

Roj: STS 7695/2010
Id Cendoj: 28079120012010101128
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 683/2010
Nº de Resolución: 1182/2010
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Ponente: ALBERTO GUMERSINDO JORGE BARREIRO
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

- Maltrato en el ámbito familiar. No se vulnera la presunción de inocencia en la aplicación del tipo básico del art. 153.1 del C. Penal.- No se infringe el principio acusatorio, dada la homogeneidad concurrente entre los tipos penales de los arts. 148.4 y 153.1 del C. Penal. - No procede la aplicación del subtipo agravado por la ejecución del hecho en el domicilio común ni por hallarse presente un hijo de la pareja.- Debe aplicarse la nueva redacción del art. 89 del C. Penal sobre la pena de expulsión del territorio nacional en lo referente a su tiempo de duración. Se fija en la nueva sentencia en el periodo mínimo de cinco años.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintinueve de Diciembre 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 Sevilla, Sección Cuarta, de fecha ocho de febrero de dos mil diez . Han intervenido el Ministerio Fiscal y, como recurrente, el acusado Leoncio , representado por el procurador Sr. Pérez Castaño. Ha sido ponente el magistrado Alberto Jorge Barreiro.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 2 de Sevilla, instruyó procedimiento abreviado nº 160-08, por delito de lesiones contra Leoncio , y lo remitió a la Audiencia Provincial de Sevilla, cuya Sección Cuarta, dictó sentencia en fecha ocho de febrero de dos mil diez , con los siguientes hechos probados: *El 20 de noviembre de 2007, sobre las 10 horas el acusado Leoncio , natural de Nigeria, sin residencia legal en España, comenzó a discutir con su esposa Lidia , en el domicilio que compartían sito en la CALLE000 nº NUM000 NUM001 de Sevilla.*

En el transcurso de la discusión el acusado golpeó a Lidia , llegando a arrojarla de un fuerte empujón contra los buzones del bloque, produciéndole diversas contusiones y la fractura de los huesos propios de la nariz, lesiones de las que Lidia sanó en 20 días todos las (sic) cuales estuvo impedida para el desarrollo de sus ocupaciones habituales, precisando taponamiento nasal, analgésicos y antiinflamatorios, quedándole como secuela ligera deformidad en raíz nasal, sin repercusión funcional y que ocasionan muy ligero perjuicio estético.

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: *FALLO: Que debemos condenar y condenamos al acusado Leoncio como autor de un delito de malos tratos (sic) en el ámbito familiar ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 1 año de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, prohibición de aproximación a la víctima Lidia , a su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro lugar que frecuente a una distancia de 300 metros durante 5 años y prohibición del derecho a la tenencia y porte de armas durante 2 años.*

Se acuerda la sustitución de la pena de prisión por la expulsión del acusado Leoncio del territorio nacional, a tenor del art. 89 del CP durante 10 años.

Condenamos asimismo al acusado al pago de las costas procesales causadas.

Declaramos de abono el tiempo que el acusado permaneció provisionalmente privado de libertad por esta causa.

3.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por Leoncio , que se tuvo por anunciado, 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.- La representación del recurrente basa su recurso de casación en los siguientes motivos: PRIMERO.- Por infracción de *Ley, al amparo del art. 849.1* por vulnerar el derecho fundamental de presunción de inocencia consagrado en el *art. 24.2 de la CE*. SEGUNDO .- En virtud del *art. 849.1 de la LECrim* , por indebida aplicación del *art. 153.1 y 3, por vulneración del principio acusatorio*. TERCERO .- A tenor del *art. 849.1 de la LECrim* , por indebida aplicación del *art. 153.3* , toda vez que en los hechos probados no se hace constar que el delito se cometa en el domicilio familiar, sino en el portal del inmueble, el cual no puede ser considerado como domicilio a efectos de agravar el delito. CUARTO.- Al amparo del *art. 849.1 de la LECrim* , por indebida aplicación del *art. 89 del CP* , vulnerando así el principio acusatorio.

5.- Instruido el Ministerio Fiscal impugnó todos y cada uno de los motivos; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebraron deliberación y votación el día 21 de diciembre de 2010.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRELIMINAR. La Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Sevilla condenó, en sentencia dictada el 8 de febrero de 2010 , a Leoncio como autor de un delito de malos tratos en el ámbito familiar, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de un año de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, prohibición de aproximación a la víctima Lidia , a su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro lugar que frecuente a una distancia de 300 metros, durante cinco años, y prohibición del derecho a la tenencia y porte de armas durante dos años. Además, se sustituyó la pena de prisión por la expulsión del acusado Leoncio del territorio nacional durante diez años.

Los hechos que fueron objeto de condena se resumen en que, el 20 de noviembre de 2007, sobre las 10 horas, el acusado Leoncio , natural de Nigeria, sin residencia legal en España, discutió con su esposa Lidia , en el domicilio que compartían sito en la CALLE000 , nº NUM000 NUM001 , de Sevilla. Y en el curso de la discusión golpeó a Lidia , llegando a arrojarla de un fuerte empujón contra los buzones del bloque. Como consecuencia de ello le causó diversas contusiones y la fractura de los huesos propios de la nariz, lesiones de las que Lidia sanó en 20 días, durante los que estuvo impedida para el desarrollo de sus ocupaciones habituales; precisó el taponamiento nasal, analgésicos y antiinflamatorios, quedándole como secuela ligera deformidad en raíz nasal, sin repercusión funcional y que ocasionan muy ligero perjuicio estético.

El acusado interpuso recurso de casación, formalizando un total de cuatro motivos.

PRIMERO. 1. En el *primer motivo* , con apoyo en el *art. 849.1º de la LECr .*, denuncia la vulneración del **derecho a la presunción de inocencia** , contemplado en el *art. 24.2* de la Constitución. Alega en tal sentido el impugnante que no concurre prueba de cargo acreditativa de que llegara a agredir a la denunciante, toda vez que las dos mujeres que comparecieron a deponer como testigos en el plenario no presenciaron agresión alguna, y tampoco el agente policial que compareció en el lugar de los hechos; y como la presunta víctima se negó a declarar en el plenario acogiéndose a lo dispuesto en el *art. 416 de la LECr .*, no cabría hablar por tanto de prueba incriminatoria.

2. Según doctrina consolidada del Tribunal Constitucional, el derecho a la presunción de inocencia se configura, en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito, y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en los mismos (SSTC 137/2005 , 300/2005 , 328/2006 , 117/2007 y 111/2008). Y es también doctrina reiterada del mismo Tribunal que, en la medida en que toda condena penal ha de asentarse en pruebas de cargo válidas,

suficientes y concluyentes, tal suficiencia incriminatoria ("más allá de toda duda razonable") ha de ser racionalmente apreciada por el Juez y explicada en la sentencia, de forma que el déficit de motivación o los errores en la motivación o su incoherencia interna, puestos en relación con la valoración de la prueba y, por tanto, con la existencia de prueba de cargo, supondrían, de ser estimados, la quiebra del derecho a la presunción de inocencia (SSTC 124/2001 , 186/2005 , 300/2005 y 111/2008).

Por lo demás, tratándose de prueba indiciaria el Tribunal Constitucional considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia cuando la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada (STC 229/2003).

Por su parte, esta Sala de Casación tiene afirmado en reiteradas resoluciones que el ámbito del control casacional, cuando se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, se concreta en verificar si la prueba de cargo que el Tribunal utilizó para dictar la sentencia condenatoria fue obtenida con respeto a las garantías inherentes al proceso debido, y por tanto, y en primer lugar, si dicha prueba de cargo fue adquirida sin vulneraciones de derechos fundamentales; en segundo lugar, si fue introducida en el proceso y sometida a los principios que rigen el plenario, de contradicción, inmediación y publicidad; en tercer lugar, si se trata de una prueba suficiente desde las exigencias derivadas del derecho a la presunción de inocencia; y por último, si consta debidamente razonada en la motivación de la resolución, de modo que pueda verificarse el *iter* discursivo y comprobarse si la conclusión obtenida resulta razonable y por tanto ajena a cualquier viso de arbitrariedad (SSTS 59/2009, de 29-1 ; y 89/2009, de 5-2).

Asimismo se ha hecho especial hincapié en que, desde la perspectiva del control casacional del derecho a la presunción de inocencia, a este Tribunal le corresponde revisar la estructura del razonamiento probatorio de la sentencia recurrida, centrándose en comprobar la observancia de las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos por parte del Tribunal sentenciador (SSTS 753/2007 de 2-10 ; 672/2007, de 19-7 ; y 131/2009, de 12-2).

3. El examen del acervo probatorio de cargo en el caso concreto impide acceder a las tesis exculpativas del recurrente. En efecto, el testimonio prestado por Julia evidencia, en contra de lo que alega la defensa, que el acusado propinó un fuerte empujón y la arrojó contra los buzones ubicados en la planta baja del edificio, según consta en el párrafo de la declaración testifical que cita la propia parte recurrente.

En el escrito de recurso se expone que la testigo declaró lo siguiente: "*yo lo que vi es que cuando ya estaba en el suelo tirada en el portal porque sentí gritos y me creí que era la niña, y lo que vi es que la cogió y la tiró contra el buzón , pero yo ya otra cosa no vi porque yo vivo en mi casa y ella en la suya... Yo vi cómo estaba en el suelo, pero yo cómo fue no lo vi porque yo no estaba*".

Lo que se aprecia mediante la lectura del testimonio y también en la grabación digital del juicio es que la testigo incurre en cierta contradicción, toda vez que de una parte afirma que vio cómo el acusado arrojaba a la víctima contra el buzón, y de otra, niega haber visto cómo sucedió ya que vio a la denunciante en el suelo.

Sin embargo, interpretando las expresiones de la testigo en el sentido que más favorecen al reo y negando por tanto que viera justo el momento en que la arrojó contra el buzón, también se está ante una prueba de cargo concluyente. Y es que al haber percibido la testigo cómo la víctima se hallaba tirada en el suelo junto a los buzones con la cara y la nariz ensangrentadas, la presencia del acusado en el lugar de los hechos y la inexistencia de indicio alguno contra cualquiera otra persona como posible autora de la agresión, aboca necesariamente a concluir que fue el acusado el autor de la acción delictiva.

Además, la Sala contó con las manifestaciones del propio recurrente, argumentando en la sentencia que admitió en el plenario que le había propinado un empujón. A lo cual han de sumarse los partes médicos que dan cuenta del resultado lesivo.

Así las cosas, es claro que no se precisa siquiera acudir a las declaraciones judiciales que prestó la víctima en la fase de instrucción para acoger como probado que el acusado fue el autor de las heridas que presentaba la víctima.

La presunción de inocencia ha resultado por tanto enervada y el motivo alegado ha de rechazarse.

SEGUNDO . Con sede en el *art. 849.1º de la LECr .*, censura el recurrente en su *motivo segundo* la aplicación del *art. 153.1 y 3 del C. Penal* por vulnerarse el *principio acusatorio* . Argumenta la defensa que el Ministerio Fiscal imputó al acusado el delito de lesiones previsto en el *art. 148.4 del C. Penal* , y sin embargo en la sentencia, sin que el Tribunal hubiera formulado la tesis mediante el trámite previsto en el *art.*

733 de la LECr ., se condenó por el tipo penal del art. 153 del texto sustantivo, debido a lo cual -dice- se ha vulnerado el principio acusatorio.

La argumentación del impugnante no se ajusta, sin embargo, a la interpretación que viene haciendo el Tribunal Constitucional y esta Sala del referido principio. En efecto, sobre los derechos fundamentales a un proceso con todas las garantías y a la defensa, en relación con el principio acusatorio en el ámbito de los juicios penales, argumenta el Tribunal Constitucional en su sentencia 347/3006, de 11 de diciembre, que "**nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le ha acusado y de la que, en consecuencia, no ha podido defenderse de modo contradictorio** . A estos efectos la pretensión acusatoria se fija en el acto del juicio oral, cuando la acusación o acusaciones establecen sus **conclusiones definitivas** , y se refiere no solamente a la primera instancia, sino también a la fase de apelación (SSTC 12/1981, de 12 de abril ; 104/1986, de 17 de julio ; 225/1997, de 15 de diciembre ; 4/2002, de 14 de enero ; 228/2002, de 9 de diciembre ; y 33/2003, de 13 de diciembre).

La razón es que el principio acusatorio admite y presupone el derecho de defensa del imputado y, consecuentemente, la posibilidad de contestación o rechazo de la acusación, como aplicación al proceso penal del principio de contradicción. En consecuencia, **al Juez no le está permitido excederse de los términos del debate tal como han sido formulados por la acusación y la defensa** , lo cual significa en última instancia que ha de existir siempre correlación entre la acusación y el fallo de las Sentencias (SSTC 53/1987, de 7 de mayo ; 17/1988, de 16 de febrero ; y 95/1995, de 19 de junio).

En definitiva, fijada la pretensión, el Juzgador está vinculado a los términos de la acusación con un **doble condicionamiento, fáctico y jurídico** (STC 228/2002, de 9 de diciembre). Desde la primera de las perspectivas la congruencia exige que **ningún hecho o acontecimiento que no haya sido delimitado por la acusación** como objeto para el ejercicio de la pretensión punitiva, sea utilizado para ser subsumido como elemento constitutivo de la responsabilidad penal, siempre y cuando se trate de una **variación sustancial** , pues el Juzgador conserva un relativo margen de autonomía para fijar los hechos probados de conformidad con el resultado de los medios de prueba incluyendo **aspectos circunstanciales** siempre que no muten la esencia de lo que fue objeto de controversia en el debate procesal (SSTC 10/1988, de 1 de febrero ; 225/1997, de 15 de diciembre ; 302/2000, de 11 de diciembre ; y la ya citada 228/2002).

Por lo que se refiere a la **calificación jurídica** , el Juzgador está vinculado también a la sustentada por la o las acusaciones. Ciertamente, hemos afirmado que el Juez puede condenar por un delito distinto que el sostenido por la acusación o acusaciones siempre y cuando se trate de un **delito homogéneo** con el que fue objeto de acusación y siempre y cuando **no implique una pena de superior gravedad** . Pero, en todo caso, como límite infranqueable en el momento de dictar Sentencia, al Juez le está vedado calificar los hechos de manera que integren un **delito penado más gravemente** si este agravamiento no fue sostenido en juicio por la acusación, **ni imponer una pena mayor que la que corresponda a la pretensión acusatoria** fijada en las conclusiones definitivas, dado que se trata de una pretensión de la que no pudo defenderse el acusado".

Pues bien, en el caso enjuiciado la modificación jurídica acogida en sentencia cumplimenta los cánones que requiere la norma constitucional para estimar que se han cumplimentado las exigencias del principio acusatorio y del derecho de defensa. Y ello porque, en primer lugar, los hechos sobre los que recae la condena no han sido modificados sino que se ha respetado el mismo "*factum*" que se transcribía en el escrito de acusación del Ministerio Fiscal, modificándose sólo la calificación jurídica atendiendo al criterio normativo aplicable al resultado lesivo, en el que no se aprecia que concurren los elementos exigibles para poder aplicar el concepto de tratamiento médico.

En segundo lugar, el tipo penal del maltrato previsto en el art. 153 del C. Penal resulta homogéneo con el tipo de lesiones del art. 148.4 del mismo texto legal, distinguiéndose sólo, tal como se ha anticipado, en la no concurrencia de un resultado lesivo que conllevara tratamiento médico. La modalidad de la acción es la misma, la base de agravación por el parentesco también y, asimismo, se vulnera en ambos casos el bien jurídico de la integridad física o la salud de la víctima.

Por último, la pena prevista en el art. 153 del C. Penal no sólo no es superior a la del art. 148.4 , sino que es claramente inferior: un mínimo de seis meses y un máximo de un año de prisión, en el primer caso, y una horquilla punitiva de dos a cinco años de prisión en el segundo.

En consecuencia, no se ha vulnerado el principio acusatorio ni el derecho de defensa, puesto que han sido objeto de condena los elementos fácticos y jurídicos del tipo penal más liviano aplicado y los aspectos controvertidos de su aplicación han sido sometidos a debate.

Se desestima, por tanto, este motivo de impugnación.

TERCERO . Bajo el **ordinal tercero** , y también por el cauce del *art. 849.1º de la LECr .*, se invoca la vulneración del *art. 153.3 del C. Penal* , por no haberse declarado probado que la acción agresora se ejecutara dentro del **domicilio** sino en el portal del inmueble.

En este caso le asiste la razón al recurrente, pues en el relato fáctico no se especifica que la agresión tuviera lugar en el interior del inmueble sino junto a los buzones del portal, por lo que no se trata de una agresión ejecutada dentro del domicilio.

Es cierto que después, en el fundamento de derecho cuarto, se afirma para justificar la aplicación del subtipo agravado que la agresión tuvo lugar en el domicilio común y en presencia de uno de los hijos menores. Sin embargo, esa afirmación, al margen de haber sido plasmada fuera de la premisa fáctica y por lo tanto en un lugar inidóneo de la sentencia, no resulta acorde con la motivación de la prueba que figura en la causa, ya que en los razonamientos probatorios no se fundamenta que la agresión se perpetrara dentro de la vivienda familiar, sino que todo permite entrever que se materializó en el portal del inmueble, junto a los buzones del correo.

Y otro tanto cabe decir con respecto a que estuviera presente uno de los hijos. Ni se especifica en el "*factum*" ni se trae a colación en la fundamentación elemento de convicción alguno que sustente ese dato agravatorio.

Por lo tanto, no cabe aplicar el subtipo agravado del *art. 153.3 del C. Penal* y debe reducirse la pena en la segunda sentencia que se dicte aplicando el tipo básico (*art. 153.1*).

El motivo, por consiguiente, debe prosperar.

CUARTO . En el **motivo cuarto** del recurso, con apoyo en el *art. 849.1º de la LECr .*, se le reprocha a la sentencia de instancia la vulneración del principio acusatorio por haberse aplicado el *art. 89 del C. Penal* para sustituir la pena de privación de libertad por la expulsión del acusado del territorio nacional sin haberlo solicitado el Ministerio Fiscal, ni en el escrito de conclusiones provisionales ni tampoco en el de conclusiones definitivas.

La alegación del recurrente parte de un error de base, puesto que, según consta en el escrito de calificación provisional del Ministerio Fiscal (folio 343 de la causa, apartado quinto), sí solicitó la acusación pública la aplicación del *art. 89 del C. Penal* , petición que mantuvo al elevar en el plenario sus conclusiones a definitivas (folio 73 del rollo de Sala).

Por lo tanto, el argumento esgrimido por el impugnante carece del apoyo fáctico que señala. Es más, en el curso de la vista oral del juicio, y después de haber ya concluido el periodo probatorio, el Presidente del Tribunal, ante la petición de la sustitución punitiva que postulaba el Ministerio Fiscal al amparo del *art. 89 del C. Penal* , formuló varias preguntas al acusado sobre su situación legal en España y acerca del arraigo personal y familiar que tenía. Debe, pues, afirmarse que el tema de la sustitución punitiva incluso fue tratado de forma específica en el plenario, debatiéndose sobre los datos personales del acusado que afectaban a la decisión a adoptar sobre su expulsión.

En cuanto a la cuestión sustantiva de si procedía o no la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión del territorio nacional -aspecto que apenas se trata en el recurso, ya que se centra en la cuestión procesal relacionada con el principio acusatorio-, en la resolución recurrida se argumenta que, aunque tiene dos hijos menores de edad procedentes de la relación con la denunciante, ese es el único dato que arraiga al acusado en este país, pues ni tiene permiso de residencia ni de trabajo. Y como se trata de un delito que conlleva la pena de alejamiento de su esposa y los hijos han resultado perjudicados por la acción delictiva, se acaba concluyendo que procede acceder a la sustitución de la pena de prisión por la expulsión prevista en el *art. 89* .

Por consiguiente, en la sentencia se ha tratado de forma puntual el tema de la situación personal y familiar para resolver sobre la procedencia de la expulsión y se ha llegado a la conclusión de que la vinculación familiar del acusado con la víctima no sólo no es un obstáculo en este caso sino que se trata de un argumento a mayores para legitimar la medida dada la naturaleza del delito cometido, descartándose así la aplicación de una excepción al criterio general que señala la norma sobre la expulsión.

Así las cosas, y una vez que se ha excluido la infracción del principio acusatorio y que la decisión de

fondo aparece debidamente argumentada, sólo nos queda por dirimir si la modificación del *art. 89 por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio*, que entró en vigor el día 23 de diciembre pasado, afecta a la decisión acogida por la sentencia de instancia.

Pues bien, tras examinar la nueva norma se comprueba que su contenido no afecta en este caso a la cuestión de fondo tratada en la sentencia ni tampoco a su aspecto procesal. En efecto, el Tribunal ha escuchado a las partes sobre la procedencia de la medida y también ha motivado la decisión que adoptó. El único extremo del nuevo precepto que podría tener relevancia en el presente caso es el relativo a la extensión del periodo de expulsión. A partir de ahora se fija en una horquilla que comprende desde los cinco a los diez años, atendiendo para individualizarlo a la duración de la pena sustituida y a las circunstancias personales del penado; en cambio, la norma derogada lo establecía imperativamente en los diez años, que fue el periodo impuesto en la sentencia recurrida.

Visto lo anterior, y puesto que la pena a imponer al acusado es inferior a un año y que no cabe tampoco descartar que en un futuro rehaga su situación familiar, se establece como nuevo periodo de duración de la expulsión el límite mínimo que señala el texto legal, es decir, el de cinco años.

Se estima por tanto parcialmente este motivo de impugnación.

QUINTO . A tenor de lo que se expone en los fundamentos precedentes, se estima parcialmente el recurso de casación, con declaración de oficio de las costas de esta instancia (*art. 901 de la LECr*).

III. FALLO

ESTIMAMOS PARCIALMENTE EL RECURSO DE CASACIÓN por infracción de ley interpuesto por la representación de Leoncio contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Cuarta, de fecha 8 de febrero de 2010, que condenó al recurrente como autor de un delito de malos tratos en el ámbito familiar, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, y, en consecuencia, anulamos parcialmente esta 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 firmamosD. Joaquin Gimenez Garcia **D. Francisco Monterde Ferrer D. Luciano Varela Castro D. Alberto Jorge Barreiro D. Enrique Bacigalupo Zapater**

SEGUNDA SENTENCIA

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

El Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 2 de Sevilla, instruyó procedimiento abreviado nº 160-08, por delito de lesiones contra **Leoncio**, indocumentado, nacido en Nigeria (Benin City) el día 10-02-1978, hijo de Moses y de Hannan, y lo remitió a la Audiencia Provincial de Sevilla, cuya Sección Cuarta, dictó sentencia en fecha ocho 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

En virtud de lo argumentado en la sentencia de casación, procede dejar sin efecto la aplicación del subtipo agravado del *art. 151.3 del C. Penal* y aplicar tan solo el tipo básico del *art. 153.1*. Por lo cual, se reduce la pena de prisión establecida en la condena impugnada. Para fijar la nueva pena se pondera la gravedad del hecho, notable en este caso a tenor de la forma en que se produjo la agresión y la entidad del resultado lesivo, encuadrable en el límite del delito de lesiones. Siendo así, se fija una pena de ocho meses de prisión, que se ubica en la mitad inferior pero sin cuantificarla en el límite mínimo.

Y en cuanto a la duración de la medida de expulsión del territorio nacional, tal como ya se anticipó, se determina ahora en cinco años.

III. FALLO

Condenamos a Leoncio como autor de un delito de maltrato familiar, en su modalidad básica, a la pena de **ocho meses de prisión**, pena que se sustituye por la **expulsión del territorio nacional por un periodo de cinco años**. Se mantiene la pena accesoria y las prohibiciones acordadas en la sentencia de instancia, así como el resto de los pronunciamientos del fallo condenatorio 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. Joaquin Gimenez Garcia D. Francisco Monterde Ferrer D. Luciano Varela Castro D. Alberto Jorge Barreiro D. Enrique Bacigalupo Zapater

PUBLICACIÓN .- Leidas 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.