



Roj: **SAP TF 25/2020 - ECLI:ES:APTF:2020:25**

Id Cendoj: **38038370052020100003**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Santa Cruz de Tenerife**

Sección: **5**

Fecha: **28/01/2020**

Nº de Recurso: **1401/2019**

Nº de Resolución: **17/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación. Sentencia violencia sobre la mujer**

Ponente: **JOSE FELIX MOTA BELLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJP, Santa Cruz de Tenerife, núm. 2, 26-09-2019 (proc. 215/2019),  
SAP TF 25/2020**

?

SECCIÓN QUINTA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL

Avda. Tres de Mayo nº3

Santa Cruz de Tenerife

Teléfono: 922 34 94 32-33

Fax: 922 34 94 30

Email: s05audprov.tfe@justiciaencanarias.org

Sección: JFM

Rollo: Apelación sentencias violencia sobre la mujer

Nº Rollo: 0001401/2019

NIG: 3802441220180002381

Resolución: Sentencia 000017/2020

Proc. origen: Procedimiento abreviado Nº proc. origen: 0000215/2019-00

Jdo. origen: Juzgado de lo Penal Nº 2 de Santa Cruz de Tenerife

Interviniente: Centro Penitenciario de S/C Tenerife - El Rosario; Abogado: Centro Penitenciario de S/C Tenerife - El Rosario

Denunciante: Zaida ; Abogado: David Gonzalez Dorta; Procurador: Laura Aguilar Dorta

Apelante: Jose María ; Abogado: Alicia Pomares Vilaplana; Procurador: Lidia Lucas Sanchez

**SENTENCIA**

TRIBUNAL

Presidente

D. Francisco Javier Mulero Flores

Magistrados

D. José Félix Mota Bello (Ponente)

D. Juan Carlos González Ramos



En Santa Cruz de Tenerife, a veintiocho de enero de dos mil veinte.

Por esta Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, se ha visto el presente recurso de apelación, interpuesto por Jose María contra la sentencia dictada en procedimiento abreviado por el Juzgado de lo Penal Nº Dos de Santa Cruz de Tenerife, en el procedimiento de referencia seguido por delitos de amenazas graves y quebrantamiento de condena, con intervención del Ministerio Fiscal y de las partes arriba indicadas.

#### ANTECEDENTES DE HECHO.-

1º.- Por el citado Juzgado de lo Penal se dictó sentencia el 26 de septiembre de 2019, en el juicio del que procede este recurso, en la que se declararon como hechos probados los siguientes: "Estando probado y así se declara que al acusado Jose María , con DNI NUM000 , con antecedentes penales computables a efectos de reincidencia, ha sido anterior y ejecutoriamente condenado, entre otros, por delito de quebrantamiento en Sentencia de fecha 7 de marzo de 2018; por delitos continuados de quebrantamiento y amenazas en violencia de género en Sentencia de fecha 17 de abril de 2018, entre otras, a pena de prohibición de acercamiento y comunicación con Zaida , con quien había mantenido una relación de afectividad cesada en el año 2016; en Sentencia de fecha 12 de junio de 2018 por delitos de acoso y amenazas en violencia de género, donde se impuso otra pena de alejamiento respecto de Zaida ; y en Sentencia de 19 de septiembre de 2018 por delito de lesiones agravadas cuya pena se encuentra suspendida, habiendo sido debidamente notificado de las penas impuestas y vigentes y requerido con los apercibimientos legales. En fecha 6 de agosto de 2018 se le condeno por amenazas a los padres de Zaida , imponiéndosele la pena de prohibición de aproximación y comunicación con los mismos durante seis meses, sentencia confirmada por la Audiencia Provincial en Sentencia de fecha 7 de noviembre de 2018. El día 25 de octubre de 2018 sobre las 3 horas el acusado puso en su estado de whatsapp "Navidad de acerca..tranqui tu vienes y te voy a dar regalos" , y a las 4 horas cambió su estado poniendo en el mismo, estando vigente la pena de prohibición de comunicación con Zaida y cono conocimiento de las consecuencias de su quebrantamiento, y a su vez con sus padres,sabedor de que podía ver su estado y con ánimo de alterar su paz y sosiego,"voy a despedazar tu ridícula y estúpida familia en cuestión de segundos, te doy mi palabra, ya van a pasar los seis meses. Recuerda esto..",con referencia al plazo que le restaba en aquel momento de la pena impuesta de alejamiento de los padres de la víctima por Sentencia de fecha 6 de Agosto de 2008 por delito leve de amenazas. El día 2 de noviembre de 2018, sobre las 17 horas el acusado en su estado de whatsapp puso "Hahaha crees que no se que has llegado con su cacharra amarilla. Ahhahhaa..". El día 8 de noviembre de 2018 sobre las 2.45 horas el acusado puso en su estado de whatsapp "te expliqué a que llevaba la traición..esto es el principio..disfrútalo". Zaida considera que los estados de whatsapp mencionados se refieren a ella y a su familia y sobre las 11:01 horas del día 8 de noviembre acudió a urgencias llorando y en estado de ansiedad, al considerar que como esa noche sobre las 1.40 se produjo en su vehículo Citroen Saxo matrícula ....-DY un incendio que destruyó por completo el mismo cuando se encontraba estacionado fuera de la casa de sus padres, sita en la Carretera General de los Llanos, Fuencaliente, y el último estado de whatsapp del acusado, éste fue quien lo provocó, causa de daños por incendio que se encuentra sobreseída provisionalmente por falta de identificación del autor. A consecuencia de dicha situación Zaida ha sufrido un trastorno situacional ansioso depresivo, que precisó asistencia y remitió en 15 días con 10 de impedimento temporal. El acusado, que ya había cumplido pena de prisión por los delitos cometidos contra Zaida , se encuentra en Prisión Provisional por esta causa desde el 9 de Noviembre de 2018. Doña Zaida obtuvo conocimiento de los comentarios del acusado en sus estados de whatsapp por haber entrado desde su teléfono en el estado de perfil de usuario del acusado de la aplicación whatsapp pudiendo hacerlo al no estar bloqueada por el acusado. No ha quedado debidamente acreditado que las expresiones contenidas en los estados de wasap el día 2 de noviembre, 8 de noviembre y el primero del día 25 de octubre de 2018 se refirieran a la denunciante."

2º.- La expresada sentencia en su parte dispositiva se pronuncia así: "Que debo condenar y condeno a Jose María , con DNI NUM000 , con antecedentes penales computables a efectos de reincidencia, PRVIDADO DE LIBERTAD POR ESTA CAUSA DESDE EL DÍA 9 DE NOVIEMBRE DE 2018, como autor criminal y civilmente responsable de un delito de amenazas graves y delito de quebrantamiento de condena, concurriendo la circunstancia agravante de reincidencia,a las penas, por el delito de amenazas graves de 2 años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y por el delito de quebrantamiento de condenade 1 año de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como al abono de las costas procesales incluidas las de la acusación particular, y en concepto de responsabilidad civil indemnizar a doña Zaida en la cantidad de 900 euros. Para el cumplimiento de la pena privativa de libertad, téngase en cuenta el tiempo que el acusado, ha estado privado de libertad por esta causa, acordándose mantener su situación de prisión



preventiva hasta la mitad de la pena impuesta (9 de mayo de 2020), con los límites temporales asimismo de la prisión provisional y ello conforme a lo dispuesto en el artículo 504.2 de la LECrim.; póngase esta circunstancia en conocimiento del Centro Penitenciario Tenerife II."

3º.- Remitido el juicio a esta Audiencia Provincial, se procedió a la formación del rollo de apelación, designándose magistrado ponente al Ilmo. Sr. Don José Felix Mota Bello. No estimándose precisa la celebración de vista pública, se señaló fecha para la deliberación y resolución del recurso, tratado por este Tribunal hasta la fecha del dictado de la presente sentencia.

4º.- Como fundamentos de impugnación de la sentencia dictada por el Juzgado de Instrucción, se presentan las alegaciones siguientes: infracción del derecho a la presunción de inocencia, errores en la valoración de la prueba, infracción de norma jurídica e indebida individualización de las penas impuestas.

#### **HECHOS PROBADOS.-**

Se aceptan, en lo sustancial, los hechos que se declararon probados en la sentencia de instancia.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO.-**

1º.- La sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal condena al encausado como autor de dos delitos: un delito de amenazas graves no condicionales, artículo 169.2, con una pena de prisión de dos años; un delito de quebrantamiento de condena, artículo 468.2, con una pena de prisión de un año. El sustrato fáctico de esta condena, según se argumenta en los fundamentos de la sentencia, ha sido descrito en el párrafo tercero del relato de hechos probados, particularmente en cuanto relata lo sucedido el día 25 de octubre de 2018, sobre las cuatro horas. Según esta exposición, en dicha fecha, el acusado cambió su estado de whatsapp, escribiendo en el mismo: ".voy a despedazar tu ridícula y estúpida familia en cuestión de segundos, te doy mi palabra, ya van a pasar seis meses. Recuerda esto.". En el mismo párrafo, se declara probado que esta frase se escribió con conocimiento de la vigencia de la prohibición de comunicación con su anterior pareja. Igualmente se vincula en estos hechos el contenido de estas expresiones con la persona protegida, además de afirmarse que estas frases tenían por finalidad alterar su paz y sosiego.

En los mismos hechos, se declaran probadas otras modificaciones en los estados de whatsapp, si bien la sentencia no establece la misma vinculación personal, en cuanto a los mensajes que contienen estas frases que, por su contenido, pueden identificarse como mensajes.

2º.- En cuanto a las alegaciones del recurso que afectan al fundamento fáctico de esta condena y a la fijación de los hechos que derivan en este pronunciamiento, los argumentos expuestos por el recurrente para defender su alegato sobre la ausencia de prueba de cargo contrastan con el contenido del material probatorio analizado profusamente en la sentencia recurrida en lo que atañe a estas imputaciones. Así se refleja en los fundamentos de derecho de la resolución condenatoria que, en esencia, a la vista de las imágenes aportadas a la causa, por medio de capturas de pantalla, aportadas al procedimiento y adveradas en las diligencias, se pone de manifiesto que el texto fue publicado cuando ya se encontraba vigente la prohibición de comunicación, desprendiéndose su autenticidad de la propia declaración del acusado, que identifica estos estados y trata de explicar sus contenidos como relacionados con otras personas. La explicación ofrecida por el acusado no ha resultado acreditada, ni es creíble, una vez constatada la existencia y contenido de este mensaje. Por el contrario, según se razona en la sentencia, a partir del texto de estas frases, se han podido establecer puntos de conexión con la persona y el entorno familiar de la denunciante. En particular, en lo referente al plazo de seis meses, a la existencia de una prohibición de acercamiento a los padres de la víctima y al plazo de duración de esta medida que fue fijado en la sentencia dictada el día seis de agosto de 2018. En contra de lo afirmado por el recurrente, el Juzgado de lo Penal no ha obviado la fecha de firmeza de esta resolución, a la que expresamente se alude y no desvirtúa las consideraciones que vienen a reforzar su línea de razonamiento deductivo, al identificar en el contenido de esta frase, expresiones amenazantes que claramente se dirigen a una persona, referidas a su familia, todo ello en el contexto de violencia precedente, con relación a su expareja y con expresión de un dato concreto, el de los seis meses de plazo, coincidente con dicho dato objetivo. Frente a estas evidencias, el acusado no ha aportado una explicación asumible sobre el contenido y destino de estas manifestaciones. Por todo ello, se desestiman los motivos de recurso relativos a la valoración probatoria de los hechos.

3º.- A partir del relato de hechos probados, debe considerarse correcta la calificación jurídica de los hechos, tanto en lo relativo a la existencia del delito de amenazas graves como por el quebrantamiento de pena, en este caso de prohibición de comunicación.



En cuanto al primero de los delitos, las frases que difunde el acusado a través de su estado de whatsapp, contienen expresiones que el acusado dirige refiriéndose directamente a su expareja con el anuncio de "despedazar" a su familia. En la misma frase se hace mención al plazo de la prohibición de aproximación impuesta en una sentencia anterior, respecto de hechos de los que fueron víctimas los progenitores de la denunciante. Por el contenido de estas expresiones y por sus circunstancias, cuando quien las vierte ha sido ya condenado en primera instancia por estos hechos, así como en firme respecto de su expareja, por acoso, amenazas y quebrantamientos anteriores, no puede cuestionarse la gravedad de esta acción, correctamente subsumida en el tipo del artículo 169.2 del Código Penal. Como se expone en los fundamentos de la sentencia, la inserción de este mensaje, con las expresiones descritas, se hizo con intención de intimidar y dañar el sentimiento de tranquilidad y la seguridad de la destinataria del contenido de estas frases. El anuncio público, por medio de la declaración de estado en una red social, constituye una acción que desde luego pone en riesgo el sentimiento de libertad y seguridad de la víctima, persona a quien se dirigen las expresiones amenazantes y que, en este caso, ha tenido directo acceso a su contenido, aunque también podría haber tenido noticia de la misma, indirectamente, a través del conjunto de usuarios del sistema que pudieran tener acceso a estas manifestaciones amenazantes vertidas por el encausado.

4º.- Los hechos son también constitutivos de un delito de quebrantamiento de condena, al haber violado el acusado las prohibiciones de comunicación que pesan sobre el mismo, respecto de su expareja. Aunque la cuestión pueda encontrarse sometida a controversia, existiendo precedentes que rechazan la posibilidad de comisión de este delito por medio de mensajes insertados en el estado de whatsapp, lo cierto es que atendidas las circunstancias del caso, en esta apelación ha de asumirse el criterio contrario, debiendo aceptarse la tesis condenatoria seguida por el Juzgado de lo Penal. Así, el artículo 48.3 del Código Penal, al delimitar esta pena privativa de derechos, define su contenido en los siguientes términos: "La prohibición de comunicación ., impide al penado establecer con ellas por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual". En la reciente sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de fecha 20 de diciembre de 2019, aun referida a supuesto de hecho diferente (llamadas perdidas), al interpretarse los preceptos penales en cuestión, respecto de la prohibición impuesta en el artículo 48.2 del Código Penal, luego de afirmar que la norma penal no hace referencia estricta a contactos de doble dirección para añadir, respecto de las comunicaciones, que "Tampoco se establecen límites mínimos al contacto, siendo suficiente su existencia".

Por su parte, los hechos probados de la sentencia exponen que el acusado ha hecho uso del estado de whatsapp, insertando en el mismo frases que contienen mensajes dirigidos a concretas personas. Respecto de uno de ellos, la sentencia afirma que fue dirigido a Zaida ., con quien tiene prohibida las comunicaciones, por cualquier medio. En el supuesto tratado, la frase redactada por el acusado tiene un claro destinatario, publicada por el medio indicado, sin que el acusado hubiera siquiera bloqueado su acceso a la denunciante. Los hechos ponen de manifiesto que el acusado utilizó este procedimiento para emitir estos mensajes, dirigidos a su expareja, sin que, como se afirma en la resolución recurrida, la utilización de este procedimiento, a modo de subterfugio, le permita eludir el rigor de las prohibiciones impuestas que como ya se ha expuesto se extienden a toda clase de comunicación. Es el propio acusado quien intencionadamente modifica su estado e introduce las expresiones dirigidas a transmitir un mensaje (en este casos las amenazas vertidas) a su expareja, asumiendo su difusión. Esta acción ya supone un acto que pone en manifiesto riesgo los bienes jurídicos objetos de protección y que merece la consideración como delito de quebrantamiento de condena en la forma que expone la sentencia de primera instancia.

5º.- En el último motivo de recurso, el apelante muestra su discrepancia sobre la individualización de las penas de prisión, impuestas en su máxima extensión. En ambas penas se ha apreciado la circunstancia agravante de reincidencia, en base a condenas anteriores por delitos continuados de quebrantamiento y de amenazas. La reiteración en estas conductas, unido también a la existencia de antecedentes por delitos contra las personas y de otras naturalezas, permiten justificar la individualización de estas penas en su límite máximo. Debiendo rechazarse los argumentos del recurrente. No obstante, cuestión distinta es la derivada del tratamiento penal del hecho declarado probado, una vez que se han excluido otros comportamientos que si bien han sido declarados probados, no se han vinculado a la víctima denunciante y no motivan condena alguna en la sentencia de primera instancia. Por el mensaje emitido el día 25 de octubre a las cuatro horas, se imponen sendas condenas. Con carácter previo ha de considerarse que en el caso tratado debe apreciarse un concurso de delitos con exclusión del de normas penales. En este sentido, existe el concurso de leyes o de normas, cuando unos hechos aparecen contemplados en dos o más preceptos penales y sólo uno de ellos debe aplicarse puesto que en otro caso se infringiría el principio "ne bis in idem". No se puede apreciar esta limitación en un supuesto como el tratado, dado que la respuesta que debe darse al hecho delictivo, en cuanto a su significación antijurídica no se agota con la aplicación de uno cualquiera de los dos preceptos en conflictos. Así, el quebrantamiento de condena se produce por el mero hecho de la comunicación, al margen



de su contenido. En cuanto a los bienes jurídicos, aun cuando en ambos pueda haber coincidencia en lo que afecta al bien jurídico relativo a la libertad de la víctima y su sentimiento de seguridad, lo cierto es que el quebrantamiento de condena también conlleva el relativo al ataque contra el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, que lesiona también el principio de autoridad.

Excluido el concurso de normas habrá concurso de delitos, si bien, en este caso, en contra del criterio seguido en la sentencia de primera instancia (compatible con la tesis original de la acusación), habrá un concurso ideal de delitos, dado que el hecho descrito constituye dos delitos: amenazas graves y quebrantamiento de condena. En este caso la condena conjunta por ambos delitos obliga a limitar el principio de acumulación de penas, previsto en el artículo 76, debiendo castigarse la conducta con imposición de la pena prevista para el delito más grave en su mitad superior, sin que pueda exceder de la suma de las penas que separadamente pudieran corresponder para cada delito (art. 77.2). En el caso analizado, la imposición de penas separadas, con arreglo a las reglas de individualización de las penas previamente aplicadas en la sentencia de primera instancia y que se han confirmado en la resolución del anterior motivo de recurso, obligan a aplicar el principio de exasperación, entendiendo justificada la individualización de la pena en la extensión máxima de la infracción más grave, delito de amenazas del art. 169.2. En suma, la pena deberá fijarse, por los dos delitos, apreciados en concurso ideal, en la extensión de dos años de prisión.

La estimación del recurso de apelación en el sentido indicado, transmite a este tribunal de apelación la condición de tribunal sentenciador, debiendo fijar la pena resultante, con todas sus consecuencias jurídico penales. Entre estas, la concreción de las penas accesorias legales, en concreto las que tienen carácter de pena legal obligatoria en el artículo 57.2, en base a la naturaleza del delito (amenazas) y a la condición de la víctima (como expareja del encausado). Aunque la pena no fue solicitada por las acusaciones, la imposición de la prohibición de aproximación (art.48.2), como pena legal, impuesta en su extensión mínima, no infringe el principio acusatorio (1 año superior al de la duración de la pena de prisión). Por otra parte, la introducción "ex novo" de esta pena en la sentencia que resuelve el recurso de apelación del condenado, no infringe tampoco el principio de prohibición de "reformatio in peius" (reforma peyorativa), por cuanto es consecuencia de la estimación parcial del recurso, en sentido favorable al apelante, al implicar una rebaja de la pena privativa de libertad. La estimación parcial del recurso habilita al tribunal para imponer una nueva pena en sentido favorable al recurrente, con todas sus consecuencias legales.

Además, consta en la causa la existencia de al menos dos condenas a penas de prisión anteriores que han sido suspendidas, sin que conste que se haya comunicado a los tribunales sentenciadores la existencia de esta condena, a los efectos que procedan.

6º.- Dada la reducción de las penas impuestas, determinantes del límite fijado para la duración de la medida de prisión provisional, artículo 504.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de forma inmediata procede poner esta situación en conocimiento del Juzgado de lo Penal, para que, en su caso, decrete la libertad provisional del acusado, en función de la falta de firmeza del presente fallo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 792.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

#### **Vistos los preceptos legales citados y demás de aplicación al caso.**

1º.- Se estima parcialmente el recurso de apelación.

2º.- En consecuencia, de acuerdo con los fundamentos de derecho expuestos, se considera que el acusado Jose María es autor de un delito de amenazas graves ( art. 169.2) y de un delito de quebrantamiento de condena ( art. 468.2), con relación a los hechos que han sido declarados probados en la sentencia, en concurso ideal del artículo 77.2 del Código Penal. Por estos delitos, se le impone la pena de prisión de dos años, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de duración de la condena, así como la prohibición de aproximación a Zaida, a su persona en cualquier lugar donde se encuentre, domicilio, trabajo o cualquier otro que frecuente, por tiempo superior en un año al de la duración de la pena de prisión. En lo restante se confirman los pronunciamientos de la sentencia recurrida sobre costas procesales y responsabilidad civil.

3º.- Se declaran de oficio las costas del recurso.

4º.- En el cumplimiento de las penas, habrá de estarse a lo dispuesto en los artículos 58 y 59 del Código Penal.

5º.- Una vez firme, comuníquese la presente condena al Juzgado de lo Penal número Siete de Santa Cruz de Tenerife, con sede en Santa Cruz de La Palma, en la ejecutoria 372/2018, pena de prisión de dos años, impuesta por delito de lesiones agravado y que fue suspendida el día 19 de septiembre de 2018.



6º.- Dada la reducción de la penas impuestas, determinantes del límite fijado para la duración de la medida de prisión provisional, artículo 504.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de forma inmediata póngase esta sentencia, con indicación de la pena de prisión resultante de esta condena, en conocimiento del Juzgado de lo Penal, para que, en su caso, decrete la libertad provisional del acusado.

Notifíquese esta sentencia al Ministerio Fiscal, partes y ofendidos-perjudicados aunque no se hayan mostrado parte en el procedimiento, salvo que hayan manifestado expresamente su voluntad de no ser notificadas, instruyéndoles que contra la misma puede interponerse recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, únicamente por infracción de ley del motivo previsto en el número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Una vez firme, remítase testimonio, junto con los autos, para su cumplimiento y archívese el presente.

Publicación. Leída y publicada ha sido la anterior sentencia, doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ