

Roj: **STS 4168/2009 - ECLI:ES:TS:2009:4168**Id Cendoj: **28079120012009100637**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **25/05/2009**Nº de Recurso: **1528/2008**Nº de Resolución: **653/2009**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **ADOLFO PREGO DE OLIVER TOLIVAR**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP CC 104/2008,**
STS 4168/2009

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Mayo de dos mil nueve

En el recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley y precepto constitucional que ante Nos pende, interpuesto por Cesareo , contra Sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Cáceres, que le condenó por un delito de lesiones, violencia física y psíquica habitual y delito continuado de agresión sexual, los Excmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para deliberación y Fallo bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar, estando dicho recurrente representado por el Procurador Sr. Querol Aragón. Siendo parte también el Ministerio Fiscal.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción núm. 6 de los de Cáceres instruyó Sumario con el número 1/07, contra Cesareo , y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Cáceres (Sec. Segunda) que, con fecha veintiocho de mayo de dos mil ocho, dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

<< Cesareo y María Consuelo eran pareja de hecho desde hace quince años y convivían juntos, habiendo nacido dos hijos de esa convivencia: Demetrio y Natalia, que el día catorce de julio del año 2005 tenían trece y nueve años de edad. Sobre las once horas de ese día, en el domicilio familiar sito en esta ciudad, CALLE000 número NUM000 , NUM001 , se inicia una discusión entre María Consuelo y Cesareo con motivo de las malas notas de Demetrio. Cesareo va al cuarto de su hijo, le reprende y regresa a la cocina en la que María Consuelo estaba fregando, a la que da un empujón que le hace caer la taza que tenía en la mano. Cuando María Consuelo se da la vuelta Cesareo la empuja otra vez y la propina una bofetada en la cara que no la alcanza del todo y que la causó contusión muscular y ansiedad, lesiones que necesitaron para su sanidad de una primera asistencia facultativa y que curaron a los ocho días sin que María Consuelo sufriera incapacidad para su vida habitual ni resultara con secuelas. Ante los gritos de María Consuelo , Demetrio va a la cocina y ve a su madre con la cara enrojecida, comentándole ésta lo ocurrido, al tiempo que su padre se marchaba de casa.

Desde el nacimiento de Demetrio, Cesareo sometió a María Consuelo a un trato descalificador, humillante y vejatorio, que se concretaba en expresiones como "eres una analfabeta, una inculta, no vales para nada, y no hables delante de la gente porque no dices mas que tonterías". Cuando María Consuelo comenzó a convivir con Cesareo este tenía cuarenta y dos años y ella diecinueve, impidiéndola aquél en todo momento y por todos los medios su desarrollo personal, al tiempo que la dificultaba todo tipo de relaciones personales y familiares, teniendo hacia los progenitores y hermanos de María Consuelo una actitud despreciativa y humillante, tildándoles de incultos, ignorantes y cerriles, a lo que se añadió que resultaran mal unos negocios que Cesareo inició con los familiares de María Consuelo , fracaso que aumentó la animadversión de éste hacia



aquéllos e incrementó que éste en todo momento los estuviera execrando e insultando, al tiempo que criticaba despectivamente sus condiciones de vida.

Cesareo controlaba totalmente la economía familiar y decidía el solo lo que se adquiría o no, desconociendo María Consuelo las fuentes de ingresos que la familia tenía, así como su procedencia y cuantía.

En este clima de tensión, agobio y sometimiento creado por el hacer de Cesareo hacia María Consuelo y sus hijos, el desamor entre la pareja fue creciendo y las relaciones sexuales entre Cesareo y María Consuelo fueron espaciándose hasta llegar a ser algo esporádico e infrecuente, pese a lo cual, a partir del año 2003, Cesareo comenzó a forzar a María Consuelo a mantener relaciones sexuales con una periodicidad de dos o tres veces a la semana, sacándola de la cama donde dormía habitualmente con su hija Natalia una vez dormida esta, o esperando echado en el suelo a que la niña cogiera el sueño; Cesareo cogía a María Consuelo, la sacaba de la cama, la llevaba fuera de la habitación, y pese a su resistencia la penetraba vaginalmente. Toda la situación descrita y vivida por María Consuelo la ha creado una situación de stress postraumático que ha afectado a su psiquis y a su emocionalidad.

En fecha dieciocho de julio del año 2005 se adoptó orden de protección integral por la cual se prohibía a Cesareo aproximarse a María Consuelo en un radio no inferior a trescientos metros, y por Sentencia de diecinueve de diciembre del mismo año dictado en los autos número 450/05 seguidas ante el Juzgado de violencia se reguló la relación de Cesareo con sus hijas.

Cesareo es mayor de edad, con antecedentes penales no computables en esta causa, y padece un trastorno de personalidad cuyas características son una elevada autoestima y una convicción de dominio y poder en relación con las situaciones afectivas, sociales y económicas que le afectan>>.

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

<<Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS al procesado Cesareo como autor responsable de un delito de lesiones, de otro de violencia física y psíquica habitual, y de un tercero de agresión sexual continuada, concurriendo en este último la circunstancia (mixta) agravante de parentesco, todos ellos ya definidos, a las penas siguientes:

-Por el delito de lesiones a la pena de nueve meses de prisión, accesoria de 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 dos años y prohibición de aproximarse a María Consuelo a una distancia no inferior a doscientos metros y de comunicar con ella por cualquier medio durante dos años.

- Por el delito de violencia física y psíquica habitual a la pena de dos años de prisión, accesoria de 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 cuatro años y prohibición de aproximarse a María Consuelo a una distancia no inferior a doscientos metros y de comunicar con ella por cualquier medio durante tres años.

- Por el delito continuado de agresión sexual a la pena de nueve años de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y prohibición de acercarse a María Consuelo a una distancia no inferior a doscientos metros y de comunicar con ella por cualquier medio durante diecinueve años .

Se abonará al condenado el tiempo que haya estado privado de libertad por esta causa y se le imponen las costas procesales de la misma, incluidas las de la acusación particular.

En concepto de responsabilidad civil el condenado indemnizará a Raquel en doscientos cuarenta (240) euros por las lesiones sufridas y en la suma de diez mil (10.000) euros por daños morales, aplicándose a ambas cantidades lo dispuesto en el artículo 576 de la norma procesal civil.

Notifíquese esta Sentencia a las partes conforme a lo prevenido en el artículo 248.4 de la LOPJ >>.

3.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley y vulneración de precepto constitucional, por el acusado recurrente Cesareo, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recursos, alegando los motivos siguientes:

Motivos aducidos en nombre de Cesareo .

MOTIVO PRIMERO.- Por quebrantamiento de forma al amparo del nº 1 del art. 850 de la LECriminal, al haber denegado el Tribunal provincial la diligencia de prueba.



MOTIVO SEGUNDO.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849 de la LECriminal que se divide en los siguientes submotivos:

a) Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva e infracción del art. 24.1 de la Constitución Española.

b) Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, e infracción del art. 24.2 de la Constitución Española.

4.- El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso interpuesto por el acusado, impugnando todos los motivos en él aducidos; la Sala admitió el recurso, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

5.- Realizado el señalamiento para Fallo se celebró la deliberación y votación prevenidas el día doce de mayo de dos mil nueve.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El primer motivo de este recurso se apoya en el art. 850-1º de la LECriminal, para denunciar la indebida denegación de una diligencia de prueba.

En realidad lo que se impugna es la desestimación de que se practicaran separadamente de un lado los dos peritajes elaborados por los cuatro peritos que intervinieron en la causa y de otro lado el tercer peritaje elaborado por sólo dos de los cuatro peritos que intervinieron en las otras pericias.

El motivo carece de razón: No se trata de una verdadera denegación de prueba porque los tres peritajes se practicaron en el Juicio oral y allí fueron interrogados los expertos que los elaboraron. Lo que se reprocha es el modo en que se practicó uno de los tres, que debió hacerse según el recurrente de forma separada según el art. 724 de la LECriminal, por tener un objeto diferente de los otros.

Si se tiene en cuenta que los dos peritos que elaboraron uno de los tres informes también formaron parte del grupo de cuatro peritos que elaboraron los otros dos, es obvio que su examen conjunto resultaba obligado con relación a éstos, y que con relación al primero procedía el examen conjunto de solo los dos peritos que lo hicieron. Incumplimiento del art. 724 de la LECriminal habría habido si respecto a tal peritaje de sólo dos hubieran sido interrogados los cuatro peritos o si, interrogando a todos no se hubiera diferenciado entre unos y otros dictámenes. Pero sucede que practicar separadamente las pericias no significa hacerlo en diferentes días ni en actos diferenciados, sino distinguiendo entre unos y otros dictámenes e interrogando a cada perito respecto a aquél de que fuera autor. Es lo que se hizo pues, como pone de relieve el Ministerio Fiscal en su oposición al motivo, del acta del Juicio Oral resulta que cada perito ratificó su informe y fue interrogado sobre su contenido, lo que implica que los cuatro peritos contestaron respecto a los informes en que todos habían sido autores, y que dos de los peritos, no los demás, lo hicieron respecto al dictamen que sólo ellos dos habían elaborado. No hay mezcla alguna ni indebida confusión de peritajes diferentes.

El motivo primero por lo expuesto se desestima.

SEGUNDO.- El motivo segundo por infracción de ley, apoyado en el art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, se divide en varios submotivos.

En primer lugar con invocación del art. 5.4 de la LOPJ, alega la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y la infracción del art. 24.1 de la Constitución Española.

Al amparo de esta general invocación denuncia que no se le ha garantizado el acceso a la jurisdicción y el derecho a una resolución judicial que dé respuesta fundada a los planteamiento de las partes. Y añade que se ha visto privado de mecanismos de defensa originando las pertinentes protestas "por entender -dice el motivo- que no eran justificados sus rechazos".

Empezando por lo segundo, el recurrente ni dice a qué se refiere en concreto, ni precisa cuáles han sido los mecanismos defensivos denegados, ni precisa nada que permita a esta Sala de casación resolver la invocación general de la infracción alegada.

Y en cuanto a lo primero es obvio que tuvo acceso a la jurisdicción interviniendo en el proceso como acusado, con su representación y defensa, y que practicó las pruebas pertinentes y procesales, e hizo las alegaciones que consideró convenientes. Obtuvo respuesta de las pretensiones deducidas en el proceso; y respuesta convenientemente motivada con fundamentación expresiva de la decisión del Tribunal. Como indica el ministerio Fiscal el derecho a obtener respuesta a una pretensión supone obtener una decisión, no que el sentido de lo decidido resulte estimatorio de lo que se pretende.

**En este punto primero el motivo debe desestimarse.**

TERCERO.- La segunda infracción invocada también en el motivo segundo es la del art. 24.2 de la Constitución Española por vulneración de la presunción de inocencia, respecto al delito de agresión sexual, por entender insuficiente la declaración de su esposa, supuesta víctima de la agresión. Infracción que se complementa con la que figura en quinto lugar por aplicación indebida de los arts. 178 y 179 del código Penal en relación con el 74 del Código Penal. Es decir que por insuficiencia de prueba de cargo y por no ser los hechos declarados probados constitutivos de agresión sexual, postula el recurrente la absolución por este delito.

El hecho probado afirma que "en un clima de tensión, agobio y sometimiento" el acusado "comenzó a forzar a María Consuelo a mantener relaciones sexuales (...) sacándola de la cama donde dormía habitualmente con su hijo". Añade el relato histórico que "le sacaba de la cama, la llevaba fuera de la habitación y pese a su resistencia la penetraba vaginalmente".

Sobre este presupuesto de hecho construye el Tribunal sentenciador la apreciación de un delito continuado de agresión sexual del art. 178 y 179 del Código Penal en relación con el art. 74 por el que le impone la pena de nueve años de prisión.

La procedencia de estimar el recurso en este punto descansa en dos clases de consideraciones:

I.- Según reiterada doctrina jurisprudencial constantemente repetida en innumerables sentencias, las declaraciones de la víctima o perjudicado tienen valor de prueba testifical siempre que se practiquen con las debidas garantías, y son hábiles, por sí solas, para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia; y de manera específica en los delitos contra la libertad sexual en los que por las circunstancias en que se cometen no suele concurrir la presencia de otros testigos.

Ahora bien, la declaración de la víctima, cuando es la única prueba de cargo, exige una cuidada y prudente valoración por el Tribunal sentenciador, ponderando su credibilidad en relación con todos los factores subjetivos y objetivos que concurren en la causa. Ponderación que debe hacerse por la Sala de instancia, sin limitarse a trasladar, sin más, al hecho probado las declaraciones de la víctima, sino contrastando su contenido con los elementos probatorios concurrentes para confirmar su verosimilitud y credibilidad, obteniendo una conclusión razonable sobre la realidad de lo acontecido en ejercicio de la valoración en conciencia de la apueba practicada (art. 741 LECr). Para ello las notas necesarias que el testimonio de la víctima debe reunir para dotarla de plena credibilidad como prueba de cargo, son las siguientes:

A) Ausencia de incredibilidad subjetiva derivada de las previas relaciones acusado-víctima que pongan de relieve un posible móvil espurio, de resentimiento, venganza o enemistad, que pueda enturbiar la sinceridad del testimonio, generando un estado de incertidumbre incompatible con la formación de una convicción inculpatoria asentada sobre bases firmes. Y aunque todo denunciante tiene por regla general interés en la condena del denunciado, no por ello se elimina en forma categórica el valor de sus afirmaciones (Sentencia de 11 de Mayo de 1994).

B) Verosimilitud del testimonio que ha de estar rodeado de algunas corroboraciones periféricas 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. Exigencia que habrá de ponderarse adecuadamente en delitos que no dejan huellas o vestigios materiales de su perpetración (art. 330 LECr); puesto que el hecho de que en ocasiones el dato corroborante no pueda ser contrastado no desvirtúa el testimonio si la imposibilidad de la comprobación se justifica en virtud de las circunstancias concurrentes en el hecho.

C) Persistencia en la incriminación que debe ser prolongada en el tiempo, reiteradamente expresada, y expuesta sin ambigüedades ni contradicciones. Esto significa que la declaración ha de ser: concreta y precisa narrando los hechos con las particularidades y detalles que cualquier persona en sus mismas circunstancias sería capaz de relatar; coherente y sin contradicciones, manteniendo el relato la necesaria conexión lógica entre sus distintas partes; y persistente en un sentido material y no meramente formal, es decir constante en lo sustancial de las diversas declaraciones.

A partir de estos criterios de ponderación del testimonio de la víctima, controlables en vía casacional, la valoración propiamente dicha corresponde al Tribunal de instancia que con las ventajas de la inmediación ve y oye directamente al testigo, percibiendo lo que dice y cómo lo dice, y tiene la posibilidad de valorar en su exacta dimensión sus gestos, palabras concretas y actitudes adoptadas por el declarante en sus afirmaciones ante el Tribunal, por lo que su juicio valorativo y axiológico debe ser respetado íntegramente en el recurso casacional, incluida la faceta de la credibilidad del testigo.



En este sentido son numerosísimas las Sentencias de esta Sala que desarrollan la doctrina expuesta, como las SS de 19 de febrero de 2000, 28 de octubre de 2002, 19 de febrero de 2003, entre otras.

En este caso la Sentencia en su extensa motivación mezcla valoraciones sobre tipicidad, ponderaciones de aspectos probatorios, y juicios críticos sobre la personalidad dominante y opresora del acusado sobre su familia; y todo ello sin una debida ordenación de los distintos problemas jurídicos y probatorios, que permita el debido control casacional de la valoración de la prueba tenida en cuenta particularmente sobre la agresión sexual: No dice el Juzgador en qué consistió la versión concreta de la denunciante, ni cómo narró exactamente la acción del acusado, ni con qué expresiones, ni si hubo varias declaraciones persistentes o no. Tampoco resuelve el problema de la posible motivación espuria, a pesar de concurrir una gravísima crisis matrimonial y familiar que por razones distintas era preexistente a lo sucedido.

Ignoramos en qué consistió lo que la Sentencia llama "forzar" a mantener relaciones sexuales; aunque el término sugiere quizás el uso de la violencia física, o quizá -no lo sabemos- el empleo de la amenaza o la intimidación ni en qué consistió en su caso la una o la otra. Tampoco hay referencia alguna a la concurrencia o no de datos objetivos de corroboración, y si no los hay cuando menos una explicación razonada del valor de su ausencia.

En definitiva: Todo lo que dice la Sentencia de las relaciones sexuales, es claro que lo sustenta en la declaración de la esposa del acusado. Pero no somete su ponderación a los parámetros valorativos exigidos por la doctrina jurisprudencial, lo cual hace imposible extraer de su extensa y desordenada motivación, los concretos criterios de una valoración razonable.

II.- A lo anterior se añade que el relato histórico tampoco llena las exigencias del tipo de agresión sexual. Este delito del art. 178 supone el empleo de la violencia o el uso de la intimidación como medios comisivos del atentado contra la libertad sexual de otro. Su existencia supone la consecución de la relación sexual venciendo la voluntad contraria de la víctima, pero precisamente a través de esos medios de comisión capaces de doblegarla. Por la eficacia de estos se domina a la víctima, siendo el forzamiento de su voluntad el resultado del medio comisivo utilizado. La Sala de instancia afirma que el acusado "forzó" a su esposa a mantener relaciones sexuales, y con tal expresión, huérfana de la precisión del medio de comisión, omite la descripción del actuar típico, es decir la violencia o la intimidación utilizada en su caso, que es lo que permite determinar verdaderamente si esas relaciones fueron o no forzadas. Los hechos probados no pueden por tanto relatarse directamente con la expresión del resultado obtenido -forzar la voluntad contraria de la víctima- cuando es el empleo de determinados medios -la fuerza o la intimidación- lo exigido por el tipo para la comisión del delito y lo que permite determinar si el denominado forzamiento se corresponde con la material acción ejecutada por el autor.

Tan solo señala el hecho probado que todo ello sucedía "sacándola de la cama" sin ninguna otra precisión; expresión que, como la otra, parece sugerir, pero no afirma con claridad, una acción violenta o intimidatoria del acusado.

Por todo lo expuesto, procede estimar las dos infracciones invocadas en este apartado del motivo segundo; lo que conduce a la absolución por el delito de agresión sexual.

CUARTO. - La tercera infracción de este motivo segundo, es la indebida aplicación del art. 173 apartados 2 y 3 del Código Penal. Alega el recurrente que el ámbito del art. 173 del código Penal es cualitativamente diferente de un atentado contra el honor (insultos verbales o gestuales por ejemplo) y que desde el punto de vista de la intensidad supera el umbral de la mera falta de vejación leve. Y añade que en este caso no concurren las exigencias del tipo aplicado, que necesita además una habitualidad aquí inexistente.

El motivo, en este punto, debe también estimarse: En efecto, el tipo penal del art. 173.2 sanciona a quien habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre su cónyuge -entre otras personas que el precepto relaciona-. Tipo penal que integrado inicialmente en el art. 153 por Ley Orgánica 14/1999 de junio como una modalidad del delito de lesiones, ha pasado con la reforma de la LO 11/2003 a integrarse en el actual art. 173, en el capítulo de las torturas y otros delitos contra la integridad moral. Con ello pierde fundamento la idea de que el bien jurídico protegido sea la integridad corporal y la salud física o mental de la víctima, y prevalece la idea de que la dignidad de la persona en el seno de la familia es el bien jurídico implicado frente al trato inhumano o degradante materializado a través de la violencia física o psíquica ejercida de forma habitual.

Esta configuración de la material antijuricidad de la acción no debe sin embargo conducir a extender excesivamente los límites del tipo ya de por sí impreciso y elástico, de modo incompatible con las exigencias del principio de legalidad, o que implique una injustificada intervención punitiva en el ámbito familiar o privado, cobijando en el tipo los comportamientos personales no acomodados a los parámetros de lo correcto según los criterios vigentes en la sociedad, o aquellos otros que, siendo manifestación de una crisis matrimonial o de



pareja incompatible con la convivencia, a resolver en el ámbito del Derecho de familia a través de la separación o del divorcio, no alcanzan el desvalor que supera el límite del mínimo tolerable a partir del cual se justifica la intervención del Derecho Penal.

Centrada la cuestión en la violencia psíquica que es la modalidad de que aquí se trata, es claro que su consumación no requiere la producción de un resultado entendido como menoscabo psíquico, pues con la reforma de la LO 11/2003 ya en el art. 153 se tipifica la causación de ese resultado por cualquier medio, a las personas mencionadas en el art. 173.2 del Código Penal, entre las que se incluye el cónyuge quedando reservada la violencia psíquica habitual, como delito de actividad, sobre esas personas, en el art. 173.2 del Código Penal. No obstante la interpretación de este precepto no autoriza alcanzar una amplitud desmesurada que produzca -como advierte la doctrina- una panjudicialización de los conflictos convirtiendo en diligencias previas por maltrato habitual toda vida familiar con reiteración de discusiones o disputas. De ahí la necesidad de reservar la figura a los comportamientos en que de forma habitual se somete a la víctima a una vida de amenazas, vejación y humillación permanentes y graves que le hace incompatible no ya con la continuidad de la vida en común sino con la dignidad de la persona en el ámbito de la familia, rebajada a niveles que justifican la intervención del Derecho Penal, por alcanzarse una situación de verdadero maltrato insoportable, que lleva a la víctima a vivir un estado de agresión constante. En esta permanencia radica el mayor desvalor de la acción que justifica una tipificación autónoma por la presencia de una gravedad mayor que la que resultaría de la mera agregación de las desvaloraciones propias de las acciones individuales.

En el presente caso el hecho probado no contiene los elementos exigibles para la apreciación del tipo penal. La sentencia describe una sola acción concreta del acusado, por sí sólo insuficiente, consistente en decirle a su esposa: "eres una analfabeta, una inculta, no vales para nada y no hables delante de la gente porque no dices más que tonterías". La expresión, francamente grosera, e inadmisibles, por lo ofensiva y despreciativa, se acompaña de otras afirmaciones que, o no describen comportamientos sino valoraciones negativas del Tribunal acerca de acciones que no describe, o son simples bagatelas que no traspasan los límites de la grosería o de la falta de delicadeza. No basta con decir que la sometió a un trato descalificador, humillante o vejatorio cuando no se expresa que es lo que, aparte la concreta frase ya referida, la Sala considera como tal. Ni vaguedades como que le impidió "en todo momento y por todos los medios su desarrollo personal", o detalles sin relevancia penal como que siempre hablaba mal de la familia de su mujer de cuyos miembros decía que eran "incultos, ignorantes y cerriles", o simples modos de ser ya trasnochados y caducos como ser él quien controlaba totalmente la economía familiar y decidía lo que se adquiriría o no. Y otras generalidades como que su esposa estuvo siempre sometida a su capricho y voluntad, impidiéndole "desarrollarse como persona y mujer", o nimiedades tales como que "desde el principio de la convivencia el procesado se erigió en el centro rector de la misma", o que con sus hijos "era tacaño".

La descripción que del acusado hace la Sala puede ser un cuadro completo de cómo no debe comportarse alguien en la sociedad actual, según los criterios y modelos sociales que hoy rigen dentro de la familia. Pero eso no convierte a una persona por insoportable que pudiera ser su convivencia, en un delincuente.

El delito del art. 173.2 del Código Penal exige otras dimensiones y otra envergadura que el relato histórico no acaba de reflejar porque fundamentalmente la Sala de instancia ha colocado en primer término la expresión de sus valoraciones negativas respecto a unos actos que no ha descrito, salvo con detalles insuficientes que no llenan las exigencias del tipo penal.

Por lo expuesto el motivo segundo, respecto a la infracción del art. 173.2 del código Penal debe estimarse.

QUINTO.- También denuncia el motivo segundo, al amparo del art. 849-1º, como cuarta infracción la del art. 153 apartados 1 y 2 del Código Penal.

Esta alegación no puede prosperar, porque se fundamenta en la incorrecta interpretación de que este delito requiere la causación de un menoscabo psíquico o una lesión no delictiva. El tipo penal tiene varias formulaciones: una de ellas es esa, pero la otra es golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión. Acción que cuando la ofendida es la esposa del autor se eleva desde la condición de simple falta contra las personas del art. 617.2 del Código Penal a la categoría del delito del art. 173.2 del CPenal.

En este caso el hecho probado relata que el acusado dió un empujón a su esposa, y cuando éste se da la vuelta la empuja otra vez y la propina una bofetada en la cara, que no la alcanza del todo, pero que le causó contusión muscular y ansiedad.

Por tanto la infracción debe ser desestimada.

SEXTO.- Una quinta infracción se alega en el motivo segundo: la indebida aplicación de los arts. 113 y 115 del Código penal, al concederse indemnización que no era procedente.



La estimación parcial del motivo razonada en los anteriores Fundamentos, con relación a los delitos de agresión sexual, (el más grave de todos) y de maltrato psíquico familiar, que ha llevado a rechazar la apreciación de estas infracciones y a estimar únicamente como cometida la agresión conyugal, descrita en el Fundamento anterior, conduce a modificar la responsabilidad civil, dado que la mayor cantidad concedida (diez mil euros) lo es por daños morales, que en su razonamiento la Sentencia conecta precisamente con los dos delitos rechazados. Y la cantidad de doscientos cuarenta euros es la que concede por las lesiones sufridas. Cantidad ésta que procede mantener.

El motivo por ello, en este particular concreto debe estimarse.

SÉPTIMO.- El error en la apreciación de la prueba que al amparo del art. 849-2º, se invoca como última parte del motivo segundo, carece ya de practicidad alguna por referirse al presupuesto fáctico del delito de agresión, ya rechazado con anterioridad, por lo que no procede examinar el error denunciado.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos **HABER LUGAR** al recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley y precepto constitucional, interpuesto por **Cesareo**, contra Sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Cáceres, que le condenó por un delito de lesiones, violencia física y psíquica habitual y delito continuado de agresión sexual, **por estimación parcial del motivo segundo**, y en su virtud casamos y anulamos la Sentencia dictada por dicha Audiencia con declaración de las costas de oficio.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador a los efectos procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. **Adolfo Prego de Oliver y Tolivar Perfecto Andres Ibañez Jose Ramon Soriano Soriano Jose Manuel Maza Martin Siro Francisco Garcia Perez**

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Mayo de dos mil nueve

En la causa que en su día fue tramitada por el Juzgado de Instrucción nº 6 de los de Cáceres, y fallada posteriormente por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de la misma capital, que por Sentencia de casación ha sido casada y anulada en el día de la fecha, que fue seguida por delito de violencia de género, agresión sexual y lesiones contra **Cesareo**, nacido en Casar de Cáceres el ocho de noviembre de dos mil novecientos cuarenta y siete, hijo de Demetrio y de María, provisto de DNI nº NUM002, con domicilio en Cáceres C/ DIRECCION000 NUM003, DIRECCION001, con instrucción y con antecedentes penales no computables a esta causa, no habiendo estado detenido por esta causa; la Sala Segunda del Tribunal supremo, integrada por los Excelentísimos Señores expresados al margen y bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. **Adolfo Prego de Oliver y Tolivar** hace constar los siguientes:

I. ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se dan por reproducidos los Antecedentes de Hecho de la Sentencia de instancia.

HECHOS PROBADOS

ÚNICO.- Se dan por reproducidos los Hechos Probados de la Sentencia de instancia.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los Hechos declarados probados no constituyen el delito de agresión sexual del art. 178 y 179 del Código Penal ni el delito de maltrato conyugal del art. 173-2 y 3 del Código Penal, por las razones ya expuestas en nuestra Sentencia de Casación, que aquí damos por reproducidas.

SEGUNDO.- Procede fijar la indemnización en la cantidad concedida por el delito de lesiones en la Sentencia de instancia, por las razones expresadas en nuestra Sentencia de Casación que aquí damos por reproducidas.

TERCERO.- En lo demás, no modificado por los anteriores y por lo que en ellos se incluyen por remisión, se aceptan las de la Sentencia de instancia.



III. FALLO

1).- Que debemos **ABSOLVER** y **ABSOLVEMOS** a Cesareo del delito de **agresión sexual** de que venía acusado por el Ministerio Fiscal y por la Acusación Particular; con declaración de oficio de un tercio de las costas.

2).- Que debemos **ABSOLVER** y **ABSOLVEMOS** a Cesareo del delito de **maltrato familiar habitual** de que venía acusado por el Ministerio Fiscal y por la Acusación Particular; declarando de oficio el segundo tercio de las costas.

3).- Fijamos la indemnización en la cantidad de doscientos cuarenta euros por las lesiones sufridas.

4).- En todo lo demás **ACEPTAMOS Y DAMOS POR REPRODUCIDOS LOS RESTANTES PRONUNCIAMIENTOS DE LA SENTENCIA DE INSTANCIA.**

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos . **Adolfo Prego de Oliver y Tolivar Perfecto Andres Ibañez Jose Ramon Soriano Soriano** Jose Manuel Maza Martin Siro Francisco Garcia Perez

PUBLICACIÓN.- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.