



Roj: **ATS 7790/2013 - ECLI:ES:TS:2013:7790A**

Id Cendoj: **28079120012013201923**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **31/07/2013**

Nº de Recurso: **20663/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Causa Especial**

Ponente: **ANTONIO DEL MORAL GARCIA**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUTO

En la Villa de Madrid, a treinta y uno de Julio de dos mil trece.

I. HECHOS

PRIMERO .- Con fecha veintiséis de septiembre de dos mil doce, se recibió en el Registro General de esta Secretaría, procedente del Registro General de este Tribunal, Exposición razonada que elevó el Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 2 de Las Palmas de Gran Canaria, relativa a las diligencias previas nº 285/12, incoadas por denuncia por presunto delito de malos tratos en el ámbito familiar interpuesta por D^a Remedios contra D. Víctor Manuel , quien ostenta la condición de Senador de Las Cortes Generales en la presente Legislatura según acreditación en autos.

SEGUNDO .- El Juzgado remitente había dictado Auto de fecha 10 de agosto de 2012 adoptando como medida cautelar urgente, << *la prohibición a D. Víctor Manuel de acudir al domicilio de D^a Remedios , así como aproximarse a menos de 500 metros o comunicar con la citada persona de cualquier forma mientras se tramita esta causa, tanto en su domicilio, como fuera de él, en su centro de trabajo o en cualquier lugar frecuentado por el/la mismo/a*>>.

Por auto de fecha 31 de enero de 2013 se acordó mantener vigente tal medida de alejamiento.

TERCERO .- Por Auto de fecha 31 de octubre de 2012 la Sala Segunda del Tribunal supremo de conformidad con lo previamente informado por el Ministerio Público dispuso: << *1º Declarar la competencia de esta Sala en relación con el aforado D. Víctor Manuel . 2º) Designar Instructor conforme al turno previamente establecido, al Magistrado de esta Sala D. Antonio del Moral Garcia. Y, 3º) Declarar la falta de competencia en relación con los no aforados, debiendo continuar con la instrucción el Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 2 de Las Palmas de Gran Canaria, deduciendo el testimonio de los particulares de interés para su remisión al mismo*>> .

CUARTO .- En fecha 26 de Noviembre de 2012, se recibió escrito del Procurador Sr. Fernández Castro, en nombre y representación de D. Víctor Manuel , en el que solicitaba "*declarar voluntariamente ante el Excmo. Sr. Magistrado Instructor que sea designado, sin necesidad de remisión de suplicatorio...*".

QUINTO .- El 14 de enero se tomó declaración al referido. En fechas sucesivas se practicaron nuevas diligencias: testificales, pericial y documentales, con intervención del Ministerio Fiscal, defensa y acusación particular.

II: RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO .- Pueden considerarse practicadas todas las diligencias necesarias y útiles. Las partes no han interesado ninguna otra. Hemos llegado al momento procesal en que a tenor del art. 779 LECrim , ha de optarse por alguno de los caminos alternativos que abre tal precepto. Es patente la improcedencia de algunas de las vías contempladas en tal norma. En una primera aproximación las previstas en los números 1^a, 2^a o 4^a del art.



779.1. LECrim serían las alternativas viables. A ellas hay que adicionar la posibilidad de una transformación procedimental (art. 760).

La decisión a adoptar exige efectuar tanto **i)** un nuevo *juicio provisional de tipicidad* para comprobar que los hechos objeto de investigación tal y como han sido acotados en la fase preliminar revisten caracteres de uno de los delitos a tramitar por las normas del procedimiento abreviado (de forma que si los hechos no son constitutivos de infracción penal, o, siéndolo, desbordan por su gravedad ese ámbito; o son de naturaleza leve y por tanto su enjuiciamiento ha de canalizarse a través del juicio de faltas habrá que archivar -art. 779.1.1ª- o reconvertir el procedimiento -arts 760 ó 779.1.2- respectivamente); **ii)** como un *juicio fáctico* a nivel puramente indiciario para constatar que concurren elementos bastantes como para reputar "suficientemente justificada" la perpetración de los hechos denunciados. El resultado positivo de ambos juicios daría lugar a la continuación del procedimiento en la forma establecida en los arts. 779.1.4ª y 780.1 LECrim y, en su momento y caso, a reclamar la correspondiente autorización de la Cámara Alta. Si falla alguno de esos dos juicios será otra la decisión procedente.

SEGUNDO .- Estamos ante un objeto fácticamente plural. Fueron excluidos del ámbito de esta causa los hechos imputados a personas diferentes del aforado en virtud del auto de la Sala Segunda de fecha 31 de octubre último que rechazaba la competencia de este órgano para asumir su conocimiento. Pero son varias las secuencias fácticas que se atribuyen al único imputado. La primaria viene constituida por el episodio datado el dos de agosto de 2012 que determinó la inicial denuncia por las lesiones sufridas por la denunciante. A él se unen otras conductas que se le atribuyen, más lejanas en el tiempo, que en una provisional valoración evocan los delitos contemplados en los arts. 153 y 173.2 del Código Penal .

TERCERO .- Esos hechos, agregados al que podemos denominar convencionalmente hecho "nuclear" (2 de agosto de 2012), se sitúan temporalmente el 9 de diciembre de 2008 (episodio puntual de agresión: empujón, acorralamiento y agarramiento del cuello); y durante toda la vigencia de la convivencia conyugal (violencia psicológica concretada en aislamiento; falta de comunicación y, silencios prolongados durante semanas; palabras despectivas; injustificadas restricciones a la capacidad de disposición económica; agresiones mediante patadas, empujones, pisotones, gestos amenazantes). Fueron materia de dos denuncias que han sido incorporadas a las actuaciones (folios 155 y siguientes y 160 y siguientes) fechadas ambas el 12 de marzo de 2009. Están unidos también a la causa sendos autos recaídos para solventar tales denuncias, autos que son firmes y que fueron dictados por dos Juzgados diferentes a los que se turnaron los escritos de denuncia, formulados separadamente pese a su similitud temática e incluso solapamiento.

No es dable ahora entrar a valorar tales hechos por cuanto ya existen dos resoluciones dictadas por los órganos judiciales que eran competentes y que no fueron objeto de recurso. Más allá de la naturaleza de esos sobreseimientos y su eventual eficacia o no de cosa juzgada, tema discutible, resulta claro que solo podría ampliarse este procedimiento al enjuiciamiento de aquellos hechos si se hubiese aportado algún elemento nuevo que justificase la reapertura de una investigación clausurada judicialmente en su día. La reiteración de la denuncia no basta para reabrir un procedimiento penal sobreseído provisionalmente. La denuncia de los hechos acaecidos en agosto de 2012 no constituye por sí sola un factor nuevo que permita retomar la investigación objeto de aquellas diligencias sobreseídas. Por tanto tales hechos han de quedar apartados de este proceso por esa potísima razón.

A mayor abundamiento no sobra apuntar:

a) Que respecto de una de las denuncias (la que se refería a la situación de maltrato psíquico durante todo el matrimonio) se decretó de manera expresa un **sobreseimiento libre** al entenderse que los hechos no eran constitutivos de delito razonándose de forma expresa en ese sentido en el Auto de 23 de abril de 2009 (folio 150). Eso comporta eficacia de cosa juzgada material y, por tanto, imposibilidad procesal de conocer de esos hechos.

b) Que pese a ser notificados a la denunciante, ninguno de los dos autos de archivo se impugnó.

c) Que los hechos denunciados enmarcados el 9 de diciembre de 2008 (denuncia en la que se aludía también a hipotéticas coacciones con motivo del procedimiento de separación) y que fueron zanjados mediante un sobreseimiento provisional, estarían en todo caso prescritos al haber transcurrido más de tres años desde aquel archivo, decretado, además, de plano (vid. art. 132 CP), el 30 de marzo de 2009, sin práctica previa de diligencia alguna.

d) Que a meros efectos argumentativos, que, en todo caso, aportan también elementos no del todo neutros a la hora de enfrentarse a la valoración de los nuevos hechos denunciados, habría que concluir también la manifiesta debilidad de los indicios para proceder penalmente por los hechos objeto de aquellas denuncias sobreseídas. El episodio de 9 de diciembre de 2008 es relatado de forma muy dispar en aquella denuncia



mecanografiada ("actitud violenta", "acorralamiento" "increpaciones mediante gritos" "apuntar con el dedo índice") y en la posterior "re-denuncia" con motivo del que hemos llamado "hecho nuclear" ("comenzó a agredirla, empujándola y cogiéndola del cuello en diversas habitaciones de la casa siendo testigo de estos hechos su hija mayor y un chico llamado Elkin"; o "la empujó contra la pared"). Aunque no se desdeña la explicación ofrecida por la declarante que podría justificar esos desajustes (no denunció la agresión en sí por miedo), esa patente asimetría entre las dos narraciones sí arroja dudas sobre su fidelidad a la realidad, máxime al venir parcialmente desmentida por un testigo directo diferente de los implicados. La vinculación laboral de éste con el denunciado es dato objetivo e indiscutido que ha de tenerse presente para valorar su testimonio, ciertamente; pero, desde luego, aunque se prescindiese de esa declaración no habría elementos bastantes para reputar fundada esa imputación, ya rechazada motivadamente por el órgano judicial competente. No es, por otra parte, del todo coherente la iniciativa emprendida por una persona para denunciar a su cónyuge, con el temor aducido como explicación de que la denuncia no reflejara fielmente la agresión, limándose sus aspectos más relevantes (empujones, agresiones). Ese hipotético "temor" podría explicar la pasividad ante los sobreseimientos renunciando al recurso; pero no que quien ya da el paso de denunciar, omita en su relato las circunstancias más graves.

e) El carácter vago, e inconcreto en lo que son episodios fácticos específicos, del relato contenido en la otra denuncia (también muy dulcificado si se compara con la narración efectuada en agosto de 2012: en aquella se habla solo de maltrato psicológico y actitudes de desprecio, en ésta se da el salto a referir agresiones físicas concretas y reiteradas), es tan genérico que solo sugería una situación matrimonial conflictiva y de progresivo desafecto que no alcanza la gravedad del clima de violencia y hostilidad sistemática que requiere el tipo del art. 172.3 CP .

En consecuencia han de declararse excluidos del objeto procesal de esta causa los hechos anteriores referidos.

CUARTO .- El análisis de los hechos acaecidos el 2 de agosto de 2012 obliga a plantearse de manera previa si estamos ante el delito del art. 153 CP o ante una eventual falta de lesiones. En efecto, si atendemos al resultado las lesiones no cubren las exigencias típicas del art. 147. No obstante, el art. 153.1 eleva a la categoría de delito toda lesión causada por el varón a su cónyuge, ex-cónyuge, o persona ligada o que lo haya estado por relación de afectividad análoga.

Examinados objetivamente los hechos se incardinan con naturalidad en el art. 153.1 pese a la entidad menor de las lesiones. No obstante, es conocido como en un no despreciable número de órganos judiciales integrados en el orden penal se ha abierto paso una exégesis de esa norma que, aún siendo minoritaria, no es en absoluto insólita ni extravagante. Se viene entendiendo por algunos que junto al elemento objetivo (lesión, golpe o maltrato físico) se requiere otro de naturaleza subjetiva o anímica: que *in casu* la agresión se revele como manifestación de un ánimo larvado o explícito de dominación o sometimiento de la mujer, lo que se calificaría como un componente "machista", única forma, según ese entendimiento, de justificar la desigualdad de trato punitivo por razones del sexo respectivo de agresor y víctima. Algún esporádico reflejo ha tenido esa tesis en la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. En el caso de no concurrir esa vertiente subjetiva representativa de un *plus* respecto del dolo genérico, los hechos no perderían su condición de falta, de infracción venial.

En el presente caso, si eventualmente se partiese de esa tesis exegética, que no está huérfana de adeptos, estaríamos ante uno de los supuestos claros a los que proyectarse: el imputado no busca la comunicación física, se encuentra con ella, casi le viene impuesta; su regla, escrupulosamente cumplida, es evitar cualquier contacto, personal o virtual, directo, con su ex- cónyuge; no actúa espontáneamente sino impulsado por la situación en que se ve inmerso contra su voluntad, en un contexto en cuya génesis no tiene ninguna responsabilidad. Su actuación es reactiva, buscando zafarse a toda costa de la sensación de hostigamiento, y escapar a la tensión de un encuentro que él ni ha propiciado, ni acepta, ni se aviene a mantener. En ese escenario se producen las lesiones.

Es necesario, pues, examinar esta cuestión jurídica con carácter. De asumirse esa doctrina y convenirse con ella en que en el presente caso faltaría ese elemento subjetivo, decaería la competencia de la Sala Segunda y habría que devolver la causa al juzgado de origen (art. 779.1.2ª LECrim). Superadas viejas vacilaciones la Sala Segunda del Tribunal Supremo se ha decantado por sustraer las faltas del ámbito de los fueros procesales. (Autos de 4 de diciembre de 1991 , 22 de octubre de 1982 , 1 y 6 de marzo de 1985 , 15 de enero de 1992 y, especialmente, 7 de mayo de 1993 recaído éste último en la causa especial 660/1993). Será el Juez de Instrucción o el Juez de Violencia sobre la Mujer el competente para tal tarea, también cuando el presunto responsable es una persona aforada. Ha primado una interpretación restrictiva de los fueros alentada por el principio constitucional de igualdad. Desde esa óptica se viene a deducir que el término "causa" que se



maneja para establecer los fueros (vid. arts. 71.3 CE y 57 LOPJ), ha de ser entendido como "proceso por delito" excluyéndose los juicios de faltas (Auto ya citado de 7 de mayo de 1993).

QUINTO .- La conocida serie de sentencias constitucionales que refrendaron la conformidad con la Constitución, desestimando las múltiples cuestiones de constitucionalidad promovidas, de la asimetría implantada en el tratamiento penal de determinadas infracciones en el seno de las relaciones conyugales o asimiladas, se ha enarbolado como respaldo de esa interpretación que con anterioridad solo se había manifestado de manera tímida y aislada. Sin "ánimo de dominación" no habría "violencia de género" y no estaríamos en el supuesto del art. 153.1 sino ante una mera falta o, en su caso, delito común. Esa interpretación vendría apoyada en la dicción literal del artículo 1 de la Ley Orgánica 1/2004. Los tipos penales de los artículos 153.1, 171.4 y 172, exigirían una particular intencionalidad de dominación o subyugación por parte del sujeto activo de la acción respecto de la víctima. No bastaría la situación objetiva -varón contra cónyuge o persona asimilada. Haría falta algo más que se infiere de una interpretación teleológica del precepto. Para que quede justificada constitucionalmente la diversidad de trato en virtud del diferente sexo de sujetos activo y pasivo sería necesario que el episodio concreto de lesiones o maltrato físico obedezca a un marco sociológico de dominación de la mujer por el hombre, es decir, que refleje la intención, explícita o larvada, consciente o subliminal, de establecer un predominio del varón sobre la mujer en las relaciones afectivas presentes, o derivadas de lazos afectivos pasados.

Precisamente uno de los supuestos en que ese entendimiento parece gozar de un mayor campo de aplicación es el de agresiones recíprocas al que, no sin importantes matices, puede reconducirse el presente: no podemos olvidar la denuncia cruzada que se está ventilando en otro nivel jurisdiccional. El mutuo acometimiento asumido sería una señal de que no se produce la situación de desigualdad y desequilibrio que según esa concepción está en la base de esas agravaciones penales. Sin ese fundamento hay que acudir a los tipos básicos con la paradoja de que entonces nos saltaremos el art. 153 y aparecerá como infracción subsidiaria la falta. En el art. 153.2 está excluida como sujeto pasivo la mujer. Este anómalo efecto es precisamente uno de los argumentos más rotundos para rechazar esa tesis que se antoja poco respetuosa con la literalidad de la ley y con la manifestada y exteriorizada voluntad del legislador.

Algunos pronunciamientos aislados del Tribunal Supremo, como se ha sugerido antes, parecen inspirarse en esas ideas en aparente apartamiento del criterio de la STS 58/2008, de 25 de enero que se inclina por la interpretación más fiel a la literalidad de los tipos penales sin usar la Ley Orgánica 1/2004 como discutible muleta interpretativa.

La STS 654 / 2009 de 8 de Junio es uno de esos pronunciamientos. Contempla unas agresiones recíprocas de las que surgen lesiones en los dos miembros de la pareja. El Tribunal de instancia argumentaba en pro de la inaplicabilidad del art. 153, de esta forma: *"se trata de una pelea entre los dos miembros de la pareja en igualdad de condiciones, con agresiones mutuas, adoptando ambos un posicionamiento activo en la pelea (no meramente defensivo, como lo demuestran la localización de las lesiones sufridas por cada uno de ellos) que nada tiene que ver con actos realizados por uno sólo de los componentes de la pareja en el marco de una situación de dominio discriminatoria para el otro, por lo que castigar conductas como las declaradas probadas por la vía del art. 153 del CP con la pluspunción que este precepto contiene, resultaría contrario a la voluntad del legislador, puesto que las referidas conductas no lesionaron el complejo de intereses que dicho artículo trata de proteger"*. La STS 654/2009 ratifica ese criterio invocando tanto el artículo 3.1 del Código Civil y apoyándose en la ausencia de referencia a las características físicas y temperamentales del hombre y de la mujer implicados, al motivo de la discusión, o al mayor protagonismo en el inicio de las vías de hecho. Ese cuadro impide tener por acreditado que la acción se produjera en el contexto propio de las denominadas conductas "machistas".

La sentencia 629/2009, de 24 de noviembre volvía sobre la cuestión con consideraciones parecidas: *"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 .** , modificado por la ya tantas veces citada Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, 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...

...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...

... lo cierto es que en el "factum" no se describe una situación de maltrato habitual del acusado hacia su esposa (que, en todo caso constituiría el tipo del art. 173 C.P ., por el que no fue acusado ni por el Fiscal ni por la acusación particular), sino una única agresión por el acusado en el seno de una trifulca matrimonial inicialmente verbal que degeneró en una agresión física comenzada por ella, según su propia versión, al afirmar, haberlo agarrado por los pelos a él, quien en respuesta a su acción le propinó un cabezazo en la parte superior de la nariz" explica la sentencia en su fundamentación jurídica. Es decir, una agresión mutua pero iniciada por la mujer al agarrar del pelo al acusado que generó la reacción violenta de éste, reacción en la que no puede descartarse un componente de represalia, pero tampoco un modo de defenderse del ataque del que estaba siendo objeto.

En este escenario fáctico, y en sintonía con las consideraciones que han quedado consignadas en esta resolución, el Tribunal a quo rechaza la subsunción de los hechos probados en el tipo penal del art. 153 C.P ., señalando que éste obedece a una finalidad de la norma dirigida a otorgar la máxima tutela a aquellas personas que, dentro del ámbito familiar o doméstico, se ven sometidas a situaciones de discriminación y dominio por parte de los convivientes o ex convivientes, unas personas que, con alarmante frecuencia, vienen a engrosar las ya de por sí elevadas estadísticas de la violencia doméstica, pretendiendo, como reza en la propia exposición de motivos de la L.O. 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género cuando, luchar eficazmente contra las diversas manifestaciones de la relación desigual existente entre hombres y mujeres, por la que éstas se encuentran en una situación de subordinación, y articulando una serie de medidas destinadas a tal fin, como forma de dar respuesta firme y contundente contra este fenómeno a través de ciertos tipos penales específicos como el que aquí nos ocupa. Y partiendo de estas premisas, expone que "es posible excluir la aplicación de este tipo penal, y acudir en consecuencia a otro tipo de calificación únicamente en aquellos casos 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, trasladando la conducta de las previsiones específicas del 153 a la falta ordinaria del artículo 617.1 ó 2 del Código Penal . Y esto es lo que ocurrió en el episodio enjuiciado donde, a raíz de la discusión existente entre el matrimonio, se produjo una agresión, durante la cual, según la versión de la mujer, primero ella lo atacó a él, agarrándolo de los pelos; y segundo, él a ella, dándole un cabezazo en la nariz, y después, agarrándolo ella de las muñecas, y arañándolo en los brazos".

Si, como hemos establecido líneas atrás, **la aplicación del art. 153 requiere no sólo la existencia de una lesión leve a la mujer por parte del compañero masculino, sino también que esta acción se produzca en el seno de una relación de sumisión, dominación y sometimiento a la mujer por parte del hombre, esto es, de una discriminación de todo punto inadmisibles**, habrá de ser el Tribunal sentenciador el que, a la vista de las pruebas practicadas a su presencia, oyendo con inmediación y contradicción a denunciante y denunciado y los testimonios de otros posibles testigos, el que establezca el contexto en el que tuvieron lugar los hechos,



analizando los componentes sociológicos y caracterológicos concurrentes a fin de establecer, mediante la valoración razonada de los elementos probatorios si el hecho imputado es manifestación de la discriminación, desigualdad y relaciones de poder del hombre sobre la mujer, u obedece a otros motivos o impulsos diferentes. Así lo ha entendido el Tribunal sentenciador excluyendo argumentadamente que la agresión mutua de marido y mujer se hayan producido en un ámbito de "violencia machista" en una conclusión valorativa ciertamente racional y razonada que esta Sala de casación carece de motivos para invalidarla... "

No era unánime el criterio del Tribunal: la citada sentencia venía acompañada de un voto discrepante que subraya la literalidad del art. 153.1 CP y el irrecomponible desajuste derivado de combinar esa tesis con el art. 153.2 CP : *"...Adentrarse por la vía de la interpretación valorativa en cada caso concreto enjuiciado acerca de cuándo existe desigualdad o relación de subordinación o dominación, o una situación de discriminación, exige un mayor componente de resultancias fácticas, que se encuentren muy acreditadas, más allá de la simple determinación de que una pelea mutua, o "trifulca matrimonial", si se quiere, neutralizar la aplicación de este tipo. Lo propio podríamos decir respecto a una supuesta desigualdad cultural, económica, educativa, juvenil, incluso resultante de componentes físicos, etc. El legislador ha tratado de objetivar la violencia de género a la ejercida por el varón sobre la mujer, en el ámbito de lapareja, y ello, al parecer, por razones estadísticas o históricas. No nos corresponde a nosotros el enjuiciamiento sobre el acierto de este componente sociológico, y es más, a pesar de las razonables dudas de constitucionalidad de una medida de discriminación positiva en el ámbito penal, el Tribunal Constitucional las despejó en sentido negativo, no sin posturas discrepantes en el seno del mismo".*

SEXTO.- Es verdad que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional para la aplicación del art. 153.1 CP se exige un sustrato que ponga de manifiesto que la agresión, se enmarca en el contexto de una reprobable concepción implantada en ámbitos culturales o sociales de predominio del varón sobre la mujer. Pero eso no significa que sea necesario un elemento subjetivo peculiar o un dolo específico. La presunción juega en sentido contrario. Sólo si consta o hay evidencias de que el episodio, concreto o reiterado, de violencia es totalmente ajeno a esa concepción que ha estado socialmente arraigada, y que la agresión o lesión obedece a unas coordenadas radicalmente diferentes, no habría base para la diferenciación penológica y habrá que castigar la conducta a través de los tipos subsidiarios en que la condición de mujer del sujeto pasivo no representa un título de agravación penológica. Pero en principio una agresión en ese marco contextual *per se* y sin necesidad de prueba especial está vinculada con la concepción que el legislador penal se propone erradicar o al menos reprobado.

La interpretación del TC vincula a todos los Tribunales (art. 5.1 LOPJ). Las Sentencias del TC que abordaron este tema, pese a rechazar las dudas de constitucionalidad elevadas desde la jurisdicción ordinaria, tienen cierta naturaleza "interpretativa". Vienen a decir, como ponen de manifiesto los votos particulares, que el precepto solo será constitucional si se interpreta en la forma que se desarrolla en el texto, es decir si se descarta el automatismo en la aplicación. El intérprete no puede arrinconar o desdeñar las razones últimas de la agravación.

La STC 159/2008, de 14 de mayo anuncia en su fundamento de derecho séptimo que la justificación de la desigualdad entre las sanciones del art. 153.1º y 153.2º hay que buscarla en su mayor desvalor: el legislador quiere 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"*. Esa perspectiva hace legítima la desigualdad en las consecuencias. El fundamento octavo de la sentencia desmenuza esa idea: *" La Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género tiene como finalidad principal prevenir las agresiones que en el ámbito de la pareja se producen como manifestación del dominio del hombre sobre la mujer en tal contexto; su pretensión así es la de proteger a la mujer en un ámbito en el que el legislador aprecia que sus bienes básicos (vida, integridad física y salud) y su libertad y dignidad mismas están insuficientemente protegidos. Su objetivo es también combatir el origen de un abominable tipo de violencia que se genera en un contexto de desigualdad y de hacerlo con distintas clases de medidas, entre ellas las penales.*

La exposición de motivos y el artículo que sirve de pórtico a la Ley son claros al respecto... Este objeto se justifica, por una parte, en la "especial incidencia" que tienen, "en la realidad española ... las agresiones sobre las mujeres" y en la peculiar gravedad de la violencia de género, "símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad", dirigida "sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión", y que tiene uno de sus ámbitos básicos en las relaciones de pareja (exposición de motivos I). Por otra parte, en cuanto que este tipo de violencia "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", los poderes públicos "no pueden ser ajenos" a ella (exposición de motivos II).

Tanto en lo que se refiere a la protección de la vida, la integridad física, la salud, la libertad y la seguridad de las mujeres, que el legislador entiende como insuficientemente protegidos en el ámbito de las relaciones de pareja, como en lo relativo a la lucha contra la desigualdad de la mujer en dicho ámbito, que es una lacra que se imbrica con dicha lesividad, es palmaria la legitimidad constitucional de la finalidad de la ley, y en concreto del precepto penal ahora cuestionado, y la suficiencia al respecto de las razones aportadas por el legislador, que no merecen mayor insistencia. La igualdad sustancial es "elemento definidor de la noción de ciudadanía" (STC 12/2008, de 29 de enero, FJ 5) y contra ella atenta de modo intolerable cierta forma de violencia del varón hacia la mujer que es o fue su pareja: no hay forma más grave de minusvaloración que la que se manifiesta con el uso de la violencia con la finalidad de coartar al otro su más esencial autonomía en su ámbito más personal y de negar su igual e inalienable dignidad.

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. Será necesario que resulte adecuada una diferenciación típica que incluya, entre otros factores, una distinta delimitación de los sujetos activos y pasivos del tipo: que sea adecuado a la legítima finalidad perseguida que el tipo de pena más grave restrinja el círculo de sujetos activos -en la interpretación de la Magistrada cuestionante, que, como ya se ha advertido, no es la única posible- y el círculo de sujetos pasivos.

a) La justificación de la segunda de estas diferenciaciones (de sujeto pasivo o de protección) está vinculada a la de la primera (de sujeto activo o de sanción), pues, como a continuación se expondrá, el mayor desvalor de la conducta en el que se sustenta esta diferenciación parte, entre otros factores, no sólo de quién sea el sujeto activo, sino también de quién sea la víctima. Debe señalarse, no obstante, que esta última selección típica encuentra ya una primera razón justificativa en la mayor necesidad objetiva de protección de determinados bienes de las mujeres en relación con determinadas conductas delictivas. Tal necesidad la muestran las altísimas cifras en torno a la frecuencia de una grave criminalidad que tiene por víctima a la mujer y por agente a la persona que es o fue su pareja. Esta frecuencia constituye un primer aval de razonabilidad de la estrategia penal del legislador de tratar de compensar esta lesividad con la mayor prevención que pueda procurar una elevación de la pena

b) La cuestión se torna más compleja en relación con la diferenciación relativa al sujeto activo, pues cabría pensar a priori que la restricción del círculo de sujetos activos en la protección de un bien, no sólo no resulta funcional para tal protección, sino que se revela incluso como contraproducente. Así, si la pretensión fuera sin más la de combatir el hecho de que la integridad física y psíquica de las mujeres resulte menoscabada en mucha mayor medida que la de los varones por agresiones penalmente tipificadas, o, de un modo más restringido, que lo fuera sólo en el ámbito de las relaciones de pareja, la reducción de los autores a los varones podría entenderse como no funcional para la finalidad de protección del bien jurídico señalado, pues mayor eficiencia cabría esperar de una norma que al expresar la autoría en términos neutros englobara y ampliara la autoría referida sólo a aquellos sujetos. Expresado en otros términos: si de lo que se trata es de proteger un determinado bien, podría considerarse que ninguna funcionalidad tiene restringir los ataques al mismo restringiendo los sujetos típicos.

Con independencia ahora de que la configuración de un sujeto activo común no deja de arrostrar el riesgo de una innecesaria expansión de la intervención punitiva -pues cabe pensar que la prevención de las conductas de los sujetos añadidos no necesitaba de una pena mayor-, con una especificación de los sujetos activos y pasivos como la del inciso cuestionado del art. 153.1 CP no se producirá la disfuncionalidad apuntada si cabe apreciar que estas agresiones tienen un mayor desvalor y que por ello ese mayor desvalor necesita ser contrarrestado con una mayor pena. **Esto último, como se ha mencionado ya, es lo que subyace en la decisión normativa cuestionada en apreciación del legislador que no podemos calificar de irrazonable: que las agresiones del varón hacia la mujer que es o que fue su pareja afectiva tienen una gravedad mayor que cualesquiera otras en el mismo ámbito relacional porque corresponden a un arraigado tipo de violencia que es "manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres". En la opción legislativa ahora cuestionada, esta inserción de la conducta agresiva le dota de una violencia peculiar y es, correlativamente, peculiarmente lesiva para la víctima. Y esta gravedad mayor exige una mayor sanción que redunde en una mayor protección de las potenciales víctimas. El legislador toma así en cuenta una innegable realidad para criminalizar un tipo de violencia que se ejerce por los hombres sobre las mujeres en el ámbito de las relaciones de pareja y que, con los criterios axiológicos actuales, resulta intolerable.**



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. Por ello, cabe considerar que esta inserción supone una mayor lesividad para la víctima: de un lado, para su seguridad, con la disminución de las expectativas futuras de indemnidad, con el temor a ser de nuevo agredida; de otro, para su libertad, para la libre conformación de su voluntad, porque la consolidación de la discriminación agresiva del varón hacia la mujer en el ámbito de la pareja añade un efecto intimidatorio a la conducta, que restringe las posibilidades de actuación libre de la víctima; y además para su dignidad, en cuanto negadora de su igual condición de persona y en tanto que hace más perceptible ante la sociedad un menosprecio que la identifica con un grupo menospreciado. No resulta irrazonable entender, en suma, que en la agresión del varón hacia la mujer que es o fue su pareja se ve peculiarmente dañada la libertad de ésta; se ve intensificado su sometimiento a la voluntad del agresor y se ve peculiarmente dañada su dignidad, en cuanto persona agredida al amparo de una arraigada estructura desigualitaria que la considera como inferior, como ser con menores competencias, capacidades y derechos a los que cualquier persona merece...

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".**

La presencia de una mayor antijuricidad, así definida, no es una presunción *iuris et de iure*. No siempre que concurren todos los elementos objetivos típicos del art. 153.1º se podrá apreciar ese mayor desvalor. El Tribunal razona en unos términos que conducen a la conclusión de que el precepto solo podrá venir en aplicación cuando se aprecie ese mayor desvalor, lo que será habitual pero no automático. No son descartables a priori situaciones en que excepcionalmente la conducta escape totalmente de ese sustrato de intolerable asimetría arraigada que justifica la mayor sanción y que, en consecuencia, no deba castigarse por la vía del art. 153.1º para no incurrir en una discriminación no legítima constitucionalmente: " *En el marco de la argumentación del cuestionamiento de la norma ex art. 14 CE, se encuentran dos alegaciones que se expresan como de contrariedad de la misma al principio de culpabilidad penal. La primera se sustenta en la existencia de una presunción legislativa de que en las agresiones del hombre hacia quien es o ha sido su mujer o su pareja femenina afectiva concurre una intención discriminatoria, o un abuso de superioridad, o una situación de vulnerabilidad de la víctima. La segunda objeción relativa al principio de culpabilidad, de índole bien diferente, se pregunta si no se está atribuyendo al varón "una responsabilidad colectiva, como representante o heredero del grupo opresor".*

a) *No puede acogerse la primera de las objeciones. El legislador no presume un mayor desvalor en la conducta descrita de los varones -los potenciales sujetos activos del delito en la interpretación del Auto de cuestionamiento- a través de la presunción de algún rasgo que aumente la antijuricidad de la conducta o la culpabilidad de su agente. Lo que hace el legislador, y lo justifica razonablemente, es apreciar el mayor desvalor y mayor gravedad propios de las conductas descritas en relación con la que tipifica 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 y, entre ellas, la de su significado objetivo como reproducción de un arraigado modelo agresivo de conducta contra la mujer por parte del varón en el ámbito de la pareja.*

b) *Tampoco se trata de que una especial vulnerabilidad, entendida como una particular susceptibilidad de ser agredido o de padecer un daño, se presuma en las mujeres o de que se atribuya a las mismas por el hecho de serlo, en consideración que podría ser contraria a la idea de dignidad igual de las personas (art. 10.1 CE), como apunta el Auto de planteamiento. Se trata de que, como ya se ha dicho antes y de un modo no reprochable constitucionalmente, el legislador aprecia una gravedad o un reproche peculiar en ciertas agresiones concretas que se producen en el seno de la pareja o entre quienes lo fueron, al entender el legislador, como fundamento de su intervención penal, que las mismas se insertan en ciertos parámetros de desigualdad tan arraigados como generadores de graves consecuencias, con lo que aumenta la inseguridad, la intimidación y el menosprecio que sufre la víctima.*

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".

La sentencia, desde luego, contiene alguna dosis de ambigüedad, criticada por alguno de sus numerosos votos particulares, por no haber extraído de manera explícita la conclusión que sí es sugerida. Pero en general se puede estar conforme en entender que a raíz de tal pronunciamiento no serán sancionables por la vía del art. 153.1º episodios desvinculados de esas pautas culturales de desigualdad que se quieren combatir (por buscar un ejemplo claro e indiscutible: agresión recíproca por motivos laborales de dos compañeros de trabajo que estuvieron casados mucho tiempo antes).

Dicho con palabras de un voto particular, se procede a la: *"introducción en el tipo de un nuevo elemento que el legislador no ha incluido expresamente, pero que la Sentencia añade a la descripción legal: para que una conducta sea subsumible en el art. 153.1 del Código Penal no basta con que se ajuste cumplidamente a la detallada descripción que contiene, sino que es preciso además que el desarrollo de los hechos constituya "manifestación de la discriminación, situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres"*

SÉPTIMO.- Ahora bien eso no se traduce en un inexigible elemento subjetivo del injusto que es lo que hace a juicio de este Instructor de manera improcedente, la tesis interpretativa que antes se ha expuesto. No es algo subjetivo, sino objetivo, aunque contextual y sociológico. Ese componente "machista" hay que buscarlo en el entorno objetivo, no en los ánimos o intencionalidades. Cuando el Tribunal Constitucional exige ese otro desvalor no está requiriendo reiteración, o un propósito específico, o una acreditada personalidad machista. Sencillamente está llamando a evaluar si puede razonablemente sostenerse que en el incidente enjuiciado está presente, aunque sea de forma latente, subliminal o larvada, una querencia "objetivable", dimanante de la propia objetividad de los hechos, a la perpetuación de una desigualdad secular que quiere ser erradicada castigando de manera más severa los comportamientos que tengan ese marco de fondo.

En este caso el contexto comporta ese componente; más allá de las intencionalidades concretas o de la personalidad del autor, o de la forma en que se desencadena el episodio concreto. Lo relevante es que es un incidente sobrevenido en el marco claro de unas relaciones de pareja rotas y con motivo de su ruptura. No hace falta un móvil específico de subyugación, o de dominación masculina. Basta constatar la vinculación del comportamiento, del modo concreto de actuar, con esos añejos y superados patrones culturales, aunque el autor no los comparta explícitamente, aunque no se sea totalmente consciente de ello o aunque su comportamiento general con su cónyuge, o excónyuge o mujer con la que está o ha estado vinculado afectivamente, esté regido por unos parámetros correctos de trato de igual a igual. Si en el supuesto concreto se aprecia esa conexión con los denostados cánones de asimetría (como sucede aquí con el intento de hacer prevalecer la propia voluntad) la agravación estará legal y constitucionalmente justificada.

En modo alguno quiso el legislador adicionar una exigencia de valoración intencional para exigir que se probara una especial intención de dominación del hombre sobre la mujer. Ello iba ya implícito con la comisión del tipo penal contemplado en los arts. 153, 171 y 172 CP al concurrir las especiales condiciones y/o circunstancias del tipo delictivo. La situación en concreto de mayor o menor desigualdad es irrelevante. Lo básico es el contexto sociológico de desequilibrio en las relaciones: eso es lo que el legislador quiere prevenir; y lo que se sanciona más gravemente aunque el autor tenga unas acreditadas convicciones sobre la esencial igualdad entre varón y mujer o en el caso concreto no puede hablarse de desequilibrio físico o emocional.

Los hechos imputados son, así pues, incardinables en abstracto en el art. 153.1º CP pese a la entidad de las lesiones.

OCTAVO .- Estamos ante unos hechos que, de ser ciertos, encajarían en el art. 153.1 CP . Habrá que acordar la continuación del procedimiento (art. 780.1) salvo que no aparezca "suficientemente justificada su perpetración" en la fórmula del art. 779.1.1ª LECrim , en cuyo caso habrá que decretar "el sobreseimiento que corresponda" que será el previsto bien en el art. 637.1º bien el contemplado por el art. 641.1º, supuestos ambos de fronteras poco nítidas y de eficacia muy dispar (el primero lleva aparejado el efecto de cosa juzgada del que carece el segundo). Parece que la terminología del art. 779.1.1ª evoca el art. 641.1º, aunque no puede rechazarse en este momento la adopción de la otra resolución: no sería lógico vedar al Instructor ese tipo de decisión en este instante y autorizárselo en un momento inmediatamente posterior (art. 783.1), además, también en discrepancia con la petición de apertura de juicio oral de alguna acusación.

La posibilidad del Instructor de decretar el sobreseimiento asume el papel del juicio de acusación en este modelo procesal: para entrar en el acto del juicio oral no basta con una parte legitimada dispuesta a sostener la acusación (art. 782.2). Es necesario, además, que un órgano con funciones jurisdiccionales considere



"razonable" esa acusación, lo que en el procedimiento abreviado se lleva a cabo, eventualmente, en un doble momento: al elegir por alguna de las opciones legales en el trámite del art. 779; o, en su caso, una vez que las acusaciones han exteriorizado su pretensión, al decretar la apertura del juicio oral (art. 783.1). El canon de "suficiencia" de los indicios no es diverso en cada uno de esos momentos. Por eso algunos han criticado esa duplicidad. No tendría sentido mantener en manos del Instructor las llaves para cerrar el trámite procesal por razones que ya descartó al adoptar la resolución prevista en el art. 779.1.4ª. No obstante, ese filtro duplicado no solo se explica por vicisitudes legislativas: tiene su razón de ser. La acusación puede hacer pivotar su pretensión en extremos diferentes de los valorados por el Instructor, o puede aportar datos que permitan aquilatar la decisión anterior. En consecuencia pueden surgir razones antes no evaluadas para denegar la apertura del juicio oral, pese a las gotas de contradicción que eso puede comportar con la decisión, que ha de ser motivada, casi inmediatamente anterior, de continuar el trámite de preparación del juicio oral (arts. 780 y ss LECrim).

Interesa este excurso para destacar que si se considera procedente cualquier género de sobreseimiento este es momento apto y procedente para acordarlo sin que sea ni necesario, ni siquiera procesalmente lo más correcto, aguardar a que las acusaciones hayan fijado posición exteriorizando una pretensión formal acusatoria. La reforma de 2002 en sintonía con lo que ya había ensayado la jurisprudencia constitucional (STC 186/1990, de 15 de noviembre) ha resaltado esa función de la resolución del art. 775.1.4 y, por contraste, de su reverso -el sobreseimiento-. Solo procede aquélla si "está justificada de forma *suficiente*" la comisión del delito. Y es que la fase preliminar de investigación en el proceso penal sirve no solo para preparar el juicio oral sino también para **evitar la apertura de juicios innecesarios** . La decisión del art. 779.1.4 es mucho más que un acto de trámite.

¿Qué significa "justificación suficiente" de la perpetración del delito? Esta decisión despliega en el procedimiento abreviado una función paralela a la del procesamiento en el procedimiento ordinario. Por tanto la cota indiciaria exigible es equiparable a los "indicios racionales de criminalidad" mencionados en el art. 384 LECrim . Son algo más que la mera *posibilidad* o sospecha más o menos fundada. Es necesaria la *probabilidad*. Solo ese nivel justifica la apertura del plenario que, indudablemente, encierra también cierto contenido afflictivo para el acusado, aunque sea difuso. La *probabilidad* de comisión del delito, se traduce en negativo, expuesto de forma poco matizada, en la racional *posibilidad* de que recaiga una condena. No pueden extremarse las exigencias en esta fase anticipando valoraciones que solo procederían tras examinar la prueba practicada en el juicio oral. Pero sí ha de cancelarse el proceso cuando racionalmente quepa hacer un pronóstico fundado de inviabilidad de la condena por insuficiencia del material probatorio con que se cuenta. Si tal bagaje se revela desde este momento como insuficiente para derrotar a la presunción de inocencia y, con igual juicio hipotético, no pueden imaginarse ni variaciones significativas ni introducción de nuevos materiales, procederá abortar ya el procedimiento en aras de esa finalidad complementaria de la preparatoria del juicio oral: evitar la celebración de juicios innecesarios que, entre otras cosas, supondrían la afectación del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, también el de las partes acusadoras que verían inútilmente postergada en el tiempo la decisión final ya pronosticable, y dilapidadas energías no solo procesales sino también económicas y personales cuando se trata de parte no institucional. El procesamiento exige que la hipótesis de la comisión del delito y la participación en él del inculpado sea al menos tan posible o fuerte como la contraria. Estamos en un escalón superior al necesario para tomar declaración como imputado y por supuesto, muy por encima de la verosimilitud que justifica la incoación de unas diligencias penales.

NOVENO .- Estos parámetros generales constituyen la pauta para evaluar el fundamento de los hechos que se imputan a Víctor Manuel . Existen una serie de hechos que están aceptados por ambas partes y otros controvertidos.

Entre los primeros contamos como relevantes los siguientes: **a)** el encuentro se produce por iniciativa y voluntad de la denunciante; **b)** va precedido de la personación en el domicilio del imputado de la denunciante con algunos de sus familiares más próximos; **c)** existe la intención convenida de abordar con él la cuestión de los gastos de residencia y estudios de la hija mayor común, lo que al haber sido ya objeto de correos cruzados enfrentados era intuible que podía derivar con facilidad en discusión dadas las patentes discrepancias; **d)** una forma de comunicación convenida en la que insistía especialmente el imputado era no entablar contacto directo, sino exclusivamente a través de los respectivos letrados; **e)** la denunciante se introduce en la vivienda después de sus familiares; **f)** se genera una situación tensa y se producen gritos; **g)** la denunciante resulta con lesiones que han sido objetivadas; **h)** el imputado salió abruptamente de su domicilio empujando a su exsuegro para apartarlo lo que da a entender que quería alejarse de esa situación conflictiva; **i)** es seguido por la madre de la denunciante; **j)** el episodio duró breves instantes.

Fuera de ese cuadro surgen discrepancias relevantes. El esfuerzo por solventarlas racionalmente constituye la tarea a realizar.



La denunciante afirma:

- a) Que el denunciado franqueó la entrada en la casa
- b) Que el imputado le propinó un codazo-empujón, la empujó contra la pared, la cogió del brazo y del cuello, la llamó "golfa de mierda" amenazándole de muerte y se produjo un forcejeo. Ignora como le produjo el acusado los arañazos en la espalda.

En parte eso puede considerarse avalado por los partes de lesiones. Llama la atención que la forma en que se describió inicialmente la agresión (codazo/empujón en el brazo derecho; zarandeo agarrándola por el cuello; golpes contra la pared; retorcimiento de la muñeca izquierda y zancadilla; empujón fuerte con el codo y las manos "arrojándola al suelo") es poco armónica con algunas de las lesiones objetivadas (equimosis y lesiones eritematosas) cuya génesis no se explica por golpes (puñetazo o codazo), sino por "mecanismos de fricción o roce" y en algún caso "sujeción" (ver acta de ratificación pericial conjunta). Pero de cualquier forma no puede orillarse el hecho de que en el parte el médico asistencial inicial se mencionan arañazos, etiología mucho más acorde con las lesiones objetivadas.

El imputado, por su parte, sostiene:

- a) Que en ningún momento golpeó o agredió a la denunciante, lo que deja sin explicar las lesiones sufridas. Su representación procesal a través de un dictamen pericial ha pretendido explicar tales lesiones especulando con una posible autoagresión lo que dista mucho de haberse acreditado, y que en algún extremo, como se puso de manifiesto en la pericial conjunta, es más bien improbable, aunque no quede excluida físicamente.
- b) Que entraron todos en la casa insultándola y acorralándola y tras 4 ó 5 minutos consiguió salir corriendo y zafarse. Le llegaron a agarrar por la solapa.
- c) Que durante todo el episodio en el domicilio la denunciante efectuaba fotografías.

Esa dedicación en ese momento, contemplada desde fuera, es poco explicable desde hipótesis, difícilmente imaginables, diferentes, a una voluntad previa de obtener material acreditativo de posibles incidencias previstas pero no producidas aún. La realización de fotografías ha sido negada por denunciante y familiares de forma un tanto vacilante y con escasa naturalidad, como queriendo disimular o tapar algo o, al menos, no exponerlo de manera diáfana y sin restricciones; y además con discordancias en las respectivas declaraciones en algunos detalles, lo que sugiere un latente afán de ocultar ese hecho, o lograr que pase inadvertido en la convicción de que no beneficia en absoluto -y así es en efecto- su versión y de que no era conveniente revelarlo. Eso despierta inevitablemente suspicacias en un observador imparcial. Finalmente el padre admitió haber efectuado una única fotografía (a lo más, dos) cuando se personaron los agentes de la Policía Nacional. Estos, sin embargo, han hablado de varias fotografías y no de un móvil sino de una cámara digital. En este punto las manifestaciones del imputado gozan de elementos externos que las corroboran hasta permitir tenerlas por ajustadas a la verdad. Es poco pausable pensar que en los instantes inmediatamente posteriores al episodio, que no podía esperar, haya sido capaz de ingeniar un dato tan nimio, tan de detalle y en principio aparentemente "neutral" o "poco explicable" que a nadie se le ocurriría inventar en ese momento en que no ha existido margen para recapacitar y reconstruir un versión de los hechos favorable a los propios intereses, ni elaborar una anécdota tan puntual y cuya relevancia no salta a la vista sin un mínimo de meditación y reflexión. La comunicación de esa circunstancia de forma casi inmediata a las personas con las que se topa refuerza su verosimilitud que queda totalmente avalada por el hecho de que los policías nacionales, contradiciendo las manifestaciones del padre de la denunciante, hablen de pluralidad de fotografías y de una cámara. Es muy congruente con esta evidencia que la realización de fotografías se iniciase ya en el domicilio como viene afirmando el imputado desde los primeros momentos. Puede razonablemente descartarse la estimación de que solo en el instante de la intervención policial hubiese surgido la extraña idea de hacer esa fotos de manera espontánea; de que luego se pretenda minimizar su importancia hablando solo de una; y de que simultánea y casualmente el denunciado haya acertado al inventar que en la casa se estaban haciendo continuamente instantáneas sintiéndose impulsado a comunicar esa versión fabulada a las personas con las que se topó tras los hechos (folio 53).

Es obvio que todo este argumento no es en absoluto definitivo y es compatible con la hipótesis de la agresión. Pero, desde luego, dibuja un contexto en el que quienes se personan en el domicilio parecen alertados por las altas posibilidades de que el encuentro buscado y provocado por ellos pueda desembocar en un incidente y que puede ser luego útil contar con documentos gráficos. Eran conscientes de que estaban alimentando una atmósfera propicia para un conflicto que se intuía iba a superar el simple diálogo o discusión verbal.

Que no se haya aportado ninguna de esas imágenes es también elemento relevante: obsérvese que el Policía Nacional con carnet profesional 91066 expresó que el padre de la denunciante le refirió en aquellos momentos primeros que tenía fotos de todo lo sucedido.



Un examen objetivo de ese cuadro invita a considerar como muy probable (mucho más que la hipótesis opuesta) una secuencia en que las lesiones padecidas por la denunciante, aún no teniendo por qué explicarse por el alambicado argumento de la auto-lesión, sean fruto del encontronazo que se origina con la abrupta, explicable y brusca salida (¡huída!) del imputado para zafarse de la situación, durante la cual se producen inevitables contactos físicos: no se olvide que la denunciante asegura que llegó a intentar sujetar al imputado agarrándole. En ese escenario no podría hablarse ni de agresión, ni de lesiones intencionales. Su comisión no estaría suficientemente justificada. Se revela como más que probable que estemos ante la mera reacción de quien intenta liberarse y desembarazarse de la situación de tensión y, hostigamiento y acorralamiento a que se ve sometido en su propia vivienda, huyendo, irritado no tanto por las exigencias planteadas como por la forma de plantearlas -intempestiva y sorpresivamente, en su propio domicilio y con una petición colectiva-.

Elementos periféricos abundan en la oscuridad del suceso y la imposibilidad de un mayor esclarecimiento.

De un lado, la declaración de Victoriano que relata cómo al encontrarse con la denunciante instantes después del incidente aquélla eludió cualquier referencia a una agresión: se limitó a decir que denunciaría a Víctor Manuel por ser "un mal padre", expresión que evoca más las discrepancias en las aportaciones económicas para las necesidades de la hija común, que lo que en ese preciso instante, por ser más actual, se presentaría a cualquiera como prioritario: haber sido objeto de una agresión. Obviamente este elemento no puede magnificarse: es muy secundario. Pero adquiere significación como elemento corroborador, o en su caso, generador de nuevas sombras.

En esa misma dirección milita la expresión "Mal padre, eres un mal padre" con que se espeta al denunciado en presencia de agentes policiales (folio 66).

El reiteradamente manifestado temor de la denunciante a su marido (folio 3: "ante el temor que siente ante su ex-pareja por las agresiones que ha sufrido") se cohonesto mal con el hecho de ser ella quien asume la iniciativa de acudir a su encuentro, despreciando los insistentes mensajes del imputado empeñado en evitar contactos directos, aunque lo hiciese acompañada de otros familiares: si intuía que podía ser objeto de agresión, carece de sentido esa actitud, máxime cuando los temas conflictivos venían tratándose a través de los respectivos letrados. Era innecesario ese encuentro, planificado y reflexivo. Nada fructífero podía salir de él a la vista de esos antecedentes. La primera interesada en evitar contactos físicos personales de concurrir ese temor o "pánico" debería ser ella. Desde luego el contenido del mensaje presuntamente dirigido por la denunciante al imputado (folio 91) no revela ese temor, antes bien al contrario.

Que el imputado sea quien abandona su propio domicilio es también elemento no despreciable que priva de credibilidad la secuencia previa de agresión descrita por la denunciante. Se compadece muy mal con ella.

No es que no haya seguridad de la comisión del delito: eso no es exigible para dar un paso más en la tramitación y encarar la apertura del juicio oral dónde habría de dilucidarse esa cuestión. Es que se puede establecer una razonable certeza de que este contradictorio y débil material probatorio carece de toda aptitud para generar certeza en el juicio oral; se puede vaticinar con un grado de seguridad muy alto el fracaso de una pretensión penal con ese frágil y endeble fundamento, lo que ha de comportar clausurar ya el procedimiento mediante el correspondiente auto de sobreseimiento amparado en los arts. 779.1.1^a y 641.1^o LECrim por no existir fundamento suficiente de la perpetración del delito imputado.

Por lo expuesto,

III. PARTE DISPOSITIVA

DISPONGO:

Acordar el **sobreseimiento provisional** y **archivo de las presentes diligencias** en virtud de lo establecido en los arts. 779.1.1^a y 641.1^o LECrim por no aparecer suficientemente justificada la perpetración del delito imputado.

Se deja sin efecto la medida cautelar acordada.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y demás partes personadas haciéndoles saber que frente a la misma cabe interponer recurso de apelación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo a presentar ante este instructor en el plazo de cinco días hábiles a contar desde su notificación; y facultativamente recurso de reforma previo bien de forma conjunta, bien, separadamente, en el plazo de tres días a computar de igual forma.