

Roj: **STS 8962/2011 - ECLI:ES:TS:2011:8962**Id Cendoj: **28079120012011101368**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **23/12/2011**Nº de Recurso: **861/2011**Nº de Resolución: **1376/2011**Procedimiento: **Recurso de casación**Ponente: **JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP V 798/2011,**  
**STS 8962/2011**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintitrés de Diciembre de dos mil once.

En los recursos de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley que ante Nos penden, interpuestos por **Primitivo y María Milagros**, contra sentencia número 153/2001, de fecha 14-3-2011, dictada por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Primera, en la causa Rollo de Sala número 6/2011, dimanante de las Diligencias Previas número 2424/2009 del Juzgado de Violencia sobre la Mujer número 1 de los de Valencia, asuntos penales, que condenó al primero de ellos, por delito de **amenazas**, y le absolvió de los delitos de **detención ilegal, coacciones y maltrato en ámbito doméstico** de que venía siendo acusado; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación y Fallo, bajo la Presidencia del Primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes representados por los Procuradores D. Argimiro Vázquez Guillén y Dña María del Carmen Cabezas Maya, y defendidos por los letrados D. José-A. Prieto Palazón y D. Francisco-Javier Ramos Navas, para el primero y segundo, respectivamente.

## I. ANTECEDENTES

**Primero.-** El Juzgado de Violencia sobre la Mujer número 1 de los de Valencia, asuntos penales, instruyó las Diligencias Previas con el número 2424 de 2009, contra Primitivo, por delito de amenazas y, una vez conclusas, lo remitió a la Audiencia Provincial de Valencia, cuya Sección Primera, con fecha 14 de marzo de 2.011, dictó sentencia número 153/2011, que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

### " II. HECHOS PROBADOS.

*El día 1 de junio de 2009, sobre las 19:30 horas, Primitivo, mayor de edad y sin antecedentes penales, se encontraba con María Milagros, con la que mantenía una relación de noviazgo de algo más de un mes de duración, en la Avda. Baleares con otros amigos, y enfadándose porque ésta saludaba a un amigo que pasaba conduciendo una moto. A causa de este incidente María Milagros decidió no acudir al lugar donde habían acordado verse después de cenar. El acusado muy enfadado le envió por teléfono de forma insistente mensajes en los que la calificaba de puta y le decía que la iba a dejar sola y sin amigas. La denunciante recibió una llamada de un amigo del acusado informándole que éste la estaba buscando y que se encontraba muy alterado por lo que aquella decidió ir a dormir a casa de una amiga no conocida por él, si bien siguió recibiendo mensajes telefónicos en los que Primitivo la instaba a bajar a la calle advirtiéndole que si no lo hacía la buscaría y que iría a casa de su hermano a darle un "sustito" lo que alarmó enormemente a María Milagros advirtiéndole de ello a su hermano por teléfono. Sobre las 22:30 horas Primitivo se acercó con un amigo al domicilio de su novia y contactó con su hermano, Íñigo, que se encontraba acompañado de otra persona, y al percatarse del estado de alteración*





acusado y que andaba buscando desesperadamente a su hermana decidió acompañarle, subiendo en el vehículo del acusado los cuatro individuos, que se dirigieron en primer lugar a una gasolinera próxima donde al parecer el acusado recargó su teléfono móvil, y posteriormente dejaron en su domicilio al amigo de Íñigo . En el trayecto el acusado realizó otras llamadas a María Milagros indicándole que su hermano estaba con él, lo que hizo que aquella accediera en encontrarse con él en la gasolinera de la Avda. Baleares, donde al ver el acusado que acudió con una amiga le manifestó desde el coche que conducía que si ahora veía a su hermano ya no lo vería después, por lo que quedó telefónicamente de nuevo en verle a solas, escondiéndose su amiga en las proximidades. Tras acercarse el acusado a su novia le alzó el brazo en ademán agresivo diciéndole que era una niñata de mierda, que le tenía miedo, que no se alejara porque él hacía con ella lo que le daba la gana, arrebatándole el teléfono móvil que tiró al suelo y lo destrozó. Íñigo se marchó del lugar al poco tiempo en la creencia de que no ocurriría nada. Durante la conversación mantenida el acusado le indicó que iba a matar al chico que había saludado, que si no estaba con él no estaría con nadie, que podía hacer con ella lo que le saliese de los cojones. La denunciante logró calmarle de forma que se fueron juntos en el vehículo del acusado, donde aún permanecía el amigo de éste. La perjudicada no reclama por los daños causados a su teléfono móvil".

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

"FALLAMOS:

**PRIMERO:** Que debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS** a Primitivo , como responsable criminalmente en concepto de autor, sin la concurrencia de circunstancias modificativas, de un delito continuado de amenazas y de una falta de daños, a las penas de 8 meses de prisión, inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante la condena, prohibición de aproximarse a menos de 300 metros a María Milagros , a su domicilio, lugar en que se encuentre, lugar de trabajo y cualquier otro frecuentado por la misma por 1 año y 8 meses de prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio de comunicación, informático o telemático, escrito, verbal o visual durante igual tiempo, por el delito, y a las penas de multa de 10 días a razón de 6 euros diarios, prohibición de aproximarse a menos de 300 metros a María Milagros , a su domicilio, lugar en que se encuentre, lugar de trabajo y cualquier otro frecuentado por la misma por 2 meses y prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio de comunicación, informático o telemático, escrito, verbal o visual durante igual tiempo por 2 meses por la falta.

**SEGUNDO:** Debemos **ABSOLVER Y ABSOLVEMOS** a Primitivo como autor responsable de los delitos de maltrato en ámbito doméstico, de detención ilegal y coacciones de que venía siendo imputado.

**TERCERO:** Se imponen al penado las costas procesales proporcionalmente devengadas en esta causa".

**Tercero.-** Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley, por Primitivo y María Milagros , respectivamente, 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 los recursos.

**Cuarto.-** Las representaciones procesales de los recurrentes basan sus recursos en los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

I. RECURSO DE Primitivo .

**PRIMER MOTIVO DE CASACION. POR INFRACCION DE LEY ( ART. 849.1º).INFRACCION DEL ART. 170.4 CP .** Esta parte, en su calidad de recurrente y defensa del condenado Sr. Primitivo , siempre ha mantenido y continúa en dicha posición, encontrarnos ante unos hechos que en modo alguno cabe ser tipificados por el art. 170.4 del C.P . como se indica en el folio nº 6 de la Sentencia en el renglón nº 21 comenzando por arriba en dicho folio.

**SEGUNDO MOTIVO DE CASACION. POR INFRACCION DE LEY ( ART. 849.1º). INFRACCION DEL ART. 169.2 CP .** Pese a que no se invoca en la sentencia condenatoria, el citado art. 192.2 CP , por el que estima el citado Tribunal para aplicar condena a mi representado, no por ello esta parte puede dejar de exponer los siguientes argumentos.

**III.TERCER MOTIVO DE CASACION POR INFRACCION DE LEY ( Art. 849.2º)** en relación con el art. 5.4 LOPJ . Estamos en presencia de infracción que motiva el presente motivo de casación y ello en atención a lo dispuesto en el art. 5.4 LOPJ en relación al art. 24 CE .

**IV. CUARTO MOTIVO DE CASACION POR INFRACCION DE LEY ( Art. 849.1) y art. 5.4 LOPJ y art. 24 Ce .** Estima esta parte estamos en presencia d motivo casacional en atención al art. 5.4 LOPJ toda vez que éste en relación con el art. 24 de la CEconcretamente en el texto "a ser informados de la acusación formulada contra ellos", hace que nos encontremos ante el presente motivo de casación.





V. QUINTO MOTIVO DE CASACION POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMA (ART. 851.1 ) INCISO SEGUNDO E INCISO TERCERO. el citado precepto que aquí se invoca es en a cuanto "cuando en la sentencia se consignen como hechos probados concepto que por su carácter jurídico implique en la predeterminación del fallo".

VI. SEXTO MOTIVO DE CASACION. POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMA. ART. 851.3º LECr .

En relación este motivo de casación esta parte ha observado como en la sentencia que nos ocupa no se resuelve sobre los puntos que han sido objeto de acusación y defensa. -sic-.

*II. RECURSO DE María Milagros .*

PRIMER MOTIVO DE CASACION POR INFRACCION DE LEY.

Se formula al amparo del artículo 849.1 LECr ., ya que partiendo de los hechos declarados probados por la sentencia recurrida, se estima infringido el artículo 153.1 del código Penal respecto del delito de maltrato en el ámbito familiar del que venía siendo acusado Primitivo y del que resulta absuelto.

SEGUNDO MOTIVO DE CASACION PRO INFRACCION DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL.

En base al artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , fundado en indebida aplicación del artículo 24.1 de la Constitución Española , en concreto del derecho a la presunción de inocencia, al resultar absuelto Primitivo del delito de maltrato en el ámbito doméstico previsto en el artículo 153.1 del Código Penal , a existir medios probatorios de cargo suficientes para desvirtuar la citada presunción de inocencia, y consecuentemente del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.2 de la citada Carta Magna que se entiende igualmente infringido en apoyo del presente.

**Quinto.-** Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos no estimó necesaria la celebración de vista oral para su resolución y solicitó la inadmisión y subsidiariamente la desestimación de la totalidad de los motivos esgrimido en los mismos, todo ello por las consideraciones expuestas en su informe; la Sala admitió los mismos; quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

**Sexto.-** Hecho el señalamiento se celebró la deliberación prevenida el día 15-12-2011.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO DE Primitivo .

**PRIMERO) El motivo primero por infracción de ley, art. 849.1º LECr ., en concreto del art. 170.4. CP .**

Se sostiene en el motivo que el Ministerio Fiscal y la acusación particular invocaban el delito de amenazas del art. 169.2 CP , tesis que fue rechazada por la Sala sentenciadora, pero que no obstante considera que los hechos probados revelan la comisión de amenazas leves **que por el sujeto pasivo contra el que se profirieron** constituyen el delito de amenazas previsto y penado en el art. 170.4 CP , apartado éste que no existe, toda vez que el art. 170 CP , tan sólo tiene dos apartados, numerados 1 y 2, por lo que si no existe dicho apartado como tal, no se puede condenar por un precepto que no existe, y se ha cometido infracción de ley.

El motivo carece de fundamento y debe ser desestimado.

El propio recurrente insinúa que se ha producido un mero error material o mecanográfico en la sentencia al aplicar el apartado 4 del art. 170, que efectivamente no existe en el CP , y que realmente se está refiriendo al art. 171-4 CP , tal como se infiere de la propia sentencia que, tras excluir la aplicación del delito de amenazas del art. 169 CP , señala que "los hechos probados revelan la comisión de amenazas leves que por el sujeto pasivo contra el que se profirieron constituyen el delito continuado de amenazas previsto y penado en el...". amenazas leves cualificadas por la condición del sujeto pasivo que están recogidas en el apartado 4 del art. 171 CP - introducido por LO 1/2004 de 28-12; tal como la propia sentencia razona a continuación de forma extensa y detallada.

Consecuentemente -como señala el Ministerio Fiscal en su escrito de impugnación- se trata de un error material, que no produce indefensión alguna y que no ofrece tampoco error alguno en la interpretación de la voluntad del tribunal y de las consecuencias punitivas, al estar la pena impuesta, 8 meses prisión, dentro de la mitad inferior de la prevista en el art. 171-4 (6 meses a un año prisión) y es, por lo demás, evidente que sin variar esencial o substancialmente los hechos que han sido objeto de la acusación es posible -respetando el principio acusatorio- condenar por delito distinto, siempre que sea homogéneo con el imputado, es decir de la misma naturaleza y especie, aunque suponga una modalidad distinta dentro de la tipicidad penal y sea de igual o menor gravedad que la expresamente imputada. A esto es a lo que se refiere los conceptos de identidad fáctica y de homogeneidad en la calificación jurídica: a la existencia de una analogía tal que entre los elementos esenciales de los tipos delictivos de la acusación por un determinado delito, posibilita también





se la defensa en relación con los homogéneos respecto a él. Así son delitos generalmente homogéneos sin que "constituyen modalidades distintas pero cercanas dentro de la tipicidad penal, de tal suerte que estando contenidos todos los elementos del segundo tipo en el tipo delictivo objeto de la acusación, no haya en la condena ningún elemento nuevo del que el acusado o haya podido defenderse

Siendo así la homogeneidad entre el delito de amenazas graves del art. 169.2 y el delito de amenazas leves del art. 171-4, en este caso concreto, no debe ser cuestionada, pues siendo la diferencia entre ambos meramente cualitativa, la especial cualidad del sujeto pasivo que determina la aplicación de este último precepto fue debatida en el plenario al ser imputado al acusado, además, el delito de maltrato en ámbito doméstico del art. 153.1, cualificado por la misma relación entre las partes.

**SEGUNDO) El motivo segundo por infracción de ley, art. 849.1 LECr ., infracción del art. 169-2 CP y del art. 171-4 CP .**

Entiende el recurrente que en el relato fáctico no se recogen los elementos del tipo de los referidos preceptos y aunque el tribunal hubiera querido decir que condenaba al recurrente en base al art. 171-4 CP , no se darían los presupuestos para su aplicación, en concreto que la amenaza leve se dirige a quien **sea o haya sido su esposa o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aún sin convivencia**, y que el acusado tiene declarado y recogido en la propia sentencia que la relación que tenía con la denunciante databa de un mes aproximadamente, por lo que no estamos en presencia de una relación seria, estable, de compartir una vida de futuro una relación de noviazgo, no existe un vínculo afectivo por cuanto acusado y denunciante no eran pareja sentimental y se acababan de conocer, luego no estamos en presencia del tipo penal contemplado en el art. 171-4.

El delito referido está integrado por los siguientes elementos:

- 1) Un sujeto activo varón con lazo matrimonial o de análoga relación de afectividad, aún sin convivencia, pretérita o presente, con sujeto pasivo mujer.
- 2) Un elemento objetivo consistente en la producción de conductas o verbalizaciones potencialmente intimidatorias y constrictoras del ánimo del sujeto pasivo, pero sin que sea necesaria una concreta perturbación anímica, sugiriendo la comisión futura, más o menos inmediata de un mal. La nota de persistencia se pondera bajo el prisma de la falta de amenazas.
- 3) Un especial ánimo consistente en la constatación de que la conducta es reflejo de una visión sesgada de la relación de pareja viciada por un contexto de dominación masculina.
- 4) El dolo genérico de convivencia y voluntariedad del acto.
- 5) que concurren circunstancias concomitantes a los hechos que permitan valorar la conducta como de entidad suficiente para merecer la repulsa social y servir de soporte al juicio de antijuricidad material.

Cuestionándose en el motivo la concurrencia del primero de los requisitos, sin duda no toda relación afectiva, sentimental o de pareja puede ser calificada como análoga a la conyugal, pero sí se advierte coincidencia en los pronunciamientos de juzgados y audiencias especializados en violencia sobre la mujer, en entender que en el referido precepto estarían comprendidas determinadas relaciones de noviazgo, siempre que exista una evidente vocación de estabilidad, no bastando para cumplir las exigencias del mismo, las relaciones de mera amistad o los encuentros puntuales y esporádicos. Será, por tanto, una cuestión de hecho, sujeta a la necesaria acreditación dentro del proceso penal, la de determinar en qué supuestos la relación puede obtener tal calificación, por la existencia de circunstancias de hecho que permiten advertir ese plus que acredita la seriedad, estabilidad y vocación de permanencia de la relación.

En efecto, a través de las necesarias reformas por Leyes Orgánicas 14/99 y 11/2003, se ampliaron los sujetos pasivos del tipo penal, incorporando la análoga relación de afectividad con convivencia en la primera de ellas, y aún sin convivencia en la segunda, en coordinación con los cambios sociales aparecidos.

Dichas modificaciones tienen una sustancial importancia en relación al supuesto en estudio, por cuanto en la actualidad por LO 1/2004, se ha ampliado sustancialmente el supuesto de hecho típico. En el momento presente, y es cuestión que no ofrece duda (tanto por la propia redacción del C.P. como la interpretación jurisprudencial al respecto) en el tipo penal se encuentran recogidos como sujetos pasivos, tanto los cónyuges matrimoniales como las parejas "more uxorio", lo que usualmente se conoce como pareja de hecho. Y se ha pretendido, claramente, incluir otros supuestos de hecho que con anterioridad quedaban, en los que se denota una especial vinculación o unión más allá de la simple amistad pero que no quedaban inmersos en una unión de hecho (y mucho menos en lo matrimonial) por falta de ese elemento de convivencia que era la determinante de una estabilidad, de un proyecto de futuro y de una vocación hacia la creación de una unidad familiar.





Ahora, después de las modificaciones operadas por las LO 13/2003 y 1/2004, la analogía respecto al matrimonio en la relación de afectividad existente entre imputado y víctima ya no encuentra apoyo en las notas de estabilidad y convivencia que han sido expresamente eliminadas en la redacción legal de los arts. 153 , 173.2 y 171.4 . El grado de asimilación al matrimonio de la relación afectiva no matrimonial no ha de medirse tanto por la existencia de un proyecto de vida en común, con todas las manifestaciones que caben esperar en éste, como precisamente por la comprobación de que comparte con aquél la naturaleza de la afectividad en lo que la redacción legal pone el acento, la propia de una relación personal e íntima que traspase con nitidez los límites de una simple relación de amistad, por intensa que sea ésta.

Los preceptos mencionados no tienen como finalidad dispensar una especial protección a la institución matrimonial, sino justamente sancionar la aparición en la relación sentimental que es inherente a aquélla, pero que comparte con otras uniones afectivas a las que se extiende la protección, de situaciones de violencia, maltrato o dominación. Las relaciones de pareja constituyen, como refiere la Exposición de Motivos de la LO 1/2004, uno de los tres ámbitos básicos de relación de la persona con las que suele producirse la aparición de la violencia de género.

En efecto, una de las razones por las que, precisamente se extendió el círculo de los sujetos pasivos que podrían quedar afectados por los hechos previstos en los arts. 153 , 171-4 y 173.2 CP , no fue otra que la de extender la especial protección del tipo a aquellas relaciones que, conforme a la legislación anterior, estaban excluidas por no concurrir el requisito de la convivencia y estabilidad en la redacción de análoga afectividad a la del matrimonio. Con ello tienen cabida no sólo las relaciones de estricto noviazgo (término no empleado en el precepto penal que examinaremos) esto es, aquellas que, conforme a un estricto método gramatical, denotan una situación transitoria en cuanto proyectada a un futuro de vida en común, sea matrimonial, sea mediante una unión de hecho más o menos estable y con convivencia, sino también aquellas otras relaciones sentimentales basadas en una afectividad de carácter amoroso y sexual (y aquí radica la relación de analogía con el matrimonio/que, por no quedar limitadas a una mera relación esporádica y coyuntural, suponen la existencia de un vínculo afectivo de carácter íntimo entre las componentes de la pareja, cualquiera que sea la denominación precisa con la que quiere designarse.

La STS 510/2009 de 12-5 al analizar los tipos de los arts. 133-1 y 173.2 CP , recordó que no resulta fácil, desde luego, dar respuesta a todos y cada uno de los supuestos que la práctica puede ofrecer respecto de modelos de convivencia o proyectos de vida en común susceptibles de ser tomados en consideración para la aplicación de aquellos preceptos. La determinación de qué se entiende por convivencia o la definición de cuándo puede darse por existente una relación de afectividad, desaconseja la fijación de pautas generales excesivamente abstractas. No faltarán casos en los que esa relación de afectividad sea percibida con distinto alcance por cada uno de los integrantes de la pareja, o supuestos en los que el proyecto de vida en común no sea ni siquiera compartido por ambos protagonistas. En principio, la convivencia -ya sea existente en el momento de los hechos o anterior a éstos-, forma parte del contenido jurídico del matrimonio. No se olvide que conforme al art. 69 del Código Civil , la convivencia se presume y que el art. 68 del mismo texto señala entre las obligaciones de los cónyuges vivir juntos. La convivencia es también elemento esencial de las parejas de hecho, incluso en sus implicaciones jurídico-administrativas.

Sin embargo, no pueden quedar al margen de los tipos previstos en los arts. 153 y 173 del CP situaciones afectivas en las que la nota de la convivencia no se dé en su estricta significación gramatical - *vivir en compañía de otro u otros* -. De lo contrario, excluiríamos del tipo supuestos perfectamente imaginables en los que, pese a la existencia de un proyecto de vida en común, los miembros de la pareja deciden de forma voluntaria, ya sea por razones personales, profesionales o familiares, vivir en distintos domicilios. Lo decisivo para que la equiparación se produzca es que exista un cierto grado de compromiso o estabilidad, aun cuando no haya fidelidad ni se compartan expectativas de futuro. Quedarían, eso sí, excluidas relaciones puramente esporádicas y de simple amistad, en las que el componente afectivo todavía no ha tenido ni siquiera la oportunidad de desarrollarse y llegar a condicionar lo móviles del agresor. En definitiva, la protección penal reforzada que dispensan aquellos preceptos no puede excluir a parejas que, pese a su formato no convencional, viven una relación caracterizada por su intensidad emocional, sobre todo, cuando esa intensidad, aun entendida de forma patológica, está en el origen de las agresiones.

**TERCERO)** De acuerdo con estas ideas, los hechos han sido certeramente calificados por la Sala de instancia. El debate sobre qué etiqueta semántica mereciera la relación entre Primitivo y María Milagros no dejar de ser puramente nominal. La sentencia dedica buena parte de su F.J.2 a motivar la inferencia de la Audiencia acerca de la relación de noviazgo entre ambos y entiende acreditada la afectividad entre acusado y denunciante con el reconocimiento por ambos de la existencia a relación de pareja sentimental, aunque datase de hacía poco tiempo, aproximadamente de un mes, con encuentros sexuales y con intención de continuidad si no fuera por los hechos denunciados, y si bien el acusado calificó su relación con la denunciante de mera amistad "con





derecho a roce", la conducta persistente y dilatada en el tiempo el día de autos, revela que su despecho no derivaba de una frustración meramente amistosa, sino del desengaño amoroso de verse contrariado por quien consideraba casi una pertenencia tal y como revelan las expresiones proferidas escuchadas por una testigo.

En definitiva, las amenazas del acusado a María Milagros son inseparables de la relación afectiva que unía a ambos. Si su referencia pierden sentido el menosprecio y los insultos y las frases amenazantes que la sentencia da por probados. El recurrente actuaba por celos y reprochaba a la víctima que hubiera saludado a otro joven.

Por tanto, obró con corrección la Sala de instancia y procede la desestimación del motivo.

**CUARTO) El motivo tercero por infracción de ley ( art. 849.2 LECr .) en relación con el art. 5.4 LOPJ y art. 24.2 CE por vulneración de la presunción de inocencia** por cuanto los hechos que se denuncian por la víctima adolecen de falta de veracidad, concreción y ausencia de verdad, y así de hecho es el propio tribunal quien no recoge parte de los hechos denunciados (folios 24 y 25) ante la ausencia de veracidad de los mismos e igualmente si se señala a los folios 45, 51 en relación a la presencia de otros delitos como maltrato familiar, coacciones, detención ilegal..etc

El motivo por error en la apreciación de la prueba exige para su prosperabilidad según reiterada jurisprudencia de esta Sala -por ejemplo STS 936/2006, de 10-10 , 778/2007 de 9-10 ; 1148/2009, de 25-11 - la concurrencia de los siguientes elementos:

- 1) Ha de fundarse en una verdadera prueba documental y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa.
- 2) Ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material a la sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones.
- 3) Que el dato que el documento acredita no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en estos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al tribunal, art. 741 LECr .
- 4) que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto 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 modificarlos.

Asimismo han de citarse con toda precisión los documentos con designación expresa de aquellos particulares de los que se deduzca inequívocamente el error padecido, y proponerse por el recurrente una nueva redacción del "factum" derivada del error de hecho denunciado en el motivo. Rectificación del "factum" que no es un fin en sí mismo sino un medio para crear una premisa distinta a la establecida y, consiguientemente, para posibilitar una subsunción jurídica diferente de la que se impugna.

Pues bien el recurrente para acreditar el error en la valoración de la prueba refiere de modo genérico inexactitudes y faltas de veracidad de la denuncia de la perjudicada designando para ellos los folios del atestado en que se recogen declaraciones de ésta y de algunos testigos, olvidando, de una parte, que esta Sala no admite que pueda basarse un motivo en error de hecho cuando se indica que el documento en que consta el error es el atestado policial ( S. 96/2000 , de 85) y tampoco tienen el carácter de documentos las diligencias policiales en las que se contienen las manifestaciones de quien las efectúa "pues no son más que una manifestación documentada" ( STS 574/2004 de 5-5 ).

Así se ha pronunciado también el TC ( S. 217/89 ) respecto al carácter de prueba documental del atestado policial, precisando que el atestado, con independencia de una consideración material de documento, no tiene, por regla general, el carácter de prueba documental, pues incluso en los supuestos en los que los agentes policiales que intervinieron en el atestado presten declaración en el juicio oral, su declaración tiene la consideración de prueba testifical. Y de otra parte, como ya hemos apuntado, no son documentos, aunque se hallan documentadas en la causa bajo la fe pública judicial, las pruebas de otra naturaleza, como las declaraciones del acusado, víctima y testigos, ya que no garantizan ni la certeza, ni la veracidad de lo dicho por el manifestante, siendo simplemente pruebas personales documentales en las actuaciones bajo la fe del Secretario Judicial y sometidas como el resto de las pruebas a la libre valoración del Juzgador de instancia, STS 26-3-2001 , 3-12-2001 y 15-2-2005 , diciéndose en esta última "ni las declaraciones de testigos efectuadas en la instrucción ni las que tienen lugar en el juicio oral, transcritas en la correspondiente acta, tienen la virtualidad documental a los efectos de la casación prevista en el art. 849.2 LECr .".





**QUINTO)** El motivo por lo expuesto no es viable y tampoco lo es desde el prisma de la vulneración de la presunción de inocencia. Como ya apuntábamos en STS 850/2007, de 18-10 , con cita de la STS 1137/2004, de 15-10 , "las víctimas tienen aptitud para declarar como testigos en el proceso penal, incluso aunque actúen ejerciendo la acusación, a diferencia de lo que ocurre en el proceso civil en que ninguna de las partes puede actuar como testigo: ha de hacerlo bajo la forma y requisitos de la llamada prueba de confesión".

Con vocación de síntesis, la STS 339/2007, 30 de abril , ha afirmado que la declaración de la víctima no es prueba indiciaria sino prueba directa y ha sido admitida como prueba de cargo tanto por la doctrina del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional (cfr. por todas, SSTC 201/89 , 173/90 y 229/91 ). Esto no quiere decir que la existencia de esa declaración se convierta por sí misma y automáticamente en prueba de cargo suficiente, pues, como todas, está sometida a la valoración del Tribunal sentenciador.

Así el Tribunal Supremo parte de que las declaraciones de la víctima no son asimilables totalmente a las de un tercero, por ello cuando el Tribunal Constitucional respetando, con buen criterio, el ámbito de exclusividad de la potestad jurisdiccional penal constitucionalmente atribuidos a jueces y tribunales ordinarios, señala que la declaración de la víctima o denunciante puede ser prueba hábil para desvirtuar la presunción de inocencia, incumbiendo su valoración al tribunal sentenciador, ello no significa, desde luego, que con dicha declaración quede automáticamente desvirtuada la presunción de inocencia, en el sentido de que se invierta la carga de la prueba, dándose ya por probada la acusación e incumbiendo al acusado desvirtuar su presunta presunción de certeza de la acusación formulada, sino únicamente que dicha prueba no es inhábil a los efectos de su valoración como una prueba más, por el tribunal sentenciador, el cual debe aplicar obviamente, en esta valoración, criterios de razonabilidad que tengan en cuenta la especial naturaleza de la referida prueba.

Y esa actitud metódica de prudencia valorativa queda claramente reflejada en los razonamientos del Tribunal *a quo* a la hora de aceptar el valor incriminatorio del testimonio de María Milagros , solo en relación a las amenazas proferidas por el acusado, en las que la versión de aquélla está corroborada por la testifical de una amiga Vicenta , su hermano Íñigo , y Gabriel .

En definitiva, no ha existido el vacío probatorio que reivindica el recurrente. Sólo un entendimiento preciso del concepto y de la significación funcional del recurso de casación, puede explicar las limitaciones de esta Sala a la hora de valorar una impugnación basada en el quebranto del derecho constitucional a la presunción de inocencia. Estas limitaciones se hacen mucho más visibles en supuestos como el sometido a nuestra consideración en el que los hechos punibles se refieren a aspectos relacionados con la vida afectiva de dos personas. Se trata de hechos en los que agresor y víctima discrepan abiertamente sobre lo que realmente aconteció y en la que ambas partes ofrecen a la Sala elementos de prueba abiertamente contradictorios. Y es que, por más que con frecuencia se olvide, ningún parecido existe entre la posición procesal de la Audiencia Provincial ante la que se practican las pruebas y la capacidad del Tribunal Supremo para ponderar en términos jurídicos la corrección de la inferencia del órgano decisorio. No nos incumbe ahora realizar una nueva valoración de la prueba. No nos resulta posible, en fin, proceder a un análisis secuencial de todas y cada una de las alegaciones mediante las que la parte recurrente trata de demostrar el error valorativo en que ha podido incurrir el Tribunal *a quo*. Aun cuando resulte una obviedad recordarlo, nuestra posición como órgano casacional no nos autoriza a optar entre la valoración probatoria que sugiere la parte recurrente y la que ha proclamado la Audiencia Provincial. Nuestro ámbito cognitivo no nos faculta, en fin, a desplazar la conclusión probatoria alcanzada por la Audiencia, ante el mayor atractivo de los argumentos que pudiera encerrar, en su caso, el discurso impugnativo del recurrente. El control casacional del respeto al derecho a la presunción de inocencia ha quedado sobradamente delimitado por la jurisprudencia constitucional y de esta misma Sala. Es en ese exclusivo ámbito en el que hemos de valorar las alegaciones de la defensa (cfr. STS 553/2008, 18 de septiembre ).

Por cuanto antecede, el motivo ha de ser desestimado.

**SEXTO)** El motivo cuarto por infracción de ley, art. 849.1 LECr ., en relación con los arts. 5.4 LOPJ y 24 CE , concretamente del derecho "a ser informados de la acusación formulada contra ellos", toda vez que no existiendo en los escritos de calificación de las acusaciones ninguna referencia al art. 170-4 CP , precepto que no existe, la Sala aplica el mismo, incurriendo en infracción de ley.

El motivo, en cuanto coincide con la argumentación expuesta en el motivo primero, debe ser desestimado.

El principio acusatorio, tal como la jurisprudencia ha precisado ( SSTS. 609/2002 de 10.10 , 368/2007 de 9.5 y 279/2007 de 11.4 , exige la exclusión de toda posible indefensión para el acusado, lo cual quiere decir "en primer término, que el hecho objeto de acusación y el que es base de la condena permanezcan inalterables, esto es, que exista identidad del hecho punible, de forma que el hecho debatido en juicio, señalado por la acusación y declarado probado, constituya supuesto fáctico de la calificación de la sentencia. La otra condición consiste en la homogeneidad de los delitos objeto de condena y objeto de acusación" ( SS. T.C. 134/86





43/97 ). El T. S. por su parte tiene declarado sobre la cuestión aquí examinada que " el sistema acusatorio que informa el proceso penal especial exige que exista la debida correlación entre la acusación y la sentencia de forma tal que la defensa del imputado tenga oportunidad de alegar, proponer prueba y practicar en su práctica y en los debates, habiendo conocido con antelación suficiente aquello de lo que se le acusa, y sin que la sentencia de forma sorpresiva pueda condenar por algo de lo que antes no se acusó y respecto de lo cual consiguiente no pudo articularse la estrategia exigida por la Ley en garantía de la posición procesal del imputado", de ahí que "la acusación ha de ser precisa y clara respecto del hecho y del delito por el que se formula y la sentencia ha de ser congruente con tal acusación sin introducir ningún elemento nuevo del que no hubiera existido antes posibilidad de defenderse"( S. T.S. 7/12/96 ); y que "el establecimiento de los hechos constituye la clave de la bóveda de todo el sistema acusatorio del que el derecho a estar informado de la acusación es simple consecuencia" ( STS 15/7/91 ), "los hechos básicos de la acusación constituyen elementos substanciales e inalterables y la sentencia tiene que ser congruente respecto de los mismos, sin la introducción de ningún nuevo elemento del que no existiera posibilidad de defensa "( SS. T.S. 8/2/93 , 5/2/94 y 14/2/95 ). En suma, como se precisa en s. 26/2/94 es evidente: "a) Que sin haberlo solicitado la acusación no puede introducir un elemento "contra reo" de cualquier clase que sea; b) Que el derecho a ser informado de la acusación exige su conocimiento completo; c) Que el inculpado tiene derecho a conocer temporánea y oportunamente el alcance y contenido de la acusación a fin de no quedar sumido en una completa indefensión; y d) Que el objeto del proceso no puede ser alterado por el Tribunal de forma que se configure un delito distinto o una circunstancia penológica diferente a las que fueron objeto del debate procesal y sobre la que no haya oportunidad de informarse y manifestarse el acusado".

En definitiva, se garantiza que nadie será acusado en proceso penal con una acusación de la que no se ha tenido conocimiento suficiente y, por tanto, que no recibirá un trato de desigualdad frente al acusador que le ocasione indefensión ( SS. TC. 54/85 de 18 abril y 17/89 de 30 de enero ). Constituye asimismo, según el citado T.C., el primer elemento del derecho de defensa, que condiciona todos los demás, pues mal puede defenderse de algo que no sabe en concreto -s. 44/83 de 24 de mayo - Consiste substancialmente este derecho en asegurar el conocimiento del acusado acerca de los hechos que se le imputan y de los cargos que contra él se formulan - SS 14/86 de 12 noviembre , 17/88 de 16 febrero y 30/89 de 7 de febrero - y se satisface, pues, siempre que haya conocimiento de los hechos imputados para poder defenderse de los mismos- s. 170/90 de 5 noviembre.- También el Tribunal Supremo ha reconocido que el derecho a la tutela efectiva comporta, entre otros, el derecho a ser informado de la acusación, como primer elemento del derecho de defensa, que condiciona a todos los demás, SS 4/11/86 , 21/4/87 Y 3/3/89 , teniendo derecho el acusado a conocer temporáneamente el alcance y contenido de la acusación a fin de no quedar sumido en una completa indefensión, cual sucede si de modo sorpresivo es blanco de novedosas imputaciones exteriorizadas y hechas saber cuando han precluido sus posibilidades de alegación y de proposición de pruebas exculpatorias S.S.9/9/87,8/5/89,25/5/90, 18/5/92, 1824/93 de 14 julio, 1808/94 de 17 octubre, 229/96 de 14 marzo, 610/97 de 5 mayo, 273/98 de 28 febrero, 489/98 de 2 abril, 830/98 de 12 junio, 1029/98 de 22 septiembre y 1325/2001 de 5 julio, entre otras.

La STS. 669/2001 de 18 abril es suficientemente esclarecedora al precisar: " Una reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, SS. 15/3/97 y 12/4/99 , entre otras, han declarado que lo verdaderamente importante, para no vulnerar el principio acusatorio, es el relato fáctico de la acusación sea respetado en las líneas esenciales, no en todos sus detalles, muchos de ellos irrelevantes en la mayor parte de los casos, pero también se ha mantenido para ser respetuoso con el derecho constitucional a ser informado de la acusación y con el derecho de defensa el relato fáctico de la calificación acusatoria debe ser *completo* (debe incluir todos los elementos fácticos que integran el tipo delictivo objeto de la acusación y las circunstancias que influyen sobre la responsabilidad del acusado) y *específico* (debe permitir conocer con precisión cuales son las acciones o expresiones que se consideran delictivas) *pero no exhaustivo*, es decir que no se requiere un relato minucioso y detallado, por así decirlo pormenorizado, ni la incorporación ineludible al texto del escrito de elementos fácticos que obren en las diligencias sumariales y a los que la calificación acusatoria se refiere con suficiente claridad ( s. T.S. 4/3/99 ).

La cuestión, por tanto, es si tal cambio en el relato histórico implica una mutación sustancial a los efectos del principio acusatorio y del correlativo derecho de defensa. Es sabido que las modificaciones de detalles o de aspectos meramente secundarios no conculcan tales principios y pueden ser introducidos por el Tribunal sentenciador en su resolución, con objeto de ser más respetuosos con la descripción de la verdad material de lo acontecido. Sobre este particular hemos de señalar: 1) Que lo que es objeto de contradicción en el debate del juicio oral es lo que se refleja en los respectivos escritos de acusación y de defensa, esto es, los elementos fácticos y jurídicos que enmarcan el objeto del proceso penal; 2) Que tal marco no es inflexible, sino que, por un lado, puede traspasarse con la introducción de elementos episódicos, periféricos o de mero detalle, no afectantes al derecho de defensa, y por otro, se ensancha o se acorta en el momento en que las partes elevan a definitivas sus conclusiones provisionales, dándose oportunidad de nuevos elementos probatorios posteriores





que desvirtúen los introducidos en dicha fase procesal, para salvaguardar el derecho de defensa; 3) Que las modificaciones que se introduzcan no pueden modificar esencial o substancialmente los elementos fácticos del relato histórico que las acusaciones sometan a la consideración del Tribunal, si no se ha producido una petición condenatoria al menos alternativa por parte de las mismas; 4) Por último, tal modificación sustancial debe obviamente valorarse de acuerdo con las particularidades del caso enjuiciado.

En el supuesto que se analiza el Ministerio Fiscal y la acusación particular calificaron los hechos como constitutivos de un delito continuado de amenazas del art. 169.2 CP y un delito de maltrato en ámbito familiar del art. 153.1 -dada la relación de noviazgo existente entre autor y víctima-. La sentencia de instancia absolvió de estos delitos y condenó por el delito de amenaza leve del art. 171-4 -aunque por error se refiera al art. 170-4, precepto inexistente en el CP - habida cuenta la ocasión y motivo con que se produjeron y la relación de afectividad existente entre ambos, que fue objeto de amplio debate en el juicio oral, sin que se le ocasionara al recurrente, por tanto, indefensión alguna al poder conocer los hechos por los que era acusado.

**SEPTIMO) El motivo quinto por quebrantamiento de forma (art. 851.1, inciso 2º, e inciso 3º), "cuando en la sentencia se consignen como hechos probados conceptos que por su carácter jurídico impliquen la predeterminación del fallo".**

El motivo señala que toda la exposición recogida en la sentencia en relación a esa supuesta afectividad del recurrente y la denunciante en los folios 6 y 7, llevan sin duda alguna, dado el carácter jurídico de las mismas a la predeterminación del fallo.

El motivo debe ser desestimado.

El motivo por quebrantamiento de forma por consignarse en los hechos probados conceptos jurídicos que predeterminan el fallo exige para su estimación, según reiterada doctrina jurisprudencial ( SSTS. 23.10.2001 , 14.6.2002 , 28.5.2003 , 18.6.2004 , 11.1.2005 , 11.12.2006 , 26.3.2007 , 2.10.2007 y 28.11.2007 ):

- a) que se trate de expresiones técnico-jurídicas que definan o den nombre a la esencia del tipo aplicado;
- b) que tales expresiones sean tan sólo asequibles por regla general para los juristas y no sean compartidas en el uso del lenguaje común;
- c) que tengan valor causal respecto al fallo, y
- d) que suprimidos tales conceptos jurídicos, dejen el hecho histórico sin base alguna.

El vicio sentencial denunciado no es viable -dice la STS. 401/2006 de 10.4 -, cuando el juzgador emplea expresiones en el relato fáctico que están en el lenguaje común, que no son sino meramente descriptivas, pero no técnicas en sentido jurídico, de modo que es válido que se utilicen en la redacción de las sentencias, al conformar su relato histórico, y que desde luego, aunque las emplee el legislador también al describir los tipos penales, no por ello puede decirse que predeterminan el resultado correspondiente a la subsunción judicial, pues en ocasiones se convierten en imprescindibles, arrojando más claridad semántica que, si por un purismo mal entendido, se quisieran construir a base de sinónimos o locuciones equivalentes, muchas veces con aportaciones de frases retorcidas, fruto de un incorrecto léxico, en todo caso, poco comprensible para la ciudadanía.

Como dice la Sentencia 1519/2004, de 27 de diciembre, lo que la Ley de Enjuiciamiento Criminal prohíbe por este motivo es la utilización de expresiones estrictamente técnicas que describen los tipos penales, como sería decir que el acusado dictó una resolución injusta o arbitraria (sin más descripciones) en el delito de prevaricación, o llevó a cabo un vertido contaminante (sin describir el mismo) en el delito medioambiental, por solo poner dos ejemplos. No lo será, cuando se diga que A mató a B, en el delito de homicidio, aunque tal verbo (matar) sea precisamente el utilizado en el art. 138 del Código penal. O en palabras de la Sentencia 152/2006, de 1 de febrero, la predeterminación del fallo, como vicio impugnabile de cualquier sentencia penal, tiende a evitar que la estructura lógica del razonamiento decisorio, sustituya lo descriptivo por lo valorativo. Con su articulación se impone al órgano judicial la necesidad de una nítida separación entre el juicio histórico y el juicio jurídico, pero no hay, en el sentido propio de esta expresión, consignación de conceptos jurídicos predeterminantes, cuando se relatan unos hechos susceptibles de ser calificados como delito, pues ésta es previamente la finalidad de la premisa menor del silogismo sentencial cuando la conclusión de la sentencia es un fallo condenatorio ( STS. 28.5.2002 ). Por ello, en un cierto sentido los hechos probados tienen que predeterminar el fallo, pues el "factum" en cuanto es la base de la calificación jurídica de los hechos enjuiciados es lógicamente determinante de ésta, salvo manifiesta incongruencia, por ello debe relativizarse la vigencia de este vicio formal ( SSTS. 429/2003 de 21.3 , 249/204 de 26.2, 280/2004 de 8.3 , 409/2004 de 24.3 , 893/2005 de 6.7 ).





En esta dirección la STS. 7.11.2001 , nos dice: " *En realidad el relato fáctico debe, en todo caso, predeterminar el fallo, pues si no fuese así, la absolución o condena carecería de imprescindible sustrato fáctico. Lo que pretende este motivo casacional no es evitar dicha predeterminación fáctica -imprescindible- sino que se suplante el relato fáctico por su significación jurídica, es decir, que se determine la subsunción no mediante un relato histórico sino mediante una valoración jurídica que se lleve indebidamente al apartado de hechos probados*".

En el caso actual la sentencia impugnada en los hechos probados se limita a recoger que Primitivo ...se encontraba con María Milagros , con la que mantenía una relación de noviazgo de algo más de un mes de duración..." para a continuación consignar las expresiones por él proferidas y actitud mantenida con ella y su hermano, siendo precisamente en la fundamentación jurídica -lugar de la sentencia adecuado para ello- cuando explica los caracteres y particulares de esa relación entre el acusado y su víctima, que permiten su subsunción en el tipo aplicado.

**OCTAVO) El motivo sexto por quebrantamiento de forma, art. 851.2 LECr .**, dado que la Sentencia no resuelve sobre los puntos que han sido objeto de acusación y defensa.

Así se aduce que al inicio de la vista oral la defensa planteó como cuestión previa la imposibilidad de actuar el letrado de la acusación particular de la denunciante María Milagros también como acusación particular del hermano de ésta, Íñigo , al mantener dicha acusación una supuesta detención ilegal del mismo por parte del recurrente.

El tribunal tras deliberar y preguntar a Íñigo si mantenían tal acto de detención ilegal y responde éste que no, acordó la falta de legitimación procesal de la acusación particular para mantener aquella acusación en nombre de Íñigo , y no permitió que el letrado de dicha acusación la ejerciera en tal concepto y así la sentencia en los antecedentes de hecho primero y segundo, las conclusiones definitivas de las acusaciones van encaminadas únicamente a hechos denunciados por María Milagros , y sin embargo la sentencia en la fundamentación jurídica hace referencia al delito de detención ilegal del art. 163.1 omitiendo recoger en dicha resolución cuanto aconteció al inicio del juicio oral sobre la improcedencia y falta de legitimación procesal para actuar la acusación particular en nombre de Íñigo .

Con independencia de que en el antecedente de hecho segundo sí se recoge que la acusación particular formuló petición de condena para un delito de detención ilegal del art. 163.1, solicitando una pena de 5 años e inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo y el Ministerio Fiscal, antecedente de hecho 1º, por un delito de coacciones con petición de 2 años de prisión.

El motivo carece de cualquier fundamento y debe ser desestimado.

Ha de tenerse en cuenta que la indefensión, concebida como la denegación de la tutela judicial en su conjunto y para cuya prevención se configuran los demás derechos instrumentales contenidos en el art. 24-2 CE . ha de ser algo **real, efectivo y actual**, nunca potencial o abstracto, por colocar a su víctima en una situación concreta que la produzca un perjuicio, sin que sea equiparable cualquier expectativa de un peligro o riesgo. Por eso en materia de derechos fundamentales, ha de hablarse siempre de **indefensión material y no formal**, para la cual resulta necesaria pero no suficiente la mera transgresión de los requisitos configurados como garantía, no bastando la existencia de un defecto procesal si no conlleva la privación o limitación, menoscabo o negación, del derecho a la defensa en un proceso público con todas las garantías, **en relación con algún interés de quien lo invoca** ( STS 181/94, de 20-6 ; 316/94, de 28-11 ; 137/96, de 16-9 , 105/99, de 14-6 ; y STS 243/2001 de 21-2 ; 23-11- 2001 , 19-1-2002 , 3-10-2003 y 45/2007, de 29-1 ).

En el caso presente no se acierta a comprender qué indefensión o perjuicio se ha producido al recurrente por la omisión en el cuerpo de la sentencia de la falta de legitimación de la acusación particular para actuar en nombre de Íñigo por el delito de detención ilegal, cuando el propio recurrente señala que la tesis por él planteada en el trámite del art. 786-2, fue acogida por el tribunal, sin que necesariamente tenga que volver a reproducirse en la sentencia, y cuando, en todo caso, fue absuelto, F.J. Tercero, de los supuestos delitos de detención ilegal y coacciones en la persona de Íñigo .

RECURSO DE María Milagros .

**NOVENO) El motivo primero al amparo del art. 849.1 LECr .**, ya que partiendo de los hechos probados de la sentencia se estima infringido el art. 153.1 CP respecto al delito de maltrato en el ámbito familiar; al ser reiterada la jurisprudencia en el sentido de que la declaración de una víctima de violencia de género es suficiente prueba de cargo para condenar, siempre que la declaración se mantenga en el plenario y no se contradiga con la de su instrucción; y las llamadas y mensajes al móvil así como las conversaciones con las compañeras de trabajo de María Milagros no han sido desvirtuadas por el acusado.





Como hemos dicho en STS 121/2008 de 26-2 , y 1148/2009 de 25-11 , el recurso de casación, cuando se articula por la vía del art. 849.1 LECrim . ha de partir de las precisiones fácticas que haya establecido el Tribunal de instancia -salvo que hayan sido modificados por la previa estimación de algún motivo por error en la apreciación de la prueba art. 849.2 LECrim .) o vulneración del derecho a la presunción de inocencia ( art. 852 LECrim .)- por no constituir una apelación ni una revisión de la prueba. Se trata de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es el enfoque jurídico que a unos hechos dados, ya inalterables, se pretende aplicar, en discordancia con el Tribunal sentenciador. La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el mas absoluto respeto a los hechos que se declaren probados de la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la juridicidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado.

En definitiva, no puede darse una versión de los hechos en abierta discordancia e incongruencia con lo afirmado en los mismos, olvidando que los motivos acogidos al art. 849.1 LECrim . ha de respetar fiel e inexcusablemente los hechos que como probados se consignan en la sentencia recurrida

Pues bien en el factum no se considera probado el empujón que las acusaciones consideraban que Primitivo propinó a María Milagros el día 2-6-2009, por lo que no se ha producido la infracción de ley penal sustantiva denunciada.

**DECIMO) El motivo segundo por infracción de principio constitucional, en base al art. 852 por indebida aplicación del art. 24.1 y 2, en concreto del derecho a la presunción de inocencia, al existir medios probatorios suficientes para desvirtuarla en relación a la absolución del delito de art. 153.1 CP y consecuentemente del derecho a la tutela judicial efectiva.**

Como se ha dicho doctrinal y jurisprudencialmente, SSTs. 5.12.2007 , 4.5.2005 , 14.7.2000 , la presunción de inocencia es un derecho fundamental que solamente corresponde al sujeto pasivo de la pretensión punitiva. Las partes acusadoras carecen de legitimación para esgrimirla, en contra de su único y legítimo titular que es, como se ha dicho, la persona acusada de un hecho delictivo.

No puede alegarse, con fortuna, la vulneración del principio constitucional de inocencia en favor del acusador, entendiéndose que si la falta de prueba ha de conducir a la absolución, la existencia de una actividad probatoria de cargo, practicada legalmente ha de llevar a la condena.

La persona o entidad que ejercita la acusación particular, así como el Ministerio Fiscal, puede alzarse y discrepar de una sentencia absolutoria, pero no puede basar su impugnación en aquél principio constitucional, sino que en ejercicio indiscutible de este derecho, sólo puede utilizar los cauces previamente establecidos, pudiendo escoger entre los vicios procedimentales que afectan a la validez de la sentencia o incluso a la subsistencia del juicio celebrado, bien entrando en la cuestión de fondo que afecta a los hechos y a la calificación jurídica o esgrimiendo directamente una petición de nulidad de actuaciones.

En este sentido la STS. 2.6.89 , precisa que el acusador no puede basar su impugnación en el principio constitucional de presunción de inocencia, sino en el error de hecho en la apreciación de la prueba con las limitaciones inherentes a esta vía impugnativa ( art. 849.2 LECrim .) y por supuesto, en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva ( art. 24 CE .), si procede y que es extensivo, ésta si, tanto a quien acusa como a quien es acusado frente al referido principio de presunción de inocencia, que, repetitivos, sólo puede argüir el imputado, porque sólo a él viene concedido.

Por ello, las sentencias absolutorias sólo pueden ser recurridas por las acusaciones, acudiendo, como ya se ha dicho a los cauces establecidos en las diferentes vías de recursos que abren las leyes procesales. Darle la vuelta al principio de presunción de inocencia e invocarlo como un derecho fundamental de carácter abstracto e impersonal, que se esgrime ante resoluciones absolutorias o simplemente desfavorables a las pretensiones de la acusación, rompe los esquemas del modelo constitucional y pretende extender, más allá de su ámbito estricto, un derecho fundamental que sólo puede tener virtualidad concebido desde la perspectiva procesal de la persona individual y física a la que se le imputa la comisión de un hecho delictivo.

En igual sentido las STS 892/2007, de 29-10 , recordó que "...ciertamente sólo el imputado tiene derecho a la presunción de inocencia, este derecho no lo tiene la parte acusadora, no hay -por decirlo plásticamente un derecho a la presunción de inocencia invertida a favor de la acusación - STS 1532/2004, de 22-12 , 258(2003, de 25-2; 390/2003, de 18-3 ; y TC, S. 141/2006 , 176/2006 ...

Esta Sala ha dicho también (STS 4-3-2004 , 17-5-2007 ) que la presunción de inocencia invertida que autorizaría al tribunal de casación a suplantar la falta de convicción condenatoria del tribunal de instancia, no se recoge en nuestra Constitución, pues siendo la sentencia absolutoria se fundamenta previamente en el derech





fundamental a la presunción de inocencia la acusación no puede invocar dicho derecho constitucional en perjuicio del reo para obtener una nueva valoración probatoria en sentido condenatorio".

La STS 14-4-2008 insistía en:

La protección constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva no otorga un derecho a la condena del imputado. Está fuera de dudas -decíamos en las SSTs 2586/2007, de 24 de abril y 1024/2007, 30 de noviembre - la capacidad de impugnación que asiste a la parte acusadora para reaccionar frente a una sentencia absolutoria que no acoja la pretensión formulada. El derecho a la tutela judicial efectiva extiende su ámbito de protección a todas las partes en el proceso. Sin embargo, cuando lo que se pretende es la revocación de un pronunciamiento absolutorio, esgrimir el derecho a la presunción de inocencia supone una verdadera alteración funcional de su genuina dimensión constitucional. Dicho en palabras de la STS 1257/2000, 14 de julio - ratificadas por la STS 372/2002, 28 de febrero -, darle la vuelta al principio de presunción de inocencia e invocarlo como un derecho fundamental de carácter abstracto e impersonal, que se esgrime ante resoluciones absolutorias o simplemente desfavorables a las que pretensiones de la acusación, rompe los esquemas del modelo constitucional y pretende extender, más allá de su ámbito estricto, un derecho fundamental que sólo puede tener virtualidad concebido desde la perspectiva procesal de la persona individual y física a la que se le imputa la comisión de un hecho delictivo.

También la jurisprudencia constitucional ha tenido ocasión de reafirmar tal entendimiento del derecho a la presunción de inocencia. En efecto, como razonaba la STC 141/2006, 8 de mayo, "el derecho a la presunción de inocencia es quizá la principal manifestación constitucional de la especial necesidad de proteger a la persona frente a una reacción estatal sancionadora injustificada. Este derecho "sirve de base a todo el procedimiento criminal y condiciona su estructura ( STC 56/1982, de 26 de julio ), constituyendo "uno de los principios cardinales del Derecho penal contemporáneo, en sus facetas sustantiva y formal" ( SSTC 138/1992, de 13 de octubre ; 133/1995, de 25 de septiembre ), por cuanto beneficia únicamente al acusado y le otorga toda una serie de garantías específicas en cada estadio de desarrollo del proceso" ( STS 41/1007, de 10 de marzo ). Entre otros contenidos este derecho supone que "toda Sentencia condenatoria debe estar sustentada en pruebas de cargo válidas, validez que implica no sólo la conformidad de las mismas a la propia Constitución" ( STC 11/1999, de 14 de junio (...) Al igual que no existe "un principio de legalidad invertido", que otorgue al acusador un derecho a la condena penal cuando concurren sus presupuestos legales ( STC 41/1997 , F.4), "tampoco existe una especie de "derecho a la presunción de inocencia invertido", de titularidad del acusador, que exija la constatación de una conducta delictiva cuando la misma sea la consecuencia más razonable de las pruebas practicadas" ( STC 141/2006 , F. 3) o que demande la nulidad del relato fáctico de signo absolutorio porque el mismo sea consiguiente a una valoración judicial carente de intermediación. Que el debate procesal deba desarrollarse en condiciones de igualdad, de modo que todos los intervinientes tengan plena capacidad de alegación y prueba ( SSTC 138/1999, de 22 de julio F4 ; 178/2001, de 17 de septiembre , F.3), y que por ello tanto acusador como acusado ostenten esta misma garantía, no comporta, en fin, por lo ya señalado, que sean iguales en garantías, pues si son iguales los intereses que arriesgan en el proceso penal ni el mismo es prioritariamente un mecanismo de solución de un conflicto entre ambos, sino un mecanismo para la administración del ius puniendi del Estado, en el que "el ejercicio de la potestad punitiva constituye el objeto mismo del proceso" ( SSTC 41/1997, F.5 ; 285/2005, de 7 de noviembre F.4).

En definitiva es doctrina reiterada de esta Sala, STS. 994/2007 de 5.12 , la que recuerda que la tutela judicial efectiva, desde el prisma de la parte acusadora, sólo se instala en el ámbito propio de la mera legalidad, lo cual significa que tiene derecho a acudir a los Jueces y Tribunales para obtener la justicia que demanda, pero una decisión en cualquier sentido, clara y no vinculada necesariamente a la versión y criterio interesado de dicha parte, por lo que no equivale a que, en todo caso, la pretensión haya de ser atendida, cualquiera que sea la razón que asista al postulante, esto es, que la tutela judicial efectiva la concede el Texto Constitucional in genere y que, por ello, no habrá denegación de justicia cuando las pretensiones no prosperan, máxime cuando los órganos jurisdiccionales, forzosamente han de fallar en pro de una de las partes, sin que el acogimiento de las formuladas por la parte contraria entrañen falta de tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos.

Por ello, debe señalarse que no existe un derecho constitucional a obtener la condena penal de otra persona que pueda esgrimirse frente al Legislador o frente a los órganos judiciales SSTC 199/96 de 3.12 , 41/97 de 10.3 , 74/97 de 21.4 , 67/98 de 18.3 , 215/99 de 29.11 , 21/2000 de 31.1 ).

En esta dirección la sentencia de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo de 19.5.2004 , precisa que el Derecho Fundamental a la tutela judicial efectiva no incorpora el derecho a la condena del acusado en virtud de la acción penal planteada sino que, como hemos recordado de forma reiterada, este derecho tiene un contenido complejo que incluye el derecho a acceder a Jueces y Tribunales, el derecho a obtener de ellos una resolución fundada en derecho y a su ejecución, y el derecho a que la pretensión deducida sea resuelta en el procedimiento





previsto en la Ley, sin que pueda incluirse en su comprensión un derecho a la obtención de una resolución acorde a la pretensión ( SSTS. 3.10.97 , 6.3.97 ).

Asimismo el Tribunal Constitucional al analizar el control de constitucionalidad en materia de recursos de amparo contra sentencias absolutorias, en sentencias 45/2005 de 28.2 , 145/2009 de 15.6 , ha recordado que la víctima de un delito no tiene un derecho fundamental a la condena penal de otra persona (por todas SSTC. 157/90 de 18.10 , 199/96 de 3.12 , 215/99 de 29.11 , 168/2011 de 16.7 ), sino que meramente es titular del ius ut procedatur, es decir del derecho a poner en marcha un proceso, substanciando de conformidad con las reglas del proceso justo, en el que pueda obtener una respuesta razonable y fundada en Derecho (por todas STC. 120/2000 de 10.5 ), que ha sido configurado por este Tribunal como una manifestación específica del derecho a la jurisdicción (por todas, SSTC. 31/96 de 27.2 , 16/2001 de 29.1 ) y que no se agota en un mero impulso del proceso o mera comparecencia en el mismo, sino que de él derivan con naturalidad y necesidad los derechos relativos a las reglas esenciales del desarrollo del proceso ( SSTC. 218/97 de 4.12 , 138/99 de 22.7 , 215/99 de 29.11 ). y, por consiguiente, el análisis y la declaración de vulneración de los derechos procesales invocados es ajeno a la inexistencia de un derecho de la víctima del proceso penal a la condena penal de otro y ha de efectuarse tomando como referente el canon de los derechos contenidos en los artículos 24.1 y 2 C.E . ". Por ende la función de este tribunal se limita a enjuiciar si las resoluciones judiciales impugnadas han respetado el ius ut procedatur del justiciable que ha solicitado protección penal de los derechos que las Leyes en vigor reconocen. Supuesto este en que si es posible declarar la nulidad de la sentencia penal absolutoria al haber sido dictada en el seno de un proceso penal substanciado con lesión de las más esenciales garantías procesales de las partes, pues toda resolución judicial ha de dictarse en el seno de un proceso, respetando en él las garantías que le son consustanciales ( SSTC. 215/99 de 29.11 , 168/2001 de 16.7 ), o en fin, por poder incurrir la sentencia absolutoria en arbitrariedad, irrazonabilidad o error patente, no satisfaciendo así las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva ( STC. 45/2005 de 8.2 ).

Situación que no es la del caso por cuanto la sentencia impugnada (FJ primero) analiza en relación al delito de maltrato doméstico la prueba practicada, reducida a la declaración de la víctima en el sentido de que el acusado a raíz de que ella saludó a un amigo que pasó en moto, se sintió molesto y la empujó pero sin describir el acto, la entidad y la ocasión en concreto en que se produjo por lo que, ante la negación por el acusado de tal hecho, y la ausencia de corroboración por falta de los amigos que les acompañaban en dicha denuncia, considera que no se cumplen las exigencias jurisprudenciales para que se de la realidad probatoria a la declaración de la víctima, en casos como éste en el que aún existiendo testigos no han sido llamados al plenario.

Razonamiento de la Sala que no puede calificarse de arbitrario, irrazonable o incurso en error patente.

Por lo que el motivo debe ser desestimado.

**DECIMOPRIMERO)** Desestimándose los recursos, se imponen las costas, art. 901 LECr ..

### III. FALLO

Que debemos **declarar y declaramos no haber lugar a los recursos de casación**, interpuestos por **Primitivo y María Milagros** , contra sentencia de 14 de marzo de 2011, dictada por la Audiencia Provincial de Valencia , Sección Primera , que le condenaba a Primitivo como autor de un delito de amenazas y le absolvía de los delitos de detención ilegal, coacciones y maltrato en ámbito doméstico de que venía siendo acusado; y condenamos a los recurrentes al pago de las costas causadas en la tramitación de sus respectivos recursos.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Joaquin Gimenez Garcia Julian Sanchez Melgar Miguel Colmenero Menendez de Luarda Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Diego Ramos Gancedo

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

