



## Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia de 26 Nov. 2010, rec. 10151/2010

Ponente: Marchena Gómez, Manuel.

Nº de Sentencia: 1065/2010

Nº de Recurso: 10151/2010

Jurisdicción: PENAL

QUEBRANTAMIENTO DE MEDIDA CAUTELAR. Reiterado incumplimiento de orden de prohibición de acercamiento dictada en procedimiento por violencia de género, que aprovecha el acusado para cometer los delitos de agresión sexual, detención ilegal y maltrato. Irrelevancia del consentimiento de la víctima. Pleno no jurisdiccional fechado el 25 de enero de 2008. No es causa de extinción de la pena ni el perdón de la víctima ni el consentimiento de ésta a la reanudación de la relación con la persona respecto a la que se dispuso la medida de alejamiento. Los efectos psicológicos asociados a la victimización de la mujer maltratada hacen aconsejable negar a ésta su capacidad para disponer de una medida cautelar de protección que no se otorga con vocación de intermitencia, afirmando o negando su validez y eficacia en función de vaivenes afectivos. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. Doctrina general. Inexistencia de vulneración, en el caso. Declaración de la víctima que reúne los elementos de credibilidad y corroboración suficientes para desvirtuar el principio.

Normativa aplicada

### TEXTO

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Noviembre de dos mil diez

### SENTENCIA

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el **recurso de casación** por infracción de Ley, quebrantamiento de forma y vulneración de precepto constitucional, interpuesto por la representación procesal del acusado **Benedicto**, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección Quinta) de fecha 23 de diciembre de 2009, en causa seguida contra **Benedicto**, por delitos de malos tratos, detención ilegal y quebrantamiento de medida cautelar, los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para



Votación y Fallo bajo la Presidencia del primero de los citados. Ha intervenido el Ministerio Fiscal y el recurrente representado por la Procuradora doña Paloma Izquierdo Labrada. Siendo Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gomez.

## I. ANTECEDENTES

**Primero.-** El Juzgado de Instrucción número 1 de Santa Cruz de Tenerife de violencia de género, instruyó Sumario número 4/2007, contra Benedicto y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección Quinta) rollo 5/2008 que, con fecha 23 de diciembre de 2009, dictó sentencia que contiene los siguientes *HECHOS PROBADOS*:

*"PRIMERO.- El procesado, Benedicto , mayor de edad, en cuanto nacido el 21 de agosto de 1985 y sin antecedentes penales, mantuvo una relación de afectividad análoga a la del matrimonio durante cuatro años aproximadamente con Adelaida , nacida el día 28 de noviembre de 1.986, teniendo un hijo en común de cuatro años de edad, aunque dicha relación ya había cesado, cuando el acusado realizó los siguientes hechos:*

*Sobre las 4:00 horas del día 1 de octubre de 2006, cuando Adelaida se encontraba en el interior del vehículo del procesado con matrícula PJ .... IP , en la zona de la playa de Las Gaviotas, en nuestra capital, ante la negativa de ésta a mantener relaciones sexuales, Benedicto , con ánimo de atentar contra la integridad física de la denunciante, la sujetó con fuerza por los brazos, la propinó un cabezazo en la frente y un puñetazo en la nariz. Acto seguido, Adelaida recogió sus cosas y huyó hacia la carretera general, siendo seguida en coche por el procesado, quien con intención de ocasionar la muerte de la denunciante, al llegar a su altura, la golpea con la parte trasera del vehículo, teniendo Adelaida que agarrarse a uno de los mojones que delimitan la carretera para evitar caer por un precipicio. Como consecuencia de tales hechos, Adelaida sufrió lesiones consistentes en erosiones en la frente, en ambos brazos, antebrazos y muslo derecho, precisando cinco días para su curación tres de los cuales fueron impeditivos, no precisando hospitalización alguna.*

**SEGUNDO.-** En fecha no determinada, pero en todo caso posterior en dos semanas a la denuncia de 1 de octubre de 2006, el acusado con ánimo de privar a la su ex-compañera sentimental, de su libertad ambulatoria Benedicto condujo en su vehículo a Adelaida y al hijo común de ambos a la zona de las Raices, donde permanecieron en el coche durante un rato sin que Benedicto atendiera las peticiones de Adelaida para que la devolviera a su casa. Posteriormente arrancó el coche y se introdujo ya de noche por



una de las pistas de acceso al bosque. Tras circular durante un rato ordenó a Adelaida que se bajara con el niño, y abandonó el lugar dejándolos solos en la oscuridad y sin ropa de abrigo. Transcurrido un período de tiempo prolongado Benedicto volvió al lugar y los permitió subirse al coche. Adelaida cogió un destornillador del coche y se lo colocó a Benedicto en el cuello para obligarle a sacarlos a ella y al niño de aquel paraje. Éste accedió a ello, y condujo el coche hasta el centro del municipio de El Rosario, donde detuvo el coche un rato en las cercanías de la gasolinera y, finalmente, llevó a Adelaida y al niño hasta su casa.

TERCERO.- Durante la madrugada del día 12 de abril de 2007, el procesado, Benedicto abordó a Adelaida cuando ésta acudía a un puesto automático de recarga de teléfonos móviles. La ordenó que se subiera al coche, y la golpeó en la espalda ante su negativa inicial. Entonces llevó a Adelaida a un descampado sito en las proximidades del aeropuerto de Los Rodeos, a pesar de las reiteradas peticiones de ésta para que las dejase ir, para una vez en lugar, con ánimo de satisfacer sus deseos sexuales, penetrarla vaginalmente, no oponiendo Adelaida resistencia alguna por temor a las posibles represalias del procesado.

CUARTO.- El procesado, teniendo conocimiento de la existencia del Auto dictado por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer Nº 1 de Santa Cruz, de fecha de 16 de febrero de 2007 *por el que se le imponía la prohibición tanto de aproximación como de comunicación con la denunciante y siendo debidamente notificado y apercibido de las consecuencias en caso de incumplimiento, con ánimo de menospreciar a la Administración de Justicia y sus resoluciones, infringió dicha Medida Cautelar en fechas tales como el 18 de febrero de 2007, cuando sobre las 17:30 horas, se presentó en el domicilio de la denunciante, ó el día 12 de abril de 2007, sobre las 15:55 horas obligándola a mantener relaciones sexuales en contra de su voluntad, o ese mismo día por la noche llamándola en veintiocho ocasiones, así como el 13 de abril de 2007 llamándola en cinco ocasiones entre las 12:28 y las 15:32 para nuevamente pedirle dinero y el 25 de febrero de 2007 sobre las 23:58 horas para desearle un feliz aniversario" (sic).*

**Segundo.-** La Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 5ª, dictó el siguiente pronunciamiento:

*"FALLO: Que debemos condenar y condenamos a Benedicto: como autor responsable de un delito de de (sic) malos tratos del art. 153.1 CP a una pena de un año de prisión, dos años de privación del derecho al porte y tenencia de armas, y accesorias de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de duración de la pena de prisión y prohibición de aproximarse a Adelaida , a su domicilio, lugar de trabajo o a otro lugar habitualmente frecuentada por ella, y*



*prohibición de comunicar con ella por cualquier medio oral, visual o escrito, por un tiempo que será superior en tres años al de la pena de prisión impuesta (es decir, cuatro años); como autor de un delito de detención ilegal del art. 163.2 CP a una pena de prisión de tres años y accesorias de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena de prisión y prohibición de aproximarse a Adelaida , a su domicilio, lugar de trabajo o a otro lugar habitualmente frecuentado por ella por un tiempo que será superior en un año al de la pena de prisión impuesta (es decir, cuatro años); como autor de un delito de agresión sexual de los arts. 178 y 179 CP a una pena de prisión de seis años, con accesorias de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la pena prisión y prohibición de aproximarse a Adelaida , a su domicilio, lugar de trabajo o a otro lugar habitualmente frecuentado por ella, y la prohibición de comunicar con ella por cualquier medio oral, visual o escrito, por un tiempo que será superior en cuatro años al de la pena de prisión impuesta (es decir, diez años); y como autor de un delito continuado de quebrantamiento de medida cautelar de los arts. 468.2 y 74 CP a una pena de un año de prisión y accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo.*

*Absolvemos a Benedicto de los delitos de tentativa de homicidio, amenazas leves y de agresión sexual continuada de que venía acusado.*

*Se impone a Benedicto el pago de 4/6 partes de las costas" (sic).*

**Tercero.-** Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por el recurrente, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

**Cuarto.-** La representación legal del recurrente Benedicto , basa su recurso en dos motivos de casación que se exponen conjuntamente en un **únicomotivo** de casación:

**Único motivo.** *Se exponen conjuntamente los motivos preparados al amparo del art. 849.2 de la LECrim , por error en la apreciación de la prueba basado en documentos obrantes en autos; y al amparo del art. 852 de la LECrim , por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia ( art. 24.2 de la CE ).*

**Quinto.-** Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, por escrito de fecha 21 de junio de 2010, evacuado el trámite que se le confirió, y por razones que adujo, interesó la inadmisión de los motivos del recurso, unificados en un **único motivo** que, subsidiariamente, impugnó.



**Sexto.-** Por Providencia de fecha 29 de octubre de 2010 se declaró el recurso admitido, quedando **conclusos los autos para señalamiento de deliberación y fallo** cuando por turno correspondiera.

**Séptimo.-** Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró la deliberación de la misma el día 25 de noviembre de 2010.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- Por la representación legal de Benedicto se interpone recurso de casación contra la sentencia de fecha 23 de diciembre de 2009, dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Tenerife , que le condenó como autor de sendos delitos de malos tratos, detención ilegal, agresión sexual y quebrantamiento de medida cautelar.

Por la defensa se formalizan, con cierta relajación sistemática respecto de las exigencias impuestas por el art. 874 de la LECrim, dos motivos de casación que, sin embargo, son objeto de fusión por el propio recurrente "... *por estar íntimamente conectados uno y otro*". No se formula queja alguna acerca de posibles errores en el juicio de subsunción proclamado por la Audiencia Provincial, delimitando nuestro ámbito de conocimiento conforme a los estrictos términos en los que el recurso ha sido entablado.

De una parte, se invoca el art. 849.2 de la LECrim para anunciar un error en la valoración de la prueba derivado de documentos que obran en la causa y que demostrarían la equivocación del juzgador. Sin embargo, la defensa se aparta del mandato que deriva del art. 884.6 de la LECrim , en el que se configura como causa de inadmisión -ahora de desestimación- el hecho de no designar concretamente el documento de cuyo contenido se desprende el error valorativo que se denuncia.

El segundo de los motivos, al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim, denuncia vulneración de precepto constitucional infracción del derecho fundamental a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE .

La Sala, con el fin de no exacerbar el rigor formal propio del recurso extraordinario de casación y siguiendo en este aspecto la pauta metódica sugerida por el Ministerio Fiscal, va a entrar en el análisis de los argumentos que la defensa hace valer para reivindicar el derecho constitucional a la presunción de inocencia de Benedicto .

A juicio del Letrado del acusado, la denunciante habría actuado de forma tan contradictoria que su propia conducta desmentiría la conclusión alcanzada por el Tribunal sobre la certeza de la declaración de la denunciante y la persistencia en la incriminación. Algunos de los hechos declarados probados -se razona-



son incompatibles con la conducta previa de la denunciante. Es el caso, por ejemplo, de los hechos acaecidos en la Playa de Las Gaviotas, que fueron precedidos por la asistencia voluntaria a una fiesta en la Playa de Las Teresitas el día anterior. Por otra parte, la constante búsqueda por parte de la denunciante de la compañía del acusado haría inviable sostener la acusación por un delito de quebrantamiento de medida cautelar. En definitiva, la afirmación de que la víctima está en un estado de "... *permanente sometimiento y humillación emocional y dependencia*", está en contradicción con el hecho de que Adelaida , tras finalizar la relación con el acusado ha llegado a tener otras relaciones con distinta pareja, llegando incluso a procrear un hijo.

Ambos motivos han de ser rechazados.

2.- El espacio funcional que nuestro sistema reserva al Tribunal de Casación en el momento de valorar cualquier alegación sobre una supuesta infracción del derecho fundamental a la presunción de inocencia, ha sido fijado de forma reiterada por la jurisprudencia constitucional y de esta misma Sala. Sobre el control casacional de la valoración probatoria, hemos dicho en las SSTs 158/2010, 2 de febrero y 458/2009, 13 de abril , reiterando doctrina anterior, que ni el objeto del control es directamente el resultado probatorio, ni se trata en casación de formar otra convicción valorativa sin disponer de la imprescindible intermediación que sólo tuvo el Tribunal de instancia. El objeto de control es la racionalidad misma de la valoración elaborada por éste a partir del resultado de las pruebas que presencié. No procede ahora por tanto que el recurrente sugiera o proponga otra valoración distinta que desde su punto de vista se acomode mejor a su personal interés, sino que habrá de argumentar qué es irracional o carente de lógica el juicio valorativo expresado por el Tribunal de la instancia.

Partiendo del presupuesto necesario de que han de existir pruebas válidas y lícitas, de contenido incriminador, no bastará para tener por desvirtuada la presunción de inocencia con constatar que el Juzgado de la instancia alcanzó la experiencia subjetiva de una íntima convicción firme sobre lo sucedido, sino que debe revisarse en casación si esa convicción interna se justifica objetivamente desde la perspectiva de la coherencia lógica y de la razón.

A esta Sala por tanto no le corresponde formar su personal convicción con el examen de unas pruebas que no presencié, para a partir de ella confirmar la valoración del Tribunal de instancia en la medida en que una y otra sean coincidentes. Lo que ha de examinar es si la valoración del juzgador, que es la única que existe porque esta Sala no la sustituye con ninguna otra propia, es homologable por su misma lógica y razonabilidad; o si más allá del convencimiento subjetivo que el Juez al valorar los medios de prueba adquiere sobre la veracidad de la acusación -como dice la STS 1272/2009, 16 de diciembre -, puede



estimarse que los medios que valoró autorizan a tener por objetivamente aceptable la veracidad de la acusación, y que no existen otras alternativas a la hipótesis que justificó la condena susceptibles de calificarse también como razonables. Para que una decisión de condena quede sin legitimidad bastará entonces con que la justificación de la duda se consiga evidenciando que existan buenas razones que obstan aquella certeza objetiva. En síntesis, es necesario que concurra prueba de cargo lícita y válida, y es preciso también que el Tribunal de la instancia haya obtenido la certeza. Sin lo primero es ocioso el examen de lo demás porque falta el presupuesto mínimo para desvirtuar la presunción de inocencia. Y si falta lo segundo, porque el Tribunal expresa duda y falta de convicción, la absolución se impone por el principio "in dubio pro reo". Pero dándose ambas condiciones además es necesario un tercer elemento: que entre el presupuesto y la convicción exista objetivamente un enlace de racionalidad y lógica cuyo control corresponde al Tribunal de Casación, en un examen objetivo que nada tiene que ver con la formación de una convicción propia sustitutiva, que no es posible sin la intermediación de la prueba.

En el supuesto que nos ocupa, la extensa fundamentación jurídica de la sentencia recurrida pone de manifiesto que el juicio de autoría ha sido formulado a partir de una prueba válida, de signo netamente inculpativo y en virtud de una valoración ajustada a un modelo racional de apreciación probatoria.

En efecto, el Tribunal de instancia ha enfatizado, entre otros elementos inculpativos, la credibilidad que otorga al testimonio de la víctima, Adelaida . Es cierto que, en aquellos casos como el presente, en los que el testimonio de la víctima adquiere un valor definitivo, la exteriorización del itinerario deductivo que ha permitido al Tribunal *a quo* proclamar la autoría del acusado, ha de ser cuidadosamente ponderado en sede casacional. Sólo así se podrá evitar que el derecho constitucional a la presunción de inocencia quede desplazado mediante un acto jurisdiccional de fe ajeno a los principios que informan y legitiman el proceso penal. La declaración de la víctima, como ha afirmado de forma reiterada la jurisprudencia de esta misma Sala, tiene por sí sola aptitud para fundamentar la convicción judicial sobre la autoría de los hechos y, con ello, desplazar el derecho a la presunción de inocencia. Pero esa convicción no puede ser el resultado de convertir en apodíctico un testimonio cuya credibilidad, por el contrario, ha de ser minuciosamente examinada, filtrando su contenido conforme a las pautas proporcionadas por la jurisprudencia de esta Sala. No se trata, claro es, de fijar reglas estereotipadas que actúen a manera de inaceptables normas de valoración, impropias de un sistema procesal inspirado en el ideal del modelo acusatorio. Lo que se persigue tan solo es ofrecer unas normas que ordenen el esfuerzo metódico de aproximación valorativa al testimonio de la víctima (cfr. STS 485/2007, 28 de mayo).





Pues bien, en el caso que centra nuestra atención, la credibilidad de ese testimonio -que no es, desde luego, el único elemento de cargo ponderado por el Tribunal *a quo*- la expresa el Tribunal de instancia a partir de su propia percepción de la declaración de Adelaida y del dictamen de especialistas acerca de los efectos y secuelas derivados de los daños inferidos por el acusado. A ello se refirieron los peritos que dictaminaron en el plenario sobre el estado de desasosiego y verdadera zozobra emocional en que se encontraba la víctima. Los Jueces de instancia pudieron percibir por sí el desequilibrio que todavía en el acto del juicio oral afectaba a aquélla, interpretando algunas de las contradicciones que pretende destacar la defensa como verdadera expresión de la sintomatología característica del maltrato. Así, en relación con las visitas que la víctima ha realizado a la prisión con posterioridad a los hechos, razona que *"... estos encuentros son interpretados (...) como un reflejo del deterioro emocional y dependencia que el contexto de permanente sometimiento y humillación han causado a la denunciante. En su declaración transmite de forma nítida su miedo y horror cuando relata los episodios de agresión sobre los que se pregunta; reconoce sin problemas -no parece mentir en ningún caso- las dos visitas a prisión, e incluso se muestra sincera cuando preguntada por la razón de su conducta insiste en que "no sabe", "tenía que verle", "me da pena", "no sé qué me pasa". En realidad este tipo de reacciones aparecen como reflejo de la culpabilidad y confusión que se detectan normalmente en un gran número de supuestos de agresiones reiteradas de este tipo. Es decir, lejos de afectar a su credibilidad, son una nueva prueba del grave daño emocional que le han provocado los hechos: de hecho, la denunciante siempre resulta creíble, e incluso admite sin dudas -si bien con desánimo y sufrimiento- esos mismos encuentros sobre los que la defensa informa. No adornó tales episodios justificándose en la existencia de amenazas o presiones de cualquier tipo, sino que se le limitó a expresar con sinceridad sus sentimientos: no entiende por qué lo hace ni por qué siente dolor por él; es decir, no inventa respuesta, sino que expresa el sincero sentimiento de culpa que se describe habitualmente en este tipo de situaciones. Lo que resulta en todo caso claro es que nunca falta a la verdad: reconoce sin dudas y sin pensárselo esos encuentros a los que hace referencia"* - cfr. FJ 1º, 4, apartado e) de la sentencia recurrida-.

Más allá de la declaración de la víctima, el propio Tribunal de instancia expone los elementos de corroboración que ha tenido en cuenta para la proclamación del hecho probado.

a) De este modo, en relación con los sucesos acaecidos en la madrugada del día 1 de octubre de 2006 y que han desembocado en la condena del acusado como autor de un delito de malos tratos del art. 153 del CP, aclara el Tribunal que Adelaida objetivaba unas lesiones -reconocidas por el médico forense dos días después de denunciados los hechos-, cuya morfología era perfectamente coincidente con la dinámica





violenta de los hechos. Así lo expresa el FJ 2 apartado 1 de la sentencia combatida: "... Adelaida fue reconocida por el médico forense el día 4 de octubre -el mismo día en que prestó declaración ante el Juez-. En este informe (unido a los folios 49 y ss. del procedimiento) se confirma la existencia de lesiones que resultan compatibles con las lesiones relatadas: la denunciante se refiere a un cabezazo, un puñetazo en la nariz y varios agarrones, y describió también su posterior caída por el borde de la carretera -se trata de una pista encajonada dentro de un barranco- y el golpe que recibió en la pierna. Estas lesiones encuentran reflejo en ese parte médico, en el que se hace referencia a que presentaba erosiones y contusiones en la frente, y contusiones en los brazos, antebrazos y muslo derecho. El informe pericial fue objeto de lectura en el plenario conforme a lo previsto en el art. 730 LECrim , al no resultar posible la comparecencia del médico forense por fallecimiento del mismo durante la tramitación de la causa".

b) En relación con los hechos ejecutados por Benedicto en la zona de Las Raíces -de los que se deriva su condena como autor de un delito de detención ilegal- y que tuvieron lugar dos semanas después de la denuncia formulada el 1 de octubre de 2006 por el episodio precedente, el Tribunal de instancia vuelve a poner de manifiesto la credibilidad que le ofrece el testimonio de la víctima, que "*... fue siempre capaz de explicar con solvencia lo sucedido y de integrar esos elementos -y todos los demás- en su declaración sin que llegaran a surgir dudas de ningún tipo al Tribunal sobre su coherencia y verosimilitud*". A ese testimonio suma el órgano decisorio "*... la existencia de una declaración sumarial de su madre que ésta manifiesta que su hija le contó lo sucedido, y en la que se refiere expresamente a que el niño estaba <asustado> y a que el mismo le había manifestado <susto, papi se había marchado y lo había dejado en el monte> (declaración sumarial de la Sra. Marta al folio 376 de los autos). La madre de Adelaida no pudo reproducir tal relato durante el juicio oral, pues como ya se ha dicho insistió constantemente en que la grave depresión que acaba de padecer no le permitía recordar las cosas*".

En suma, el testimonio de la víctima fue corroborado por la declaración sumarial de la madre de aquélla, que fue conocedora de lo que le relató su hija inmediatamente después de acaecidos los hechos y que, además, escuchó el mensaje transmitido por su nieto que, con la visión infantil propia de su edad, también aludió al abandono que habían sufrido por parte del acusado.

c) Respecto de la agresión sexual que la Audiencia da por probada, sucedida en el interior del coche del acusado durante la madrugada del día 12 de abril de 2007, en una pista existente en las proximidades del Aeropuerto de Los Rodeos, además de la declaración de Adelaida , los Jueces de instancia contaron con el testimonio del propio Benedicto , quien reconoció la existencia de ese encuentro sexual, aunque descartando cualquier asomo de violencia o intimidación y, lo que resulta decisivo, el informe médico



forense de las heridas y del estado psicológico de Adelaida nada más acaecidos los hechos. Razona el órgano decisorio que "... después de producirse los hechos, el acusado Benedicto llevó a Adelaida en el coche a la casa de ella. La denuncia es presentada inmediatamente después, y en ella se ofrece -como ya se indicó- una versión de los hechos sustancialmente coincidente con lo declarado después ante el Juez de instrucción y más tarde en el plenario. En ese momento Adelaida es trasladada a un centro asistencial, donde es reconocida por el médico de servicio y, seguidamente, por una médico forense que se traslada al lugar. La declaración de la médico forense en el plenario no permitió aclarar algunas cuestiones relevantes, pues no recordaba con claridad aquella exploración y tuvo que remitirse constantemente a su informe escrito. La defensa llamó la atención sobre el hecho de que en tal informe no constaran referencias al estado de excitación de la denunciante, pero el Tribunal confirmó, que tales referencias sí aparecen en el primer parte de asistencia del médico de servicio: en este informe se constata la tumefacción que presentaba Adelaida en la región perineal; y se indicaba que la persona explorada presentaba <ansiedad>".

En consecuencia, tanto la tumefacción sufrida por la víctima en la zona perineal -dictaminada por la médico forense al poco de denunciados los hechos-, como su acreditado estado de ansiedad, refuerzan la corrección de la inferencia del Tribunal de instancia acerca de la forma en que sucedieron los hechos en las proximidades del Aeropuerto y sobre su significación jurídica.

d) Por último, la convicción probatoria acerca de los distintos quebrantamientos de condena imputados al recurrente, ha sido también exteriorizada por los Jueces de la Audiencia Provincial a partir del reconocimiento del propio Benedicto -hechos acaecidos el día 12 de abril de 2007-; la declaración de los agentes de policía que se desplazaron al domicilio y se entrevistaron con la madre de Adelaida , quien les informó de que el acusado estaba por los alrededores -hechos del día 18 de febrero-; o el testimonio del psicólogo Pedro -con quien contactó Adelaida ante el temor que le producía la proximidad del acusado-.

*No puede tener acogida el argumento de la defensa referido a un posible consentimiento por parte de Adelaida a la hora de facilitar la proximidad de su ex pareja. Es cierto que la jurisprudencia de esta Sala conoce precedentes -decíamos en la STS 61/2010, 28 de enero - en los que el consentimiento de la persona en cuyo favor se ha dictado la orden de protección y alejamiento, actuaría como una causa de exclusión de la pena, legitimando la conducta de quien se aproxima a su pareja en manifiesta contradicción con el mandato jurisdiccional.*



*Sin embargo, el Pleno no jurisdiccional fechado el 25 de enero de 2008, proclamó que "... el consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad a efectos del art. 468.2 del CP ". Esta tesis ya ha sido proclamada, entre otras, por la STS 39/2009, 29 de enero .*

*El problema no es, desde luego, sencillo. La idea de una exclusión incondicional, siempre y en todo caso, de la relevancia del consentimiento, no está implícita en ese acuerdo. De ahí que la conclusión alcanzada por el Pleno no deba ser entendida en absoluta desconexión con las circunstancias de cada caso concreto. Pese a todo, con carácter general, puede afirmarse que el problema escapa a una consideración de la eficacia del consentimiento a partir de parámetros valorativos de normalidad.*

Qué duda cabe que la mujer que solicita una medida de alejamiento no renuncia al ejercicio de su derecho al libre desarrollo de la personalidad. La posibilidad de una reanudación de la convivencia o, incluso, de restablecer por propia voluntad los vínculos jurídicos dejados sin efecto por la crisis que dio lugar al proceso penal, sigue permaneciendo intacta.

Sin embargo, en el momento de la valoración de la pretendida eficacia excluyente de ese consentimiento exteriorizado *a posteriori* , el órgano jurisdiccional ha de ponderar de forma ineludible si ese consentimiento ha sido prestado en condiciones que permitan afirmar su validez. La pérdida de autoestima por parte de la mujer, que es consustancial a los episodios prolongados de violencia doméstica, puede provocar en el órgano judicial el irreparable error de convertir lo que no es sino la expresión patológica de un síndrome de anulación personal, en una fuente legitimante que lleve a la equivocación de anular las barreras alzadas para la protección de la propia víctima, sumiendo a éste de nuevo en la situación de riesgo que trataba de evitarse con el dictado inicial de la medida cautelar de protección.

*Negar la eficacia del consentimiento de la mujer no es, en modo alguno, propugnar una limitación de su capacidad de autodeterminación. Tampoco implica condicionar el ejercicio del derecho al libre desarrollo de su personalidad. Los efectos psicológicos asociados a la victimización de la mujer maltratada, hacen aconsejable negar a ésta su capacidad para disponer de una medida cautelar de protección que no se otorga, desde luego, con vocación de intermitencia, afirmando o negando su validez y eficacia en función de unos vaivenes afectivos que, en la mayoría de los casos, forman parte de los síntomas de su propio padecimiento.*

De ahí que resulte especialmente arriesgado aceptar en términos jurídicos situaciones de derogación material -pese a la vigencia formal de la orden judicial de alejamiento-, originadas por la aceptación, expresa o tácita, por la mujer maltratada de contactos reiterados con su agresor. *Es indudable que la*



*mujer puede ejercer su derecho a la reanudación de la convivencia. Precisamente, en ejercicio de esa facultad que sólo a ella incumbe, deberá comparecer voluntariamente ante el órgano judicial competente e instar del Juez la consiguiente resolución que, una vez valoradas las circunstancias concurrentes, podrá dejar sin efecto el obstáculo para el restablecimiento de la comunicación y la convivencia.*

*En consecuencia, resulta obligada la aplicación del criterio general sentado por esta Sala en el Pleno antes mencionado, excluyendo cualquier clase de eficacia al consentimiento, expreso o tácito, otorgado por Adelaida para la reanudación de los encuentros o de la convivencia.*

3.- La desestimación del recurso conlleva la condena en costas, en los términos establecidos en el art. 901 de la LECrim .

### III. FALLO

Que **debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR** al recurso de casación, interpuesto por la representación legal de **Benedicto** , contra la sentencia de fecha 23 de diciembre de 2009, dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Tenerife , en la causa seguida por delitos de malos tratos, detención ilegal y quebrantamiento de medida cautelar; y condenamos al recurrente al pago de las costas causadas.

Comuníquese esta resolución a la Audiencia mencionada a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Joaquin Gimenez Garcia D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre D. Manuel Marchena Gomez D. Alberto Jorge Barreiro D. Jose Antonio Martin Pallin.

### PUBLICACION

.- Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Manuel Marchena Gomez , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.