

Roj: SAP MU 1459/2011
Id Cendoj: 30030370032011100283
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Murcia
Sección: 3
Nº de Recurso: 34/2011
Nº de Resolución: 126/2011
Procedimiento: PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO
Ponente: JUAN DEL OLMO GALVEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3

MURCIA

SENTENCIA: 00126/2011

Ilmos. Sres.:

Doña María Jover Carrión

Presidenta

Don Juan del Olmo Gálvez

Don Juan Miguel Ruiz Hernández

Magistrados

SENTENCIA Nº 126/2011

En la Ciudad de Murcia, a diecisiete de junio dos mil once.

Vista, en grado de apelación, por la Sección Tercera de esta Audiencia Provincial la causa procedente del Juzgado de lo Penal Nº 2 de Cartagena, seguida ante el mismo como Procedimiento Abreviado Nº 40/2010 , por delito de amenazas en el ámbito familiar contra **Florentino** , como parte apelante, representado por el Procurador de Cartagena D. Félix Méndez Llamas y defendido por el Letrado D. Santiago Castillo Parrilla, y apelado el Ministerio Fiscal.

Remitidas a la Audiencia Provincial las actuaciones, se formó por esta Sección Tercera el oportuno Rollo con el Nº 34/2011 (el 4 de mayo de 2011), señalándose el día 14 de junio de 2011 para su deliberación y votación, quedando pendiente de resolución.

Es Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. Don Juan del Olmo Gálvez, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El Juzgado de lo Penal Nº 2 de Cartagena dictó sentencia en fecha 8 de junio de 2010 , estableciendo como probados los siguientes Hechos:

"1- El acusado es Florentino , mayor de edad en cuanto nacido el 9 de julio de 1969, con documento nacional de identidad NUM000 , con antecedentes penales computables a efectos de reincidencia, en cuanto que fue condenado por sentencia firme y ejecutoria de fecha 22 de enero de 2009 , a las penas de treinta y un días de trabajos en beneficio de la comunidad, dos años de privación del derecho a la tenencia y porte de armas y prohibición de aproximación al (sic) menos de 500 m a su esposa doña Virtudes por un periodo de un año y prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio durante el periodo de un año,

como autor responsable de un delito de malos tratos en el ámbito familiar.

En la misma causa fue condenado a las mismas como autor responsable de un delito de amenazas en el ámbito familiar.

2- El acusado se trasladó el día 20 de enero del año 2009 a residir en la localidad de Hinojosa de Calatrava, provincia de Ciudad Real, y el día 14 de septiembre del año 2009, cuando se hallaba molesto por el ingreso psiquiátrico involuntario que se llevó a cabo con el hijo menor del matrimonio, efectuó una llamada al teléfono móvil de su hijo Don Arsenio . No consta acreditado que don Arsenio tuviese conocimiento de si el acusado (sic) se hallara en el domicilio de doña Virtudes .

El acusado manifestó a su hijo que le dijera a su madre que como la justicia no hacía nada se la iba a tomar por su mano, que la vería en el cementerio, en una caja de pino, y que saldría por la televisión, que lo juraba por el sol.

3- El día 15 de septiembre, el acusado realizó otra llamada de teléfono móvil del (sic) su hijo Arsenio y le manifestó en relación a doña Virtudes qué pasaría un día o dos (sic) , que el día del juicio no iba a llegar, lo que fue oído por esta última, puesto que el teléfono móvil habría sido puesto en modo manos libres".

SEGUNDO: Consecuencia de ello, la expresada resolución pronunció el siguiente FALLO:

"1- Condeno al acusado Florentino , como autor responsable de un delito de amenazas en el ámbito familiar en la modalidad continuada, previsto y penado en los artículos 171.4 y 74 del código penal , con la agravante de reincidencia del artículo 22.8 a la pena de un año de prisión con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de cumplimiento de la condena.

2- Igualmente le condeno a la pena de prohibición de aproximación al (sic) menos de 300 m y de comunicación por cualquier medio con doña Virtudes por un periodo de cinco años. Costas."

TERCERO: Contra la anterior sentencia se interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación por la representación procesal del acusado en escrito registrado el 12 de julio de 2010, en el que tras realizar un prolegómeno de índole familiar, lo fundamentaba en síntesis en error en la valoración de la prueba practicada, señalando las que aprecia contradicciones entre lo manifestado por los testigos en la Guardia Civil, y las vertidas después en el juicio oral, que además no se corresponden con lo manifestado por su defendido, además de que han debido ponderarse críticamente las vinculaciones de parentesco de los testigos y las malas relaciones de éstos con su defendido. Pasa a exponer las exigencias jurisprudenciales para analizar el testimonio incriminatorio, considerando que no concurrirían en este caso. Considera finalmente que de estimarse existentes las amenazas, las mismas deberían encajar en el *artículo 620.2 del Código Penal* y ser calificadas como falta. Subsidiariamente interesa que la pena no lo sea de prisión, sino de trabajos en beneficio de la comunidad.

Interesando la revocación de la sentencia de instancia en el sentido de que se absuelva a su defendido, y, en su caso, se estime algunas de las peticiones subsidiarias formuladas.

CUARTO: Admitido el recurso, y tras la oportuna tramitación, el Ministerio Fiscal, en dictamen fechado el 23 de noviembre de 2010, interesa la confirmación de la sentencia de instancia, procediendo así la desestimación del recurso de apelación, y señalando que dicha representación del Ministerio Fiscal entiende que las expresiones proferidas lo fueron en un contexto de violencia de género, como se deduce por la conexión de las mismas con el deseo del recurrente de controlar las decisiones de su excónyuge, incluso después de haber finalizado la relación.

HECHOS PROBADOS

ÚNICO: Se aceptan los Hechos declarados probados que se contienen en la sentencia apelada, que se dan por reproducidos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: La parte apelante, disconforme con el pronunciamiento judicial de la sentencia de instancia, interesa su revocación en esta alzada, al considerar, tras realizar un prolegómeno de índole familiar, que el Juzgador de instancia ha incurrido en error en la valoración de la prueba practicada, señalando las que aprecia contradicciones entre lo manifestado por los testigos en la Guardia Civil y las vertidas después en el juicio oral, que no se corresponderían con lo manifestado por su defendido. Refiere

que las manifestaciones inculpatorias han debido ponderarse críticamente, dadas las vinculaciones de parentesco de los testigos y las malas relaciones de éstos con su defendido. Expone las exigencias jurisprudenciales para analizar el testimonio inculpativo, considerando que no concurrirían en este caso. Y considera finalmente que de estimarse existentes las amenazas, las mismas deberían encajar en el artículo 620.2 del Código Penal y ser calificadas como falta; subsidiariamente interesa que la pena no lo sea de prisión, sino de trabajos en beneficio de la comunidad.

SEGUNDO: En cuanto a los hechos sucedidos la prueba practicada es personal (además de plural, divergente en su contenido - versión del acusado y versión sostenida por la acusada, por un hijo del matrimonio y por la madre/abuela- y con una relevante carga emocional y de subjetividad en todos los testimonios -dada la degradación de la relación en las relaciones familiares-), realidad que no ha sido obviada por el Juzgador de instancia (al apreciarla de modo inmediato y evidente, tal y como se colige de lo recogido en las actuaciones y del desarrollo del juicio oral -en los términos documentados con la grabación audiovisual-), quien ha ponderado la consistencia, credibilidad, fiabilidad y verosimilitud de los testimonios, llegando a la conclusión expuesta en su sentencia, atendiendo no sólo a las manifestaciones inculpatorias de los tres testigos, sino al reconocimiento de las conversaciones mantenidas por parte del propio acusado (quien ha admitido esas llamadas, aunque encuadrándolas en su interés por conocer el estado de su hijo menor ingresado en el Hospital Naval de Cartagena, y señalando que pudo estar alterado anímicamente, aunque negando el contenido amenazador estimado por el Juez *a quo*).

En consecuencia, el alegato referido en el recurso a que no se habría acreditado la realidad de las llamadas, y desde qué teléfono se habrían efectuado, es inconsistente, por cuanto el acusado las admite y la voz de un familiar, además del contenido de su mensaje, le identifica sin ningún género de duda racional alguna.

Por lo tanto, el análisis lo ha efectuado el Juez *a quo* atendiendo a la inmediación y oralidad que le concede su posición enjuiciadora, que no puede ser sustituida por la Sala en su labor de revisión, pero que no veda al Tribunal *ad quem* analizar el discurso de racionalidad de la valoración probatoria realizada por el Juzgador de instancia, y controlar los medios de prueba en que se asienta (especialmente facilitado en este caso ante la grabación audio-visual del juicio oral, sin que ello implique sustituir la inmediación judicial).

No puede obviarse, insiste la Sala, que es el Juzgador de instancia quien cuenta con las ventajas de la inmediación: ve y oye directamente a quien vierte las manifestaciones, percibiendo lo que dice y cómo lo dice, y tiene la posibilidad de valorar en su exacta dimensión sus gestos, palabras concretas y actitudes adoptadas, por lo que su juicio valorativo y axiológico debe ser respetado, incluida la faceta de la credibilidad de los testimonios (salvo que se aprecie incoherencia, irracionalidad o falta de sustento de la valoración efectuada por la Juzgadora atendiendo a los extremos en que se funda o a las argumentaciones expuestas en su sentencia -lo que en este supuesto no cabe apreciar, dada la valoración probatoria vertida en la sentencia-).

En este sentido el Juez *a quo* ha realizado una rigurosa valoración de los testimonios inculpativos (concordes en su realidad y contenido en las manifestaciones que todos los testigos han reseñado en la vista oral, en cuanto a los extremos relevantes, sin que las matizaciones referidas por el recurrente en su escrito de recurso debiliten la fuerza persuasiva de esos testimonios convergentes -el propio Juzgador así lo refiere, especialmente en cuanto al testimonio del hijo del matrimonio-), diferenciando los extremos relativos a las dos amenazas vertidas telefónicamente, por cuanto en la primera sólo estuvo presente el hijo como oyente (sin perjuicio que se la comunicara de modo inmediato a su madre, para evitarle riesgos), mientras que en la segunda estaban presentes los tres testigos (tal y como han referido en la vista oral).

En consecuencia, el Juzgador de instancia, en contacto directo con las fuentes de prueba (inmediación), y percibiendo la totalidad de lo manifestado y expresado por quienes han comparecido a la vista oral, ha alcanzado una conclusión razonable, racional y adecuadamente argumentada, sin que la Sala aprecie irracionalidad o defecto en esa forma de razonar, por lo que la versión valorativa que el recurrente intenta introducir con su recurso, no ha sido ajena a la actividad enjuiciadora del Juzgador de instancia (que plenamente la ha tenido en cuenta, con la peculiaridad de atender la ponderación judicial a un análisis de racionalidad y razonabilidad de cuantos extremos ha considerado relevantes, y enmarcado todo ello en su posición imparcial y objetiva). Por lo tanto, la valoración del recurrente no debilita, y mucho menos puede sustituir, a la expuesta por el Juez *a quo* en su sentencia.

La grabación audio-visual del juicio oral permite a la Sala apreciar la fundada valoración que el Juzgador ha efectuado de la prueba personal ante él practicada, sin que quepa realizar ninguna salvedad u objeción.

En consecuencia, existiendo prueba suficiente, plural, de matiz incriminatorio, legítima, y válidamente introducida en el proceso, decae el principio de presunción de inocencia del que goza el acusado, por lo que procede desestimar el recurso de apelación interpuesto sobre este extremo.

No obstante lo anterior, lo que sí aprecia la Sala del tenor de la sentencia, tanto en su relato fáctico como en su fundamentación jurídica, es que el comportamiento del acusado no atendió a un menosprecio a la condición de mujer de la víctima, ni supuso una exteriorización de mensaje verbal de imposición de la voluntad del acusado sobre la mujer, considerando el modo en que se desarrollaron los acontecimientos y han quedado plasmados en la sentencia recurrida.

Esa realidad, en cuanto a su repercusión jurídica, será analizada en el Fundamento de Derecho siguiente.

TERCERO: Considerando lo expuesto y el tenor de la sentencia dictada, tanto en el apartado del relato fáctico como en la fundamentación jurídica, procede la Sala a analizar, considerando que la apelación, como recurso pleno (" *otorga plenas facultades al Juez o Tribunal ad quem para resolver cuantas cuestiones se le planteasen, sean de hecho o de derecho, por tratarse de un recurso ordinario que permite un novum iudicium* " - STC de 29 de noviembre de 1990 y de 27 de febrero de 2003), el ajuste del tipo penal del *artículo 171.4 del Código Penal* al relato de Hechos de la sentencia de instancia.

La realidad fáctica acreditada y que procede mantener es la plasmada en el relato de Hechos Probados, y en ella no se reseña que el acusado vertiese alguna expresión que proyectase desprecio o menosprecio a la dignidad de la mujer o fuera expresivo de una posición de dominio o exigente de sumisión, antes al contrario, las dos conversaciones reseñadas en el relato de Hechos Probados de la sentencia de instancia no expresan comentario o expresión alguno en tal sentido, ni en la Fundamentación Jurídica de la sentencia se explicita razón que haga pensar en esa posición de dominio o de control sugerida por el Ministerio Fiscal en su dictamen impugnatorio.

Incluso procede señalar que la expresión "**zorra**" utilizada en el escrito de recurso, escuchada la grabación de la vista oral, no se utilizó por el acusado en términos de menosprecio o insulto, sino como descripción de un animal que debe actuar con especial precaución, a fin de detectar riesgos contra el mismo.

Las circunstancias antedichas llevan a la Sala, desde el punto de vista de la tipificación penal, a efectuar una nueva valoración penal, como a continuación se expone, situando el contexto digno de ponderación en el encuadre que ha introducido la Jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo sobre la denominada "violencia de género", comprensiva tanto del maltrato físico como de las amenazas en el ámbito familiar.

Se plantea en esta caso la cuestión ya suscitada ante esa Sala, y resuelta en diversas sentencias de la misma (entre otras, Sentencias de 26 de marzo de 2010 -Pte. Morales Limia -, de 27 de marzo de 2010 -Pte. del Olmo Gálvez -, de 13 de abril de 2010 -Pte. Jover Carrión -, de 16 de julio de 2010 , de 1 de octubre de 2010 , de 30 de diciembre de 2010 , y, entre las últimas, de 31 de enero de 2011 , de 9 de febrero de 2011 , de 4 de marzo de 2011 y de 4 de mayo de 2011 -Pte. del Olmo Gálvez-), donde se ha llegado, según los casos, a la exclusión de los delitos del *artículo 153.1 y 171.4 del Código Penal* y a la condena por la respectiva falta de lesiones, en el primer caso, y falta de amenazas, en el segundo supuesto (y que en este caso quedaría limitado a este último supuesto de amenazas vertidas telefónicamente).

No puede olvidarse que una vez resuelta la constitucionalidad de los preceptos penales, las exigencias relativas a los elementos objetivos y subjetivos que configuran los delitos de género son cuestiones de legalidad ordinaria, cuya interpretación corresponde a los Órganos Jurisdiccionales enjuiciadores, y, en última instancia, al Tribunal Supremo (salvo en los casos de irracionalidad de la interpretación, en cuyo caso podrían ser controlables por el Tribunal Constitucional).

En este sentido, y sin soslayar la controversia jurídica suscitada en los criterios de aplicación de las Audiencias Provinciales relativos a estos tipos penales (fundamentalmente el *artículo 153.1 del Código Penal*), no cabe obviar que la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha conocido ya diversos recursos de casación sobre la materia, en los que aunque con proyección también de la controversia jurídica (como después se señalará), parece haber establecido un criterio jurídico reiterado y de continuidad en tres de sus sentencias, la última conocida la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2009 (Pte. Ramos Gancedo).

En esta Sentencia se recoge en su Fundamento de Derecho Tercero: *La razón de ser y el origen del actualmente vigente art. 153 C.P . se encuentra, efectivamente, en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que modificó el precepto penal precisamente como una de las medidas encaminadas a luchar para erradicar el maltrato del hombre a la mujer en el marco de su relación conyugal o análoga, actual o pretérita, y que -como establece el art. 1.1 de la misma-, tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges.....".*

Es importante subrayar que todas las disposiciones adoptadas por el legislador -entre ellas la modificación del art. 153 C.P .- tienen como fundamento y como marco de su desenvolvimiento, lo que el legislador ha denominado violencia de género, considerando el mayor desvalor de esta violencia en tanto que afecta a la igualdad, a la libertad, a la dignidad y a la seguridad de las mujeres en el ámbito de las relaciones de pareja, ".... porque el autor inserta su conducta en una pauta cultural generadora de gravísimos daños a sus víctimas y porque dota así a su acción de una violencia mucho mayor que la que su acto objetivamente expresa" (STC nº 45/2009, de 19 de febrero), produciendo un efecto negativo añadido a los propios usos de la violencia en otro contexto (STC nº 95/2008, de 24 de julio). Y es en esta misma resolución del Alto Tribunal donde se reitera que el ámbito donde la L.O. 1/2004, de 28 de diciembre y las medidas que en ella se adoptan, es el de la violencia de género al señalar que "la diferencia normativa la sustenta el legislador en su voluntad de sancionar más unas agresiones que entiende que son más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en el que se producen, y a partir también de que tales conductas no son otra cosa que el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias para quien de un modo constitucionalmente intolerable ostenta una posición subordinada".

*Queda claro, de este modo, que **no toda acción de violencia física en el seno de la pareja del que resulte lesión leve para la mujer, debe considerarse necesaria y automáticamente como la violencia de género que castiga el nuevo art. 153 C.P . , (...), sino sólo y exclusivamente -y ello por imperativo legal establecido en el art. 1.1 de esa Ley - cuando el hecho sea "manifestación de la discriminación, de la situación de desigualdad y de las relaciones de poder del hombre sobre la mujer**".*

Cabe admitir que aunque estadísticamente pueda entenderse que ésta es la realidad más frecuente, ello no implica excluir toda excepción, como cuando la acción agresiva no tiene connotaciones con la subcultura machista, es decir, cuando la conducta del varón no es expresión de una voluntad de sojuzgar a la pareja o de establecer o mantener una situación de dominación sobre la mujer colocando a ésta en un rol de inferioridad y subordinación en la relación con grave quebranto de su derecho a la igualdad, a la libertad y al respeto debido como ser humano en sus relaciones sentimentales.

*(...) acreditar las circunstancias concurrentes al realizar la conducta típica, así como el **"animus" que impulsaba la acción, pues estamos ante un delito eminentemente doloso en el que - (...) - la conducta típica debe ser manifestación de la discriminación, desigualdad, dominación y sometimiento que el sujeto activo impone sobre el sujeto pasivo, según el principio rector que informa la Ley Orgánica de la que emana el tipo delictivo.***

*Paralelamente, el Juez o Tribunal se encuentra en la misma obligación (...), valorando la prueba practicada al efecto y **verificando si concurren o no los elementos que configuran el delito.** - (El resaltado en negrita es de la Sala)-.*

*El criterio aquí recogido atendía a una anterior Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2008 (Pte. Sánchez Melgar), en la que se plasmaba literalmente lo siguiente: *La Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, 1/2004, de 28 de diciembre , contiene un Título V, bajo la rúbrica de la "Tutela Judicial", que entró en vigor el día 29 de junio de 2005.**

Para su delimitación, debemos acudir al art.1º (objeto de la ley), en cuyo apartado primero se lee lo siguiente: "la presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia".

Ha de concurrir, pues, una intencionalidad en el actuar del sujeto activo del delito, que se puede condensar en la expresión actuar en posición de dominio del hombre frente a la mujer para que el hecho merezca la consideración de violencia de género , y en consecuencia, la atribución

competencial de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

Un primer acotamiento ya resulta del contenido del art. 1.3 de la LOMPIVG , en estos términos: "la violencia de género a que se refiere la presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad".

No cabe duda alguna que los hechos que pretende el Ministerio Fiscal sean incluidos como de violencia de género, lo son, de acuerdo con estas precisiones legales. **La situación de dominio exigible en tales situaciones** , está, sin duda, íntimamente relacionada con los motivos que ocasionan el conflicto, la discusión o la agresión. - (El resaltado en negrita es de la Sala)-.

En la línea de dicho criterio jurídico cabe señalar la Sentencia de la Sala de lo Penal del Cargando documento.....

Tribunal Supremo de 8 de junio de 2009 (Ponente: Puerta Luis), que en su Fundamento de Derecho Segundo señala: *En relación con la doctrina establecida por el TS en la sentencia nº 58/2008, de 25 de enero , dice el Ministerio Fiscal que "siguiendo la doctrina anterior, es evidente que el motivo de la discusión que desemboca en la agresión es determinante, en cada caso concreto, para elevar simples faltas a un delito del art. 153 CP , dado que aquél puede reflejar la inadmisibles posición dominante y opresora del hombre sobre la mujer". (...).*

Para pronunciarnos sobre la cuestión planteada en este motivo, hemos de tener en cuenta que, conforme se establece en el artículo 3.1 del Código Civil , "las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas", y que , "las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas" (art. 4.2 C. Civil). En definitiva, pues, la interpretación de la ley penal debe ser estricta, sin que pueda ser aplicada, en ningún caso, con criterios de analogía "in malam partem", lo cual no es óbice, sin embargo, según reiterada jurisprudencia, para que, en el ámbito penal, quepa la analogía "in bonam partem" y sea posible la aplicación del principio "favor rei".

En este sentido, hemos de reconocer que el criterio teleológico de interpretación de la norma penal constituye, sin la menor duda, uno de los criterios comúnmente aceptados por la doctrina científica y por la jurisprudencia; y, en este sentido, cobra especial significación lo que el legislador dice, en la exposición de motivos de la L.O. 1/2004, de 28 de diciembre , de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, es decir, que ésta constituye "uno de los ataques más flagrantes a derechos fundamentales como la libertad, la igualdad, la vida, la seguridad y la no discriminación proclamados en nuestra Constitución", por lo que, "en su título IV, la Ley introduce normas de naturaleza penal, mediante las que se pretende incluir, dentro de los tipos agravados de lesiones, uno específico que incremente la sanción penal cuando la lesión se produzca contra quien sea o haya sido la esposa del autor, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia. También se castigarán como delito las coacciones leves y las amenazas de cualquier clase cometidas contra las mujeres mencionadas con anterioridad", añadiendo que "para la ciudadanía, para los colectivos de mujeres y específicamente para aquellas que sufren este tipo de agresiones, la Ley quiere dar una respuesta firme y contundente y mostrar firmeza plasmándolas en tipos penales específicos". (...).

(...) el hecho enjuiciado en la STS 58/2008, de 23 de enero , especialmente citada por el Ministerio Fiscal en su recurso, se refiere a un supuesto radicalmente distinto del que es objeto del presente recurso, por cuanto se trataba de un caso en el que el hombre había prohibido a la mujer salir a la calle con un determinado pantalón y ella se había negado a mantener relaciones sexuales con su compañero, por lo que **la conducta de éste constituye, sin la menor duda, una manifestación clara de "superioridad machista", en cuanto denota una pretensión de dominio del hombre frente a la mujer y por tanto, este tipo de conductas encajan perfectamente en el tipo penal aquí cuestionado** . - (El resaltado en negrita es de la Sala)-.

La Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 59/2008, de 14 de mayo (Pte. Sala Sánchez), a fin de salvar la constitucionalidad del precepto cuestionado introdujo una amplia argumentación, de la que cabe extraer un apoyo a la interpretación sostenida en las tres sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo antedichas. Dice así dicha Sentencia 59/2008 : **7.** (...) *a la vista del tipo de conductas incriminadas en el art. 153.1 CP y de las razones de su tipificación por el legislador, sustentadas en su mayor desvalor en comparación con las conductas descritas en el art. 153.2 CP , no constituye el del sexo de los sujetos activo*

y pasivo un factor exclusivo o determinante de los tratamientos diferenciados, (...). La diferenciación normativa la sustenta el legislador en su voluntad de sancionar más unas agresiones que entiende que son más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en el que se producen y a partir también de que tales conductas no son otra cosa, como a continuación se razonará, que el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias para quien de un modo constitucionalmente intolerable ostenta una posición subordinada. (...)

9. La razonabilidad de la diferenciación normativa cuestionada -la que se produce entre los arts. 153.1 y 153.2 CP - no sólo requiere justificar la legitimidad de su finalidad, sino también su adecuación a la misma. No sólo hace falta que la norma persiga una mayor protección de la mujer en un determinado ámbito relacional por el mayor desvalor y la mayor gravedad de los actos de agresión que, considerados en el primero de los preceptos citados, la puedan menospreciar en su dignidad, sino que es igualmente necesario que la citada norma penal se revele como funcional a tal fin frente a una alternativa no diferenciadora. (...).

a) (...) una primera razón justificativa en la mayor necesidad objetiva de protección de determinados bienes de las mujeres en relación con determinadas conductas delictivas. (...).

No resulta reprochable el entendimiento legislativo referente a que una agresión supone un daño mayor en la víctima cuando el agresor actúa conforme a una pauta cultural -la desigualdad en el ámbito de la pareja- generadora de gravísimos daños a sus víctimas y dota así consciente y objetivamente a su comportamiento de un efecto añadido a los propios del uso de la violencia en otro contexto. (...).

c) Como el término "género" que titula la Ley y que se utiliza en su articulado pretende comunicar, no se trata una discriminación por razón de sexo. No es el sexo en sí de los sujetos activo y pasivo lo que el legislador toma en consideración con efectos agravatorios, sino -una vez más importa resaltarlo- el carácter especialmente lesivo de ciertos hechos a partir del ámbito relacional en el que se producen y del significado objetivo que adquieren como manifestación de una grave y arraigada desigualdad. La sanción no se impone por razón del sexo del sujeto activo ni de la víctima ni por razones vinculadas a su propia biología. Se trata de la sanción mayor de hechos más graves, que el legislador considera razonablemente que lo son por constituir una manifestación específicamente lesiva de violencia y de desigualdad. (...).

11. (...).

Que en los casos cuestionados que tipifica el art. 153.1 CP el legislador haya apreciado razonablemente un desvalor añadido, porque el autor inserta su conducta en una pauta cultural generadora de gravísimos daños a sus víctimas y porque dota así a su acción de una violencia mucho mayor que la que su acto objetivamente expresa, no comporta que se esté sancionando al sujeto activo de la conducta por las agresiones cometidas por otros cónyuges varones, sino por el especial desvalor de su propia y personal conducta: por la consciente inserción de aquélla en una concreta estructura social a la que, además, él mismo, y solo él, coadyuva con su violenta acción . - (El resaltado en negrita es de la Sala)-.

Esa "consciente inserción" sólo puede ser manifestación directa del principio de culpabilidad personal y atender a la proyección en el concreto comportamiento del acusado varón de esa posición de dominio o manifestación de poder o pauta cultural de especial lesividad y desigualdad mencionadas.

Por el contrario, y frente a esa línea jurisprudencial reiterada y exigente de una acreditación de la "situación de dominación o de desigualdad" como factor determinante de la aplicación de los tipos penales de "violencia de género", en otra Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, y en el Voto particular formulado por el Magistrado Sr. Sánchez Melgar a la Sentencia de 24 de noviembre de 2009 , se defiende una interpretación distinta del precepto controvertido (el artículo 153.1 del Código Penal), aunque con matizaciones.

La Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 2009 (Pte. Marchena Gómez) señalaba: *Conforme a la literalidad del art. 153.1 del CP , aplicado por la Sala de instancia, parece fuera de dudas que golpear a la persona con la que se mantiene una relación de afectividad en el hombro y en la región lumbar, produciendo un hematoma en la cara anterior del hombro derecho, integra el delito allí descrito. Ese golpe, más allá de su efectiva gravedad para la integridad física de la mujer maltratada, se produce en un contexto convivencial de degradación de los principios y valores que han de regir la relación personal, aspectos que el precepto aplicado pretende tutelar penalmente y cuya constitucionalidad ha sido ya avalada (cfr. ATC 233/2004, 7 de junio y STC 100/2008, 24 de julio y demás resoluciones dictadas en la misma fecha por el Pleno del Tribunal Constitucional sobre las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas referidas al art. 153 del CP .*

Y el voto particular mencionado a la Sentencia de 24 de noviembre de 2009 indicaba: Aunque estoy de acuerdo en interpretar este *precepto de conformidad con los postulados de la antedicha Ley Orgánica 1/2004*, y entre ellos, entender la violencia de género como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, cuando se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean, o hayan sido, sus cónyuges o de quienes estén o han estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aún sin convivencia, no es menos cierto que tal Ley, igualmente determina que la violencia de género comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones sexuales, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad.

Ciertamente, al redactar el precepto comentado, el legislador, por las razones que sean, no ha trasladado esas manifestaciones de desigualdad, discriminación o relaciones de poder al propio tipo penal, de tal modo que únicamente se requiere causar, entre otros resultados, una lesión, no definida como delito en el Código penal para que adquiera esta consideración delictiva, cuando la ofendida sea o haya sido la esposa, que es el caso enjuiciado. Que aquí se ha causado una lesión de esas características, está fuera de toda duda, porque la sentencia recurrida precisamente condena al acusado como autor de una falta definida en el *art. 617.1 del Código penal*. (...)

(...) sobre el presupuesto de falta de desigualdad entre los cónyuges, que es la causa de no aplicación del tipo incluido en el *art. 153.1 del Código penal*, se razona en la sentencia recurrida, y se acepta por la nuestra, que lo es "en aquellos casos - como en éste- en que se demuestre que las circunstancias en que se desarrollaron los hechos fueron otras, como ocurre, por ejemplo, en los supuestos de maltrato o agresiones mutuos y de análogo alcance y consideración entre los dos miembros de la pareja, que excluyen la presencia de esa relación de dominación-subordinación".

Esta Sala de alzada, pese a esa doctrina discrepante, considera amparada constitucional y jurisprudencialmente la exigencia de acreditación de la reiterada situación de desigualdad o de dominio de la mujer en la relación de pareja para la aplicación del *artículo 153.1 del Código Penal*, así como del *artículo 171.4 del Código Penal*, en atención a las sentencias mencionadas.

En este sentido reflejar lo recogido en la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 59/2008 : **7**. (...) *a la vista del tipo de conductas incriminadas en el art. 153.1 CP y de las razones de su tipificación por el legislador, sustentadas en su mayor desvalor en comparación con las conductas descritas en el art. 153.2 CP, no constituye el del sexo de los sujetos activo y pasivo un factor exclusivo o determinante de los tratamientos diferenciados*, (...). *La diferenciación normativa la sustenta el legislador en su voluntad de sancionar más unas agresiones que entiende que son más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en el que se producen y a partir también de que tales conductas no son otra cosa, como a continuación se razonará, que el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias para quien de un modo constitucionalmente intolerable ostenta una posición subordinada* .- (El resaltado en negrita es de la Sala)-.

En el caso enjuiciado en la instancia, atendiendo a los extremos consignados en el relato de Hechos Probados de la sentencia recurrida, no se trasluce ninguna de las exigencias que una conducta como la desarrollada por el acusado y objeto de condena justificaría la razón de agravación legal, por cuanto no constan actuaciones verbales (las únicas que en el contexto de enjuiciamiento podrían haberse producido) que proyecten razones de desigualdad o de menosprecio a la dignidad de la mujer en el comportamiento del acusado en las amenazas vertidas.

En consecuencia, al no acreditarse esa premisa aplicativa de la normativa especializada procede excluir el reproche penal tipificado en el *artículo 171.4 del Código Penal*, y considerar el reproche penal genérico correspondiente atendiendo a las leves amenazas vertidas: falta continuada de amenazas.

CUARTO: En atención a lo expuesto, ante las leves amenazas proferidas según el relato de Hechos Probados, procede apreciar que nos encontramos ante una falta de amenazas continuada del *artículo 620.2º*, en relación con el *artículo 74, del Código Penal* (los que causen a otro una amenaza de carácter leve, tratándose la persona ofendida la mujer del acusado, serán castigados con la pena de localización permanente de 4 a 8 días o de 5 a 10 días de trabajos en beneficio de la comunidad), que en modo alguno vulnera el principio acusatorio, por cuanto se trata de idéntico sustrato fáctico, atiende al mismo medio comisivo, existe un bien jurídico simple (la tranquilidad psíquica de la mujer) que estaba comprendido o absorbido por la pluralidad de bienes jurídicos que salvaguardaba el *artículo 171.4 del Código Penal*, y supone una relevante disminución del grado de reproche penal (pena más leve de modo ostensible).

En atención a los extremos que resultan inamovibles de la sentencia de instancia, y considerando la descripción de las conductas y el contexto en que se producen los hechos, en atención al *artículo 638 del Código Penal* procede imponer la pena de localización permanente, en consonancia con el grado de reproche punitivo derivado de un comportamiento que aunque leve, ha sido plural, con una especial capacidad de persistencia en la voluntad de atentar contra la tranquilidad psíquica de la esposa por parte del acusado. En orden a la extensión de la pena, la misma atendiendo a esos mismos factores (y aunque no procede estimar la *agravante de reincidencia del artículo 22.8ª del Código Penal* , pero sí valorar la existencia de ese antecedente penal), procede que sea impuesta en su extensión máxima, de ahí que se imponga, en la extensión de 8 días de localización permanente.

Considerando las circunstancias del caso, la Sala aprecia justificado atender a la previsión legal contemplada en el *artículo 57.3* , en relación con el *artículo 48 del Código Penal* (lo que tampoco vulneraría el principio acusatorio, habida cuenta que el Ministerio Fiscal y la Acusación Particular solicitaron en su momento una medida de esas características y así lo adoptó el Juzgado en su sentencia de instancia), en una extensión temporal de seis meses (siendo el máximo legal de la previsión contemplada, pero justificada ampliamente atendiendo al comportamiento del acusado, con desprecio evidente a la tranquilidad psíquica de la esposa, debiendo adoptarse una medida que asegure el núcleo de seguridad psíquica de la víctima frente a futuros comportamientos del acusado respecto a la misma).

En orden a las costas, corresponde su imposición al acusado condenado en los términos de la sentencia de instancia, aunque lo sea por falta.

QUINTO: Procede, en consecuencia, la estimación parcial del presente recurso y la revocación de la sentencia apelada en los términos antedichos, con declaración de oficio de las costas de esta alzada conforme a lo dispuesto en los *artículos 239 y 240-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal* .

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que con estimación parcial del recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de **Florentino** contra la sentencia dictada el 8 de junio de 2010 por el Juzgado de lo Penal Nº 2 de Cartagena, en Procedimiento Abreviado Nº 40/2010 -Rollo Nº 34/2011-, DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS dicha resolución, dejándola sin efecto, en el sentido de absolver al acusado **Florentino** del delito continuado de amenazas leves en el ámbito familiar, y condenando a **Florentino** como autor responsable criminalmente de una falta continuada de amenazas leves, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 8 días de localización permanente y a la prohibición de aproximación de Florentino a la persona de Virtudes , al domicilio en el que resida ésta, lugar de trabajo o lugares frecuentados por ella, en una distancia inferior a 300 metros, así como la prohibición de comunicarse por cualquier medio con Virtudes , todo ello por tiempo de seis meses; y al pago de las costas causadas en la instancia.

Se declaran de oficio las costas de esta alzada.

Contra esta sentencia no cabe recurso alguno.

Devuélvase la causa al Juzgado de procedencia con certificación de la presente resolución.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.