

Sección nº 26 de la Audiencia Provincial de Madrid

C/ Santiago de Compostela, 96 - 28071

Teléfono: 914934479/80

Fax: 914934482

N.I.G.: XX.XXXX.XX.X-2014/XXXXXX

ROLLO DE APELACION XXXX/14

PROCEDENTE DE JUZGADO PENAL Nº 33 DE MADRID

JUICIO ORAL XXX/13

SENTENCIA Nº 861 /2014

Ilmo/as Sres/as.

En Madrid a XX de diciembre de 2014

VISTOS en segunda instancia, por la sección Veintiséis de la Audiencia Provincial de Madrid, los presentes autos de Juicio Oral XXX/13, procedentes del Juzgado Penal nº 33 de Madrid, por presuntos delitos de coacciones y maltrato en el ámbito familiar, contra XXX, representado por la procuradora D.ª XXXX, y defendido por el letrado D. XXXX.

Ha comparecido el Ministerio Fiscal en el ejercicio de la acusación pública.

Ha ejercitado la acusación particular XXXX, representada por la procuradora D.ª. XXXX, y asistida por el letrado D. XXXXX.

Expresa el parecer de la Sala como ponente D.ª XXXX

ANTECEDENTES

PRIMERO

Por el Juzgado Penal, se dictó sentencia con fecha XX de junio de 2014, con los siguientes hechos probados: "Resulta probado y así, terminantemente y expresamente se declara que Don XXX, mayor de edad y sin antecedentes penales, mantuvo una relación sentimental con Doña XXX, la cual finalizó en abril de 2012, momento a partir del cual le envió numerosos mensajes a través de la aplicación whatsapp, en concreto 332, entre los días 9 y 15 de agosto. A los cuales Doña XXXX no respondió; en mayo de 2012, se encontró en el metro con Doña XXX y una amiga y quiso llevarse a Doña XXX en actitud agresiva, negándose está a ello; en julio de 2012 se personó en el domicilio de una amiga de Doña XXX, a fin de que XXX se fuera con él y ante su negativa y con el

mismo propósito la sujetó por los brazos, impidiendo el resto de amigos que se la llevara; el día 14 de agosto de 2012 se personó en el domicilio de XXX, sin que esta quisiera verle, permaneciendo en el portal tras llamar al timbre, hasta que llegó la madre de Doña XXXX y le dijo que iba a llamar a la policía, momento en que accedió a irse de allí; todo ello con el fin de que XXXX le diera una explicación de su ruptura y a sabiendas de que esta no quería tener contacto ya con él, causando tal comportamiento en XXX una situación de desasosiego"

Y cuyo fallo es del literal siguiente:" Que debo CONDENAR Y CONDENO a Don XXX como autor de un delito de coacciones leves a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad durante 16 días, privación del derecho a la tenencia y porte de armas durante 6 meses y 1 día y prohibición de aproximarse a menos de 500 metros de Doña XXX, su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro lugar donde esta se encuentre y comunicarse con ella por cualquier medio durante 6 meses y 1 día, así como el abono de la mitad de las costas."

SEGUNDO

Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación de XXX, en base a los motivos que constan en el escrito y que serán objeto del fondo del recurso.

TERCERO

Remitidos los autos a la Audiencia Provincial, se dio traslado a la Magistrado Ponente a los efectos de acordar sobre la celebración de vista y en su caso sobre la práctica de la prueba propuesta.

CUARTO

No estimándose necesaria la vista oral, quedaron los autos vistos para sentencia. Se dan por reproducidos los antecedentes de la sentencia apelada.

HECHOS PROBADOS

Se aceptan y se dan por reproducidos los de la sentencia apelada.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO

El apelante solicita la revocación de la sentencia dictada por el Juzgado Penal y que en su lugar se dicte otra que sea absolutoria a su favor.

Se alegan como motivos del recurso la nulidad por infracción de garantías procesales causantes de indefensión, por incongruencia omisiva al no resolverse todas las cuestiones planteadas, e infracción por aplicación indebida del artículo 172.2 del CP, al no concurrir los requisitos legales para el mismo.

El extenso recurso del acusado pivota sobre la particular interpretación que realiza el letrado sobre la LO1/04, de violencia de género, y los artículos penales que se modifican en dicha ley, en concreto considera que la norma exige un adicional elemento del injusto que es la existencia de un dolo machista, que esta sala en multitud de resoluciones y de forma unánime ha considerado que no exige la ley.

La magistrada en la sentencia ha razonado que considera que la ley no exige en el acusado que su conducta requiera un dolo especial, que se concreta en una manifestación de someter, subyugar o discriminar a su pareja.

A este respecto esta Sala ha dicho en su caso referente a un supuesto del artículo 153.1 del CP, y que es trasladable al supuesto del art. 172.2 del CP, que pena las coacciones que:

"La cuestión central que se somete aquí a nuestra consideración. Muy resumidamente, la misma queda expresada en la formulación de la siguiente pregunta: ¿resulta la posición de dominio del varón y la subordinación de la mujer un elemento del tipo en los delitos de violencia de género y, en particular, en el tipo prevenido en el artículo 153 del Código Penal? En efecto, conforme queda establecido en el relato de hechos probados que se contiene en la resolución recurrida, el acusado, golpeó en repetidas ocasiones a la persona, con quien había mantenido hacía tiempo una relación sentimental ya finalizada, causándole lesiones que tardaron en curar cinco días no impositivos, sin necesidad de tratamiento médico y sin secuelas. No se cuestiona en absoluto en la sentencia recurrida (ni por supuesto en la apelación ni en la oposición a la misma) que la relación mantenida por el sujeto activo y pasivo del ilícito penal fuera de aquellas a las que se refiere el artículo 153.1 del Código Penal cuando alude a que la ofendida sea persona que haya estado ligada al agresor por una relación análoga al matrimonio, aún sin convivencia, quedando así esta cuestión, de la que obligadamente ha de partirse, fuera también de nuestra consideración. La razón por la cual la juzgadora de primer grado considera que no debe ser aplicado el precepto que invoca el Ministerio Público sino el artículo 617 del texto punitivo, explicada en el fundamento jurídico primero de su resolución, obedece, como se ha señalado ya, a la consideración de que partiendo del "móvil" del acusado, que en la sentencia no se considera debidamente acreditado, y en la "hipotética posibilidad" (sic) de que lo que pretendiese fuera, como él afirma, recuperar la droga que él mismo había comprado para su consumo y que ella portaba en su bolso y no quería entregarle, entiende la

juez de instancia que "la agresión no viene motivada por una relación de dominación y poder sobre la mujer, para humillarla, vejarla y golpearla con ocasión de haber mantenido aquella relación sentimental ya finalizada ni por motivo relacionado con esa relación, si no a causa del intento de recuperar una sustancia de la que el sujeto depende y que había adquirido". De este modo, creemos, aún sin afirmarlo expresamente, el razonamiento que en la sentencia de instancia se efectúa y que aquí se somete a la consideración de la Sala, pasa por el entendimiento de la existencia de un elemento subjetivo (implícito) en el tipo penal prevenido en el artículo 153 que, en consecuencia, debería ser acreditado por la acusación, siendo que, ante la existencia de otras "hipótesis posibles", únicamente cabría aplicar el precepto contenido en el artículo 617.

El Ministerio Fiscal, invocando la doctrina establecida, entre otras, en la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 27ª, de fecha 30 de mayo 2009, considera que debe descartarse la necesidad de acreditar el elemento finalístico pues no constituye ningún requisito del tipo penal aplicado, no exigiéndose así, en consecuencia, la prueba de las razones últimas en el obrar del sujeto, bastando la acción expresiva de la violencia y la existencia de una relación de pareja vigente o pasada entre el agresor y la víctima para que se estime la procedencia del delito.

Este Tribunal no ignora que, en efecto, la cuestión planteada, tanto en el ámbito doctrinal como en el jurisprudencial, ha conocido soluciones diversas. Así, por ejemplo, se refiere la juzgadora genéricamente al criterio mantenido por la Audiencia Provincial de Barcelona. Y ciertamente, aunque en ese caso para confirmar la aplicación del artículo 153 del Código Penal, el referido Tribunal, por ejemplo en su sentencia de fecha 29 de octubre 2009, argumenta que es correcto encuadrar los hechos en las previsiones específicas del artículo 153 "puesto que la conducta del acusado lesionó el complejo de intereses que dicho artículo trata de proteger que en definitiva es la preservación del ámbito familiar que ha de estar presidido por el respeto mutuo y la igualdad, o dicho con otras palabras, la paz familiar, debiendo sancionarse todos aquellos actos que exterioricen una actitud tendente a convertir ese ámbito familiar en un microcosmos regido por el miedo y la dominación, porque nada define mejor los malos tratos en el ámbito doméstico que la situación de dominio y de poder de una persona sobre otra de las referidas en el artículo 173.2". Del mismo modo, la AP de Barcelona, Sección 20ª, se encarga de matizar su posicionamiento doctrinal, entre muchas otras, en la sentencia de fecha 28 de octubre del pasado año, cuando señala: "Los argumentos excepcionales, que pudieran justificar la degradación a falta del delito, atendiendo siempre a la casuística, no son en modo alguno que la conducta sea ocasional o nimia, sino únicamente para el supuesto en el que una pareja mantiene una pelea libremente aceptada, en igualdad de condiciones y en la que ambos se agraden mutuamente causándose idéntico o similar resultado lesivo, no en los

supuestos en los que uno de sus miembros arremete agarrando violentamente del cuello a otro, desplegando en definitiva la conducta violenta, de dominación y subyugación frente al miembro más débil de la pareja". Nos parecen, sin embargo, más ilustrativos de esta posición doctrinal --que, en definitiva, hace propia la jugadora de instancia--, los razonamientos que se expresan en la SAP de Barcelona, Sección 20ª, de fecha 15 de octubre de 2.009, al señalar: "... podrían darse situaciones en las que se demuestre que las circunstancias en las que se desarrollaron los hechos fueron otras (distintas de las contempladas por el artículo 153), como ocurre, por ejemplo, en los supuestos de maltrato o agresiones mutuos entre los dos miembros de la pareja, que excluyen la presencia de esa relación de dominación, --subordinación--, trasladando la conducta de las previsiones específicas del artículo 153 a las del 617... Todo evidencia que los hechos se producen en un contexto de una conflictiva ruptura de pareja donde las discusiones y los insultos mutuos eran constantes, pero sin que se evidencie una situación de desigualdad que permita sostener que la acción agresiva hubiera sido manifestación del ejercicio de la fuerza o de la dominación del que es más fuerte contra el más débil en la relación familiar".

Naturalmente, también el Tribunal Supremo ha tenido oportunidad de pronunciarse a este respecto en alguna de sus resoluciones, y en este sentido, resultan, como es obvio, de obligada cita las sentencias de fechas 25 de enero 2008 y 8 de junio de 2009 . En la primera de ellas observa el Alto Tribunal que: "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". En la segunda, que aborda la cuestión de un modo más frontal, se precisa: "El criterio teleológico de interpretación de la norma penal, sin la menor duda, constituye 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 éste o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aún sin convivencia". Tras esta introducción, el Alto Tribunal observa: "Llegados a este punto parece oportuno destacar:

Que, en el relato fáctico de la sentencia, nada se dice sobre las características físicas y temperamentales del hombre y de la mujer que protagonizaron el hecho al que se refiere este motivo de casación, en la medida en que el Tribunal puede conocerlas

mediante la observación directa de dichas personas y de su comportamiento en la vista del juicio oral, por razón del principio de inmediación, propio de la instancia.

Que tampoco se precisa en la sentencia el motivo de la discusión habida entre ambas personas, en cuanto desencadenante de la mutua agresión causante de sus respectivas lesiones, cómo tampoco se precisa quien inició las vías de hecho.

Que la mutua agresión descrita en el "factum" no parece responder, en principio, al tipo de conductas a las que el legislador quiso dar coto con la reforma legal que configuró el vigente texto del artículo cuya falta de aplicación se denuncia.

Y en dicha sentencia se finaliza diciendo: "Si, por todo lo dicho, llegamos a la conclusión de que, en el presente caso, no consta que la conducta del acusado, causante de las lesiones leves sufridas por su compañera que el Tribunal sentenciador ha calificado como constitutivas de una simple falta del artículo 617, se produjera en el contexto propio de las denominadas conductas "machistas", de tal modo que por ello no procediera, respecto de él, configurar su conducta como constitutiva de un delito del artículo 153. 1 del Código Penal ..."

Más recientemente, el Tribunal Supremo, en su sentencia de fecha 24/11/2009 ha observado: "Queda claro, de este modo, que no toda acción de violencia física en el seno de la pareja, de la que resulte lesión leve para la mujer, debe considerarse, necesaria y automáticamente, como la violencia de género que castiga el nuevo artículo 153... sino solo y exclusivamente --de acuerdo con lo establecido en el artículo 1.1 de esa ley (orgánica de protección integral contra la violencia de género)-- 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 su 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.

Pues bien, todo lo expuesto avala, --continúa razonando el Tribunal Supremo--, la necesidad de que el acusado pueda defenderse de la imputación, proponiendo prueba en el ejercicio de su derecho constitucional a la tutela judicial efectiva a fin de 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 -debe repetirse una vez más- 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 de respetar los derechos fundamentales del acusado, valorando la prueba practicada al efecto y verificando si concurren o no los elementos que configuran el delito".

Expuesto, como es lógico de manera resumida y del modo más fiel que hemos sido capaces, el que consideramos representa actual estado de la cuestión, y sin que haga falta, por evidente, destacar el respeto que nos merecen los anteriores razonamientos y los órganos jurisdiccionales que los han emitido, hemos de señalar, ya desde ahora, que en opinión de esta Sala, el tipo penal prevenido en el artículo 153 en absoluto exige la concurrencia en el sujeto activo de ningún elemento específico subjetivo del injusto. Ciertamente que en ninguna de las resoluciones comentadas se afirma de modo explícito la existencia de este elemento subjetivo (implícito), distinto del dolo genérico, al que, sin embargo, sí se refiere algún trabajo doctrinal. No es menos cierto, sin embargo, que la exigencia de ese "animus" que impulsa la acción del sujeto, al que se alude en la última de las resoluciones citadas (o la existencia de esa "intencionalidad" en el actuar del sujeto, a la que se refiere otra) podría dar lugar a entender que, sobre tratarse evidentemente de un delito doloso, resultará también exigible que el propósito del sujeto activo al tiempo de protagonizar la agresión fuera "su voluntad de sojuzgar a la pareja o de establecer o mantener una situación de dominación sobre la mujer".

A nuestro parecer, es claro que la dicción del artículo 153.1 no permite mantener en absoluto la exigencia (adicional) de ese elemento subjetivo del injusto al que en absoluto se refiere. Parece residenciarse la necesidad del mismo, si es que hemos entendido correctamente los razonamientos anteriores, en una interpretación teológica de la norma, de manera tal que la exigencia de ese propósito o intención del autor vendría impuesta por el contenido del artículo 1 de la ley orgánica para la protección integral contra la violencia de género. Dicho precepto, bajo el expresivo título: "Objeto de la ley", establece: "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, aún sin convivencia".

A nuestro parecer, expresa con ello el legislador el objeto (u objetivo) de la norma, su finalidad, que no es otra que actuar contra un tipo específico de violencia: el que se produce como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres (violencia de género), limitándose, sin embargo, su ámbito de aplicación a los supuestos en los cuales dicha violencia es ejercida sobre las mujeres por sus cónyuges o por quienes hayan estado o estén ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aún sin

convivencia. Seguidamente, es el propio legislador quien establece, con plena libertad de criterio y sin otra posible impugnación que el recurso (o la cuestión) de inconstitucionalidad, en qué concretos supuestos considera que la violencia ejercida por los mencionados sujetos activos constituye "una manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres", que se pretende combatir. Y así, en el título IV de la tan mencionada ley orgánica, introduce un conjunto de preceptos penales, orientados a alcanzar aquella finalidad, entendiendo que son expresión o manifestación de las referidas discriminaciones, situaciones de desigualdad y relaciones de poder, las conductas que describe en los tipos penales que dicho título incorpora, entre ellas las que se contienen en el actual artículo 153 del Código Penal .

No se trata, a nuestro parecer, de que producida cada una de aquellas conductas haya de indagarse acerca de si las mismas representan o no una manifestación de discriminación, desigualdad y relaciones de poder entre hombres y mujeres (resumidamente: la "subcultura machista" a la que el Tribunal Supremo se refiere) y, mucho menos todavía, de exigir como elemento integrante del tipo penal el propósito del sujeto activo de discriminar, establecer o mantener una relación de poder sobre la mujer. Y esto no ya por la extrema dificultad (cuando no imposibilidad manifiesta) de escudriñar en los arcanos de la conciencia del sujeto activo cuál es su propósito último (no siempre único) que le mueve a realizar la conducta agresiva. Ni tampoco porque, evidentemente, desde el punto de vista sociológico es el conjunto de agresiones producidas --y no una conducta aislada (incluso por grave que fuera)-- las que representan una manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres. Más sencillamente, se trata, a nuestro parecer, de que es el legislador quien ha decidido qué concretas conductas son manifestación de aquellos efectos que trata de combatir. Y, entre ellas, ha señalado la que describe en el artículo 153 del Código Penal .

Por otro lado, no hace falta insistir por evidente, en que la circunstancia de que una conducta, (o por decirlo más precisamente: un conjunto o grupo de conductas), sea manifestación de un determinado efecto social indeseable, que conduce al legislador a incorporarlas al catálogo de los ilícitos penales, en absoluto equivale a exigir que el sujeto activo de cada uno de los delitos que integran el tipo concreto, actúe animado precisamente por esa intención (que, incluso, puede no ser capaz siquiera de comprender en toda su dimensión). Del mismo modo que, por ejemplo, en el ámbito de los delitos urbanísticos se pretende combatir aquéllas conductas que representan desprecio por la ordenación territorial y/o por el equilibrio natural y que generan una desordenada construcción desatenta a los valores socialmente imperantes en ese campo, sin que ello exija que el sujeto activo, con relación a cada una de las conductas enjuiciadas, actúe con el concreto propósito de subvertir esos valores (que

generalmente ni contempla como motivo de su actuación individual) o en ningún "contexto" específico; tampoco en el supuesto que se pondera, la circunstancia de que la agresión se produzca con uno u otro propósito (como corolario de una discusión más o menos trivial, para imponer un determinado criterio, para dar por concluida una conversación, para tomar un objeto, etc.) resulta relevante, por sí mismo, a los efectos de valorar el concurso de los elementos integrantes del tipo penal.

Y a nuestro parecer, tampoco la circunstancia de que la mujer agredida ejercite cualquier clase de defensa que pueda encontrarse a su alcance o, incluso, por unas u otras razones, acepte la contienda física, presenta relevancia alguna, más allá naturalmente de los supuestos de legítima defensa, completa o incompleta. Y ello porque, por decisión de legislador, las agresiones que se producen en la forma descrita en el artículo 153, con independencia de los factores anteriores, constituyen una manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, que son las (causas y) consecuencias o efectos de las conductas típicas, que la ley (de protección integral contra la violencia de género) pretende combatir, conforme queda enunciado en su artículo 1.

Esa decisión legislativa, u otra que se pudiera haberse adoptado alternativamente, no debe conocer más límite, conforme queda establecido en nuestro ordenamiento jurídico, que el control de constitucionalidad que, además, como resulta bien sabido, se produjo en este caso concreto, fundamentalmente a través de la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional, de fecha 14 de mayo de 2008, a cuya doctrina, evidentemente, quedamos vinculados los órganos jurisdiccionales conforme resulta de lo establecido en el artículo 5.1 de la L.O.P.J. Como es sabido, en dicha resolución el máximo intérprete de nuestras garantías constitucionales, declaró de forma expresa la constitucionalidad del artículo 153 del Código Penal, en la forma en que aparece redactado y, en consecuencia, sin exigir la presencia de ningún elemento subjetivo adicional. Y precisamente lo hizo recordando "que la duda se refiere a la selección legislativa de una determinada conducta para su consideración como delictiva con una determinada pena, y que esta labor constituye una competencia exclusiva del legislador para la que goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática. Es al legislador a quien compete la configuración de los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo". En esta misma resolución, el Tribunal Constitucional, saliendo al paso de las objeciones de constitucionalidad formuladas, señalaba también: "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 señalarlo--, 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 del 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 especialmente lesiva de violencia y de desigualdad".

Por si aún pudiera haber alguna duda respecto del entendimiento que realiza el Tribunal Constitucional, resulta especialmente esclarecedor uno de los votos particulares emitidos a la comentada sentencia (entre los varios que se produjeron). Nos referimos al suscrito por el Excmo. Sr. Don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, cuando, precisamente, señala: "En lo que ahora interesa, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, señala en su artículo 1.1 que constituye su 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, aún sin convivencia.

Sin embargo, --se continúa razonando en el comentado voto particular--, en el artículo 153.1 del Código Penal ese elemento finalista no se ha incorporado al texto finalmente aprobado por el legislador, --y los trabajos parlamentarios permiten entender que tal omisión ha sido deliberada--, por lo que el precepto, aplicado en sus propios términos, sólo atiende al hecho objetivo de que se cause un menoscabo psíquico o una lesión de carácter leve, o se golpee o maltrate de obra sin causar lesión, cualquiera que sea la causa y el contexto de dicha acción . "

Partiendo de lo anterior, el Magistrado discrepante, en plena coherencia con sus razonamientos, concluye: "lo que a mi juicio resulta incompatible con el derecho la presunción de inocencia (art.24) es la presunción adversa de que todo maltrato ocasional cometido por un varón contra su pareja o su ex pareja sea siempre una manifestación de sexismo que deba poner en actuación la tutela penal reforzada del artículo 153.1 del C.P". "Esta cuestión capital sólo obtiene una respuesta elusiva en la Sentencia, cuál es que el legislador no presume un mayor desvalor en la conducta descrita de los varones... lo que hace el legislador... es apreciar el mayor desvalor y la mayor gravedad propios de las conductas descritas en relación con la que tipifica en el apartado siguiente... no se trata de una presunción normativa de lesividad, sino de la constatación razonable de tal lesividad a partir de las características de la conducta descrita. Obsérvese, --continúa explicando el Magistrado discrepante--, que, para la Sentencia, no es el juez quien en cada caso debe apreciar el desvalor o constatar la lesividad de tal conducta, sino que es el legislador quien lo ha hecho ya".

Desde luego, no nos corresponde a nosotros valorar el mayor o menor acierto de la sentencia comentada y de sus votos particulares, sino únicamente constatar que el Tribunal Constitucional entendió que el artículo 153 del Código Penal, que no exige en su texto la presencia de ningún elemento subjetivo adicional, ni la mayor o menor corpulencia del agresor respecto de su víctima, ni su mayor fortaleza de carácter o un temperamento más o menos impulsivo en víctima y/o agresor, ni que aquélla, a su vez, ejerza o no algún acto de violencia defensivo o concurrente con el del agresor, ni que la acción se produzca en un determinado contexto de "subcultura machista". El legislador, en el libérrimo ejercicio de sus facultades constitucionales, ha entendido que quien por cualquier medio o procedimiento causare a otro un menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito, o golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aún sin convivencia, incurrirá en el tipo penal previsto en el artículo 153 y se hará de ese modo acreedor a la pena que en el mismo se establece. Y ello por considerar, el legislador, que dichas conductas son manifestación de la discriminación, la desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres. El Tribunal Constitucional, a su vez, ha sancionado que ese entendimiento no contraviene ningún precepto de la Constitución. Naturalmente que existen otros criterios diferentes, también legítimos, distintos de los plasmados en la norma. Desde luego, que pueden concebirse otras legítimas estrategias para combatir el fenómeno de la violencia de género y, en particular, de la protagonizada sobre quienes sean o hayan sido cónyuges o mantengan con el sujeto activo una relación de afectividad análoga al matrimonio aún sin convivencia. Pero esta es, a nuestro juicio, la escogida por el legislador y, por tanto, la que aquí debe ser aplicada. Y esa elección, como ya se destaca en el voto particular comentado, no es fruto de la improvisación o la casualidad sino una decisión deliberada, todo lo discutible que se quiera, que pasa por entender que la conducta de quien agrede a su esposa, actual o anterior, o a mujer que esté o haya estado vinculada al sujeto activo por una relación análoga a la del matrimonio, aún sin convivencia, representa un mayor desvalor (y es por eso su autor merecedor de una sanción superior) que cuando esa misma agresión con idéntico resultado se produce sobre una persona en la que no concurren dichos vínculos con el sujeto activo, considerando que en el primer caso, y no en los otros, dichas conductas representan una manifestación de situaciones socialmente desvaloradas, retroalimentando las mismas, reforzando y contribuyendo a perpetuar la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres. Y ello con independencia del concreto propósito que en cada caso anime la actuación de quien golpea a quien es o ha sido su esposa o la mujer con la que mantiene o mantuvo una relación análoga al matrimonio, aún sin convivencia, de la corpulencia o temperamento de éste o de la actuación más o menos activa, agresiva incluso, de la víctima, como siempre salvo que, naturalmente, los hechos deban ser encuadrados en el marco de alguna circunstancia justificativa (en particular la legítima

defensa). Y todo ello, por supuesto, pudiendo hacerse aplicación, si el supuesto así lo requiere, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, del supuesto atenuado previsto en el número 4 del artículo 153, en el que, perfectamente a nuestro juicio, podría darse cobijo a algunas de las conductas respecto de las cuales se ha rechazado en el ámbito de otros órganos jurisdiccionales, la aplicación del artículo 153,1 del Código Penal (en particular, peleas mutuamente aceptadas a las que ambos contendientes concurren de forma libre) que, además evidentemente de moderar la respuesta penal, permitiría imponer a ambos contendientes idéntica pena.

No significa eso, desde luego, que este Tribunal considere que toda acción de violencia física o psíquica producida en el seno de la pareja, de la que resulte lesión leve para la mujer, debe considerarse, "necesaria y automáticamente", como integrante del tipo penal definido en el artículo 153 del Código Penal. Es obvio que nos encontramos ante un delito de naturaleza dolosa y que, por eso, resultará necesario para su aplicación que el sujeto activo tenga conocimiento de que la persona agredida es o fue su esposa o que se encuentra o encontró en una situación análoga al matrimonio aún sin convivencia y que quiera, precisamente, agredir a esta persona y no a otra. Cuando así sucede, considera el legislador, a nuestro juicio, que la conducta comporta un mayor desvalor (y es por eso su autor merecedor de una sanción superior) que cuando otra agresión, con idéntico resultado, se proyecta sobre una persona en la que no concurren dichos vínculos con el sujeto activo, en la medida en que supone una manifestación de discriminación, desigualdad y de las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres. Indudablemente, ya lo hemos dicho, existen otros puntos de vista, igualmente posibles y también legítimos, para enfrentar, desde el Derecho Penal, el fenómeno de la violencia de género. Pero no han sido, esos otros, los escogidos por el legislador". Por todo lo anterior consideramos que es correcta la resolución dictada al no exigir el tipo penal un dolo específico que es la voluntad de dominación y poder del hombre sobre la mujer, y que de la prueba practicada se desprende que concurren en la conducta del acusado los elementos del tipo penal.

La prueba acredita que el acusado envió numerosos mensajes a la denunciante y que si bien ella no contestaba, él seguía insistiendo, llegando a remitir hasta 332 mensajes, entre el 9 y 15 de agosto. El resto de los episodios que configuran las coacciones se reconocen por el acusado si bien diciendo que sus encuentros con su ex pareja es para pedirle explicaciones del cese de la relación.

Esta explicación no se acepta pues el comportamiento del acusado, tal y como queda reflejado en la prueba practicada implica que coarta la vida cotidiana de la que fue su pareja impidiéndole el desarrollo libre de su actividad, y constriñéndola a seguir con una relación que ella considera cesada.

SEGUNDO

No apreciándose temeridad o mala fe en esta instancia, han de declararse de oficio las costas devengadas en esta instancia.

Vistos los preceptos legales citados y los de general y pertinente aplicación al caso

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de XXX, frente a la sentencia de fecha XX de junio de 2014, dictada por el Juzgado Penal nº 33 de Madrid, en el juicio oral XXX/13, y en consecuencia confirmamos la misma, con declaración de oficio de las costas de esta segunda instancia.

Notifíquese la presente resolución en la forma señalada en el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, haciendo saber a las partes que contra la misma no cabe recurso.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, con testimonio de esta resolución, para su conocimiento y cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaria para su notificación, dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión al rollo. Certifico.