



Roj: **SAP O 6/2019 - ECLI: ES:APO:2019:6**

Id Cendoj: **33044370032019100004**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **3**

Fecha: **09/01/2019**

Nº de Recurso: **54/2017**

Nº de Resolución: **6/2019**

Procedimiento: **Procedimiento sumario ordinario**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER RODRIGUEZ LUENGOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION TERCERA

OVIEDO

SENTENCIA: 00006/2019

AUDIENCIA PROVINCIAL DE OVIEDO

Sección nº 003

ROLLO: 0000054 /2017

SENTENCIA Nº 6/19

=====

ILMOS/AS SR./SRAS

Presidente/a:

D./DÑA. ANA ÁLVAREZ RODRÍGUEZ

Magistrados/as

D./DÑA. FRANCISCO JAVIER RODRÍGUEZ SANTOCILDES

D./DÑA. FRANCISCO JAVIER RODRÍGUEZ LUENGOS

=====

En Oviedo, a nueve de enero de dos mil diecinueve

Vistos en juicio oral y público por la Ilma. Audiencia Provincial de Asturias, Sección Tercera, las precedentes diligencias de Sumario N.º 388/17, procedentes del Juzgado de Violencia sobre la Mujer N.º 1 de Oviedo que dieron lugar al Rollo de Sala N.º 54/17, seguido por un delito de agresión sexual, maltrato habitual, lesiones y amenazas, contra Eleuterio , DNI N.º NUM000 , nacido en Oviedo - Asturias el día 16 de febrero de 1979, hijo de Hilario y Dolores , con domicilio en DIRECCION000 NUM001 , DIRECCION001 , DIRECCION002 - Asturias, sin antecedentes penales y en libertad provisional por esta causa, representado por la Procuradora de los Tribunales Doña Marta María Arija Domínguez y defendido por el Letrado Armando B. Calderón Álvarez, causa en la que ha sido parte Nicolasa , como acusación particular, representada por la Procuradora de los Tribunales Doña María Dolores López Alberdi y bajo la dirección de la Letrada Doña Cristina García Menéndez, y el Ministerio Fiscal y Ponente el Ilmo. Sr. Don FRANCISCO JAVIER RODRÍGUEZ LUENGOS, que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- El Ministerio Fiscal elevando a definitivas sus conclusiones provisionales solicitó la condena de Eleuterio , como autor criminalmente responsable: a) de un delito de agresión sexual del art. 179 del



CP a la pena de 10 años de prisión, inhabilitación absoluta para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y de conformidad con el art. 57 del CP la prohibición de aproximarse a Nicolasa a una distancia inferior a 500 metros durante 15 años, a su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro donde se encuentre y la prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio durante el mismo período y por aplicación de los arts. 192 y 106 del CP la medida de libertad vigilada por un período de 5 años y con cumplimiento de las medidas previstas en los apartados a, c, e y f del art. 106.1 del CP ; b) un delito de maltrato habitual del art. 173.2 del CP a la pena de 3 años de prisión, privación a la tenencia y porte de armas durante 3 años y de conformidad con el art. 57 del CP la prohibición de aproximarse a Nicolasa a una distancia no inferior a 500 metros durante 4 años, a su domicilio o cualquier otro donde se encuentre y la prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio durante el mismo período de tiempo; c) dos delitos de malos tratos en el ámbito familiar del art. 153.1 y 3 del CP a la pena, por cada uno de ellos, de 9 meses y 1 día de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo que dure la condena, privación del derecho a la tenencia y porte de armas durante 2 años y 6 meses y conforme a lo previsto en el art. 57 del CP la prohibición de aproximarse a Nicolasa a una distancia no inferior a 500 metros durante 2 años, a su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro donde se encuentre y la prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio durante el tiempo que dure la condena por cada uno de los delitos; y d) de un delito de amenazas del art. 171.4 y 5 del CP a la pena de 10 meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, privación del derecho a la tenencia y porte de armas durante 2 años y por aplicación de lo dispuesto en el art. 57 del CP la prohibición de aproximarse a Nicolasa a una distancia no inferior a 500 metros durante 2 años, a su domicilio, lugar de trabajo o cualquier lugar donde se encuentre y la prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio durante el tiempo que dure la condena, y el abono de las costas procesales de conformidad con el art. 123 del CP , así como a que indemnice a Nicolasa en la cantidad de 6.000 euros por las lesiones padecidas y las secuelas padecidas y al SESPA en la cantidad que se acredite en ejecución de sentencia por los gastos de asistencia sanitaria prestada, con aplicación en todo caso de lo dispuesto en el art. 576 de la LEC .

TERCERO .- La acusación particular elevando a definitivas sus conclusiones provisionales solicitó la condena de Eleuterio , como autor criminalmente responsable: a) de un delito de agresión sexual del art. 179 del CP a la pena de 10 años de prisión, inhabilitación absoluta para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y de conformidad con el art. 57 del CP la prohibición de aproximarse a Nicolasa a una distancia inferior a 500 metros durante 15 años, a su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro donde se encuentre y la prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio durante el mismo período y por aplicación de los arts. 192 y 106 del CP la medida de libertad vigilada por un período de 5 años y con cumplimiento de las medidas previstas en los apartados a, c, e, f y j del art. 106.1 del CP ; b) un delito de maltrato habitual del art. 173.2 del CP a la pena de 3 años de prisión, privación a la tenencia y porte de armas durante 3 años y de conformidad con el art. 57 del CP la prohibición de aproximarse a Nicolasa a una distancia no inferior a 500 metros durante 4 años, a su domicilio o cualquier otro donde se encuentre y la prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio durante el mismo período de tiempo; c) dos delitos de malos tratos en el ámbito familiar del art. 153.1 y 3 del CP a la pena, por cada uno de ellos, de 1 año de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo que dure la condena, privación del derecho a la tenencia y porte de armas durante 2 años y 6 meses y conforme a lo previsto en el art. 57 del CP la prohibición de aproximarse a Nicolasa a una distancia no inferior a 500 metros durante 2 años, a su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro donde se encuentre y la prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio durante el tiempo que dure la condena por cada uno de los delitos; y d) de un delito de amenazas del art. 171.4 y 5 del CP a la pena de 10 meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, privación del derecho a la tenencia y porte de armas durante 2 años y por aplicación de lo dispuesto en el art. 57 del CP la prohibición de aproximarse a Nicolasa a una distancia no inferior a 500 metros durante 2 años, a su domicilio, lugar de trabajo o cualquier lugar donde se encuentre y la prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio durante el tiempo que dure la condena, y el abono de las costas procesales de conformidad con el art. 123 del CP , así como a que indemnice a Nicolasa en la cantidad de 10.000 euros por las lesiones padecidas y las secuelas padecidas y al SESPA en la cantidad que se acredite en ejecución de sentencia por los gastos de asistencia sanitaria prestada, con aplicación en todo caso de lo dispuesto en el art. 576 de la LEC .

CUARTO .- La defensa de Eleuterio elevando a definitivas sus conclusiones provisionales instó su libre absolución.

QUINTO.- Finalmente se concedió al procesado el derecho a la última palabra.

SEXTO .- En la tramitación de este juicio se han seguido las prescripciones legales.



HECHOS PROBADOS

Eleuterio , nacido el NUM002 de 1979, con DNI núm. NUM000 , domicilio en DIRECCION000 , nº NUM001 , DIRECCION001 , DIRECCION002 , Asturias, y casado con Nicolasa , con la que tiene un hijo menor de edad, desde que se fuera a vivir con él en el mes de febrero de 2010 y hasta la finalización de su relación de pareja en el mes de agosto de 2017, con frecuencia, la vino golpeando, insultando, humillando y amenazando, soportándolo y ocultándolo Nicolasa por amor, pero sobre todo por las presiones familiares y el miedo que le tenía.

Así, el 10 de abril de 2010, sobre las 02,07 horas, en la C/ Ramón y Cajal de Oviedo, Eleuterio mantuvo una fuerte discusión con Nicolasa a la que, en un momento dado, le propinó un puñetazo en el rostro y dos patadas en el estómago, siendo, por ello, incoado un procedimiento judicial, que se sobreseyó provisionalmente y se archivo, una vez oída Nicolasa , que lo solicitó, renunciando al ejercicio de las acciones penales y civiles que le fueron ofrecidas.

En agosto de 2013, durante otra discusión que mantuvieron en el domicilio, Eleuterio dio a Nicolasa una patada en el costado derecho, causándole fractura de arcos costales derechos 4, 5 y 6, por lo que hubo de ser asistida en el Centro de Salud de Posada de Llanera y en el HUCA, no precisando tratamiento médico para su curación, en la que invirtió 30 días, de los que 7 fueron impeditivos para sus ocupaciones habituales

A mediados de agosto de 2015, en el domicilio y estando presente el hijo menor, Eleuterio asestó un puñetazo a Nicolasa en el oído derecho, provocándole una perforación timpánica, por la que fue atendida otra vez en el Centro de Salud de Posada de Llanera y en el HUCA, curando, sin precisar tratamiento médico, en 10 días.

Por fin en el mes de agosto de 2017, Nicolasa decide poner fin a la situación que vivía y le dice a Eleuterio que es su intención divorciarse.

El 11 de agosto de 2017, cuando se encontraban en el domicilio, Eleuterio lanza una patada a Nicolasa que no le alcanza al pararla con el bolso que portaba.

Y el día 19 de agosto de 2017, sobre las 21,00 horas, cuando Nicolasa , se encontraba en el baño del domicilio duchándose, entró en el mismo Eleuterio , que la aborda por la espalda, la coge, la sujeta y sin mediar palabra le introduce un dedo por la cavidad anal, causándole dolor, a la vez que le decía que iba a pagar por todo, logrando Nicolasa que la soltara diciéndole que la ventana estaba abierta y había visto a una vecina.

Fue entonces cuando Nicolasa llamó a sus padres y al 016 y al 112, haciéndose acto de presencia en el lugar tanto sus padres como dos Agentes de la Guardia Civil, diciéndole Eleuterio cuando nadie le escuchaba que dijera que todo había sido una broma y que cuando saliera del calabozo iba a ir a por ella y que mataría a la perra.

Nicolasa presentaba eritema perianal y pequeña fisura anal por lo que recibió asistencia sanitaria en el Centro de Salud de Posada de Llanera, sin precisar tratamiento médico, invirtiendo en su curación 7 días.

A Eleuterio no le constan antecedentes penales.

El Juzgado de Violencia sobre la Mujer Nº 1 de Oviedo, el 21 de agosto de 2017, dictó Auto por el que concedía a Nicolasa la Orden de Protección por ella solicitada, con medidas cautelares penales, consistentes en prohibición de aproximación a ella y de comunicación con ella por parte de Eleuterio .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Los hechos declarados probados son constitutivos de los siguientes delitos:

- a/ Un delito de agresión sexual, previsto y penado en el art. 179 del CP ;
- b/ Un delito de maltrato habitual, previsto y penado en el art. 173.2 del CP ;
- c) Dos delitos de lesiones, previstos y penados en el art. 153.1 y 3 del CP ; y
- d) Un delito de amenazas, previsto y penado en el art. 171.4 y 5 del CP .

De los anteriores delitos es responsable en concepto de autor el acusado, art. 28, párrafo 1º del CP .

Y concurren en el acusado la circunstancia agravante mixta de parentesco del art. 23 del CP y la de género del art. 22.4º del CP .

Esta Sala llega a tal convicción, tras valorar la prueba practicada en el acto del juicio, con la inmediación que éste le otorga, considerando que existe prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia.



Y esa convicción la obtiene sin ninguna duda del examen de las pruebas, testificales, periciales y documental, practicadas.

SEGUNDO .- Sabido es, que el derecho a la presunción de inocencia, consagrado en nuestro sistema con rango de derecho fundamental en el art. 24 de la CE, implica que toda persona acusada de un delito debe ser considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad con arreglo a la Ley (art. 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y art. 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Esto supone que es preciso que se haya practicado una mínima prueba de cargo, cuya iniciativa corresponde a la acusación, que sea suficiente para desvirtuar esa presunción inicial (STS 251/2004).

Procede, en consecuencia, analizar:

a/ Si existe en las actuaciones prueba practicada como fundamento de la condena (prueba existente);

B/ Si dicha prueba de cargo haya sido obtenida y aportada a las actuaciones con observancia de las garantías constitucionales y de las normas aplicables en cada caso y en cada medio de prueba (prueba lícita); y

c/ Si esa prueba de cargo, lícitamente obtenida y aportada al proceso puede considerarse suficiente para justificar un pronunciamiento condenatorio (prueba suficiente) y esta suficiencia ha de exigirse con rigor ya que toda duda razonable en materia de prueba ha de resolverse conforme al principio "in dubio pro reo" en favor del acusado.

Debe incidirse en que, no puede prescindirse de la ineludible necesidad de desplegar una prueba de cargo, razonablemente suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia del acusado. Presunción que no solo constituye un derecho fundamental declarado en nuestra Constitución sino que además, es el "eje alrededor del cual giran las demás garantías procesales y, en definitiva, el funcionamiento de todo el procedimiento penal (STS 2 de diciembre de 2003).

También el Tribunal Supremo ha señalado reiteradamente que aún cuando, en principio, la declaración de la víctima puede ser hábil para desvirtuar la presunción de inocencia, atendiendo a que el marco de clandestinidad en que se producen ciertos delitos, como los delitos contra la libertad sexual o los de violencia doméstica o de género, lo que impide en la mayoría de las ocasiones disponer de otras pruebas, es necesario depurar con rigor las circunstancias del caso para comprobar si efectivamente concurren los requisitos que se exigen para la viabilidad de la prueba y que son los siguientes:

a) ausencia de incredulidad subjetiva;

b) verosimilitud del testimonio; y

c) persistencia en la incriminación y la concurrencia de datos corroboradores (SSTS 23 - 3 - 1999, 2 - 6 - 1999, 24 - 4 - 2000, 26 - 6 - 2000, 15 - 6 - 2000 y 6 - 2 - 2001).

En relación a la persistencia la STS de 2008 de 5 de 11 afirma que supone:

a) Ausencia de modificaciones esenciales en las sucesivas declaraciones prestadas por la víctima sin contradecirse ni desdecirse. Se trata de una persistencia material en la incriminación, valorable "no en un aspecto meramente formal de repetición de un disco o lección aprendida, sino en su constancia sustancial de las diversas declaraciones" (Sentencia de 18 de junio de 1998);

b) Concreción en la declaración que ha de hacerse sin ambigüedades, generalidades o vaguedades. Es valorable que especifique y concrete con precisión los hechos narrándolos con las particularidades y detalles que cualquier persona en sus mismas circunstancias sería capaz de relatar; y

c) Coherencia o ausencia de contradicciones, manteniendo el relato la necesaria conexión lógica entre sus diversas partes.

En cuanto a la verosimilitud, el testimonio incriminatorio, ha de ser lógico y estar en lo posible, rodeado de datos periféricos corroboradores de carácter objetivo, obrantes en el proceso, lo que supone, que el propio hecho de la existencia del delito, esté apoyado en algún dato añadido a la pura manifestación subjetiva de la víctima.

De este modo, el Tribunal Supremo cuando defiende la legitimidad constitucional y de la legalidad ordinaria, de la declaración de la víctima, aunque sea única prueba, como suficiente para destruir la presunción de inocencia si no existieren razones objetivas que hagan dudar de la veracidad de lo que se dice, no es pues un problema de legalidad sino de credibilidad.

En realidad, como dice la STS de 7 de octubre de 1998, lo que acontece es que para esa "viabilidad probatoria" es necesario no sólo que no se den razones objetivas como para dudar de la veracidad de la víctima, sino



también que por los Tribunales se proceda a una "profunda y exhaustiva verificación" de las circunstancias concurrentes en orden a esa credibilidad que va de la mano de la verosimilitud.

Finalmente, ahondando en lo dejado apuntado respeto al principio in dubio pro reo, decir que este principio sólo entra en juego cuando se ha practicado prueba pero el órgano judicial tiene alguna duda sobre el carácter incriminatorio de la misma, no siendo aplicable a los supuestos en que el juzgador, en cumplimiento de lo prevenido en el art. 741 de la LECrim, llega a una convicción en conciencia y sin expresar dudas sobre lo que considera probado, pues en tal caso falta el "dubio" sobre el que pueda jugar la consecuencia que tal principio estipula.

En definitiva, el principio "in dubio pro reo" no establece en qué supuestos los jueces tienen el deber de dudar, sino cómo se debe proceder en el caso de duda (SSTS 1186/1995, 1 de diciembre, 1037/1995, 27 de diciembre y 705/2006, 28 de junio).

Y, por ello, el citado principio "no puede determinar la aparición de dudas donde no las hay, existiendo prueba de cargo suficiente y válida si el tribunal sentenciador expresa su convicción sin duda razonable alguna, el referido principio carece de aplicación" (STS 666/2010 de 14 - 7).

TERCERO.- En el caso que nos ocupa, a los hechos probados se llega tras valorar en conciencia, la prueba efectuada en el juicio oral y sometida a los necesarios principios de inmediación, oralidad, publicidad y contradicción.

El acusado, que mantiene su inocencia, efectuó ante esta Sala una declaración plagada de silencios dubitativos y contradicciones, ofreciendo en ocasiones respuestas absurdas, todo lo que conduce a estimar poco creíble el relato de los hechos que hace y en el que llega a admitir dos episodios de los denunciados, uno que el 10 de abril de 2010 golpeó a la denunciante en el transcurso de una discusión, siendo él también golpeado por ella, y que el 19 de agosto de 2017 le introdujo un dedo por la cavidad anal, si bien lo hizo con su consentimiento.

Por el contrario, y en contraposición, la declaración ofrecida por la denunciante, en la que no se aprecia, es más ni siquiera se alega por la defensa, que se conduzca por móvil espurio o por resentimiento o venganza, es firme, reiterada, convincente, coherente y lógica y está corroborada por ciertos datos periféricos que le otorgan una total credibilidad.

Así si bien es cierto que la denunciante tenía intención de divorciarse del acusado, la denuncia la interpuso cuando éste la agredió sexualmente, lo que supuso para la denunciante el detonante, "la gota que colmó el vaso", para denunciarlo y además contar el calvario que fue la convivencia con él durante todos los años de relación de pareja y la verdad sobre otros episodios sufridos, que ocultó o que no ratificó en sede judicial, por amor, por esperar que todo cambiaría, por presiones familiares o por miedo, y ello hasta ver que todo seguía igual o peor, resultándole insoportable, es decir, lo que normalmente le sucede a la mujer cuando se encuentra inmersa en el ciclo de la violencia de género.

La denunciante cuenta lo vivido durante todos los años de convivencia y lo hace con detalle, con todo el detalle que cabe esperar tras pasados los años, sin titubear, de manera contundente, sin desdecirse en ningún momento y dando las explicaciones oportunas que son naturales:

Que están divorciados.

Que el acusado es su exmarido.

Que en agosto de 2017 llamó a la Guardia Civil y a sus padres. Que le había dicho al acusado que se quería separar, pero que él no. Que estaba duchándose, sin cerrar la puerta. Que el acusado estaba con el niño, salió de la ducha y entró el acusado, cogiéndola por detrás e introduciéndole el dedo por el ano, a la vez que le decía que se iba a enterar. Que le hizo daño. Que nunca lo hicieron como un juego. Que no lo consintió. Que para zafarse de él le dijo que venía una vecina, se apartó, salió del baño y llamó al 112 y a sus padres. Que el acusado le dijo que iba a pagar por todo. Que su deseo de divorciarse se lo dijo días antes.

Que ese mismo año, en la cocina del domicilio, el acusado le "tiró" una patada que paró con el bolso.

Que en 2015 el acusado le causó una fractura de tímpano, estando delante su madre (la del acusado) y su hijo. Que fue al médico, al que le dijo, por indicárselo él, que fue al golpearse contra el coche.

Que en 2013, en casa de madrugada, le dio una patada, le fracturó las costillas. Su exsuegra la llevó al HUCA y le dijo que le dijera que había sido una vaca.

Que en 2010 el acusado le pegó y quitó la denuncia condicional por su exsuegra y un hermano de él.

Que estaba atemorizada y tenía mucho miedo.



Que la casa era un infierno.

Que todo comenzó en el 2010 cuando se fue a vivir con el acusado, si no hacía lo que él dijera malo.

Que en agosto de 2017 no podía más.

Que estaba muy enamorada. Pensaba que iba a cambiar. Por eso tuvieron al niño. Hasta que se dio cuenta de que no.

Que la humillaba, la pegaba, la vejaba, la gritaba, la chillaba, le decía que no valía para nada, que sus padres no la querían, que donde iba a ir y que tenía que atender la casa.

Que cuando llegó la Guardia Civil la amenazó, le dijo que dijera que todo había sido una broma, que cuando saliera del calabozo iría a por ella y mataría a la perra.

Y esta su declaración encuentra apoyo en lo siguiente:

- a) En el hecho de que en agosto de 2017 la denunciante ya tenía decidido divorciarse del acusado, lo que compagina mal con acceder a mantener algún tipo de relación sexual consentida con él;
- b) En el hecho de que tras lo ocurrido la denunciante llamó a sus padres, al 016 y al 112;
- c) En el hecho de que les relató lo denunciado a los Agentes de la Guardia Civil que se personaron en el lugar;
- d) En el hecho de que a la llegada de los Agentes de la Guardia Civil la denunciante estaba nerviosa y muy alterada;
- f) En el hecho de que hubo de ser atendida en centro sanitario al presentar un eritema perianal y una fisura anal; y
- g) En el hecho de que en los años 2013 y 2015 hubo de ser atendida por presentar lesiones compatibles, según indican los médicos forenses, con agresiones, es más una de ellas la perforación timpánica es difícil de explicar que se causara por golpearse contra la puerta de un coche como en su día dijo.

A lo anterior no se opone lo declarado por las testigos que depusieron a instancia de la defensa, en cuyas palabras se advierte cierta predisposición contra la denunciante, lo cual es suficiente para dudar de la veracidad de las mismas, pues no es infrecuente que la imagen que al exterior proyectan maltratador y víctima sea la de normalidad en su relación y tampoco lo es que el maltratador tenga una "doble cara", siendo afable, educado y cariñoso con y en presencia de extraños, es más en no pocas ocasiones parece ser él la víctima, ya que reserva la conducta agresiva para las cuatro paredes del hogar donde se siente fuerte para dominar y doblegar a su esposa si ésta ha intentado rebelarse o reprocharle algo en público, en tanto que sabe que es la única manera de hacerlo sin que la golpee, amenace, humille o insulte.

TERCERO .- Como dejamos dicho más arriba Eleuterio es autor penalmente responsable de los delitos por los que es acusado, por su participación directa y voluntaria en la comisión de los hechos que se han declarado probados, según determina el art. 28 del CP .

De igual modo, y como se dijo, concurren los siguientes delitos:

- a) un delito de agresión sexual del art. 179 del CP , en relación con el art. 178 del CP .

Y ello en tanto que se ha probado que el acusado por la fuerza, cogió a la que fuera su esposa por detrás, y en contra de su voluntad, la introdujo un dedo por la cavidad anal.

El art. 178 del CP dispone: "El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, utilizando violencia o intimidación, será castigado como responsable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cinco años".

La Sentencia del Tribunal Supremo nº 39/2009 de fecha 29/01/2009 desgrana los requisitos del tipo penal.

El art. 179 del CP determina: "Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de seis a doce años".

A dicho supuesto se refiere la sentencia del Tribunal Supremo 410/2009, de 24 de abril .

El bien jurídico protegido por estos delitos es la libertad sexual individual, entendida como la "capacidad de determinación espontánea en el ámbito de la sexualidad", distinguiendo un aspecto, positivo, y otro, negativo. En su aspecto positivo, libertad sexual significa libre disposición por la persona de sus propias capacidades y potencialidades sexuales, y esto tanto en su comportamiento particular como en su comportamiento social, o lo que es lo mismo, la facultad de disponer del propio cuerpo o el ejercicio libre de la sexualidad. En su aspecto



negativo, la libertad sexual se contempla en un sentido defensivo, y remite al derecho de toda persona a no verse involucrada sin su consentimiento en un contexto sexual indeseado.

El elemento subjetivo de la acción viene determinado por la finalidad de involucrar a una persona en un contexto sexual en contra de su voluntad, con independencia de cuál sea el ánimo, la tendencia, o la finalidad específica perseguidas por el autor, de cuáles sean las motivaciones específicas de éste. De ahí que sólo se exija un dolo genérico, resultando antijurídica la conducta por la mera concurrencia de los elementos objetivos requeridos en el tipo legal.

El delito de agresión sexual del art. 178 del CP se consuma cuando el autor lleva a cabo el atentado contra la libertad sexual, con violencia o intimidación, aunque no consiga una satisfacción erótica.

El art. 179 del CP contiene la figura cualificada de la violación y se comete por el acceso carnal o por la introducción de miembros corporales u objetos (STS 514/2009, de 20 de mayo).

La necesidad de resistencia o de oposición de la víctima al contacto sexual no es ciertamente un elemento del tipo, sino que tiene más bien el significado de un hecho relativo a la prueba de la falta de consentimiento de la víctima o de la idoneidad de la violencia o la intimidación.

Para la valoración de la violencia y la intimidación la Sentencia nº 2132/2002 de fecha 23/12/2002 , razonó lo siguiente: "La Jurisprudencia de esta Sala ha señalado que para delimitar dicho condicionamiento típico debe acudirse al conjunto de circunstancias del caso concreto que descubra la voluntad opuesta al acto sexual, ponderando el grado de resistencia exigible y los medios coactivos para vencerlo (SSTS de 05/04/00 , 04 y 22/09/00 , 09/11/00 ó 25/01/02 y 01/07/02)";

b) un delito de maltrato habitual del art. 173.2 del CP .

El art. 173.2 del CP establece literalmente que "el que habitualmente ejerza violencia física o psíquica contra quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligado a él con una análoga relación de afectividad aún sin convivencia será castigado con la pena de prisión de 6 meses a 3 años sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica".

El delito de violencia doméstica, por tanto, es un aliud y un plus distinto de los concretos actos de agresión, que sufra la víctima, pues lo que especialmente se valora en esta delito es la situación permanente de violencia a la que el sujeto activo somete a las víctimas.

No es estrictamente la pluralidad de lesiones o malos tratos o amenazas o vejaciones lo que convierte las convierte en delito, sino la frecuencia con que ocurre en la relación entre el autor y la víctima, la permanencia en el trato violento, para llegar a la convicción el juzgador, de que la víctima vive en un estado de agresión permanente.

La doctrina del TS ha recogido esta postura (STS núm. 409/2006, de 13 abril , STS 927/2000 de 24 de junio , STS 645/99 de 29 abril , STS 834/2000 de 19 de mayo , STS 1161/2000 de 26 de junio ó STS 164/2001 de 5 marzo).

La violencia física y psíquica a que se refiere el tipo es algo distinto de los concretos actos de violencia aisladamente considerados y el bien jurídico es mucho más amplio y relevante que el mero ataque a la integridad, quedando afectados fundamentalmente valores de la persona y dañado el primer núcleo de toda sociedad, como es el núcleo familiar. Esta autonomía del bien jurídico, de acción y de sujetos pasivos, unido a la situación de habitualidad que se describe en el art. 173 es el que permite con claridad afirmar la sustantividad de este tipo penal, los concretos actos de violencia solo tienen el valor de acreditar la actitud del agresor y por ello ni el anterior enjuiciamiento de estos actos impide apreciar la existencia de este delito (se estaría en un supuesto de concurso de delitos, art. 77 y no de normas) ni se precisa tal enjuiciamiento, bastando la comprobada realidad de la situación que se denuncia. Se trata de constatar si la conducta atenta contra la paz familiar y se traduce en agresiones que dibujen ese ambiente de dominación y temor sufrido por los miembros de la familia, abstracción hecha de que las agresiones hayan sido o no denunciadas o enjuiciadas y que permitan la obtención del juicio de certeza sobre la nota de habitualidad

Por ello la reiteración de conductas de violencia física y psíquica por parte de un miembro de la familia, unido por los vínculos que se describen en el precepto, o que mantenga análogas relaciones estables de afectividad constituyen esta figura delictiva, en cuanto vienen a crear, por su repetición, una atmósfera irrespirable o un clima de sistemático maltrato. Se trata de proteger valores constitucionales que giran en torno a la necesidad de tutelar la dignidad de las personas y la protección a la familia.

En cuanto a en qué consiste la habitualidad que necesariamente debe darse en el ejercicio de la violencia física dentro del ámbito de las relaciones familiares, es una exigencia típica, un tanto imprecisa, que ha originado distintas corrientes interpretativas.

Una de ellas entiende que tales exigencias se satisfacen a partir de la tercera acción violenta, criterio que no tiene cuenta otro apoyo que la analógica aplicación del concepto de habitualidad que el art. 94 del CP establece. Otra línea interpretativa, prescindiendo del automatismo numérico anterior, ha entendido que lo relevante para apreciar la habitualidad, más que la pluralidad en si misma, es la repetición o frecuencia que suponga una permanencia en el trato violento, siendo lo importante que el Tribunal llegue a la convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente.

Esta es la postura más correcta. Parece más acertado optar por un criterio naturalístico, entendiendo por habitualidad la repetición de actos de idéntico o similar contenido, esto es, la permanencia del trato violento, de lo que se deduce la necesidad de considerarlo como delito autónomo. En esta dirección la habitualidad debe entenderse como concepto criminológico - social, no como concepto jurídico - formal por lo que será una conducta habitual la del que actúa repetidamente en la misma dirección con o sin condenas previas, ya que éstas actuarían como prueba de la habitualidad, que también podría demostrarse por otras más.

En el supuesto que nos ocupa, partiendo del relato de hechos probados, la situación de dominación y de maltrato se ha traducido en una pluralidad de actos violentos, cuyo exponente más grave sin duda es el último de los acaecidos, pero que ha sido precedido por otros de menor entidad, algunos de ellos singularizables, pero que en general, casi desde el principio de la convivencia, han configurado, por su frecuencia, un ambiente de maltrato y de intimidación que colma las exigencias del tipo penal.

Todo al margen del número de episodios o incidentes violentos a los que, como diremos, otorguemos entidad propia a los efectos de su punición como infracciones independientes conforme a lo dispuesto en el art. 153.1 y 3 y 171.4 y 5 del CP .

Y puesto que tales episodios o incidentes violentos se han producido casi todos en el domicilio familiar y alguno de ellos en presencia de su hijo menor, es obligado aplicar la agravación a que se refiere el segundo párrafo del art. 173.2 del CP ;

c) dos delitos de violencia en el ámbito familiar de los números 1 y 3 del art. 153 del CP .

El tipo básico de violencia familiar se configura en el art. 153 del CP , cuyo párrafo primero establece que será castigado "El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del artículo 147, o golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor".

En este tipo penal el bien jurídico protegido es la dignidad de las personas en el seno del núcleo familiar, además de otros bienes que aparecen íntimamente ligados a éste y que igualmente están necesitados de protección, como la vida y la integridad física, psíquica y moral. Se sanciona pues esta conducta con tanta gravedad, calificando de delito lo que con otra víctima distinta sería simplemente un delito leve, porque, además de lo que comporta de ataque a la incolumidad física o psíquica de los sujetos pasivos, implica una vulneración de los deberes especiales de respeto entre las personas unidas por tales vínculos.

Por su parte, el art. 147.1 CP castiga al que "por cualquier medio o procedimiento causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico".

Y en su números 2 y 3 al que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión no incluida en el apartado anterior y al que golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión.

Pues bien, vistos los hechos declarados probados, concurren los elementos del tipo relativos.

El acusado y víctima estaban casados al tiempo de los hechos y aquél golpeó a ésta en dos ocasiones, en agosto de 2013 y agosto de 2015, causándole lesiones para cuya curación precisó una simple asistencia facultativa.

Y dado que esos hechos tuvieron por escenario el domicilio común, estando en una ocasión presente el hijo menor, ha de aplicarse el subtipo agravado consagrado en el último párrafo del art. 153 del Texto sustantivo; y

d) un delito de amenazas contemplado en los números 4 y 5 del art. 171 del CP .



Son requisitos básicos que configuran este tipo delictivo, de una parte, una conducta del sujeto activo integrada por actos o expresiones idóneos para violentar el ánimo del sujeto pasivo, intimidándole con la producción de un mal injusto, determinado y posible y, de otra, que la ofendida por la infracción haya tenido o tenga con el agresor la relación de parentesco o afectividad que dicho precepto enumera, esto es, que sea o haya sido mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, cuyos dos requisitos concurren en los hechos enjuiciados ya que ha quedado acreditado.

Y así se recoge en el relato de hechos de esta sentencia, que el 19 de agosto de 2017, el acusado le dijo a la víctima, por entonces su esposa, que dijera (a sus padres y a los Agentes de la Guardia Civil que habían acudido al lugar) que era todo una broma, que cuando saliera de los calabozos iría a por ella y mataría a la perra, expresiones, que tanto por su literalidad como por las circunstancias de maltrato continuado en las que han sido proferidas, es evidente que estaban destinadas a causar temor y desasosiego en la ofendida, entrando en juego la agravación específica del párrafo segundo del número 5 del repetido art. 171 del CP, dado que fueron pronunciadas en el domicilio común.

QUINTO.- En orden a las circunstancias modificativas de la responsabilidad concurren la agravante de parentesco y la de género, que son de aplicación conjunta, dado su distinto fundamento, al delito de agresión sexual por el que se acusa, pero no así a los restantes en tanto que en sus elementos típicos ya se prevén.

La circunstancia agravante de parentesco del art. 23 del CP, en tanto que el acusado y la víctima estaban unidos en matrimonio en el momento de los hechos, pues aunque estamos ante una circunstancia de carácter mixto, en tanto que puede agravar a atenuar, la jurisprudencia unánimemente la considera con carácter agravante cuando el delito afecta a bienes jurídicos eminentemente personales, tales como son las agresiones sexuales.

Y la agravante de género del art. 22.4º del CP en tanto que el acusado atento contra la libertad sexual de la víctima como una expresión más de su idea de dominación y sobre ella sobre ella.

SEXTO.- En cuanto a las penas a imponer: a) Por el delito de agresión sexual, la pena contemplada en el art. 179 del CP, en relación con el art. 178 del mismo texto legal, concurriendo las circunstancias de agravación de parentesco del art. 23 y género del art. 22.4, ambos del CP, teniendo en cuenta las circunstancias del hecho, que el mismo fue el colorario de la situación de violencia doméstica a la que el acusado venía sometiendo a la denunciante, y como consecuencia de haberle dicho que quería separarse, habrá de ser impuesta, en atención al art. 66.3 del CP, la pena en su mitad superior, por lo que entendemos procedente la fijación de la misma en 10 años de prisión.

Además procede imponer la pena de inhabilitación especial durante el tiempo de la condena, art. 56 del CP.

E igualmente, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 57 del CP, la prohibición de acercarse a la denunciante allí donde se encuentre, domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro que frecuente, a una distancia inferior a 500 metros, y de comunicarse con la misma por cualquier medio o procedimiento, por tiempo de 15 años, superior al de la pena privativa de libertad que se impone.

Y, por último, al amparo del art. 192.1 en relación con los arts. 106 y concordantes, del CP, que determinan la imposición de una medida de libertad vigilada de cinco a diez años, procede imponerla por un periodo de 5 años por ser la ponderada a la gravedad de los hechos.

Con la figura de la libertad vigilada se pretende dar una solución en términos de respuesta penal a aquellos penados, condenados por determinados delitos, que habiendo extinguido su responsabilidad criminal siguen presentando un alto nivel de peligrosidad, entendida como grave riesgo de reincidencia, y en este sentido, como se ha afirmado anteriormente la gravedad de los hechos, la entidad de la conducta, la necesaria tutela de la indemnidad de la víctima, procede entender concurrente circunstancia de riesgo que determina el acogimiento de la medida.

Por lo que a la concreción de su contenido se refiere, resulta procedente limitarse a la imposición, sin concreción de su contenido, ya que para las obligaciones específicas se señala el procedimiento en el propio Código Penal, en su art. 106.2, indicándose que al menos dos meses antes de la extinción de la pena privativa de libertad, a fin de que la medida de libertad vigilada pueda iniciarse en ese mismo instante, el Juez de Vigilancia Penitenciaria comenzará el procedimiento previsto en el art. 98 para concretar el contenido de las medidas, elevando la oportuna propuesta y resolviendo de forma motivada el Juez o Tribunal sentenciador tras las oportunas audiencias;

b) Por el delito de maltrato habitual del art 173.2 del CP, siendo de aplicación el subtipo agravado del último párrafo de dicho precepto, no existiendo circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal para este delito, y en tanto que la conducta de dominación del acusado sobre la denunciante se prolongó durante años,



llegando a agredirla física en varias ocasiones y sexualmente en una, la pena a imponer será la de 3 años de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, art. 56 del CP, privación del derecho de tenencia y porte de armas durante 3 años y 4 años de prohibición de comunicarse con la víctima por cualquier medio o de aproximarse a ella donde se encontrare, domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro frecuentado por ella, a una distancia inferior a 500 metros, por tiempo superior al de la pena de prisión impuesta, art. 57 del CP.

c) Por los delitos lesiones del art. 153.1 y 3 del CP resulta adecuada la imposición de la pena de 1 año de prisión, por cada uno de los delitos por los que se acusa, al ser de aplicación el subtipo agravado del último párrafo dicho precepto, no existiendo circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal para este delito, en tanto que no fueron hechos aislados sino reiterados, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, art. 56 del CP, privación del derecho de tenencia y porte de armas durante 2 años y 6 meses y 2 años de prohibición de comunicarse con la víctima por cualquier medio o de aproximarse a ella donde se encontrare, domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro frecuentado por ella, a una distancia inferior a 500 metros, por tiempo superior al de la pena de prisión impuesta, art. 57 del CP; y

d) Y por el delito de amenazas del art. 171.4 y 5 del CP, por ser de aplicación el subtipo agravado del último párrafo dicho precepto, no existiendo circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal para este delito, resulta proporcionada la imposición de la 10 meses de prisión, pues fueron proferidas las mismas cuando la víctima había llamado a sus padres y a la Guardia Civil, estando próximos los Agentes, con el fin, de nuevo, de que se retractara, consiguiendo así que su deplorable conducta continuara impune, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, art. 56 del CP, privación del derecho de tenencia y porte de armas durante 2 años y 2 años de prohibición de comunicarse con la víctima por cualquier medio o de aproximarse a ella donde se encontrare, domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro frecuentado por ella, a una distancia inferior a 500 metros.

SÉPTIMO.- De acuerdo con lo dispuesto en los arts. 109 y 116 del CP toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios.

En relación a la responsabilidad civil, el art. 109 del CP, establece "que la ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar en los términos previstos en las leyes los daños y perjuicios causados". Disponiendo el art. 116.1 del CP "que toda persona criminalmente responsable de un delito o falta, también lo es civilmente, si del hecho se derivan daños y perjuicios", y el art. 110.3 del CP que la responsabilidad civil por los daños y perjuicios causados por el autor del delito comprende la indemnización de perjuicios materiales y morales.

Al respecto, la jurisprudencia ha señalado que los daños morales no necesitan estar especificados en los hechos probados cuando fluyen de manera directa y natural del relato histórico (STS nº 105/2005, de 29 de enero y STS nº 957/2007, de 28 de noviembre). También ha señalado que no es preciso que los daños morales "tengan que concretarse en relación con alteraciones patológicas o psicológicas sufridas por las víctimas, bastando que sean fruto de una evaluación global de la reparación debida a las mismas", (STS nº 957/2007, de 28 de noviembre).

En cuanto a la cuantía de la indemnización, tales daños no son susceptibles de cuantificación con criterios objetivos aplicados en atención a la demostración o prueba de lesiones materiales, por lo que su traducción en una suma de dinero sólo puede ser objeto de control en el recurso de casación cuando resulta manifiestamente arbitraria y objetivamente desproporcionada (STS nº 1336/2002, de 15 de julio).

Los daños morales incluyen cualquier daño o sufrimiento en la integridad moral de una persona, que sea personalmente sentido y socialmente valorado como inaceptable, y comprenden los susceptibles de valoración económica por su repercusión en el patrimonio de la víctima y los que no produciendo quebranto patrimonial (daños morales en sentido estricto), consisten en el simple dolor moral derivado del ilícito penal, refiriéndose en este sentido la jurisprudencia a la inquietud, la preocupación, la angustia, el terror, el deshonor, la tristeza y la melancolía (SSTS 29 - 6 y 10 - 7 - 1987, 22 - 4 - 1989 y 17 - 10 - 1997). Esta distinción tiene una consecuencia importante. Tratándose de daños morales con repercusión económica, es precisa para su resarcimiento la prueba de los perjuicios efectivamente producidos. En cambio dada la naturaleza de los daños morales en sentido estricto, es considerable la discrecionalidad del juzgador para evaluarlos una vez, desde luego, que haya fijado los supuestos de hecho de los que se infiera necesariamente tanto su existencia como su entidad (SSTS 29 - 1 - 1993, 2 - 3 - 1994 y 11 - 12 - 1998).

En el presente supuesto, considerando, por una parte, que la denunciante resultó con lesiones físicas, que tardaron en curar un total de 47 días, de los que 7 estuvo impedida para sus ocupaciones habituales y por otro, los evidentes daños morales y psicológicos que los delitos de los que fue víctima le han tenido que producir,



se estiman proporcionales las siguientes cantidades: 1.620 euros por las lesiones físicas y 8380 euros por los daños morales.

Además de aquella a indemnizar al SESPA, la cual se determinará en ejecución de sentencia, consistente en el coste de la asistencia médica dada a la denunciante como consecuencia de los actos criminales del acusado.

OCTAVO.- De acuerdo con lo previsto en los arts. 123 del CP y 239 y ss. de la LECrim , se impone al condenado las costas causadas, incluidas las de la acusación particular.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que debemos condenar y condenamos a Eleuterio , como autor penalmente responsable de los siguientes delitos: a) de un delito de agresión sexual, ya definido, concurriendo las agravantes de parentesco y de género, a la pena de 10 años de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, prohibición de aproximarse a Nicolasa allí donde se encuentre, domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro que frecuente, a una distancia inferior a 500 metros, y de comunicarse con la misma por cualquier medio o procedimiento, por tiempo de 15 años, y 5 años de libertad vigilada;

b) de delito de maltrato habitual, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de 3 años de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, privación del derecho de tenencia y porte de armas durante 3 años y 4 años de prohibición de aproximarse a Nicolasa allí donde se encuentre, domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro que frecuente, a una distancia inferior a 500 metros, y de comunicarse con la misma por cualquier medio o procedimiento;

c) de dos delitos lesiones, ya definidos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena, por cada uno de ellos, de 1 año de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, privación del derecho de tenencia y porte de armas durante 2 años y 6 meses y 2 años de prohibición de aproximarse a Nicolasa allí donde se encuentre, domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro que frecuente, a una distancia inferior a 500 metros, y de comunicarse con la misma por cualquier medio o procedimiento; y

d) de un delito de amenazas, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de 10 meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, privación del derecho de tenencia y porte de armas durante 2 años y 2 años de prohibición de aproximarse a Nicolasa allí donde se encuentre, domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro que frecuente, a una distancia inferior a 500 metros, y de comunicarse con la misma por cualquier medio o procedimiento;

e) a que indemnice a Nicolasa , en concepto de responsabilidad civil por los daños y perjuicios irrogados, en la suma total 10.000 euros y al SESPA en aquella cantidad que se determine en ejecución de sentencia por el coste de la asistencia que le fue prestada como consecuencia de los hechos ocurridos en el mes de agosto de 2013, en el mes agosto de 2015 y el 19 de agosto de 2017; y

f) al abono de las costas de la presente instancia, incluidas las causadas por la acusación particular.

Se mantienen las medidas cautelares vigentes hasta la firmeza de esta resolución.

Notifíquese esta sentencia a las partes, instruyéndoles que no es firme y que procede interponer recurso de apelación ante la Sala de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Asturias en el plazo de 10 días.

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