evidente al acusado por la comisión del hecho dependiendo de la gravedad de lo ocurrido.

3.- Temor a la familia del acusado ante posibles represalias, aunque estas no se hayan producido u objetivado, pero que quedan en el obvio y asumible temor de las víctimas.

4.- Deseo de terminar cuanto antes la declaración.

5.- Deseo al olvido de los hechos.

6.- Posibles presiones de su entorno o externas sobre su declaración.

En el presente caso los factores que el Tribunal añade respecto a su convicción de la declaración de la víctima y la credibilidad son los siguientes, que también deben añadirse a los siguientes factores a tener en cuenta a la hora de llevar a cabo ese proceso de valoración:

1.- Se aprecia en la declaración de la perjudicada una coherencia interna en su declaración.

2.- No vemos ánimo espurio de venganza o resentimiento que pueda influir en la valoración de dicha declaración.

3.- Detalla claramente los hechos,

4.- Distingue las situaciones, los presentes, los motivos.

5.- Evidencia una falta de propósito de perjudicar al acusado.

6.- Discrimina los hechos que tenían lugar habitualmente, de los que no.

Desde esta perspectiva, y frente al motivo deducido por el recurrente lo que debe esta Sala es llevar a cabo la comprobación del proceso de motivación, y en base a lo antes expuesto, decir que el Tribunal ha destacado los elementos que ha tenido en cuenta en la declaración de la víctima al declarar tanto respecto a la situación de maltrato habitual psicológico de que ha sido víctima, como del hecho ilícito que se integra en ese maltrato habitual, como un hecho más que puede ser objeto de la tipificación independiente, como permite el art. 173.2 CP.

Pues bien, dado que el Tribunal ha puesto especial énfasis en esta declaración deben destacarse los presupuestos en este proceso valorativo que esta Sala del Tribunal Supremo ha destacado. Y así:

a) Presupuestos básicos sobre los que descansa la función de la valoración de las pruebas por el juez o tribunal penal tras la celebración del juicio oral en orden a tener por enervada la presunción de inocencia.

Esta Sala del Tribunal Supremo tiene declarado de forma reiterada que (entre otras, sentencia 28 Dic. 2005, rec. 361/2005) en cuanto a la presunción de inocencia, y en orden a su vulneración, 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, el privilegio de la inmediación veta a los órganos superiores, funcionalmente hablando, a revisar esta valoración de la prueba, como recuerda esta Sala 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).

Sin embargo, lo que sí le está permitido al juez o tribunal superior es verificar que, efectivamente, el Tribunal «a quo» contó con suficiente prueba de signo acusatorio sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado para dictar un fallo de condena, cerciorándose también de que esa prueba fue obtenida sin violar derechos o libertades fundamentales y en correctas condiciones de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción, y comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el juzgador el proceso de su raciocinio, al menos en sus aspectos fundamentales, que le han llevado a decidir el fallo sin infringir en ellos los criterios de la lógica y de la experiencia (STS. 1125/2001 de 12.7).

Fundamental es, pues, que **el razonamiento de la convicción a la que llega el juez o tribunal penal obedezca a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo**.

Por ello, el órgano superior no puede incidir en cuestiones que afectan a la inmediación en la práctica de la prueba, en este caso, la declaración de la víctima, pero sí la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad. Además, el proceso racional, expresado en la sentencia, a través del que de la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo (STS. 2004 de 9.3).

Así las cosas, en lo que es objeto de nuestro examen en relación a la declaración de la víctima en este caso en el que se condena por delito del art. 173.2 CP y 153.1 CP con aplicación del art. 153.4 CP, esta Sala del Tribunal Supremo apunta que cuando se trata de prueba testifical, su valoración depende en gran medida de la percepción directa, de forma que la determinación de la credibilidad que corresponde otorgar a cada testigo es tarea atribuida al Tribunal de instancia, en virtud de la inmediación, sin que su criterio pueda ser sustituido en casación, salvo los casos excepcionales en los que se aporten datos o elementos de hecho no tenidos en cuenta por aquel Tribunal que puedan poner de relieve una valoración arbitraria (STS. 1582/2002 de 30.9). Ello entendemos que debe ir reconducido a una absoluta falta de explicación o motivación en la sentencia acerca de las razones de la admisión de una prueba frente a otra u otras practicadas, lo que no quiere decir que se haga un examen pormenorizado, ya que en los casos en los que se trate de valorar la declaración de la víctima atenderemos a las cuestiones a las que a continuación nos referimos para admitirla como prueba con la adjetivación de cargo.

b) La exigencia de la motivación del juez o tribunal sobre las pruebas practicadas, entre ellas la declaración de la víctima.

Hemos expuesto anteriormente a la hora de valorar la convicción del Tribunal acerca de lo que la víctima contó acerca del maltrato habitual y la agresión por los dos puñetazos que le dio que una primera cuestión a la que tenemos que hacer mención es al alcance de la exigencia de motivación impuesto al juez cuando debe optar por asumir o denegar como prueba la declaración de la víctima en su comparación con otras practicadas en el juicio oral. Así, el Tribunal Constitucional SS 165/93, 177/94, 158/95, 46/96, 54/97 y 231/97 y esta Sala, SS. 626/96 de 23.9, 1009/96 de 30.12, 621/97 de 5.5 y 555/2003 de 16.4, han fijado la finalidad y el alcance y límites de la motivación. En este sentido, podemos fijar como notas características las siguientes:

1.- La finalidad de la motivación será hacer conocer las razones que sirvieron de apoyatura a la decisión adoptada, quedando así de manifiesto que no se ha actuado con arbitrariedad.

2.- La motivación tendrá que tener la extensión e intensidad suficiente para cubrir la esencial finalidad de la misma, que el Juez explique suficientemente el proceso intelectivo que le condujo a decidir de una determinada manera.

3.- Las exigencias de razonamiento relativo a la prueba de los hechos son menores cuando el relato fáctico revele la prueba palpable de los mismos como ocurre en los supuestos de delitos flagrantes.

4.- También es menos necesario el razonamiento relativo a la aplicación de un precepto o al anudamiento de una consecuencia jurídica establecida en una norma, cuando es clara la subsunción del precepto o la norma a los hechos declarados probados.

5.- La existencia de la inmediación como privilegio del juez o tribunal ante el que se practica la prueba no debe eludir la exigencia de la adecuada motivación, ya que como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 May. 2007 es preciso situar el valor de la inmediación judicial en sus justos límites, y en tal sentido hay que decir que:

a) La inmediación es una técnica de formación de la prueba, que se escenifica ante el Juez, pero no es ni debe ser considerada como un método para el convencimiento del Juez.

b) La inmediación no es ni debe ser una coartada para eximir al Tribunal sentenciador del deber de motivar, en tal sentido, hoy puede estimarse totalmente superada aquella jurisprudencia que estimaba que "....la convicción que a través de la inmediación, forma el Tribunal de la prueba directa practicada a su presencia depende de una serie de circunstancias de percepción, experiencia y hasta intuición que no son expresables a través de la motivación...." --STS de 12 de Febrero de 1993 --.

Además, en las SSTS 1182/97, 1366/97 y 744/2002 de 23.4, se expone que la motivación debe abarcar tres aspectos que se corresponde con las exigencias del alcance de la extensión de la motivación:

a) La fundamentación del relato fáctico con exposición de las pruebas de las imputaciones que el mismo contiene.

b) La fundamentación de la subsunción de los hechos declarados probados en el tipo penal procedente, con análisis de los elementos descriptivos y normativos, tipo objetivo y subjetivo y circunstancias modificativas y

c) La fundamentación de las consecuencias penales como civiles derivadas, por tanto, de la individualización de la pena y medidas de seguridad en su caso, responsabilidades civiles, costas judiciales y de las consecuencias accesorias, arts. 127 a 129 CP. (SSTS. 14.5.98, 18.9.2001, 480/2002 de 15.3).

Además, podemos añadir dos puntos en relación a la extensión de la motivación:

1.- La motivación puede ser escueta, siempre que suponga una aplicación razonable y reconocible del ordenamiento jurídico, pero en cualquier caso una sentencia penal correcta debe contener una motivación completa, es decir que abarque los tres aspectos anteriormente indicados, con la extensión y profundidad proporcionadas a la mayor o menor complejidad de las cuestiones que se han de resolver (STS 258/2002 de 19.2). No existe, desde luego, un derecho fundamental del justiciable a una determinada extensión de la motivación, pero sí a que el razonamiento que contenga, constituya lógica y jurídicamente, suficiente explicación en cada caso concreto que permita conocer los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión (en este sentido SSTC 8/2001, de 15 de enero y 13/2001, de 29 de enero) (STS nº 97/2002, de 29 de enero).

2.- Esta exigencia de motivación de las resoluciones judiciales no supone que hayan de ofrecer necesariamente una exhaustiva descripción del

proceso intelectual que ha llevado a decidir en un determinado sentido, ni tampoco requiere un determinado alcance o intensidad en el razonamiento empleado. Basta a los efectos de su control constitucional con que dicha motivación ponga de manifiesto que la decisión judicial adoptada responde a una concreta interpretación y aplicación del Derecho ajeno a toda arbitrariedad y permita la natural revisión jurisdiccional mediante los recursos legales establecidos. Es decir, es necesario, pero también suficiente, que se refleje la razón del discurso logístico que toda resolución comporta de manera que se haga comprensible para el destinatario de la decisión que ésta es la consecuencia de una interpretación racional del ordenamiento y no fruto de la arbitrariedad (STS de 8 Nov. 2006).

En consecuencia, cuando la declaración de la víctima es la única de la que dispone el juez o tribunal este debe motivar de forma suficiente las razones de la conformación de su convicción con las peculiaridades que citamos a continuación.

Y esto es lo que ha ocurrido en este caso, como hemos señalado, al destacar el Tribunal por qué, y qué factores tuvo en cuenta a la hora de considerar esta declaración como auténtica prueba de cargo para condenar y realizar la subsunción de los hechos en los tipos penales del art. 173.2 CP y 153.1 y 4 CP.

c) La declaración de la víctima es contradictoria con la del acusado u otros testigos que puede plantear la defensa. La declaración de la víctima es la única de la que dispone el juez o tribunal para tomar su decisión acerca de si es suficiente para enervar la presunción de inocencia.

Este supuesto se suele dar en muchos casos en el proceso penal, sobre todo en supuestos de violencia de género o en abusos sexuales de los que no se desprendan evidencias físicas que puedan actuar como pruebas médicas acerca de la realidad del delito cometido.

Se trata en estos casos de llegar a una misión de confrontar la declaración del acusado con la de la víctima, pero para ello esta Sala del

Tribunal Supremo fija unos criterios consolidados que son tenidos en cuenta por el tribunal, así como reiteradamente alegados en los recursos. Sin embargo, hay que fijar unos criterios previos en orden a valorar la declaración de la víctima como prueba atendiendo a los criterios de valoración que marca esta Sala del Tribunal Supremo, a saber:

1.- La declaración de la víctima no es prueba indiciaria sino prueba directa, y ha sido admitida como prueba de cargo tanto por la doctrina del Tribunal Supremo (SS. 706/2000, 313/2002, 1317/2004), como del Tribunal Constitucional (SS. 201/89, 173/90, 229/91).

2.- La existencia de la declaración de la víctima no siempre se convierte por sí misma y automáticamente en prueba de cargo suficiente, pues, como todas, está sometida a la valoración del Tribunal sentenciador.

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

4.- Las declaraciones de la víctima o perjudicado tienen valor de prueba testifical, siempre que se practiquen con las debidas garantías y son hábiles por si solas para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia, y de manera específica en los delitos en que por las circunstancias en que se

cometen no suele concurrir la presencia de otros testigos (SSTS 30-1-99 y 28-1 y 15-12-95).

5.- Cuando es la única prueba de cargo exige -como ha dicho la Sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo de fecha 29-4-97- una cuidada y prudente valoración por el tribunal sentenciador, ponderando su credibilidad en relación con todos los factores subjetivos y objetivos que concurran en la causa, precisando la STS 29-4-99 con que no basta la sola afirmación de confianza con la declaración testimonial cuando aparece como prueba única, la afirmación ha de ir acompañada de una argumentación y esta ha de ser razonable por encontrarse apoyada en determinados datos o circunstancias.

6.- La situación límite de riesgo para el derecho constitucional de presunción de inocencia se produce cuando la única prueba de cargo la constituye la declaración de la supuesta víctima del delito (STS 29-12-97) y el riesgo se hace extremo si la supuesta víctima es precisamente quien inició el proceso, mediante la correspondiente denuncia o querella, haciéndose más acentuado aún si ejerce la acusación, pues en tal caso se constituye en única prueba de la acusación el propio acusador.

Pues bien, lo que el juez o tribunal penal debe valorar cuando analiza la declaración de la víctima y la previsible contradicción con la prestada por el acusado en el plenario negando los hechos se centra en analizar si cuando, en principio, la declaración de la víctima puede ser hábil para desvirtuar la presunción de inocencia, atendiendo a que el marco de clandestinidad en que se producen determinados delitos, significadamente de violencia en el hogar y contra la libertad sexual, impide en ocasiones disponer de otras pruebas, ha de resaltarse que para fundamentar una sentencia condenatoria en dicha única prueba es necesario que el tribunal valore expresamente la comprobación de la concurrencia de las siguientes notas o requisitos:

1º) Ausencia de incredibilidad subjetiva derivada de las relaciones acusador/acusado que pudieran concluir a la deducción de la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento, interés o de

cualquier índole que prive a la declaración de la aptitud necesaria para generar certidumbre.

2º) Verosimilitud, es decir constatación de la concurrencia de corroboraciones periféricas de carácter objetivo, que avalen lo que no es propiamente un testimonio -declaración de conocimiento prestada por una persona ajena al proceso- sino una declaración de parte, en cuanto que la víctima puede personarse como parte acusadora particular o perjudicada civilmente en el procedimiento (arts. 109 y 110 LECrim.) en definitiva es fundamental la constatación objetiva de la existencia del hecho.

3º) Persistencia en la incriminación: esta debe ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones, pues constituyendo única prueba enfrentada con la negativa del acusado, que proclama su inocencia, prácticamente la única posibilidad de evitar la indefensión de este es permitirle que cuestione eficazmente dicha declaración, poniendo de relieve aquellas contradicciones que señalen su inveracidad (SSTS 28-9-88, 26-3 y 5-6-92, 8-11-94, 11-10-95, 13-4- 96).

Sin embargo, respecto de la concurrencia de estos requisitos no hay que olvidar lo que puntualiza esta Sala del Tribunal Supremo en la sentencia de 30 Abr. 2007 respecto que tales tres elementos no han de considerarse como requisitos, de modo que tuvieran que concurrir todos unidos para que la Sala de instancia pudiera dar crédito a la testifical de la víctima como prueba de cargo. A nadie se le escapa, dice la STS. 19.3.2003, que cuando se comete un delito en el que aparecen enemistados autor o víctima, en estas infracciones que ordinariamente se cometen en la clandestinidad, puede ocurrir que las declaraciones de ésta última tengan que resultar verosímiles por las concretas circunstancias del caso. Es decir, la concurrencia de alguna circunstancia de resentimiento, venganza o cualquier otro motivo ético y moralmente inadmisible es solamente una llamada de atención para realizar un filtro cuidadoso de sus declaraciones, no pudiéndose descartar aquellas, que aun teniendo esas características tienen solidez, firmeza y veracidad objetiva.

Pero es que, además, y esto es sumamente importante en orden a valorar la ausencia de incredibilidad subjetiva existen casos de declaraciones de víctimas que han sido victimizadas de forma reiterada por sus agresores, como suele ocurrir en muchos supuestos de violencia de género, en los que se suele alegar por las defensas en el plenario que debe dudarse de la declaración de las víctimas por existir resentimiento en sus declaraciones y una animadversión que motiva el contenido de estas declaraciones. Sin embargo, esto no es del todo cierto, y no constituye una máxima que deba ser tenida en cuenta, por cuanto cuando la víctima ha sido agredida físicamente, como ocurre en los supuestos de violencia de género reiterada, -como aquí ha ocurrido al ser condenado el recurrente por el art. 173.2 CP-, ello no permite entender que puedan existir dudas en las declaraciones de las víctimas cuando estas declaren en un juicio oral, porque ello sería una situación que siempre se produciría en muchos supuestos.

Es obvio que por el hecho de haber sido victimizada por el agresor la víctima no tenga una buena relación con este, pero ello no debe hacernos llegar el ámbito de la duda respecto a si lo que está declarando la víctima en el plenario lo hace con móviles de resentimiento. De ser así, en ningún caso se podría valorar la declaración de la víctima en muchos supuestos en los que se han producido hechos graves, como ocurre en los casos de agresiones sexuales en los que es obvio recordar y pensar que las víctimas ni tan siquiera quieran recordar los hechos, por lo que mucho es pedirles a estas que dejen al margen el odio que puedan sentir. Pero estas sensaciones que son obvias en las víctimas no deben llevarnos a hacernos dudar del contenido de su declaración.

d) La declaración de la víctima es contradictoria con la ya expuesta por la misma ante el juzgado de instrucción.

Una de las funciones que tiene que desplegar el juez o tribunal penal en los casos de declaración de la víctima es analizar las posibles contradicciones que puedan surgir entre lo declarado en la fase de instrucción y el juicio oral. Sin embargo, principio básico es en este caso que:

a) Que únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal en el momento de dictar sentencia las practicadas en el juicio oral, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar precisamente en el debate contradictorio que, en forma oral, se desarrolla ante el mismo Juez o Tribunal que ha de dictar sentencia, de suerte que la convicción de éste sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios aportados a tal fin por las partes (STS de 8 Nov. 2006, rec. 84/2006).

b) De esta exigencia general se desprende que las diligencias llevadas a cabo durante la fase instructora del proceso penal no constituyen en sí mismas pruebas de cargo, sino únicamente actos de investigación cuya finalidad específica, por tanto, no es la fijación definitiva de los hechos para que éstos transciendan a la resolución judicial, sino la de permitir la apertura del juicio oral, proporcionando a tal efecto los elementos necesarios para la acusación y la defensa (STC. 51/95 de 23.2).

En este caso, puede ocurrir que en la declaración prestada por la víctima en el plenario existan contradicciones con las realizadas en la fase sumarial, para lo que las partes podrían hacer valer al juez o tribunal estas contradicciones al objeto de efectuar la comparación sobre las mismas. Sin embargo, aquí hay una cuestión básica de índole procesal que debe tenerse en cuenta, ya que no es suficiente, y esto es importantísimo, que la parte haga valer las contradicciones existentes en ambas declaraciones, sino que al objeto de que el juez o tribunal pueda tenerlas en cuenta debe solicitar la lectura de las declaraciones sumariales en el plenario e interrogar al testigo sobre las razones de las contradicciones y cuál es la declaración correcta. En ocasiones, suele solicitarse la expresión habitual de dar por reproducida la documental intentando hacer valer estas declaraciones sumariales, pero no es válida esta fórmula, sino la exigente de dar lectura a la lectura de las mismas.

e) Sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 282/2018 de 13 Jun. 2018, Rec. 10776/2017 sobre valor declaración de la víctima de violencia de género.

Señalamos en esta sentencia que:

“Es preciso poner de manifiesto que en este caso, las víctimas de hechos de violencia de género declaran en el plenario con una posición distinta a la de los testigos que ven los hechos, como fueron los padres, pero que no son las víctimas directas del hecho.

En estos casos, la víctima se encuentra procesalmente en la situación de testigo, pero a diferencia del resto de testigos, es víctima y ello debería tener un cierto reflejo diferenciador desde el punto de vista de los medios de prueba, ya que la introducción de la posición de la víctima en la categoría de mero testigo desnaturaliza la verdadera posición en el proceso penal de la víctima, que no es tan solo quien "ha visto" un hecho y puede testificar sobre él, sino que lo es quien es el sujeto pasivo del delito y en su categorización probatoria está en un grado mayor que el mero testigo ajeno y externo al hecho, como mero perceptor visual de lo que ha ocurrido.

En este debate, tuvo la oportunidad de resolver este problema la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, al poder llevar a cabo una modificación de la LECRIM que habilitara una especial y privilegiada posición de la víctima del delito desde el punto de vista del proceso penal. Pero no fue así, y se limitó en el art. 2 de la misma a fijar la división entre víctima directa e indirecta, para fijar: a) Como víctima directa, a toda persona física que haya sufrido un daño o perjuicio sobre su propia persona o patrimonio, en especial lesiones físicas o psíquicas, daños emocionales o perjuicios económicos directamente causados por la comisión de un delito. b) Como víctima indirecta, en los casos de muerte o desaparición de una persona que haya sido causada directamente por un delito.

Y pese a que en las Disposiciones Finales de la Ley 4/2015 modificó la LECRIM, no realizó, sin embargo, una modificación de la posición procesal de la víctima al margen, o por encima, de la mera situación procesal de "testigo" dentro de los medios de prueba. Y esto es relevante cuando estamos tratando de la declaración de la víctima en el proceso penal, y, sobre todo, en casos de crímenes de género en los que las víctimas se enfrentan a un episodio

realmente dramático, cual es comprobar que su pareja, o ex pareja, como aquí ocurre, toma la decisión de acabar con su vida, por lo que la versión que puede ofrecer del episodio vivido es de gran relevancia, pero no como mero testigo visual, sino como un testigo privilegiado, cuya declaración es valorada por el Tribunal bajo los principios ya expuestos en orden a apreciar su credibilidad, persistencia y verosimilitud de la versión que ofrece en las distintas fases en las que ha expuesto cómo ocurrieron unos hechos que, en casos como el que aquí consta en los hechos probados, se le quedan grabados a la víctima en su visualización de una escena de una gravedad tal, en la que la víctima es consciente de que la verdadera intención del agresor, que es su pareja, o ex pareja, ha tomado la decisión de acabar con su vida.

Ello, sin embargo, no quiere decir que la credibilidad de las víctimas sea distinta del resto de los testigos, en cuanto al valor de su declaración, y otorgar una especie de presunción de veracidad siempre y en cualquier caso, pero sí puede apreciarse y observarse por el Tribunal con mayor precisión la forma de narrar el acaecimiento de un hecho por haberlo vivido en primera persona y ser sujeto pasivo del delito, para lo que se prestará especial atención en la forma de cómo cuenta la experiencia vivida, sus gestos, y, sobre todo, tener en cuenta si puede existir algún tipo de enemistad en su declaración. En este último punto debe tenerse muy presente que la circunstancia de que entre autor del delito y víctima haya existido algún tipo de enfrentamiento, o haber sido la víctima sujeto pasivo de otros hechos delictivos precedentes, ello no debe conllevar que se dude de su veracidad, ya que la circunstancia de que existan estos antecedentes no deben disminuir su credibilidad, sino que se valorará su declaración con el privilegio de la inmediación de que dispone el Tribunal. Tampoco será un elemento negativo hacia la víctima la circunstancia de que tarde en denunciar en hechos de violencia de género, dadas las especiales circunstancias que rodean a estos casos en los que las víctimas pueden tardar en tomar la decisión en denunciar por tratarse el denunciado de su pareja, o ex pareja, lo que es un dato que puede incidir en esas dudas de las víctimas que están sometidas a esa especial posición psicológica en la que quien les ha agredido es su propia pareja, algo, realmente, que nunca pudieron esperar cuando iniciaron su relación. Se trata de una serie de elementos a tener en cuenta en la valoración

de la declaración de la víctima como testigo cualificado, dada su condición de sujeto pasivo del delito. Por ello, se trata de llevar a cabo la valoración de la declaración de la víctima, sujeto pasivo de un delito, en una posición cualificada como testigo que no solo "ha visto" un hecho, sino que "lo ha sufrido", para lo cual el Tribunal valorará su declaración a la hora de percibir cómo cuenta el suceso vivido en primera persona, sus gestos, sus respuestas y su firmeza a la hora de atender el interrogatorio en el plenario con respecto a su posición como un testigo cualificado que es, al mismo tiempo, la víctima del delito".

En consecuencia, el proceso motivador del Tribunal ha sido suficiente y se cumplen los presupuestos antes fijados.

El motivo se desestima.

RECURSO DE MP

CUARTO.- 1.- Infracción de ley del art. 849.2 L.E.Cr. por error en la valoración de la prueba, y en concreto por todas las declaraciones de la perjudicada existentes en autos (denuncia, declaración policial, declaración del Juzgado e informe médico), en los que relata los mismos hechos de agresión sexual, lesiones y maltrato habitual.

Antes de incidir en este motivo que propugna error en valoración de prueba ex art. 849.2 LECRIM señalar que el hecho de que el pronunciamiento cuestionado sea absolutorio exige hacer una primera consideración.

De conformidad con una jurisprudencia reiterada de esta Sala -de conformidad con la jurisprudencia del TEDH y del TC- la posibilidad de reemplazar una sentencia absolutoria por otra de condena queda limitada exclusivamente a los supuestos en los que el hecho probado declarado en la instancia permanezca incólume y el debate se ciña exclusivamente al juicio de subsunción. La posibilidad de convertir una sentencia absolutoria en condenatoria en esta instancia casacional solo sería pues posible después de

realizar un control de legalidad respecto al juicio de subsunción, sin modificar los hechos probados y sin apreciar elementos subjetivos del delito.

Recuerdan las SSTS 892/2016, 25 de noviembre, 421/2016, 18 de mayo, 22/2016, 27 de enero, 146/2014, 14 de febrero, 122/2014, 24 de febrero, 1014/2013, 12 de diciembre, 517/2013, 17 de junio, 400/2013, 16 de mayo, etc. (con cita de la STC núm. 88/2013, de 11 de abril, entre otras), que la doctrina jurisprudencial del TEDH permite la revisión de sentencias absolutorias cuando el Tribunal Supremo actúa dentro de los márgenes de la infracción de ley, revisando cuestiones puramente jurídicas. Es decir, cuando esta Sala se limita a corregir errores de subsunción y a fijar criterios interpretativos uniformes para garantizar la seguridad jurídica, la predictibilidad de las resoluciones judiciales, la igualdad de los ciudadanos ante la ley penal, y la unidad del ordenamiento penal y procesal penal, sin alterar ningún presupuesto fáctico.

La función esencial de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, en la que actúa específicamente como el órgano superior, o más propiamente supremo, del orden jurisdiccional penal, conforme a la función que le atribuye el art. 123 CE, es la que realiza a través del cauce de la infracción de ley, corrigiendo errores de subsunción y fijando criterios interpretativos uniformes con la finalidad de garantizar la unidad del ordenamiento penal, y con ello los principios de seguridad jurídica, predictibilidad de las resoluciones judiciales e igualdad de los ciudadanos ante la ley, sin perjuicio de que, a través de los motivos por quebrantamiento de forma, unifique también el ordenamiento procesal penal.

En esta línea y específicamente sobre la posibilidad de revisar en casación el tipo subjetivo del delito, declaraba la STC 37/2018, de 23 de abril, lo siguiente: «(...) también el enjuiciamiento sobre la concurrencia de los elementos subjetivos del delito forma parte, a estos efectos, de la vertiente fáctica del juicio que corresponde efectuar a los órganos judiciales, debiendo distinguirse del mismo el relativo a la estricta calificación jurídica que deba asignarse a los hechos una vez acreditada su existencia. De este modo, si bien la revisión de la razonabilidad de las inferencias a partir de la cual el

órgano a quo llega a su conclusión sobre la inexistencia de dolo -u otro elemento subjetivo del tipo- no precisará de la garantía de inmediación si tal enjuiciamiento no se produce a partir de la valoración de declaraciones testificales, sí deberá venir presidido, en todo caso, por la previa audiencia al acusado» (STC 126/2012, de 18 de junio, FJ 4)».

Tal ampliación, continúa el Tribunal Constitucional, «era el corolario de la recepción de las SSTEDH de 10 de marzo de 2009, asunto Igual Coll c. España, § 27; 21 de septiembre de 2010, asunto Marcos Barrios c. España, § 32; 16 de noviembre de 2010, asunto García Hernández c. España, § 25; 25 de octubre de 2011, asunto Almenara Álvarez c. España, § 39; 22 de noviembre de 2011, asunto Lacadena Calero c. España, § 38; 13 de diciembre de 2011, asunto Valbuena Redondo c. España, § 29; 20 de marzo de 2012, asunto Serrano Contreras c. España, § 31. A las que siguieron con posterioridad las SSTEDH de 27 de noviembre de 2012, asunto Vilanova Goterris y Llop García c. España, y de 13 de junio de 2017, asunto Atutxa Mendiola y otros c. España (§§ 41 a 46)».

Pero es que en segundo lugar al formularse el motivo por la vía del art. 849.2 LECRIM y sobre *declaraciones de la perjudicada existentes en autos (denuncia, declaración policial, declaración del Juzgado e informe médico), en los que relata los mismos hechos de agresión sexual, lesiones y maltrato habitual* hay que recordar que esta Sala se ha pronunciado sobre el valor del documento a efectos casacionales, entre otras, en la sentencia del Tribunal Supremo 1159/2005 de 10 Oct. 2005, Rec. 2295/2004, donde recogemos que el art. 849.2 LECrim recoge los motivos basados en error en la apreciación de la prueba, respecto de los que exige que dicho error se encuentre basado en "documentos que obren en autos", que tales documentos demuestren la equivocación del Juzgador, y que tales documentos no resulten "contradichos por otros elementos probatorios". Así pues, en el recurso debe designarse el documento que acredite el error en la apreciación de la prueba que se alega (art. 855, párrafo 3º LECrim).

La jurisprudencia exige para que el motivo basado en error de hecho del art. 849.2 LECrim. pueda prosperar, los siguientes requisitos:

1) ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa;

2) ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la Sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones;

3) que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal; y

4) que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo (Sentencias de 24 de enero de 1991; 22 de septiembre de 1992; 13 de mayo y 21 de noviembre de 1996; 11 de noviembre de 1997; 27 de abril y 19 de junio de 1998; STS nº 496/1999, de 5 de abril).

Quedan por tanto, excluidos del concepto de documento a efectos casacionales, todos aquellos que sean declaraciones personales aunque aparezcan documentadas. La razón se encuentra en que las pruebas personales como la testifical y la de confesión, están sujetas a la valoración del Tribunal que con inmediación la percibe (STS. 1006/2000 de 5.6). Por ello esta Sala no admite que pueda basarse un motivo en error de hecho cuando se indica que el documento en el que consta el error es el atestado policial (STS. 796/2000 de 8.5), tampoco tienen el carácter de documento las diligencias policiales en las que se contienen las manifestaciones de los agentes o de quienes declaran ante ellos; ni la confesión, la declaración de un imputado o coimputado, las declaraciones testificales y el acta del juicio oral (SSTS. 28.1.2000, 1006/2000 de 5.6, 1701/2001 de 29.9).

Señala la recurrente que la víctima relata minuciosamente cómo fue abordada por el procesado. Pero el Tribunal entiende que tras analizar la declaración de la víctima y concluir que sí llegan a la convicción de que se había cometido el delito de maltrato habitual y del art. 153.1 CP, sin embargo apunta que *no hay prueba que corrobore en modo alguno la versión de la víctima en cuanto a la agresión sexual, de modo que, respecto a tales hechos, la conclusión debe ser necesariamente absolutoria.*

El recurrente efectúa un relato de la jurisprudencia de la Sala sobre el tipo penal de agresión sexual, pero estamos ante una motivación suficiente del Tribunal y ante una sentencia absolutoria con los límites ya expuestos.

El motivo se desestima.

QUINTO.- 2.- Infracción de ley del art. 849.1 L.E.Cr. al calificarse los hechos como un delito de lesiones previsto y penado en el art. 153.4 C.P., cuando deberían haber sido calificados por el art. 153.1 y 3 C.P.

Señala la parte recurrente que el delito lesiones debería de haberse calificado por el art. 153.1 y 3 CP, y no por el art. 153.4 CP. No obstante, hay que reseñar que el Tribunal señala en el Fundamento de derecho nº 2 que *Los anteriores hechos son constitutivos de un delito de maltrato habitual del artículo 173.2, párrafo segundo, CP, y de otro del artículo 153.1º CP, respecto a los dos bofetones propinados por el acusado, atendida la regla concursal específica.*

Ahora bien, lo que hace el Tribunal en el Fundamento de derecho nº 5 de la sentencia es llevar a cabo el proceso de individualización judicial de la pena, y para ello aplica el art. 153.4 CP, pero ello no quiere decir que deje sin aplicar el tipo base que es el art. 153.1 CP, con lo que no puede discutirse el proceso de valoración en cuanto a la aplicación de esta vía que, como ya expusimos en la Sentencia de esta Sala 677/2018, de 20 de Diciembre es una fórmula a aplicar por el Tribunal en casos en los que pueda entender concurrente la menor entidad del hecho, lo que queda en la valoración del

Tribunal, ya que en la misma medida que valora la declaración de la víctima y su motivación, hace lo propio con la individualización judicial de la pena. Así, el art. 153.4 CP recoge un tipo privilegiado, de manera que el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado, que es lo que ha realizado el Tribunal. El art. 153.4 CP permite al Tribunal efectuar una moderación de la la pena atendiendo al caso concreto, y valorar las circunstancias del hecho y las personales del autor, a fin de individualizar la pena que permita conectar el mejor y más adecuado reproche penal al delito cometido.

Por otro lado, el golpe se produce en la vía pública, y así hace constar en el hecho probado que es en la vía pública donde le da *un par de puñetazos en la cara, sin que conste le causara lesión alguna.* Por ello, no puede aplicarse la agravación del apartado 3º del art. 153 CP.

El motivo se desestima.

SEXTO.- 3.- Por infracción de ley del art. 851.3 L.E.Cr. al no incluir la responsabilidad civil solicitada por la acusación particular de doña MP y no incluir las costas que fueron puestas en el escrito de acusación, elevándose las conclusiones a definitivas y reiterándose en el final del informe.

Como bien señala el Ministerio Fiscal consta que la acusación particular solicitó en su escrito de calificación el pago de las costas, así como la cuestión atinente al pago de la responsabilidad civil, por lo que resulta lógico pensar que se refería a las de esa parte, es decir, las costas de la acusación particular, por cuanto que la acusación interesa las costas en su imposición, y ello permite entender por cumplido el requisito de que se inste expresamente su petición, y el acusado ha sido condenado por dos de los tres delitos por los que había formulado acusación, por lo que no existe motivo para la exclusión de las costas de esa parte en el porcentaje de 2/3 fijado en la sentencia, que debe estimarse en virtud de este motivo, así como la condena al pago de la responsabilidad civil que se estima procedente, y sobre todo en la cuantía reclamada, cuando los hechos probados demuestran la comisión de un delito

del art. 153.1 CP que debe llevar aparejada la responsabilidad civil reclamada dimanante de los hechos probados.

En materia de costas de la acusación particular esta Sala ha declarado con reiteración que (entre otras, Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia de 3 Abr. 1995, Rec. 2063/1994) es doctrina generalmente admitida por esta Sala que, conforme a los arts. 109 CP y 240 LECrim., ha de entenderse que rige la «procedencia intrínseca» de la inclusión en las costas de las de la acusación particular, salvo cuando ésta haya formulado peticiones no aceptadas y absolutamente heterogéneas con las del MF (Cfr. SS 6 Abr. 1988, 2 Nov. 1989, 9 Mar. 1991, 22 Ene. y 27 Nov. 1992 y 8 Feb. 1995, entre muchas). Además, la regla general es que, habiendo sido pedidas, procede la inclusión de las costas devengadas por la acusación particular; y el apartamiento de la regla general citada debe ser especialmente motivado, en cuanto que hace recaer las costas del proceso sobre el perjudicado y no sobre el condenado (SSTS. 774/2012, 25 de octubre; 1033/2013, 26 de diciembre). Con ello, debe estimarse este motivo en la imposición de costas en las 2/3 partes, así como la responsabilidad civil reclamada por importe de 150 euros que se adicionan al condenado a su pago a la víctima.

SÉPTIMO.- Al proceder la estimación del recurso por la acusación particular, se está en el caso de declarar de oficio las costas procesales de esta instancia casacional, respecto de este junto a la posición institucional del Ministerio Fiscal en el ámbito de este recurso de casación (art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Pero se imponen al condenado a quien se desestima el recurso de casación.

F A L L O

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

DECLARAR HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación de la Acusación Particular **Dña. MP**, con

estimación de su motivo tercero y desestimación del resto; y, en su virtud, casamos y anulamos la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Segunda, de fecha 24 de mayo de 2017, en causa seguida contra el acusado VC. Se declaran de oficio las costas procesales ocasionadas en su recurso, con devolución del depósito constituido.

Asimismo, **DEBEMOS DECLARAR NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN** interpuesto por la representación del acusado **D. VC**, con desestimación de todos sus motivos, contra indicada sentencia. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas procesales ocasionadas en su recurso. Y, comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicte, 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.

Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Pablo Llarena Conde

Vicente Magro Servet Susana Polo García

Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

RECURSO CASACION núm.: 779/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

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

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Pablo Llarena Conde

D. Vicente Magro Servet

Dª. Susana Polo García

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 6 de marzo de 2019.

Esta sala ha visto el Sumario nº 25 de 2016, dimanante del Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Palma Mallorca, seguido por delito de lesiones y maltrato en el ámbito familiar, contra el acusado VC, mayor de edad, en cuanto nacido en Bolivia, el 25 de febrero de 1968, hijo de Aniso y de Felipa, con documento Y-1562496, sin antecedentes penales y privado de libertad por esta causa un día, y en la que se dictó sentencia por la mencionada Audiencia, con fecha 24 de mayo de 2017, que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen, hacen constar lo siguiente:

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

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se dan por reproducidos los hechos probados de la sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- De conformidad con nuestra Sentencia Casacional debemos estimar parcialmente el recurso de la víctima **MP** y acordar la imposición de costas al condenado de la acusación particular en las 2/3 partes, así como la responsabilidad civil reclamada por importe de 150 euros que se adicionan al condenado a su pago a la víctima con imposición de costas al condenado.

F A L L O

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

Que debemos estimar parcialmente el recurso de **MP** y desestimar el recurso interpuesto por **VC** contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, con fecha 24 de mayo de 2017 y acordar la imposición de costas de la acusación particular en las 2/3 partes al condenado, así como la responsabilidad civil reclamada por importe de 150 euros que se adicionan al condenado a su pago a la víctima con imposición de costas al condenado en esta instancia.

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

Así se acuerda y firma.

Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Pablo Llarena Conde

Vicente Magro Servet Susana Polo García

Eduardo de Porres Ortiz de Urbina