



Roj: **STS 3374/2021 - ECLI:ES:TS:2021:3374**

Id Cendoj: **28079120012021100683**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/09/2021**

Nº de Recurso: **10154/2021**

Nº de Resolución: **684/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación penal**

Ponente: **VICENTE MAGRO SERVET**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 684/2021

Fecha de sentencia: 15/09/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10154/2021 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 14/09/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Procedencia: Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

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

Transcrito por: MBP

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10154/2021 P

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. 684/2021

Excmos. Sres.

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Vicente Magro Servet

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 15 de septiembre 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. Maximiliano**, contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, que desestimó el recurso de apelación interpuesto por indicado acusado contra la sentencia de fecha 22 de julio de 2020 de la Audiencia Provincial de La Coruña, Sección Primera y estimó el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la Acusación Particular Dña. Dulce y Dña. Elisa, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente acusado representado por la Procuradora Dña. M^a Dolores Fernández Prieto y bajo la dirección Letrada de D. Manuel Meiriño Sánchez, y la Acusación Particular Dña. Dulce representada por la Procuradora Dña. Lucía Gloria Sánchez Nieto y bajo la dirección Letrada de Dña. Lucía Herrero Villazán; y Dña. Elisa, representada por la Procuradora Dña. Carmen Catalina Rey Villaverde y bajo la dirección Letrada de D. Juan Antonio Hoyos Gurrea.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de La Coruña instruyó sumario con el nº 818/2018 contra Maximiliano, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de La Coruña, Sección Primera, que con fecha 22 de julio de 2020 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

" Maximiliano, mayor de edad y con antecedentes penales no computables, mantuvo una relación sentimental con Dulce durante dos años. Ambos convivieron, en el domicilio ubicado en el piso NUM000 de la RONDA000, en la ciudad de A Coruña, junto con las hijas de Dulce, Maite y Elisa, nacida el NUM001 de 2001. La relación entre Maximiliano y Dulce se deterioró de forma gradual, influyendo en ello la pérdida de su empleo y un consumo cada vez más frecuente de alcohol y de la cocaína por el primero, lo que motivaba comportamientos cada vez más agresivos en el domicilio. En un principio Maximiliano comenzó a controlar el tiempo que ella pasaba fuera de casa, a revisar su teléfono móvil o a criticar la gestión doméstica diaria, para dirigirse después de forma desconsiderada a Dulce, a la que culpaba de su situación personal y le llamaba "puta" y "borracha". Cuando lo hacía en presencia de sus hijas éstas se enfrentaban con él para defenderla. Paulatinamente el acusado amplió los términos con los que se dirigía a la mujer, diciéndole "te voy a matar", "voy a dedicar mi vida a arruinar la tuya", "te voy a rajar a ti y a tu hija mayor en una esquina" o "las calles de Coruña pueden ser muy peligrosas". Con este comportamiento creó un ambiente de temor que llevó a Dulce a negarse a compartir dormitorio con Maximiliano, por lo que éste se instaló en el salón de la vivienda e hizo de esta dependencia un lugar para su uso exclusivo, sin abandonar el piso pese a las sugerencias que ella le hizo, alegando que no tenía recursos económicos para establecerse por su cuenta. El acusado se negaba a colaborar en las tareas domésticas y deslizaba expresiones veladas referidas a un posible suicidio, con lo que incrementaba la inseguridad y el temor en la que permanentemente vivían de Dulce, Maite y Elisa. En este escenario de gradual de grave deterioro de la convivencia, el 8 de septiembre de 2018 Maximiliano abandonó el domicilio por la mañana, como hacía habitualmente cuando disponía de dinero para consumir alcohol y cocaína. Sobre las 19:30 Dulce se fue de casa para ir a trabajar, dejando en el piso sola a Elisa, con el encargo de que la avisase por teléfono cuando Maximiliano volviese a la vivienda. Sobre las 21 horas el acusado llegó a la casa y la menor mandó a su madre un mensaje de "Whatsapp" comunicándoselo. Cuando Elisa estaba en su habitación, sentada sobre la cama, Maximiliano abrió la puerta y accedió al interior portando unos rollos de cinta aislante. Sin dejarla reaccionar la agarró del pelo y la tumbó, golpeándole la cabeza contra el cabecero, arrebatándole el teléfono móvil tras un forcejeo. El acusado arrastró a la menor hasta la cocina, diciéndole que "quería que lo viese morir y se le quedase grabado". En la dependencia cogió un cuchillo jamonero y se lo apoyó a Elisa en el cuello, volviendo a cogerla por las muñecas cuando intentaba huir. De nuevo la arrastró, esta vez hasta la habitación de Dulce, la tiró sobre la cama y le apoyó de nuevo el cuchillo sobre el cuello, diciéndole que iba a morir. Tras inmovilizarla sujetándola, le quitó por la fuerza los pantalones del pijama que vestía y las bragas y la penetró sucesivamente por vía vaginal y analmente, propinándole bofetadas y golpes para vencer su resistencia. Inmediatamente cogió a Elisa cogiéndola por la camiseta que todavía llevaba puesta y la llevó a la cocina, donde la subió por la fuerza a la mesa, la despojó de la prenda superior y del sujetador y la volvió a penetrar vaginalmente, para después colocarle el cuchillo jamonero en el pecho y obligarla a practicarle una felación. Tras ello, volvió a llevarla violentamente al dormitorio, donde la penetró por vía vaginal en dos ocasiones; entre una y otra Maximiliano volvió a la cocina para coger el cuchillo, regresando al dormitorio, en donde apoyó la punta en su propio pecho y el extremo del mango en la pared, haciendo amago de clavárselo, con lo que se causó una herida incisa superficial en la región esternal. En ese momento Dulce, alarmada porque su hija no respondía ni a sus llamadas ni a sus mensajes, regresó al domicilio, donde encontró a Maximiliano en la cocina, desnudo y portando el cuchillo, y a Elisa saliendo del dormitorio desnuda y llorando. Dulce ayudó a su hija y ambas huyeron de la vivienda, pidiendo ayuda en un establecimiento vecino desde donde llamaron a la Policía. Al lugar acudieron varias



dotaciones del Cuerpo Nacional de Policía que procedieron a detener a Maximiliano , que se había colocado en la cornisa del piso y amagaba con arrojar al vacío. Maximiliano sabía, desde el inicio de su relación con Dulce , que Elisa se hallaba inmersa en condición de víctima en otro proceso judicial por un presunto delito contra la libertad sexual, del que habría sido víctima cuando tenía 13 ó 14 años, y de que sufría por ello un cuadro depresivo reactivo vinculado a tales hechos, por el que estaba sometida a control médico y seguía un tratamiento debido a su situación de desvalimiento e indefensión. Estos hechos agravaron esta situación, por lo que Elisa sufre un DIRECCION000 , directa y causalmente vinculado a los hechos relatados, con elevados niveles de ansiedad y tensión, síntomas depresivos e ideaciones suicidas, altamente incapacitante y con necesidad de ser sometida a terapia y tratamiento. Fue atendida inicialmente por los servicios médicos del SERGAS, en los que sigue recibiendo asistencia. A su vez, Dulce sufre una situación de malestar emocional derivada de los acontecimientos descritos que repercute negativamente en su vida diaria, al culpabilizarse de lo sucedido. Maximiliano había sido condenado anteriormente, como autor de un delito leve de amenazas en el ámbito familiar, por la sentencia firme de 17-10-2013, a las penas de seis meses de prisión, suspendida el 17-10-2013 y remitida definitivamente el 26-10-2015, a dieciséis meses de privación del derecho a la tenencia y porte de armas, cumplida el 08-02-2015, y a dieciséis meses de prohibición de aproximarse y comunicarse con la víctima, cumplida el 08-02-2015. Y por sentencia firme de 19-01-2015, por el mismo delito leve, a treinta y un días de trabajos en beneficio de la comunidad, tres años de prohibición de tenencia y porte de armas, y prohibición de aproximación y comunicación con la víctima, sin que conste su fecha de cumplimiento aunque el requerimiento personal para cumplirlas se efectuó el 13-02-2015. En la fecha en la que tuvieron lugar estos hechos, Maximiliano era consumidor habitual de alcohol y cocaína en unas cantidades que limitaban sus facultades intelectuales y volitivas. Con fecha 11 de septiembre de 2018, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer de A Coruña acordó la prisión provisional, comunicada y sin fianza del acusado, además de prohibírsele cualquier tipo de comunicación con Dulce , Maite y Elisa . Elisa fue atendida por los servicios médicos del SERGAS".

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

"Condenar a Maximiliano , como autor responsable de: Un delito de maltrato habitual, con el concurso de dos circunstancias agravantes específicas y de una atenuante genérica, a las penas de prisión de dos años y nueve meses, con inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante ese período conforme a lo dispuesto en el art. 56 CP, privación del derecho a la tenencia y porte de armas durante cinco años o pérdida de vigencia de la licencia si la tuviere, y prohibición de acercarse a menos de doscientos metros a Dulce , a Maite y a Elisa , acudir a sus domicilios, lugares de trabajo o estudio y cualesquiera otros que frecuentasen, así como la de comunicarse con ellas por cualquier medio, durante cinco años. Un delito continuado de amenazas, con el concurso de una circunstancia atenuante, a las penas de prisión de un año y cinco meses, con inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante ese período conforme a lo dispuesto en el art. 56 CP, privación del derecho a la tenencia y porte de armas durante cinco años o pérdida de vigencia de la licencia si la tuviere, y prohibición de acercarse a menos de doscientos metros a Dulce , a Maite y a Elisa , acudir a sus domicilios, lugares de trabajo o estudio y cualesquiera otros que frecuentasen, así como la de comunicarse con ellas por cualquier medio, durante cinco años. Un delito continuado de violación, con el concurso de dos circunstancias agravantes específicas y de una atenuante, procede imponer las penas de prisión de catorce años, con inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante ese período conforme a lo dispuesto en el art. 56 CP, privación del derecho a la tenencia y porte de armas durante cinco años o pérdida de vigencia de la licencia si la tuviere, y prohibición de acercarse a menos de doscientos metros a Elisa , acudir a sus domicilios, lugares de trabajo o estudio y cualesquiera otros que frecuentasen, así como la de comunicarse con ellas por cualquier medio, durante veinticinco años. Con la medida de libertad vigilada prevista en el art. 192 CP, que se ejecutará tras el cumplimiento de la pena privativa de libertad, en la forma prevista en el art. 106.2 de dicho texto legal, en relación con Dulce , Maite y Elisa . Absolviéndole del delito de lesiones objeto de acusación. En concepto de responsabilidad civil, indemnizará a Elisa con la cantidad de 30.000 €, a Dulce con la de 9000 €, y al SERGAS con la que se determine en ejecución de sentencia conforme a lo dispuesto en la fundamentación de la presente. La misma se incrementará con los intereses devengados conforme a lo dispuesto en el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Todo ello con expresa imposición de las tres cuartas partes de las costas procesales causadas, entre las que se incluirán las devengadas a instancias de la acusación particular, y declaración de oficio del cuarto restante. Notifíquese esta resolución a las partes y al Ministerio Fiscal haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, a interponer en el plazo de diez días desde su notificación".

Contra indicada sentencia se interpuso recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, que con fecha 12 de febrero de 2021 dictó sentencia que contiene el siguiente Fallo:

"1º Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Maximiliano contra la sentencia dictada el 22 de julio de 2020 por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de A Coruña en el



Procedimiento Ordinario nº 79/2020. 2º Estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Dulce y de Elisa y en su virtud se revoca la sentencia apelada en el único sentido de que la pena de prisión a imponer por el delito continuado de violación se extenderá a los 14 años, 3 meses y un día, duración extensiva a la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo, manteniendo el resto de los pronunciamientos de la resolución recurrida. 3º Condenar al acusado condenado en el presente procedimiento al pago de las costas procesales. Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra ella pueden interponer recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, preparándolo en esta Sala de lo Civil y Penal dentro de los cinco días siguientes al de la última notificación que se haga de la misma, incluida la del acusado en su persona".

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. Maximiliano**, 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. Maximiliano**, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Por infracción del precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ y 852 de la Lecrim, en relación con el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (art.24) y a un proceso con todas las garantías; de conformidad al principio de legalidad y seguridad Jurídica recogidos en el art. 9.3 de la CE.

Segundo.- Por vulneración de los arts. 24.1 y 24.2 de la Constitución Española, del art. 5.4 de la L.O.P.J y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al haberse producido una vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva al efectuarse de forma irrazonable el juicio de culpabilidad, conculcando el Derecho a la Presunción de Inocencia, pues la prueba indiciaria de cargo tomada por el Tribunal parte de indicios, alguno no probado, de los cuales no se deduce el resultado probatorio de la condena de nuestro representado.

Tercero.- Por infracción de precepto constitucional del artículo 24 párrafo 1º de la Constitución, esto es, por conculcación del derecho fundamental a la presunción de inocencia, invocándose como cauce casacional escogido el artículo 5, número 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Infracción de ley por vulneración del principio in dubio pro reo que conforme reiteradísima doctrina del Tribunal Constitucional - STC 30/81- y del Tribunal Supremo - STS de 20 de diciembre de 1994 y 23 de octubre de 1996- está garantizado constitucionalmente como uno de los elementos de un proceso con todas las garantías en el citado artículo de la Carta Magna, en relación al art 183 del Código penal. En relación con los delitos de los arts 173.2 y 169.2 por las que fue condenado.

Cuarto.- Este motivo ya se ha desarrollado extensamente en el motivo anterior, razón por la cual no se desarrolla en concordancia con la economía procesal.

Quinto.- Por infracción del precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ y 852 de la Lecrim, en relación con el derecho constitucional a la tutela jurídica efectiva (art.24.1); en relación con el 120.3 del mismo cuerpo legal, al no motivar en la resolución jurídica recurrida, en las alegaciones de la presente representación procesal recurrente; ya que podemos afirmar por la parte recurrente en representación de Maximiliano que la sentencia condenatoria de 12-2-2021 no está fundamentada ni motivada en toda su extensión.

Sexto.- Por infracción de la Ley del art. 849.1 en relación con la vulneración de la tipicidad contenida en el delito 173.2 del Código Penal, por su indebida aplicación.

Séptimo.- Por infracción de la Ley del art. 849.1 en relación con la vulneración de la tipicidad contenida en el delito 169.2 del CP, por su indebida aplicación.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, solicitó su inadmisión y subsidiaria desestimación, dándose igualmente por instruidas las representaciones procesales de las Acusaciones Particulares, solicitando igualmente la inadmisión y oponiéndose al mismo.

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 14 de septiembre de 2021, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de casación interpuesto por la representación de Maximiliano contra la Sentencia de 12/2/2021, Sala Civil y Penal TSJ de Galicia desestimando recurso de apelación interpuesto contra sentencia de 22/7/2020 de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de A Coruña que le



condenó como autor de un delito de maltrato habitual, un delito continuado de amenazas y un delito continuado de violación.

Hay que señalar, en primer lugar, que nos encontramos ante sentencia dictada por la Audiencia Provincial recurrida ante el TSJ en virtud de la apelación, por lo que la sentencia objeto de casación es la dictada por el TSJ.

Ante esto, y tras el examen de la valoración probatoria por este último Tribunal hay que señalar que, como ya hemos reflejado en otras ocasiones, (entre otras, Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 225/2018 de 16 May. 2018, Rec. 10476/2017) la misión de esta Sala casacional frente a las sentencias de los TSJ que resuelven recursos de apelación el recurso de casación se interpone contra la sentencia dictada en apelación, por lo que nuestro control se limita a la corrección de la motivación utilizada en la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia para rechazar la violación denunciada en la segunda instancia y que se reproduce en esta sede casacional".

En este caso, cuando se trata del recurso de casación, la valoración de la prueba efectuada por la Audiencia Provincial ya ha sido previamente revisada por el Tribunal Superior de Justicia al resolver el recurso de apelación. En consecuencia, ya se ha dado cumplimiento a la exigencia contenida en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que reconoce el derecho de toda persona declarada culpable de un delito a someter el fallo condenatorio y la pena a un Tribunal superior. De otro lado, la sentencia contra la que se interpone el recurso de casación es la dictada por el Tribunal Superior de Justicia, que no ha presenciado la práctica de la prueba y, por lo tanto, no ha dispuesto de la inmediación que sí ha tenido el Tribunal de instancia. Desde esta perspectiva, el control que corresponde al Tribunal Supremo, cuando se alega vulneración de la presunción de inocencia, se concreta, en realidad, en verificar si la respuesta que ha dado el Tribunal de apelación ha sido racional y ha respetado la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala Segunda sobre el alcance de la revisión, sobre la motivación y sobre la validez de las pruebas.

En definitiva, se concreta en cuatro puntos:

- a) en primer lugar, si el Tribunal Superior de Justicia, al examinar la sentencia de la Audiencia Provincial se ha mantenido dentro de los límites de revisión que le corresponden;
- b) en segundo lugar, si ha aplicado correctamente la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional sobre la necesidad de motivar la valoración de la prueba, tanto al resolver sobre la queja de falta de motivación, en su caso, como al fundamentar sus propias decisiones;
- c) en tercer lugar, si ha respetado la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional acerca de las garantías y reglas relativas a la obtención y práctica de las pruebas, con objeto de determinar su validez como elementos de cargo;
- d) en cuarto lugar, si el Tribunal de la apelación ha resuelto las alegaciones del recurrente sobre la existencia de prueba de forma racional, es decir, con sujeción a las reglas de la lógica, a las máximas de experiencia y a los conocimientos científicos.

Cierto y verdad es que existe una patente diferencia entre el análisis de la apelación y la casación, ya que en el primer tipo de recurso el Tribunal encargado de resolver, en este caso el TSJ, debe analizar la "suficiencia" de la prueba practicada y tenida en cuenta por el Tribunal de enjuiciamiento, mientras que en la casación se examina la legalidad y constitucionalidad de la prueba practicada, así como la razonabilidad de la prueba valorada por el Tribunal de apelación.

Además, como señalamos en reiterada doctrina, esta Sala, entre otras, en la STS nº 293/2007 ya señalaba que "si el recurso de casación se interpone contra la sentencia del TSJ, la impugnación de ésta únicamente puede versar sobre aquellas pretensiones que fueron planteadas a dicho Tribunal en el recurso de apelación y que se resolvieron en esa instancia, pero no sobre las que no fueron suscitadas y sobre las que, obviamente, el TSJ no puede ni debe pronunciarse, de manera que al entablar en sede casacional esas pretensiones "per saltum", que fueron hurtadas al conocimiento y enjuiciamiento del órgano jurisdiccional competente, se está suscitando una cuestión nueva que, en efecto resulta contraria a la propia naturaleza del recurso de revisión y a la buena fe procesal que ha de regir la actuación de cada una de las partes intervinientes en el proceso, por lo que se ha impedido de esta forma el expreso pronunciamiento en la apelación, pronunciamiento que procedería ahora examinar a fin de resolver su corrección".

Pues bien, frente al alegato del recurrente, el TSJ ha llevado a cabo su proceso de análisis del grado de motivación suficiente de la sentencia, lo que es corroborado al comprobar el proceso llevado a cabo por el Tribunal de enjuiciamiento, quien ha analizado las pruebas practicadas a su presencia y ha valorado tanto la declaración exculpatoria del recurrente como de las víctimas. Pero la circunstancia de que el Tribunal de



instancia se decante en su proceso de valoración de prueba por la de las víctimas en este caso, como luego veremos, no quiere decir en modo alguno que suponga una traba o un ataque o vulneración de la presunción de inocencia, sino que entra en el proceso de valoración del Tribunal, que presidido por la inmediación opta por las pruebas que le llevan a su convicción en su proceso valorativo. Y en la estructura actual de la casación, ese proceso valorativo es llevado a cabo por el TSJ ante el recurso de apelación interpuesto frente a la sentencia del Tribunal de instancia, debiendo analizarse en la casación si ese proceso del Tribunal que conoce de la apelación es adecuado, correcto y suficiente en el análisis del llevado a cabo por el órgano judicial ante el que se practicó la prueba.

SEGUNDO.- 1.- Al amparo del art 5. 4 LOPJ y art. 852 LECrim. por vulneración del art 24 y 9. 3 CE.

Señala la parte recurrente que "la vulneración viene como consecuencia de la denegación de su solicitud de prueba Pericial sobre el estado anímico del acusado como consecuencia de la ingesta de alcohol y estupefacientes durante el día anterior a los hechos, solicitud que se efectuó en fase de instrucción y fue denegada, siendo denegada durante toda la tramitación del proceso."

No obstante, este tema ya fue respondido y resuelto por las dos sentencias. En primer lugar, el TSJ ya especifica en el FD nº 2 donde se indica que:

"Las muestras de cabello pueden ofrecer información sobre el consumo y los hábitos de tal de la persona a la que pertenecen, pero desde luego resultan inútiles para mostrar el estado de intoxicación que en un día concreto y a una hora determinada pudiera presentar el interesado, máxime cuando esa pretendida determinación se remontaría a un hecho que tuvo lugar hace ya más de dos años.

Señala la recurrente que ya en fase de instrucción se propuso aquella prueba, que fue reiterada en el escrito de defensa. Olvida sin embargo la recurrente que aquella solicitud, de fecha 17 de octubre de 2018, dio lugar a la providencia del día siguiente en la que se acordaba la práctica de aquella diligencia interesada por dos peritos y que llevada a cabo aquella dio origen al informe de fecha 10 de diciembre siguiente en el que se hacía constar, que la prueba pericial toxicocapilar no permite establecer si un día concreto el penado se hallaba en estado de intoxicación plena, en consonancia con lo indicado en el párrafo precedente. Así las cosas, no cabe ahora sostener la vulneración del derecho fundamental indicado por cuanto la prueba solicitada ya fue practicada y, en cualquier caso, resulta inútil a los fines pretendidos.... en este caso no solo aquella diligencia fue admitida sino que su resultado, en ningún caso y conforme a lo razonado, tendría virtualidad modificativa de la conclusión alcanzada por el Tribunal al no poder extraerse de la misma, en modo alguno, el sentido pretendido por la defensa del ahora recurrente."

Pero es que, además, se le reconoció en la sentencia de la AP la atenuante del art. 21.2 CP relativa a la acreditación de la condición de consumidor de alcohol y drogas del condenado, señalando en el FD nº 3 que;

"Del mismo modo, no puede ser ignorada la condición del acusado de consumidor abusivo de alcohol y drogas y su influencia en la comisión de la totalidad de los delitos objeto de condena. La misma tiene que gozar de efecto jurídico en la determinación de la responsabilidad penal declarada en dos de los delitos objeto de acusación con la forma de la atenuante prevista en el art. 21.2a CP. Las propias manifestaciones de Maximiliano y de Dulce, que coincidieron en afirmar una situación de consumo habitual de sustancias tóxicas por -el primero, incrementada cuando disponía de numerario como el día de los hechos, hasta el extremo de que la segunda indicó que su petición a su hija de que le avisase cuando el acusado regresara a casa obedecía a que temía el estado en el que llegase y lo que pudiese hacer. La observación directa por el Tribunal del comportamiento, expresión y forma de reaccionar en el juicio de Maximiliano, incluso tras el tiempo de abstención que conlleva el periodo de privación de libertad, lleva a apreciar la certeza de esa observación. Pretender una prueba sobre esta circunstancia con la concreción y el detalle que solicita el Ministerio Fiscal implicaría una rigidez que en la práctica haría casi imposible su aplicación. Y en el caso que nos ocupa supondría excluir del material de convicción un dato que aportan las principales testigos de cargo y que tendría eficacia a favor del reo (SSTS de 20-02-2020, sentencia número 65-2020; de 31-03-2020, sentencia número 124-2020; y de 27-05-2020, sentencia número 280-2020).

La eficacia de dicha atenuación tiene que ser la de simple. Hay una clara determinación de la merma o limitación de la capacidad del sujeto en la concreta ejecución de la actividad delictiva, pero sin que se pueda, establecer la entidad necesaria para conformar la exención pedida ni una atenuación cualificada (SSTS de 30-05-2019, sentencia número 278-2018; de 23-07-2019, sentencia número 376-2019; y de 05-11-2019, sentencia número 536-2019)."

Quiere esto decir que el Tribunal de enjuiciamiento ya ha reconocido la atenuación de la responsabilidad por la circunstancia del consumo de alcohol y drogas, pero en una entidad que solo conlleva a aplicar la atenuante simple, y no a una rebaja de mayor entidad, ya que refleja el TSJ que esta denegación como tal no se ha



producido, sino que se detecta la inviabilidad conclusiva de relacionar el tipo de prueba con su afectación el día de los hechos, por lo que no se trata de una denegación de prueba pertinente y necesaria, sino de una valoración de la respuesta dada en el informe emitido, y su falta de adecuación al fin pretendido. Nótese que en estos casos concretos debe existir una adecuación de la minoración de facultades intelectivas y volitivas al momento de los hechos, y no en un estado general que se determinaría por la prueba propuesta, pero sin poder precisar con grado de concreción su afectación al día de los hechos, ya que ese sistema proporciona un estado general.

Por ello, que de ese informe pudiera deducirse, tiempo después a los hechos, que el recurrente es consumidor no puede provocar la aplicación por sí mismo de una eximente o incompleta, que es lo que pretende el recurrente, sino en este caso el Tribunal ya le aprecia una atenuante por la vía del art. 21.2 CP, pero sin una mayor extensión, pero porque el tribunal ya especificó, y así lo corrobora el TSJ, que es inviable e impertinente la citada práctica de prueba por ausencia de conexidad con el momento de los hechos, que es cuando se tiene en cuenta ese estado para, del mismo, derivar una relevante disminución de la inteligencia y voluntad capaz de poder integrarlo en una eximente completa o incompleta.

Señala el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 96/2019 de 21 de febrero de 2019, Rec. 10458/2018 que:

"Para poder apreciar la circunstancia de drogadicción, sea como una mera atenuante, sea como una eximente incompleta, es imprescindible que conste probada la concreta e individualizada situación psicofísica del sujeto en el momento comisivo, tanto en lo concerniente a la duración de la adicción a las drogas tóxicas o sustancias estupefacientes como a la singularizada alteración de las facultades intelectivas y volitivas cuando ejecutó la acción punible; sin que la simple y genérica expresión de que el acusado era adicto a las drogas, sin mayores especificaciones y matices, permita aplicar una circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal en ninguna de sus variadas manifestaciones (SST 577/2008, de 1 de diciembre; 315/2011, de 6 de abril; 796/2011, de 13 de julio; y 738/2013, de 4 de octubre)".

Así, en la misma línea, el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Auto 692/2017 de 20 de abril de 2017, Rec. 37/2017 señala que:

"Se advierte una ausencia de datos objetivos para determinar el estado psicopatológico de la procesada en el momento de los hechos, y aunque existía documentación acreditativa de consumo de sustancias estupefacientes no había sido diagnosticada desde hacía cuatro años.

No consta, pues, que en el momento de cometer los hechos estuviera bajo los efectos del síndrome de abstinencia, ni que tuviera sus facultades volitivas o intelectivas tan alteradas que no fuera consciente del alcance de sus actos. Para apreciar la eximente o la eximente incompleta se requiere la anulación o la perturbación grave de las facultades intelectivas o volitivas del sujeto activo, y ese requisito no se advierte en la imputabilidad de la recurrente, tal como se razona en la sentencia de instancia."

Pero lo relevante es que la prueba que postulaba la recurrente no es viable para obtener este extremo, sino un estado generalizado en relación al consumo, pero no su afectación relevante al extremo de postular una eximente completa o incompleta, habiéndose admitido como atenuante del art. 21.2 CP.

Nótese que para que se exima de responsabilidad penal por este n.º 2 del art. 20 CP el precepto señala que: *El que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de...* Se exige, pues, que esa situación debe existir "al momento de la comisión, no siendo bastante para apreciarla que lo hubiera tenido antes. Por ello, debe llegarse a la convicción del Tribunal de la existencia de esa grave afectación a la conciencia y voluntad "al momento de los hechos".

De forma práctica el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 583/2012 de 10 de julio de 2012, Rec. 10149/2012 concreta en cuanto a la importancia de esa inmediatez de intervención médica que:

"Los médicos, que declararon en el propio acto del juicio ante el Tribunal sentenciador, manifestaron con claridad y contundencia que si la acusada hubiese presentado en ese momento sintomatología de una ingesta importante de alcohol o de otra clase, se habría puesto de manifiesto en el reconocimiento y reflejado en el parte."

Se ha dado, por ello, debida respuesta por el TSJ a la inexistencia de la indefensión que se predica por no existir "trascendencia de la inadmisión", sino aplicar la afectación que era posible conocer del estado del recurrente al momento de los hechos, y no en momentos ajenos y distintos a ellos.

El motivo se desestima.



TERCERO.- 2, 3 y 4.- Al amparo del art 5. 4 LOPJ y art 852 LECrim por infracción del art 24. 1 y 2 CE, vulneración del derecho a la presunción de inocencia y del principio in dubio pro reo.

Señala el recurrente en los tres motivos en donde hace un pronunciamiento genérico sobre la vulneración de la presunción de inocencia que se le ha condenado "sin ninguna prueba ni incluso indicios sobre los hechos tipificados 169.2 y 173.3 y que se le declaran consumados al recurrente En el presente caso, como decimos, la Audiencia provincial de A Coruña no tuvo duda alguna sobre la realidad de los referidos hechos, la autoría y la culpabilidad de nuestro representado arrastrada por la condena del principal delito contra la libertad sexual. La sentencia del TSJ que ratifica la anterior de la mencionada Audiencia Provincial que se recurre en actual Casación no ha motivado ni ha resuelto esta cuestión."

Dedica el recurrente a realizar un desarrollo de la doctrina de esta Sala sobre la presunción de inocencia, ampliamente conocida.

Y es cierto que, como hemos indicado en la reciente sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 499/2021 de 9 Jun. 2021, Rec. 3336/2019 "La invocación del derecho fundamental a la presunción de inocencia permite a este tribunal constatar si la sentencia de instancia se fundamenta en:

- a) una prueba de cargo suficiente, referida a todos los elementos esenciales del delito;
- b) una prueba constitucionalmente obtenida, es decir que no sea lesiva de otros derechos fundamentales, requisito que nos permite analizar aquellas impugnaciones que cuestionan la validez de las pruebas obtenidas directa o indirectamente mediante vulneraciones constitucionales y la cuestión de la conexión de antijuridicidad entre ellas,
- c) una prueba legalmente practicada, lo que implica analizar si se ha respetado el derecho al proceso con todas las garantías en la práctica de la prueba,
- y d) una prueba racionalmente valorada, lo que implica que de la prueba practicada debe inferirse racionalmente la comisión del hecho y la participación del acusado, sin que pueda calificarse de ilógico, irrazonable o insuficiente el iter discursivo que conduce desde la prueba al hecho probado. Estos parámetros, analizados en profundidad, permiten una revisión integral de la sentencia de instancia, garantizando al condenado el ejercicio de su derecho internacionalmente reconocido a la revisión de la sentencia condenatoria por un Tribunal Superior (Art. 14 5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

En reiterados pronunciamientos esta Sala viene manteniendo que el juicio sobre la prueba producida en el juicio oral es revisable en casación en lo que concierne a su estructura racional, es decir, en lo que respecta a la observación por parte del Tribunal de las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos.

Pero también es reiterada la doctrina de que, salvo supuestos en que se constate irracionalidad o arbitrariedad, este cauce casacional no está destinado a suplantar la valoración por parte del Tribunal sentenciador de las pruebas apreciadas de manera directa, como las declaraciones testimoniales o las manifestaciones de los imputados o coimputados, así como los dictámenes periciales, ni realizar un nuevo análisis crítico del conjunto de la prueba practicada para sustituir la valoración del Tribunal sentenciador por la del recurrente o por la de esta Sala, siempre que el Tribunal de Instancia haya dispuesto de prueba de cargo suficiente y válida, y la haya valorado razonablemente.

Es decir, que a esta Sala no le corresponde formar su personal convicción a partir del examen de unas pruebas que no presencié, para a partir de ella confirmar la valoración del Tribunal de instancia en la medida en que ambas sean coincidentes. Lo que ha de examinar es, en primer lugar, si la valoración del Tribunal sentenciador se ha producido a partir de unas pruebas de cargo constitucionalmente obtenidas y legalmente practicadas, y, en segundo lugar, si dicha valoración es homologable por su propia lógica y racionalidad."

No obstante, hay que recordar que en la sentencia de la AP se recoge en el FD nº 1 que: "Los hechos declarados probados son constitutivos de:

- a.- Un delito de malos tratos habituales del art. 173. 2 CP, con la agravación específica de ejecutarse en el domicilio común y ante un menor de edad;
- b.- Otro de amenazas continuado del art. 169.2º y 74.1 del mismo texto legal,
- c.- y otro de agresión sexual con acceso carnal continuado del art. 179 CP, en relación con los arts. 178, 180.3a, al cometerse sobre víctima especialmente vulnerable por su situación, y 5a, al emplearse armas o medios peligrosos que pueden producir muerte o lesiones de los arts. 149 150 CP, y 74.1 y 3.

De todos ellos es responsable, en concepto de autor, Maximiliano , conforme a lo que establece el art. 28 CP."



Consta en los hechos probados la referencia de los sujetos activo y pasivo de los hechos por los que se dicta la condena, a saber:

El recurrente "mantuvo una relación sentimental con Dulce durante dos años. Ambos convivieron, en el domicilio ubicado en el piso NUM000 de la RONDA000, en la ciudad de A Coruña, junto con las hijas de Dulce, Maite y Elisa, nacida el NUM001 de 2001."

El Tribunal ubica la prueba existente en los siguientes medios probatorios:

Declaración de las víctimas.

Se recoge en la sentencia de la AP en el FD nº 1 que "las testimoniales de Dulce, Maite y Elisa fueron absolutamente convincentes para establecer que la convivencia entre Maximiliano y su pareja fue deteriorándose hasta degenerar una situación de dominio o poder por parte del primero, a través de la realización de una serie de actos de vejación, amenaza, menosprecio, humillación y control plurales y prolongados en el tiempo destinados a anular la libertad de la víctima y a impedir el libre desarrollo de su persona. En el hecho probado se detallan las acciones concretas que se enmarcan en esa conducta".

Se añade que "el Tribunal pudo apreciar la concordancia y coherencia interna de la narración de Dulce y el creíble respaldo de las manifestaciones de sus hijas"... "los actos que se detallan en el relato de hechos revelan la existencia de una pluralidad de autos que generaron un ambiente de temor y dominación que constituyeron la pauta sobre la que se desarrolló la relación de pareja, afectando a la dignidad de la persona y su derecho a no ser sometida a tratos inhumanos o degradantes en el ámbito de la familia".

Se constata que de las declaraciones de las víctimas reiteradas y persistentes el Tribunal, con el privilegio de la inmediación, ha concluido la prueba suficiente para entender acreditados los delitos por los que se le ha condenado, tanto del maltrato habitual, según lo expuesto del estado de creación de un ambiente de sometimiento de las víctimas al recurrente y de amenazas, ya que apunta que:

"En el presente caso basta la remisión a lo declarado probado para valorar que por el marco en el que se produjeron, su pluralidad y su contenido, obedecían a la finalidad de violentar el ánimo de la mujer con expresiones directas o veladas suficientes y válidas para transmitirle la posibilidad de sufrir un mal injusto, determinado y posible, de realización más o menos inmediata, cuya concreción dependería exclusivamente de la voluntad del sujeto activo, bastando con la mera expresión generadora de una situación de peligro, sin llegar a causar una lesión, en unos términos que sean serios, firmes y creíbles atendiendo a las circunstancias concurrentes, formando así un conjunto que dote a la conducta de la entidad suficiente como para merecer una contundente repulsa social, que fundamente razonablemente el juicio de la antijuridicidad de la acción y la calificación como delictiva. Expresiones como "te voy a matar", "voy a dedicar mi vida a arruinar la tuya", "te voy a rajear a ti y a tu hija mayor en una esquina" o "las calles de Coruña pueden ser muy peligrosas" no dejan espacio para la interpretación, sobre todo en el contexto en el que se produjeron. No se puede dudar de su naturaleza continuada por su pluralidad, identidad de motivación y afectación de un mismo bien jurídico."

"En relación con el delito continuado de agresión sexual con acceso carnal, la prueba de cargo practicada tiene un contenido inculpatario incuestionable, integrándose los sucesivos testimonios prestados en un cuadro que permite establecer la realidad de los escritos de acusación en este apartado, la intensidad de la violencia ejercitada y del inequívoco contenido de la pluralidad de actos ejecutados, y apreciar la magnitud de la tragedia en la que Elisa tuvo la condición de víctima. El relato que prestó la víctima en juicio fue completo y detallado, sin que la angustia que sufrió al recordararlo se pueda considerar impostada o ficticia, sino más bien como un refuerzo para su credibilidad. Explica desde el inicio de la agresión, cuando Maximiliano irrumpió desnudo en su habitación, hasta el momento en que logró huir de la casa, ayudada por su madre, la pluralidad de ataques contra su libertad sexual consistentes en varios accesos carnales por distintas vías, lo que hizo con una claridad, emoción y espontaneidad que impiden considerar su testimonio forzado, ficticio o adaptado a una finalidad de condena. Y esta prueba personal se completa con una pluralidad de manifestaciones que, de manera individual y con un contenido parcial, refuerzan su credibilidad: la descripción de Dulce de la situación que se encontró al llegar a casa y de cómo tuvo que ayudar a Elisa a huir; la de los vecinos y los agentes que les prestaron auxilio y las atendieron en un primer momento, que coinciden en indicar que estaba desnuda, llorosa y en un estado de fuerte nerviosismo; y su hermana Maite, que la acompañó en la ambulancia y calificó su estado como de "shock". En función de todo ello, la violación aparece plenamente acreditada, en tanto que esos hechos solo pueden tener esa integración penal, al producirse la introducción del pene en las cavidades de la mujer que enumera el tipo forzando su voluntad empleando violencia".

Los hechos probados en este extremo de la reiterada violación llevada a cabo con Elisa se describen en el espeluznante relato de hechos probados que consta en la sentencia, a saber:



"El acusado arrastró a la menor hasta la cocina, diciéndole que "quería que lo viese morir y se le quedase grabado". En la dependencia cogió un cuchillo jamonero y se lo apoyó a Elisa en el cuello, volviendo a cogerla por las muñecas cuando intentaba huir. De nuevo la arrastró, esta vez hasta la habitación de Dulce, la tiró sobre la cama y le apoyó de nuevo el cuchillo sobre el cuello, diciéndole que iba a morir. Tras inmovilizarla sujetándola, le quitó por la fuerza los pantalones del pijama que vestía y las bragas y la penetró sucesivamente por vía vaginal y analmente, propinándole bofetadas y golpes para vencer su resistencia. Inmediatamente cogió a Elisa cogiéndola por la camiseta que todavía llevaba puesta y la llevó a la cocina, donde la subió por la fuerza a la mesa, la despojó de la prenda superior y del sujetador y la volvió a penetrar vaginalmente, para después colocarle el cuchillo jamonero en el pecho y obligarla a practicarle una felación. Tras ello, volvió a llevarla violentamente al dormitorio, donde la penetró por vía vaginal en dos ocasiones; entre una y otra Maximiliano volvió a la cocina para coger el cuchillo, regresando al dormitorio, en donde apoyó la punta en su propio pecho y el extremo del mango en la pared, haciendo amago de clavárselo, con lo que se causó una herida incisa superficial en la región esternal."

En la sentencia del TSJ, que es contra la que se interpone el recurso señala en el FD nº 3 que:

"Los hechos declarados probados que se proyectan sobre los tipos aludidos por el recurrente son aquellos que se integran en el párrafo segundo del relato consignado en la sentencia. En la fundamentación jurídica se razona que aquellos se tienen por ciertos sobre la base de las declaraciones prestadas por Dulce, Maite y Elisa, a las que califica el tribunal a quo como "absolutamente convincentes"; se singulariza que se pudo "apreciar la concordancia y coherencia interna de la narración de Dulce y el creíble respaldo de las manifestaciones de sus hijas". Lo anterior se proyecta sobre concretos hechos pormenorizados en la fundamentación y llevados al relato fáctico y así "el paulatino deterioro de la relación de pareja y la adopción de una actitud de control, sobre la mujer, los reproches e insultos que al final eran diarios, la falta de contribución alguna a las tareas domésticas o a la subvención de los gastos familiares, la ocupación del salón de la casa y la exclusión de esta dependencia del resto de los moradores".

Y otro tanto puede indicarse en relación con el delito del artículo 169.2 del Código Penal. Es evidente que las expresiones que se han plasmado derivan del contenido de las testificales referidas sin que se haya objetado una absoluta arbitrariedad en su interpretación pues simplemente se alude a la falta de prueba cuando tal extremo no puede sostenerse conforme a lo argumentado."

El TSJ ha cumplido, pues su canon de exigencia motivadora de llevar a cabo el proceso de examen de racionalidad en la valoración de la prueba y que relaciona de forma clara en un contexto de delitos cometidos en la intimidad del hogar que tienen como sus "protagonistas" a las propias víctimas de hechos de maltrato habitual, amenazas y violación continuada, y donde no suelen existir pruebas externas de corroboración más allá de la percepción por el tribunal que practica la prueba con inmediatez y el análisis que de ello hace el TSJ cuando analiza el proceso de racionalidad en la valoración probatoria llevada a cabo por el Tribunal de instancia.

Nótese que en este caso la declaración de las víctimas ha sido hasta desgarradora en algún momento, como se destaca, huyendo de todo síntoma de falsedad o exageración tendente a narrar "lo no ocurrido", y que muy lejos de ello, lo que han hecho las víctimas es contar en el juicio oral el estado de miedo, ansiedad y victimización permanente a que han estado sometidas en lo que para ellas ha sido lo que podemos denominar como "un escenario de miedo habitual" provocado por la transmisión del mensaje de dominio al que se refiere la sentencia de instancia convalidada por el TSJ, ya que el maltrato habitual puede ser físico, pero, también, psicológico, creando un estado de temor al autor que ejerce el factor de dominación psicológica para conseguir la subyugación mental de la víctima del maltrato habitual, como ha relatado el tribunal.

Se queja, pues, el recurrente de que se ha vulnerado la presunción de inocencia. Pero ya hemos expuesto que:

a.- 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 deduce 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, como en este caso ha ocurrido, 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 ocurre 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 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.

A ello podemos referirnos en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 119/2019 de 6 Mar. 2019, Rec. 779/2018, donde se fijan una serie de parámetros orientativos a observar por el Tribunal, sin necesidad de que concurran todos ellos, sino solo son y actúan como referentes sucesivos de orientación práctica de "observación" por quien tiene el privilegio de la inmediación al escuchar a la víctima o víctimas que deponen en el plenario, además del clásico "triple test" de la valoración de la credibilidad de la víctima tradicional.

Y sobre ello, el Tribunal en este caso ha sido concluyente al escuchar a las víctimas y su relato ante una reiteración de hechos graves que le llevan a considerar que los hechos están acreditados y la persistencia en el tiempo de un escenario que en las víctimas lo ha sido del "miedo habitual" por el "maltrato habitual", así como por el propio temor de salir del mismo ante posibles represalias del autor, ahora recurrente, ante el incremento del clima de violencia y el aparente carácter insuperable de las víctimas de evitar lo que estaban sufriendo, que es el estado psicológico que se crea para perpetuar el maltrato por medio del miedo y la presión psicológica que se ejerce y ha sido descrita en la sentencia en la triple comisión delictiva que se impone en la sentencia confirmada por el TSJ.



Pues bien, podemos añadir que 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.

b.- Declaración de la víctima contra declaración del acusado.

Sobre esta confrontación entre ambas versiones, (que en este caso se trata de las de las víctimas contra la exculpatoria del acusado) hemos explicado, también, que la víctima sabe que su declaración será contrastada por el juez o Tribunal con la del acusado. Y que en muchos casos de ausencia de pruebas de corroboración, o cuando éstas son muy endeble, porque la víctima no puede acreditar los hechos más allá de lo que ella sufrió, se plantea el debate entre declaración de la víctima versus declaración del acusado.

Este tema y el posicionamiento que a este respecto ha expuesto el Tribunal Supremo en cuanto a los factores a tener en cuenta ha sido analizado con detalle en la sentencia del Tribunal Supremo 68/2020 de 24 Feb. 2020, Rec. 10588/2019 en donde se destaca que 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. Destaca esta sentencia que: *"En este marco encaja bien el triple test que ha venido a establecer la jurisprudencia para valorar la fiabilidad del testigo víctima -persistencia en sus manifestaciones (i), elementos corroboradores (ii), ausencia de motivos de incredulidad diferentes a la propia acción delictiva- (iii). No se está definiendo con esa tríada un presupuesto de validez o de utilizabilidad. Estas tres referencias no significan que cuando se cubran las tres condiciones haya que otorgar "por imperativo legal" crédito al testimonio.*

Ni, tampoco, en sentido inverso, que cuando falte una o varias, la prueba ya no pueda ser valorada y, ex lege, por ministerio de la ley -o de la doctrina legal en este caso-, se considere insuficiente para fundar una condena. Ni lo uno ni lo otro."

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.

En este caso concreto el Tribunal ha cumplido su deber de motivación, ya que se ha expuesto la convicción que le merece el testimonio claro y contundente de las víctimas, así como coincidente, -que es lo importante cuando se trata de varias víctimas- en torno a los episodios vividos en el hogar ante los hechos que se han declarado probados y que han provocado un *ambiente delictivo de maltrato irrespirable*, orquestado por la ideación del autor de que en ese territorio que es el hogar el ejercicio del maltrato hacia los miembros de la familia es la conducta habitual que van a tener, y que culmina en la máxima expresión del maltrato cual es el ataque sexual gravísimo a una de las hijas de la pareja, lo que agrava más el sometimiento físico y psíquico que ejerció el recurrente sobre sus víctimas, creando un daño psicológico en las víctimas que se agrava en la madre, como consta, al sentirse culpable de haber permitido y consentido que la situación de victimización se ejerza no solo sobre ella misma, sino, también, sobre sus hijas, lo que provoca, todavía, un daño mayor en la madre-víctima que el que se pueda ejercer física o psicológicamente sobre ella misma, y que tiene su máxima expresión en la agresión sexual con acceso carnal reiterado que ejerció sobre Elisa, dejándole a la víctima en un estado lamentable, como consta en los hechos probados, lo que hace más desgarrador el escenario vivido por las víctimas.

Pero, además, esta declaración de la víctima se corrobora conforme señala la Audiencia al fijar en el FD nº 1 que: *"Esta prueba personal se completa con una pluralidad de manifestaciones que, de manera individual y con un contenido parcial, refuerzan su credibilidad: la descripción de Dulce de la situación que se encontró al llegar a casa y de cómo tuvo que ayudar a Elisa a huir; la de los vecinos y los agentes que les prestaron auxilio*



y las atendieron en un primer momento, que coinciden en indicar que estaba desnuda, llorosa y en un estado de fuerte nerviosismo; y su hermana Maite, que la acompañó en la ambulancia y calificó su estado como de "shock". En función de todo ello, la violación aparece plenamente acreditada". Existe, pues, corroboración adicional a la contundente declaración de la víctima.

c.- El ejercicio del maltrato habitual

Sobre este delito que es objeto de condena ya indicamos en la sentencia del Tribunal Supremo 2/2021 de 13 Ene. 2021, Rec. 891/2019 que:

"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".

También hemos señalado en sentencia del Tribunal Supremo 247/2018 de 24 May. 2018, Rec. 10549/2017 que:

"El delito de maltrato habitual en el ámbito familiar previsto el artículo 173.2 CP castiga la ejecución de actos de violencia física o psíquica perpetrados de forma asidua sobre sujetos comprendidos en el ámbito familiar o cuasifamiliar, con los que se convive o concurre una vinculación personal persistente. Actos que, desde una perspectiva de conjunto, generan una situación de dominio o de poder sobre la víctima que menoscaba su dignidad, lo que da lugar a un injusto específico que rebasa el correspondiente a cada una de las acciones individuales que integran el comportamiento habitual".

Y ello sin ser exigible una exacta y detallada concreción de hechos.

Añadimos en la antes citada sentencia que:

"Se trata de un tipo con sustantividad propia que sanciona la consolidación por parte de sujeto activo de un clima de violencia y dominación; de una atmósfera psicológica y moralmente irrespirable, capaz de anular a la víctima e impedir su libre desarrollo como persona, precisamente por el temor, la humillación y la angustia inducidos. Un estado con autonomía propia y diferenciada, que se vertebra sobre la habitualidad, pero en la que los distintos actos que lo conforman sólo tienen el valor de acreditar la actitud del agresor.

Por ello ha dicho de manera reiterada esta Sala que el maltrato familiar del artículo 173 CP se integra por la reiteración de conductas de violencia física y psíquica por parte de un miembro de la familia en relación a las personas que el precepto enumera, aun cuando aisladamente consideradas fueran constitutivas de falta. Lo relevante es que creen, por su repetición, esa atmósfera irrespirable o el clima de sistemático maltrato al que ya nos hemos referido.

La habitualidad que necesariamente debe darse en el ejercicio de la violencia dentro del ámbito de las relaciones familiares, es una exigencia típica que ha originado distintas corrientes interpretativas. La jurisprudencia de esta Sala se ha apartado de la que vinculaba la habitualidad con un número de acciones violentas, que por establecer un paralelismo con la habitualidad que describe el artículo 94 CP a afectos de sustitución de penas, se fijó en más de dos, es decir, a partir de la tercera acción violenta. Gana terreno y se consolida en la doctrina de esta Sala la línea que considera que lo relevante no es el número de actos violentos o que estos excedan de un mínimo, sino la relación entre autor y víctima, más la frecuencia con que ello ocurre, esto es, la permanencia del trato violento, de lo que se deduce la necesidad de considerarlo como delito autónomo.

La habitualidad así configurada responde a un concepto criminológico-social más que jurídico-formal. Será conducta habitual la del que actúa repetidamente en la misma dirección con o sin condenas previas, que de existir, son prueba de aquella, aunque no la única vía para su acreditación (entre otras SSTS 765/2011 de 19 de julio; 701/2013 de 30 de septiembre; 981/2013 de 23 de diciembre y 856 /2014 de 26 de diciembre)".

Hay que añadir a lo expuesto que el maltrato habitual se configura con unas características de especial crueldad en el autor que en el círculo de su propio hogar familiar ejerce un maltrato prolongado, y que



aunque se desdobra en actos aislados de hechos que pueden conllevar, individualmente considerados, una penalidad reducida, la reiteración en esos hechos provoca un doble daño en la víctima, tanto físico si se trata de agresiones causando lesión o sin causarlas, o en expresiones como las que antes hemos señalado que profirió el recurrente y constan probadas, como psíquico, por afectar a la psique de las víctimas, no solo las expresiones que se profieren, sino el maltrato físico habitual viniendo del autor del que vienen los hechos, que no se trata de un tercero ajeno a las víctimas, sino de la pareja de la víctima, o el padre de las mismas, como aquí ocurre, lo que agrava el padecimiento de las víctimas de violencia de género y doméstica.

El maltrato habitual produce un daño constante y continuado del que la víctima, o víctimas tienen la percepción de que no pueden salir de él y del acoso de quien perpetra estos actos, con la circunstancia agravante en cuanto al autor, de que éste es, nada menos, que la pareja de la víctima, lo que provoca situaciones de miedo, incluso, y una sensación de no poder denunciar. Ello provoca que en situaciones como la presente el silencio haya sido prolongado en el tiempo hasta llegar a un punto en el que, ocurrido un hecho grave, se decide, finalmente, a denunciar por haber llegado a un límite a partir del que la víctima ya no puede aguantar más actos de maltrato hacia ella y, en ocasiones, también, hacia sus hijos.

Sin embargo, es preciso señalar y destacar en el caso que ahora nos ocupa que cuando esta decisión se adopta por la víctima se incrementa el riesgo de que los actos de maltrato pasen a un escenario de "incremento grave del riesgo de la vida de la víctima", ya que si ésta decide comunicar la necesidad de una ruptura de la relación, como aquí ha ocurrido, o le denuncia por esos hechos, o el más reciente, el sentimiento de no querer aceptar esa ruptura el autor de los mismos provoca que pueda llegar a cometer un acto de mayor gravedad, como aquí ha ocurrido. Y ello requiere en estos casos medidas de detección urgente del riesgo de que estos hechos puedan ocurrir cuando se denuncian hechos de maltrato."

Pues bien, con este escenario del autor de este tipo de hechos que en este caso son de maltrato habitual, amenazas y agresión sexual con acceso carnal a Elisa en la forma que se describe con claridad en el relato de hechos probados el autor provoca un auténtico sometimiento a sus víctimas que es físico y psicológico con el maltrato habitual y las amenazas, pero, además, con la agresión sexual continuada se ejerce el mayor grado de maltrato que es el sexual, y en este caso llevado a cabo con Elisa, hija de la pareja del recurrente, de la forma tan desgarradora y brutal que es descrita en los hechos probados.

Ello provoca una agresión sexual en la propia víctima, en la hija de la pareja del recurrente, pero, también, una agresión psíquica a la madre ante la contemplación de lo que ha llevado a cabo el recurrente. Y así lo refleja el Tribunal en cuanto a que ella asumía su culpa por lo ocurrido, al apuntar que *Dulce sufre una situación de malestar emocional derivada de los acontecimientos descritos que repercute negativamente en su vida diaria, al culpabilizarse de lo sucedido.*

Por ello, el recurrente no concluye su dominación en el terreno de maltrato psicológico y amenazas, sino, también, en el sexual, y, además, con la hija de la pareja del recurrente, lo que provoca una victimización de género, como se ha indicado en la actualidad en la LO 8/2021, de 4 de junio de protección de la infancia en tanto en cuanto en la Disposición final décima, que lleva por rúbrica Modificación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género se añade, así, un apartado nuevo 4 al artículo 1, con la siguiente redacción:

"4. La violencia de género a que se refiere esta Ley también comprende la violencia que con el objetivo de causar perjuicio o daño a las mujeres se ejerza sobre sus familiares o allegados menores de edad por parte de las personas indicadas en el apartado primero."

En este caso se ha producido lo que denominamos en la sentencia del Tribunal Supremo 695/2020, de 16 de Diciembre como *victimización familiar sexual* en los delitos sexuales en los que son las víctimas las hijas que viven con sus padres, o con la pareja de su padre en el mismo domicilio, que es lo que en este caso ha ocurrido.

Las características del maltrato habitual.

Podríamos, también, llevar a cabo y citar una serie de características que describen el maltrato habitual, como tipo penal que evidencia con fuerza la humillación y sometimiento que sufren las víctimas en el hogar, bajo las siguientes notas a destacar que han sido fijadas por la Jurisprudencia de esta Sala y que exponemos de forma sistemática, a saber:

a.- Con el maltrato habitual el bien jurídico que directa y específicamente protege el artículo 173.2 del Código Penal es la pacífica convivencia entre personas vinculadas por los lazos familiares o por las estrechas relaciones de afecto o convivencia a las que el propio tipo se refiere.

b.- 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, como ya ha declarado esta Sala. 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. La declaración de la víctima es prueba de cargo bastante a analizar por el juez o Tribunal que actúa desde su *atalaya infranqueable de la inmediación*.

c.- Mediante el maltrato habitual se ejerce 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.

d.- 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.

e.- El maltratador habitual desarrolla, así, con su familia un mensaje claro y diáfano de la que podríamos denominar jerarquización de la violencia familiar.

f.- 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.

g.- 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. Y, lo que es importante, *su forma de manifestación puede ser física, pero, también, psicológica*, pudiendo causar, incluso en algunos casos, más daño a las víctimas el psicológico que el físico, por cuanto aquél puede que ni tan siquiera lleguen a percibir que están siendo víctimas, lo que agrava más el hecho de la no denuncia en muchos casos y la permanencia en el tiempo del maltrato psicológico que puede afectar, y de gravedad, a la psique.

h.- 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. Así, el art. 173 es compatible con la sanción separada de los distintos hechos violentos ejercidos sobre la víctima.

i.- 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 consume cuando la actuación se manifiesta de manera habitual y determina la creación 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.

j.- 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.

k.- En los casos de maltrato habitual que se prolonga a lo largo del tiempo puede haber concreción, o no, de fechas, y puede ser difícil que la víctima o víctimas las recuerden con detalle, ya que pueden referir el estado permanente del maltrato, pero en la mayoría de los casos se trata de una conducta repetitiva, lo que no provoca indefensión.

l.- La habitualidad no es un problema aritmético de número mínimo de comportamientos individualizados que han de sumarse hasta alcanzar una determinada cifra. Menos aún puede exigirse un número concreto de denuncias. Responde más a un clima de dominación o intimidación, de imposición y desprecio sistemático que los hechos probados describen de forma muy plástica y viva.

ll.- La apreciación de ese elemento de habitualidad no depende de la acreditación de un número específico de actos violentos o intimidatorios. Lo determinante es crear una atmósfera general de esa naturaleza, que



trasluzca un afianzado instrumento de superioridad y de dominio hacia la víctima, lo que sería producto de una reiteración de actos de violencia psíquica o física de diversa entidad, a veces nimia, pero cuya repetición provoca esa situación que permite hablar de habitualidad.

m.- La habitualidad, así configurada, responde a un concepto criminológico-social más que jurídico-formal. Será conducta habitual la del que actúa repetidamente en la misma dirección con o sin condenas previas, que de existir, hay prueba de aquella, aunque no la única vía para su acreditación.

n.- El maltrato habitual genera la existencia de un solo delito aun cuando ese clima habitual violento pueda afectar a varios de los sujetos pasivos mencionados en el precepto y sin perjuicio, claro está, del concurso real que pueda trazarse con los distintos delitos que contra bienes jurídicos individuales se hayan podido cometer en ese contexto relaciona. La pluralidad de sujetos afectados, insistimos, no transforma la naturaleza unitaria del delito del artículo 173.2 CP en tantos delitos homogéneos como personas mencionadas en el tipo hayan soportado directamente el clima habitual de violencia creada por el autor.

ñ.- El tipo del artículo 173.2 CP se aproxima a la categoría de los delitos de estado en los que se crea un resultado antijurídico que no aparece vinculado a una concreta identidad del sujeto pasivo, mediante la generación de un clima habitual de violencia, sujeción y dominación que se proyecta sobre todos los que, con independencia de su número, hayan quedado encerrados, valga la expresión, en dicho círculo. Resultado, por tanto, diferenciado de aquellos que se deriven de las específicas acciones de violencia psíquica o física contra una o varias de las concretas personas afectadas.

o.- Con el maltrato habitual se ejerce un ambiente infernal e irrespirable que envolverá la convivencia", a partir de los actos de violencia o cosificación dirigidos en el tiempo "sobre el mismo o diferentes sujetos pasivos de los previstos en el precepto", resultando incluso indiferente que algunos de tales actos hubieren sido ya enjuiciados.

p.- El número de personas directamente afectadas por dicho clima violento duradero, como la frecuencia con que se reiteren los actos de violencia, la naturaleza concreta de los comportamientos, o el daño que los actos de dominación puedan irradiar a los demás integrantes de la unidad familiar, servirán como parámetro para evaluar los indicadores de antijuridicidad de la acción y el alcance de la culpabilidad del responsable. Datos todos ellos que deberán ser tomados en cuenta para la individualización de la pena a imponer.

q.- El maltrato habitual se configura con unas características de especial crueldad en el autor que en el círculo de su propio hogar familiar ejerce un maltrato prolongado, y que aunque se desdobra en actos aislados de hechos que pueden conllevar, individualmente considerados, una penalidad reducida, la reiteración en esos hechos provoca un doble daño en la víctima, tanto físico si se trata de agresiones causando lesión o sin causarlas, o en expresiones con rango de maltrato psíquico, por afectar a la psique de las víctimas, no solo las expresiones que se profieren, sino el maltrato físico habitual viniendo del autor del que vienen los hechos, que no se trata de un tercero ajeno a las víctimas, sino de la pareja de la víctima, o el padre de las mismas, como aquí ocurre, lo que agrava el padecimiento de las víctimas de violencia de género y doméstica.

r.- El maltrato habitual produce un daño constante y continuado del que la víctima, o víctimas tienen la percepción de que no pueden salir de él y del acoso de quien perpetra estos actos, con la circunstancia agravante en cuanto al autor, de que éste es, nada menos, que la pareja de la víctima, lo que provoca situaciones de miedo, incluso, y una sensación de no poder denunciar.

s.- En el maltrato habitual puede que el silencio haya sido prolongado en el tiempo hasta llegar a un punto en el que, ocurrido un hecho grave, se decide, finalmente, a denunciar por haber llegado a un límite a partir del que la víctima ya no puede aguantar más actos de maltrato hacia ella y, en ocasiones, también, hacia sus hijos.

t.- El retraso en denunciar la víctima los actos de maltrato habitual no puede ser tenido en cuenta para minimizar la credibilidad de la declaración de la víctima por las propias características de este tipo penal en el que el silencio de las víctimas se manifiesta como una de las más relevantes, lo que agrava el resultado lesivo emocional y físico de las víctimas al final de este recorrido de maltrato.

u.- Ello va unido a que cuando la víctima se decide a denunciar, o a querer romper su relación ante el carácter insoportable del que se ejerce sobre ella y sus hijos se incrementa el riesgo de que los actos de maltrato pasen a un escenario de "incremento grave del riesgo de la vida de la víctima", ya que si ésta decide comunicar la necesidad de una ruptura de la relación, o le denuncia por esos hechos, el sentimiento de no querer aceptar esa ruptura el autor de los mismos provoca que pueda llegar a cometer un acto de mayor gravedad, y que puede dar lugar, incluso, a actos de la denominada *violencia vicaria*.



v.- En el maltrato habitual la inexistencia de denuncias previas no es entendible como una declaración no cierta o inexacta, o que la víctima falta a la verdad, ya que la existencia de denuncias previas no es un requisito sine qua non exigido en la valoración de la prueba de la víctima en el delito de malos tratos.

x.- Que la víctima se decida, al final, a denunciar los malos tratos habituales tras un hecho de gravedad, no altera su credibilidad, y es obvio que la relación que mantengan no sea buena, y más aún cuando tras la convivencia, o durante ella, ha habido malos tratos. Pero ello no tiene por qué conllevar a que en la declaración de la víctima se entienda que siempre y en cualquier circunstancia existe una duda acerca de su credibilidad. No puede alegarse que ello es por resentimiento, y no quiere decir que la víctima mienta, sino que el resentimiento existe de cualquier modo, pero por esa existencia del maltrato, lo que no debe llevarnos a dudar de que lo que declara acerca de un hecho concreto sea incierto.

y.- La redacción del art. 173.2 CP que sanciona la mera conducta habitual del maltrato como tipo penal autónomo tiene una específica misión de impartir un mayor reproche penal a una conducta tan execrable como lo es el maltrato reiterado.

z.- La relación de "sometimiento psicológico" que provoca el maltrato, y que puede plasmarse en secuelas graves psíquicas, determina la paralización de tomar decisiones libres a la víctima, ya que la víctima no es consciente de que esté siendo victimizada, porque la dominación y subyugación del autor del delito de maltrato permite conseguir que la víctima no pueda salir del ciclo de la violencia habitual que ejerce el autor.

Por todo ello, y tras esta referencia de notas características del *abecedario del maltrato habitual* debemos entender que hay prueba suficiente reflejada en la sentencia, apreciada en conciencia la declaración de las víctimas por el privilegio de la inmediación, y analizada esta valoración y el juicio de racionalidad por el TSJ.

El motivo se desestima.

CUARTO.- 5.- Al amparo del art 5. 4 LOPJ y art 852 LECrim. por vulneración del art 24. 1 y 120. 3 CE por falta de motivación de la sentencia.

Este motivo no fue planteado en sede de apelación, pero en cualquier caso la motivación de la sentencia es suficiente a los efectos de la necesidad de la argumentación jurídica por la que el condenado tiene derecho a conocer las razones de la condena. Y esto ha sido suficientemente reflejado en la sentencia, tanto la del TSJ, como la de instancia por el Tribunal de enjuiciamiento en base a la prueba practicada, relatando con detalle cómo ha llegado a la convicción de la existencia de los hechos probados por la declaración de las víctimas que exponen lo ocurrido en el relato que consta en los hechos probados ante una vivencia tremenda de maltrato que fue explicado en sede judicial.

En cualquier caso, tanto en este motivo como en los siguientes hay que recordar que sobre la alegación en sede casacional de las denominadas "cuestiones nuevas" hay que señalar la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 21/2020, de 28 de Enero que señala que:

"1. Nuestra jurisprudencia tiene recogido que el ámbito de la casación se constriñe a las cuestiones que las partes plantearon en sus escritos de conclusiones formulados en la instancia, sin alcanzar cuestiones nuevas que, pudiéndose haber planteado en tiempo, afloran en el trámite casacional sin poder ser discutidas en el plenario ni someterse a la debida contradicción. El recurso de casación se circunscribe así al examen de los errores legales que pudo cometer el Tribunal de instancia al enjuiciar las cuestiones que las partes le plantearon, sin que puedan formularse alegaciones ex novo y per saltum relativas a la aplicación o interpretación de preceptos sustantivos no invocados, es decir, sobre cuestiones jurídicas no formalmente propuestas ni debatidas por las partes, y que, por tanto, no aparecen expresamente razonadas y resueltas en la sentencia de instancia (SSTS 320/2018, de 29 de junio; 176/2018, de 12 de abril; 445/2010, de 13 de mayo; 344/2005, de 18 de marzo o 707/2002, de 26 de abril).

2. Tras la entrada en vigor de la Ley 41/2015, de 5 de octubre y, con ello, la generalización del sistema de doble instancia en la jurisdicción penal, se abrió la vía de la casación por motivo de infracción de ley del artículo 849.1 LECRIM respecto de sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales, facultando así que la Sala Segunda del Tribunal Supremo pueda analizar el alcance de aquellos tipos penales cuyo enjuiciamiento es ordinariamente competencia de los Juzgados de lo Penal, lo que posibilita fijar doctrina jurisprudencial sobre la práctica totalidad de los preceptos del Código Penal.

A esta nueva realidad procesal le resulta igualmente aplicable la doctrina que se ha expuesto. Puesto que la decisión que se impugna es la sentencia dictada en apelación por las Audiencias Provinciales, el planteamiento ex novo de un motivo casacional con el que se discrepe de la sentencia de instancia, supondría emplear un instrumento establecido para evaluar la corrección de la resolución dada en segunda instancia, si bien



proyectándolo a una cuestión jurídica sobre la que la sentencia impugnada guarda silencio, al ser una materia que no fue expresamente debatida por las partes.

3. En el mismo sentido, el acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2016, después sustentado en reiterada jurisprudencia, define como requisito de admisibilidad del recurso de casación por infracción de ley contra sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales, que la cuestión jurídica suscitada presente un interés casacional. En el acuerdo, el concepto de "interés casacional" se interpreta a la luz de la propia exposición de motivos de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, que introdujo dicha vía impugnatoria en nuestra práctica procesal, de suerte que se entiende que existe interés casacional: a) Si la sentencia recurrida se opone abiertamente a la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo, b) Si resuelve cuestiones sobre las que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales y c) Si aplica normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese una doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ya consolidada relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

Es evidente que la introducción ex novo de la cuestión sometida a la consideración de esta Sala impide que nos encontremos en cualquiera de los dos primeros supuestos que, conforme el referido acuerdo, conforman un interés casacional. La inexistencia de un pronunciamiento de la Sala de apelación sobre un aspecto no sometido a su análisis, impide que la sentencia impugnada pueda contener un posicionamiento que contradiga a la jurisprudencia de esta Sala, o que se pueda enfrentar a la interpretación normativa que haya realizado otra Audiencia Provincial. Y puesto que el debate tampoco viene referido a ninguna novedad legislativa, podría negarse que la infracción de ley que sostiene el recurso tenga el interés casacional anteriormente perfilado.

4. Es cierto que este criterio no es absoluto. La Sala, considerando que la inadmisión de motivos ex novo podría producir situaciones de patente indefensión y de indebida denegación de justicia, ha excepcionado dos supuestos en los que admitir el análisis y resolución de cuestiones nuevas: a) Cuando se trate de infracciones de preceptos constitucionales que puedan ocasionar materialmente indefensión y b) Cuando se trate de infracciones de preceptos penales sustantivos cuya subsanación beneficie al reo, siempre que la infracción subsanable pueda ser apreciada sin dificultad en el trámite casacional y por cauce del artículo 849.1 LECRIM, al recogerse en el inmutable relato fáctico de la sentencia impugnada todos los requisitos necesarios para la estimación de la pretensión. Se trata de supuestos en los que el relato fáctico recogido en la sentencia impugnada describe, de manera cerrada e incontrovertible, el sustrato histórico que indiscutiblemente conduce a la conclusión jurídica que se reclama; algo que, como se verá, no concurre en el caso impugnado."

También en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sección Pleno, Sentencia 345/2020 de 25 Jun. 2020, Rec. 1366/2019 que:

"Emerge ahora, al examinar con detalle el recurso y sus antecedentes, otro problema de admisibilidad: se suscita una cuestión nueva en tanto no fue planteada ni en la instancia ni en apelación. No es ello posible, salvo supuestos marcadamente excepcionales. Lo impide la naturaleza revisora del recurso de casación. Lo que se recurre es la sentencia de apelación. Se analiza si ha acertado al resolver el recurso planteado. No pueden traerse a casación cuestiones que no han sido objeto de debate en apelación. No podemos revisar la decisión de la Audiencia sobre ese punto, sencillamente porque no ha adoptado ninguna decisión al respecto en cuanto el tema no le fue planteado. Eso comporta la inadmisibilidad del recurso.

Explica al respecto la STS 41/2020, de 6 de febrero: "En efecto, el recurso por infracción de ley contra sentencias dictadas en grado de apelación por las Audiencias Provinciales y que se regula en el artículo 849.1.b) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, introducido por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, debe ser objeto de interpretación estricta, para que este Tribunal Supremo cumpla su función primordial de unificación de doctrina. La sobrecarga de recursos impediría el cumplimiento de esa función y la propia ley, al limitar el recurso al motivo del artículo 849.1 de la LECrim o al establecer la posibilidad de inadmisibilidad por falta de interés casacional, expresa de forma patente la exigencia de estos límites.

(...)

Esta pauta interpretativa es antigua y citaremos por su claridad la argumentación que sobre esta cuestión se hizo en la STS 707 de 26 de abril de 2002, en la que se puede leer: "Este criterio se fundamenta esencialmente en dos razones, una referida a los principios del proceso penal y otra a la naturaleza del recurso de casación, pero que están íntimamente relacionadas. Respecto de la primera se señala que la aceptación de cuestiones nuevas en la casación obligaría al Tribunal Supremo a decidir, por primera vez y no en vía de recurso, sobre temas que no fueron discutidos en el plenario ni, por tanto, aparecen expresamente razonados y resueltos en la sentencia de instancia, no habiéndose sometido a la debida contradicción. Respecto de la segunda se argumenta que es consustancial al recurso de casación que el mismo se circunscriba al examen de los errores legales que pudo cometer el Tribunal de instancia al enjuiciar los temas que las partes le plantearon, sin que



quepa "ex novo" y "per saltum" formular alegaciones relativas a la aplicación o interpretación de preceptos sustantivos no invocados, es decir sobre cuestiones jurídicas no formalmente planteadas ni debatidas por las partes. En tal caso el Tribunal de casación estaría resolviendo por primera vez, es decir como si actuase en instancia y no en vía de recurso, sin posibilidad de ulterior recurso sobre lo resuelto en relación con estas cuestiones nuevas".

Esa doctrina, clásica pero que adquiere nuevos perfiles y renovada aplicación ante la implantación de la segunda instancia en el orden penal, es reiterada, con más extensión y ciertas modulaciones, aquí no apreciables, en la STS 67/2020 de 24 de febrero:

"... La jurisprudencia ha venido insistiendo en la necesidad de que las cuestiones que se plantean en casación lo hayan sido anteriormente en apelación. Así decíamos en la STS nº 661/2019, de 14 de enero de 2020 que "la existencia de un recurso previo de apelación impone la exigencia de que las cuestiones que se plantean en el recurso de casación lo hayan sido antes en aquel. Dicho de otra forma, en el recurso de casación no podrán examinarse cuestiones nuevas no planteadas en la apelación cuando el recurrente pudo hacerlo". (En sentido similar, entre otras, STS 781/2017, de 30 de noviembre; STS nº 451/2019, de 3 de octubre; o STS nº 495/2019, de 17 de octubre).

La jurisprudencia había admitido dos excepciones a esta doctrina general. Así, esta Sala había reconocido la necesidad de arbitrar un cauce absolutamente excepcional para aquellos casos en los que se alegue infracción de derechos fundamentales y aquellos otros en los que el planteamiento de la cuestión no suscitada en la instancia se construya sobre el propio contenido fáctico de la sentencia, pues en estos casos es la propia resolución judicial la que viene a permitir su análisis (cfr. SSTs 683/2007, 17 de febrero y 57/2004, 22 de enero).

Sin embargo, estas excepciones estaban pensadas para los casos en que no existía otro recurso que el de casación, lo que justificaba un ensanchamiento de los cauces propios del mismo, lo cual ya no aparece como necesario al generalizarse la apelación, permitiendo al recurso de casación recuperar su esencia.

De todos modos, la segunda de las citadas excepciones, especialmente, estaba referida a los casos en los que, no habiéndose alegado en el plenario, la concurrencia de una atenuante o de un subtipo atenuado o de una circunstancia similar, resultara directamente de los hechos que el Tribunal había declarado probados la base fáctica que permitiría apreciar su concurrencia. Posición generalizable a cualquier otra alegación omitida que cumpliera esas exigencias. Así, el recurrente, aunque hubiera omitido indebidamente esa alegación en el plenario, podía reclamar en apelación la aplicación de aquello que resultara directamente de los hechos probados de la sentencia recurrida.

No ocurre así cuando ya existe un previo recurso de apelación. Esta alegación omitida en la instancia, es posible en ese recurso, pero si se prescinde de ella, como ocurre con cualquier otra en la apelación, nada justifica su planteamiento per saltum en casación.

...

No estamos ante una singularidad de la doctrina de esta Sala de casación, sino ante un tema transversal propio y característico de la teoría general de los recursos procesales, sea cual sea el orden jurisdiccional en que nos movamos.

Cuando coexisten dos escalones impugnativos (normalmente apelación y casación), al segundo solo podrán acceder las cuestiones que hayan sido objeto de debate en la instancia previa. Tal axioma constituye una derivación de la doctrina de la cuestión nueva en el ámbito de los recursos, campo donde además adquiere connotaciones más rígidas. A la segunda instancia puede llevarse todo lo tratado en el juicio de instancia de forma explícita o implícita. También cuestiones que no hubieran sido alegadas pero que han aflorado en la sentencia como consecuencia de la amplitud del conocimiento en esa instancia, marcado tan solo por los principios acusatorio, en materia penal, y de rogación o dispositivo en otros ámbitos. No en cambio aquellos temas novedosos que fueron silenciados sin razón alguna en la instancia.

Pero a un recurso posterior solo podrá acceder lo delimitado por la impugnación previa.

El recurso de casación penal en el régimen vigente se admite legalmente (dejando al margen casos excepcionales -v.gr.: aforados-) contra sentencias dictadas en apelación. En casación se ventila la corrección de la decisión del Tribunal de apelación. Ello, indirectamente, supondrá debatir sobre temas decididos primeramente en la instancia; pero no sobre todos, sino solo sobre aquéllos que hayan sido llevados a la apelación porque solo sobre ellos puede pronunciarse el tribunal ad quem. El resto de asuntos decididos y no cuestionados ni impugnados han de considerarse consentidos (tantum devolutum quantum appellatum). La apelación no es un nuevo juicio íntegro: su objeto es más limitado que el de la instancia. Está marcado por los contornos prefijados por el apelante -y, en su caso el impugnante adhesivo- en su recurso.



Si lo que se puede recurrir en casación es la sentencia de apelación (no la del Juzgado de lo Penal o, en su caso, la Audiencia Provincial) como recordamos continuamente, secuela revestida de una lógica aplastante y derivada de esa premisa será que no podrá introducirse per saltum lo que no fue objeto de examen por el Tribunal de apelación."

Sin embargo, para dar respuesta al motivo hay que recordar que la motivación de una resolución judicial tiene que ver con la respuesta dada en derecho con los puntos que son objeto de la pretensión, bien sea ésta directa, o por vía impugnativa. Viene a constituirse como "el derecho a conocer" el postulante las razones de la respuesta judicial".

Se trata de un derecho a saber por qué el órgano judicial estima o desestima una pretensión, sin que la extensión de la motivación sea un derecho del recurrente, o la mayor explicación al aserto que explicita el Tribunal ante el tema suscitado ante el mismo.

La mejor doctrina apunta con acierto que este derecho del recurrente ante una impugnación de una resolución judicial en relación a la necesidad de que ésta sea motivada constituye el medio donde se exteriorizan las razones o argumentos de que se vale el órgano jurisdiccional, para decidir sobre la necesidad, o no, de privar o restringir la libertad de una persona, u otros derechos.

Estas razones que sirven para conocer si se condena o absuelve a una persona por la comisión de unos hechos delictivos, o si se le otorga un derecho que postula o reclama, o se opone a una decisión del juez o tribunal, no son caprichosas, sino que han de estar fundadas y sustentadas en el ordenamiento jurídico, y por tanto en la ley. De ahí, que la motivación de las resoluciones judiciales, sea concebido como un derecho subjetivo del justiciable incluido dentro del concepto de tutela judicial efectiva de jueces y tribunales (art. 24.1CE), y se defina de forma negativa por oposición al concepto de arbitrariedad (art. 9.3 CE), que es la frontera que no se debe rebasar al constituir la línea infranqueable que da luz a la legalidad.

Ahora bien, no cabe confundir este derecho subjetivo a la motivación con que ésta sea en la extensión, o en la forma que pretende el recurrente, ya que éste no tiene un derecho a que el juez motive en la medida que él reclama, sino que la motivación es la explicación fundada en derecho, pero no tiene que ser en el derecho que reclama quien impugna. Por ello, en ocasiones se confunde este derecho subjetivo con un derecho a que se motive en el esqueleto estructural o forma que pretende el recurrente.

La motivación de las resoluciones judiciales, no es un concepto unidireccional u homogéneo, Se trata de un derecho a la motivación de las resoluciones judiciales recogido en el art. 120.3 CE como parte esencial del Estado de Derecho, pero en ocasiones se produce un subjetivismo exacerbado acerca de cómo pretende el recurrente que tenga que ser la motivación, sobre todo cuando es contraria a sus pedimentos, con lo que llega a confundirse ausencia o carencia de motivación con la propia desestimación de aquellos.

La motivación también está relacionada con la publicidad de la respuesta judicial, en el sentido de que la notificación de la respuesta que se da en estos casos a una reclamación debe venir acompañada con una explicación racional, que, hasta podría ser sucinta, pero explicativa en grado de "suficiencia" dando respuesta a lo que la parte reclama o cuestiona.

La motivación también viene a constituirse como el por qué de lo resuelto. Las razones expuestas en la resolución judicial, pero dadas con arreglo a derecho, no tienen que alcanzar la forma externa que pretenda el recurrente, por lo que la comprensión del que reclama no puede ampararse en un alegato de falta de motivación, sino que es el juez el que bajo los razonamientos jurídicos oportunos y aplicables al caso da respuesta a la pretensión, pero no con la forma que desea el recurrente, sino bajo el límite de que se adecúe a la razón del derecho, que es el norte de quien da respuesta jurídica a un problema de hecho planteado.

El derecho de la motivación judicial no es el derecho a la tutela particularizada de la respuesta que pretende el recurrente, a no confundir con la tutela judicial efectiva que viene relacionada con el derecho a la motivación judicial, pero no que se le dé la respuesta que pretende el recurrente.

La motivación de la sentencia para argumentar la condena se relata y fija en ambas sentencias con clave de suficiencia con respecto a los tipos penales que son objeto de condena, en tanto en cuanto se ha explicado la posibilidad de articular la condena por la declaración de las víctimas en hechos en donde resulta complicada una prueba de corroboración en hechos, como los probados, que ocurren en la intimidad del hogar, porque es esta intimidad la que sirve para proteger al autor de los hechos frente a injerencias externas que pudieran proteger a las víctimas. Y es de esa intimidad del hogar de la que se prevale el autor de los mismos, ahora recurrente, para perpetuar sus ataques en la forma que se declaran ahora probados.

En este motivo se lleva a cabo una genérica referencia a las exigencias de motivación de las sentencias, lo que ha sido debidamente explicado.



El motivo se desestima.

QUINTO.- 6.- Al amparo del art 849. 1º LECrim por infracción del art 173. 2 CP.

Señala que "ha cometido un execrable delito contra la libertad sexual, pero en ningún caso había consumado tratos degradantes o menoscabo a la familia de la víctima y ni a su progenitora".

En primer lugar, decir que este motivo no fue planteado en sede de apelación y ya nos hemos pronunciado anteriormente sobre la no viabilidad de los motivos en casación no formulados en apelación.

Pero es que, planteándolo por la vía del "error iuris" decir que 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.

Y ya hemos descrito anteriormente el relato de hechos probados que "habilitan" la condena por el maltrato habitual y la referencia jurisprudencial respecto de este tipo penal antes referida, en tanto en cuanto la propia declaración de la víctima ha llevado al tribunal a la convicción de ese estado de maltrato llevado a cabo de forma permanente en un hogar en el que las víctimas han descrito en el juicio el sufrimiento padecido, hasta el último episodio gravísimo del ataque a la libertad sexual de Elisa , sobre todo cuando consta en los hechos probados que *Maximiliano sabía, desde el inicio de su relación con Dulce , que Elisa se hallaba inmersa en condición de víctima en otro proceso judicial por un presunto delito contra la libertad sexual, del que habría sido víctima cuando tenía 13 ó 14 años, y de que sufría por ello un cuadro depresivo reactivo vinculado a tales hechos, por el que estaba sometida a control médico y seguía un tratamiento debido a su situación de desvalimiento e indefensión. Estos hechos agravaron esta situación, por lo que Elisa sufre un DIRECCION000 , directa y causalmente vinculado a los hechos relatados, con elevados niveles de ansiedad y tensión, síntomas depresivos e ideaciones suicidas, altamente incapacitante y con necesidad de ser sometida a terapia y tratamiento. Fue atendida inicialmente por los servicios médicos del SERGAS, en los que sigue recibiendo asistencia.*

Ello evidencia la perversidad de su ataque sexual en ese estado de dominación por el que es condenado por delito de maltrato habitual al realizar la última conducta a sabiendas de los antecedentes personales en este mismo caso de la propia víctima a la que agrede, convirtiendo su estado personal en más agravado aún como se expone en la sentencia.

El motivo se desestima.

SEXTO.- 7.- Al amparo del art 849. 1º LECrim por infracción del art 169. 2 CP.

Este motivo no fue planteado en sede de apelación y ya nos hemos pronunciado anteriormente sobre la no viabilidad de los motivos en casación no formulados en apelación.

En cualquier caso, ya nos hemos referido antes a que al formularse por la vía del art. 849.1 LECRIM hay que respetar los hechos probados y ya hemos citado los que constan en torno a las amenazas proferidas ya expuestas.



El motivo se desestima.

SÉPTIMO.- 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 del acusado Maximiliano , contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de fecha 12 de febrero de 2021, que desestimó el recurso de apelación interpuesto por indicado acusado contra la sentencia de fecha 22 de julio de 2020 de la Audiencia Provincial de La Coruña, Sección Primera y estimó el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la Acusación Particular Dña. Dulce y Dña. Elisa . Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas procesales ocasionadas en su recurso. Comuníquese esta resolución al mencionado Tribunal Superior de Justicia 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.

Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Andrés Palomo Del Arco Vicente Magro Servet

Eduardo de Porres Ortiz de Urbina Javier Hernández García