

# Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 3ª, Sentencia 192/2023 de 12 Jul. 2023, Rec. 3078/2020

**Ponente:** Bildarraz Alzuri, María del Carmen.

**Nº de Sentencia:** 192/2023

**Nº de Recurso:** 3078/2020

**Jurisdicción:** PENAL

ECLI: *ES:APSS:2023:300*

126 min

La supuesta fantasía sexual que lleva a cabo el hombre al colocar una brida en el cuello de su expareja constituye un delito de maltrato

MALOS TRATOS EN EL ÁMBITO DOMÉSTICO. El acusado puso a su ex pareja una brida en el cuello, causándole lesiones leves, en la creencia de que ésta estaba de acuerdo en materializar una práctica sexual simuladora de una violación. El investigado actuó sin cerciorarse debidamente, habiendo debido hacerlo, de la existencia de consentimiento en su ex pareja al mantenimiento de relaciones sexuales con él. LESIONES. Absolución por vulneración del principio acusatorio causante de indefensión. Los delitos de agresión sexual y de lesiones psíquicas dolosas quedaron excluidos como objeto del proceso por el Auto de transformación en procedimiento abreviado al concluir la Instructora la no concurrencia de indicios del elemento subjetivo, dolo, de dichos tipos penales. Tampoco es posible imputar las lesiones psíquicas a título de imprudencia.

La AP Guipúzcoa estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 3 de San Sebastián y la revoca en el único sentido de absolver al acusado de un delito de lesiones, manteniendo el fallo

condenatorio por un delito de malos tratos en el ámbito doméstico, con la atenuante de dilaciones indebidas.

## TEXTO

### SENTENCIA N.º 000192/2023

Ilmos./Ilmas. Sres./as:

D<sup>a</sup>. JUANA MARIA UNANUE ARRATIBEL

D<sup>a</sup>.CARMEN BILDARRAZ ALZURI

D. JORGE JUAN HOYOS MORENO

En DONOSTIA / SAN SEBASTIAN, a doce de julio de dos mil veintitres

La Ilma. Audiencia Provincial de Gipuzkoa, constituida por los Magistrados que arriba se expresan, ha visto en trámite de apelación el Procedimiento Abreviado 329/2019.del Juzgado de lo Penal nº 3 de esta Capital, seguido por un delito de agresión sexual y lesiones el que figura como apelante Salvador oponiéndose al mismo D<sup>a</sup> Nieves

Todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha 17 de febrero de 2022 dictada por el Juzgado de lo Penal nº 3 de Donostia-San Sebastián.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO.-

Por el Juzgado de de lo Penal nº 3 de Donostia se dictó Sentencia con fecha 17 de febrero de 2020 que contiene el siguiente FALLO:

*1.- Condeno a Salvador como autor de un delito de lesiones del art. 147.1 del Código Penal (LA LEY 3996/1995) en relación con el art. 148.1 º y 4º del Código Penal (LA LEY 3996/1995), sin la concurrencia de circunstancias atenuantes ni agravantes, a la pena de prisión de dos años y tres meses que llevara aparejada la inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio durante el tiempo de la condena.*

*Así mismo, se impone al condenado la prohibición de aproximarse a la Sra. Nieves a su domicilio, lugar de trabajo o cualquier lugar donde se encuentre o frecuente, en un radio de 200 metros, así como la prohibición de comunicarse por cualquier medio, directo o indirecto, con la misma, todo ello por un tiempo de tres años y seis meses.*

*2.- Por vía de la responsabilidad civil, el condenado deberá indemnizar a Nieves en la cantidad de 3.000€.*

*3.- El condenado deberá abonar las costas procesales que incluirán las de la Acusación Particular.*

*Contra esta sentencia puede interponerse recurso de **APELACIÓN** ante la Audiencia Provincial de GIPUZKOA ( artículo 790 de la LECr ). "*

## **SEGUNDO.-**

Notificada dicha resolución a las partes, por la representación de D. Salvador se interpone Recurso de Apelación. Las actuaciones fueron turnadas a la Sección 3ª y quedando registradas con el número de Rollo 3078/2020, se señaló fecha para la Votación, Deliberación y Fallo y tras el referido trámite, pasaron los autos a la mesa de la Ponente para la redacción de la presente

## **TERCERO.-**

En la tramitación de este juicio se han observado las formalidades legales.

## **VISTO:**

Ha sido Ponente en esta instancia la Magistrada Dª MARIA DEL CARMEN BILDARRAZ ALZURI

## **MODIFICACIÓN DE HECHOS PROBADOS**

Se consideran como probados los recogidos como tales en la sentencia recurrida y que en la presente sentencia se tienen por reproducidos en su integridad, con la

excepción en el párrafo segundo del Hecho Probado Tercero de la expresión "colocándose detrás de ella" que se elimina.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Se alza la representación procesal de D. Salvador, frente a la Sentencia de instancia cuyo Fallo ha quedado transcrito en los antecedentes de la presente resolución, en solicitud de su revocación y que se absuelva al mismo del delito del que viene acusado. Subsidiariamente, se condene al Sr. Salvador a un delito de maltrato no habitual, con la imposición de la pena de prisión de un año. Subsidiariamente, se imponga una pena de 2 años para el delito al que fue condenado.

El recurso se fundamenta en los siguientes motivos de recurso:

### **1º.- Quebrantamiento del principio acusatorio.**

Pese a que el razonamiento verificado por la Juez de Instancia en orden a la valoración de las calificaciones de las acusaciones consignadas en la resolución recurrida, a juicio de esta parte, incurre en una manifiesta arbitrariedad, entendiéndose que en orden a garantizar los derechos del recurrente resulta imperativo denunciar el quebrantamiento del principio acusatorio producido.

A la vista del contenido en la Sentencia, entendemos que las conclusiones elevadas a definitivas en lo concerniente a las referidas al Art. 147 en relación al Art 148.1 y 4, no se ajustan a lo delimitado en el Auto de PAB, dicho en estrictos

términos de defensa, es por ello que previamente a entrar a valorar lo argumentado en la Sentencia, vemos necesario situar donde nos encontrábamos previamente al plenario.

Para iniciar la contextualización referida, empezaremos por el Auto de Apertura de Juicio Oral donde se pone de manifiesto las acusaciones referidas contra el recurrente, en primer lugar por parte del Ministerio Público y, posteriormente, por parte de la Acusación Particular:

**PRIMERO.- En el presente procedimiento abreviado el Ministerio Fiscal ha solicitado la apertura del juicio oral ante el Juzgado de lo Penal que por turno corresponda, presentando escrito de acusación contra Salvador por un DELITO DE MALTRATO NO HABITUAL del art.153.1 del CP (LA LEY 3996/1995), solicitando la imposición de la pena de DIEZ MESES DE PRISIÓN, INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EL DERECHO DEL SUFRAGIO PASIVO DURANTE EL TIEMPO DE LA CONDENA, PRIVACIÓN DEL DERECHO A LA TENENCIA Y PORTE DE ARMAS POR TIEMPO DE 3 AÑOS y de conformidad con el art. 57 en relación con el art. 48.2 ° y 3° del C.P (LA LEY 3996/1995), la pena accesoria de PROHIBICIÓN DE QUE SE APROXIME A MENOS DE 150 METROS de la Sra. Nieves, SU DOMICILIO, LUGAR DE TRABAJO/ESTUDIO Y CUALQUIER LUGAR FRECUENTADO POR ELLA Y PROHIBICIÓN DE COMUNICARSE CON ELLA POR CUALQUIER MEDIO, DURANTE EL TIEMPO DE 2 AÑOS.**

Por parte de la acusación particular,

**A) un DELITO DE AGRESIÓN SEXUAL en grado de tentativa, penado y previsto en el art, 178 y 180.1<sup>a</sup> y 5<sup>a</sup> del Código Penal , solicitando la imposición de la pena de**

**CUATRO AÑOS DE PRISIÓN. B) un DELITO DE LESIONES del artículo 147 del Código Penal (LA LEY 3996/1995) en relación al artículo 148.1 ° y 4ª del Código Penal (LA LEY 3996/1995) concurriendo la circunstancia agravante de parentesco del artículo 23 del Código Penal (LA LEY 3996/1995), solicitando la imposición de la pena de DOS AÑOS DE PRISIÓN y la medida de PROHIBICIÓN DE COMUNICACIÓN Y APROXIMACIÓN A LA PERJUDICADA POR TIEMPO NO INFERIOR A DIEZ AÑOS con base en los artículos 95 (LA LEY 3996/1995) y 96, apartados 9 y 10 del C.P (LA LEY 3996/1995)**

Si bien la Jueza de Violencia no acepta el Delito de Agresión sexual en base a la siguiente argumentación obrante en el Fundamento Tercero del referido Auto.

Pues bien, en este punto es donde entendemos ir al principio de camino, a la denuncia con orden de protección presentada por la Sra. Nieves. Si atendemos a la misma, la ertzantza lo enmarca en la comisión de un presunto delito de Violencia de Genero con agresión Sexual, si bien el Sr. Salvador lo enmarca en la vivencia de una "fantasía sexual" solicitada.

(se transcribe el contenido de la denuncia, que aquí se tiene por reproducido en aras a la brevedad)

Por otra parte, el denunciado señaló a los agentes (folio 34). *"..., recordaba que en alguna ocasión antes de la separación esta le había comentado que una de sus fantasías sexuales era ser violada, y que ese se le había ocurrido cumplir la supuesta fantasía de Nieves"*. Como podemos apreciar, desde un primer momento, hay dos vivencias diferentes de una misma situación.

Así las cosas, las actuaciones son enviadas al Juzgado de Guardia de Donostia, Instrucción 5 de Donostia/San Sebastián, donde se toma declaración a la denunciante y al investigado y se realiza la vistilla de Orden de protección, donde solo es interesada por la acusación particular. Su señoría acuerda no haber lugar a la orden de protección y motiva la situación vivida por ambos, en el Auto de 24 de Febrero de 2018. (fol. 83)

(se transcriben los párrafos segundo, tercer y cuarto del FJ Segundo, que tenemos por reproducido)

En la declaración de la perjudicada, y a preguntas de su letrada, indica la voluntad del Sr. Salvador de acabar con su vida, hecho este que no pasa inadvertido para su señoría, pero del cual señala que "*... Parece clara la intención de Salvador de querer realizar la fantasía de la violación y no querer matar a su expareja.*" Como podemos ver se añade una situación nueva a las ya denunciadas, tentativa de homicidio.

Pero lo cierto es que la Jueza de Guardia hace una acertadísima valoración de los hechos acaecidos. Por cuanto, cada una de las partes ha vivido la situación de una manera radicalmente distinta. Pero siendo cierta dicha aseveración, no es más cierto que el relato realizado por la perjudicada no fue ajustado a la realidad, como analizaremos con posterioridad. Y sobre la conducta del recurrente apunta a que "*no parece claro ni el delito ni la situación objetiva de riesgo*"

Con posterioridad, la propia Audiencia desestimaría el Recurso de apelación interpuesto por la denunciante.



Así las cosas, continua el procedimiento hasta el Auto de PAB, el cual es combatido por esta parte, tanto en reforma como en Apelación, al entender que los hechos eran merecedores de sobreseimiento. Los referidos recursos son desestimados, pero en ellos tanto por parte de la Jueza de Instrucción como de la propia Audiencia vienen a delimitar los hechos sobre los que deben ser enjuiciado el Sr. Salvador.

**Se acuerda seguir las presentes diligencias previas por los trámites de los artículos 780 y siguientes de la LECr . Por un delito de lesiones por imprudencia grave del artículo 152.1.1 ° o 2° del Código Penal (LA LEY 3996/1995) en relación al artículo 147.1 ° o 149 del Código Penal (LA LEY 3996/1995) concurriendo la circunstancia agravante de parentesco del artículo 23 del Código Penal (LA LEY 3996/1995) y de un delito de maltrato físico no habitual del artículo 153.1 del Código Penal (LA LEY 3996/1995) con dolo eventual en el ámbito de la violencia de género, sin perjuicio de la calificación que pueda resultar en definitiva.**

Para acordar lo señalado, argumento en el penúltimo párrafo segunda hoja de los antecedentes de hecho lo siguiente: " *Salvador interpreto de modo erróneo el significado de la actitud de su expareja como consecuencia de que no comprobó debidamente, habiendo debido hacerlo, cuál era la voluntad y el deseo de ella, habiendo podido representarse mentalmente y con carácter previo, de haber empleado el mas mínimo grado de diligencia...*"

Esta parte recurrió en reforma y apelación al entender que sentado que el investigado nunca actuó con la intención de atentar contra la libertad sexual de su ex pareja, debiera centrarnos en el desplazamiento de la culpa que se atribuye al recurrente.

En ambas instancias fue desestimado, pero el Juzgado de Violencia si circunscribe el debate en el acto del Juicio Oral.

**Entendemos que, al existir indicios de esta falta de diligencia en el investigado, éstos son los términos en los que debe discurrir el debate en el acto del juicio oral y a los que debe ceñirse la prueba que se practique en el mismo al tener que ir la misma dirigida a la acreditación o falta de acreditación de la concurrencia, en el espíritu del investigado, de culpa o imprudencia, como elemento subjetivo del injusto y como elemento del delito de lesiones por imprudencia que se atribuye principalmente, al mismo n el seno de este proceso.**

*Así las cosas, el debate jurídico se circunscribía a si hubo esa diligencia por parte del recurrente en su ideación de la "fantasía sexual" de una violación como elemento subjetivo del injusto y como elemento del delito de lesiones por imprudencia.*

Y esta situación no podría ser de otra manera, por cuanto no tendría encaje alguno la agresión sexual dentro de lo argumentado en el Auto de PAB.

Fruto de este argumentario, el Ministerio Público, no así la acusación particular, interés en su escrito de calificación un delito de maltrato no habitual del Art.153.1, asumiendo lo postulado tanto por la Audiencia como el Juzgado de Violencia y el Juzgado de Instrucción N° 5 con la siguiente narración fáctica :

(se tiene por reproducido)

Pues bien, las calificaciones provisionales señaladas al comienzo de nuestro apartado fueron modificadas por ambas acusaciones en el trámite de conclusiones, de la siguiente forma

(se tiene por reproducido)

Y la acusación particular también la modifíco, llevando a definitivas las siguientes:

(se tiene por reproducido)

En esta situación, esta representación procesal, en su informe final, interesó la nulidad de las conclusiones de las acusaciones por cuanto no se ajustaban a los criterios delimitados en el Auto de PAB. Si bien es cierto, que no me estaba refiriendo al delito de maltrato no habitual, el cual si había tenido cabida en el referido Auto vía dolo eventual.

Para argumentar lo ya expuesto, haremos nuestro el tercer párrafo del Fundamento Jurídico de la Sentencia (se reproduce).

De una forma clara y expresa, se pone de manifiesto que el proceso penal no es absolutamente libre para las acusaciones, sino que el Juez controla, en nuestro sistema jurídico, aquello que va a ser materia de enjuiciamiento penal, para evitar acusaciones sorpresivas, como para delimitar los aspectos facticos de las imputaciones que considere procedentes.

Y es en este punto, donde se hace imposible el encaje de no poder realizar una acusación de agresión sexual, ya sea por no admitir el doloso de la actuación, o por falta de credibilidad de la víctima. Y si poder hacerlo por unas lesiones dolosas del Art. 147. Es por ello que entendemos que se quebranta el principio acusatorio produciendo la mayor de las indefensiones a esta parte.

A mayor abundamiento, se argumenta por la Juzgadora que esta parte no ha impugno el Auto de PAB, teniendo conocimiento de los hechos.

Pues bien, lo cierto es que esta parte si recurrió el Auto de PAB, tanto en Reforma como en Apelación, como obra en los folios 217 y 218 (Reforma) y en los folios 222 y 223 (Apelación), interesando el archivo de las actuaciones. Y es en los referidos Autos donde se delimitaron los aspectos facticos de las acusaciones.

Pero, además, señala la Juez de Instancia que en el referido Auto no se describen hechos que puedan ser constitutivos del delito y eso no es así, por cuanto si se refieren, y los reproducimos: "... a realizarle tocamientos con ánimo libidinoso en la zona genital y en los pechos..." . Lo que ocurre es que, esta parte entiende, no cabe una actuación imprudente o dolo eventual en un delito sexual. Y en congruencia con lo explicado a lo largo de este punto remite la imputación a una actuación realizada de forma imprudente o con dolo eventual.

Para finalizar, es absolutamente incongruente que se elimine el posible delito sexual, por su elemento volitivo, pero si se admita y se condene por un delito de lesiones del Art. 147, y por eso esta parte invoco el quebrantamiento acusatorio por parte de las acusaciones y por tanto la nulidad de las mismas.

## 2º.- Error en la valoración de la prueba.

A la vista del relato factico contenido en la Sentencia, entendemos que los hechos que se declaran probados no han sido debidamente acreditados por cuanto esta parte entiende que vienen referenciados por un error en la valoración de la prueba.

Estima la Sentencia, dentro de los hechos probados, lo siguiente:

(se transcribe el hecho declarado probado tercero, que aquí se tiene por reproducido)

El hecho que trae causa en el presente procedimiento es la *entrada del recurrente, el Sr. Salvador, en la ducha del domicilio familiar, con una brida, al efecto de realizar una "fantasía sexual" que habrían acordado hace tiempo realizar, si bien la perjudicada lo niega. La Sra. Nieves sufrió lesiones.*

La juzgadora de instancia manifiesta que las anteriores conclusiones fácticas, ha llegado habiendo apreciado las pruebas practicadas en el acto de juicio oral, así como las obrantes en Autos, en concreto las siguientes:

1.- La principal prueba de cargo que se ha practicado en el plenario, que es la *declaración de la víctima*, Dña. Nieves, otorgándole valor probatorio de cargo, por cumplir los siguientes requisitos:

1.- Ausencia de incredibilidad subjetiva.

2.- Verosimilitud o credibilidad objetiva.

3.- Persistencia en la incriminación.

Pues bien, entiende la Juzgadora que se cumplen los requisitos, realizando la siguiente argumentación (reproduce).

Como elemento inicial, esta defensa se ve obligado a mostrar su disconformidad con la valoración que realiza "la juez a quo", consideramos que la Sentencia ahora recurrida tiene un déficit motivador en el que bajo la apariencia de que existe motivación se echa en falta la valoración de concretos medios probatorios que si bien en algunos casos es innecesaria dada su nula incidencia en el pronunciamiento final, en otras ocasiones, como sucede en el presente caso, al no valorarse ni motivarse la prueba de cargo, y sobre todo de descargo, supone un error técnico de graves consecuencias.

Previamente a combatir lo reseñado en la Sentencia, esta parte desea advertir es que los mismos elementos que se señalan de la declaración de la perjudicada operan en la declaración del Sr. Salvador. (Ausencia, verosimilitud y persistencia), puesto como vamos a poner de manifiesto a continuación el recurrente no incurre en ninguna contradicción a lo largo de "iter Procesal" y, asimismo, hay elementos periféricos suficientes para acreditar lo por él manifestado.

A mayor abundamiento, de quién si podemos decir que incurre en abundantes contradicciones, y de calado, es de la denunciante.

Así las cosas, y tal como se ha expuesto en todo momento, se puede constatar la existencia de una *situación vivida de forma completamente diferente por una y otra parte*. Si bien el recurrente, ya desde un primer momento, a los agentes que se personan en el domicilio, les manifiesta: "..., recordaba que en alguna ocasión antes de la separación esta le había comentado que una de sus fantasías sexuales era ser violada, y que ese se le había ocurrido cumplir la supuesta fantasía de Nieves".

Desde este punto de partida, a la hora de calificar jurídicamente dicha situación y determinar la existencia de indicios fundados de la comisión de un delito hemos de objetivarla necesariamente en cuanto a las intenciones del recurrente, que en ningún momento tiene la intención de agredir o abusar sexualmente de su ex pareja. De hecho, esta interpretación de la defensa y el Ministerio Público acoge favorable criterio por el propio Juzgado de Violencia sobre la Mujer cuando ratifica lo resuelto por el Juzgado de Guardia sobre la Orden de Protección en su Auto de fecha 28 de febrero, deduciéndose incluso de las declaraciones testimoniales practicadas con posterioridad y siendo plasmado finalmente en el Auto de PAB y en el Auto de Apertura de Juicio Oral.

Esta parte entiende necesario, al efecto de aclarar lo sucedido, dividir el episodio en tres partes. Esta representación procesal reitera que a lo largo de todo el procedimiento, lo que a continuación se expondrá, ha sido mantenido por el Sr. Salvador sin ningún tipo de contradicción.

Para finalizar, reproducimos el último párrafo del fundamento jurídico tercero: (se tiene por reproducido)

Esta parte señala, desde este mismo momento, que lo único cierto de los hechos probados es que la Sra. Nieves se encontraba duchándose. Sobre el resto se acreditará que no ocurrió como se manifiesta en dichas conclusiones.

### **1.- Sobre la situación previa a entrar el recurrente al baño.**

La actuación del recurrente se enmarca en el contacto de una familiaridad e intimidad domiciliaria. La denunciante solía acudir al domicilio cuando no le correspondía, mandaba mensajes ambiguos a través de Whatsapp y ambos mantenían conversaciones íntimas, hasta el punto de que hacía apenas unos días había surgido en el transcurso de una conversación banal la fantasía sexual de simular una violación. Con estos antecedentes resulta comprensible que el recurrente contemplara la posibilidad real de retomar la relación de pareja, siempre desde el respeto, como evidencian las notas escritas que la propia denunciante aporta. Por todo ello, cuando procede a pasearse por la casa en ropa interior antes de ducharse en el baño sin cerrar la puerta, el día que además no le corresponde estar en la vivienda, su expareja lo interpreta como una clara invitación a mantener relaciones sexuales, habida cuenta que pudiera haberse duchado en casa de sus padres.

En este punto, no debemos dejar pasar la ocasión sobre un hecho que no es trivial, sobre la afirmación que realiza la perjudicada, tanto en el Juzgado de Guardia como en el Plenario, sobre que acudían a la casa cuando no les correspondía a ducharse y demás menesteres, no fue, sino a preguntas de este letrado afirmó que nunca se había duchado estando el acusado en la casa (sin niños).



Así las cosas no es controvertido que la puerta del baño no estaba cerrada, pudiendo estarlo. Y que nunca se había duchado estando los dos solos en la casa. Recordemos que los padres de la perjudicada viven en la planta NUM000 del referido inmueble. Sobre este hecho hacemos nuestra la reflexión que realiza la Jueza de Guardia en el Auto denegando la Orden de Protección:

Para finalizar, la Sra. Nieves únicamente niega que hubiese tenido lugar la conversación reseñada sobre la práctica de una fantasía sexual.

## **2.- Sobre lo acontecido en el baño.**

El relato fáctico, ordinal tercero párrafo segundo, señala que el recurrente se puso por detrás de la Sr. Nieves. Así también es recogido en las conclusiones de la prueba de cargo existente.

Y así es declarado por la víctima en la vista Oral.

Pues bien, esta situación que ella narra en el plenario se contradice con lo manifestado en su declaración en el Juzgado de guardia, la cual reproducimos:

- min 3:58: Narrando la Sra. Nieves: " *Mientras me estaba duchando... de repente hoy la puerta ... entro dentro de la ducha, dentro... y desnudo, y yo me aparte con empujones y le dije fuera!!! Fuera!! Yo no quiero nada contigo!! Fuera!!*

- Su Señoría: "*¿Es una bañera o un plato de ducha?*

- Sra. Nieves: *"Es una media bañera"*

- Su Señoría: *¿Y llegó a meterse dentro?*

- Sra. Nieves: *Si desnudo, yo le echaba para atrás ... Fuera!! Fuera!!... yo no quiero nada, ¿Qué haces?, yo no quiero nada ... no me toques... fuera de aquí ... y de repente me cogió y me puso una brida en el cuello. (Haciendo un gesto con las manos, como si tuviera la brida, hacia adelante).*

- Le interrumpe su señoría para que se escuche bien la grabación, y continúa la Sra. Nieves: *"Y de repente me cogió y me puso una brida en el cuello."*

-Su señoría: *"¿Pero el que estaba delante de usted?"*

-Sra. Nieves: *"Si"*

-Su Señoría: *"le Puso la brida por delante?"*

-Sr. Nieves: *"detrás ... o por delante, yo..."*

-Interrumpiéndole Su Señoría: *"no es lo mismo delante o detrás ... ¿El donde estaba delante o detrás?"*

- Sr. Nieves: *"yo estaba echando para atrás" haciendo con las manos como si empujase.*

- Su Señoría: *"o sea que él estaba delante de usted"*

- Sr. Nieves: *"sí, y él me estaba empujando para atrás."*

Como podemos comprobar, la brida fue puesta estando uno delante del otro, no como nos señaló en el plenario, que fue puesta por detrás. Ni tampoco le "agarró fuertemente", como dice su señoría. Y esto es así, porque en ningún momento del procedimiento lo manifiesta la perjudicada, ni presenta lesiones compatibles con agarrarle fuertemente. Esta parte no llega a entender, mas allá de querer dar más empaque a su argumentación, cual es el elemento que obra en las actuaciones que le lleve a tal aseveración, cuando, reiteramos, la propia perjudicada en ningún de sus declaraciones señala que es agarrada fuertemente.

En este punto, entendemos interesante saber cuál dice que es la motivación que el recurrente le dice para ponerle la brida. Y decimos esto, porque en su narración en el plenario ella habla de una violación, pero en su declaración en el Juzgado de Guardia habla de que le ha intentado matar, obviando cualquier tipo de comentario sobre la violación. Así a preguntas de Su Señoría de cual pudiera ser la motivación ella contesta que quería matarla.

- Min 5:23: Su Señoría: *"¿Con que intención iba él con una brida?"*

- Sr. Nieves : *"a matarme ... me quería ahogar"*

Y llegados a este punto, es donde tenemos que traer a este escrito las afirmaciones que realiza en su exploración en el Servicio de Urgencias, con las que

la juzgadora, con posterioridad, argumentaría en su Auto de denegación de Orden de Protección:

Refiere agresión por su expareja al haberle sorprendido en la ducha colocándole una brida por el cuello y haciendo fuerza, que ella ha frenado colocando las manos entre el cuello y la brida. Refiere que le decía "te vas a ahogar, te vas a ahogar". Refiere que su expareja estaba desnudo y ha verbalizado que iba a violarla "como a ti te gusta", "tú querías que te violara pues te voy a violar" "cállate".

La frase literal es "Tu querías que te violara pues yo te voy a violar". La aseveración es concluyente. Y sobre esta idea argumenta también la Jueza de Guardia.

El Auto explica cual eran las ideas de Salvador sobre la realización de una Fantasía Sexual. Este hecho ha sido negado por la denunciante, pero es palmario que la referida frase responde a lo manifestado por mi representado sobre que habían hablado de la "Fantasía" con anterioridad. De que otra forma cabe entenderla, si cuando mi representado se da cuenta que ella no quiere desiste por completo de llevar a cabo la misma.

Por otra parte, y en lo relativo a la brida, debemos destacar que mi representado le pone la misma sin voluntad de producir daño alguno. La holgura que deja le permite a la Sra. Nieves sacar la mano para cerrar el agua como así consta en la declaración de la perjudicada.

Para finalizar, queremos poner de manifiesto que como explico mi representado en sala, y corroborando lo expuesto por la perjudicada sobre la ducha. Se trataría de

una bañera, la cual tiene una mampara que tiene posibilidad de cierre, como es lógico. El referido cierre no se encontraba cerrado al momento de los hechos.

### **3.- Sobre lo acontecido una vez salen del baño.**

Este punto entendemos de suma importancia. Su señoría señala que el testimonio de la denunciante resulta corroborado por las declaraciones de las testificales de los vecinos del inmueble. Desde el criterio de esta parte, ocurre justo lo contrario, no hace sino poner de manifiesto las contradicciones de la perjudicada. Esta parte, además añadirá las declaraciones de los Agentes de la Ertzantza.

La Sra. Nieves, a preguntas del Ministerio Publico, narra lo sucedido cuando salen del cuarto de baño:

tenía la mirada obsesiva, que forcejeaba y que gritaba "te parto el cuello"; que salieron al pasillo, que una vecina tocó el timbre de la puerta, que ella abrió (con la brida puesta), que él la cenó (por detrás), que ella le dijo a la vecina que llamara a su padre; que él le cortó la brida, que ella no quería que la tocara, que él quería cogerle o tocarla; que le dijo que dejara de chillar y que le iba a violar", que al llegar su padre, él estaba encima, que ella le decía que no la tocara, que se puso mi albornoz, que él no se lo dio, que no recordaba en qué momento se la puso; que nunca le comentó tener o que le gustaría tener

Para a continuación, y a preguntas de esta parte, señalar:

más; que cuando pidió ayuda a Prima (por la vecina) es cuando él cortó la brida, que ella abrió la puerta y que trataba de escapar de él, que él iba detrás; que es cierto que la puerta de entrada del domicilio no cierra bien; que no se escapó porque no pudo, estaba en shock; que tras cortarle la brida, él siguió detrás hasta que llegó su padre; que chillaba; que no recordaba el momento en que cogió el albornoz; que nunca se había duchado

Si bien en su declaración en el Juzgado de guardia no fue lo que manifestó la denunciante:

- Min 7:53: A preguntas de Su Señoría sobre lo que había ocurrido contesta entrecortadamente:

*"Y salimos al pasillo. Yo intente hacer, no sé como pude? De puntillas me zareende de él sin soltar la mano de la brida porque me ahogaba!!! Me ahogaba!!! Y pude ir hasta la puerta de entrada, y yo la abría y el la cerraba!!!, la abría y la cerraba!!!! Hasta que la vecina, Prima, me dijo: Nena que te pasa?? Estas bien?? Y le dije que llamara a mis padres, llama a mis padres que están abajo??*

*Pues bien, como podemos comprobar, nada tienen que ver las dos versiones dadas por la denunciante. Pero por si no fuera suficiente esto, la Sra. Jacinta ( Prima) manifestó lo siguiente en el Plenario:*

*f) La testigo Sra. Jacinta manifestó ser vecina del inmueble y que, el día de los hechos, oyó gritos de angustia, que salió al descansillo, llamó a la puerta del 4o C y le abrió la puerta mi poquito Nieves, que ésta le dijo que llamara a su padre, que volvió a llamar y que Nieves le dijo lo mismo; que cuando se dirigía a avisar al padre de Nieves se encontró con "Consta"; que ella llevaba puesto algo blanco y que podría tratarse de una prenda.*

*E incluso, la versión que da en el Servicio de Urgencias tampoco coincide con ninguna de las anteriores.*

*Posteriormente ella ha gritado y dice que su expareja le ha dicho que esté callada y le acompañaba a la habitación: refiere que en ese momento ella ha callado y es cuando no sabe como ha podido escapar y pedir ayuda.*

*Mi representado da cumplida respuesta a esta situación tanto en el Juzgado de Guardia como en el Plenario, explicando con claridad lo ocurrido.*

*que, se desnudó, entró en el baño y comenzó a besarla y a acariciarla. Según el acusado, ella le dijo que no, él salió de la*

*ducha y, portando una brida, se la colocó al cuello, momento en el cual, ella comenzó a decir que se ahogaba con el agua, que lo dejara y comenzó a ponerse nerviosa. El acusado manifestó que Nieves abrió la puerta de entrada del domicilio, que les vio desnudos una vecina, que no tuvo intención de agredirla ni violarla, que se fue a la cocina para quitarle la brida, que fueron al baño, que le puso un albornoz, que vino su padre y que a los cinco minutos llegó la Ertzaintza. Así mismo,*

*Mención aparte merece la declaración de Alfredo, padre de Nieves, el cual hace la siguiente declaración:*

*e) El testigo Sr. Alfredo, padre de Nieves, declaró que le llamó su vecina diciéndole que algo le pasaba a su hija; que bajó y vio al acusado que agarraba a su hija por el cuello y que le metía sus manos por sus partes, que el acusado le dijo "qué pasa Alfredo" y que se marchó a una habitación, que él estaba desnudo; que su hija chillaba, estaba nerviosa y que se la llevó a su casa; que un vecino llamó a la Ertzaintza; que él disponía de las llaves del domicilio, que su hija y ex yerno se encontraba en la puerta de entrada en el baño, en la entrada.*



*Su señoría, a la vista que está explicando una agresión sexual de la cual su hija no ha hecho mención alguna, afirma que su declaración no coincide con la de su hija.*

*Por su parte, aunque el testimonio del padre de Nieves -que relató que se encontró al acusado agarrando por el cuello a su hija y metiéndole mano en las partes de su hija-no coincidió con el prestado por ésta en el momento en que el progenitor subió al domicilio, lo cierto es que sí percibió a su hija nerviosa o asustada, la recogió y la llevó a su casa; estado anímico que también percibieron los agentes de la Ertzaintza al llegar a la vivienda y que es compatible con una persona que ha resultado agredida.*

*Así mismo, el Sr. Damaso dice oír golpes y gritos. Pues bien, estos tres testigos, entiende su señoría, son elementos suficientes para dar credibilidad y verosimilitud a la declaración de la Denunciante.*

*Para finalizar este punto, y como otro elemento a tomar en consideración, en ningún momento tiene intención alguna de escaparse de la vivienda la Sra. Nieves, y así lo pone de manifiesto en sus declaraciones. En caso de entender que su integridad física peligrase, la lógica lleva a pensar que la persona agredida hubiese*

*escapado en el lapso de tiempo que se queda sola en el rellano de la entrada, teniendo en cuenta que la puerta estaba cerrada y el condenado le dejaba absoluta libertad de movimientos.*

*En la misma línea, sobre el informe de urgencias, deberá estarse al análisis y alcance de las mismas, que no han sido en modo alguno objetivadas ni acreditadas como graves a lo largo de la instrucción. Reiteramos, que del parte médico resultante se deduce que las lesiones que presenta la perjudicada (contusión cervical y erosiones superficiales en las manos) se las produce ella misma al tratar de quitarse la brida por la fuerza, siendo en cualquier caso de escasa entidad.*

*Y continuando con el examen de la prueba, especial atención le merece a esta parte las declaraciones de los dos agentes de la Ertzaina, por cuanto uno de ellos objetiviza la situación en la que se encontraba el Sr. Salvador una vez ocurrida los hechos.*

*El agente NUM001 manifestó lo siguiente :"... Preguntado por el estado en el que se encontraba el acusado manifestó que lo vio nervioso, inquieto y puede ser que sorprendido señalando igualmente que el acusado decía que la había liado". Esta*

*declaración es persistente con la que realizo en su declaración, en el Juzgado de Violencia. Si bien, entendemos que aquella todavía fue más "contundente", explicando con toda nitidez que el Sr. Salvador estaba preocupado y sobre todo sorprendido. Reproducimos su declaración en sede Judicial.*

*- Min 2:30. Pregunta su señoría: " Y cuando le decía refiriéndose a lo que había pasado) cual era la actitud de él? ¿Estaba nervioso? ¿Estaba Alterado? ¿Estaba nervioso?"*

*-Agente NUM001: " Estaba alterado ... Eh!!... más que nada yo diría preocupado"*

*- Su Señoría: pregunta con énfasis "¿Estaba sorprendido??"*

*- Agente NUM001: "Si,si" (con rotundidad)*

*- Su Señoría: reitera la pregunta "¿Estaba sorprendido??"*

*- Agente NUM001: "Si,si" (con rotundidad)*

Como se puede apreciar, el agente manifiesta, bien a las claras, cual es la situación en la que se encuentra el Sr. Salvador, sorprendido!!!

En resumen, esta parte entiende que existió la diligencia debida por parte del Sr. Salvador. No existe ningún ánimo del mismo de lesionar a la perjudicada, única y exclusivamente el realizar una "fantasia sexual" en la cual se daban todos los elementos para poder realizarla.

En ningún momento él configura un riesgo en lo que va a realizar, por cuanto la actuación que estaba realizando se enmarcaba en la idea de que entendía que había mensajes por parte de ella que le invitaban a reanudar la relación. No es, sino partiendo de esta premisa donde no se puede apreciar, no ya un dolo directo, ni siquiera un dolo eventual. El Sr. Salvador nunca, y reiteramos nunca persiguió realizar menoscabo algún a la denunciante, básicamente porque lo que quería hacer era volver con ella, es difícilmente compatible.

En ningún momento, el Sr. Salvador no pudo, ni quiso, configurar una actuación donde pudiera imaginar un daño psicológico alguno a la otra parte. Y además, viene a cumplir lo que habían hablado: *"Tu querías que te violara, pues te voy a violar" "Como a ti te gusta"*.

El Tribunal Supremo ha venido a configurar los elementos del dolo, así en su Sentencia de 28 de junio de 2013 (RJ 2013, 6732) señala:

*"...se estima que obra con dolo quien, conociendo que genera un peligro concreto jurídicamente desaprobado, no obstante actúa y continúa realizando la conducta que somete a la víctima a riesgos que el agente no tiene la seguridad de causación del resultado, del*

*que no obstante ha de comprender que hay un elevado índice de probabilidad de que se produzca".*

Y para que concurra el elemento intelectual del dolo eventual, ha de partirse, como mínimo, de que conoce el peligro concreto que genera con su conducta, lo que permite mantener que así se asume o acepta el resultado contra el bien jurídico protegido por aquellos delitos en los que es posible esta modalidad de dolo.

En el caso que nos ocupa, el requisito que se interesa como mínimo es que conoce el peligro mínimo que genera con su conducta. Hecho este, que el Sr. Salvador no tiene representación, por cuanto su creencia es que va a realizar un acto voluntario y querido por la otra parte. Con innumerables situaciones tendentes a que ello ocurriese:

- Conversaciones íntimas, contexto de familiaridad e intimidad domiciliaria.
  
- Ir a ducharse a su casa cuando no le correspondía a ella, estando él sin estar los niños.
  
- No cerrar la puerta del baño
  
- No cerrar la mampara de la ducha, cuando él entra.

Es en esta situación donde le lleva a un error en el consentimiento. Un error de tipo que en la creencia de que su actuación estaba legitimada por el consentimiento de

la Sra. Nieves. Pero es que además, la fantasía de una violación no lleva implícito una violencia per se, sino un concepto de violencia imaginado o fingido, incompatible con la falta de consentimiento. Se trata de un juego una representación mental que no se concreta en real, y de ahí que cuando mi representado es consciente de la falta de consentimiento, de por finalizada la fantasía, quitando la brida y mostrando su sorpresa ante lo ocurrido. Así lo manifiesta el Agente NUM001.

A mayor abundamiento, esta objetivación de la falta de voluntad de producir menoscabo a la Sra. Alfredo ha quedado sobradamente acreditado a lo largo de todo el procedimiento, y así ha sido puesto de manifiesto por los diferentes operadores jurídicos. El Sr. Salvador ha mantenido desde el comienzo cuál era su voluntad y que le había llevado a realizar esa fantasía sexual, no ha habido modificación alguna de su declaración a lo largo de toda la causa - persistente, detallada, espontánea -.

Expuesto lo anterior, podrá considerarse si la actuación del Sr. Salvador lleva la exoneración de la responsabilidad o se pudiera considerar como imprudente, error de tipo invencible o vencible. Pero lo cierto es que no se podrá extender su actuación a los dominios del dolo, ya que como ha quedado acreditado en las actuaciones, la voluntad del Sr. Salvador era reanudar su relación sentimental con la Sra. Nieves, como así lo reconoce también ella. Como, partiendo de esa premisa, él iba a querer hacerle daño a ella. Para finalizar, en un contexto de buena relación, reiteramos buena relación, y con la voluntad del Sr. Salvador de recuperar a la Sra. Nieves, ha ocurrido este incidente que cada una de las partes ha vivido de una forma diferente. Nunca hubo voluntad de infringir menoscabo alguno a la perjudicada.

Esta parte entiende que no cabe condena alguna al Sr. Salvador, y menos la obrante en el fallo vía Art. 147.1 en relación con el Art. 148.1 y 4.

#### **4°.- Sobre la pena impuesta y el criterio de proporcionalidad.**

La referida condena trae causa de la modificación de las conclusiones provisionales por parte de las dos acusaciones, en los siguientes términos:

a) Por parte de la fiscalía, un delito de lesiones psíquicas dolosas de los [Arts. 147.1 \(LA LEY 3996/1995\)](#) y [148.4 del Código Penal \(LA LEY 3996/1995\)](#), o subsidiaria y alternativamente, un delito de maltrato no habitual del Art. 153.1. Solicitando, alternativamente, dos años y un año de prisión.

b) Por parte de la acusación Particular, un delito de agresión sexual previsto y penado en los [Arts. 178 \(LA LEY 3996/1995\)](#) y [180.1° \(LA LEY 3996/1995\)](#) y 5° del CP y un delito de lesiones del [Art. 147 del C.P. \(LA LEY 3996/1995\)](#) en relación con el [art. 148.1 \(LA LEY 3996/1995\)](#) y 4 del CP, concurriendo la circunstancia agravante de parentesco. Alternativamente, estimo que los hechos son constitutivos de un delito de maltrato no habitual del [Art. 153.1 del CP. \(LA LEY 3996/1995\)](#) Solicitando, cuatro años y tres años de prisión respectivamente. Y alternativamente, 1 año de prisión.

Así, Su Señoría, señala el fallo de la Sentencia lo siguiente:

1.- Condeno a Salvador como autor de un delito de lesiones del [art. 147.1 del Código Penal \(LA LEY 3996/1995\)](#) en relación con el [art. 148.1° y 4° del Código](#)

Penal (LA LEY 3996/1995), sin la concurrencia de circunstancias atenuantes ni agravantes, a la pena de prisión de dos años y tres meses que llevara aparejada la inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio durante el tiempo de la condena.

Así mismo, se impone al condenado la prohibición de aproximarse a la Sra. Nieves a su domicilio, lugar de trabajo o cualquier lugar donde se encuentre o frecuente, en un radio de 200 metros, así como la prohibición de comunicarse por cualquier medio, directo o indirecto, con la misma, todo ello por un tiempo de tres años y seis meses.

En el fundamento de Derecho SEXTO en el tercer párrafo, viene a argumentar el porqué de la condena a dos años y tres meses al recurrente; si bien, no acoge ninguna de las dos peticiones realizadas por las acusaciones.

Pues bien, debemos mostrar nuestra más absoluta disconformidad con la misma, y desbrozando los tres elementos que señala, debemos realizar las siguientes apreciaciones que impedirían el agravamiento que realiza:

1.- *"La conducta del acusado se llevó a cabo sobre la que había sido su mujer"*.

Discrepamos plenamente con lo expresado en la Sentencia. El tomar como agravamiento de los hechos el elemento de *"haber sido su mujer"* conllevaría un doble agravamiento. Por una parte, la aplicación del [Art. 148.1 del CP \(LA LEY 3996/1995\)](#); y por otra parte, agravar la pena del referido artículo sobre la base de esa misma situación, "NON BIS IN IDEM".



2.- *"Se utilizó un medio susceptible de causar un gran riesgo para la integridad física".*

Volvemos a discrepar. Tampoco puede calificarse de "elemento de riesgo" la brida de electricista utilizada, un elemento que sirve para sujetar cables difícilmente es susceptible de producir daño en la integridad física de la perjudicada. Las lesiones físicas que presenta la perjudicada son leves.

3.- *"Y porque el acusado pretendió llevar a cabo una práctica sexual que suponía una incidencia violenta e intensa sobre el cuerpo de la otra persona sin contar con la solicitud o el consentimiento de la misma."*

Discrepamos plenamente con lo expresado en la Sentencia en el sentido de que la fantasía de una violación no lleva implícito una violencia per se, sino un concepto de violencia imaginado o fingido, incompatible con la falta de consentimiento. Se trata de un juego, una representación mental que no se concreta como real, y de ahí que cuando el Sr. Salvador es consciente de la falta de consentimiento, se detenga de inmediato.

Pero, aun siendo suficiente lo anteriormente expuesto, es la propia fiscalía quien interesa una petición de dos años sobre los referidos hechos; y en lo referente a la acusación particular, interesa tres años, pero aplicando la circunstancia agravante de Parentesco. Agravante esta que no es admitida por la Jueza "a quo".

Para finalizar, y como así obra en las actuaciones, la perjudicada y el recurrente tienen dos hijos menores a los que han atendido adecuadamente hasta el día de

hoy. La "posible" entrada del recurrente en prisión supondría un grave quebranto para los mismos, dado que para su manutención y mantenimiento son necesarios los rendimientos económicos que genera el mismo. Pero no solo supondría un quebranto de índole económica, sino también de índole emocional.

De lo expuesto, y para el caso de no estimarse ninguna de las alegaciones de esta parte, entendemos que no hay elemento que venga a agravar la pena, debiéndose imponer está en su grado mínimo (2 años).

La representación procesal de **D<sup>a</sup> Nieves formula oposición al recurso** , solicitando que se confirme la Sentencia apelada en todos sus extremos.

Se alega:

**1º.- Sobre el quebrantamiento del principio acusatorio aducido por la parte apelante.**

Cabe señalar que el Tribunal Constitucional, en la sentencia núm. 225/97 , de 15 de diciembre , recogiendo criterios ya expresados en las S.S.T.C. 12/81 (LA LEY 93/1981) , 204/86 , 10/88 (LA LEY 99993-NS/0000) , 11/92 (LA LEY 55942-JF/0000) o 95/95 (LA LEY 13096/1995) , señala que "So pena de frustrar la solución más adecuada al conflicto que se ventila en el proceso, la sujeción de la condena a la acusación no puede ir tan lejos como para impedir que el órgano judicial modifique la calificación de los hechos enjuiciados en el ámbito de los elementos que han sido o han podido ser objeto de debate contradictorio.

No existe infracción constitucional si el Juez valora los hechos y los califica de modo distinto a como venían siéndolo ( S.T.C. 204/86 , recogiendo doctrina anterior), siempre, claro, que no se introduzca un elemento o dato nuevo al que la parte o partes, por su lógico desconocimiento, no hubieran podido referirse para contradecirlo en su caso" ( S.T.C. 10/88 (LA LEY 99993-NS/0000) ). En este sentido, "el órgano judicial, si así lo considera, no está vinculado por la tipificación o la imputación" que en la acusación se verifique ( S.T.C. 11/92 (LA LEY 55942-JF/0000) ).

A lo expuesto debemos añadir respecto a lo solicitado por parte del Ministerio Fiscal, la aplicación del [art. 148.4º del C. Penal \(LA LEY 3996/1995\)](#) que esta misma Sección ya dijo en su Sentencia de fecha 19-6-2012, nº 323/2012, rec. 567/2012 : "Llegados a este punto, compete considerar la asignación del [artículo 148.4º del Código Penal \(LA LEY 3996/1995\)](#) . De entrada, la cláusula plural y agravatoria es potestativa ("podrán ser castigados"), dependiendo del incremento del riesgo lesivo que objetivamente dimana del método o forma de agredir o del resultado o peligro producido ( SS.TS. 19-7-2010 (LA LEY 114064/2010) , 14-4-2011 (LA LEY 14473/2011) , 27-12-2011 y 27-3- 2012 ). Como dice la [STC 52/2010 , de 4-10 \(LA LEY 165621/2010\)](#) - 2010, "a efectos del juicio de proporcionalidad no puede desconocerse que la aplicación de la agravación recogida en el [art. 148.4 CP \(LA LEY 3996/1995\)](#) es facultativa para el órgano judicial, que debe atender para ello al resultado causado y al riesgo producido, lo que supone que para la aplicación del [art. 148.4 CP \(LA LEY 3996/1995\)](#) , junto al requisito de una víctima mujer que sea o haya sido pareja del autor, es necesario un mayor desvalor derivado ya de la intensidad del riesgo generado por la acción del autor, ya de la gravedad del resultado causado".

Atendiendo al contenido del recurso interpuesto de contrario, ciertamente se deben aclarar una serie de cuestiones.

Así, en primer lugar, y en referencia a lo acontecido en el Juzgado de guardia, lo sucedido en esa actuación, y dicho sea en términos de estricta defensa fue de "Juzgado de guardia".

Superado ese trance, y una vez tramitado en asunto en el Juzgado de violencia sobre la mujer, cambian muchas de las consideraciones y se empiezan a despejar la gravedad de los hechos y las conductas que traen causa a este procedimiento.

Cierto que esta representación, entre otras califico los hechos como una agresión sexual, cuestión esta que el auto del referido juzgado desestimo, y que por deslíz de esta defensa no fue recurrido, dejando los hechos cometidos en las calificaciones que igualmente se aducían, esto es: Un delito de lesiones del [artículo 147 del Código Penal \(LA LEY 3996/1995\)](#) en relación al [artículo 148.1º \(LA LEY 3996/1995\)](#) y 4ª del Código Penal concurriendo la circunstancia agravante de parentesco del [artículo 23 del Código Penal \(LA LEY 3996/1995\)](#).

Así las cosas, el Auto de fecha 10 de diciembre de 2018, del Juzgado de violencia sobre la mujer, recogía en su Parte Dispositiva: "Un delito de lesiones del [artículo 147 del Código Penal \(LA LEY 3996/1995\)](#) en relación al [artículo 148.1º \(LA LEY 3996/1995\)](#) y 4ª del Código Penal concurriendo la circunstancia agravante de parentesco del [artículo 23 del Código Penal \(LA LEY 3996/1995\)](#)."

Acotado el tipo penal, no quedaba sino proceder, tras la practica rigurosa de la prueba en el Juzgado de lo Penal nº 3, y con una inexistente variación de hechos y contenido en las declaraciones, se ponderase la gravedad de los hechos.

Y de conformidad con la prueba practicada, el Juzgador establece en el fallo: "Condeno a Salvador como autor de un delito de lesiones del [art. 147.1 del Código Penal \(LA LEY 3996/1995\)](#) en relación con el [art. 148.1º \(LA LEY 3996/1995\)](#) y 4º del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias atenuantes ni agravantes, a la pena de prisión de dos años y tres meses que llevara aparejada la inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio durante el tiempo de la condena."

Por tanto, esa supuesta desviación del principio acusatorio es del todo inexistente, siendo igualmente el Ministerio Fiscal, quien hasta entonces no tenía una visión real de los hechos quien a tenor los mismos proceder a cambiar su calificación, cuestión esta que como se ha manifestado al principio de este epígrafe, es del todo lícita.

## **2º.- Sobre el error en la valoración de la prueba.**

En este caso, y de la prueba practicada, cuando existen dos versiones contradictorias, el juzgador puede conferir mayor credibilidad a uno u otro de los testimonios, porque ello forma parte de la valoración judicial de la prueba, lo que realiza con total libertad y con el solo límite que señala el [artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal \(LA LEY 1/1882\)](#). Por otra parte, el testimonio de la víctima conforme a una consolidada doctrina de esta Sala, es prueba apta para enervar la presunción de inocencia.

La declaración de la víctima no es prueba indiciaria sino prueba directa, y ha sido admitida como prueba de cargo tanto por la doctrina del Tribunal Supremo ( Sentencias TS 706/2000 (LA LEY 8355/2000), 313/2002 (LA LEY 4973/2002), 1317/2004 (LA LEY 10385/2005)), como del Tribunal Constitucional (Sentencias 201/89 (LA LEY 1360-JF/0000), 173/90 (LA LEY 59223-JF/0000), 229/91).

Sin embargo, más a más, el resto de pruebas practicadas no desvirtúan sino todo lo contrario aseveran los hechos de una forma objetiva. En este sentido, las declaraciones de los testigos, de la propia policía, el informe/atestado, no hacen sino confirmar lo sucedido el día 23 de febrero de de 2018 y , por tanto, un resultado punible que se recoge en la sentencia.

#### **4º.- Sobre el criterio de proporcionalidad en la aplicación de la pena impuesta.**

Atendiendo a los hechos enjuiciados, cabe manifestar que la proporcionalidad en sentido estricto exige básicamente al juez para que este realice un juicio de ponderación o valoración donde valore la carga o gravedad de la pena (la cual tiene que venir dada por determinados indicios: gravedad conducta, bien a proteger, etc.) y el fin que persigue con esa pena.

No podemos admitir, como interesa la parte apelante, y amparados en los anteriores criterios, que el principio de proporcionalidad atenúe una conducta delictiva a todas luces probada y encuadrable en el tipo penal aplicado.

**SEGUNDO.-** Delimitado en los términos expuestos el recurso, si bien razones sistemáticas y metodológicas llevarían a analizar en primer lugar, en el orden

planteado por la parte recurrente, el motivo a través del cual denuncia la vulneración del principio acusatorio, reprochando en el segundo de los motivos una indebida valoración de la prueba practicada en el juicio, cuestionando la eficacia de la versión del denunciante en orden al establecimiento de los hechos probados, más en concreto del hecho probado tercero, alteraremos el orden comenzado con este motivo de recurso, aunque del suplico y del desarrollo argumental del recurso parece claro que la parte recurrente limita su ámbito de impugnación al elemento subjetivo del delito de lesiones psíquicas por el que se le condena y en atención a lo cual interesa con carácter principal su libre absolución por el citado delito y la condena por un delito de maltrato no habitual del [art. 153.1 CP. \(LA LEY 3996/1995\)](#)

Pues bien, el análisis de las alegaciones que sirven de fundamento al recurso, por el modo en que han sido articulados en su contenido general y en sus manifestaciones particulares, exige recordar previamente cuál es el ámbito de nuestra labor como órgano revisor y los criterios a que ha de sujetarse dicha labor a la hora de verificar si la Juzgadora de instancia ha errada en valoración de la prueba.

En esta línea se estima de adecuada cita la Sentencia del Tribunal Supremo Sala 2ª, sec. 1ª, S 26-03-2019, nº 162/2019, rec. 1354/2018, que trata de modo específico la diferencia entre la posible valoración de la prueba en los recursos de casación y apelación, así como del análisis del motivo de impugnación basado en la vulneración del principio de presunción de inocencia, común a ambos tipos de recurso:

"2. Para dar respuesta a esta queja nos adentraremos en la determinación de las funciones que en esta materia desempeñan los recursos de casación y apelación.

2.1 La valoración de la prueba es un proceso complejo. De un lado existen pruebas que dependen de la inmediación en las que el juez o tribunal de instancia, que presencia la práctica de la prueba, es el que está en mejor posición para apreciarlas. El juez o tribunal presencia lo que se dice y como se dice, no sólo por su contenido literal, sino por su expresión gestual y por el contexto de su declaración. Sin embargo, la interpretación de ese testimonio, la motivación de la percepción de ese testimonio, otorgándole credibilidad o no, o deduciendo concretas inferencias es una operación racional, que no depende de la inmediación.

De otro lado, en los procesos judiciales normalmente se ponderan distintas pruebas, de naturaleza diferente y con un peso incriminatorio también distinto. Las pruebas, además, pueden ser contradictorias, y el juez o tribunal debe apreciar las pruebas, optar entre unas u otras, darles mayor o menor relevancia para llegar a una conclusión final sobre la culpabilidad o inocencia. La ponderación de ese conjunto de pruebas también es una operación racional ajena a la inmediación y así se deduce de la propia [LECRim \(LA LEY 1/1882\)](#), que en sus artículos 741 y 717 dispone que el juez valorará la prueba en conciencia y de modo racional.

La jurisprudencia de esta Sala ha establecido desde hace muchos años que "la estimación en conciencia no debe entenderse o hacerse equivalente a un cerrado e inabordable criterio personal e íntimo del juzgador, sino a una apreciación lógica de la prueba, no exenta de directrices o pautas de rango objetivo" ( STS 29 de enero de 1988 ). Y también venimos afirmando que el principio de libre valoración



probatoria, corresponde al juez o tribunal de instancia de forma que debe comparar, valorar, dar más o menos crédito a cada prueba y decidir. En esta actividad entra en juego el principio "in dubio pro reo", según el cual procede la absolución si no se llega al convencimiento de culpabilidad más allá de toda duda razonable.

En el recurso de casación la revisión del juicio fáctico se puede realizar a través del análisis de la presunción de inocencia (artículo 852), del error en la valoración de la prueba basado en documentos literosuficientes (artículo 849.2) y por defectos de forma de la sentencia (artículos 851.1º y 2º).

En el recurso de apelación, en cambio, la competencia es más amplia porque, además de la posible invocación de la presunción de inocencia y de cualquier defecto de forma de la sentencia, se puede combatir el relato fáctico a través de la invocación del error en la valoración de la prueba, cuya justificación no se ciñe o limita a la valoración de documentos literosuficientes. En la apelación el error puede derivarse no sólo de documentos sino de cualquier prueba y de su valoración conjunta.

2.2 Centrando el análisis en el principio de presunción de inocencia, que es un motivo de impugnación común a la casación y a la apelación, es doctrina constante que a través del derecho a la presunción de inocencia se permite 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 ; d) Y 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 ( STS 377/2016, de 3 de mayo (LA LEY 44000/2016) , con cita de las SSTS 383/2014 de 16 de mayo (LA LEY 59767/2014) ; 596/2014 de 23 de julio ; [761/2014 de 12 de noviembre \(LA LEY 204519/2014\)](#) ; 881/2014 de 15 de diciembre (LA LEY 220359/2014) y 375/2015 de 2 de junio ).

En palabras del Tribunal Constitucional a la luz de la presunción de inocencia no se puede "revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, sustituyendo de tal forma a los Jueces y Tribunales ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el [art. 117.3 CE \(LA LEY 2500/1978\)](#) sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta. De modo que sólo podemos considerar insuficiente la conclusión probatoria a la que hayan llegado los órganos judiciales desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia si, a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado, desde una perspectiva objetiva y externa, que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable ( STC. 123/2006 de 24 de abril (LA LEY 31226/2006) )".

El control de la valoración de la prueba por el cauce de la presunción de inocencia exige una valoración de conjunto del material probatorio. El Tribunal Constitucional

en alguna de sus resoluciones también lo ha precisado. Así en la STC 126/2011, de 18 de julio (LA LEY 146261/2011) , señaló que "constituye doctrina reiterada de este Tribunal (por todas STC 80/2003, de 28 de abril (LA LEY 12043/2003) , FJ 9) que cuando se aduce la vulneración del derecho a la presunción de inocencia nuestro análisis debe realizarse respecto del conjunto de estos elementos sin que quepa la posibilidad de fragmentar o disgregar esta apreciación probatoria, ni de considerar cada una de las afirmaciones de hecho acreditadas de modo aislado, pues como ya hemos afirmado en no pocas ocasiones no puede realizarse una operación de análisis aislado de los hechos acreditados por el Tribunal sentenciador , ni de desagregación de los distintos elementos de prueba, ni de disgregación de la línea argumental llevada a cabo por el Tribunal Supremo [léase por el órgano judicial]. Es doctrina del Tribunal absolutamente asentada que el derecho fundamental a la presunción de inocencia no puede ser invocado con éxito para cubrir cada episodio, vicisitud, hecho o elemento debatido en el proceso penal, o parcialmente integrante de la resolución final que le ponga término. Los límites de nuestro control no permiten desmenuzar o dilucidar cada elemento probatorio, sino que debe realizarse un examen general y contextualizado de la valoración probatoria para puntualizar en cada caso si ese derecho fue o no respetado, concretamente en la decisión judicial condenatoria, pero tomando en cuenta el conjunto de la actividad probatoria ( SSTC 105/1983, de 23 de noviembre (LA LEY 8308-JF/0000), FJ 10 ; 4/1986, de 20 de enero (LA LEY 69141-NS/0000), FJ 3 ; 44/1989, de 20 de febrero (LA LEY 553/1989), FJ 2 ; 41/1998, de 31 de marzo, FJ 4 ; 124/2001, de 4 de junio (LA LEY 6089/2001) , FJ 14 ; y ATC 247/1993, de 15 de julio , FJ 1) " .

Por tanto y según acabamos de razonar, en el marco de la presunción de inocencia el tribunal no puede sustituir la convicción alcanzada por el tribunal de instancia por otra convicción propia y distinta. Lo que debe hacer es comprobar si la

justificación del tribunal de instancia es razonable, si la prueba que valora tiene un sentido razonable de cargo. Por este cauce, en fin, el tribunal revisor no decide el hecho, sino que controla el ejercicio de la función jurisdiccional del tribunal de instancia a través de la forma en que ha aplicado el derecho. El legislador deja libertad al órgano de instancia para apreciar el hecho, pero establece un posterior control jurídico para analizar la racionalidad de esa decisión.

...

procede analizar el ámbito del recurso de apelación de sentencias condenatorias en lo que se refiere a la impugnación del relato histórico, anticipando, como ya hemos dicho antes, que es más amplio que el del recurso de casación.

En nuestro sistema penal hay dos regulaciones de la apelación penal no del todo coincidentes. La establecida para las sentencias dictadas por el Magistrado-presidente del Tribunal del Jurado, que permite la revisión del juicio fáctico a través de la vulneración del principio de presunción de inocencia ( artículo 846 bis c, apartado e) y la establecida para el resto de sentencias , que se rige por lo dispuesto en los [artículos 790 a \(LA LEY 1/1882\)792 de la LECrim \(LA LEY 1/1882\)](#) .

El artículo 790.2 de la ley procesal arbitra como motivos de apelación el quebrantamiento de las normas y garantías procesales, el error en la apreciación de las pruebas y la infracción de normas del ordenamiento jurídico, entre las que se encuentran las normas constitucionales y, singularmente, el derecho a la presunción de inocencia, proclamado en el [artículo 24 de la Constitución \(LA LEY 2500/1978\)](#) .

Por lo tanto, el recurso de apelación regulado en el [artículo 790 y siguientes de la LECrim \(LA LEY 1/1882\)](#) permite una revisión del juicio fáctico que no se limita a la comprobación de la vulneración de la presunción de inocencia. La revisión es más amplia, ya que posibilita un análisis completo de la valoración probatoria para determinar si ha habido error. Más adelante se irán perfilando los límites de esa revisión.

El recurso de apelación regulado en los [artículos 790 a \(LA LEY 1/1882\)792 de la LECrim \(LA LEY 1/1882\)](#) se configura como una verdadera segunda instancia, de modo que el Tribunal superior puede controlar de forma efectiva " [...] la corrección del juicio realizado en primera instancia, revisando la correcta aplicación de las reglas que han permitido la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena en el caso concreto [...]" ( STC Pleno 184/2013 de 4 nov . FJ7, con cita de otras SSTC).

En principio y con las limitaciones que luego describiremos, el Tribunal de apelación está en la misma posición que el juez a quo para la determinación de los hechos a través de la valoración de la prueba, para examinar y corregir la valoración probatoria realizada por el juez de primera instancia y para subsumir los hechos en la norma ( [STC Pleno 167/2002, de 18 de septiembre \(LA LEY 7757/2002\)](#) y STC Pleno 184/2013, de 4 de noviembre FJ 6º) (.).

Así lo ha proclamado el Tribunal Constitucional en muchas sentencias de la que destacamos por su claridad la STC 157/1995, de 6 de noviembre (LA LEY 2612-TC/1995) , afirmando sobre el recurso de apelación que "existen varias modalidades para los recursos y entre ellas la más común es la apelación, cuya naturaleza de medio ordinario de impugnación está reconocida por todos y

conlleva, con el llamado efecto devolutivo que el juzgador ad quem asuma la plena jurisdicción sobre el caso, en idéntica situación que el Juez a quo no sólo por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma sino también para la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba. En tal sentido hemos explicado muchas veces que el recurso de apelación otorga plenas facultades al Juez o Tribunal ad quem para resolver cuantas cuestiones se planteen, sean de hecho o de Derecho, por tratarse de un recurso ordinario que permite un novum iudicium" ( SSTC 124/83 (LA LEY 43535-NS/0000) , 54/85 (LA LEY 415-TC/1985) , 145/87 (LA LEY 94306-NS/0000) , 194/90 (LA LEY 1585-TC/1991) (EDJ 1990/10902) y 21/93 (LA LEY 2146-TC/1993) )".

Esa facultad deriva del derecho de toda persona declarada culpable de un delito a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal superior, que controle la corrección del juicio realizado en primera instancia, revisando la aplicación de las reglas que han permitido la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena en el caso concreto ( [SSTC 70/2002, de 3 de abril \(LA LEY 3534/2002\)](#), FJ 7 ; [105/2003, de 2 de junio \(LA LEY 97759/2003\)](#), FJ 2 ; y [136/2006, de 8 de mayo \(LA LEY 60256/2006\)](#) , FJ 3 ).

Ese derecho está consagrado en el [art. 14.5 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos \(LA LEY 129/1966\)](#) y en el [art. 2 del Protocolo 7 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales \(LA LEY 16/1950\)](#) (ratificado por España el 28 de agosto de 2009) y que forma parte de las garantías del proceso justo consagradas en el [art. 24.2 CE \(LA LEY 2500/1978\)](#) (por todas, [SSTC 42/1982, de 5 de julio \(LA LEY 223/1982\)](#), FJ 3 ; [76/1982, de 14 de diciembre \(LA LEY 114-TC/1983\)](#), FJ 5 ; [70/2002, de 3 de abril \(LA LEY 3534/2002\)](#), FJ 7 ; y [116/2006, de 24 de abril \(LA LEY 57614/2006\)](#) , FJ 5 ).

En el recurso de apelación, por tanto, las posibilidades de revisión crítica de la valoración probatoria de una sentencia condenatoria son más amplias, aun reconociendo que no es fácil precisar ese mayor ámbito de decisión frente al cauce de la presunción de inocencia.

Dejando al margen las sentencias absolutorias y las condenatorias en que se pretenda un agravamiento de condena, que como hemos visto tienen un régimen singular de impugnación, en caso de sentencias condenatorias el tribunal de apelación puede rectificar el relato histórico cuando un ponderado y detenido examen de las actuaciones ponga de relieve un claro error del juzgador que haga necesaria su modificación. "[...] El único límite a esa función viene determinado por la inmediación en la percepción de la actividad probatoria, es decir, la percepción sensorial de la prueba practicada en el juicio oral, lo que el testigo dice y que es oído por el tribunal y cómo lo dice, esto es las circunstancias que rodean a la expresión de unos hechos [...]" ( STS 107/2005, de 9 de diciembre ).

En efecto, el tribunal de apelación puede, de un lado, llevar a cabo una nueva valoración cuando se practiquen nuevas pruebas en la segunda instancia, según autoriza el [artículo 790.3 de la LECrim \(LA LEY 1/1882\)](#) , y, de otro, puede realizar una función valorativa de la actividad probatoria, en todos aquellos aspectos no comprometidos con la inmediación. Puede tomar en consideración, por ejemplo, si la narración descriptiva contiene apreciaciones inexactas que conlleven inferencias erróneas; puede apreciar la existencia de errores de valoración evidentes y de importancia, de significación suficiente para modificar el fallo; puede apreciar la falta de valoración de algunas pruebas cuya apreciación conlleve una conclusión probatoria diferente y, en general, puede hacer un análisis crítico de

la valoración probatoria, dejando al margen aquellos aspectos del juicio que dependen substancialmente de la inmediación.

Siendo cierto que la función del tribunal de apelación no consiste en reevaluar la prueba sino revisar críticamente la valoración realizada por el tribunal de instancia, si aprecia error debe rectificar la declaración fáctica y sustituirla por una propia, respetando todos aquellos aspectos que dependan exclusivamente de la inmediación y justificando el cambio de criterio no en simples apreciaciones subjetivas sobre el peso o valor de determinadas pruebas. Su decisión debe ajustarse a parámetros objetivos, que pongan de relieve la racionalidad del cambio de criterio y, por supuesto, deben expresarse mediante la adecuada motivación. Además, el Tribunal debe respetar, en todo caso, la prohibición de la reforma peyorativa, en virtud de la cual el órgano "ad quem" no puede exceder los límites en que esté planteado el recurso, acordando una agravación de la sentencia impugnada que tenga su origen exclusivo en la propia interposición de éste ( STC 17/2000, de 31 de enero (LA LEY 4283/2000) )".

Por otra parte, si bien en íntima conexión, ha de señalarse que el Tribunal Constitucional tiene dicho que la concurrencia de los denominados elementos subjetivos del delito debe recibir el mismo tratamiento garantista dispensado en relación a los demás componentes de naturaleza fáctica, y, por ello, su afirmación como concurrentes debe satisfacer las exigencias de la garantía constitucional de presunción de inocencia.

Entre otras, en la STC num. 126/2012 de 18 de junio de 2012 (LA LEY 90651/2012) , y la doctrina constitucional que en la misma reitera: también el enjuiciamiento sobre la concurrencia de los elementos subjetivos del delito forma parte, a estos



efectos, de la vertiente fáctica del juicio que corresponde efectuar a los órganos judiciales, debiendo distinguirse del mismo el relativo a la estricta calificación jurídica que deba asignarse a los hechos una vez acreditada su existencia.

También el Tribunal Supremo en la Sentencia num. 32/2012 (LA LEY 3674/2012) de 25 de enero, recuerda con el TEDH que la apreciación de un elemento subjetivo del injusto alberga un componente fáctico.

Y la Sentencia de fecha 21.11.2011, en relación al recurso de casación, aplicable igualmente al recurso de apelación, significa que ".Es cierto que la jurisprudencia tiene declarado ( STS 539/2010, de 8-6 (LA LEY 76133/2010), 180/2010, de 10-3 (LA LEY 5339/2010); [1015/2009 \(LA LEY 200577/2009\)](#), de 28- 10; 755/2008), que los juicios de valor sobre intenciones y las elementos subjetivos del delito pertenecen a la esfera del sujeto, y salvo confesión del acusado en tal sentido, solo pueden ser perceptibles mediante juicio inductivo a partir de datos objetivos y materiales probados ( STS. 22.5.2001). En esta dirección la STS. 1003/2006 de 19.10 (LA LEY 119547/2006), considera juicios de inferencia las proposiciones en que se afirma o eventualmente se niega, la concurrencia de un hecho subjetivo, es decir de un hecho de conciencia que, por su propia naturaleza no es perceptible u observable de manera inmediata o directa. Esta conclusión - se afirma en las SSTs. 120/2008 de 27.2 (LA LEY 17699/2008) y 778/2007 de 9.10 (LA LEY 165800/2007), debe deducirse de datos externos y objetivos que consten en el relato fáctico y aun cuando el propio juicio de inferencia se incluya también en el relato fáctico como hecho subjetivo es revisable en casación tanto por la vía de la presunción de inocencia, [art. 852 LECrim. \(LA LEY 1/1882\)](#) en relación con el [art. 5.4 LOPJ \(LA LEY 1694/1985\)](#)., como por la del [art. 849.1 LECrim. \(LA LEY 1/1882\)](#), por cuanto el relato de hechos probados de una sentencia es vinculante cuando

expresa hechos , acontecimientos o sucesos, pero no cuando contiene juicios de inferencia, que puedan ser revisados vía recurso, siempre que se aporten elementos que pongan de relieve la falta de lógica y racionalidad del juicio, en relación con los datos objetivos acreditados ( SSTS. 30.10.95, 31.5.99). Por tanto, los juicios de valor no son hechos en sentido estricto y no son datos aprehensibles por los sentidos, si bien son revisables en casación por el cauce procesal del [art. 849.1 LECrim \(LA LEY 1/1882\)](#), y ello supone que el elemento subjetivo expresado en el hecho probado pertenece a la tipicidad penal y supone una actividad lógica o juicio de inferencia porque como lo subjetivo y personal aparece escondido en los pliegues de la conciencia, puede ser inducido únicamente por datos externos, concluyentes y suficientemente probados en la causa ( SSTS. 1511/2005 de 27.12 (LA LEY 10674/2006), 394/94 de 23.2 (LA LEY 28227/1994)). En definitiva la revisión de los denominados juicios de valor e inferencias se refieren a los elementos internos del tipo -como el dolo , el ánimo que guía al acusado, el conocimiento de determinada cuestión o posesión para el tráfico- no a cualquier actividad deductiva o inferencia. Estos elementos internos al no ser propiamente hechos sino deducciones derivadas de hechos externos pueden ser revisables en casación, controlando la suficiencia del juicio de hecho , la inferencia en sí, que no es más que una forma de prueba indirecta de hechos internos que han de acreditarse a través de hechos externos, por lo que en esta materia, que entremezcla cuestiones fácticas con conceptos y valoraciones jurídicas, el criterio del Tribunal de instancia no es vinculante y es revisable vía [art. 849.1 LECrim. \(LA LEY 1/1882\)](#) si bien en estos casos la Sala casacional ha de limitarse a constatar si tal inferencia responde a las reglas de la lógica y se adecua a las normas de experiencia o los conocimientos científicos. Por tanto esta Sala Segunda del Tribunal Supremo en orden a la naturaleza fáctica o jurídica de los elementos subjetivos del hecho punible y con ello, acerca del alcance revisor del concreto cauce casacional recogido en el [art. 849.1 LECrim \(LA LEY 1/1882\)](#), ha asumido de

modo reiterado que el análisis de los elementos subjetivos parte de una valoración jurídica y que dichos hechos pueden, por tanto, ser revisados en casación. En este sentido el [Tribunal Constitucional sentencias 91/2009 de 20.4 \(LA LEY 40338/2009\)](#), 328/2006 de 20.11 (LA LEY 181062/2006), remitiéndose al ATC. 332/84 de 6.6 (LA LEY 255/1984), afirma que "tal discordancia -con el criterio del Tribunal de instancia-, no alcanza relieve constitucional cuando, como en este caso, el método inductivo se utiliza para apreciar los elementos anímicos e ideales, el móvil y la intención que guió a las personas, que es de imposible apreciación directa o aislada", y añade "A lo señalado no obsta que el Tribunal de casación corrigiera la estructura de la Sentencia de instancia y excluyera de su relato fáctico los juicios de valor sobre el conocimiento por parte del demandante de la antijuricidad de su conducta, que habían sido en él incluidos (...) tal reestructuración de la Sentencia no supone una modificación de los hechos probados , sino la revisión de los juicios de inferencia realizados a partir de los mismos, los cuales pueden ser corregidos a través del cauce establecido en el [art. 849.1 LECrim. \(LA LEY 1/1882\)](#)..". En resumen si el propósito, ánimo, conocimiento u otro elemento de carácter subjetivo, inferido a través de la mencionada prueba de indicios o de otro modo, aparece en ese relato de hechos probados , hemos de saber que a esta parte de la narración de lo sucedido no abarca esa regla relativa al respeto a los hechos probados cuando el recurso de casación, como aquí ocurrió, se funda en el nº 1º del [art. 849 LECrim. \(LA LEY 1/1882\)](#) como ya hemos dicho, al amparo de esta última norma procesal sólo cabe plantear cuestiones relativas a la infracción de preceptos penales de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter, como literalmente nos dice tal art. 849.1º. Los a veces llamados juicios de valor, o las inferencias que se extraen después de una prueba de indicios, quedan fuera de ese obligado respeto que claramente se deduce de lo dispuesto en el nº 3º del art. 884 de la misma norma procesal. Por ello cabe discutir la concurrencia de estos elementos subjetivos, o de cualquier conclusión

derivada de una prueba de indicios, bien por esta vía del n° 1° del [art. 849 LECrim \(LA LEY 1/1882\)](#), la tradicionalmente admitida por esta Sala, bien por la más adecuada del art. 852 de la misma ley procesal ( STS. 266/2006 (LA LEY 23452/2006) de 7.3). Asimismo la STS. 748/2009 (LA LEY 138024/2009) de 26.6.2009 precisa, que si bien también ha sido cuestionada, desde la perspectiva procesal, la aplicación del cauce del [art. 849.1 de LECrim. \(LA LEY 1/1882\)](#) para impugnar la constatación probatoria de los elementos subjetivos o internos de los tipos penales, puesto que se estaría acudiendo a un motivo de infracción de ley para dirimir lo que es realmente una cuestión fáctica. Se le daría así el carácter de norma jurídica a lo que es realmente una máxima o regla de experiencia, cuya conculcación se equipararía a la infracción de una ley. Sin embargo, esa interpretación heterodoxa del art. 849.1 cumple la función procesal de ampliar el perímetro de control del recurso de casación con el fin de que opere en cierto modo como un sustitutivo de la segunda instancia, dados los problemas que suscita en nuestro ordenamiento procesal la ausencia de recurso de apelación en los procedimientos en que se dirimen precisamente los delitos más graves. Por tanto -como dice la [STS. 518/2009 de 12.5 \(LA LEY 67186/2009\)](#) - el juicio de inferencia es revisable en casación, ya a través de la vía del [art. 852 LECrim. \(LA LEY 1/1882\)](#), cuando nos hallamos ante una decisión arbitraria y absurda (tutela judicial), o bien por el cauce que realmente se canaliza, en el juicio de subsunción, en cuanto el relato de hechos probados sólo es vinculante cuando expresa hechos , acontecimientos o sucesos, pero no cuando contiene juicios de inferencia que pueden ser revisados ante el Tribunal Superior, si existen datos, elementos o razones que pongan de relieve la falta de lógica y racionalidad del juicio...".

**TERCERO.-** Siendo el expuesto el enfoque adecuado de nuestra revisión, para el análisis de las alegaciones reseñadas del recurso debemos partir, por un lado, del

relato fáctico y, por otro, de los razonamientos ó motivación de la resolución recurrida.

En cuanto al relato declarado probado en la Sentencia apelada en el argumentario desarrollado en el recurso no se cuestionan los hechos declarados probados primero y segundo, relativos a la relación matrimonial hasta principios de 2016 que se divorcian, al régimen de custodia compartida sobre los hijos habidos en el matrimonio y el uso semanal alterno de la vivienda donde tienen lugar los hechos sita en la CALLE000 n° NUM002 de DIRECCION001, y que las semanas que a la Sra. Nieves no le correspondía estar con sus hijos residía en el domicilio de sus padres sito en el mismo edificio de la vivienda familiar, piso NUM003 (todos estos son hechos en los que existe coincidencia entre el Sr. Salvador y la Sr. Nieves. En la Sentencia apelada se consigna el año de disolución del vínculo conyugal 2006 pero debe entenderse mero error material), ni tampoco los hechos probados cuarto y quinto con base a los informes médicos y periciales sobre las consecuencias lesivas, físicas y psíquicas, sufridas por la Sra. Nieves a consecuencia de los hechos objeto de la causa.

Nos centramos por tanto en el Hecho Probado Tercero, al que se contrae la impugnación del recurso, que reza como sigue:

*"El día 23-2-18, sobre las 9:30 horas, Nieves subió al domicilio familiar con la intención de ducharse, vestirse e ir a su trabajo, encontrándose con el acusado Salvador. Tras hablar con él, se fue al baño dejando la puerta cerrada sin pestillo.*

*Una vez en el interior y cuando Nieves se hallaba duchándose, el acusado desnudo- abrió la mampara y se introdujo en la bañera colocándose detrás de ella. Seguidamente, le agarró y le colocó una brida de plástico en el cuello procediendo a cerrarla o apretarla, momento en el cual, Nieves -sintiéndose acorralada, que se ahogaba y muy nerviosa- comenzó a gritar y a pedir ayuda o auxilio alertando a varios vecinos del inmueble.*

*Tras ello, el acusado procedió a cortarle la brida tirándola por una ventana y se presentó en la vivienda el padre de Nieves que, viendo el estado en el que se encontraba su hija, procedió a retirarla y llevarla a su casa".*

La Sentencia apelada contiene en el Fundamento de Derecho Tercero la siguiente valoración probatoria, previa la exposición del resultado de los medios de prueba que integran el cuadro probatorio (que se tiene aquí por reproducido):

*"3.- Pues bien, examinada la declaración testifical de la Sra. Nieves, conforme a los criterios que han de adoptarse en las declaraciones de las víctimas, puede inferirse que su testimonio es creíble y verosímil.*

*Así y, en primer lugar, debe señalarse que la versión de la denunciante ha sido persistente tanto cuando interpuso la denuncia como cuando prestó declaración ante el Juzgado de Instrucción y que, su relato, se ha mantenido coincidente y constante a lo largo de las actuaciones en torno al núcleo de los hechos imputados, esto es, que: 1º) El día de los hechos, subió a la vivienda encontrándose con el acusado; que, como en otras ocasiones, fue a la ducha cerrando la puerta (sin pestillo); y que, cuando se hallaba duchándose, el acusado se metió desnudo en la ducha por detrás agarrándola y colocándole una brida por el cuello, momento en que ella, muy nerviosa y agobiada porque se ahogaba, comenzó a gritar y a pedir ayuda; 2º) En ningún caso, refirió, comunicó o dio pie al acusado al hecho de que le gustaría participar en un juego erótico consistente en simular ser violada o ser atada con algún tipo de sujeción.*

*En segundo lugar, no se ha alegado ni se advierte la existencia de un móvil espurio o de resentimiento en la interposición de la denuncia. De la declaración de la Sra. Nieves se infiere que, hasta el momento en que se produjeron los hechos, mantenía buena relación y comunicación con el acusado vinculada al cuidado y a la atención de los hijos menores y que, pese a los intentos de*

*acercamiento por parte de él, su reacción o respuesta siempre fue negativa o la de no darle importancia o no contestar los mensajes que le enviaba.*

*Por último, el testimonio de la denunciante resulta corroborado esencialmente por las declaraciones testificales de los vecinos del inmueble y por el informe de Urgencias, así como por el informe emitido por la Médico Forense.*

*Así, las declaraciones del Sr. Damaso y de la Sra. Jacinta permiten inferir la existencia de una situación de violencia (golpes y gritos) en el interior de la vivienda sita en el piso 4ªA y la solicitud de ayuda o auxilio por parte de Nieves; situación de violencia y de ayuda que alertó a dichos vecinos, los cuáles, acudieron en primer lugar a llamar al padre -que vivía en el piso NUM003- y, posteriormente, a dar aviso a la Policía.*

*Por su parte, aunque el testimonio del padre de Nieves -que relató que se encontró al acusado agarrando por el cuello a su hija y metiéndole mano en las partes de su hija- no coincidió con el prestado por ésta en el momento en que el progenitor subió al domicilio, lo cierto es que sí percibió a su hija nerviosa o asustada,*



*la recogió y la llevó a su casa; estado anímico que también percibieron los agentes de la Ertzaintza al llegar a la vivienda y que es compatible con una persona que ha resultado agredida.*

*El informe de urgencias emitido por el HOSPITAL000 en fecha 23-2-18 y el emitido por la Médico Forense en fecha 24-2-18 permiten acreditar que la Sra. Nieves sufrió, a nivel físico, equimosis en la zona o a nivel del cuello, tres equimosis en la cara posterior de tercio medio de brazo izquierdo, una equimosis en la región del omoplato izquierdo, una equimosis en la espina iliaca anterior derecha, una equimosis en la cara posterior de tercio medio de muslo derecho y una equimosis en la cara lateral de tercio superior de muslo derecho y, a nivel psicológico, hipotimia reactiva e importante ansiedad; lesiones compatibles con el mecanismo causal referido por la víctima consistentes en agarrarle fuertemente por los brazos y piernas y en colocarle una brida de plástico en el cuello, e igualmente compatibles con la fecha de los hechos.*

*La Defensa alegó que el acusado se limitó a satisfacer o materializar las fantasías sexuales de Nieves y que el acusado,*

*ante el bloqueo sufrido por ésta, desistió de su conducta procediendo a cortarle las bridas y a ponerle un albornoz.*

*Pues bien, dicha alegación, como la de que se "insinuara" o se paseara semidesnuda o "ligera de ropa" antes de entrar en la ducha, no ha sido acreditada por ningún medio de prueba y lo cierto es que, la Sra. Nieves, fue clara y rotunda al negar ese comportamiento y al señalar que nunca consintió ni comunicó al acusado su interés o voluntad para someterse a prácticas o métodos sexuales como una agresión o la utilización de ataduras.*

*Tampoco la circunstancia de que se duchara con la puerta del baño cerrada pero sin poner el pestillo o abierta o entreabierta puede entenderse como una prueba de la existencia de consentimiento por parte de Nieves. Las declaraciones testificales y las lesiones evidencian la resistencia de la víctima y la falta de su consentimiento a mantener o practicar esa clase de juegos o prácticas sexuales.*

*Tampoco ha quedado acreditado que Nieves hubiera mostrado interés o actitud en reanudar la relación sentimental mantenida con el acusado. En los DIRECCION002 que obran en los autos consta*

que, el día 13-2-18, Nieves da las gracias por unas rosas al acusado, diciendo a continuación "pero siento mucho no sentir hacia ti lo mismo...Lo siento"; y consta también que, el día 14-2-18, ante el mensaje enviado por Salvador ("porque tienes tanto miedo al amor? Siempre hablas de que hay que dar una segunda oportunidad a las personas pero yo no he tenido la mia para demostrar que hay personas que aprendemos de nuestros errores y cambiamos??", la Sra. Nieves no contestó ni respondió al acusado.

En cuanto a que le cortara la brida y le pusiera el albornoz, manifestar que no ha resultado acreditado que el acusado tapara a Nieves con el albornoz y, respecto al hecho de que le cortara la brida que llevaba puesta en el cuello, señalar que, dicha circunstancia, se produjo una vez que entró en el baño, agarrara a Nieves con fuerza y le colocara la brida, momento en que Nieves, sintiéndose acorralada, agobiada y que se ahogaba, comenzó a gritar y a pedir ayuda. La propia Sra. Nieves manifestó que el acusado se la cortó después de que abriera la puerta y pidiera ayuda a su vecina.

Por razón de lo expuesto se concluye que existe prueba de cargo suficiente para considerar que los hechos se produjeron conforme

*al apartado consignado en los hechos probados, esto es, que cuando Nieves se hallaba duchándose, el acusado entró en la ducha por detrás, la agarró fuertemente y le colocó una brida en el cuello causándole diversas lesiones".*

Y en el Fundamento de Derecho Cuarto, dedicado a la calificación jurídica, tras transcribir los arts. 147.1 , 148.1º y 4 y [art. 153.1 CP \(LA LEY 3996/1995\)](#), se razona como sigue:

*"la prueba practicada permite inferir que Nieves sufrió, conforme al informe emitido por la Médico Forense en fecha 24-2-18: a nivel físico, equimosis acarminada que recorre de manera incompleta perímetro cervical, desde apófisis espinosas hasta parte posterior de músculo esternocleidomastoideo; molestias a la movilización del cuello; tres equimosis verdosas, tenues, redondeadas, de 1 x1 cm, en cara posterior de tercio medio de brazo izquierdo; molestias a la movilización del primer dedo de la mano derecha sin tumefacción asociada (existencia de costra por excoriación antigua); equimosis acarminada, de 2 x1 cm, en región de omoplato izquierdo; equimosis acarminada, de 0,5 x 0,5 cm, en espina iliaca anterior derecha; equimosis verdosa, de 2 x 1 cm, en cara posterior de tercio medio de muslo derecho;equimosis verdosa, de 0,5 x 1 cm, en cara lateral de tercio superior de muslo derecho, y a nivel*

*psicopatológico, hipotimia reactiva a los hechos ocurridos, sin alteración afectiva mayor e importante ansiedad asociada a los hechos ocurridos.*

*En el informe emitido por el Servicio de Urgencias, con respecto a las lesiones de nivel psicológico, se diagnostica " DIRECCION003" y en el informe elaborado por la Unidad de Valoración Forense Integral se hace constar que la Sra. Nieves, tras ser diagnosticada por el Servicio de Urgencias del HOSPITAL000 por un " DIRECCION003", fue derivada al CSM del Antiguo (donde fue diagnosticada de "reacción a DIRECCION003") y a una psicóloga de la UVG (Asociación de Violencia de Género), teniendo pautado tratamiento farmacológico y recibiendo asistencia psicológica por parte de dicha Asociación.*

*De todo ello se deduce que Nieves sufrió unas lesiones físicas para las que no precisó un tratamiento médico específico o actividad médica curativa posterior tendente a la sanidad de las mismas, pero sí que precisó un tratamiento farmacológico y psicológico prescrito por un médico para las lesiones psicológicas. Concurren pues, los elementos objetivos del tipo de lesiones del [art. 147.1 del CP. \(LA LEY 3996/1995\)](#)*

*Respecto al aspecto subjetivo del tipo, en cuanto que el acusado agarró con fuerza a Nieves por detrás y pudo conocer que, con dicha acción y con la colocación de una brida en el cuello, podía causar un daño en la integridad corporal o en la salud de la víctima, concurre el dolo del tipo de lesiones.*

*Por otra parte, dado que las lesiones fueron causadas a quien fue la esposa del acusado, concurre la agravación prevista en el [art. 148.4º del CP. \(LA LEY 3996/1995\)](#)*

*En cuanto a la agravación prevista en el número 1º del [art. 148 del CP \(LA LEY 3996/1995\)](#), en la medida en que, la colocación de una brida de plástico en el cuello y la tensión ejercida para su cierre, generó, además de la equimosis en el cuello y un DIRECCION003, un aumento de riesgo para la integridad física y la salud de la víctima (corte de piel y hemorragia, asfixia...), concurre el subtipo agravado del art. 148.4º del CP".*

**CUARTO.-** Llegados a este punto y dejando de momento de lado el motivo de recurso sobre quebrantamiento del principio acusatorio, sí ha de principiarse destacando que si en el *Auto de procedimiento abreviado quedó excluido como objeto de posible enjuiciamiento un delito contra la libertad sexual* y, en coherencia con ello, las acusaciones en trámite de calificación definitiva (más concretamente

cabe decir la acusación particular) excluyeron de los hechos objeto de acusación aquellos caracterizadores de una acción sexual, y la Juzgadora correctamente no los traslada al relato fáctico, la perspectiva desde la que ha de valorarse la prueba sobre los hechos a que se ha contraído el enjuiciamiento no puede hacerse con abstracción que la actuación del acusado estuvo presidida por el propósito de mantener un contacto de naturaleza sexual con la Sra. Nieves. Aspecto que no ha sido controvertido, siendo cuestión diversa la intencionalidad lesiva sobre la libertad o indemnidad sexual de la denunciante cuya ausencia concluyó la Instructora.

Dicho lo anterior, el recurrente a lo largo del escrito de recurso procede a desarrollar un serio esfuerzo de argumentación para sostener el error en la valoración de la prueba, incidiendo en aquellos elementos que entiende de descargo y que no han tenido valor para la Juzgadora y que neutralizarían el valor incriminatorio de la declaración del denunciante y avalarían ó acreditarían la versión del acusado, en el sentido que su intención era única y exclusivamente el realizar una fantasía sexual de la Sra. Nieves consistente en simular ser víctima de una violación, en la cual se daban todos los elementos para poder realizarla porque existía la anuencia tácita de la Sra. Nieves, o lo que es lo mismo, hechos ó actos que revelaban el consentimiento de la Sra. Nieves y que por tanto no puede atribuirse al acusado la realización de una conducta penalmente relevante.

*Los datos que se alegan en el recurso apoyan ó corroboran la versión del acusado acerca de anuencia tácita de la Sra. Nieves a materializar dicha práctica sexual simuladora de una violación, son los siguientes:*

.- Conversaciones íntimas, contexto de familiaridad e intimidad domiciliaria.

.-Ir a ducharse a su casa cuando no le correspondía a ella.

.-No cerrar la puerta del baño.

.-No cerrar la mampara de la ducha cuando el acusado entra al baño.

Y finalmente se argumenta sobre la motivación que el acusado le dice a la Sra. Nieves para colocar la brida en relación a las manifestaciones de la misma en la exploración en el Servicio de Urgencias, "Tu querías que te violara pues yo te voy a violar",

Sobre la base de los mismos argumentos acerca de los hechos ó actos que atribuye a la Sra. Nieves, para el caso de no concluirse reveladores de tal consentimiento, se alega debe concluirse que el acusado incurrió en un error sobre el consentimiento de la Sra. Nieves para llevar a cabo dicha fantasía sexual.

Pues bien, comenzaremos por señalar que en nuestra función de revisión en lo que se refiere a los hechos negados por el acusado recurrente, no reconocidos por el mismo o de cualquier forma cuestionados o discutidos, las pruebas a considerar al verificar la racionalidad del proceso valorativo son todas aquellas que hayan sido traídas por las partes y que puedan destruir o debilitar la convicción hasta conducirla al campo de lo incierto, lo remoto o lo especulativo, se ha consultado la grabación de las sesiones de juicio oral siendo que en la resolución recurrida se contiene una exposición sintética de lo que dijo cada uno de los testigos escuchados particularmente la Sra. Nieves, así como del acusado, frente a la más extensa que se transcribe en el recurso de apelación y sobre cuya base sustenta el



error en la valoración de la prueba, y, por ende, base para ponderar las razones atendidas por la Juzgadora instancia para alcanzar su convicción y la aceptabilidad o no de la valoración ó motivación fáctica efectuada por aquella desde un juicio de racionalidad.

Y examinado el resultado de la prueba practicada y motivación fáctica de la resolución recurrida, señalaremos, en primer término, que la Juez "a quo" ha alcanzado su convicción sobre los hechos recogidos en el "factum" (y que este Tribunal suscribe con la única matización que se realiza más adelante y que ha dado lugar a la modificación del relato fáctico pero sin que tenga trascendencia jurídica alguna), ponderando toda la prueba, testifical, pericial y documental que se practicó en el plenario con todas las garantías, siendo de destacar, ante todo, dada la argumentación crítica de la parte recurrente, que la Juzgadora cumpliendo con el deber que le asiste pondera la versión del acusado, y concluye, con la motivación de que hemos dado cuenta, en la mayor credibilidad del relato de los hechos ofrecida por la Sra. Nieves, que entiende corroborada por la demás prueba practicada, frente a la que da el acusado, que reputa sin refrendo probatorio más allá de sus propias manifestaciones.

Por lo que no puede este Tribunal coincidir con la parte recurrente cuando alega las supuestas carencias u omisiones de valoración de prueba de cargo y de descargo, y consiguiente insuficiencia ó déficit de motivación ó motivación aparente. Cosa distinta es que la Juez "a quo" no haya contestado de manera expresa a todos y cada uno de los argumentos de tipo probatorio que pudieran hacer las partes, lo que no es necesario en absoluto ( STS 21-03-2014, nº 290/2014 (LA LEY 38974/2014), rec. 10598/2013) , aunque comprobamos que sí ha dado cumplida y pormenorizada respuesta a la práctica totalidad de los

esgrimidos por la apelante en fase de informe y que ahora de nuevo nos ofrece en el recurso para su examen.

En segundo término, atendiendo al resultado de la prueba con los argumentos que expone el apelante para fundamentar el error en la valoración de la prueba, podemos indicar que unos tales argumentos se sustentan o encuentran apoyo en las propias manifestaciones del acusado y en una descontextualización de lo que entiende son u operarían como indicios favorables a su versión, del resto de la información probatoria ponderada por la Juzgadora "a quo", estimándose que lo que pretende en puridad la parte recurrente es trasladar su propia e interesada, por parcial y subjetiva, versión de los hechos, pero sin que alcance a demostrar que el análisis de la prueba efectuada por la Juzgadora de instancia incurra en error que permita su corrección con arreglo a las premisas jurisprudenciales más arriba reseñadas. En la motivación de la Sentencia apelada no apreciamos error patente ó vulneración las reglas de la lógica, la experiencia ni los postulados científicos.

Aunque este Tribunal entiende que desde una perspectiva más heurística y completa sería más ajustado un examen integrado de todas las informaciones probatorias como ha llevado a cabo la Juzgadora de instancia, examinaremos los argumentos que expone la parte apelante para tratar de demostrar el error valorativo en que ha podido incurrir la Juzgadora "a quo" siguiendo el análisis secuencial que realiza.

No obstante previamente se destacará que *en los delitos de violencia de género, también en ámbitos delictivos relacionados con la libertad sexual, las acciones suelen desarrollarse habitualmente en un escenario de intimidación, ajeno a la presencia de otras personas, situación que, a la hora de su enjuiciamiento, lleva*

*aparejada la dificultad de que la única prueba directa con la que cuenta el órgano jurisdiccional acerca de lo ocurrido se encuentra, al margen de la versión del acusado, en la declaración testifical que presta la posible víctima,* por haber sido la única persona presente en los hechos aparte del posible autor, situación que se da en este caso en el que, si bien hay pruebas que han aportado algunos datos de corroboración periférica del testimonio de aquella, sin embargo respecto de los hechos que, según las acusaciones, habría protagonizado el acusado frente a la Sra. Nieves , y que habrían tenido lugar en la intimidad del domicilio que ocupaban por semanas alternas en función de la custodia compartida de los hijos menores que tienen en común, únicamente contamos con las versiones de la Sra. Nieves y el Sr. Salvador. Y visionado el soporte videográfico del juicio hemos constatado lo efectivamente declarado por los mismos en el acto de plenario, y frente a lo que se aduce por la parte recurrente, más que una situación vivida de manera diferente, lo que existe son versiones de los hechos que resultan en lo sustancial claramente contradictorias.

El acusado Salvador, que únicamente contestó a las preguntas de su Letrado, declara todo empieza varios días antes, dos en concreto, que mis hijos están en la academia y se presenta mi exmujer en casa y estamos allí y no sé a qué razón viene, estamos hablando y le comento que al día siguiente voy a coger fiesta, que voy a llevar al crío al colegio porque normalmente no me da tiempo, tenía una chica que los llevaba, y ese día fui a llevar al niño al autobús y volví y al rato se presentó mi exmujer en casa que se venía a duchar. Estuvimos charlando, se fue a la ducha, volvió a salir, porque yo me puse a fregar los cacharros y me dijo menos mal que no me he puesto aún a ducharme porque si no me hubiese salido, porque en esa casa cuando abrías el grifo en la cocina solía salir el agua en el baño o muy caliente o muy fría, entonces salió, estuvimos charlando, fumando un cigarro, se volvió a la ducha, yo seguí haciendo mis cosas que estaba ese día liado con los

papeles porque tenía la declaración del IVA, volvió a salir del baño ya con menos ropa, seguimos hablando, se volvió a meter al baño, entonces yo me levanté a hacer algo y vi la puerta entreabierta y como anteriormente habíamos tenido conversaciones de que ella tenía fantasía de sufrir una violación, entonces yo al ver la puerta del baño abierta que tenía pestillo, cerrojo y todo, pensé pues que me estaba incitando como a realizar esa fantasía. Entonces me desnudé, me metí en el baño, ella me vio porque la mampara que tiene la bañera se puede cerrar hasta el punto de quedarse ella en un habitáculo que yo no podría acceder, en ningún momento me dijo véte, me metí en la bañera, empecé a acariciarla y a besarla, en ese momento no me rechazó, luego ya de repente me dijo que no, yo me fui hacia fuera, entonces me veo en el tema de la violación, había llevado una brida que había dejado sobre el baño, salgo a coger la brida, en ese momento puede cerrar si quiere la mampara, no la cierra, la deja abierta, me deja colocarle la brida y cierto es que me empieza a decir que se está ahogando con el agua, le digo de salir, salimos y ya en ese momento yo me quedé en shock porque empezó a chillar " Salvador déjame, Salvador déjame" y se fue corriendo hacia la puerta que hay que hacer un recorrido bastante amplio, abrió la puerta, no se marchó de la casa porque a mí me costó llegar hasta allí porque yo me había quedado en shock , cuando llegué a la puerta ella cerró , había allí una vecina, volvió a abrir la puerta , entonces yo al ver a la vecina, estábamos los dos desnudos y cierto es que cerré yo la puerta, pero en ningún momento ella hizo de irse de la casa porque la puerta de la calle no se podía cerrar con pestillo y mi intención nunca ha sido producirle daño ni violarla, era una situación de ficción, como en otras veces habíamos realizado juegos en la cama como atarse y variedad de juegos. Y nada seguido me fui hacia la cocina porque le dije que le quitaba la brida y a la cocina hay una distancia de que ella se podía haber marchado, tampoco se marchó , le corté la brida y fuimos hacia el baño a , le dije ven que te ponga un albornoz y en ese momento que le estaba poniendo el albornoz se presentó su padre y luego ya se

marcharon , yo me quedé en casa, seguido a los cinco minutos apareció la Ertzaina , me comentaron lo que había sucedido, me preguntaron por la brida porque yo en un principio la había dejado encima de la mesa según se la corté pero con el nerviosismo la eché por el balcón y les indiqué a los Ertzainas dónde estaba y seguido pues me llevaron y aquí me encuentro. Que la puerta de la calle ni con la llave se podía cerrar por dentro, de hecho mi exmujer fue a quejarse al arrendador porque no podíamos cerrar la puerta ni por la noche ni nada por seguridad, se quedaba siempre abierta. Que salió del baño varias veces, cada vez salía con menos ropa y eso me dio a equivocarme que quería realizar lo que a priori habíamos comentado, porque el tema de la brida fue que anteriormente le habían estado robando los tapacubos y como yo soy electricista me había dicho a ver si traes algún día bridas y las podemos poner en las ruedas para que no me las roben y entonces por esa razón teníamos bridas en casa y habíamos estado hablando del tema ese, había salido el tema y yo se lo pregunté otra vez, si seguía teniendo la misma fantasía y ella al no contestarme me dejó una puerta abierta , no me dijo "no, no tengo esa fantasía". Que dejó la puerta del baño entreabierta, yo me desnudo, entro en el baño, ella se agacha porque la mampara tiene como unas rayas viseladas, me ve perfectamente que estoy desnudo, no me impide nunca entrar, entro en la bañera, empiezo a besarla, a acariciarla , no me lo impide, hasta que llega un momento que me empuja y mi reacción es está dentro del juego que habíamos hablado, salgo de la bañera, cojo la brida, es un juego, no tengo intención de hacerle daño, siempre ha sido desde el respeto, mi sorpresa es cuando le pongo la brida y empieza a chillar. Que la brida la coge ya medio cerrada , se la meto por la cabeza quedando siempre un poco holgada para que no pudiese lesionarse ni nada, pero ella la agarra con las manos y entonces al estirar de la brida se empieza a cerrar y entonces yo pongo la mano, que me lesiono el dedo, para pellizcar porque es una brida que si se cierra ya no se vuelve a abrir , entonces pongo el dedo para que no se pueda cerrar y ella empieza a moverse la brida de un

lado a otro y es cuando empieza a decir que se ahoga con el agua y le digo de salir para quitarle la brida, de ir a la habitación y cortarle la brida, pero mi sorpresa es que ella empieza a chillar y se va corriendo a la puerta y lo único que oí fue "avisa a mi padre, avisa a mi padre" , cerró la puerta porque yo no había llegado, cuando llegue allí abrí otra vez la puerta y mi sorpresa fue al ver allí a los vecinos en la puerta, claro estábamos desnudos y mi reacción fue cerrar la puerta y seguido le dije "tranquila que voy a por la tijera y te la corto", en ese momento que me fui tampoco ella se marchó , si tenía miedo en algún momento mi reacción hubiese sido de salir, el de ella fue quedarse allí, entonces fuí , le corte la brida y mi intención era taparla y bueno pues ya está esto era un juego, yo no quería hacerte nada , he llegado a un equívoco . Que la brida se corta con tijera , no hay forma de abrir si no es cortando. Previamente a esto habían tenido juegos en la cama, como atarnos en la cama y juegos de ese tipo. Que se separaron en el 2014, convivíamos junto pero no hacíamos vida matrimonial , de fachada hacíamos vida de pareja normal, pero no teníamos sexo, era cordial. Que hasta la fecha ha sido cordial, bueno tuvimos un hechos que se puso mi exmujer a pegarme empujones delante de mi hija y entonces yo ya ahí fue cuando tome la determinación de pedir el divorcio porque no estaba dispuesto a que mis hijos vieran las vejaciones que cometía sobre mí. Que la pretensión era de una simulación de violación, de hecho ella me lo había pedido reiteradas veces y yo me oponía a realizarlo porque no me entraba en mi cabeza, lo que pasa que ya en un momento de intento de recuperación de la relación por complacerla en esa petición pero siempre sin intención de realizarle ningún daño ni de realizar más que un juego. Que el día de los enamorados yo le había dejado una macetita con un rosal encima de su coche y a la noche cuando volví , porque ella me había mandado un mensaje que lo sentía mucho que ella desearía seguir sintiendo lo mismo, o algo así, pero que ella no sentía lo mismo que yo en ese momento, entonces cuando llegó a la casa, porque volvió a la noche a la casa , yo le agarré por la cintura para darle un beso en el

cuello y ella me dijo como que no, eso no , entonces la solté y me marché y al rato colgó en el DIRECCION002 una frase "aunque con palabras diga no , con la mirada te digo otra cosa", entonces eso fue lo que a mí me llevó a querer intentar reconquistarla porque de hecho se había mejorado mucho la situación , solíamos salir los cuatro, con los críos, a cenar y de hecho los críos me decían "aita porque no volveis la ama y tú" porque ellos veían que la relación era casi como cuando vivíamos en pareja , entonces mis hijos me animaron un poco más, ella estaba como más abierta , la situación, no sé demostraba actos de cariño , y entonces a mí me llevo a la confusión de pensar que podríamos recuperar la familia. Los hijos esa semana estaban conmigo. Que ella cuando sube sabe que no iban a estar porque yo le había dicho el día anterior que no iba a ir a trabajar , porque alguna vez sí ha subido a ducharse pero yo estaba trabajando y me ha mandado un DIRECCION002 te importa que suba y así me estoy tranquila y me tomo un café, y yo nunca le he opuesto nada, le contestaba que sí , y aquel día fue mi sorpresa que subió y yo estaba allí y estuvimos hablando. Normalmente subía cuando estaban los hijos, yo subía también, pero no se había dado la situación de que subiese a casa quedándonos solos, sin los chavales. Ese día no me avisó que subía a ducharse, entró sin más y me dijo que venía a ducharse y yo le dije sin problema, te puedes duchar, sí me sorprendió, porque en casa de sus padres también tienen ducha , y a mi me dio la sensación de que quería algo conmigo , la posibilidad porque ella sabía mis sentimientos hacia ella. La puerta del baño tiene pestillo y la mampara se cierra hacia dentro que te quedas en un cuadrado de cristal. La puerta de casa no se puede cerrar. Con anterioridad cuando estaban casado habían tenido juegos y sin intención de hacer daño, eran juegos sexuales, como atarse a la cama, simplemente un juego. Mi intención siempre fue en complacerla, nunca se me habría ocurrido pero como habíamos tenido esa conversación, varias veces le había dicho que yo no realizaría eso porque no me entraba en la cabeza, pero en esa ocasión ya dije voy a realizar eso que siempre me ha pedido , siempre como un

juego, siempre respetando , sin querer hacerle daño y sorprendido. En los dos años que estuvieron la relación entre ellos era completamente respetuosa, puntualmente esa vez que ha contado que era el cumpleaños de mi hijo y no quería que me los llevara y se puse a empujarme delante de los críos, que no me iba a llevar a los niños, que no me iba a llevar a los niños, de hecho yo tuve un ingreso por arritmias ese mismo día. Cuando ella me dice que pare paro, salimos de la bañera, ella se fue corriendo pegando gritos, yo me quede bloqueado, sorprendido total, porque no esperaba esa reacción, no entendía el por qué y cuando me acerqué a la puerta y no se había marchado y volvi a abrir y volví a cerrar, yo le corte la brida , fui a taparle porque no quería que los vecinos la vieran desnuda porque ya había dicho llama a mi padre , en ese momento entró su padre, a mi lo único que me salía decirle era "si esto es lo que habíamos hablado, esto es lo que habíamos hablado, hay que ser consecuente con lo que se habla" y hasta que llegó la Ertzaina.

La Sr. Nieves declara que se habían divorciado en el 2016 y durante los dos años siguientes la relación era cordial, el primer año los primeros meses mal y luego ya cordial por los niños , hablábamos tema solo niños. El 23 de febrero la casa le tocaba a él pero como otras veces, habíamos hablado que cuando él no estaba o yo no estaba podíamos subir, teníamos allí la ropa o cualquier cosa de los niños , la lavadora o lo que sea, yo libro los jueves y trabajo los viernes por la tarde y yo habitual o a veces subía cuando no estaba él los viernes subía, me duchaba , me vestía y me iba a trabajar. No le había avisado, él de lunes a viernes trabaja, tenía que estar trabajando, no hacía falta avisarle. Iba a ducharse porque tenía allí su ropa de trabajo, toda, era normal, sé que no tenía que estar allí porque no me tocaba pero él me daba permiso para subir como yo le daba a él cuando no estábamos. Él no le avisó un par de días antes que ese día iba a coger fiesta. Subí sobre las 10:30 h mas o menos, abrí la puerta, me encontré con él haciendo



papeles, y "uy cómo tú aquí", yo vengo a ducharme , me dijo "no tranquila dúchate", me fumé un cigarro, hablé con el de los niños, a ver qué tal, esto y lo otro, voy a ducharme que se me hace tarde, cogi toda mi ropa y la dejé ahí y me empecé a duchar. No volvió a salir del baño. Cerró la puerta pero no con pestillo porque nunca llegué a imaginar que este hombre me fuera a hacer algo así. Es una bañera muy pequeña, para poder entrar tienes que empujar un poco para adentro y entrar , dos personas muy justas . Yo me estaba acabando de duchar de repente abrió la puerta, se metio dentro, me intento coger, le dije que haces fuera de aquí, y en ese mismo instante me pone la brida en el cuello y craaaa me la ató. Yo estaba de frente cuando él entra. Él no vuelve a salir a coger la brida. Entró, me acorraló debajo de la ducha y me puso la brida, cállate, deja de chillar, que te estas ahogando, yo como pude no soltaba la brida con una mano y con la otra apagué el grifo porque me estaba ahogando, me dijo te voy a violar mientras me estaba tocando mis partes, y deja de chillar. El no puso un dedo dentro de la brida. Yo gritaba , auxilio, socorro , me decía te voy a violar mientras me tocaba mis partes, que dejara de chillar , que me iba a llevar a la habitación a la cama , el salio hacia atrás y luego yo y le dije por favor por mis hijos que estas haciendo y me dijo deja de gritar, deja de gritar , que te parto el cuello, con una mirada de obseso, y forcejeaba con él para que no siguiera y todo esto con la mano metida en la brida y luego salimos al pasillo y corriendo por el pasillo fue cuando una vecina toco el timbre y yo abrí, el llego por detrás y cerraba la puerta y yo le dije a la vecina llama a mi padre y el cerro y yo volvi a abrir y el volvió a cerrar y llego con unas tijeras y me corto la brida y fue detrás de ella y yo lo decía que no me tocara . Él estaba encima mio intentando tocarme y yo le decía déjame déjame no me toques y ahí llego mi padre y dijo que pasa Alfredo, ella se había puesto un albornoz. Que nunca le dijo que tenía fantasías sexuales de una violación, ni habían tenido juegos, me parece denigrante para la mujer. No le había comentado a él si podía traer unas bridas para arreglar algo, él tiene material en casa. Poco antes él tampoco le

pregunto nada acerca de una fantasía sexual y ella se quedara callada, de hecho en mas de una ocasión le he dejado claro, el 13 de febrero me dejo un ramo de flores encima del coche que quería volver conmigo, que le diera otra oportunidad, que quería volver a Paris, en diciembre me había dicho que le diera otra oportunidad, que porqué le había dejado y le dije taxativamente que no, por mensaje también. Que cuando le enviaba por whatsapp una canción para ti , ella no contestaba, para qué. Las conversaciones están integras. Que con ocasión del ramo de flores no le mande ningun mensaje diciendo que a veces no se dice con palabras pero con miradas, eso se lo imaginó él, verbalmente le dije que lo nuestro no había solución que nos íbamos a llevar bien por los niños, nada más. Él me dijo que quería retomar la relación pero taxativamente le dije que no, no es no, no hubo nada que pudiera mal interpretar. Cuando vio que la vecina pedía ayuda él me cortó la brida. Tuvo lesiones en el cuello y en los brazos que me hizo él agarrándome porque yo me movía mucho, en la ducha me tenía acorralada, si él no sale yo no salgo, y omoplato igual porque me tenía apretada, tensionada. También estuvo en tratamiento psiquiátrico, de hecho estoy tomando una pastilla antidepresiva, el médico psiquiatra me dio el alta y que me tomara esa pastilla hasta que todo acabara y que me siquiera el médico de cabecera , nunca antes había tenido un problema psiquiátrico ó psicológico. Siguen manteniendo la custodia compartida, no viven en el mismo edificio, y no tiene relación con él, le tiene pavor.

No era habitual que entrase y saliese del domicilio, los viernes sí, yo subía, me duchaba, me preparaba e iba a trabajar que entraba a las 14:00 h y él lo sabía. No salió del baño y no se le insinuó ni hubo consentimiento de que ella quisiera que le violara. Me siento ofendida que digan eso de mí, y él tampoco me había dicho que fuera una fantasía suya. Cuando ella pidió auxilio el seguía detrás suyo, seguir y seguir detrás suyo hasta que vino mi padre y dijo qué pasa Alfredo, tan pacho y ya

está mi padre me cogió y me llevó. No le dio pie los días anteriores a eso, le había dicho que no y que nos lleváramos bien por los niños.

A preguntas de la Defensa que le dijo el acusado En el momento que le pone la brida le decía "te voy a violar" y me tocaba, que no le dijo "te voy a violar como a tí te gusta, tu querías que te violara". Me ofende que me digan que yo dijera que querían que me violara Al médico de urgencias sobre lo que le decía el acusado, le dijo que le decía me quería violar, un clic más y te parto el cuello, esas palabras se le han quedado en la cabeza y me tocaba y me quería llevar a la habitación para violarme y yo en ningún momento le dije que quería y no le dí pie a nada. Dando lectura al folio 69 donde se recoge lo que refiere al médico de urgencias "te vas a ahogar, te vas ahogar", "como a ti te gusta" "tu querías que te violara pues yo te voy a violar", que no recuerda, en ningun momento quise que me violara ni le provoqué. Planteándole que en el Juzgado de Guardia le hicieron esta misma pregunta por el Ministerio Público y se ratificó, en el minuto 8 ó 8:50, se le pregunta si estos son los términos en los que el acusado se ha dirigido ó hay más términos y que responde que estrictamente son estos términos, preguntada si lo que hoy dice no es eso, responde no lo recuerdo realmente, estaba en tal estado de shock, no creía todo lo que me estaba pasando. Cuando el acusado entra en la ducha, ella le rechaza directamente, él entra en la ducha y yo le hice todo lo que pude para atrás y el directamente me pone la brida y cra cra cra, lo tengo grabado el traca traca traca como aprieta y me dice que me va a violar mientras me toca mis partes y me pone debajo del agua que me voy a ahogar, que deje de gritar que me estoy ahogando cuando es él el que me está ahogando porque me tiene la brida puesta y acorralada. No es cierto que cuando él entra y le empieza a tocar ella se siente paralizada, directamente le rechazo, le digo que no y él me pone directamente la brida en el cuello y me empieza a tocar y dice que me va a violar y me pone debajo del agua. Preguntada si él entra a la ducha con la brida ó tiene salir, responde que

él en ningún momento sale una vez que entra. Preguntada si la mampara de la ducha le impedía a él entrar si la cierra ella, responde no porque tiene un hueco, lo que no se puede es una vez que estas dentro abrirla del todo para salir, porque se rompe, porque está al lado, primero tiene que salir uno y luego el otro. Preguntada si ella pueda cerrarla e impedir que entre? Responde entra igual igual porque es abierta, es una lámina y luego una lámina pequeña que se mueve, no hace para la derecha porque se rompe. Planteándole que el acusado ha declarado que una vez dentro permite cerrar el habitáculo de forma que no entre nadie, responde que no no, mire la foto de la bañera. Preguntada sobre qué ocurre una vez sale de la bañera, responde una vez salgo no, una vez me obliga a salir de puntillas con la brida cogida así, una vez me obliga a salir, sale él y sigue y yo le digo por favor por los niños que estás haciendo y decía deja de chillar y apretó la brida un poco más, deja de chillar un click mas y te parto el cuello. Preguntada en que momento le dice que le va a quitar la brida, responde nunca me lo dijo, cuando yo pedí ayuda es cuando fue a por unas tijeras y me la cortó. Preguntada donde estaba ella cuando fue a por las tijeras, responde yo en estado de shock, en la entrada de la puerta que no me podía ni mover. Preguntada si había ido a la puerta con anterioridad, responde claro porque escapé, una vez que pude y él la cerraba por detrás y yo volvía a abrir y él volvía a cerrarla y yo pedía ayuda. Preguntada a qué se refiere cuando dice escapó, responde pues escapé cuando me tenía en la mitad del pasillo y yo zarandeando con él para que no me llevara a la habitación. Preguntada si la puerta de la entrada no se pude cerrar desde dentro, responde no, tienes que ponerle la llave para cerrar. Preguntada si sabe que podía salir tranquilamente, responde sí pero me quedé en estado de schock. Preguntada si no salió al rellano, responde no pude, me quedé bloqueada. Preguntada que hizo a continuación, responde una vez me cortó la brida intenté irme y él me seguía tocando y le seguía detrás y yo que no y él seguía, yo no sé en qué momento llegó luego mi padre y yo quería irme y sólo chillaba y chillaba porque ya había pedido ayuda y quería

escaparme. Preguntada si llevaba un albornoz, responde no recuerdo en qué momento lo cogí. Planteándole que en el Juzgado de Instrucción a la hora de narrar esta situación del minuto 7:50 al 8:29 dijo yo me quede en la puerta y él cogió unas tijeras y cortó la brida, en ese momento fui a por el albornoz para taparme , y hoy relata que se quedó en shock en la puerta, que no puede salir, que no sabe cuando coge el albornoz, manifiesta no lo recuerdo , lo que sí recuerda exactamente es lo que este hombre me hizo a mí, sin que yo quisiera, sin que yo le diera consentimiento a que me tocara, a que me pusiera la brida en el cuello, a que casi me ahogara, a que yo quisiera que me violara por favor, que no, en ningún momento, ese hombre me obligó, y no pude salir no, me bloqueé, no sé porque, siempre me he echado la culpa porque no me fui en ese momento que pude, y luego seguía y yo seguía pidiendo ayuda hasta que llegó mi padre. Ese día no le tocaba los niños y Salvador no le había avisado que iba a estar en casa, nunca habían estado a solas en la casa, no se fue porque él le dijo tranquila dúchate, no tenía con él antes ningún problema, estábamos en una relación cordial, en ningún momento se le pasó por la cabeza que él me iba a hacer eso, nunca.

Pasando a analizar y dar respuesta a los argumentos de la parte apelante siguiendo como se ha dicho el análisis secuencial que realiza en el escrito de recurso:

#### *1.-Situación previa a entrar el acusado en el baño.*

Se afirma en el recurso que la actuación del acusado se enmarca en el contacto de una *familiaridad e intimidad domiciliaria*. La denunciante solía acudir al domicilio cuando no le correspondía, mandaba mensajes ambiguos a través de Whatsapp y ambos mantenían conversaciones íntimas, hasta el punto de que hacía apenas

unos días había surgido en el transcurso de una conversación banal la fantasía sexual de simular una violación. Se añade que con estos antecedentes resulta comprensible que el mismo contemplara la posibilidad real de retomar la relación de pareja, siempre desde el respeto, como evidencian las notas escritas que la propia denunciante aporta. Para concluir que cuando la Sra. Nieves procede a pasearse por la casa en ropa interior antes de ducharse en el baño sin cerrar la puerta, el día que además no le corresponde estar en la vivienda, su expareja lo interpreta como una clara invitación a mantener relaciones sexuales, habida cuenta que pudiera haberse duchado en casa de sus padres. Destaca la afirmación de la Sra. Nieves de que nunca se había duchado en la casa estando los dos solos y que no es controvertido que la puerta del baño no estaba cerrada, pudiendo estarlo. Alega teniendo en cuenta que los padres de la perjudicada viven en la planta primera del mismo inmueble, hacer propia la reflexión que realiza la Jueza de Guardia en el Auto denegando la Orden de Protección. Y que la Sra. Nieves únicamente niega que hubiese tenido lugar la conversación reseñada sobre la práctica de una fantasía sexual.

Dando respuesta a unas tales alegaciones, que los hechos se enmarcan en un *contexto de relación entre las partes que era cordial y si se quiere como se aduce en el recurso de familiaridad*, puede decirse que es un aspecto en el que convergen las declaraciones de la Sra. Nieves y del acusado. Ambos declaran que acudían a la vivienda que había constituido el domicilio familiar aún cuando no fuera la semana que les correspondía la custodia de los hijos, vienen a coincidir asimismo que en dichas dijéramos visitas a la vivienda no habían coincidido estar los dos a solas, que subían cuando estaban presentes los hijos ó si no estaban los hijos cuando no estaba el otro, y también son contestes en que la Sra. Nieves subía a veces a ducharse estando el acusado trabajando.

Sin embargo, el resto de alegaciones sobre los que la parte recurrente viene a sostener integrarían actos inequívocos del consentimiento de la Sra. Nieves a mantener el contacto sexual pretendido por el acusado, a materializar una fantasía sexual de la misma, fantasía consistente en ser víctima de una violación, no se soporta en medio probatorio alguno.

No obran en autos mensajes de DIRECCION002 que la parte califica de ambiguos, tampoco hay prueba objetiva alguna que coadyuve ó avale haber mediado entre las partes conversaciones íntimas ó de naturaleza sexual ni con el contenido que se aduce por el acusado ni de otro tipo. La Sra. Nieves lo niega, al igual que niega que el día de los hechos se pasease en ropa interior antes de ducharse.

Lo que sí obra en autos en relación a la *voluntad del acusado de retomar la relación de pareja* con la Sra. Nieves (puesta de manifiesto por ambos en sus declaraciones) y ha sido racionalmente valorado por la Juez "a quo" es el mensaje de whatsapp en el que la Sra. Nieves *le hace saber al acusado no existir reciprocidad ó correspondencia sentimental por su parte*. Se trata del mensaje que le envía al acusado el 13-2-2018 cuando coincidiendo con el día de los enamorados, le había dejado en el coche unas flores y las notas que se citan en el recurso (folio 23 de las actuaciones), y cuya literalidad no permite atisbar dudas al respecto "pero siento mucho no sentir hacia ti lo mismo...Lo siento". En el mismo sentido de excluir cualquier equívoco puede calificarse la falta de respuesta de la Sra. Nieves al mensaje enviado por el acusado al día siguiente, 14-2-2018 "porque tienes tanto miedo al amor? Siempre hablas de que hay que dar una segunda oportunidad a las personas pero yo no he tenido la mía para demostrar que hay personas que aprendemos de nuestros errores y cambiamos??".

Por otra parte, aunque sin poder desvincularse de lo anterior, que en la fecha de los hechos la Sra. Nieves *acudiese a la vivienda pese a no corresponderle la custodia de los hijos y que lo hiciera para ducharse y que optara por ducharse pese a encontrarse en la vivienda el acusado, en lugar de bajar a casa de sus padres, no sólo no permite la inferencia pretendida por el recurrente sino que no tiene nada de ilógico e irracional en el marco precisamente de la buena relación que mediaba entre las partes*, habiendo sido explicado de forma coherente y lógica por la Sra. Nieves, al igual que el hecho de no echar el pestillo de la puerta del baño, y se omite en el recurso.

Así la Sra. Nieves declara que el día de los hechos subió a ducharse al igual que lo hacía otros viernes antes de ir a trabajar y que se encontró con el acusado que estaba haciendo papeles y "uy cómo tú aquí", yo vengo a ducharme , me dijo "no tranquila dúchate", me fumé un cigarro, hablé con el de los niños, a ver qué tal, esto y lo otro, voy a ducharme que se me hace tarde, cogí toda mi ropa y la dejé ahí y me empecé a duchar. No volví a salir del baño . Cerré la puerta pero no con pestillo porque nunca llegué a imaginar que este hombre me fuera a hacer algo así. El acusado no le había avisado que iba a estar en casa y que no se fue porque él le dijo tranquila dúchate, no tenía con él antes ningún problema, estábamos en una relación cordial, en ningún momento se le pasó por la cabeza que él me iba a hacer eso, nunca.

Para finalizar en cuanto a la invocación que se hace de la reflexión de la Jueza de Guardia en el Auto denegando la Orden de Protección y que se aduce se hace propia, en el escrito de recurso no se indica cuál fuera dicha reflexión, a salvo deba entenderse referirse a la transcripción que se realiza al argumentar el primer motivo de recurso (página 5 del recurso) pero no está de más recordar la



separación entre la fase de instrucción y la fase del juicio oral (que tiende a asegurar que no se vean vulneradas las garantías procesales del acusado) y la clara diferenciación entre los principios que rigen una y otra fase procesal, dada la discordancia entre la finalidad que se persigue en cada una de ellas, haciendo hincapié en que las diligencias de instrucción con carácter general no tienen valor probatorio, siendo actos de investigación que permiten decidir sobre la necesidad de abrir o no el juicio oral, así como el aseguramiento de las pruebas, mientras las practicadas en el juicio se erigen en auténticos actos probatorios tendentes a dilucidar la inocencia o culpabilidad del acusado.

Es obvio, entonces, que la valoración que pudo verificar la Magistrada en funciones de guardia que resuelve sobre la orden de protección en la fase incipiente del procedimiento, no puede tener virtualidad no ya vinculante, sino ni a favor ni en contra, en la que debe llevar a cabo la Magistrada del Juzgado de lo Penal en base a las pruebas de cargo y de descargo que practican en el plenario, ni sustrae al órgano de enjuiciamiento la competencia de valorar la credibilidad de la prueba personal ante él practicada.

## *2.- Sobre lo acontecido en el baño.*

Las alegaciones que la parte recurrente esgrime en este apartado se centran en el hecho declarado probado en la Sentencia apelada sobre que *el acusado, cuando se introdujo en la bañera, se colocó detrás de la Sra. Nieves y que en dicha posición le colocó la brida*, y que se combate con fundamento en la contradicción del testimonio de la Sra. Nieves en el plenario y la declaración prestada en fase de instrucción. Se argumenta asimismo que la aseveración de que el acusado le "agarro fuertemente" carece de soporte probatorio, porque en ningún momento del

procedimiento lo manifiesta la perjudicada, ni presenta lesiones compatibles con agarrarle fuertemente. Y finalmente se argumenta sobre la motivación que el acusado le dice a la Sra. Nieves para colocar la brida en relación a las manifestaciones de la misma en la exploración en el Servicio de Urgencias, "Tu querías que te violara pues yo te voy a violar", concluyendo que la referida frase responde, como declara el acusado, a que habían hablado de la fantasía sexual de la Sra. Nieves con anterioridad, que no cabe entenderla de otra forma teniendo en cuenta que cuando el acusado se da cuenta que la Sra. Nieves no quiere desiste de llevarla a cabo.

Sobre el primer extremo, la primera consideración que ha de hacerse es que en el recurso no se indica que se actuara con arreglo al [art. 714 LECrim \(LA LEY 1/1882\)](#) en relación a la manifestación en el plenario pretendida como contradictoria con la prestada en fase de instrucción y visionada la grabación videográfica del juicio oral hemos constatado que no se actuó de tal modo, es decir, no se introdujo la pretendida contradicción en el plenario. Por lo que bastaría señalar que ningún efecto puede tener la invocación que se efectúa en el recurso a la declaración de la Sra. Nieves en fase de instrucción al objeto pretendido.

No obstante ello ha de añadirse que el visionado de la grabación videográfica del acto de juicio oral sí ha permitido al Tribunal constatar que la Sra. Nieves no realiza una tal manifestación sobre la posición en la que se coloca el acusado respecto de ella cuando el mismo entra en la bañera, es decir, que se le coloca detrás. Lo que declara a preguntas del Ministerio Fiscal es "Yo me estaba acabando de duchar de repente abrió la puerta , se metió dentro , me intentó coger, le dije que haces fuera de aquí, y en ese mismo instante me pone la brida en el cuello y craaaa me la ató. Yo estaba de frente cuando él entra" y a preguntas de la Defensa "Cuando el

acusado entra en la ducha, ella le rechaza directamente, él entra en la ducha y yo le hice todo lo que pude para atrás".

Por lo que no sólo no existe contradicción con la declaración prestada en fase de instrucción y que en el recurso se transcribe, sino que la consignación de tal dato en el relato fáctico de la Sentencia es consecuencia del error de la Juzgadora al atribuir a la Sra. Nieves una manifestación que no hace.

Pero el error ni aporta gran cosa desde el punto de vista probatorio ni tiene trascendencia en la subsunción jurídica, aunque constatado lo que procede es su corrección , como se ha procedido en el apartado fáctico de esta resolución, mediante la eliminación de dicha expresión.

Asiste razón a la parte recurrente cuando sostiene que la Sra. Nieves no manifiesta en el plenario que el acusado le agarra "fuertemente", sin embargo dicho adverbio, que ni se ha trasladado al relato de hechos probados y tampoco tiene trascendencia en la subsunción jurídica, se introduce por la Juzgadora en la valoración que hace de las lesiones objetivadas a aquella en el brazo izquierdo, consistentes en tres equimosis en la cara posterior del tercio medio, que son indicativos de la presión ejercida con cierta fuerza y compatibles con la declaración de la Sra. Nieves en el sentido que el acusado le agarraba del brazo izquierdo y ella se movía mucho porque la tenía acorralada, apretada y tensionada debajo de la ducha. Por lo que nada de ilógico tiene la inferencia de la Juzgadora.

Se alega también que resulta interesante saber cuál dice que es la motivación que el recurrente le dice a la Sra. Nieves para ponerle la brida, porque en su narración en el plenario ella habla de una violación, pero en su declaración en el Juzgado de

Guardia habla de que le ha intentado matar, obviando cualquier tipo de comentario sobre la violación, para a continuación significar lo referido por la Sra. Nieves con ocasión de su exploración en el Servicio de Urgencias avalaría o corroboraría lo manifestado por el acusado que habían hablado de la referida fantasía con anterioridad, frente a su negación por la Sra. Nieves. Se aduce asimismo indicativo de haber mediado dicha conversación lo sería que el acusado desiste de su comportamiento una vez constata o se percata de la oposición de la misma.

Al respecto de unas tales alegaciones diremos lo siguiente.

Por una parte, debe destacarse que sorprende el reproche que parece se realiza a la Sra. Nieves sobre la contradicción entre lo declarado en el plenario y en fase de instrucción en relación a lo que el acusado le verbalizara para colocarle la brida en el cuello, porque no se puede reprochar que explique ó manifieste lo que sólo sabe el acusado y es que en la propia versión del acusado de simular una violación, es decir, representar como real un tal conducta, no hace partícipe a la Sra. Nieves de sus intenciones. De hecho la Sra. Nieves en ningún momento manifiesta que el acusado le verbalizara para qué le coloca la brida, ni en fase de instrucción ni en el plenario, siendo cosa diversa lo que pudo pensar podía ocurrir.

En sede de instrucción, después de explicar cómo el acusado se adentra en la ducha desnudo y ella le aparta con empujones y le decía que se marchara, que no quiere nada con él, que no la tocara, señala que de repente le cogió y le puso una brida en el cuello, y preguntada por la Juez de Guardia que es lo que el acusado le decía, con qué intención iba con una brida, señala a matarme, a ahogarme, añadiendo a preguntas de su Letrada, si esto lo refiere porque así se lo verbalizó el acusado ó porque ella creía que le quería matar, que ella la sensación que tenía era

que le quería matar porque le dijo cállate ó te ahogo, un click mas y te parto el cuello y notaba el click click clic.

Y frente a lo que también se afirma en el recurso, en sede de instrucción (a preguntas de la Juez de Guardia, que no del Ministerio Fiscal cuya única pregunta fue si en algún momento en todo este episodio de la bañera le verbalizó algo aparte de que se callase), al igual que en el plenario, planteándole que la versión del acusado es que ella tenía una fantasía sexual y tras negarlo, preguntada si le dijo algo de tener relaciones sexuales, sí manifiesta que el acusado la tocaba y le decía que le quería violar , y preguntada qué palabras utilizaba, señala que le quería violar, que le quería violar, que le iba a ahogar, como no te calles te ahogo, un click mas, te parto el cuello, te ahogo.

Efectuada dicha consideración, no se pone en cuestión que la frase "Tu querías que te violara pues yo te voy a violar" que se recoge en el informe del Servicio de Urgencias (folios 68 y 69) como referida por la Sra. Nieves fuera efectivamente manifestación de ésta, primero porque se utiliza el entrecomillado lo que refleja cita literal y no hay ninguna razón para suponer se atribuyan a la Sra. Nieves expresiones ó manifestaciones no realizadas, y segundo porque la Sra. Nieves preguntada en el plenario no niega lo dijera, manifiesta no recordar .

Pero del hecho que el acusado le hiciera a la Sra. Nieves aquella manifestación en el curso de los hechos no cabe derivar que hubiera tenido lugar entre los mismos conversación alguna con tal contenido.

La referida expresión por parte del acusado a la Sra. Nieves en el curso de los hechos lo único que avalaría ó corroboraría es que la actuación del acusado

estuvo presidida por la intención ó propósito que verbaliza, *no sin embargo que la Sra. Nieves le hubiera trasladado que le gustaría llevar a cabo una simulación de ser víctima ó sujeto pasivo de una violación.*

La Sra. Nieves lo niega rotundamente, no se atisba razón lógica alguna para negarlo si no fuera verdad ya que no se ha alegado ni acreditado sobre la concurrencia de circunstancias que podrían comprometer ex ante los niveles deseables de credibilidad subjetiva de la misma, antes al contrario cuando se asume que relación entre las partes que era cordial, aspecto en el que convergen las declaraciones de la Sra. Nieves y del acusado.

Y como se ha argumentado precedentemente y correctamente razona la Juzgadora de instancia no existe ningún elemento ó dato objetivo que así permita tenerlo por acreditado, y sí por el contrario datos que en una valoración lógica y racional permiten desmentirlo, como lo son el contenido de los whatsapp intercambiados entre las partes apenas dos semanas antes de los hechos, la reacción y estado anímico de la Sra. Nieves inmediatos a su ocurrencia, el trastorno de estrés postraumático que padece y las lesiones físicas objetivadas a la misma.

En cuanto al aludido desistimiento del acusado de su comportamiento una vez constata o se percata de la oposición por la Sra. Nieves, hemos constatado que las versiones de las partes son asimismo totalmente contradictorias sobre el momento en que la Sra. Nieves manifiesta su oposición, tanto verbal como físicamente, así como sobre el desenvolvimiento del curso los hechos desde ese momento, esto es, si el acusado ante los gritos y petición de auxilio de la misma cesó en su conducta ó por el contrario fue la Sra. Nieves logró zafarse del mismo, y

no procediendo juicio de reproche penal en relación a los actos de naturaleza sexual, tampoco ha lugar a valoración sobre si tuvo lugar un desistimiento voluntario "ex art. 16.2 CP", pero aún en la consideración que hubiera mediado tal desistimiento no sería demostrativo de que hubiera tenido lugar la tan invocada conversación y, en suma, que el hecho a cuya ejecución dio comienzo fuera materialización de una fantasía sexual de la Sra. Nieves de ser víctima ó de una violación.

Pese a ser reiterativos no existen elementos de prueba que coadyuven a dicha interpretación de los hechos y, por tanto, la lectura de dicho desistimiento no podría ser otra que la de la anulación de su inicial intención. Supuesto contemplado en el [art. 16.2 CP \(LA LEY 3996/1995\)](#) con la consecuencia de inexigibilidad de responsabilidad penal por la tentativa del hecho cuya ejecución se da comienzo, pero que no impide su responsabilidad "por los actos ejecutados si estos fueren ya constitutivos de otro delito".

Se señala asimismo que la mampara de la bañera tiene posibilidad de cierre y que el referido cierre no se encontraba cerrado al momento de los hechos.

Las versiones del acusado y la Sra. Nieves sobre que la mampara tenga cierre son contradictorias, pero además se estima le son extensibles todas las consideraciones efectuadas en el apartado 1.

*3.-Sobre lo acontecido una vez salen del baño.*

En este apartado, que en el recurso se califica de suma importancia, la parte recurrente alega que frente al criterio de la Juzgadora, que concluye que el testimonio de la denunciante resulta corroborado por las declaraciones de las testificales de los vecinos del inmueble, desde su criterio ocurre justo lo contrario, no hace sino poner de manifiesto lo que considera contradicciones de la perjudicada.

Y se alega también que además añadirá las declaraciones de los Agentes de la Ertzantza.

Por lo que concierne a las objeciones de la parte recurrente en relación a la pretendida falta de persistencia de la Sra. Nieves en su declaración, esta Sala echa en falta una especificación y argumentación concreta acerca de las pretendidas contradicciones de relevancia, limitándose la parte a transcribir parte de las manifestaciones de la Sra. Nieves y afirmar que incurre en contradicciones, no apreciando este Tribunal dónde podría radicar tal contradicción ni la falta de coherencia con el testimonio de la testigo Sra. Jacinta.

En todo caso más arriba ha quedado expuesta la declaración de la Sra. Nieves en el plenario y no se advierte contradicción alguna con la prestada en sede de instrucción.

La Sra. Nieves, a preguntas del Ministerio Fiscal, sobre este momento narra lo siguiente en el acto de juicio oral:



*"Yo gritaba , auxilio, socorro , me decía te voy a violar mientras me tocaba mis partes, que dejara de chillar , que me iba a llevar a la habitación a la cama , el salió hacia atrás y luego yo y le dije por favor por mis hijos que estás haciendo y me dijo deja de gritar, deja de gritar , que te parto el cuello, con una mirada de obseso, y forcejeaba con él para que no siguiera y todo esto con la mano metida en la brida y luego salimos al pasillo y corriendo por el pasillo fue cuando una vecina tocó el timbre y yo abrí, él llegó por detrás y cerraba la puerta y yo le dije a la vecina llama a mi padre y él cerró y yo volví a abrir y él volvió a cerrar y llegó con unas tijeras y me cortó la brida y fue detrás de mí y yo lo decía que no me tocara . Él estaba encima mío intentando tocarme y yo le decía déjame déjame no me toques y ahí llegó mi padre y dijo qué pasa Alfredo , ella se había puesto un albornoz".*

Más adelante en el curso del mismo interrogatorio "Cuando vio que la vecina pedía ayuda él me cortó la brida" y "Cuando ella pidió auxilio él seguía detrás suyo, seguía y seguía detrás suyo hasta que vino mi padre y dijo qué pasa Alfredo, tan pacho y ya está mi padre me cogió y me llevó".

A preguntas de la Defensa del acusado sobre qué ocurre cuando sale de la bañera, responde "una vez salgo no, una vez me obliga a salir de puntillas con la brida cogida así, una vez me obliga a salir, sale él y sigue y yo le digo por favor por los niños que estás haciendo y decía deja de chillar y apretó la brida un poco más, deja

de chillar un click más y te parto el cuello. Preguntada en qué momento le dice que le va a quitar la brida, responde nunca me lo dijo, cuando yo pedí ayuda a Prima es cuando fue a por unas tijeras y me la cortó. Preguntada dónde estaba ella cuando fue a por las tijeras, responde yo en estado de shock, en la entrada de la puerta que no me podía ni mover. Preguntada si había ido a la puerta con anterioridad, responde claro porque escapé, una vez que pude y él la cerraba por detrás y yo volvía a abrir y él volvía a cerrarla y yo pedía ayuda. Preguntada a qué se refiere cuando dice escapó, responde pues escapé cuando me tenía en la mitad del pasillo y yo zarandeando con él para que no me llevara a la habitación. Preguntada si la puerta de la entrada no se pude cerrar desde dentro, responde no, tienes que ponerle la llave para cerrar. Preguntada si sabe que podía salir tranquilamente, responde sí pero me quedé en estado de shock. Preguntada si no salió al rellano, responde no pude, me quedé bloqueada. Preguntada qué hizo a continuación, responde una vez me cortó la brida intenté irme y él me seguía tocando y le seguía detrás y yo que no y él seguía, yo no sé en qué momento llegó luego mi padre y yo quería irme y sólo chillaba y chillaba porque ya había pedido ayuda y quería escaparme. Preguntada si llevaba un albornoz, responde no recuerdo en qué momento lo cogí. Planteándole que en el Juzgado de Instrucción a la hora de narrar esta situación del minuto 7:50 al 8:29 dijo yo me quedé en la puerta y él cogió unas tijeras y cortó la brida, en ese momento fui a por el albornoz para taparme , y hoy relata que se quedó en shock en la puerta, que no puede salir, que no sabe cuándo coge el albornoz, manifiesta no lo recuerdo , lo que sí recuerda exactamente es lo que este hombre me hizo a mí, sin que yo quisiera, sin que yo le diera consentimiento a que me tocara, a que me pusiera la brida en el cuello, a que casi me ahogara, a que yo quisiera que me violara por favor, que no, en ningún momento, ese hombre me obligó, y no pude salir no, me bloqueé, no sé porque, siempre me he echado la culpa porque no me fui en ese momento que pude, y luego seguía y yo seguía pidiendo ayuda hasta que llegó mi padre".

En fase de instrucción, en respuesta a las preguntas de la Juez de Guardia, la Sra. Nieves minutos 7:53 declara:

*"me sacó de la ducha y yo sin soltarme y pudimos salir hasta la mitad del baño y yo le decía no me ahogues por favor , no me mates, los niños por favor, no me mates y me dice un click más y te parto el cuello y yo notaba como el click y yo me callo me callo, él no chilles, salimos al pasillo y yo intenté hacer, no sé cómo pude , de puntillas me cogió y me zarandeeé con él sin soltar la mano de la brida porque me ahogaba , me ahogaba y pude ir hasta la puerta de entrada y él fue detrás mío y yo la abría y él la cerraba , la abría y la cerraba, hasta que la vecina Prima me dijo nena abre, qué te pasa, estás bien, y yo le dije que llamara a mis padres que están abajo, y él cerraba y le dije suéltame no me toques, suéltame la brida por favor y, me quedé en la puerta y él cogió algo, unas tijeras y me cortó la brida, en ese momento fui corriendo al baño a por el albornoz para taparme y a por ropa".*

Y a preguntas de la Defensa del ahora recurrente, minuto 17:51, preguntada que hace en el momento en que el acusado va por las tijeras para cortar la brida, manifiesta "quedé en estado de, sentada al lado de la puerta, agachada, porque no sabía qué hacer, temblando y yo vi que Prima había ido a avisar a mi padre abajo. Y que cuando él le corta la brida es cuando yo corriendo a taparme o algo y es cuando viene mi padre y le ve todavía detrás de mí".

En este punto sobre el requisito de la persistencia en la incriminación se estima de oportuna cita, entre otras muchas, la [STS 773/2013 \(LA LEY 158619/2013\)](#), de 21 de octubre, que señala: "La defensa parece exigir a la víctima una rigidez en su testimonio que, de haber existido, sí que podría ser interpretada como una preocupante muestra de fidelidad a una versión elaborada anticipadamente y que se repite de forma mecánica, una y otra vez, con el fin de transmitir al órgano jurisdiccional una sensación de persistencia en la incriminación. Algunos de los precedentes de esta Sala ya se han ocupado de reproches similares en casos de esta naturaleza. Y hemos precisado en numerosas ocasiones que la persistencia no exige una repetición mimética, idéntica o literal de lo mismo sino la ausencia de contradicciones en lo sustancial y en lo relevante. No son faltas de persistencia el cambio del orden en las afirmaciones, ni las sucesivas ampliaciones de éstas cuando no se afecta la coherencia y la significación sustancial de lo narrado; ni la modificación del vocabulario o de la sintaxis, es decir de las formas expresivas, cuando con unas u otras se dice lo mismo; ni los cambios en lo anecdótico o en lo secundario cuando solo implican falta de certeza en lo accesorio, pero no en lo principal que es lo que por su impacto psicológico permanece en la mente de la víctima, salvo en los casos en que los cambios narrativos de lo secundario evidencien tendencia a la fabulación imaginativa, valorable en el ámbito de la credibilidad subjetiva (cfr. SSTS 511/2012, 13 de junio (LA LEY 97287/2012) ; 238/2011, 21 de marzo (LA LEY 14463/2011); 785/2010, 30 de junio (LA LEY 161995/2010) y ATS 479/2011, 5 de mayo (LA LEY 71959/2011) , entre otras)".

Se aduce también en este apartado, aunque no se enuncia al inicio del mismo, que la Sra. Nieves en ningún momento tuvo intención de escapar de la vivienda y que así lo puso de manifiesto en sus declaraciones, cuando la lógica lleva a pensar que de entender que si su integridad física peligrase hubiese escapado en el lapso de

tiempo que se queda sola en el rellano de la entrada, teniendo en cuenta que la puerta estaba cerrada y el acusado le dejaba absoluta libertad de movimientos.

Este argumento, referente a la verosimilitud ó credibilidad objetiva del testimonio de la Sra. Nieves, tampoco puede acogerse, omitiéndose nuevamente en el recurso la explicación ofrecida por la misma.

La Sra. Nieves explica el shock, bloqueo, que le causó la experiencia que estaba viviendo y que una vez pidió ayuda a Prima, momento en que el acusado va a coger unas tijeras con las que le corta la brida, le impidió reaccionar de otro modo. Explicación que esta Sala entiende que nada tiene de ilógico e incoherente.

Se ha dicho muchas veces por este Tribunal y hemos de insistir nuevamente en ello, que la experiencia diaria de los Tribunales enseña que las reacciones ó respuestas de las víctimas de sucesos traumáticos, como lo es el que estaba viviendo la Sra. Nieves con el añadido que no era explicable en el contexto de las condiciones en las que se venía desarrollando normalmente la relación con el acusado, pueden ser múltiples, sin que el hecho que la víctima sea una mujer adulta y con capacidad de decisión conlleve excluir su dificultad para reaccionar inmediatamente a lo anterior.

En cuanto al testimonio del Agente NUM001 sobre el estado en que se encontraba el acusado, destaca la parte recurrente la mención a que estaba sorprendido, sin embargo nada relevante aporta, pues aun cuando se interpretara dicha apreciación en línea con la versión del acusado de que su actuación estuvo presidida por el propósito de llevar a cabo una fantasía sexual de la Sra. Nieves, que es lo que también manifestó a los Agentes, ha de reiterarse que no existe una base

mínimamente objetiva en la que sustentar no ya la realidad de tal fantasía de la Sra. Nieves sino, lo más importante, datos fácticos para deducir que el acusado pudo creer, fundadamente, que la Sra. Nieves le estaba dijéramos sugiriendo ó invitando a su materialización.

En definitiva, como concluye la Juzgadora de instancia, *el relato de la Sra. Nieves es coherente y los datos objetivos concurrentes, procedentes de los testigos y la prueba pericial y que la Juzgadora ha valorado de forma lógica y racional como elementos de corroboración de la versión de la Sra. Nieves, casan mal ó no son congruentes con el contexto en la que el acusado pretende incardinar los hechos. Ó lo que es lo mismo, su versión de los hechos defendida nuevamente en esta alzada no alcanza el canon de razonabilidad que desautorice la conclusión probatoria alcanzada por la Juez "a quo" en una valoración de la prueba que se estima encuentra perfecto acomodo a la presunción de inocencia que asiste al acusado, y sin que pueda apreciarse error en la valoración probatoria.*

Por todo lo cual consideramos que la Juez "a quo" ha podido declarar como probados los hechos recogidos en el "factum" , Hecho Probado Tercero, objeto de impugnación en el recurso, con la única matización que se ha realizado y que ha dado lugar a la modificación del relato fáctico pero sin que tenga trascendencia jurídica alguna.

**QUINTO.-** Procede ahora abordar la denunciada vulneración del principio acusatorio causante de indefensión en relación a la condena recaída por *delito de lesiones psíquicas dolosas*, que radica en que las pretensiones acusatorias por tal delito se apartan de la delimitación fáctica y jurídica efectuada en el Auto de

procedimiento abreviado, no recurrido por las acusaciones, y que recurrido por la Defensa del acusado, fue confirmado por esta Audiencia Provincial.

El Auto de 10-12-2018 por el que se acuerda la continuación de las diligencias por los trámites del procedimiento abreviado, contiene la siguiente delimitación de hechos punibles:

*"De lo actuado, a saber, declaraciones prestadas en sede de investigación judicial -de perjudicada, de investigado, de testigos-, informe médico forense de sanidad de 24 de febrero de 2018 e informes emitidos por la Unidad de valoración Forense Integral, se desprenden indicios suficientemente racionales para sustentar, con el carácter provisional que corresponde a esta fase del proceso, el siguiente relato fáctico:*

*. Salvador y Nieves mantuvieron una relación de pareja con vínculo conyugal hasta, aproximadamente, principios del año 2016, ejerciendo ambos, tras el divorcio, un sistema de guarda y custodia compartida sobre los hijos comunes por semanas alternas, alternando ambos, asimismo, semanalmente, en el uso del domicilio familiar sito en CALLE000, nº NUM002 de la localidad de DIRECCION001 siendo la relación personal entre ambos, tras el divorcio, de carácter cordial y amistosa.*

*Durante las semanas en que Nieves no ejercía la custodia de sus hijos, residía en el domicilio de sus padres, sito en el mismo edificio que el domicilio familiar, en el piso NUM003.*

*. El día 23 de febrero de 2018, aproximadamente a las 9:30 horas, Nieves, quien no se hallaba en el ejercicio de la custodia de sus hijos, subió, desde el domicilio de sus padres sito en el NUM003 al domicilio familiar sito en el NUM004, coincidiendo en el interior de éste con su ex pareja Salvador, conversando ambos en la cocina durante un rato, tras el cual Nieves dijo a Salvador que iba a ducharse y se dirigió, seguidamente, al cuarto de baño, desnudándose e introduciéndose en la ducha, dejando abierta la puerta del cuarto de baño.*

*. Salvador, acto seguido, interpretando erróneamente la conducta de su ex pareja como una invitación al mantenimiento de relaciones sexuales, actuando con intención de mantener éstas y de poner en práctica una fantasía sexual consistente en simular una "violación", cogió unas bridas, se introdujo en el cuarto de baño, se desnudó y se introdujo, portando las bridas, en la ducha y procedió a colocar éstas en el cuello de su ex pareja, a realizarle tocamientos con ánimo libidinoso en la zona genital y en los*



*pechos y a agarrarla del brazo echándola hacia la pared de la ducha mientras le decía "te voy a violar como tú querías", procediendo Nieves a gritar asustada y a tratar de zafarse del agarre de las bridas introduciendo sus dedos por dentro de éstas, instante en que Salvador se apercibió de la falta de consentimiento de Nieves ante la actitud de ella y al decir ella "déjame, suéltame, que me ahogo", momento en que aquel le dijo "espera, no chilles, cállate, que te saco, te llevo a la habitación y te corto las bridas".*

*Salvador interpretó de modo erróneo el significado de la actitud de su ex pareja como consecuencia de que no comprobó debidamente, habiendo debido hacerlo, cuál era la voluntad y el deseo de ella, habiendo podido representarse mentalmente y con carácter previo, de haber empleado el más mínimo grado de diligencia, la posibilidad de que Nieves no quisiera mantener relaciones sexuales con él, de que viviera la situación como una agresión sexual real y de que, en su consecuencia, pudiera padecer, como consecuencia de su conducta, lesiones de carácter psíquico incluso graves.*

*Asimismo, Salvador actuó asumiendo mentalmente, con carácter previo, la posibilidad de que, consecuencia de su acción de colocar unas bridas en el cuello de su ex pareja y de simular una violación, ésta pudiera padecer lesiones físicas leves en su cuerpo.*

. Como consecuencia de estos hechos, Nieves sufrió las siguientes lesiones físicas: 1) equimosis a lo largo de la mayor parte del perímetro cervical con

molestias a la movilización del cuello; 2) tres equimosis en cara posterior de brazo izquierdo; 3) molestias a la movilización en primer dedo de la mano derecha; 4) cuatro equimosis, una en omoplato izquierdo, otra en espina iliaca anterior derecha y otras dos en el muslo derecho.

Estas lesiones sanaron, sin necesidad de tratamiento específico, en un lapso de 5 días, tres de los cuales estuvo la lesionada impedida para el desarrollo de sus ocupaciones habituales, sanando estas lesiones sin secuelas.

. Asimismo, como consecuencia de estos hechos, Nieves, quien *percibió los hechos como un ataque violento real a su libertad sexual, sufrió y sufre una lesión psíquica consistente en DIRECCION003 para cuya sanidad se halla la misma sometida a tratamiento psiquiátrico y psicoterapéutico*".

Sobre la base de dicha delimitación fáctica la Instructora entiende que los hechos pudiera ser constitutivos de un *delito de lesiones por imprudencia grave* del artículo 152.1.1º (LA LEY 3996/1995) o 2º del Código Penal en relación al artículo 147.1º (LA LEY 3996/1995) o 149 del Código Penal (LA LEY 3996/1995) concurriendo la circunstancia *agravante de parentesco* del artículo 23 del Código Penal (LA LEY 3996/1995) y de un *delito de maltrato físico no habitual* del artículo 153.1 del Código Penal (LA LEY 3996/1995) *con dolo eventual en el ámbito de la violencia de género*, sin perjuicio de la calificación que pueda resultar en definitiva.

Dicho Auto no fue recurrido ni por el Ministerio Fiscal ni por la Acusación Particular, pero sí por la representación del Sr. Salvador en recurso de reforma y subsidiario de apelación para solicitar el sobreseimiento de las actuaciones.

En el Auto de 8-1-2019 resolutorio del recurso de reforma, que lo desestima, la Instructora razona:

*"En primer lugar ha de señalarse que, en efecto, tal y como señala la defensa, no se considera que existan indicios suficientes en esta investigación de que el investigado actuara con intencionalidad de atentar contra la libertad sexual de su ex pareja, siendo éste el motivo por el que, en el relato de hechos del Auto recurrido, no se alude a la presencia de esta intención en el ánimo de aquel, ni se califique provisionalmente el relato fáctico que se atribuye al mismo como constitutivo de delito contra la libertad sexual.*

*Partiendo de lo anterior, hemos de señalar, en segundo lugar, que, entendemos que, vistas las diligencias realizadas en sede de instrucción, sí existen indicios de que el investigado actuó sin cerciorarse debidamente, habiendo debido hacerlo, de la existencia de consentimiento en su ex pareja al mantenimiento de relaciones sexuales con él y, especialmente, de la existencia en ella de una voluntad de escenificar una fantasía sexual en la que se introducía un elemento de riesgo y peligroso para la integridad física de ella, siendo esta imprudencia y esta falta de diligencia o de desprecio sí se quiere por la voluntad ajena la causa directa y eficiente de las lesiones psíquicas y físicas que la denunciante presenta.*

Y es que nos hallamos ante dos progenitores de hijos comunes cuya relación de pareja había cesado hacía más de dos años respecto del día del suceso y que mantenían una relación cordial y amistosa. Es una relación en la que, según relata la denunciante, hacía poco tiempo el denunciado había realizado un gesto de acercamiento físico de índole afectivo/sexual que ella había rechazado con claridad y es una relación en la que no ha quedado en modo alguno acreditado se hubiera producido recientemente ningún tipo de conversación referida a un supuesto deseo de la denunciante de poner en práctica ningún tipo de fantasía sexual ni, en general, ningún tipo de conversación en materia sexual, reconociendo el investigado que esa conversación sobre la fantasía sexual se produjo cuando todavía eran pareja hacía algunos años.

Por ello, el contexto en el que el hecho se produce es un contexto de familiaridad, de intimidad domiciliaria si se quiere, de confianza, pero que no es manifiesta ni obviamente indicativo de la existencia de ningún tipo de intencionalidad sexual en el ánimo de la denunciante y menos aún, de la existencia, en ésta, de un ánimo de realizar con su ex pareja una fantasía sexual consistente en la escenificación de "una violación" que, por su propia naturaleza, lleva implícita un contenido de violencia física o intimidatoria hacia la

*mujer en la ejecución de los actos sexuales y que, por ende, exige de un consentimiento claro, inequívoco, palmario, evidente y obvio en ésta para que pueda llevarse a cabo.*

*Obsérvese en este sentido que el investigado, en su declaración, afirma que, cuando él se introduce en la ducha y besa a su ex pareja y la acaricia, ésta estaba como paralizada aunque no se quita, siendo en el momento en que ella le empieza a empujar cuando a él le viene a la cabeza lo de la fantasía de la violación, procediendo a coger, en ese instante, la brida que previamente había colocado encima de la tapa del water y a colocársela a ella en el cuello. Y es que esta escena en que, a un momento de parálisis de la denunciante, sigue un acto ya activo de ésta consistente en "empujar" o "echar para atrás" al investigado podía y debía haber sido interpretada por éste como un acto de rechazo y, no desde luego, como un acto simulado dirigido a la invitación a escenificar una violación. Cualquier persona, actuando con un grado de diligencia mínima, máxime en un contexto como el que nos ocupa -en que las partes no son pareja desde hace años y en que no hay acuerdo previo sobre el mantenimiento de relaciones sexuales ni, desde luego, sobre la práctica de fantasías sexuales-, puede y debe interpretar esta actitud como un rechazo o, al menos,*

como un gesto de no aceptación plena de lo que está aconteciendo, por lo que puede afirmarse que el investigado, al menos en este momento del desarrollo fáctico, debió haber realizado una acción dirigida a comprobar cuál era realmente la voluntad de su ex pareja.

Pero lejos de ello, el investigado, en lugar de comprobar cuál es la voluntad de su ex pareja, procede, no sólo ya a mantener la acción sexual y a persistir en la ejecución de actos sexuales, sino que lo que hace es aumentar la intensidad y a variar incluso la naturaleza de la escena introduciendo en ésta un elemento peligroso para la integridad de su ex pareja ejecutando con él un acto de clara significación agresiva y violenta para ella como lo es el colocar una brida en su cuello. Es por ello por lo que consideramos existen indicios racionales de la ejecución de estas acciones, por parte del investigado, con un grado de negligencia y de imprudencia tal que colman el elemento subjetivo de la culpa penal como forma de culpabilidad del delito de lesiones que se le atribuye, siempre provisionalmente, en esta causa.

Entendemos, por ello, que el investigado actuó sin comprobar debidamente cuál era el deseo y la voluntad de su ex pareja y que,

*desde luego, le era exigible hacerlo, habiendo debido representarse mentalmente la posibilidad de que la denunciante viviera sus actos como un ataque real a su integridad y a su libertad, hallándose, como antes decíamos, en esta falta de diligencia la causa directa y eficiente de las lesiones psíquicas que la denunciante presenta.*

*Efectivamente, en esta sede de instrucción no puede hablarse en términos de certeza o certidumbre probatoria respecto de la concurrencia de culpa penal como elemento subjetivo del injusto, pero lo que se afirma es que, de las diligencias practicadas, a saber, declaración de la perjudicada, en gran parte de la propia declaración del investigado, del informe de la Unidad de valoración Forense Integral y del informe médico forense de sanidad, se desprenden indicios razonables de que los hechos se produjeron tal y como indiciariamente se relatan y de que, dado el contexto existente en este caso, el investigado actuó sin comprobar debidamente, con la exigible diligencia, si existía o no consentimiento en la denunciante de realizar actos sexuales con él y, especialmente, actos de la naturaleza que nos ocupa consistente en escenificar una violación.*

*Entendemos que, al existir indicios de esta falta de diligencia en el investigado, éstos son los términos en los que debe discurrir el debate en el acto del juicio oral y a los que debe ceñirse la prueba que se practique en el mismo al tener que ir la misma dirigida a la acreditación o falta de acreditación de la concurrencia, en el espíritu del investigado, de culpa o imprudencia, como elemento subjetivo del injusto y como elemento del delito de lesiones por imprudencia que se atribuye, principalmente, al mismo en el seno de este proceso".*

Por Auto de 26-4-2019 la Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación y confirma el Auto de procedimiento abreviado, con la siguiente fundamentación (FD Segundo):

*"La discrepancia del recurso se refiere no tanto a los propios hechos como a la interpretación, a las conclusiones que de los mismos se extraen en cuanto a que el apelante interpreto de manera errónea el significado de la actitud de su ex pareja y no comprobo debidamente la voluntad de la denunciante, por lo que integra los hechos en el delito de lesiones por imprudencia grave y un delito de maltrato no habitual.*

...



*En este punto y proyectando la doctrina anterior al supuesto concreto de autos, partiendo de que se no discrepa de la conclusión de las diligencias, de que no son necesarias más diligencias, lo que debiera analizarse sera lo actuado teniendo en cuenta que en esta fase procesal, como se ha expuesto, en cuando a la finalidad de la resolución que es impugnada no es precisa la prueba plena de la concurrencia de los elementos del tipo penal, sino que es bastante la existencia de indicios suficientes para la continuación de las diligencias, en concreto, aun cuando se entendiera la existencia de versiones contradictorias, en la mantenida por el denunciado y la posible existencia de la errónea interpretación de la actitud de la denunciante, y de otro, la versión mantenida por la misma y la vivencia de la misma, evidenciada la existencia de las lesiones implican la existencia de indicios, cuando menos, de los tipos a los que alude la resolución recurrida por lo que procede la continuación del procedimiento, debiendo las restantes cuestiones valorarse en el plenario".*

El Ministerio Fiscal, en escrito de conclusiones provisionales fecha 24 de noviembre de 2011 (folio 235), califica los mismos como delito de maltrato no habitual del [art. 153 CP. \(LA LEY 3996/1995\)](#)

Y la Acusación Particular (folio 240) como un delito de agresión sexual en grado de tentativa del art, 178 y 180.1ª y 5ª del Código Penal, y un delito de lesiones del artículo 147 del Código Penal (LA LEY 3996/1995) en relación al artículo 148.1º (LA LEY 3996/1995) y 4ª CP concurriendo la circunstancia agravante de parentesco del artículo 23 CP. (LA LEY 3996/1995)

Por Auto de fecha 5-7-2019, se acuerda la apertura de juicio oral y se tiene por formulada acusación contra Salvador por un delito de lesiones del art. 147 en relación con el art. 148.4 del Código Penal (LA LEY 3996/1995) y un delito de maltrato no habitual del art. 153.1 del C.P. (LA LEY 3996/1995)

No ha lugar a la apertura del juicio oral por el delito de agresión sexual, toda vez que en el Auto de procedimiento abreviado de fecha 10 de diciembre de 2018 no se describen hechos que puedan ser constitutivos de este delito.

A la vista de lo actuado, la primera consideración que ha de hacerse es que la valoración de los elementos subjetivos de los tipos penales o cuestiones relacionadas con la culpabilidad no ha de llevarse a cabo necesariamente en el acto del juicio oral, pudiendo abordarse la existencia o no de indicios de su concurrencia al tiempo del dictado del Auto de procedimiento abreviado.

Citaremos la Sentencia del Tribunal Supremo de 25-4-2018, nº 202/2018 (LA LEY 40254/2018), rec. 1524/2017:

*"...conviene despejar..., otra cuestión que aparece en el argumentario de la entidad recurrente: dilucidar si es propio de esta*

*fase valorar los elementos subjetivos o la concurrencia o no de un ánimo de ofender (eludimos ahora la temática relativa a que la exigencia de unos animi específicos en los delitos de injuria y calumnia que representarían un plus respecto al dolo genérico es teoría poco compatible con el actual diseño legal de esas infracciones). Se dice que ese tema debe quedar reservado al plenario. Sería incorrecto anticiparlo a etapas anteriores abortando precipitadamente el proceso. Es argumento que también aflora en alguna de las resoluciones previas del Instructor dictadas en este concreto asunto.*

*No es compartible esa apreciación, por más que esa sea una tesis tradicionalmente defendida en nuestra doctrina y en alguna jurisprudencia que interpretaban "los indicios racionales de criminalidad" del [art. 384 CP \(LA LEY 3996/1995\)](#) en clave objetiva (referencia exclusiva a la tipicidad objetiva); lo que se trasladaría al actual auto de prosecución sustitutivo en gran medida del clásico procesamiento (juicio de acusación) en el procedimiento abreviado.*

*Se arguye que el Instructor no debería entrar a valorar los elementos del tipo subjetivo o las causas de exclusión de la antijuricidad (como la legítima defensa). Debe ser suficiente a fin*

*de decidir sobre la necesidad de proseguir el procedimiento constatar la concurrencia de los presupuestos objetivos de la tipicidad, lo que determinará la necesidad del procesamiento, si es un procedimiento ordinario; la conversión en procedimiento abreviado en otro caso (art. 779). La existencia o no, por ello del animus iniuriandi, sería algo -se ha sostenido- que sólo el Tribunal podrá apreciar en la sentencia. La inexistencia de esos elementos internos (ánimo de ofender: animus iniuriandi o calumniandi) debería dilucidarse en el juicio oral, sin que pueda erigirse en motivo para abortar prematuramente el proceso.*

*De este entendimiento se ha hecho eco una vieja práctica, sin sólido respaldo legal, que ha venido sosteniendo que sería suficiente con una constatación de la concurrencia, al menos indiciaria, de los elementos objetivos de la infracción, sin que en tal fase procesal previa sea dable indagar sobre cuestiones anímicas.*

*Ha de rechazarse rotundamente esa vieja teoría.*

*De aceptarla, la coherencia abocaría a procesar a toda persona que haya realizado una acción típica, aunque esté amparada por una causa de justificación (elementos subjetivos de justificación). A*

esta observación básica se unen otras palmarias razones de economía procesal que en el régimen constitucional constituyen algo más que un tributo a pagar al pragmatismo. Es una exigencia engarzable en el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas ( [art. 24.2 CE \(LA LEY 2500/1978\)](#) ). Alargar un proceso de forma innecesaria es dilación no debida. Debe por ello permitirse al Instructor valorar esas causas de exención para no postergar innecesariamente la decisión del proceso y, sobre todo, la injusticia que supondría someter a una persona a un juicio oral, cuando se puede evidenciar ya que es penalmente irresponsable. "Criminalidad" a los efectos de los [arts. 384 \(LA LEY 1/1882\)](#) o [783 LECrim \(LA LEY 1/1882\)](#) es algo más que "tipicidad objetiva". Por "criminalidad" hay que entender la existencia de un delito con todos sus elementos . Por tanto, el Instructor, en el momento de dictar o denegar el auto de procesamiento, se encuentra a estos efectos en idéntica posición que la Audiencia a la hora de dictar sentencia. La única variante es que al Instructor le basta la existencia de una probabilidad para decretar el procesamiento (o abrir el juicio oral, o decretar la conversión en abreviado-art. 779.1.4ª-), en tanto que la Audiencia para llegar a un pronunciamiento condenatorio necesitará certeza. En lo demás, la posición es idéntica. Si el Instructor aprecia la existencia de una causa de justificación (v.gr.

*ejercicio legítimo de la libertad de información), razones que pueden llevar a la inculpabilidad (error sobre la falsedad de la imputación o un error de tipo) o una excusa absolutoria, deberá denegar el procesamiento o la apertura del juicio oral por no existir indicios de "criminalidad".*

La única salvedad que en un plano teórico hay que efectuar a este planteamiento es la relativa a las causas de inimputabilidad que llevan aparejadas medidas de seguridad. En tales casos es preceptivo entrar en el juicio oral no ya porque no pueda constatar esas circunstancias el Instructor (en muchas ocasiones contará con elementos sobrados para ello) sino porque se hace imprescindible el plenario para decidir sobre la imposición o no de medidas de seguridad, a veces más gravosas que la propia pena, dando oportunidad para una defensa plena. Y, es que, en esos casos, aunque la sentencia sea formalmente absolutoria, encierra una condena al sometimiento a una medida de seguridad.

Es todo esto predicable de los supuestos de injuria y calumnia. Otra interpretación, aparte de no contar con base legal suficiente, supondría someter injustificadamente al querellado a las cargas que se derivan del juicio oral y, además, se traduciría en una vulneración indirecta del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. No sólo el derecho del querellado que tendría que esperar al juicio oral, con todas las demoras, cargas y coste social que ello puede comportar, para obtener una definitiva resolución exculpatoria cuya procedencia era constatable ya desde antes; sino también del propio querellante, que no verá expedita la vía civil hasta que esté definitivamente resuelta la causa penal.

El ATC de 20 de junio de 1988 convalida la legitimidad constitucional de esta interpretación. El auto de archivo de las diligencias previas seguidas por querrela por injurias, al estimarse que no concurría el animus iniuriandi, fue recurrido en amparo por el querellante. El citado ATC inadmitió a trámite la demanda por considerar que las razones esgrimidas relativas a la ausencia de ese elemento subjetivo eran suficientes para acordar la no continuación del procedimiento penal".

También el Auto del Tribunal Supremo 29-01-2021, rec. 20179/2020 (LA LEY 1634/2021) , que aunque referido al trámite de admisión ó inadmisión de la querrela, se pronuncia sobre la posibilidad del examen de la concurrencia de indicios de los elementos subjetivos como sigue:

*"...De modo que la presentación de una querrela no conduce de manera forzosa o ineludible a la incoación de un procedimiento penal, sino que se precisa la realización de una inicial valoración jurídica de la misma, de conformidad con las consideraciones expuestas, que puede conducir a su no admisión a trámite sin más.*

*Tal inadmisión, por otra parte, no vulnera la tutela judicial efectiva del querellante en su vertiente de acceso a la jurisdicción, dado que es doctrina constitucional reiterada la que señala que el ejercicio de la acción penal no comporta un derecho incondicionado a la apertura y plena sustanciación del proceso, sino solamente a un*

*pronunciamiento motivado del Juez sobre la calificación jurídica que le merecen los hechos, expresando, en su caso, las razones por las que inadmite su tramitación (cfr. STC núm. 31/1996, de 27 de febrero (LA LEY 3651/1996) , que se hace eco de las SSTC núm. 111/1995, de 4 de julio (LA LEY 2591-TC/1995) ; 157/1990, de 18 de octubre (LA LEY 1561-TC/1991) ; 148/1987, de 28 de septiembre (LA LEY 870-TC/1987) ; y 108/1983, de 29 de noviembre (LA LEY 228-TC/1984) )".*

A esos conocidos parámetros se ha de ajustar nuestra decisión.

Ahora bien, de ahí no puede extraerse la inasumible conclusión de que de ese análisis preliminar han de erradicarse todos los elementos del tipo subjetivo . El estudio, indagación, apreciación o ponderación de intencionalidades, conocimiento, propósitos, dolo y en general cualquier elemento subjetivo vinculado al delito o delitos invocados, necesariamente habrían de quedar aplazados a momentos posteriores, con la investigación ya iniciada.

No es correcta esa estimación que, aunque pudo gozar de alguna virtualidad (no solo para este vestibular momento procesal, sino también al perfilarse los presupuestos de un auto de procesamiento) y contó en su apoyo con alguna construcción teórica, está ya abiertamente contradicha no solo por algunos precedentes de forma explícita, sino sobre todo por una praxis concorde y sin fisuras que parte de esa posibilidad: ¡claro que es posible rechazar a limine una querrela por no aparecer la mínima base indiciaria en que sustentar el dolo, o la



intencionalidad, o el ánimo exigido por una figura penal! En sede de procesamiento, donde se produjo una polémica paralela, se entiende hoy que los indicios racionales de criminalidad ( [art. 384 LECrim \(LA LEY 1/1882\)](#) ) no se refieren solo el tipo objetivo, sino que reclaman también valorar elementos subjetivos y factores vinculados a la antijuricidad, culpabilidad o punibilidad.

De ser de otra forma -y discúlpese que se acuda a un ejemplo un tanto grotesco por dar mayor expresividad a la idea-, la querrela por las lesiones derivadas de un atropello tendría que ser admitida a trámite cualquiera que sea la entidad de los daños, con el argumento de que todos los elementos objetivos del delito del [art. 148 CP \(LA LEY 3996/1995\)](#) aparecen cubiertos. Ya llegará el momento en la fase de investigación, tras interrogar al conductor imputado, entre otras diligencias, de formarse criterio sobre su intencionalidad o falta de ella!

No. Un relato de hechos en el que esté ausente la afirmación del tipo subjetivo del delito objeto de querrela, o que carezca de toda base razonable en ese particular, permite y obliga al rechazo de la querrela. Otra cosa es que, al igual que se hace con todos los elementos -tanto objetivos como subjetivos -, el dato de que no pueda ser excluida la hipótesis de su concurrencia que se presenta como posibilidad indiciariamente razonable comporte la necesidad de abrir las puertas del procedimiento penal para esclarecer ese extremo, así como cualesquiera otros que deban acreditarse para exigir responsabilidad penal".

En el mismo sentido el Auto del Tribunal Supremo de 25-5-2022, rec. 4382/2020 (LA LEY 105006/2022), con remisión a la Sentencia primeramente citada:

*"Hay que salir al paso de una objeción que contienen ambos recursos: procesalmente no tendría el órgano judicial (bien sea el Instructor, bien la Audiencia) capacidad de cerrar el debate de forma anticipada por razones relacionadas con elementos internos o con la culpabilidad. Sería necesario esperar al Plenario. Por tanto, procesalmente incorrecto decretar un sobreseimiento por falta de indicios del necesario conocimiento o de otros elementos ligados al tipo subjetivo.*

*No podemos suscribir la tesis de que las cuestiones sobre culpabilidad, o sobre la concurrencia o no de dolo, han de relegarse necesariamente al plenario, de forma que eso no podría quedar solventado antes, estando impedido tanto el Juzgado de Instrucción como la Audiencia para abortar un procedimiento antes del juicio oral por considerar que no hay elementos suficientes para sostener la culpabilidad*

*Hay que rechazar esa idea que aletea en algunos de los argumentos que leemos en los recursos. Lo hacemos sirviéndonos del discurso que desarrolla la STS 202/2018, de 25 de abril (LA LEY 40254/2018) ".*

Desde lo anterior, atendiendo al Auto de procedimiento abreviado y "ex abundatia" al Auto que resuelve el recurso de reforma, se estima que no ofrece duda que el delito de agresión sexual y el delito de lesiones psíquicas dolosas quedaron excluidos como objeto del proceso, al concluir la Instructora la no concurrencia de indicios del elemento subjetivo, dolo, de dichos tipos penales.

Tal y como se resolvió la cuestión por la Instructora, el acusado parte de un error vencible y evitable (error de tipo del [art. 14 del Código Penal \(LA LEY 3996/1995\)](#), representación falsa de la realidad), pues pudo comprobar que la Sra. Nieves no prestaba su consentimiento, pero no lo hizo y su actuación la realizó creyendo que la misma estaba conforme con mantener el contacto sexual pretendido por el mismo. Se razona por ello que las lesiones psíquicas se enmarcan en un delito de imprudencia grave del [art. 152.1.1º ó 2º CP \(LA LEY 3996/1995\)](#) en relación al [art. 147.1º ó 149 CP \(LA LEY 3996/1995\)](#), es decir, el acusado no quería con su acción causar el daño psíquico producido que se ocasionó, concurriendo la agravante de parentesco del [art. 23 CP \(LA LEY 3996/1995\)](#), y un delito de maltrato no habitual del [art. 153.1 CP \(LA LEY 3996/1995\)](#) con dolo eventual en el ámbito de la violencia de género.

Aunque no existe en la Parte Dispositiva del Auto de procedimiento abreviado un pronunciamiento expreso de sobreseimiento respecto del delito de lesiones psíquicas dolosas, tampoco existe un tal pronunciamiento respecto del delito de agresión sexual, lo que no ofrece duda es que no nos encontramos ante un sobreseimiento implícito, que es lo que rechaza la jurisprudencia del Tribunal Supremo, existiendo por el contrario un pronunciamiento concreto y específico con respecto a los citados delitos, descartándolos, marcando el objeto del proceso.

Siendo así, el motivo deberá ser estimado, declarando la vulneración denunciada, sin que las razones expuestas por la Juzgadora sean asumibles, ya que el problema no radica en los límites de la modificación de conclusiones y el uso de los mecanismos procesales habilitados para hacer frente a esa eventualidad, sino que el precitado Auto de procedimiento, alcanzado firmeza, produce efectos vinculantes para el juicio oral y *no puede prosperar la acción penal respecto del delito de lesiones psíquicas del art. 147 C.P. (LA LEY 3996/1995) , cuando, en el parecer de la Instructora, no existían indicios racionales de criminalidad para sostener el dolo del recurrente acusado.*

El delito de lesiones psíquicas del artículo 147 del Código Penal (LA LEY 3996/1995) en relación al artículo 148.1º (LA LEY 3996/1995) y 4ª CP , debía haberse excluido del Auto de la apertura de juicio oral, al igual que se excluyó el delito de agresión sexual en grado de tentativa del art. 178 (LA LEY 3996/1995) y 180.1ª (LA LEY 3996/1995) y 5ª del Código Penal.

Y es que si la jurisprudencia del Tribunal Supremo tiene reiterado que ni el auto de continuación por los trámites del procedimiento abreviado , ni el auto de apertura de juicio oral, limitan las posibles interpretaciones jurídicas de los hechos objeto de investigación, sin que la subsunción que se haga de ellos por parte del Juez de instrucción sea vinculante para las acusaciones, ello es así siempre que no concurra una decisión de sobreseimiento en el Auto de procedimiento abreviado, como es el caso.

Se hace preciso reseñar la doctrina más reciente del Tribunal Supremo nº 269/2020, de 29 de mayo (LA LEY 47619/2020), en un supuesto muy similar al presente, en el que concluye haberse infringido el derecho a la tutela judicial

efectiva en cuanto la calificación de los hechos llevada a cabo por el Tribunal de instancia no respeta la calificación jurídica de los mismos realizada por el instructor así como en su vertiente de invariabilidad de resoluciones judiciales firmes:

*"1. Los dos primeros motivos de los recursos presentados por los acusados Romualdo y Secundino son coincidentes y se desarrollan conjuntamente, y en los mismos se alega infracción de precepto constitucional, al amparo del [art. 852 LECrim. \(LA LEY 1/1882\)](#) y [5.4 LOPJ \(LA LEY 1694/1985\)](#), en relación con el [art. 24 CE \(LA LEY 2500/1978\)](#) , derecho a un proceso con todas las garantías y a la tutela judicial efectiva, en relación al principio de intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes y al principio de seguridad jurídica, así como al derecho a la tutela judicial efectiva en relación con la proscripción de indefensión.*

*Se denuncia en ambos motivos que, tanto de los hechos como de los fundamentos de derecho del auto de transformación en procedimiento abreviado , confirmado por la Audiencia, únicamente podía imputarse y juzgarse a los acusados por un delito de lesiones, al haber sido expresamente sobreseídas las acusaciones por delito de tortura, delito de falsedad documental y delito de*

*detención ilegal en el auto de transformación, confirmado por la Audiencia Provincial.*

*Este sobreseimiento expreso de los delitos de tortura, delito de falsedad documental y detención ilegal provoca el aquietamiento de la defensa a la hora de recurrir el Auto de Transformación, en la fundada convicción de que se enjuiciarían los hechos que sólo podrán ser constitutivos de un delito de lesiones. No solo el Auto de Transformación de fecha 11/11/2008 delimitó el objeto de las actuaciones, sino que el último auto de apertura de juicio oral, dictado el 30 de junio de 2016, solo abre juicio por el delito de lesiones (T VII, f. 129).*

*La sorpresiva introducción del delito de torturas en el Auto de Apertura de Juicio Oral de fecha 27 de febrero de 2012 -cuando estaba expresamente sobreseído- (Tomo V f. 955), no sólo causa la indefensión aludida por imposibilidad de recurrir tal calificación ante el órgano superior, sino que vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías, la seguridad jurídica y la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes, al introducir en el Plenario unos hechos que de ninguna manera pueden ser constitutivos de delito de torturas o detención ilegal y una calificación jurídica que burla el*

*filtro establecido por el Instructor y por la Audiencia Provincial mediante la delimitación fáctica y jurídica del Auto de Transformación.*

*La sentencia de instancia, consciente de que los hechos relatados en el Auto de Transformación no son constitutivos de torturas, o detención ilegal, intenta subsanar tal filtro introduciendo el delito contra la integridad moral y condenando a los acusados por tal delito.*

*Alegaciones que fueron planteadas como cuestión previa al inicio de la vista y desestimadas en la sentencia de instancia.*

*2. Al respecto a la tutela judicial invocada y proscripción de la indefensión esta Sala ha dicho (Cfr SST 245/2012, de 27-3 (LA LEY 36447/2012); nº 485/2012, de 13-6; [27-9-2011, nº 964/2011 \(LA LEY 186220/2011\)](#), nº 285/2019, de 30-5), que la tutela judicial exige que la totalidad de las fases del proceso se desarrollen sin mengua del derecho de defensa, y así la indefensión, para cuya prevención se configuran los demás derechos instrumentales contenidos en el párrafo 2 del [art. 24 CE \(LA LEY 2500/1978\)](#), se concibe con la negación de la expresada garantía SSTC 26/93, de*

25.1 (LA LEY 2121-TC/1993) y 316/94, de 28.11 (LA LEY 13072/1994)).

Así, resulta conveniente analizar los rasgos de este concepto que la [LOPJ \(LA LEY 1694/1985\)](#) convierte en eje nuclear de su normativa. La noción de indefensión, junto con la de finalidad de los actos procesales que se menciona también en el art. 240.1, se convierte en elemento decisivo y trascendental, que cobra singular relieve por su naturaleza y alcance constitucional. Es indudable que el concepto de indefensión comprendido en los [arts. 238.3 \(LA LEY 1694/1985\)](#) y [240 LOPJ \(LA LEY 1694/1985\)](#) ha de integrarse con el mandato del [art. 24.1 CE \(LA LEY 2500/1978\)](#) sobre la obligación de proporcionar la tutela judicial efectiva sin que en ningún caso pueda producirse indefensión, aunque ello no signifique en la doctrina constitucional que sean conceptos idénticos o coincidentes.

Se ha expuesto, como primero de los rasgos distintivos, la necesidad de que se trate de una efectiva y real privación del derecho de defensa; es obvio que no basta con la realidad de una infracción procesal para apreciar una situación de indefensión, ni es bastante tampoco con invocarla para que se dé la necesidad de



*reconocer su existencia: no existe indefensión con relevancia constitucional, ni tampoco con relevancia procesal, cuando aun concurriendo alguna irregularidad, no se llega a producir efectivo y real menoscabo del derecho de defensa con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses de la parte afectada, bien porque no existe relación sobre los hechos que se quieran probar y las pruebas rechazadas, o bien, porque resulte acreditado que el interesado, pese al rechazo, pudo proceder a la defensa de sus derechos e intereses legítimos. La indefensión consiste en un impedimento del derecho a alegar y demostrar en el proceso los propios derechos y, en su manifestación más trascendente, es la situación de que el órgano judicial impide a una parte en el proceso el ejercicio del derecho de defensa, privándola de su potestad de alegar y justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos o para replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del indispensable principio de contradicción, ( SSTC 106/83 (LA LEY 427/1983), 48/84 (LA LEY 47281-NS/0000), 48/86 (LA LEY 73008-NS/0000), 149/87 (LA LEY 94674-NS/0000), 35/89 (LA LEY 116668-NS/0000), 163/90 (LA LEY 1559-TC/1991), 8/91 (LA LEY 58126-JF/0000), [33/92 \(LA LEY 1889-TC/1992\)](#), 63/93 (LA LEY 2152-TC/1993), 270/94 (LA LEY 13026/1994), 15/95 (LA LEY 13015/1995)).*

*No basta, por tanto, con la realidad y presencia de un defecto procesal si no implica una limitación o menoscabo del derecho de defensa en relación con algún interés de quien lo invoca, sin que le sean equi, 181/94 y 316/94).*

*En definitiva, no son, por lo general, coincidentes de manera absoluta las vulneraciones de normas procesales y la producción de indefensión con relevancia constitucional en cuanto incidente en la vulneración del derecho fundamental a un proceso justo que establece el [art. 24 CE \(LA LEY 2500/1978\)](#) . Así la STS 31.5.94, recuerda que el Tribunal Constitucional tiene declarado, de un lado, que no toda vulneración o infracción de normas procesales produce "indefensión " en sentido constitucional, pues ésta solo se produce cuando se priva al justiciable de alguno de los instrumentos que el ordenamiento pone a su alcance para la defensa de sus derechos con el consiguiente perjuicio SSTC 145/90 (LA LEY 1560-TC/1991) , 106/93 (LA LEY 2190-TC/1993), 366/93 (LA LEY 2442-TC/1993)), y de otra, que para que pueda estimarse una indefensión con relevancia constitucional que sitúe al interesado al margen de alegar y defender en el proceso sus derechos, no basta con una vulneración puramente formal sino que es necesario que con esa infracción formal se produzca ese efecto*

*material de indefensión, un menoscabo real y efectivo del derecho de defensa, ( SSTC 153/88 (LA LEY 3615-JF/0000) (, 290/93 (LA LEY 2350-TC/1993)).*

*3. Como tiene dicho esta Sala en la sentencia 1088/1999, de 2 de julio "La información al sujeto pasivo del procedimiento penal acerca del objeto del mismo, en lo que pueda afectarle, constituye un elemento esencial para el ejercicio del derecho de defensa, tanto durante la instrucción como en el juicio, pero precisamente por ello tiene sus propios momentos y trámites procesales que no hacen recaer dicha función esencial sobre la resolución que acuerda la conclusión de la instrucción y apertura de la fase intermedia. Dichos momentos son: a) en fase de instrucción, el traslado judicial de la imputación a la persona afectada, antes o en el momento de recibirle declaración como imputado, instruyéndole de sus derechos y facultándole para intervenir en la instrucción, pudiendo formular las alegaciones que estime oportunas para su defensa y solicitar cuantas diligencias estime pertinentes ( [art. 118 \(LA LEY 1/1882\)](#) y [789.4º de la L.E.Criminal \(LA LEY 1/1882\)](#)). Con ello se posibilita el ejercicio pleno del derecho de defensa, respecto de los hechos que han sido objeto de imputación judicial, durante la instrucción del procedimiento . b) En la fase intermedia -ya en*

*calidad de acusado y no de mero imputado- cuando se le da traslado de la acusación ( [art. 790.6º L.E.Criminal \(LA LEY 1/1882\)](#) ), una vez que ésta se ha formulado por quien debe hacerlo (las partes acusadoras y no el Juez de Instrucción), información que le faculta para ejercitar con plenitud su derecho de defensa cara al juicio oral, formulando su calificación alternativa y planteando los medios de prueba que estime pertinentes.*

*Es decir, que el conocimiento de los hechos que configuran la imputación debe proporcionarse al imputado desde el comienzo de la instrucción, para que éste pueda ejercitar su defensa durante la misma, y el conocimiento de los hechos que constituyen la acusación debe trasladarse al acusado desde que se formule por las partes acusadoras, acusación que no puede dirigirse contra personas que no hayan adquirido previamente la condición de imputadas ( S.T.C. 186/1990 (LA LEY 1589-TC/1991)), o referirse a hechos diferentes de los que han sido objeto de contradicción durante la instrucción.*

*Si el Instructor acuerda la conclusión de las diligencias previas y su transformación en procedimiento abreviado , dictando la resolución prevenida en el párrafo 1º del [art. 790 de la L.E.Criminal \(LA LEY](#)*

*1/1882), lo hace en función de los hechos que han sido objeto de imputación, sobre los que ha girado la instrucción de las diligencias previas y que deben ser perfectamente conocidos por el imputado. En consecuencia el antecedente fáctico de esta resolución transformadora del procedimiento puede configurarse, ordinariamente, por remisión a los hechos sobre los que ha versado la instrucción, sin que ello ocasione indefensión alguna al imputado..."*

En el ámbito del procedimiento abreviado , antes de la modificación introducida por la [Ley 38/2002, de 24 de octubre \(LA LEY 1490/2002\)](#) , no existía ninguna expresa resolución judicial de imputación que sirviera para concretar judicialmente el objeto del proceso. Esa carencia fue sustituida, con más voluntad que base legal, en la jurisprudencia constitucional por la declaración como imputado. Sin la previa adquisición del status de imputado, a través de la citación y declaración en tal calidad, no era procesalmente viable la acusación. Subjetiva (imputado) y objetivamente (hechos objeto de interrogatorio) se fijaba así en la fase de instrucción el thema decidendi del proceso. Esa delimitación habría de pasar luego otros dos filtros: el escrito de acusación dirigido contra ese imputado; y la apertura del juicio oral. En los aspectos objetivos la delimitación a cargo del órgano judicial mediante la declaración como imputado quedaba, con la anterior regulación, ciertamente difuminada.

La reforma de 2002 arrojó alguna luz en esta materia acogiendo la doctrina del Tribunal Constitucional reforzada por la exigencia de una específica delimitación

en el auto de conclusión de las diligencias previas (art. 779.1.4ª): "si el hecho constituyera delito comprendido en el art. 757, seguirá el procedimiento ordenado en el capítulo siguiente. Esta decisión, que contendrá la determinación de los hechos punibles y la identificación de la persona a la que se le imputan, no podrá adoptarse sin haber tomado declaración a aquélla en los términos previstos en el art. 775". La declaración como imputado/investigado se configura así legalmente como una actuación definidora del objeto del proceso y de las personas contra las que se dirige. Los hechos contemplados en el auto indicado, así como las personas que la misma resolución declare imputadas a las que deberá haberse recibido declaración previa en esta condición, fijan el ámbito del proceso al que han de ajustarse los ulteriores trámites.

Tras los escritos de acusación, el auto de apertura del juicio oral determinará con carácter definitivo el objeto del debate. En dicho auto se limita el Instructor a realizar un juicio de razonabilidad de la acusación y de la procedencia de celebrar juicio oral o en su caso decretar el sobreseimiento (art. 783.1).

La acusación por unos hechos en el procedimiento abreviado exige según se ha visto unos presupuestos:

a) Que el imputado haya sido informado de los hechos y haya declarado (o al menos, haya podido declarar) sobre ellos. A esta idea se refirió en extenso la muy conocida STC 186/1990, de 15 de noviembre (LA LEY 1589-TC/1991) .

b) Que en el auto de transformación ( [art. 779.1.4 LECrim \(LA LEY 1/1882\)](#) ) se haya ordenado proceder por tales hechos: es un filtro que ha de efectuar el Juez de Instrucción depurando el objeto procesal de forma que expulse mediante el

sobreseimiento aquellos hechos investigados respecto de los que no haya indicios fundados de comisión; y ordene la prosecución respecto de aquellos otros que cuentan con una base indiciaria sólida. Es esta una primera vertiente del irrenunciable juicio de acusación que en el procedimiento abreviado aparece de forma no muy lógica desdoblado en dos momentos diferentes complementarios. Esta función de esta resolución que o no tenía en la normativa anterior a la reforma de 2002, o que aparecía de forma muy desvaída, fue recuperada o, mejor, introducida por tal modificación legislativa.

c) Que exista una parte legitimada que formule acusación por tales hechos.

d) Que el Juez de Instrucción a la vista de la acusación realice una nueva evaluación (segundo filtro del juicio de acusación) constatando si son típicos y si hay fundamento para abrir el juicio oral (en este segundo aspecto se reproduce una valoración del material que ya debió efectuarse antes). En caso contrario habrá de decretar el oportuno sobreseimiento.

4. Con la secuencia procesal indicada, la ley quiere garantizar también en la fase de investigación el derecho de defensa y la presencia de una valoración judicial sobre la fundabilidad de la acusación (para evitar acusaciones infundadas que, por más que acaben rechazadas en una futura sentencia absolutoria, siempre producen perjuicios). La fase de investigación tiene por objeto, preparar el juicio oral, pero también una función de filtro: evitar la apertura de juicios innecesarios.

Esa secuencia no se ha respetado escrupulosamente en este procedimiento . El auto de transformación de procedimiento abreviado de fecha 11 de noviembre de 2008 (folio 724), se dictó por el Juzgado de Instrucción 4 de Elda por un delito de

lesiones respecto de los agentes de Policía Nacional de DIRECCION004 con carné n° NUM000, NUM001, NUM002 y NUM003, una falta de respeto y desobediencia a la autoridad y falta de amenazas, en relación a Arsenio y sobreseimiento provisional respecto del agente n° NUM005.

En dicho auto , si bien no existe un pronunciamiento expreso de sobreseimiento en la parte dispositiva con respecto a los delitos de detención ilegal, delito de falsedad documental y por el delito de torturas, la fundamentación del mismo si contiene un pronunciamiento concreto y específico con respecto a los citados delitos, marcando el objeto del proceso, y expulsando del mismo aquellos hechos investigados respecto de los que no había indicios fundados de comisión, en los siguientes términos: "SEGUNDO: No existen indicios, sin embargo, de la comisión de los ilícitos penales a los que se hace referencia en la querrela origen de este procedimiento en la que se indica que lo sucedido el día 29 de junio de 2006 podría constituir un delito de torturas, un delito de detención ilegal y un delito de falsificación de documentos. A su vez, tampoco existen indicios suficientes de participación en los hechos del agente de Policía Nacional con número de identificación NUM005, pues de las diversas declaraciones que se han tomado a lo largo de la instrucción así como de las demás diligencias practicadas consta que dicho agente acordó la búsqueda y detención de Arsenio como consecuencia de los hechos por los que era acusado y por lo que fue trasladado como detenido al Juzgado de Guardia -en el cual, además, se desestimó el procedimiento de Habeas Corpus interpuesto por una supuesta detención ilegal-, pero no intervino directamente en la detención de aquella persona ya que no fue uno de los cuatro agentes que se presentaron en el inmueble en el que se encontraba Arsenio para proceder a su detención. Por todo ello, dado que los únicos indicios relevantes que aparecen en la presente causa son los relativos a las lesiones que Arsenio pudo sufrir durante su detención y que según él mismo y los testigos que allí había, esas



lesiones fueron ocasionadas en el momento de su detención en el rellano del inmueble en que está situada la vivienda de su novia, únicamente existen indicios de su comisión respecto de los cuatro agentes que intervinieron en dicha detención, pero no respecto del agente NUM005".

Dicho auto no fue recurrido por los aquí acusados, ya que se conformaron con la delimitación del objeto del proceso por un delito de lesiones, por el contrario sí la Abogacía del Estado para solicitar la continuación de procedimiento por atentado contra Arsenio, resultando que la Audiencia Provincial, Sección Segunda, en resolución de 10 de noviembre de 2009, confirma el auto de procedimiento abreviado, y se pronuncia, expresamente, sobre el delito de torturas, falsedad documental y detención ilegal, con la siguiente argumentación: "El auto incoando procedimiento abreviado imputando a los agentes policiales un presunto delito de lesiones es perfectamente ajustado a derecho al concurrir indicios de la comisión de dicho delito, sin que sea esta fase procesal el momento adecuado para efectuar el juicio de credibilidad de la prueba personal practicada o para valorar el acierto de los informes médicos concurrentes. En efecto, concurren indicios del delito de lesiones que justifican la apertura de juicio oral, correspondiendo al Tribunal que efectúe el enjuiciamiento - en el caso de que se abra la fase de juicio oral - la labor de valorar la prueba que se practique en el Plenario.

Por otra parte, al igual que el Instructor no ha apreciado en los agentes indicios de los delitos de torturas, detención ilegal y falsificación de documentos, tampoco los ha apreciado de los delitos imputados por la Abogacía del Estado a Arsenio, esto es, conducción temeraria, obstrucción a la justicia, atentado o resistencia a agentes de la autoridad, compartiendo la Sala los argumentos expuestos al respecto en la resolución impugnada".

Posteriormente el Ministerio Fiscal, por escrito de fecha 24 de noviembre de 2011 (folio 935), con el mismo relato de los hechos contenidos en el Auto de Transformación, contra el que no formuló recurso, califica los mismos como delito de torturas y delito de lesiones.

5. Le asiste la razón al recurrente, la interpretación del auto de incoación de Procedimiento Abreviado , confirmado por la Audiencia Provincial, debidamente contextualizado, es clara, para el instructor no existen indicios de los delitos de torturas, detención ilegal y falsedad en documento, con respecto a los que si bien no existe en la parte dispositiva del auto un pronunciamiento expreso de sobreseimiento, ello no quiere decir que el auto guarde silencio sobre los mismos, lo que implicaría un sobreseimiento implícito, que es lo que descarta nuestra jurisprudencia, sino todo lo contrario, lo que nos conduce a afirmar que los citados delitos debían haberse excluido de la apertura de juicio oral (en este extremo existen dos autos de apertura uno que incluye los citados delitos y otro posterior que no los incluye, pero tampoco se pronuncian expresamente sobre el sobreseimiento, lo que en este momento resulta intrascendente).

Particularmente explícita en este tema es la STS. 25/2003, de 21.1, al indicar que "como ha señalado el Tribunal Constitucional los autos de apertura del juicio oral "por su doble carácter de actos que concluyen las diligencias preparatorias y que adoptan una serie de medidas cautelares tienen como base una imputación penal, que los hace participes de la naturaleza de las llamadas "Sentencias instructoras de reenvío", en las que se determina la imputación... y en este sentido es patente que no se trata de actos de mera ordenación formal del proceso, sino por el contrario contienen una calificación o juicio anticipado y provisional sobre los hechos que posteriormente el Juez está llamado a sentenciar" ( SSTC. 170 y

320/93, 310/2000). La calificación o juicio anticipado es esencialmente provisional sobre los hechos que van a constituir el objeto del juicio ulterior, y ello es así por cuanto los casos de denegación de dicha apertura se relacionan directamente con el [artículo 637.2 LECrim \(LA LEY 1/1882\)](#) (cuando el hecho no sea constitutivo de delito) o cuando no existan indicios de criminalidad contra el acusado (debiendo acordarse el sobreseimiento que corresponda "ex" [artículos 637 \(LA LEY 1/1882\)](#) y [641, ambos LECrim \(LA LEY 1/1882\)](#) ), en cuyo caso la resolución es susceptible de recurso de apelación ante la Audiencia Provincial por las acusaciones....pero en modo alguno prevé la Ley que el Instructor califique los hechos, es decir, subsuma los mismos bajo un precepto penal y dicha calificación sea vinculante para las propias acusaciones. Sólo la declaración de sobreseimiento, total o parcial, una vez que alcance firmeza vinculará a aquéllas para el juicio oral".

Por otro lado, también resulta esclarecedor el ATS de 1 de abril de 2009, dictado en la Causa Especial nº : 20716/2009, en el que se afirma que "La determinación del objeto del proceso en el auto de transformación ha de abarcar todos los hechos, aunque sea de forma sintética, que sean necesarios para configurar la tipificación penal, tanto en su modalidad básica como en la agravada o en la atenuada, incluyendo, pues, los elementos nucleares del tipo que se le atribuye al encausado. Por lo cual, aunque la ley no haga referencia expresa a la calificación jurídica ( art. 779 LECr. ), debe también plasmarse en el auto de transformación, pues es la aplicación de la norma penal la que precisamente permite concretar los hechos objeto del proceso a través de su valoración jurídica. (...)

Por lo demás, el propio artículo 779.1.4ª LECr. exige para proseguir el procedimiento por los trámites del juicio abreviado que el hecho constituya un delito de los comprendidos en el art. 757 de la referida ley. Ello requiere que se

concrete en el auto de transformación el tipo penal sustantivo imputado, al ser la única forma factible de comprobar la correcta adecuación del trámite procesal a las cuantías punitivas del delito específico que se pretende enjuiciar.

Por consiguiente, sería incurrir en una contradicción injustificable que, siendo palmario que el juez instructor precisa de la aplicación de normas penales sustantivas, tanto para seleccionar los hechos objeto del procedimiento como para determinar cuál es el proceso a seguir, oculte a las partes cuál es el sustento jurídico de ese razonamiento sobre la tipicidad indiciaria. Pues, obviamente, si no especifica el tipo penal en el auto es patente que las deja indefensas, dado que no podrían cuestionar si la transformación del procedimiento es acorde o no a derecho, tanto desde una perspectiva sustantiva como procesal. (...)

El instructor no alberga ninguna duda de que en el caso de que se hubiera limitado a plasmar en el auto las resoluciones del querellado que integran el objeto del proceso sin fundamentar su subsunción en tipo penal alguno ni aportar las razones del juicio de tipicidad indiciaria, el recurrente habría alegado indefensión, alegato que habría que considerar acorde a derecho y pleno de razón.

De otra parte, y abundando en la misma línea del derecho de defensa del querellado, si se sopesa que el único momento en que se puede recurrir ante la Sala el contenido de las imputaciones y la configuración del objeto del proceso es con motivo de dictarse el auto de transformación del procedimiento, toda vez que en la secuencia posterior de la apertura del juicio oral ya no cabría cuestionarlas por medio de los recursos ordinarios, deviene obvio que cuantos más datos fácticos y jurídicos se concreten en el auto de transformación mayores serán las

posibilidades de la parte para ejercitar su derecho de defensa en orden a evitar la llamada "pena de banquillo", incrementándose así sus garantías procesales."

Aplicando la anterior jurisprudencia a este supuesto, existe en el auto referido confirmado por la Audiencia Provincial, un sobreseimiento en cuanto al delito de torturas, ya que no cabe duda de que la determinación de los hechos punibles por el juez de instrucción constituye el primer filtro formalizado a la hora de configurar qué hechos han de ser objeto de un posible enjuiciamiento, por lo que todo lo ocurrido en el proceso con posterioridad ha generado, sin duda, una grave indefensión a las defensas quienes no recurrieron el auto de transformación de procedimiento abreviado, al conformarse con el citado auto que entendía que los hechos eran constitutivos únicamente de un delito de lesiones, que no había indicios del delito de torturas por el que vienen condenados los mismos, sin tener, por tanto, oportunidad de recurrir la inclusión del citado delito.

Además, lo ocurrido implica una quiebra del principio de seguridad jurídica en la vertiente de la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes, ya que el derecho a la tutela judicial efectiva asegura a los que son o han sido parte en el proceso que las resoluciones judiciales dictadas en el mismo no pueden ser alteradas o modificadas fuera de los cauces legales previstos para ello, de modo que si el órgano judicial las modificara fuera del correspondiente recurso establecido al efecto por el legislador quedaría asimismo vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, puesto que la protección judicial carecería de eficacia si se permitiese reabrir un proceso ya resuelto por Sentencia firme. El derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el [art. 24.1 CE \(LA LEY 2500/1978\)](#) actúa como límite que impide a los Jueces y Tribunales variar o revisar las resoluciones judiciales definitivas y firmes al margen de los supuestos y casos taxativamente

previstos por la Ley, incluso en la hipótesis de que con posterioridad entendiesen que la decisión judicial no se ajusta a la legalidad.

El derecho a la tutela judicial efectiva asegura, por tanto, a los que son o han sido parte en el proceso que las resoluciones judiciales dictadas en el mismo no pueden ser alteradas o modificadas fuera de los cauces legales previstos para ello, de modo que si el órgano judicial las modificara fuera del correspondiente recurso establecido al efecto por el Legislador quedaría asimismo vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, puesto que la protección judicial carecería de eficacia, si se permitiese reabrir un proceso ya resuelto por la sentencia firme. De esta manera el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el [art. 24.1 CE \(LA LEY 2500/1978\)](#) actúa como límite que impide a los Jueces y Tribunales variar o revisar las resoluciones judiciales definitivas y firmes al margen de los supuestos y casos taxativamente previstos por la Ley, "incluso en la hipótesis de que con posterioridad entendiesen que la decisión judicial no se ajusta a la legalidad" ( SSTC 231/91, de 10.12 (LA LEY 1868-TC/1992) (, 19/95, de 24.1 (LA LEY 13019/1995), 48/99, de 22.3 (LA LEY 4395/1999), 218/99, de 24.11, 69/2000, de 13.3 (LA LEY 6733/2000), 111/2000, de 5.5 (LA LEY 7519/2000), 286/2000, de 27.11 (LA LEY 12000/2000), 140/2001, de 18.6 (LA LEY 6997/2001), 216/2001, de 29.10 (LA LEY 8793/2001)).

6. En consecuencia, en este caso se ha producido una clara vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, tanto en su vertiente de proscripción de indefensión como de invariabilidad de resoluciones judiciales firmes, y ello al margen de lo acertado o desacertado de la resolución de fecha 11 de noviembre de 2008, confirmada por la Audiencia Provincial, que marcó el objeto del proceso y

en el que expresamente se excluyó la existencia de indicios de un delito de torturas".

Todo lo expuesto nos lleva, en consecuencia, a absolver al causado del delito agravado de lesiones psíquicas del [Art. 148.1º \(LA LEY 3996/1995\)](#) y 4º del Código Penal en relación con el Art. 147.1 del mismo Código.

**SEXO.**-*Excluida la posibilidad de imputar las lesiones psíquicas a título de dolo, el paso siguiente es determinar si el precitado resultado lesivo es atribuible al recurrente a título de imprudencia, a lo que, sin entrar en otras consideraciones jurídicas, ha de darse respuesta negativa ya que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha negado la posibilidad de lesiones psíquicas por imprudencia.* Citaremos, a título de ejemplo, las SSTS nº 34/2014, de 6 de febrero (LA LEY 3099/2014), [nº 103/2018, de 1 de marzo de 2018 \(LA LEY 6033/2018\)](#) y nº 45/2021, de 21 de enero (LA LEY 1549/2021).

Esta última Sentencia, con transcripción de la Sentencia nº 160/2005, de 27 de diciembre de 2005, invocada asimismo en las demás resoluciones citadas, establece:

*"El segundo motivo quiere descubrir en los hechos probados un delito de lesiones psíquicas.*

*Sin embargo, orillando las dificultades de imputación objetiva y relación de causalidad que detecta la sentencia y que llevan a*

*absolver por tal delito, tropezamos con otro obstáculo que cancela cualquier viabilidad de la pretensión. No aparece en el hecho probado descrita una intención o dolo por parte del acusado proyectada sobre ese tipo de lesiones . Ni siquiera en una versión como dolo eventual. Y es doctrina de esta Sala que las lesiones psíquicas no se pueden cometer por imprudencia.*

*Lo explica bien la STS 1606/2005, de 27 de diciembre (LA LEY 390/2006) . Merece la pena transcribir un pasaje de tal resolución aunque padezca la brevedad, en cuanto contiene una valiosa caracterización de ese tipo de lesiones y las exigencias culpabilísticas de su tratamiento penal:*

*"El concepto de lesiones psíquicas o mentales está avalado por la Organización Mundial de la Salud que engloba bajo la rúbrica de enfermedad no solo los daños físicos si no también los padecimientos mentales. Enfermedad mental es el desorden de las ideas y los sentimientos con trastornos graves del razonamiento del comportamiento, de la facultad de reconocer la realidad y de adaptarse a los retos normales de la vida. Está provocada por perturbaciones cerebrales, de origen genético, tóxico, infeccioso o terapéutico.*



*Los baremos para la enfermedad mental aparecen en el BOE del 13 de marzo de 2000, que traía las correcciones del RD 1971/1999, de 23 de diciembre (LA LEY 365/2000) . Estos baremos , basándose en los sistemas de clasificación internacionales, CIE-10 y DSM-IV, definen trastorno mental como el "conjunto de síntomas psicopatológicos identificables que interfieren el desarrollo personal, laboral y social de la persona, de manera diferente en intensidad y duración".*

La valoración de la Enfermedad Mental se realizará de acuerdo con los grandes grupos de Trastornos Mentales incluidos en los sistemas de clasificación universalmente aceptados (CIE-10, DSM-IV). Teniendo como referencia estos manuales, los grandes grupos psicopatológicos susceptibles de valoración son: Trastornos Mentales Orgánicos, Esquizofrenias y Trastornos Psicóticos, Trastornos de Estado de Ánimo, Trastornos de Ansiedad, Adaptativos y Somatomorfos, Disociativos y de Personalidad.

*El desencadenamiento de una lesión mental, desde el punto de vista del derecho penal, exige una acción directamente encaminada a conseguir o causar este resultado. Cualquier alteración psíquica que sea consecuencia de una situación de violencia sufrida (violación, detención ilegal, allanamientos de morada, etc.) no tiene normalmente una conexión directa entre la acción querida y el resultado, ya que en los casos que hemos citado y en otros que pudieran ser semejantes, el propósito y voluntad delictiva está encaminado a causar males distintos de la lesión psíquica. En la mayoría de los supuestos el "stress" postraumático es un resultado aleatorio,*

cuya mayor o menor intensidad depende, en gran medida, de los resortes mentales y de la fortaleza psíquica y espiritual de la víctima. No existe la menor duda sobre la necesaria evaluación de las secuelas como base indemnizatoria, pero, en ningún caso, pueden añadirse o acumularse a los resultados penalmente sancionados.

*6.- La lesión psíquica como resultado directo de una acción voluntaria encaminada a conseguir este propósito tiene que ser la consecuencia final de una acción que normalmente no se agota en un sólo acto sino en una conducta metódica, constante, fría y calculada que coloque a la víctima en una situación de ansiedad que afecte a su estabilidad y salud mental.*

Tampoco sería descartable la acumulación de este daño a las conductas de detención ilegal prolongada en el tiempo y en condiciones de absoluta inhumanidad.

Para aceptar esta hipótesis debemos partir de una acción necesariamente consciente y voluntaria, ya que la ideación, ejecución y consecución del resultado sólo pueden obedecer a una conducta dolosa y nunca imprudente.

7.- La previsión legislativa de la inclusión de las lesiones psíquicas como hecho delictivo constituye un indudable acierto. La forma comisiva de lesiones psíquicas se puede construir y analizar, con mayor precisión, examinando otros artículos del Código Penal, por ejemplo, los malos tratos en el seno de las relaciones matrimoniales o de pareja. Al regularlos de forma específica en el [artículo 153 del Código Penal \(LA LEY 3996/1995\)](#) , se refiere a la utilización de cualquier medio o procedimiento para causar menoscabo psíquico a las mujeres que se integran en esa clase de relaciones y que se describen a lo largo del articulado. Como puede

deducirse se requiere un medio o procedimiento directo y finalísticamente dirigido a la causación de un menoscabo psíquico, lo que descarta cualquier acción traumática causante de daños físicos acompañados de secuelas y, por supuesto, excluye también la causación por imprudencia.

Las consecuencias psíquicas se generan siempre a través de comportamientos de hábito, es decir, de repetición de conductas que desembocan además del sufrimiento aislado derivado de cada acto, en una lesión psíquica.

La exclusión de la forma imprudente en la comisión de este delito se refuerza si acudimos a la regulación de la tortura y otros tratos inhumanos o degradantes. El [artículo 173 del Código Penal \(LA LEY 3996/1995\)](#) considera como acción típica infligir a una persona un trato degradante que menoscabe su integridad moral. A continuación se refiere a los que "habitualmente utilicen violencia psíquica" ejercida sobre las personas unidas por relación de afectividad. Es evidente que estas actitudes o comportamientos nunca se pueden cometer por imprudencia lo que descartar el propio Código Penal".

**SÉPTIMO.-** Ahora bien, lo anterior no conlleva la absolución del recurrente, ya que siendo absolutamente respetuosos con el relato de hechos probados, cuya valoración ha sido confirmada en la presente, entendemos que los mismos son constitutivos de un *delito de maltrato no habitual del art. 153.1 CP (LA LEY 3996/1995)*, calificación subsidiaria sostenida por las Acusaciones y que la parte recurrente acepta en el escrito de recurso.

En efecto concurren todos los elementos conformadores del precitado tipo penal:

(i) la *acción típica consistente en agarrar y colocar a la Sra. Nieves una brida de*

*plástico en el cuello procediendo a cerrarla o apretarla, comporta un ataque a la integridad física de la Sra. Nieves, habiendo resultado la misma con diversas lesiones (las descritas en los hechos probados) que no precisaron de tratamiento médico para su curación, esto es, lesiones de menor gravedad del art. 147.2 CP . (LA LEY 3996/1995); (ii) y la circunstancia de que la víctima, al tiempo de los hechos, era expareja del recurrente.*

Destacar que no resulta exigible el elemento subjetivo específico, sino que para su apreciación basta con la concurrencia de los elementos objetivos en el mismo descritos y el elemento subjetivo genérico propio de los ataques a la integridad física de las personas y el conocimiento de la concurrencia de las circunstancias de parentesco o relaciones de afectividad allí descritas.

En este caso la concurrencia del elemento subjetivo del tipo penal objeto de condena, cuando menos, en la modalidad de dolo eventual, se infiere o fluye de los propios hechos declarados probados (Hecho Probado Tercero).

Por lo que debemos *condenar al acusado recurrente como autor responsable de un delito de maltrato no habitual del art. 153.1 CP. (LA LEY 3996/1995)*

**OCTAVO.-Atenuante de dilaciones indebidas.**

Se ha de apreciar de oficio la atenuante del [art. 21.6ª CP \(LA LEY 3996/1995\)](#) "la dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa", cuya aplicación exige los siguientes requisitos: 1) que la

dilación sea indebida, en el sentido de injustificada; 2) que sea extraordinaria, es decir de una duración importante; 3) que no sea atribuible al propio inculpado; y 4) que no guarde proporción con la complejidad de la causa, requisito vinculado directamente con el de que sea indebida.

Señala la STS nº 585/2021, de 1 de julio que el derecho a la atenuación de la pena con fundamento en la atenuante considerada "no es identificable con el cumplimiento de los plazos procesales, y lo que proscribiera es que la respuesta judicial no se produzca en un tiempo razonable, que es un concepto diferente. La dilación indebida es un concepto indeterminado cuya concreción se encomienda a los Tribunales. Para ello es preciso el examen de las actuaciones concretas, a fin de comprobar en cada caso si efectivamente ha existido un retraso en la tramitación de la causa que no aparezca suficientemente justificado por su complejidad o por otras razones, y que no haya sido provocado por la actuación del propio acusado. En particular debe valorarse la complejidad de la causa, el comportamiento del interesado y la actuación de las autoridades competentes".

En este mismo sentido STS 535/2021, de 17 de junio (LA LEY 86856/2021) (, que además indica que "lo extraordinario e indebido de la dilación que reclama el tipo como condiciones de apreciación obliga a una evaluación integrada de todos los factores señalados. El tiempo total de duración del proceso es un dato significativo, pero no suficiente pues, insistimos, debe "medirse" en términos funcionales. Ha de evaluarse su correlación para el adecuado desarrollo de las actuaciones seguidas, a partir del número y necesidad de las diligencias practicadas a la luz del objeto del proceso, la conducta procesal de la parte y, sin duda, la propia regularidad en el impulso y la dirección procesal. De tal modo, la duración de un proceso podrá calificarse de dilación extraordinaria e indebida

cuando carezca de toda conexión razonable con las necesidades de producción temporalmente necesaria y diligente de los actos procesales, provocando un exceso manifiesto, ya sea por la injustificada inacción o paralización procesal, por la actividad procesal desordenada o carente de justificación teleológica o por incidencias procesales provocadas por errores de tramitación, provocando un plus aflictivo a la persona sometida al proceso. Y siempre y cuando, además, ninguno de estos factores pueda ser imputado a la conducta procesal de la parte que sufre el transcurso excesivo del tiempo."

Procede indicar que la Jurisprudencia admite la apreciación de oficio de la concurrencia de una circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, como así indica la STS 936/16 (LA LEY 182874/2016), 15 de diciembre 2016 , que expone lo siguiente:

Un obstáculo debe ser sorteado para llegar a esa meta: decidir si la referencia a la "tramitación del procedimiento" ( [art. 21.6 CP \(LA LEY 3996/1995\)](#) ) abarca también la fase de recurso. Si en la primera sentencia estábamos al borde de la atenuación meramente simple, tras ella se han acumulado nuevos retrasos originados por la tramitación del recurso. Hay razones materiales de fondo para computar esos retrasos posteriores a la sentencia a la hora de sopesar la apreciación de la atenuante. Pero también hay buenas razones procesales, legales y constitucionales que podrían erigirse en un óbice para su valoración a estos efectos.

¿Qué tratamiento hay que dar a las dilaciones producidas después del juicio oral? Parece una *contradictio in terminis* casar una sentencia por no apreciar una atenuante basadas en hechos (dilaciones) que no se habían producido cuando el

Tribunal a quo la deliberó y votó; como no sería lógico casar la sentencia por haberse condenado a quien falleció mientras pendía el recurso. Lo procedente en este último caso es una resolución ex novo: declarar extinguida la acción penal; pero no casar la sentencia para absolver por extinción de la responsabilidad penal. El argumento es proyectable a otros supuestos (por ejemplo prescripción , por referirnos a una situación también vinculada al transcurso del tiempo).

Es posible admitir atenuantes ex post facto como demuestran los números 4 y 5 del [art. 21 CP \(LA LEY 3996/1995\)](#) (que en todo caso tienen como lógico último límite temporal el acto del juicio). De hecho la presencia de ese tipo de atenuantes en el nuevo Código Penal fue argumento que alentó el cambio de postura de este Tribunal para la admisibilidad de la atenuante de dilaciones indebidas. Pero construir atenuantes post iudicium es una tesis con un andamiaje jurídico de difícil construcción salvo que sacrifiquemos algunos principios sustantivos y procesales básicos (contradicción o prohibición de cuestiones nuevas), amén de falsificar en alguna medida la naturaleza revisora del recurso de casación.

Apreciando en casación la atenuante con base en retrasos posteriores a la sentencia inexorablemente padecerá algo el principio de contradicción pues en el momento del enjuiciamiento no existían los hechos determinantes de esa atenuación y no habrá podido contradecirse la alegación que, solo si es invocada en casación, podrá ser rebatida.

Sin embargo, en sentido contrario, es justo ponderar que no sería coherente que el eventual retraso en la tramitación del recurso no desembocara también en una atenuación. La afectación del derecho al plazo razonable del proceso es sustancialmente idéntica tanto si se retrasa la sentencia de instancia, como si lo

que se retrasa indebidamente es su firmeza como consecuencia de un recurso lentamente tramitado. De igual modo, tampoco existen diferencias ontológicas respecto de los retrasos en el comienzo de la ejecución de penas impuestas: serían también dilaciones indebidas. En ese supuesto por el contrario parece evidente que no podrán tener incidencia mitigadora de la penalidad. La fase declarativa ya se clausuró. El tope cronológico indubitado e indiscutible de la atenuante será siempre el momento de alegaciones en fase de recurso. Más allá no sería posible la atenuación por no haber sido introducida contradictoriamente en el proceso.

Es controvertido, sin embargo, si han de computarse los retrasos posteriores al juicio y aún los producidos en fase de recurso antes de ese límite. ¿Son esas fases periodos de tramitación de la causa a los efectos del [art. 21.6 CP \(LA LEY 3996/1995\)](#) ? El interrogante queda abierto. Pero lo que está claro es que esta Sala Segunda, manejándose tanto con la atenuante analógica anterior a 2010 como con la típica ( [art. 21.6 CP \(LA LEY 3996/1995\)](#) ) no ha encontrado objeción infranqueable para dotar de eficacia atenuatoria a unas dilaciones producidas después del juicio oral e incluso después de la sentencia. Son ya muchas las sentencias recaídas asumiendo ese criterio ( SSTS 204/2004, de 23 de febrero (LA LEY 12325/2004) , 325/2004, de 11 de marzo (LA LEY 1076/2004) , 836/2012, de 19 de octubre (LA LEY 167510/2012) o 610/2013, de 15 de julio (LA LEY 110911/2013) ) aunque algunas van acompañadas de una opinión discrepante ( STS 932/2008, de 10 de diciembre (LA LEY 244043/2008) ). La reiteración y continuidad de esos pronunciamientos jurisprudenciales que han conferido trascendencia a estos efectos a los retrasos tramitadores posteriores al juicio oral conducen a valorar aquí también esos lapsos de tiempo y a estimar el presente motivo apreciándose la atenuante de dilaciones indebidas. Si el tiempo transcurrido hasta la sentencia rozaba ya el margen de "lo razonable", los retrasos



a raíz del recurso han desbordado esos linderos hasta alcanzar una intensidad que permite cualificar la atenuación".

En el mismo sentido cabe citar la STS nº 188/2020, de 20 de mayo (LA LEY 40327/2020):

"En distintas ocasiones hemos señalado, entre otras en las SSTS 836/2012 de 19 de octubre (LA LEY 167510/2012); en las 610/2013 de 15 de julio (LA LEY 110911/2013) o 935/2016 de 15 de diciembre (LA LEY 183390/2016) (estas dos citada por la Fiscal al apoyar el motivo); y en otras como la 990/2016 de 12 de enero de 2017; 524/2017 de 7 de julio (LA LEY 92418/2017); 583/2017 de 19 de julio o 686/2017 de 19 de octubre) que la apreciación de una atenuante ex post facto plantea ciertas dificultades conceptuales y procesales. Dificultades que se agravan cuando se pretende la aplicación de la atenuante ex post iudicio , fundada en la demora producida en el proceso de dictar sentencia o en la tramitación de los recursos contra ésta. Pues en dichos supuestos se está interesando la casación de la sentencia con base a una atenuante que ni se planteó en el juicio oral ni se pudo debatir contradictoriamente en él, presentándose en la casación como una cuestión nueva.

Aun cuando pueda defenderse que existen razones de justicia material que avalarían, a efectos de valoración de la concurrencia de la atenuante de dilaciones indebidas, el entendimiento de que la duración total del proceso incluye, en su caso, la casación e incluso el recurso de amparo, lo cierto es que no deja de ser contradictorio casar una sentencia por no haber apreciado una atenuante que no existía cuando se deliberó y se votó.

Problemas procesales y conceptuales que si bien no permiten descartar con carácter absoluto la atenuante de dilaciones indebidas ex post iudicio , aconsejan que la misma se acoja de modo muy excepcional, en supuestos extremos, cuya valoración exige en todo caso ponderar las circunstancias del caso

Esta Sala ha admitido excepcionalmente la concurrencia de la atenuante por demoras en la publicación de la sentencia ( SSTS 204/2004 de 23 de febrero (LA LEY 12325/2004); 325/2004 de 11 de marzo (LA LEY 1076/2004); 151/2005 de 7 de febrero (LA LEY 29415/2005); 932/2008 de 10 de diciembre (LA LEY 244043/2008); STS 1324/2009 de 9 de diciembre (LA LEY 261724/2009); o 329/2014 de 2 de abril (LA LEY 53497/2014)) y también en algún supuesto en que la inactividad se ha producido en la sustanciación del recurso ( SSTS 836/2012 de 19 de octubre (LA LEY 167510/2012) o 935/2016 de 15 de diciembre (LA LEY 183390/2016)). Siempre en el caso de paralizaciones muy llamativas. La última de las sentencias citadas la apreció con base en una paralización de 18 meses desde que se anunció el recurso hasta que se produjo el emplazamiento. Es decir, una paralización menor que la producida en el caso que ahora nos ocupa. Más de dos años de tardanza en dar curso al escrito que anunció el recurso desborda los contornos del retraso que puede entenderse justificado en eventuales deficiencias estructurales de la Administración de Justicia, y goza de significación por si solo para sustentar la atenuación que se reclama".

Atendiendo a los parámetros jurisprudenciales apuntados, en el presente caso, ha de *ponderarse la inactividad procesal desde la fecha de 14 de diciembre de 2020 en que se ha practicado la deliberación, votación y fallo del recurso, hasta que se extiende y firma la presente resolución, paralización indebida de la causa no imputable a los acusados, y que excede el plazo de dilaciones ordinarias, y en tanto*

*que la duración total de la tramitación ha durado más de 5 años (Auto de incoación de 24 de febrero de 2018), exige apreciar que las dilaciones indebidas producidas tienen el carácter de muy cualificadas.*

**NOVENO.-** Individualización de la pena.

El [art. 153.2 CP \(LA LEY 3996/1995\)](#) prevé una pena de 6 meses a 1 año de prisión o, alternativamente, la pena de trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 80 días.

En la pena alternativa prevista en dicho precepto, optamos por la pena de prisión, habida cuenta el mayor desvalor de la acción derivado del uso por el acusado de una brida, brida que ató al cuello de la Sra. Nieves para llevar a cabo su conducta y que del hecho no solo derivaron lesiones físicas sino también y de forma principal se ha manifestado en la salud psíquica de la perjudicada, presentando un trastorno de estrés postraumático, que precisa de tratamiento psiquiátrico y psicoterapéutico para su resolución.

Por la apreciación de la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada y en aplicación de lo dispuesto en el [artículo 66.1.2 del Código Penal \(LA LEY 3996/1995\)](#), procede imponer al acusado la pena inferior en un grado que se considera proporcional a las dilaciones producidas, quedando la extensión de aquella comprendida entre 3 meses y 1 día a 6 meses de prisión y de la pena privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo de 6 meses y 1 día a 1 año.

En dicha horquilla penológica, las mismas consideraciones ó criterios ponderados en cuanto a la pena alternativa, justifican la pena de prisión de 6 meses. Pena de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por igual tiempo ( [artículo 56 CP \(LA LEY 3996/1995\)](#) ).

Pena máxima en los términos interesados por las Acusaciones y a la que el acusado se aquietó en el escrito del recurso, sin tener en cuenta la atenuante apreciada como se ha dicho de oficio.

La pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas siguiendo la misma regla de proporcionalidad que para la pena de prisión se impondrá en 1 año.

La pena accesoria de prohibición de aproximación "ex [art. 57.1 párrafo segundo C.P \(LA LEY 3996/1995\)](#)." , en un radio inferior a 200 metros, respecto de la persona de Nieves, a su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro lugar frecuentado por ella durante 1 año y 6 meses, esto es, el mínimo imponible. A tal efecto se tienen en cuenta que con anterioridad a los hechos, ni antes ni después del divorcio de las partes, se habían producido incidentes violentos por parte del recurrente, no consta que el acusado padezca ninguna enfermedad mental que pueda llevar a pensar que adolezca de una falta de control de posibles impulsos agresivos, y los factores psicosociales de riesgo apreciados por la UFVI se concretan al contexto de ruptura de la relación, en cuyo marco temporal próximo se sitúan los hechos, lo que debe relacionarse con el tiempo transcurrido desde entonces, todo lo que impide un juicio probabilístico favorable a la comisión por parte del mismo de nuevos hechos como los que dan lugar a su condena frente la denunciante.

El [art. 57.2 CP \(LA LEY 3996/1995\)](#) limita la preceptividad a la pena de prohibición de aproximarse prevista en el apartado 2 del art. 48. Consecuentemente, la pena de prohibición de comunicación, prevista en el apartado 3 del referido artículo 48, sólo podrá imponerse en uso de la facultad prevista en el apartado 1 del [art. 57 CP \(LA LEY 3996/1995\)](#), con arreglo al cual es de imposición facultativa.

Directamente relacionado con el carácter facultativo de la imposición de dicha pena, se encuentra la ineludible carga que pesa sobre el órgano judicial que decide su imposición de explicitar en su resolución las circunstancias consideradas como determinantes de la prohibición impuesta, estableciéndose en el referido precepto los parámetros legales que han de determinar su imposición, cuando alude el precepto de manera expresa y alternativa a "la gravedad del hecho o al peligro que el delincuente represente".

La gravedad del hecho debe referirse al supuesto concreto enjuiciado, en cuanto presente caracteres que justifiquen la imposición de esta pena añadida a la prevista para el tipo con carácter general. Lo mismo ocurre con la referencia al peligro que el delincuente represente, que no puede derivarse simplemente de las características del hecho tal como se describe en la descripción típica.

Declara al respecto la STS 208/2017, de 28 de marzo (LA LEY 19103/2017), con cita de la antes citada :

*"El [artículo 57.1 del CP \(LA LEY 3996/1995\)](#) , en la redacción vigente a la fecha de los hechos, preveía la posibilidad de que, cuando se tratara, entre otros, de delitos de lesiones, el Tribunal*

*podía acordar en la sentencia la imposición de una o varias de las prohibiciones contempladas en el artículo 48, atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente. Gravedad, que no es la del delito cometido, sino la del hecho concreto enjuiciado. Tales prohibiciones están contempladas en el artículo 48 como penas privativas de derechos, lo que implica que en su imposición habrán de cumplirse las previsiones generales de motivación de las penas. En este sentido, hemos señalado reiteradamente que la obligación de motivar las sentencias, derivada del derecho a la tutela judicial efectiva, y expresamente prevista en el [artículo 120.3 de la Constitución \(LA LEY 2500/1978\)](#) , comprende la extensión de la pena. Y, concretamente respecto a penas de imposición facultativa, hemos dicho en la STS nº 596/2013, de 2 de julio (LA LEY 118694/2013) , que si la pena es facultativa, el Tribunal está obligado a una motivación específica, exigida por el [artículo 120.3 de la Constitución \(LA LEY 2500/1978\)](#) "*

En el presente caso, la Juzgadora de instancia no motiva la necesidad de imponer la referida pena de prohibición de comunicación en atención a los parámetros legalmente establecidos, gravedad del hecho o peligrosidad del acusado. Y, en proyección de las consideraciones expuestas respecto a la prohibición de aproximación, particularmente que no concurren elementos para poder inferir un

peligro de que el acusado cometa idéntico delito contra la Sra. Nieves, y el dilatado tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos sin que exista constancia de cualquier incidente entre las partes derivado de que el acusado se haya comunicado con la Sra. Nieves, se estima no procede.

Se mantiene el pronunciamiento de condena del acusado recurrente a abonar a la Sra. Nieves en la cantidad de 3.000 euros en concepto de responsabilidad civil, no habiendo sido objeto de impugnación por ninguna de las partes.

**DÉCIMO.-** La estimación parcial del recurso determina la declaración de oficio de las costas causadas en esta alzada.

Vistos, además de los citados, los preceptos legales de general y pertinente aplicación, en virtud de la Potestad Jurisdiccional que nos viene conferida por la soberanía popular, y en nombre de S.M. el Rey.

## **FALLAMOS**

ESTIMAR parcialmente el recurso de apelación formulado por la representación procesal de D. Salvador contra la Sentencia dictada en fecha 17-2-2020 por el Juzgado de lo Penal nº 3 de los de esta ciudad de Donostia-San Sebastián en autos de Procedimiento Abreviado 329/19, y, en consecuencia, debemos revocar y revocamos parcialmente el Fallo de dicha sentencia en el sentido de:

1º.- Absolver al Sr. Salvador del delito de lesiones del art. 147.1 del Código Penal (LA LEY 3996/1995) en relación con el art. 148.1º (LA LEY 3996/1995) y 4º del Código Penal, por el que había sido condenado.

2º.- Condenar al Sr. Salvador como autor de un delito de lesiones del art. 153.1 del Código Penal (LA LEY 3996/1995), concurriendo la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada, a la pena de 6 meses de prisión, con la accesoria legal de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; privación del derecho a la tenencia y porte de armas durante 1 año; y prohibición de aproximación en un radio inferior a 200 metros, respecto de la persona de Nieves, a su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro lugar frecuentado por ella durante 1 año y 6 meses.

3º.- Se mantienen los demás pronunciamientos de la sentencia de instancia no afectados por el presente.

4º.- Se declaran de oficio las costas causadas en esta alzada.

Frente a esta resolución cabe recurso de casación en los supuestos expresamente previstos en el apartado b) del art 847 en relación con el art 849 (LA LEY 1/1882)-1º de la L.E.Criminal.

Con certificación de esta resolución y carta orden remítase los autos originales al Juzgado de procedencia para su conocimiento y ejecución.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



**La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada solo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que el mismo contuviera y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.**

**Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.**

**PUBLICACIÓN.-** Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los/las Ilmos./Ilmas. Sres./Sras. Magistrados/as que la firman y leída por el/la Ilmo./Ilma. Magistrado/a Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/la Letrado de la Administración de Justicia doy fe.