



Roj: **SAP TF 896/2012 - ECLI: ES:APTF:2012:896**

Id Cendoj: **38038370052012100203**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Santa Cruz de Tenerife**

Sección: **5**

Fecha: **28/05/2012**

Nº de Recurso: **11/2011**

Nº de Resolución: **216/2012**

Procedimiento: **Sumario**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER MULERO FLORES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

Ilmos. Sres.:

PRESIDENTE

Do Francisco Javier MULERO FLORES (Ponente)

MAGISTRADOS:

Do Jose Félix MOTA BELLO

Do Juan Carlos GONZÁLEZ RAMOS

En Santa Cruz de Tenerife, a 28 mayo de dos mil doce.

Visto ante esta Audiencia Provincial el Sumario correspondiente al rollo de sala 11/2011, procedente del Juzgado de Instrucción no 4 de Granadilla de Abona Sumario 3/2010, seguido por delitos de malos tratos, coacciones, lesiones psíquicas y agresión sexual contra Carlos Manuel , mayor de edad y sin antecedentes penales, nacido el NUM000 de 1966 en Pontevedra con D.N.I. NUM001 , representado por la Procuradora Sra. Togores Guigou y defendido por el Letrado Do Sebastián Elías León Martínez, con intervención del Ministerio Fiscal en defensa del interés general y como Acusación Particular, Da Milagrosa representada por la Procuradora Sra. Ezquerro Aguado y asistida del letrado Do Zebenzui González de León, siendo ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Francisco Javier MULERO FLORES, que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Los presentes autos se iniciaron en virtud de atestado presentado por la Policía Local de Granadilla de Abona por la posible comisión de delito de malos tratos en el ámbito de la violencia de género de 4 de septiembre de 2007. Incoadas las correspondientes diligencias por el Juzgado de Instrucción número Cuatro de Granadilla de Abona fueron practicadas todas aquéllas que se estimaron necesarias para la comprobación y esclarecimiento de los hechos fueron declaradas concluidas y remitidas a esta Audiencia Provincial, habiéndose procedido a su tramitación de conformidad con lo prevenido en las Leyes Procesales, señalándose para la celebración del Juicio Oral una vez evacuado escrito de defensa el 15 de marzo de 2012 mediante Auto de 20 de marzo del año en curso. El juicio oral se celebró con asistencia de todas las partes el día 23 de mayo de 2012. En el mismo fueron practicadas las pruebas propuestas que habían sido declaradas pertinentes del modo que consta en el acta levantada por el Sr. Secretario.

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal elevó a definitivas sus conclusiones provisionales calificó los hechos como constitutivos de:

a) Un delito de MALTRATO FÍSICO Y PSÍQUICO HABITUAL en el ámbito de la violencia de género, del art. 173.2 CP , en el supuesto agravado de que los hechos han tenido lugar en presencia de menores y en el domicilio de la víctima.



b) un delito de COACCIONES en el ámbito de la violencia de género del artículo 172.2 del CP .

c) delito de LESIÓN PSÍQUICA del artículo 147.1 del Código penal .

Formuló acusación contra el acusado en concepto de autor, según lo dispuesto en los arts. 27 y 28 del Código Penal , concurriendo la agravante de parentesco del artículo 23 del C. Penal , respecto del delito de lesiones psíquicas del apartado C), y solicitando por el delito a): la pena de 2 años de prisión, con la accesoria legal de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo de 4 años y conforme a lo dispuesto por el art. 57 en relación con el art. 48 ambos del Código Penal , la prohibición de aproximarse a Milagrosa en un radio no inferior a 500 metros, en su domicilio, lugar de trabajo, y allí donde se encuentre y la de comunicarse con la misma por cualquier medio escrito u oral, por sí o por terceras personas, durante 4 años, con los apercibimientos legales para el caso de incumplimiento. Abono de las costas.

Por el delito b): la pena de 9 meses de prisión, con la accesoria legal de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y conforme a lo dispuesto en el art. 57 en relación con el art. 48, ambos del Código Penal , la prohibición de aproximarse a Milagrosa en un radio no inferior a 500 metros, en su domicilio, lugar de trabajo, y allí donde se encuentre y la de comunicarse con la misma por cualquier medio escrito u oral, por sí o por terceras personas, durante 4 años, con los apercibimientos legales para el caso de incumplimiento. Abono de las costas.

Por el delito c), la pena de 2 años de prisión con la accesoria legal de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y conforme a lo dispuesto por el art. 57 en relación con el art. 48 ambos del Código Penal , la prohibición de aproximarse a Milagrosa en un radio no inferior a 500 metros, en su domicilio, lugar de trabajo, y allí donde se encuentre y la de comunicarse con la misma por cualquier medio escrito u oral, por sí o por terceras personas, durante 4 años, con los apercibimientos legales para el caso de incumplimiento. Abono de las costas.

Igualmente en concepto de responsabilidad civil solicitó que el acusado indemnizara a Milagrosa en la cantidad de 3000 euros por las secuelas psíquicas sufridas, y en la cantidad que se determine en ejecución de sentencia por los tratamientos médicos o farmacológicos que haya requerido la misma, con aplicación de lo dispuesto en el art. 576 de la LEC ..

TERCERO.- La Acusación Particular se calificaron los hechos como constitutivos de A) Un delito de maltrato físico y psíquico del art. 153.1 y 3 C.P . B) Un delito de lesiones del art. 148.3 C.P . . C) Un delito de amenazas contra la mujer del art.171.4 C.P . y D) un delito de agresión sexual del art. 179 C.P . interesando las siguientes penas, un año de prisión por el delito A, cuatro años de prisión por el delito B), un año de prisión por el delito C y seis años de prisión por el delito D, además de 30.000 euros en concepto de responsabilidad civil por los daños físicos y secuelas psíquicas más 20.000 euros por igual concepto.

CUARTO.- La Defensa negó los hechos imputados y pidió que se dictara sentencia absolutoria, y de forma alternativa la estimación de dilaciones indebidas.

HECHOS PROBADOS

UNICO.- 1o.- A) El acusado, Carlos Manuel , mayor de edad y sin antecedentes penales, mantuvo una relación sentimental con Milagrosa , sin convivencia, que comenzó aproximadamente en el verano de 2006 terminando el 4 de septiembre de 2007, pernoctando en ocasiones en casa de ella sita en la calle Bocinegro de El Médano, donde residía junto a sus dos hijos menores de edad, Isidoro y Sergio, de seis y ocho años de edad, fruto de su anterior matrimonio con Esteban , principalmente cuando los menores se encontraban con su padre los fines de semana alternos.

Dicha relación sentimental fue paulatinamente deteriorándose hasta que sobre las 20.30 horas del 4 de septiembre de 2007, encontrándose el acusado en casa de Milagrosa , a donde había ido a recoger el cargador del móvil, recibe ésta llamada telefónica por parte de Esteban , su ex marido y padre de sus hijos para hablar con ellos, cuando al pasar el teléfono a éstos, el acusado, tras haber colgado reiteradamente el teléfono impidiendo la comunicación, tira del cable de teléfono llegando a arrancar el mismo e impidiendo finalmente toda comunicación. Ante lo cual, y llevado por el temor de que estuviese ocurriendo algo a sus hijos, Esteban se personó en el citado domicilio, para lo cual se desplazó desde la localidad de Los Cristianos donde se encontraba, y al llegar sobre las 21.00 horas a El Médano le manifestó al acusado que quería hablar con él, mostrándose el acusado reacio, reconociéndole ser él el que había colgado el teléfono y diciéndole que no llamara más a esa casa, siendo igualmente recriminado el acusado por fumar delante de los niños y tener la habitación llena de humo.



B) Ante la actitud agresiva mostrada por el acusado, y en evitación de un posible mal a sus hijos, Esteban optó por llevarse a sus dos hijos menores de esa casa, pidiéndole a su ex esposa que le acompañase, llamando a la Policía Local, siendo en ese momento cuando Milagrosa le dice que ha sido maltratada y vejada por el acusado, y que ha proferido amenazas contra él y sus hijos, afirmando en el Juzgado posteriormente haber mantenido relaciones con el acusado en contra de su voluntad, así como haber agredido a sus hijos menores, sin que se le apreciara por la médico forense lesión alguna a nivel genital externo ni paragenital, ni antiguas ni recientes, y sí tan sólo una contusión a nivel de muslo izquierdo de forma ovalada de 2x1 cm compatible con una impresión digital. Y sin que conste data ni circunstancias de la rotura parcial del diente no 11 (pérdida por fractura del ángulo interno del incisivo superior medial izquierdo) del menor Isidoro .

2o En fecha de 29 de diciembre de 2007, Milagrosa fue sometida por la psicóloga a valoración, apreciándole ante el relato que le narra, y los test y pruebas a los que fue sometida, un temor profundo hacia su ex pareja y acusado en el procedimiento actual, así como un sentimiento de culpabilidad. Presentando un trastorno adaptativo con ansiedad y estado de ánimo depresivo que la han llevado a estar de baja laboral durante quince días, cesando finalmente en su trabajo ante la extinción del contrato. Sin embargo no se le prescribió tratamiento médico ni medicación alguna.

3o Por la misma psicóloga y en la misma fecha fue objeto de valoración psicológica el acusado, no detectándose en el mismo trastorno psicopatológico que influya, merme o anule su capacidad intelectual y/o volitiva, mostrando por otra parte un comportamiento frío, socialmente desconsiderado, egocéntrico y seguro de sí mismo.

4o. El acusado estuvo en prisión provisional por esta causa desde el 7 de septiembre de 2007 hasta el 21 de diciembre del mismo año, fecha en la que se acordó a favor de Milagrosa una Orden de Alejamiento del art. 544 bis de la LECriminal .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Cuestión Previa.- Con carácter previo, y por lo que se refiere a la imputación de mayor gravedad sostenida en exclusividad por la Acusación Particular, cual es la agresión sexual, se alega por la Defensa, que pese a haberse decretado la nulidad de la apertura del juicio oral y retrotraerse las actuaciones al Juzgado de Instrucción para su acomodación a las normas del sumario, la citada Acusación Particular no concretó ni entonces ni luego, en su escrito de calificación, los hechos denunciados en tal extremo, -lo que es igualmente admitido por el Ministerio Fiscal al afirmar que es una cuestión de fondo que tiene relación con la ausencia de determinación, que le llevó a ese Ministerio Fiscal a no formular acusación-, afirmando que ello le genera indefensión, pues al desconocer la data de tal presunta agresión, la frecuencia o no de las misma, no podía articular una razonable defensa. Insiste finalmente en su informe, que ni siquiera en conclusiones definitivas se ha procedido a concretar tales hechos, manteniendo el relato en términos vagos sin referencias temporales y espaciales claras que le impiden articular la defensa.

Efectivamente, como hemos dicho en otras ocasiones la indeterminación de los hechos en ocasiones conlleva a una auténtica indefensión, pues como senalara el TS Sala 2a, S 29-1-2010, no 20/2010, rec. 10869/2009 "la sentencia impugnada introduce una serie de hechos que originariamente pudieran ser constitutivos de este delito, pero que tienen lugar, según se dice textualmente, <<desde poco después de su matrimonio e incluso tras la separación conyugal>>". Y anade : "No se puede solventar esta cuestión con datos tan imprecisos y perjudiciales para el acusado sin determinar de forma clara y precisa, como exige la seguridad jurídica, el principio acusatorio y las garantías del derecho de defensa, los momentos en que tuvieron lugar dichos hechos".

Pues bien en el presente caso la Defensa no deja de tener razón, puesto que se pretende sustentar la pretensión de condena por la Acusación Particular respecto del delito de agresión sexual con la afirmación de que "la situación además llegó a las agresiones físicas habiéndola zarandeado en varias ocasiones, propinando cachetones y mordidas, todo ello con motivo de la negativa de Da Milagrosa de mantener con Do Carlos Manuel relaciones sexuales, llegando éstas a producirse contra su voluntad".

Precisamente tal conducta será abordada al valorar la prueba practicada, no llegando la Sala a estimar acreditado tal hecho punible.

SEGUNDO.- Valoración de la prueba.- 1.- De la actividad probatoria desplegada en el plenario bajo los principios de oralidad, inmediación y contradicción, y valorada en conciencia de acuerdo con lo que al respecto senala la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su art. 741 , la Sala no puede llegar a otro relato de hechos que el expuesto con anterioridad, y del que se desprende con total claridad que si bien Da Milagrosa ha manifestado en el plenario que su relación con el procesado se deterioró a los cinco o seis meses, siendo maltratada, insultada,



vejada y amenazada, no existe la más mínima corroboración o dato periférico objetivo que lleve a este Tribunal a dotar de certeza, que requiere una condena penal, tal situación planteada de violencia sobre su persona y la de sus hijos, pese al tiempo en que dice que se desarrolló y pese a que era una persona que trabajaba y salía diariamente relacionándose, pues ni existe el menor vestigio de las agresiones denunciadas (parte médico de urgencias, informe médico etc), ni ninguna persona, ya fuere familiar, vecino/a o amigo/a, ha comparecido para confirmar tales excesos sin duda criminales, más allá del testimonio del ex marido, que se centra en la situación vivida el día 4 de septiembre de 2007, y que determinó la ruptura de la pareja, y que a lo sumo integraría un delito de coacciones, como más adelante analizaremos, pues ni siquiera el hijo menor -, que cuenta en la actualidad con trece años y al que no se le ha apreciado menoscabo psíquico alguno (según pericial obrante al f. 65), declarando de forma tranquila a través del equipo de videoconferencia, que le permitía contestar desde la biblioteca de la Audiencia Provincial para evitar toda confrontación con el acusado, aportó dato relevante alguno, no ya respecto a la situación denunciada por la madre como de continuas amenazas y malos tratos a ella y a los hijos, sino que ni siquiera aportó dato entorno a la rotura de su diente, - hecho del que tampoco acusa el Ministerio Fiscal- del que afirmó que fue a causa de un agarrón del pie que efectuó Lilo, y cayó, pero al preguntarle acerca de las circunstancias, sí jugaban o era en reprimenda, ya no supo decir nada más. En definitiva los medios de prueba con que ha contado el Tribunal, si bien son válidos en su obtención y sometidos a contradicción y publicidad, no han llevado a una certeza objetiva sobre la hipótesis de las acusaciones.

Tales hipótesis acusatorias se sustentan fundamentalmente sobre la declaración de la víctima. Y a tal efecto, se viene señalando por la Jurisprudencia que la declaración de la víctima, siendo la única prueba de cargo, precisa una cuidada y prudente valoración, ponderando su credibilidad en relación con todos los factores subjetivos y objetivos concurrentes en la causa (Sentencia de 29 de abril de 1997) y contrastando su contenido con los elementos probatorios concurrentes para confirmar su verosimilitud y credibilidad. Para ello debe atenderse a los siguientes factores, que no requisitos: ausencia de incredulidad subjetiva derivada de previa relación entre acusado y víctima que denote posibles móviles espurios en la declaración inculpatoria; la verosimilitud del testimonio, que ha de rodearse de corroboraciones periféricas de carácter objetivo, lo que supone que el propio hecho de la existencia del delito esté apoyado en algún dato anadido a la pura manifestación subjetiva de la víctima; y persistencia en la incriminación, que debe ser prolongada en el tiempo, reiteradamente expresada y expuesta sin ambigüedades ni contradicciones.

Como advierte la STS no 230 de 19 de marzo de 2010 "estas pautas, tomadas a veces indebidamente con cierto automatismo, cual si se tratase de criterios de prueba legal, tienen solo un valor muy relativo. En efecto, su incumplimiento podrá servir -en negativo- para desestimar el testimonio en sí mismo inverosímil, el autocontradictorio y el dictado por motivos espurios. Pero es obvio que el relato de una situación imaginaria, bien construido y hábilmente expuesto, podría perfectamente ser presentado como veraz y pasar por tal, después de haber sido mantenido sin alteración en los distintos momentos del trámite. Y se sabe asimismo por experiencia (clínica y también judicial) que hay personas que atribuyen a otro la realización de una conducta punible nunca ejecutada por él, sin propósito de perjudicarlo, solo como consecuencia de un error de percepción, debido al padecimiento de algún tipo de trastorno o por otras razones, no necesariamente conscientes. Y, además, podría darse igualmente la circunstancia de que alguien, aun odiando, dijera realmente la verdad al imputar la realización de una conducta punible.

En consecuencia, el contenido de una testifical que supere ese triple filtro no debe ser tenido como válidamente inculpatorio. Lo único que cabe sostener es que un testimonio que no lo hiciera tendría que ser desestimado a limine como medio de prueba; mientras que, en el caso contrario, resultaría en principio atendible, y, por tanto, cabría pasar, en un segundo momento, a confrontar sus aportaciones con las de otra procedencia, para confirmar la calidad de los datos."

A la vista de la doctrina expuesta, y centrándonos en el presente caso, no podemos olvidar que sería a raíz de personarse su ex marido en la casa, y tras percibir el ambiente en que se encontraban los hijos de 6 y 8 años, optó por llevárselos, sintiéndose ella presionada para denunciar al acusado, de ahí que incluso la víctima lo manifestara a la psicóloga (f. 142) y así lo reitera en el acto de la vista, lo que explicaría en parte su comportamiento. Ella manifiesta que había sido objeto de continuas agresiones, y sin embargo lejos de la afirmación efectuada por el hijo menor de haber visto a Lilo darle "en el culo, y su madre a veces se quejaba ", - declaración sin duda equívoca por sus distintas connotaciones-, que no sirve para corroborar esos continuos guantazos, zarandeos, golpes, etc. que la víctima relata, no existe la menor corroboración objetiva de su declaración. La víctima reconoce ir a trabajar desde las 07.00 horas hasta el medio día, no tiene por tanto limitada su movilidad, ni tampoco denuncia que el acusado le impidiera tener contacto con los amigos, compañeros de trabajo o familiares que pudieran testificar sobre tales extremos por ella referenciados en el momento en que presuntamente se cometían o de forma inmediatamente después. Igualmente señala que si bien veía al acusado casi todos los días, las relaciones más íntimas lo eran fundamentalmente los fines de semana que no estaban los niños y que le correspondían al padre. De modo que se trataba de una persona



bastante independiente que ya había salido de una relación afectiva anterior. Insiste ahora que a éstos, a los hijos, los maltrataba el acusado (les decía cabrones, hijos de puta y les daba cachetones), y sin embargo, de ser cierto, - lo que dudamos-, nada hizo a lo largo de varios meses para impedirlo. Por no hacer, no consta cuando se rompió el diente, haberlo llevado al médico. El niño le contó a su padre, - así lo afirma éste en el plenario - que se lo hizo jugando al fútbol, y la noche del 4 de septiembre le confiesa que fue el procesado que le cogió el pie al ir al baño, pero desconociendo si estaban jugando o fue para hacerle daño (acto doloso). La madre sin duda, el día en que se rompió el diente tuvo que saberlo y nada dijo. También afirma que el acusado le vigilaba de forma constante en su trabajo, pero lo cierto es que tampoco tal extremo es corroborado, y ni siquiera ella da una explicación cabal al respecto, pues se limita a manifestar que lo sabía porque él se lo decía. Ella manifiesta que tenía miedo, pues el acusado es mecánico y podía hacerle algo a su coche o al de su ex marido, y si bien tal postura de bloqueo, es propia de mujeres que padecen continuos malos tratos, llegando a veces a justificar la violencia sobre ellas, haciéndose culpables de la agresividad y poder de dominación de su pareja, lo que explica comportamientos que, en condiciones normales, son impensables por su irracionalidad, no nos encontramos ante tal realidad, pues precisamente ni ella era una persona dependiente económicamente o de otra forma del acusado, pues tenía su trabajo, su casa y a sus hijos, ni justifica tal proceder del acusado ni se autoinculpa, sino que es una vez que lo denuncia por la situación creada el 4 de septiembre de 2007 en su casa, cuando por el motivo que desconocemos, pero que no es ajeno a un comportamiento dominador, el acusado quiso imponer su voluntad a los que allí habitaban, pues simplemente le molestaba la llamada de teléfono. Y al tomar cartas en el asunto el ex marido con los hijos decide narrar toda una serie de penurias para fortalecer su situación.

Junto a tal testimonio de la víctima, insuficiente como hemos dicho para enervar la presunción de inocencia, la prueba, toda ella de carácter personal, se ha materializado en la declaración del acusado, que negó los hechos imputados, y sólo se explica el contenido de la denuncia por el "enfado del ex marido ese día", explicación ésta que no se aleja del móvil extraño apuntado. Igualmente ha declarado el ex marido, Esteban , si bien su testimonio ha de ser valorado en sus justos términos, pues hasta el día 4 de septiembre de 2007, en que tiene lugar el incidente del teléfono con el acusado, él desconoce cualquier situación presuntamente violenta o de degradación que pudiera sufrir su ex mujer y sus hijos. Su testimonio es sin duda prueba de cargo de los hechos que tienen lugar ese día 4 de septiembre de 2007 y ante la actitud " chulesca " del acusado, según la califica en el plenario, pero entiende la Sala que no corrobora en absoluto el testimonio de la víctima, pues en ese momento, ante la situación creada y su decisión de llevarse a los niños, es cuando ella le cuenta que es objeto de agresiones, amenazas y vejaciones y que peligraba su propia integridad. Ni siquiera los niños le habían dicho nada, pese a que él mantenía una relación fluida por los niños, a los que llamaba todas las mañanas y todas las noches. Es en ese momento cuando él se entera, y ya después los niños le cuentan que les echaba el humo en la cara, que al menor Esteban le cogió por el pie y cayó y se rompió el diente, que le pegaba al niño pequeño, y su ex mujer le manifestó que el acusado le había forzado sexualmente, pero ello entendió que era algo que ella debía denunciar. Precisamente el menor, de trece años cumplidos, al ser objeto de exploración en el acto de la vista a través de la videoconferencia, no aporta ningún dato, lejos de esas frases hechas " que les trataba mal, les pegaba, insultaba y echaba humo, y que a su madre le pegaba en el culo" pero al ser preguntados por algo más manifestaba no acordarse de más, ni siquiera supo dar detalles de la rotura del diente.

Por último los agentes de Policía Local que comparecieron a la vista (PL NUM002 y NUM003) tampoco alumbraron dato alguno, pues su intervención se limitó en ambos casos a detener al acusado al día siguiente de la denuncia, y verificar en el domicilio que el teléfono de colgar en la pared no aparecía.

Desde la hipótesis de la acusación especial mención merecen finalmente las periciles practicadas, las de los médicos forenses, Da Tatiana (folios 41 y 59,) y Do Jesús Manuel , - que se limita a ratificar las conclusiones de su compañera -, y la de la psicóloga Da María Consuelo (a los folios 139 y ss), y que serán abordadas al examinar la no concurrencia de los tipos penales.

TERCERO.- Delitos imputados.-

A) En orden al primer tipo penal imputado: delito de malos tratos habituales, el art. 173.2 del C.P . castiga " el que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia (...) con pena de prisión de seis meses a tres años a, ...agravándose la pena, pues se impondrá la mitad superior, si algún acto de violencia se perpetra en presencia de menores, o utilizando armas , o tenga lugar en el domicilio común o en el de la víctima, o se realice con quebrantamiento de la medida de alejamiento.

Como hemos dicho no existe prueba de un comportamiento de violencia física o psíquica habitual del acusado. Como ha dicho el TS no basta, para estimar cometido este delito del artículo 173.2, ni el total incumplimiento de las obligaciones asistenciales, ni la producción de tratos vejatorios y degradantes, ni siquiera la producción



de resultados lesivos, sino que se requiere que, con o sin tal resultado, el autor haya ejercido violencia física o psíquica.

Si bien es cierto que no es preciso para estimar la existencia del delito de maltrato psíquico habitual la causación de lesión psíquica - pues de concurrir se penaría por separado -, el testimonio de la víctima no viene corroborado por ningún dato objetivo ajeno a su testimonio. Sin que a tal efecto podamos estimar la pericial psicológica practicada como tal corroboración, pues la misma parte del relato referenciado de la víctima, para concluir en la compatibilidad de tal relato con su estado psíquico, pero no se trata de un elemento objetivo externo a la declaración de la víctima, cuya credibilidad es puesta en tela de juicio por la Sala, ni se puede escindir tal situación de ansiedad con la situación de crisis de la pareja y la tensión causada ante la eventual pérdida de los hijos. La debilidad de tal prueba partiendo de la falta de credibilidad del testimonio, hace que no integre el acervo probatorio de cargo para por sí enervar la presunción de inocencia por el mencionado delito de maltrato habitual físico y psíquico.

B) En orden al delito de Lesiones Psíquica previsto en el art. 147.1 C.P. y que el Ministerio Fiscal residencia en la valoración y diagnóstico efectuado por la psicóloga (integrada en un gabinete de peritaciones), obrante al folio 139 y fechado en el propio escrito de calificación provisional del Ministerio fiscal el 29 de diciembre de 2007 al reproducirlo parcialmente, la STS de 10 de Diciembre de 2009 es muy clara al respecto, al afirmar que siendo preciso su determinación como resultado típico del delito de lesiones y la concurrencia de los demás elementos típicos de éste, esto es, la asistencia facultativa y el tratamiento médico que expresen, claramente, el diagnóstico de la enfermedad y dispongan el preciso tratamiento para la sanidad. Debiendo subrayarse que por tratamiento medico hay que entender aquel que parte de la existencia de un menoscabo a la salud cuya curación o sanidad requiere la intervención médica con planificación de un esquema de recuperación para curar, reducir sus consecuencias o, incluso una recuperación no dolosa que sea objetivamente necesaria y que no suponga mero seguimiento facultativo o simples vigilancias, incluyéndose, además las pruebas necesarias para averiguar el contenido del menoscabo y tratar de ponerlo remedio (SSTS. 1681/2001 de 26.9 EDJ2001/31207 , 1221/2004 de 27.10 EDJ2004/159776 , 1469/2004 de 15.12 EDJ2004/229469). Por ello el tratamiento psicológico impuesto por el psicólogo clínico, a pesar de su importancia y de sus posibles efectos beneficiosos para aquel a quien se aplica, no puede indentificarse a efectos penales con el tratamiento médico o quirúrgico exigido por el tipo, pues en la interpretación que del mismo ha realizado la doctrina y la jurisprudencia (SSTS. 1406/2002 de 27.7 EDJ2002/29084 , 55/2002 de 23.1 EDJ2002/1162 , 2259/2001 de 23.11 EDJ2001/46616 , entre otras), se senala como uno de los requisitos el que la prescripción sea realizada o establecida por un medico como necesaria para la curación. Por ello el tratamiento psicológico no estará incluido en la mención legal, salvo que haya sido prescrito por un medico, psiquiatra o no, pues en eso la Ley no distingue y constituyen cuestiones organizativas ajenas al marco legal. Lo relevante es que la prescripción del tratamiento efectuado lo sea por un medico o lo encomiende a los profesiones en la materia objeto del tratamiento (SSTS. 355/2003 de 11.3 EDJ2003/6623 , 625/2003 de 28.4 , 2463/2001 de 19.12 EDJ2001/56111), o psicólogos para la aplicación de la correspondiente terapia, en aquellos casos en que éstos están facultados para prestarla y sea más conveniente para el paciente.

En el caso de autos, no consta que el tratamiento psicológico fuese prescrito por un medico ni que se realizase a su instancia, es más la propia medico forense Da María Consuelo al serle preguntada por su informe obrante al folio 41 y 42 en la que expone la entrevista con la víctima y, en una actuación ciertamente discutible en cuanto el objeto de la pericia, - cuya compatibilidad la situa rayana en el "poco compatible con malos tratos y ligero menoscabo psíquico" (26 puntos de los 93 del test) -, se afirma que ni ha acudido al médico ni toma tratamiento alguno. Senalando en el plenario la citada médico-forense que " no precisó ni tratamiento médico ni medicamentos ". De modo que los hechos descritos en el apartado 2o no son legalmente constitutivos del citado tipo penal.

C) Finalmente el Ministerio Fiscal acusa de un delito de coacciones en el ámbito de la violencia de género del art. 172.2 C.P. , siendo de destacar que los hechos que hemos descritos en el apartado 1o A) del factum integrarían tal tipo penal en nada compatible con una relación armónica y civilizada, de respeto mutuo a la pareja y a sus hijos. No sólo no está de acuerdo en que se reciban llamadas de teléfono en la casa de su pareja, - respetando la libertad de la otra parte y su derecho de educar a los hijos en el amor y relación con el padre natural -, sino que con empleo de fuerza física da por zanjada cualquier atisbo de discusión, colgando el teléfono sin más explicaciones para finalmente arrancarlo, demostrando a través de actos concluyentes su oposición, y coartando la libertad de aquella con tal muestra inequívoca de imposición machista. Le impone un acto no deseado por ella y que están coartando su libertad en la forma que hemos expuesto. Estos hechos, en el contexto que se producen, cuando menos deben ser calificados como un delito de coacciones, en la medida que concurriendo en la víctima las circunstancias del artículo 173.2 del Código Penal , debido a la relación de pareja con el acusado, llevan a sancionar este comportamiento como delito, aun cuando la coacción se haya calificado como leve. Efectivamente, la coacción es leve, y como tal la define el tipo penal. Tal comportamiento,



integra una falta de coacciones por su levedad, si bien el legislador, al proyectarse sobre quien es o ha sido su pareja sentimental, la ha elevado a rango delictivo, según redacción vigente por LO 1/2004, de 28 de Diciembre de medidas de protección Integral contra la Violencia de Género (cuya constitucionalidad es refrendada por la STC 127/09, de 26 de mayo). En modo alguno cabe calificarla de falta (en tal sentido es ilustrativa la STS 660/03, de 5 de mayo), que tiene lugar en presencia de los hijos menores, de ahí su mayor reproche. Por último habría que recordar el Acuerdo Plenario del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2006, celebrado a los efectos de que el Tribunal Casacional decidiera acerca de una posible restricción del delito de coacciones a la modalidad comisiva de la vis física, excluyendo la vis compulsiva y la vis in rebus, decidiendo entonces que se iba a "mantener la jurisprudencia de esta Sala, rechazando en consecuencia la propuesta planteada". En definitiva, no son necesarios actos de violencia en el delito de coacciones, sino únicamente que se lesione la voluntad y la libertad del sujeto pasivo, obligándole a realizar lo que no está prohibido o lo que no quiere. El modo de afección que se constata en los hechos probados para el delito de coacciones es también el de la vis compulsiva.

Como hemos dicho la prueba de los mismos nos viene dada por la declaración de la víctima y reconocimiento parcial del acusado, quien reconoce que le colgó, pero que no arrancó el teléfono, si bien tal extremo es corroborado por ambos agentes de Policía local que declararon en el plenario.

D) En orden al delito de Lesiones del art. 148.3 del C.P . que formula la Acusación Particular, y no así el Ministerio fiscal, amen de la inexacta redacción del escrito de calificación, pues se limita a afirmar que los hijos han sido objeto de agresiones e insultos..."es más uno de los menores - que ni siquiera identifica en el escrito - ha sufrido la pérdida parcial". No dice que haya sido a consecuencia de un golpe, de una zancadilla, etc. del acusado. Omite igualmente data y circunstancias, y aunque la identidad del menor cabe tenerla acreditada por el informe forense, el resto de los defectos impiden siquiera subsumir el hecho en un tipo doloso de lesiones, amen de no existir prueba, como ya se anticipó, de su causación dolosa por el acusado.

E) Igualmente la Acusación Particular, - que no el Ministerio Fiscal pese a que en su escrito sí detalla expresiones amenazantes-, formula acusación por el delito de Amenazas en el ámbito de la violencia de género del art. 171.4 C.P . que al igual que los malos tratos habituales como hemos dicho, el Tribunal no ha dispuesto de medios de prueba que confirmen de algún modo la certeza de las mismos. No han quedado acreditadas, tal y como se ha expuesto en el fundamento anterior, por cuanto que la sola declaración de la víctima la consideramos insuficiente para tener por enervada la presunción de inocencia en los términos señalados.

F) Por último, se formula acusación por un delito de Agresión Sexual del art. 179 C.P ., con clara indeterminación en el relato fáctico, siendo así que la declaración de la víctima no puede hallar confirmación en la pericial médico forense, como igualmente estimó el Ministerio fiscal, no siendo las conclusiones medico forenses del informe de 7 de septiembre de 2007 (f. 59) unívocas al respecto, pues tras narrar la víctima que hacía unas dos semanas el acusado le mordió en sus partes íntimas y que le separó a la fuerza las piernas y la penetró, no se evidencian lesiones en genitales externos ni en zona paragenital y sí ha objetivado una contusión a nivel del muslo que podría ser compatible con el mecanismo referido. Pero la impresión digital de un pulgar en la cara interna del muslo, lógicamente no sólo es compatible con tal narración, ello requeriría algo más, pues fueron dos las piernas separadas según la víctima, y una mordida en la zona íntima, y nada de ello se prodiga ni en el informe ni en su ratificación en sala. Ningún detalle se puede ofrecer que incida en la credibilidad del testimonio de la declarante. No ha de olvidarse que tal y como ha reiterado la jurisprudencia, la mera existencia de miedo psíquico no es suficiente, sino que es preciso que ese temor de la víctima que le lleva a someterse a la relación no deseada esté directamente provocado por la actuación objetivamente intimidatoria del agresor (SSTS 26-1-2004 , 18-12-2003). Y aunque la idoneidad objetiva de la acción intimidatoria del agresor para vencer la negativa de la víctima no puede determinarse sin referencia al contexto generado por el propio agresor y a las circunstancias del mismo (SSTS 28-6-2004 , 4-2-2004 , 21-4-2003 , 1-7-2002), que en los supuestos de violencia y malos tratos previos habituales pueden venir reforzados por la situación anterior, en el presente caso ya hemos afirmado que no existe prueba de los mismos.

CUARTO.- El acusado debe ser considerado autor responsable del citado delito de coacciones ya descrito y que se declara probado (art. 28 CP), no así del resto de los delitos que son objeto de acusación.

QUINTO.- Determinación de la pena.- En la comisión de los hechos concurre la atenuante simple de dilaciones indebidas (art. 21.6 C.P .). Y es que sí bien no cabe calificar de extrema la demora en el enjuiciamiento de los hechos, pues estos suceden en el año 2007 no habiendo estado la causa paralizada en periodos relevantes o " extraordinarios" , ha sido el error en su tramitación, lo determinante de la demora en ser juzgados, casi cinco años, pues es cierto que la investigación estaba culminada, y calificados los hechos en febrero de 2009, por lo que al menos como atenuante simple, que es lo solicitado por la Defensa, ha de ser estimada tal dilación, y que es indebida al no ser imputable al acusado y sí fundamentalmente a la Acusación particular y a la Administración de Justicia. En todo caso, en atención a la gravedad de los hechos, que tuvieron lugar en



presencia de los menores y en el domicilio de la víctima (pena en su mitad superior), se estima adecuada y proporcional la prisión de nueve meses e inhabilitación interesada por el Ministerio Fiscal.

En cuanto a la privación del derecho a la tenencia y porte de armas dado el silencio de la acusación se fija en el mínimo legal de 18 meses.

Debe imponerse asimismo, como pena accesoria, a la vista de la petición del Ministerio Fiscal y ante el riesgo de represalia contra la víctima, conforme a lo dispuesto en el art. 57 en relación con el art. 48, ambos del Código Penal , la prohibición de aproximarse a Milagrosa en un radio no inferior a 500 metros, en su domicilio, lugar de trabajo, y allí donde se encuentre y la de comunicarse con la misma por cualquier medio escrito, visual u oral, por sí o por terceras personas, por un tiempo que será superior en tres años al de la pena de prisión impuesta (arts. 48.2 , 57.2 y 66.1.6a CP)

SEXTO.- Responsabilidad Civil y Costas.- Todo responsable criminalmente de un delito o falta lo será también civilmente y de las costas, debiendo señalarse en el presente caso que la pretensión indemnizatoria tenía su fundamento en los denunciados danos físicos y psíquicos (Acusación particular) y secuelas psíquicas (Ministerio fiscal), y dado que el delito de maltrato habitual psíquico ha quedado excluido así como el de lesiones psíquicas, se impone su aminoración, sin negar el impacto psicológico que las coacciones acreditadas hayan provocado sin duda en la víctima, lo que hace que este Tribunal la fije de forma prudencial en 1000 euros la cuantía a imdennizar.

Debe condenarse al pago de las costas proporcionales (1/6 de las causadas) al criminalmente responsable de los hechos que nos ocupan, tal como dispone el art. 123 del C.P , que no incluirán las de la Acusación particular al resultar absuelto de todos los delitos por ella imputados, habiendo sido su intervención en el procedimiento la causante de la accidentada tramitación de la causa.

Vistos los artículos citados y demás de pertinente aplicación.

PARTE DISPOSITIVA

Que debemos condenar y condenamos a D. Carlos Manuel , como autor criminalmente responsable de un delito de coacciones en el ámbito familiar, concurriendo la atenuante de dilaciones indebidas del art. 21.6 C.P . (LO 5/2010), a la pena de nueve meses de prisión, privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo de 18 meses y la prohibición de comunicar con Milagrosa por cualquier medio oral, visual o escrito, por un tiempo que será superior en tres años al de la pena de prisión impuesta (arts. 48.2 , 57.2 y 66.1.6a CP).

Se impone al condenado el pago de 1000 euros en concepto de responsabilidad civil y de las costas procesales en proporción.

Que debemos absolver y absolvemos a Carlos Manuel del resto de los delitos que eran objeto de acusación con todos los pronunciamientos favorables y costas de oficio.

Póngase en conocimiento esta sentencia, una vez firme, en conocimiento del Juzgado de Instrucción de origen, así como al Servicio de Intervención de armas de la Guardia Civil.

Procedáse por la Sra Secretaria a efectuar las anotaciones oportunas en los Registros públicos.

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la Sentencia que antecede, estando celebrando Audiencia pública en el día de la fecha; doy fe.