Roj: SAP M 5155/2009 - ECLI:ES:APM:2009:5155

Id Cendoj: **28079370012009100319**
Órgano: **Audiencia Provincial**
Sede: **Madrid**
Sección: **1**
Fecha: **07/05/2009**
Nº de Recurso: **137/2009**
Nº de Resolución: **137/2009**
Procedimiento: **APELACIÓN**
Ponente: **ARACELI PERDICES LOPEZ**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJP, Madrid, núm. 22, 04-12-2008,**
SAP M 5155/2009

FONDO DOCUMENTAL

Rollo número **137/2009**

Procedimiento Abreviado número 477/2008

Juzgado de lo Penal número 22 de Madrid

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

SECCION PRIMERA

MAGISTRADOS

Ilmos Señores:

Don Alejandro Mª Benito **López**

Doña **Araceli Perdices López**

Don Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

S E N T E N C I A N º209/2009

En Madrid, a 7 de mayo de 2009

La Sección Primera de la Ilustrísima Audiencia Provincial de Madrid, integrada por Magistrados mas arriba indicados, ha visto los presentes autos seguidos con el número **137/2009** de rollo de Sala, correspondiente al procedimiento abreviado número 477/2008 del Juzgado de lo Penal número 22 de Madrid, por unos supuestos delitos de violencia doméstica y amenazas, en el que ha sido parte como apelante D. Hilario y como apelado el Ministerio Fiscal, actuando como ponente la Ilma. Sra. Dª **Araceli Perdices López**, que expresa el parecer del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez sustituto del indicado Juzgado de lo Penal se dictó sentencia el día 4 de diciembre de 2008 , con el siguiente fallo:

"Que debo condenar y condeno al acusado D. Hilario como autor de un delito de lesiones en el ámbito familiar(Violencia Doméstica) previsto y penado en el artículo 153.1º 2º y 3º del Código Penal , del que es responsable, a la pena de nueve meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo de dos años, prohibición acercarse a menos de quinientos metros(500 m) de la victima D. Justiniano , de su domicilio y

de su lugar de trabajo, o cualquier otro que frecuente, así como de comunicarse con él por cualquier medio o procedimiento, por un plazo de tres años y pago de las costas procesales.

Que debo condenar y condeno al acusado D. Hilario como autor de un delito de Amenazas que dispone en su artículo 171.5 del Código Penal , del que es responsable, a la pena de nueve meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo de dos años, prohibición acercarse a menos de quinientos metros(500 m) de la victima D. Justiniano , de su domicilio y de su lugar de trabajo, o cualquier otro que frecuente, así como de comunicarse con él por cualquier medio o procedimiento, por un plazo de tres años y pago de las costas procesales.

Se declara la exención de responsabilidad de D. Hilario respecto de una falta de daños en aplicación del artículo 268 en relación del artículo 268 en relación con el artículo 625 ambos del Código Penal .

Como responsabilidad civil el condenado deberá de indemnizar a D. Justiniano en la cantidad de trescientos cincuenta euros (350 euros) por las lesiones y doscientos euros(200 euros) por los desperfectos, más los intereses previstos en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil "

SEGUNDO.- Notificada la sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de D. Hilario que fue admitido en ambos efectos, dándose traslado del mismo al Ministerio Fiscal que lo impugnó, remitiéndose seguidamente los autos a esta Sala, sin que se haya considerado necesaria la celebración de vista.

H E C H O S P R O B A D O S

Se dan por reproducidos los de la resolución recurrida, que se aceptan en su integridad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el primero de los motivos en que se articula el recurso de apelación contra la sentencia que condena a Hilario como autor, aparte de un delito de amenazas, de un delito de violencia doméstica del art. 153.1, 2 y 3 del CP , se viene a sostener que tal y como se desprende de la propia resolución recurrida, el citado precepto está reservado para los supuestos de violencia de género, en que la víctima es la esposa, la mujer o una persona especialmente vulnerable, por lo que no sería de aplicación a este caso en el que los hechos acontecen entre dos hombres y además no se especifica en virtud de que criterio se establece la especial vulnerabilidad de Justiniano , manteniéndose que los hechos serían solo constitutivos de una falta de lesiones.

El artículo 153 del CP ha sido introducido en su actual redacción por la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre , sobre medidas de protección integral contra la violencia de género, en cuya exposición de motivos se afirma que "la Ley pretende atender a las recomendaciones de los organismos internacionales en el sentido de proporcionar una respuesta global a la violencia que se ejerce sobre las mujeres" y se añade que "el ámbito de la Ley abarca tanto los aspectos preventivos, educativos, sociales, asistenciales y de atención posterior a las víctimas, como la normativa civil que incide en el ámbito familiar o de convivencia donde principalmente se producen las agresiones, así como el principio de subsidiariedad en las Administraciones Públicas. Igualmente se aborda con decisión la respuesta punitiva que deben recibir todas las manifestaciones de violencia que esta Ley regula". Por tanto, la Ley Orgánica citada ha pretendido dar una respuesta integrada a todos los supuestos de violencia de género y es ésta el objeto central y prioritario de la Ley. Así cabe deducirlo del artículo 1º en el que se dispone de forma expresa que "1 . 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. 2. Por esta Ley se establecen medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a sus víctimas".

Fruto de ello es que el art. 153.1 del CP , una vez definida la acción típica, que se configura por causar por cualquier medio o procedimiento un menoscabo psíquico o una lesión no definidos en el propio Código como delito, o en golpear o maltratar sin causar lesión, delimita que el sujeto pasivo solo puede serlo quien sea o haya sido esposa del sujeto activo, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aún sin convivencia, incluyendo por último dentro del grupo de los sujetos pasivos a las personas especialmente vulnerables que conviva con el autor. Es en este precepto donde propiamente se regula la violencia de género llevada a cabo por el hombre sobre la mujer.

Sin embargo, al abordar el tratamiento penal de esta materia, la Ley Orgánica ha ido más lejos, regulando aspectos más amplios. Es el caso del artículo 153.2 . Dicho precepto no se refiere en exclusiva a fenómen

episódicos aislados de violencia de género, como si acontece en el art. 153.1 antes citado, sino que tipifica agresiones de violencia familiar, que pueden o no ser violencia de género. Sujeto activo y pasivo de los actos contemplados en el artículo 153.2 puede serlo cualquier miembro del grupo familiar con las relaciones de parentesco que señala la norma, sin que se establezca distinción alguna por razón de sexo.

En concreto el art. 153.2 , tras remitirse a la acción típica prevista en el apartado anterior, prefigura un grupo de sujetos pasivos compuesto por las personas a que se refiere el art. 173.2 del CP , de las que excluye expresamente a las personas contempladas en el 153.1. En concreto dice el artículo que "si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2 , exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo, el autor será castigado ...." Pues bien en el art. 173.2 se alude al cónyuge y a la persona que esté o haya estado ligada por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, sin especificar sexo, de manera que cuando el sujeto activo sea varón y el cónyuge o la persona ligada a él por análoga relación de afectividad sea mujer, el acto de violencia aislada realizado por aquel, será un acto de violencia de género a castigar por el art. 153.1 del CP .

Pero cuando el sujeto pasivo y el sujeto activo sean ambos de un mismo sexo, y cuando el sujeto activo sea mujer y el pasivo hombre, el acto de violencia, ya no es de genero sino de violencia doméstica o familiar y se sanciona por el art. 153.2 del CP , precepto que no regula en sentido estricto un supuesto de violencia de género sino que su objeto es más amplio, la violencia familiar. El fundamento de la agravación que establece este precepto respecto del artículo 617 del Código Penal no ha de buscarse en la Ley Orgánica 1/2004 sino en la especial protección que merecen las relaciones familiares. En este sentido, el Tribunal Supremo, refiriéndose a redacciones anteriores de la norma, ha declarado que el bien jurídico protegido en este delito no es tanto la integridad de las personas mencionadas en los citados artículos 153, pese a su ubicación sistemática dentro del Título III de las lesiones, sino que trasciende y se extiende más allá de la integridad personal al atentar a valores constitucionales de primer orden como el derecho a la dignidad de las personas, que tiene su consecuencia lógica en el derecho a la seguridad de los miembros que integran el núcleo familiar.

Dado que en el caso de autos el apelante y el lesionado, ambos varones, convivían juntos y mantenían una relación de afectividad análoga a la marital, el acto de violencia llevado a cabo por aquel sobre el segundo, que si no hubiera existido esa relación de afectividad entre las partes habría sido calificado como una falta de lesiones del art. 617 del CP , constituye un delito de violencia familiar del art. 153.2 en relación con el apartado primero , al haberse llevado a cabo la acción típica descrita en el art. 153.1 sobre uno de los sujetos pasivos previstos en el art. 153.2 del CP , precepto que a diferencia de lo que acontece en el nº 1 del art. 153 se exige que el ofendido por el delito sea una persona especialmente vulnerable.

Es por ello, que aun reconociendo que la redacción de la sentencia pueda haber llevado a error a la parte, la calificación jurídica de los hechos plasmada en ella es correcta, encontrándose las penas impuestas dentro de los limites penológicos establecidos por el art. 153.2 en relación con el art. 153.3 , por lo que el motivo, al igual que el que en el mismo sentido se hace sobre el delito de amenazas del art. 171.5 del CP , por el que también se ha condenado, debe ser objeto de desestimación.

SEGUNDO. - Alega asimismo el apelante que se ha producido una incongruencia omisiva, porque habiéndose solicitado la aplicación de la eximente de enajenación mental del art. 20.1 del CP , no se ha resuelto sobre ella en sentencia, no obstante lo cual no se pide la nulidad de la misma, sino que sea la Sala la que la aprecie.

El vicio procesal que se conoce como "incongruencia omisiva", se produce cuando se omite en la motivación requerida por los artículos 120.3 de la Constitución, 142 de la LECrim. y 248.3 de la LOPJ la respuesta a alguna de las cuestiones de carácter jurídico planteadas por las partes en sus escritos de calificación o en tiempo procesal oportuno, siendo preciso que para su estimación concurran los requisitos siguientes:

1º) Que se plantee una cuestión jurídica o pretensión de carácter sustantivo.

2º) Que la cuestión o pretensión haya sido planteada por las partes en debida forma, normalmente en sus escritos de conclusiones.

3º) Que no se haya dado por el Tribunal de Instancia una respuesta adecuada ya sea deliberadamente o inadvertidamente.

En el supuesto de autos la defensa letrada del acusado no solicitó la aplicación de eximente alguna ni en sus conclusiones provisionales, ni en las definitivas (pese a lo que en sentido contrario se dice en la sentencia), siendo en su informe oral, es decir en momento procesal inhábil y que privó a las acusaciones de la posibilidad de pronunciarse en su informe sobre ella, que solicito la eximente de enajenación mental del art. 20.1 del CP , por la confesión que sobre su infidelidad le había hecho su pareja.

Ello sería suficiente, para denegar que estemos propiamente ante una incongruencia omisiva, independientemente de lo cual debe señalarse que ni la citada eximente, ni la atenuante muy cualificada que con fundamento en la misma se solicita en el recurso podría ser objeto de apreciación, ya que ni hay constancia de que el acusado tuviera anuladas o seriamente afectadas sus facultades superiores al tiempo de los hechos, ni fue entonces cuando tuvo conocimiento de la infidelidad de su pareja, causa que se invoca como razón de ser de la enajenación, ya que como aquella señaló el lesionado, se la había comunicado ya tres semanas antes.

TERCERO. - En los siguiente motivos se hacen unas menciones genéricas sobre los principios de presunción de inocencia e in dubio por reo, que sin embargo un examen de las actuaciones y de la prueba practicada, no permite concluir que se hayan conculcado en el presente supuesto.

El derecho a la presunción de inocencia implica que toda persona acusada de un delito debe ser considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad con arreglo a la Ley, lo que supone que para dictar una sentencia condenatoria es preciso que se haya practicado prueba que desvirtúe racionalmente esa presunción inicial, prueba que debe ser de cargo, es decir, de contenido suficientemente incriminatorio, y válida, o sea, obtenida e incorporada al juicio oral con respeto a los derechos fundamentales y con arreglo a las normas que regulan su práctica, a lo que se ha de añadir que la valoración llevada a cabo para llegar a las conclusiones fácticas que son la base de la condena no se aparte de las reglas de la lógica y no sea, por lo tanto, irracional o arbitraria.

Trasladando lo anterior al objeto del recurso, un mero examen del contenido de la prueba practicada evidencia que en modo alguno se ha vulnerado el mencionado principio, ya que se ha contado con el testimonio de la victima que ha quedado corroborado por las manifestaciones de los policías y por los partes médicos obrantes en autos, y que al ostentar las notas de ausencia de incredibilidad subjetiva, verosimilitud, y persistencia en la incriminación, constituye prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia que ampara al acusado.

Finalmente y con respecto a la invocación del principio "in dubio pro reo", que alega el recurrente, no podemos olvidar que este es un principio auxiliar que se ofrece al Juez a la hora de valorar la prueba, de modo que, una vez practicada, si no llega a ser bastante para que pueda formar su convicción o apreciación en conciencia, sus razonadas dudas habrá de resolverlas siempre a favor del reo. Puesto que el Magistrado-Juez de instancia condenó porque llegó a la inequívoca convicción de que el acusado era autor de los hechos, sin que en la sentencia impugnada se trasluzcan titubeos o incertidumbres, no se produjo infracción alguna del mencionado principio.

CUARTO.- Pese a desestimarse el recurso, las costas de esta alzada se declaran de oficio.

Por todo lo expuesto:

FALLAMOS

Que debemos desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Hilario contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº 22 de Madrid con fecha de 4 de diciembre de 2008 , en el Procedimiento Abreviado 477/2007, que en consecuencia se confirma.

Se declaran de oficio las costas de esta alzada.

Notifíquese la presente resolución en la forma señalada en el art. 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , haciendo saber a las partes que contra la misma no cabe recurso y devuélvanse las actuaciones, con certificación de la presente sentencia al Juzgado de procedencia, a los fines procedentes.

Así, por esta sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ