

Roj: **STS 3963/2010 - ECLI:ES:TS:2010:3963**Id Cendoj: **28079120012010100626**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **15/07/2010**Nº de Recurso: **491/2010**Nº de Resolución: **703/2010**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **ALBERTO GUMERSINDO JORGE BARREIRO**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP SO 31/2010,**
STS 3963/2010

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a quince de Julio de dos mil diez.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Soria, de fecha cuatro de febrero de dos mil diez. Han intervenido como recurrentes, el Ministerio Fiscal y la acusación particular Luisa , representada por la procuradora Sra. Álvarez del Valle Lavesque y como parte recurrida el acusado Aquilino , representado por el procurador Sr. Estévez Fernández Novoa. Ha sido ponente el magistrado Alberto Jorge Barreiro.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción número 3 de Soria, instruyó sumario 1/08, por delito dos delitos de agresión sexual, un delito de maltrato en el ámbito familiar del art. 153.1 y 3 del CP, un delito de maltrato en el ámbito familiar del art. 153.1 del CP, un delito de maltrato habitual del art. 173.2, párrafo 1º y 2º del CP, un delito de amenazas del art. 171.4 del CP, dos faltas de injurias del art. 620.21º, último párrafo, contra Aquilino , y lo remitió a la Audiencia Provincial de Soria, que dictó sentencia en fecha cuatro de febrero de dos mil diez, con los siguientes hechos probados: *El procesado Aquilino , mayor de edad y sin antecedentes penales, contrajo matrimonio con Luisa el día 8 de septiembre de 1983 y tienen en común dos hijos, Victoriano y Alejandra , de 22 y 21 años de edad respectivamente, divorciándose tras 24 años de matrimonio en virtud de sentencia firme de 14 de septiembre de 2007 .*

Durante todo el matrimonio Aquilino y Luisa tuvieron fuertes y frecuentes discusiones, en la que ambos se enzarzaban recíprocamente, llegando en algunas situaciones a acometerse mutuamente de forma liviana, bien porque Luisa trataba de hostigar a Aquilino con manotazos y éste sujetaba las manos a su esposa para impedir que le emprendiera, bien porque se insultaban mutuamente, o porque ambos se zarandeaban, sin que conste que de estas disputas, que provocaban y en las que intervenían ambos cónyuges, se derivara lesión alguna. En el transcurso de estas discusiones, Luisa de vez en cuando se encerraba en el cuarto de baño a llorar y desahogarse, y Aquilino , a veces, se acercaba al otro lado de la puerta para tratar de arreglar la situación o consolar a su esposa. En una ocasión, y con la única finalidad de evitar esta situación de que su esposa se encerrara en el cuarto de baño y para tratar de hablar con ella, Aquilino empujó la puerta del baño golpeando con la misma de forma involuntaria a Luisa , sin que conste que se produjera por este hecho lesión alguna.

No ha resultado probado que en el año 1997, diez años antes del divorcio, en el domicilio de la CALLE000 número NUM000 de Soria, tuviera lugar una fuerte discusión entre Aquilino y Luisa , y que en el transcurso de la misma, el procesado cogiera a su esposa, la llevara al dormitorio, la tirara encima de la cama, la desnudara, dijera que le iba a tratar como a una puta, forzando la voluntad de Luisa mientras ésta gritaba y lloraba,



sujetando las fuertemente las piernas con las propias y los brazos con una de sus manos, mientras que con la otra le introdujera un vibrador por la vagina.

Tampoco ha resultado acreditado que habiendo transcurrido más de cinco años desde el episodio descrito como no probado anteriormente, residiendo el matrimonio en el nuevo domicilio sito en el número NUM001 de la CALLE001, al regresar el procesado a casa de madrugada, y como le rehusara su esposa al meterse en la cama con ella, le dijera que "con quién había estado, con quién se había acostado, que era una puta, que cómo había estado con otro tenía que estar con él y que era su obligación". No ha resultado probado que Aquilino, acto seguido, cogiera a Luisa con fuerza, la sujetara con unas correas, no consiguiéndolo ante la resistencia desplegada por Luisa, ni tampoco resulta acreditado que el procesado la agarrara por el cuello, le tapara la boca para que no gritara, se pusiera encima de ella y la penetrara vaginalmente sin llegar a eyacular.

No ha quedado probado que el acusado durante los dos últimos años de matrimonio vejara a su mujer, le llamara puta o le dijera constantemente que era una inútil, ni que le propinara empujones y golpes por todo el cuerpo.

Resulta probado que en agosto de 2007 y encontrándose el matrimonio en trámites de divorcio, en las intermediaciones del número 2 de la Plaza San Gil de Soria, Aquilino discutió con su mujer, enzarzándose con ella y llegando a zarandearla sin causarle lesión alguna, tratando de comprobar el contenido de una bolsa de supermercado que ella portaba. Aquilino llamó posteriormente a Luisa para disculparse por lo sucedido. No ha resultado probado que el procesado, en esta discusión, propinara varios puñetazos a su esposa.

El 1 de abril de 2008, aparecieron dos anónimos en forma de folios manuscritos con letras mayúsculas en el buzón de correos del domicilio Luisa sito en la CALLE001 número NUM001, NUM002 NUM003 de Soria, en los que se reflejaban expresiones contra su persona tales como "puta, putita, hija de puta", y cuya autoría no ha podido ser determinada.

No ha resultado probado que el día 4 de noviembre de 2008, el procesado se dirigiera al domicilio de su ex mujer, la llamara por el telefonillo y al contestar Luisa, le dijera que "era una puta y que le iba a matar", atemorizando a Luisa.

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: *FALLO: Que debemos absolver y absolvemos a Aquilino de TODOS los delitos y faltas por los que venía acusado en el presente sumario 2/2009 de esta Audiencia Provincial, con todos los pronunciamientos favorables, y con declaración de oficio de las costas del juicio.*

3.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por el Ministerio Fiscal y la acusación particular Luisa, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

4.- El Ministerio Fiscal basa su recurso de casación en el siguiente motivo: UNICO.- Por infracción de Ley, al amparo del nº 1 del art. 849 de la LECrim, por indebida aplicación del art. 153.1 del CP.

5.- La representación de la recurrente basa su recurso de casación en los siguientes motivos: PRIMERO.- En virtud del art. 849.1 de la vigente LECrim, por entender que se da una incorrecta inaplicación de lo dispuesto en el art. 153.1 del vigente CP. SEGUNDO.- Al amparo del art. 849.2º de la LECrim, toda vez que se entiende existe error en la prueba, respecto de la absolución del Sr. Victoriano de la acusación de la comisión de un delito de maltrato habitual, previsto y penado en el art. 173.2.3.

6.- Instruido el Ministerio Fiscal manifestó que procedía la estimación del motivo primero y la inadmisión del motivo segundo. La parte recurrida impugnó todos y cada uno de los motivos de ambas partes; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

7.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebraron deliberación y votación el día 6 de julio de 2010.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRELIMINAR. La Audiencia Provincial de Soria absolvió, en sentencia dictada el 4 de febrero de 2010, a Aquilino de todos los delitos y faltas por los que venía acusado (dos delitos de agresión sexual, tres de malos tratos, un delito de amenazas y dos faltas de injurias), con todos los pronunciamientos favorables y con declaración de oficio de las costas del juicio.

En la sentencia recurrida se van recogiendo distintos incidentes que tuvo el acusado con su ex esposa, Luisa, con la que contrajo matrimonio en el año 1983, y de cuya relación tuvieron dos hijos que ya son mayores de edad. La pareja se divorció en septiembre de 2007.



En el relato fáctico se admite que durante la vida matrimonial los cónyuges tuvieron fuertes y frecuentes discusiones, en las que ambos se enzarzaban recíprocamente, llegando en algunas situaciones a acometerse mutuamente de forma liviana, bien porque Luisa trataba de hostigar a Aquilino con manotazos y éste sujetaba las manos a su esposa, bien porque se insultaban mutuamente, o porque ambos se zarandearan, sin que conste que de estas disputas que provocaban y en las que intervenían ambos se derivara lesión alguna.

La Sala de instancia describe los diferentes incidentes objeto de acusación, consistentes en agresiones físicas y otras de naturaleza sexual, pero no acoge como probado que el acusado las perpetrara, excepto la disputa que tuvo lugar en agosto de 2007, en las inmediaciones de la Plaza de San Gil, de Soria. En este caso la Audiencia afirma que el acusado discutió con su mujer y se enzarzó con ella, llegando a zarandearla sin causarle lesión alguna con motivo de tratar de comprobar el contenido de una bolsa de supermercado que ella portaba, sin que se probara que llegara a propinar varios puñetazos a su esposa.

La sentencia absolutoria fue recurrida por el Ministerio Fiscal y la acusación particular.

A) Recurso del Ministerio Fiscal

PRIMERO. El Ministerio Público formaliza un **único motivo** de casación, por el cauce de la infracción de ley del art. 849.1º de la LECr., denunciando que se ha inaplicado de forma indebida el art. 153.1 del C. Penal. La discrepancia del Ministerio Público no atañe por tanto a los hechos declarados probados, que no cuestiona, sino que se centra en la absolución por el delito de maltrato del art. 153.1 del C. Penal con respecto al incidente sucedido en el mes de agosto de 2007, en el curso del cual el acusado zarandea a su esposa. Según la acusación pública, tal hecho ha de subsumirse en el referido precepto, por lo que ha de anularse parcialmente el fallo absolutorio y dictar la correspondiente condena.

Tal como se anticipó en el fundamento preliminar, el Tribunal de instancia acogió como probado que el acusado, en el mes de agosto de 2007, en las inmediaciones de la Plaza de San Gil, de Soria, discutió con su mujer y se enzarzó con ella, llegando a zarandearla sin causarle lesión alguna. Pues bien, este hecho, tal como sostiene el Ministerio Fiscal, debe subsumirse en el art. 153.1 del C. Penal.

En efecto, en ese precepto se castiga al que por cualquier medio o procedimiento golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga razón de afectividad aun sin convivencia. Y ese es precisamente el supuesto fáctico que la Sala de instancia declara probado, pues afirma que el acusado zarandea a la denunciante sin causarle lesión.

No cabe duda alguna de que el zarandeo constituye un maltrato de obra, y como la denunciante no resultó lesionada, es claro que la Audiencia debió aplicar el referido precepto, incurriendo al no hacerlo en la infracción de ley que alega el Ministerio Fiscal en su escrito de recurso. Por lo cual, debe estimarse y ser anulada parcialmente la sentencia de instancia para imponerle las penas que se especificarán en la segunda sentencia.

B) Recurso de Luisa

SEGUNDO. El **primer motivo** de la acusación particular coincide con el esgrimido por el Ministerio Fiscal. Visto lo cual, debe estimarse en los mismos términos, remitiéndonos así a lo argumentado en el fundamento anterior sobre la concurrencia del delito de maltrato del art. 153.1 del C. Penal.

TERCERO. En el **segundo motivo**, la parte recurrente, siguiendo la vía del art. 849.2º de la LECr., cuestiona el relato fáctico de la sentencia de instancia y alega que concurre prueba suficiente para constatar la existencia de un delito de maltrato habitual psíquico, previsto en el art. 173.2 y 3 del C. Penal. A tales efectos cita como documentos acreditativos del error de la Audiencia las manifestaciones persistentes de la víctima y los informes periciales de las psicólogas Patricia y Pilar.

Pues bien, esta Sala viene exigiendo (SSTS de 1653/2002, de 14-10; 892/2008, de 26-12; 89/2009, de 5-2; y 148/2009, de 11-2) para que prospere ese motivo de casación (art. 849.2º LECr.), centrado en el error de hecho, los siguientes requisitos:

- a) Ha de fundarse en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales, por más que estén documentadas.
- b) El documento tiene que evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente o autosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones.
- c) El dato acreditado por el documento no ha de hallarse en contradicción con lo evidenciado por otros elementos de prueba.



d) Por último, el dato acreditado documentalmente debe ser relevante, de modo que tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo.

En el supuesto concreto que se enjuicia la parte recurrente no cita ningún documento literosuficiente que demuestre de forma incuestionable la existencia de un error en la apreciación de la prueba por parte de la Audiencia Provincial. Las declaraciones de la víctima no son documentos sino manifestaciones orales documentadas, como reiteradamente tiene dicho la jurisprudencia de esta Sala.

Y en lo que respecta a los dos informes periciales psicológicos que se citan en el recurso, la acusación particular destaca los principales apartados de ambos informes, especificando que en ellos consta la pérdida de autoestima de la denunciante debido a las frases que profería su marido en el curso de la relación y al miedo que la denunciante le tenía. También se vincula el estado de ánimo depresivo de la recurrente con la conducta del acusado en el curso de la vida matrimonial. La parte impugnante hace especial hincapié en la credibilidad y veracidad de sus quejas.

No obstante lo anterior, no debe olvidarse que el Tribunal contó con otros informes psicológicos aportados por la defensa que fueron también tenidos en consideración. La parte recurrente habla en este caso de "pericias parciales y mercenarias", pero es al Tribunal a quien corresponde calibrarlas y contrastarlas con las pericias de la acusación particular.

En cualquier caso, no nos hallamos ante el supuesto que requiere la jurisprudencia para que las pericias operen por la vía documental al efecto de desvirtuar el resultado probatorio establecido por la Audiencia. Como es sabido, en relación con la designación de informes periciales como documentos a los efectos del art. 849.2º LECr., la jurisprudencia de este Tribunal (SSTS 168/2008, de 29-4, y 755/2008, de 26-11, y las que en ésta se citan: 182/2000, de 8-2; 1224/2000, de 8-7; 1572/2000, de 17-10; 1729/2003, de 24-12; 299/2004, de 4-3; y 417/2004, de 29-3) sostiene que dichos informes no son en realidad documentos, sino pruebas personales documentadas consistentes en la emisión de pareceres técnicos sobre determinadas materias o sobre determinados hechos por parte de quienes tienen sobre los mismos una preparación especial, con la finalidad de facilitar la labor del Tribunal en el momento de valorar la prueba. No se trata de pruebas que aporten aspectos fácticos, sino criterios que auxilian al órgano jurisdiccional en la interpretación y valoración de los hechos, sin modificar las facultades que le corresponden en orden a la valoración de la prueba. Por otro lado, su carácter de prueba personal no debe perderse de vista cuando la prueba pericial ha sido ratificada, ampliada o aclarada en el acto del juicio oral ante el Tribunal, pues estos aspectos quedan entonces de alguna forma afectados por la percepción directa del órgano jurisdiccional a consecuencia de la inmediación.

Por ello -siguen diciendo las referidas resoluciones- esta Sala solo excepcionalmente ha admitido la virtualidad de la prueba pericial como fundamentación de la pretensión de modificación del apartado fáctico de una sentencia impugnada en casación. En concreto en los supuestos siguientes:

a) Cuando existiendo un solo dictamen o varios absolutamente coincidentes y no disponiendo la Audiencia de otras pruebas sobre los mismos elementos fácticos, el Tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de forma que se altere relevantemente su sentido originario.

b) Cuando contando solamente con dicho dictamen o dictámenes coincidentes y no concurriendo otras pruebas sobre el mismo punto fáctico, el Tribunal de instancia haya llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes, sin expresar las razones que lo justifiquen o sin una explicación razonable.

En definitiva, no cabe hablar de una equiparación plena de la prueba pericial a la documental a estos efectos del art. 849.2 LECrim. No lo permite la diferente naturaleza de estos dos medios de prueba. La pericial es una prueba de carácter personal donde el principio de inmediación, particularmente cuando esta prueba se practica en el juicio oral, tiene una relevancia que no aparece en la documental. Si la interdicción de la arbitrariedad constituye el fundamento último de esta norma de la LECrim. (art. 849.2), en esta clase de prueba, dado su carácter personal, ha de tener especial importancia la explicación que al efecto nos ofrezca el Tribunal de instancia sobre su apreciación de lo escuchado en juicio (SSTS. 275/2004, de 5-3, y 768/2004, de 18-6).

Los informes, en definitiva, han de patentizar el error denunciado, no estar contradichos por otras pruebas y ser relevantes para la resolución del caso.

Al descender al caso enjuiciado se aprecia, tal como ya se ha anticipado, que estamos ante informes contradictorios, por discrepar las pericias propuestas por la acusación particular y las de la defensa. A ello ha de añadirse que los dictámenes esgrimidos por la recurrente se contradicen en algunos extremos con



el contenido de otras pruebas practicadas en el plenario. En concreto, con algunas de las manifestaciones prestadas por los hijos del matrimonio.

En la sentencia impugnada se hace un minucioso examen del material probatorio, tanto de las distintas manifestaciones de la denunciante como también de los dos hijos del matrimonio, llegándose a la convicción de que no cabe sostener la autoría del acusado con respecto a los distintos incidentes que se les imputa.

Así las cosas, no procede modificar el relato fáctico de la Audiencia acudiendo a una prueba pericial psicológica que se contradice con la de la defensa, así como con la prueba testifical practicada en el plenario. De ahí que no pueda prosperar este segundo motivo de impugnación.

III. FALLO

ESTIMAMOS EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por el **Ministerio Fiscal** por infracción de ley contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Soria, de fecha 4 de febrero de 2010, que absolvió al acusado Aquilino de dos delitos de agresión sexual, tres de maltrato, uno de amenazas y dos faltas de injurias; y **ESTIMAMOS PARCIALMENTE el recurso formulado por Luisa** , y, en consecuencia, anulamos parcialmente esa resolución, con declaración de oficio de las costas causadas en el presente recurso.

Comuníquese esta sentencia con la que a continuación se dictará a la Audiencia Provincial de instancia con devolución de la causa, interesando el acuse de recibo de todo ello para su archivo en el rollo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Carlos Granados Perez D. Jose Ramon Soriano Soriano **D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre** D. Alberto Jorge Barreiro D. Joaquin Delgado Garcia

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a quince de Julio de dos mil diez.

El Juzgado de Instrucción número 3 de Soria, instruyó sumario 1/08, por delito dos delitos de agresión sexual, un delito de maltrato en el ámbito familiar del art. 153.1 y 3 del CP, un delito de maltrato en el ámbito familiar del art. 153.1 del CP, un delito de maltrato habitual del art. 173.2, párrafo 1º y 2º del CP, un delito de amenazas del art. 171.4 del CP, dos faltas de injurias del art. 620.21º, último párrafo, contra Aquilino , nacido en Soria el 25 de abril de 1961, hijo de Manuel y de Humbelina, con DNI nº NUM004 y lo remitió a la Audiencia Provincial de Soria, que dictó sentencia en fecha cuatro de febrero de dos mil diez, que ha sido casada y anulada por la dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa. Ha sido ponente el magistrado Alberto Jorge Barreiro.

I. ANTECEDENTES

Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia dictada en la instancia.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

A tenor de lo argumentado en la sentencia de casación, procede condenar al acusado como autor de un delito de maltrato físico, previsto en el art. 153.1 del C. Penal.

Y en cuanto a la cuantía de las penas, atendiendo a la gravedad del hecho (un zarandeo a la denunciante en el curso de una disputa verbal), se le impone la pena mínima de seis meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y dos años de privación del derecho de tenencia y porte de armas. También se le imponen dos años de prohibición de aproximarse a menos de 500 metros de su ex mujer, Luisa , así como la prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio durante el mismo periodo (art. 57.2 del C. Penal).

III. FALLO

Condenamos a Aquilino como autor responsable de un delito de **maltrato de obra**, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de **seis meses de prisión**, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y dos años de privación del derecho de tenencia y porte de armas. Además, se le impone por un



periodo de dos años la prohibición de aproximarse a menos de 500 metros de su ex mujer, Luisa , así como la prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio durante el mismo periodo. Por último, debe abonar la sexta parte de las costas procesales de la primera instancia. Se mantiene el resto de los pronunciamientos del fallo impugnado en sus términos siempre que no se oponga a lo decidido en la presente resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Carlos Granados Perez D. Jose Ramon Soriano Soriano D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre D. Alberto Jorge Barreiro D. Joaquin Delgado Garcia

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ