



Roj: STS 2206/2010 - ECLI:ES:TS:2010:2206

Id Cendoj: 28079120012010100366

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal

Sede: Madrid

Sección: 1

Fecha: 29/04/2010

Nº de Recurso: 11074/2009

Nº de Resolución: 415/2010

Procedimiento: PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO

Ponente: JOAQUIN GIMENEZ GARCIA

Tipo de Resolución: Sentencia

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintinueve de Abril de dos mil diez.

En los recursos de casación por Infracción de Ley que ante Nos penden, interpuestos por las representaciones de **Fabio y María Luisa** (en concepto de Acusación Particular), contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección XX, por delitos de amenazas, agresión sexual y quebrantamiento de medida cautelar, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan, se han constituido para la Votación y Fallo, bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Joaquin Gimenez Garcia, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes representados por los Procuradores Sr. Torrecilla Jiménez y Sra. Pato Sanz.

## I. ANTECEDENTES

**Primero.-** El Juzgado de violencia sobre la mujer nº 2 de Barcelona, instruyó Sumario nº 5/08, seguido por delitos de amenazas, agresión sexual y quebrantamiento de medida cautelar, contra **Fabio**, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección XX, que con fecha 11 de Junio de 2009 dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

*"Fabio, mayor de edad y sin antecedentes penales y en prisión provisional por esta causa desde 10.3.08 contrajo matrimonio con María Luisa el 4 de enero de 2008, tras una breve relación, de tres meses aproximadamente, residiendo ambos en la CALLE000 nº NUM000 de Barcelona, NUM001 NUM002 y teniendo también una casa en Cunit propiedad del procesado que era la segunda residencia. Don. Fabio, guardia urbano de profesión mantenía una larga adicción a las sustancias estupefacientes cocaína, hachis, así como dependencia del alcohol, en el momento de contraer matrimonio se encontraba de baja por enfermedad.- A causa de su adicción venía siendo tratado, de forma ambulatoria, desde junio del año 2005 en l'Institut d'atenció psiquiàtrica, salut mental i toxicomanies del Hospital del Mar de Barcelona (PAIGUM). Este hecho era conocido por la Sra. María Luisa, al momento de contraer matrimonio, no el de la baja laboral.- El día 10.2.08, en el domicilio de Barcelona se produjo una seria discusión entre ambos, a raíz del robo, que al parecer se había producido en la residencia de Cunit, de objetos que se correspondían con regalos de boda recibidos por parte de la Sra. María Luisa la cual imputo a su marido el haber denunciado el robo en la citada residencia de Cunit, para obtener el dinero del seguro, cuando objetos denunciados como robados estaban en casa. El dinero del seguro efectivamente llegó a ingresarse en la cuenta corriente de éste. Ese día la Sra. María Luisa lo echó del domicilio.- No se ha probado suficientemente que en la discusión él le dijera "yo soy un funcionario tu una muerta de hambre" y le pusiera sobre la mesa una navaja cerrada.- La Sra. María Luisa denunció estos hecho y el 13 de febrero recibió en su teléfono móvil un mensaje de texto del procesado desde su móvil NUM003, que decía "mañana cuando vaya a declarar prepárate". El día 14.2.09 recibió otro mensaje del teléfono con el siguiente contenido: "mira que hay que ser tonto para presentarse en la comissaria con cosas robadas y denunciadas a ver si lo han hecho tus amigos".- El día 16 de marzo, fechas en las que ya habían decidido separarse, se dirigieron juntos, en tren al domicilio de Cunit, la segunda residencia, en la c/ DIRECCION000 nº NUM004, NUM002 NUM005, y encontrándose el Sr. Fabio bajo la influencia de las sustancias estupefacientes, mantuvieron de nuevo una discusión en el transcurso de la cual movido por*



el ánimo de satisfacer sus deseos sexuales agarro y zarandeo a la Sra. **María Luisa**, le propino dos bofetadas en la cara y de forma violenta logro bajarle los pantalones, le arañó en las piernas y la penetro vaginalmente contra su voluntad, no llegando a eyacular.- Ella en un momento determinado, se zafo, cogió el teléfono móvil del procesado y salio a la calle en dirección a la estación de tren. El salio detrás, alcanzándola en una plaza del pueblo cuando ella que estaba en el suelo pedía auxilio, exigiéndole que le devolviera el móvil.- Los menores **Anton** y **Desiderio** se encontraban paseando al perro por las inmediaciones y ante las peticiones de auxilio de la mujer que oyeron, volvieron a casa de **Desiderio** comunicándolo a su madre que alerto a la policía local, presentándose una dotación en el lugar casi de inmediato, buscando la intervención de los Mossos d'esquadra y de una ambulancia. La Sra. **María Luisa** fue reconocida en el Hospital del Vendrell con intervención forense.- A consecuencia de estos hechos la Sra. **María Luisa** padeció eritemas en las dos mejillas, erosión lineal de 7 cm. de longitud en la cara posterior del brazo derecho en dirección cráneo caudal en dirección al suelo, erosión lineal de 0,5 cm. de longitud en la cara interna del brazo derecho de dirección oblicua al suelo, pequeñas equimosis incipientes en los bordes externos de los brazos, eritemas en los bordes internos de ambos muslos en el tercio superior (tres paralelas con dirección cráneo caudal en el muslo izquierdo y dos paralelas cráneo caudales en muslo derecho). Equimosis incipientes en ambas rodillas equimosis incipientes en el tercio superior de ambos muslos, pequeñas erosiones en ambas rodillas. Dos lesiones a nivel de vulva e introito vaginal localizadas a las 18 h (según referencia de esfera horaria) de 1 cm. de longitud y 0,5 cm., de profundidad, y contractura cervical.- El juzgado de Vendrell dicto orden de protección, y acordó el alejamiento del procesado respecto de la Sra. **María Luisa** con la prohibición de acercarse a la distancia no inferior a 500 metros, y de comunicarse con ella el día 7 de marzo de 2008. Este mismo día recibió la Sra. **María Luisa** hasta tres llamadas del nº NUM006 en su teléfono móvil. No ha quedado suficientemente acreditado que esas llamadas fueran efectuadas por **Fabio** al móvil diciéndole "en media hora estarás muerta tu y tu familia".- La Sra. **María Luisa** está diagnosticada de padecimiento de trastorno de ansiedad, agarofobia, dolencia por la cual al momento de producirse los hechos se venía tratando y medicando; y con posterioridad a los mismos se diagnostico trastorno por estrés agudo, lo que le ha exigido continuar con el tratamiento psiquiátrico que venía realizando". (sic)

**Segundo.-** La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLAMOS: CONDENAMOS al procesado **Fabio** como autor de un delito de amenazas, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de seis meses de prisión, y accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; privación de la tenencia y porte de armas por el plazo de dos años, prohibición de aproximarse al a perjudicada a su domicilio donde trabaje o lugar que frecuente a una distancia no inferior a 1000 metros, por el plazo de dos años, así como a la prohibición de comunicar con ella por el mismo plazo.- Le condenamos también como autor de un delito de agresión sexual, ya definido, con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, agravante de parentesco y la atenuante de grave adicción a las sustancias toxicas y estupefacientes, a la pena de seis años de prisión, a la privación del derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena. A la prohibición de acercarse a la perjudicada, a su domicilio, al lugar donde trabaje, a una distancia no inferior a 1000 metros que frecuente y a comunicarse con ella por el plazo de siete años.- Y le condenamos también por un delito de maltrato en el ámbito familiar, ya definido con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad atenuante de grave adicción a tóxicos, a la pena de nueve meses de prisión. Privación del derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena. Privación del derecho a la tenencia y porte de armas por el plazo de dos años. Prohibición de acercarse a la perjudicada, al su domicilio, al lugar donde trabaje y a los que frecuente, por el plazo de un dos años.- Debemos absolverle y le absolvemos de dos delitos de amenazas por los que venía siendo imputado por el ministerio fiscal y por la acusación particular. Le absolvemos también del delito de quebrantamiento de medida cautelar del que venía siendo acusado.- Como responsabilidad civil abonará a **María Luisa** la cantidad de 210 euros, en concepto de los días invertidos en la sanidad y a la indemnización de 5.000 euros (cinco mil) por daños morales y perjuicios acreditados.- Provéase sobre la solvencia del procesado.- Desde el destino legal ala navaja intervenida, y procédase a su destrucción.- Para el cumplimiento de la pena que se le impone declaramos de abono todo el tiempo que haya estado privado de libertad por esta causa, desde el día 10 de febrero de 2008". (sic)

**Tercero.-** Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por las representaciones de **Fabio y María Luisa**, que se tuvieron por anunciados remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

**Cuarto.-** Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación de **Fabio** formalizó su recurso de casación alegando los siguientes MOTIVOS:

PRIMERO: Al amparo del nº 1 art. 849 LECriminal.

SEGUNDO: Al amparo del nº 1 art. 849 LECriminal.



TERCERO: Al amparo del nº 1 art. 849 LECriminal.

CUARTO: Al amparo del art. 849 LECriminal.

QUINTO: Al amparo del nº 1 art. 849 LECriminal.

La representación de María Luisa formalizó su recurso en base a los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

PRIMERO: Por indebida aplicación del art. 468.2 C.P .

SEGUNDO: Por indebida aplicación del art. 171.4 y 5 .

TERCERO: Por vulneración del art. 115 C.P .

**Quinto.-** Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, los impugnó; la Sala admitió los mismos, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

**Sexto.-** Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró la votación el día 22 de Abril de 2010.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** La sentencia de 11 de junio de 2009 de la Sección XX de la Audiencia Provincial de Barcelona , condenó a Fabio como autor de un delito de amenazas, otro de delito de agresión sexual y un tercero de maltrato en el ámbito familiar, con la concurrencia de las circunstancias modificativas concretadas en el fallo, a las penas y demás pronunciamientos allí fijados.

Los hechos, *en síntesis* , se refieren a que Fabio , casado con María Luisa el 4 de Enero de 2008, tuvo una seria discusión con su esposa el 10 de Febrero siguiente con motivo de una denuncia que Fabio había puesto por un supuesto robo de regalos de boda, con el objeto de cobrar el seguro.

Como María Luisa denunciara estos hechos, recibió varios mensajes de texto en su teléfono amenazantes de Fabio . El 16 del siguiente mes de Marzo, cuando ya habían decidido separarse, ambos, de común acuerdo, marcharon a Cunit, donde la pareja tenía una segunda residencia, y allí se reprodujo una discusión en el curso de la cual Fabio venciendo la resistencia de María Luisa la agarró, le propinó dos bofetadas y la penetró vaginalmente contra su voluntad tras bajarle los pantalones arañándole las piernas.

Tras esto, ella pudo zafarse de él, saliendo a la calle pidiendo auxilio, lo que fue observado por dos menores que estaban en la calle, alertando a los Mossos d'esquadra que intervinieron de inmediato, María Luisa fue llevada en ambulancia a un centro hospitalario donde se le apreciaron las lesiones descritas en el *factum* .

El Juzgado de El Vendrell, había dictado el día 7 de Marzo --anterior a los hechos descritos-- orden de prohibición de acercarse a María Luisa por parte de Fabio . Este tenía, a la sazón, una adicción al consumo de drogas.

Contra la expresada sentencia, se han formalizado *dos* recursos de signo opuesto. Uno por parte del condenado, y otro por María Luisa ejerciendo la Acusación Particular.

Pasamos en primer lugar al estudio del recurso del condenado.

Segundo.- Recurso de Fabio .

Aparece desarrollado a través de **cinco motivos** .

Abordamos *conjuntamente* los **motivos primero y segundo** , que por la vía de la vulneración de derechos constitucionales, denuncia violación del *derecho a la presunción de inocencia* en lo referente al delito de amenazas y al de agresión sexual, si bien lo hace de forma incorrecta por la vía del *error iuris* del art. 849-1º LECriminal, doble vía que hasta cierto punto es incompatible en la medida que el cauce del art. 849-1º LECriminal parte del respeto a los hechos probados y el del art. 852 LECriminal, no citado por el recurrente, se refiere a la inexistencia de prueba de cargo capaz de soportar la condena.

Es claro que el recurrente lo que cuestiona es la existencia de prueba de cargo, estimando vulnerado el derecho a la presunción de inocencia.

Cuando se efectúa una denuncia de esta naturaleza, el ámbito casacional del control judicial se integra por:

a) En primer lugar, debe analizar el "*juicio sobre la prueba*" , es decir, si existió prueba de cargo, estimando por tal aquella que haya sido obtenida con respeto al canon de legalidad constitucional exigible, y que, además, haya sido introducida en el Plenario de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y sometido al cedazo de la contradicción, intermediación e igualdad que definen la actividad del Plenario.



b) En segundo lugar, se ha de verificar "el juicio sobre la suficiencia", es decir si constatada la existencia de prueba de cargo, ésta es de tal consistencia que tiene la virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia y

c) En tercer lugar, debemos verificar "el juicio sobre la motivación y su razonabilidad", es decir si el Tribunal cumplió por el deber de motivación, es decir si explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia, ya que la actividad de enjuiciamiento es por un lado una actuación individualizadora, no seriada, y por otra parte es una actividad razonable, por lo tanto la exigencia de que sean conocidos los procesos intelectuales del Tribunal sentenciador que le han llevado a un juicio de certeza de naturaleza incriminatoria para el condenado es no sólo un presupuesto de la razonabilidad de la decisión, sino asimismo una necesidad para verificar la misma cuando la decisión sea objeto de recurso, e incluso la motivación fáctica actúa como mecanismo de aceptación social de la actividad judicial.

En definitiva, el ámbito del control casacional en relación a la presunción de inocencia se concreta en verificar si la motivación fáctica alcanza el estándar exigible y si, en consecuencia, la decisión alcanzada por el Tribunal sentenciador, *en sí misma considerada*, es lógico, coherente y razonable, de acuerdo con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, aunque puedan existir otras conclusiones porque *no se trata de comparar conclusiones sino más limitadamente, si la decisión escogida por el Tribunal sentenciador soporta y mantiene la condena*, –SSTC 68/98, 85/99, 117/2000, 4 de Junio de 2001 ó 28 de Enero de 1002, ó de esta Sala 1171/2001, 6/2003, 220/2004, 711/2005, 866/2005, 476/2006, 548/2007, 1065/2009, 1333/2009, 104/2010 y 259/2010 de 18 de Marzo, entre otras–.

*No es misión ni cometido de la casación ni decidir ni elegir, sino controlar el razonamiento con el que otro Tribunal justifica su decisión*. Por ello, queda fuera, extramuros del ámbito casacional verificado el canon de cumplimiento de la motivación fáctica y la razonabilidad de sus conclusiones alcanzadas en la instancia, la posibilidad de que esta Sala pueda sustituir la valoración que hizo el Tribunal de instancia, ya que esa misión le corresponde a ese Tribunal en virtud del art. 741 LECriminal y de la inmediatez de que dispuso, *inmediación que no puede servir de coartada para eximirse de la obligación de motivar*.

Así acotado el ámbito del control casacional en relación a la presunción de inocencia, bien puede decirse que los Tribunales de apelación, esta Sala de Casación o incluso el Tribunal Constitucional en cuanto controlan la motivación fáctica de la sentencia sometida a su respectivo control, actúan verdaderamente como *Tribunales de legitimación de la decisión adoptada* en la instancia, en cuanto verificar la solidez y razonabilidad de las conclusiones alcanzadas, confirmándolas o rechazándolas –SSTS de 10 de Junio de 2002, 3 de Julio de 2002, 1 de Diciembre de 2006, 685/2009 de 3 de Junio, entre otras–, y por tanto controlando la efectividad de la interdicción de toda decisión inmotivada o con motivación arbitraria.

*En relación al delito de agresión sexual*, del examen de la instrucción, y muy especialmente del acta del Plenario se deriva que la víctima, María Luisa, declaró y manifestó al igual que lo había hecho durante la instrucción, sobre la forma y modo en que se produjo la agresión causada por Fabio. La credibilidad de la víctima no puede ser puesta en tela de juicio a la vista de que, tras la agresión, cuando se escapó a la calle y pidió auxilio, se personaron agentes de los Mossos que vieron cómo, todavía, María Luisa estaba agrediendo a la víctima. Por lo demás el relato de la agresión sexual quedó ampliamente *corroborado* con las periciales médicas que confirmaron la penetración incoercida.

La sentencia, en el f.jdco. primero efectúa con buena sistemática el inventario de las fuentes de prueba y elementos incriminatorios con que contó para arribar a la certeza de los tres delitos por los que ha sido condenado el recurrente.

Así en relación a la agresión sexual se dice:

*"...Se trata de una relación sexual no negada por el procesado siendo el punto la concurrencia o no de consentimiento por parte de la Sra. María Luisa. El procesado argumenta que como estaban mal (se refiere al matrimonio), aunque eran recién casados fueron al domicilio de Cunit para "arreglar", alegando que suponía que si ella aceptó trasladarse era porque estaba dispuesta. Ella en cambio indica que fue para recoger cosas suyas, ya que habían decidido separarse, después de lo que había sucedido con los regalos de boda, las denuncias etc.*

*El relato presentado en juicio por la perjudicada ha sido detallado y corroborando los anteriores prestados en las diligencias policiales en el juzgado. Compatible en las exploraciones psicológicas que se le han efectuado, y de forma contundente corroborado por las lesiones padecidas en particular las del introito vaginal, que son lesiones por abrasión.*

*El procesado se refiere a que no hubo preliminares y ello explica la lesión; sin embargo junto a esta lesión objetivada que claramente se describe como compatible con penetración de forma forzada de cualquier objeto,*



*incluyendo el miembro masculino en erección, y que fue situada por la forense que reconoció a la perjudicada el mismo día pocas horas después de los hechos, refiriendo incluso a preguntas de la defensa, que la lesión era muy reciente, de pocas horas de evolución por tanto sólo pudo producirse, habida cuenta de la secuencia de los hechos, en la relación que tuvo con el acusado.*

*Además la perjudicada padeció múltiples erosiones arañazos en brazos y piernas, equimosis en la cara por golpe compatibles con los bofetones, lesiones como se vera totalmente innecesarias y descontextualizadas de lo que es una relación sexual consentida. Por otra parte de forma persistente ha manifestado su negativa, a mantener las relaciones sexuales, su sorpresa teniendo en cuenta la situación en las que estaban....".*

*En este control casacional , verificamos que además de la credibilidad concedida a la víctima en la sentencia, ésta fue persistente y, lo que es más relevante, quedó corroborado por otros hechos y otras pruebas que confirmaban la realidad de la agresión sexual, como los partes médicos cuando fue asistida en un centro médico recién ocurridos los hechos, y a ello debe añadirse la testifical de las personas que presenciaron los golpes dados a María Luisa por Fabio , en la calle, cuando ella pudo escaparse de la casa.*

*En relación al delito de amenazas , el Tribunal las concreta exclusivamente en los mensajes que envió al móvil de María Luisa los días 13 y 14 de Febrero, a consecuencia de la decisión de ella de denunciar la falsa denuncia que había hecho Fabio sobre un supuesto robo de los regalos de boda.*

*En relación a las concretas frases amenazantes contenidas en los mensajes, y que constan en el *factum*, el recurrente no niega las expresiones, pero les niega contenido amenazante: al respecto se dice en la sentencia –f.jdco. primero–:*

*"...Por otra parte, el procesado ha desmentido que la frase se refiera una amenaza de futuro, minimizando el tema indicando que precisamente era una recomendación, lo cual viene a corroborar que la versión de la perjudicada y su impresión son las que se corresponden con la realidad, pues otra interpretación en el contexto conduce al absurdo. Era una amenaza, y una advertencia respecto de la declaración del día siguiente en comisaría sobre la denuncia del robo.*

*Hay otras llamadas volcadas, como consta en el folio nº 53 del las actuaciones, hasta 10, que no se relatan en los hechos pues no constituyen amenazas pero corroboran el ambiente tenso entre ellos y como el procesado tenía una cierta "preocupación" por la decisión de la esposa de iniciar los hechos que observó. Ella siempre mantuvo que le pareció todo muy raro, y que quedó estupefacta al ver que los objetos que se habían denunciado, en realidad no se habían robado y estaban en casa. De hecho el día del a discusión ella lo echó del domicilio. Hay que señalar también que habían contraído matrimonio hacia muy poco, el cuatro de enero, con lo que la situación es todavía más sorpresiva si cabe. Por tanto entendemos que se produce la amenaza....".*

*En este control casacional se comparte plenamente la conclusión de la sentencia. Ciertamente las expresiones amenazantes, en sede teórica, deben valorarse integradas en el contexto en el que se producen.*

*Pues bien, en el presente caso, tanto desde este contexto, referente a una denuncia falsa sobre un supuesto robo denunciado por Fabio para cobrar la prima del seguro, y la indignación de María Luisa por este hecho (y al respecto hay que recordar que el imputado es guarda urbano de profesión), como del contenido textual de las frases, hay que convenir con que se está en presencia --a no dudar-- del delito de amenazas cuya existencia cuestiona el recurrente.*

*No hubo vacío probatorio .*

*El recurrente fue condenado en virtud de prueba de cargo obtenida de acuerdo con las exigencias de naturaleza constitucional, prueba que fue válidamente introducida en el Plenario.*

*Procede la desestimación de ambos motivo s.*

*El **motivo tercero** , por la vía del *error iuris* del art. 849-1º LECriminal, denuncia como indebidamente inaplicada la *atenuante de drogadicción* , que sí se apreció en los otros dos delitos.*

*De entrada hay que recordar que este cauce casacional parte del respeto a los hechos probados, y en ellos *nada* se dice que permita asegurar que los días 13 y 14 de Febrero en los que se produjeron las amenazas, se encontrara afectado por las drogas, con lo que ya se incurre en causa de desestimación que opera en este momento como causa de inadmisión.*

*Por otro lado, hay que recordar que reconocida la adicción al consumo de drogas del recurrente, esto no supone que tal expediente atenuatorio debe predicarse *sic et simpliciter* de todos los hechos que efectúe, esta atenuante no es una cláusula atenuatoria general, sino que debe acreditarse una conexión entre tal adicción y el delito concernido, y *no* apareciendo nada en los hechos probados, ni siendo el delito imputado exponente*



de una delincuencia funcional --esto es provocada pro el consumo de drogas-- es correcta la *no* apreciación de la misma.

*Procede la desestimación del motivo .*

El **motivo cuarto** , por el mismo cauce que el anterior cuestiona la apreciación de la *agravante de parentesco* en relación a los delitos de agresión sexual y con el *sorprendente* argumento de que ya había decidido divorciarse.

Basta recordar que el art. 23 que regula la circunstancia mixta de parentesco, en su redacción actual --desde la L.O. 11/2003 -- se refiere a "*...ser o haber sido el agraviado cónyuge....*".

Aquí todavía María Luisa era su esposa.

*Procede la desestimación del motivo .*

El **motivo quinto** , también por el mismo cauce que los anteriores cuestiona como indebida la aplicación del art. 153 respecto del delito de maltrato, con el argumento de que dicha infracción debe estimarse incluida en la agresión sexual.

Basta recordar que el bien jurídico al que se refiere el art. 153 Cpenal *no* es el de la libertad sexual propio del 171 . El art. 153 se refiere al maltrato familiar que derivado de una situación de dominio, tiene por consecuencia calificar como delito las agresiones que en sí pudieran ser constitutivas de falta, cometidos sobre las personas citadas en el artículo.

Son tipos distintos que protegen *bienes jurídicos diferentes y autónomos* por lo que no es posible la absorción del maltrato *no* habido en la agresión sexual.

*Procede la desestimación del motivo .*

Tercero.- Recurso de María Luisa .

La Acusación Particular formalizó recurso de casación a través de **tres motivos** .

El **motivo primero** , por la vía del *error facti* del art. 849-2º LECriminal, denuncia error en la valoración de las pruebas por parte del Tribunal, error que supuso la *absolución por el delito de quebrantamiento de medida cautelar* del art. 468-2º del que fue absuelto el recurrente Fabio .

Se dice que cuando se produjeron las llamadas los días 7 de Marzo y 10 de Marzo, ya se había acordado medida de alejamiento por el Juzgado de Violencia en la mujer desde el 7 de Marzo .

La sentencia justificó la absolución con estas palabras:

*"...No hemos considerado probadas las amenazas telefónicas que se imputan "en media hora estarás muerta" porque si bien se ha comprobado que hubo llamadas al móvil de la perjudicada desde un nº que es de Tarragona en los días que denuncia, una el 6.3.08, dos el 7.3 y otra el 10.3, no se ha acreditado ni a quien corresponde la línea, ni que fuera el procesado quien efectuó las llamadas, ni tampoco el contenido de las mismas ya que a pesar de las declaraciones de la mujer en el sentido de que indubitadamente era él, el procesado niega haberlas efectuado, sin que haya elemento alguno que apoye una u otra versión por lo que no ha quedado erosionado el principio de presunción de inocencia, ni la sola declaración de la víctima ha de considerarse prueba de cargo con la suficiente virtualidad para destruirla en este caso.*

*En consecuencia a lo expuesto no procede considerar probado el quebrantamiento de la medida cautelar impuesta por el juzgado del Vendrell, que efectivamente se acordó en fecha 7 de marzo, pues aunque ese mismo día hay las dos llamadas expresadas, y otra de numero oculto, no podemos entender que se haya quebrantado la prohibición de aproximación a la perjudicada pues no consta con certeza que fuera el procesado quien las efectuara...."*

*El cauce casacional exige la presencia de documentos* en el preciso sentido que tiene este término en sede casacional. Sin embargo la recurrente se refiere a sus declaraciones que *no* constituyen prueba documental, sino prueba personal documentada. En definitiva se solicita una revalorización de la prueba testifical para condenar, lo que, además de la inidoneidad del cauce casacional utilizado, choca con la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional en relación a la necesidad de volver a oír los testimonios para re-valorarlos cuando se intenta condenar al que fue absuelto, lo que no es posible en este control casacional dada la naturaleza excepcional del recurso de casación. También se alega en el motivo que en todo caso existiría un delito de quebrantamiento de medida relativo a la marcha de ambos a la segunda residencia del matrimonio en la localidad de Cunit, y ello, se dice, con independencia de que ella fue con Fabio voluntariamente.

La sola reflexión de que por este hecho *no* existió acusación, basta y sobra para el rechazo de tan extemporánea reflexión. Véanse los escritos de calificación del Ministerio Fiscal y Acusación Particular, en los que el



quebrantamiento de medida se centra exclusivamente en los mensajes telefónicos. Folios 56 y siguientes y 66 y siguientes del Tomo II del Rollo de la Audiencia, donde el quebrantamiento se proyecta *solo* al hecho D) del relato.

*Procede la desestimación del motivo .*

El **motivo segundo** , sin concreción del cauce casacional utilizado se solicita la condena por otro delito de amenazas del art. 171-4º en relación a la llamada telefónica del día 7 de Marzo en la que, se dice en el motivo que el recurrente, Fabio , le dijo "*....en media hora estarás muerta....*".

El motivo carece de toda argumentación y ya por eso procede su desestimación. Basta decir que estos hechos *no* se encuentran en el *factum*.

*Procede la desestimación del motivo.*

El **motivo tercero** , bien si cita el cauce casacional proclama la vulneración del art. 115 Cpenal, en orden a la indemnización civil al no estar razonado. La Acusación Particular solicitó 90.0000 euros y la sentencia concedió 5.000 euros.

Se trata de cuestión resuelta motivadamente en el f.jdco. quinto del que retenemos los tres últimos párrafos:

*"...Por otra parte debemos rechazar la solicitud de la acusación particular de que se indemnice en la cantidad de 90.000 euros, por daños morales. En absoluto se ha acreditado. Es más diríamos que la señora María Luisa ya venía siendo tratada desde el punto de vista psicológico, que el matrimonio fue una opción personal y por tanto sus consecuencias, y la responsabilidad de su "trayectoria" entran en ese ámbito.*

*La decisión de separarse y divorciarse en cuanto fuera posible, aunque haya coincidido en el tiempo con los hechos, no puede mezclarse con los factores que resultan indemnizables. Es cierto que se entiende que la agresión padecida actuó como recidivante de su dolencia, cierto es además que consta que tuvo un estrés agudo, y que se le detectó problemática que requirió medicación, pero una cosa es apreciar el sufrimiento moral que representa la agresión sufrida, y otra diferente es intentar un resarcimiento in argumentado, sin justificación y que no se conjuga con la realidad.*

*La Sra. María Luisa es adulta, puede trabajar, y sobre todo su tratamiento psiquiátrico en el futuro en ámbitos de control, era ya previsible antes de que sucedieran los hechos, por tanto no se inicia ni se determina pro los acaecidos. Ello no obsta para que se considere la situación, la afectación personal y el hecho indiscutible de que todo esto sucede a dos meses de haber contraído el matrimonio. Por ello estimamos que debe imponerse una indemnización en concepto de daños morales e indemnización de perjuicio causado de 5.000 euros....".*

En este control casacional verificamos que la cantidad concedida está argumentada, como así está argumentado el rechazo de los 90.000 euros solicitados por la Acusación Particular que exteriorizan un claro "*síndrome de renta*".

*Procede la desestimación del motivo .*

**Cuarto.-** De conformidad con el art. 901 LECriminal, procede la imposición a los recurrentes de las costas de sus respectivos recursos y la pérdida del depósito constituido a la Acusación Particular.

### III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR a los recursos de casación formalizados por las representaciones de **Fabio y María Luisa** , contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección XX, de fecha 11 de Junio de 2009 , con imposición a los recurrentes de las costas de sus respectivos recursos y pérdida del depósito constituido a la Acusación Particular.

Notifíquese esta resolución a las partes, y póngase en conocimiento de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección XX, con devolución de la causa a esta última e interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Joaquin Gimenez Garcia Julian Sanchez Melgar Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Luciano Varela Castro Siro Francisco Garcia Perez

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