

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**

Referencia: NCJ063180

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 188/2018, de 18 de abril de 2018

Sala de lo Penal

Rec. n.º 1448/2017

SUMARIO:**Delito de lesiones. Violencia de género. Subtipo agravado. Agravante por presencia de menores.**

La agravante prevista para las agresiones de violencia de género consistente en actuar «en presencia de menores» del artículo 153.3 del Código Penal, no puede restringirse a «las percepciones visuales directas, sino que ha de extenderse a las percepciones sensoriales de otra índole que posibiliten tener conciencia de que se está ejecutando una conducta agresiva de hecho o de palabra propia de una escena de violencia», ya que en tales supuestos es patente que el menor resulta directamente afectado de forma muy negativa en su formación y desarrollo personal, en su maduración psicosocial y en su salud física y mental. De no interpretarse así, el precepto resultaría desactivado en la esencia de su funcionalidad, al quedar desprotegidos numerosos supuestos relevantes de victimización de menores de edad (cuando no tienen acceso al dormitorio de la pareja; o se encuentran atemorizados a la hora de acudir al cuarto donde se ejecuta la acción violenta; o simplemente cuando tienen dificultades de visión; etcétera). Por consiguiente, la expresión «en presencia» no ha de interpretarse en el sentido de que los menores han de hallarse físicamente delante de las personas que protagonizan la escena violenta, de modo que el menor pueda tener una percepción visual directa de ellas, bastando que el menor se percate o aperciba de la situación de crispación o de enfrentamiento familiar por cualquiera de los medios sensoriales con que pueda cerciorarse de los hechos. Sin que para ello sea preciso que los vea de forma directa por estar delante de los protagonistas de la escena violenta, sino que puede conocerla de forma sustancial a través de su capacidad auditiva y de otros medios sensoriales complementarios que le den perfecta cuenta de lo que está realmente sucediendo.

PRECEPTOS:

LO 10/1995 (CP), arts. 1, 4.1, 153 y 173.3.

Constitución española, art. 25.1.

RESOLUCIÓN de 11 de mayo de 2011, (Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica), art. 46.

PONENTE:*Don Alberto Jorge Barreiro.***TRIBUNAL SUPREMO**

Sala de lo Penal

PLENO

Sentencia núm. 188/2018

Fecha de sentencia: 18/04/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION Número del procedimiento: 1448/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 20/03/2018



Ponente: Excmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID, SECCIÓN VEINTISEIS

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

Transcrito por: HPP

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 1448/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

PLENO

Sentencia núm. 188/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente
D. Andrés Martínez Arrieta
D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca
D. Francisco Monterde Ferrer
D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre
D. Luciano Varela Castro
D. Alberto Jorge Barreiro
D. Antonio del Moral García
D. Andrés Palomo Del Arco
D^a. Ana María Ferrer García
D. Pablo Llarena Conde
D. Vicente Magro Servet

En Madrid, a 18 de abril de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 1448/2017, interpuesto por D. Pedro Antonio representado por el procurador D Luis Ortiz Herraiz bajo la dirección letrada de D Mario Blanco Fernández contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 26, de fecha 26 de abril de 2017. Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal y D^a Bibiana representada por el Procurador D. Alejandro Pinilla Martín bajo la dirección letrada de D Pablo Lucena Abril.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

La Audiencia Provincial de Madrid, Sección 26 dictó sentencia en la causa Apelación 227/2017, (dimanante del Juzgado de lo Penal nº 4 de DIRECCION000 Juicio Rápido 4/2016 contra Pedro Antonio), con fecha 26 de abril de 2017 en la que consta los siguientes Antecedentes de Hecho:



«Se aceptan los antecedentes de hecho de la sentencia recurrida en cuanto no se opongan a los presentes y

Por el Juzgado de lo Penal nº 4 de DIRECCION000 se dictó, con fecha 25 de enero de 2.016 sentencia en la que como hechos probados se declara: "El día 28 de diciembre de 2.015, alrededor de las 00:15 horas, encontrándose el acusado Pedro Antonio junto a su esposa Bibiana y sus hijos menores en la habitación del matrimonio del domicilio conyugal, sito en la CALLE000, de la localidad de DIRECCION001, se inició entre ambos una discusión motivada porque el acusado se llevó a los niños que estaban acostados en la cama con su madre a la habitación de uno de ellos. Como quiera que ello violentó a Bibiana, el acusado decidió regresar con los niños a la habitación del matrimonio, sentándose en un lado de la cama para tranquilizar a su esposa, cogiéndole de los brazos hasta que en un momento dado le espetó verbalmente alterado "tranquilízate, coño", propinándole un pellizco en el brazo por lo que Bibiana se levantó de la cama siguiéndola el acusado hasta el pasillo y una vez en la puerta de la habitación de su hijo menor Gaspar, la agarró de los dos brazos empujándola, provocando que ésta cayera al suelo tras golpearse con la cama. Acto seguido se levantó y se fue a la habitación cogiendo el teléfono móvil, dirigiéndose al baño donde se encerró y llamó al servicio de emergencias 112.

A consecuencia de estos hechos, Bibiana sufrió lesiones consistentes en contusiones en codo derecho, brazo izquierdo, contusión en glúteo izquierdo, precisando una primera asistencia facultativa, invirtiendo en su curación siete días durante los cuales no estuvo impedida para sus ocupaciones habituales.

Por auto del Juzgado de Instrucción nº 3 de DIRECCION002 de 28-12-2015, se prohibió al acusado aproximarse a Bibiana y comunicarse con ella por cualquier medio hasta que recayera resolución firme".

El fallo o parte dispositiva de la sentencia recurrida es del siguiente tenor literal: "Que debo condenar y condeno a Pedro Antonio como autor responsable de un delito de lesiones leves sobre la mujer penado en el artículo 153.1 y 3 del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las siguientes penas: a) La de nueve meses y un día de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y con abono del tiempo de privación de libertad que haya podido sufrir preventivamente por razón de estos hechos, salvo eventual abono previo en otras responsabilidades; b) La de privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo de dos años; c) La de prohibición de aproximarse a Bibiana a una distancia no inferior a quinientos metros, a su domicilio, lugar de trabajo, y cualquier otro que frecuente por tiempo de un año y nueve meses.

Se declara vigente la medida cautelar de alejamiento acordada por auto de 28 de diciembre de 2.015, dictado por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de DIRECCION002, hasta que la pena de alejamiento sea firme y se requiera al condenado para su cumplimiento.

Sección nº 26 de la Audiencia Provincial de Madrid - Apelación Sentencias Violencia sobre la Mujer 227/2017

Condeno a Pedro Antonio como responsable civil a indemnizar a Bibiana en la cantidad de trescientos cincuenta euros por lesiones sufridas, cantidad que devengará los intereses del artículo 576 de la LEC.

Se imponen a Pedro Antonio las costas devengadas durante el procedimiento, con inclusión de las devengadas por la acusación particular".

II. Notificada la anterior resolución, se interpuso contra ella recurso de apelación por el condenado en la instancia; recurso que fue impugnado por el Ministerio Fiscal y por la acusación particular, quienes interesaron la confirmación de la resolución recurrida.

III. Elevadas las actuaciones a esta Audiencia Provincial, teniendo entrada en la misma con fecha 4 de febrero de 2.017, se procedió a la formación del correspondiente rollo, asignándosele el número del margen y habiéndose observado todas las formalidades legales, sin que se estimara necesaria la celebración de vista, y procediendo a señalarse, para que tuviera lugar la correspondiente deliberación, votación y fallo el siguiente día 25 de abril del presente año.

Segundo.

Dicha sentencia contiene la siguiente Parte Dispositiva:

«Fallamos

Que debemos desestimar como desestimamos íntegramente el recurso de apelación interpuesto por la Sra. Benito Cabezero, Procuradora de los Tribunales y de Pedro Antonio contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra.



Juez de lo Penal número 4 de DIRECCION000, de fecha 25 de enero de 2016, y en consecuencia debemos confirmar y como confirmamos íntegramente la resolución recurrida, por ello, sin hacer imposición de las costas de esta alzada.

Contra esta sentencia, que no es firme, cabrá interponer recurso de casación por infracción de ley del motivo previsto en el número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, que deberá prepararse ante esta Audiencia Provincial dentro de los cinco días siguientes a la última notificación de esta sentencia».

Tercero.

Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por Pedro Antonio que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.

La representación del recurrente basa su recurso de casación en los siguientes motivos: ÚNICO.- Al amparo del artículo 849.1 L.E.Crim., en relación con el art. 153.3 del Código Penal, por cometerse el delito en presencia de menores.

Quinto.

Instruidas las partes el Procurador Sr. Pinilla Martín en nombre y representación de Bibiana presentó escrito impugnando el recurso; el Ministerio Fiscal impugnó el motivo del recurso; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.

De conformidad con el artículo 197 LOPJ se convocó Pleno Jurisdiccional de esta Sala para la deliberación y fallo del recurso, lo que se llevó a efecto el día 20 de marzo de 2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRELIMINAR. El Juzgado de lo Penal nº 4 de DIRECCION000 dictó, con fecha 25 de enero de 2016, sentencia en la que condenó a Pedro Antonio como autor responsable de un delito de lesiones leves sobre la mujer, penado en el artículo 153.1 y 3 del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las siguientes penas: a) nueve meses y un día de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y con abono del tiempo de privación de libertad que haya podido sufrir preventivamente por razón de estos hechos, salvo eventual abono previo en otras responsabilidades; b) privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo de dos años; c) prohibición de aproximarse a Bibiana a una distancia no inferior a quinientos metros, a su domicilio, lugar de trabajo, y cualquier otro que frecuente por tiempo de un año y nueve meses.

Contra la referida sentencia recurrió en apelación la defensa del acusado, resolviendo el recurso la Sección 26 de la Audiencia Provincial de Madrid, que dictó sentencia el 26 de abril de 2017 con el siguiente fallo: desestimamos íntegramente el recurso de apelación interpuesto por Pedro Antonio contra la sentencia dictada por la Juez de lo Penal número 4 de DIRECCION000, de fecha 25 de enero de 2016, y en consecuencia confirmamos íntegramente la resolución recurrida, por ello, sin hacer imposición de las costas de esta alzada.

Contra esta resolución recurrió en casación ante esta Sala la defensa del acusado, oponiéndose al recurso el Ministerio Fiscal.

Primero.

1. En el motivo único del recurso denuncia la defensa, con sustento procesal en el art. 849.1 L.E.Crim., en relación con el art. 153.3 del Código Penal, por aplicar la agravación correspondiente al hecho de cometerse el delito en presencia de menores .



Se impugna en el presente motivo la condena del acusado en virtud de un delito de lesiones leves del artículo 153.1 y 3 del Código Penal, por cometerse el delito en presencia de menores, circunstancia que determina que se aplique en su mitad superior.

Considera la parte recurrente que tanto el Juzgado de lo Penal como la Audiencia realizan una errónea interpretación del precepto en cuanto al significado y aplicación de este concreto elemento agravatorio, puesto que no se hace referencia en el factum de la sentencia a la presencia de los menores en su sentido gramatical en el momento de producirse la agresión.

Y añade que una interpretación taxativa del citado precepto impide condenar por este tipo penal cuando los menores, aun encontrándose en el mismo domicilio donde se produce la agresión, no tienen una percepción directa, auditiva o visual, de la agresión que a la postre supone la condena por un delito leve de lesiones sobre la mujer. De la dicción literal del precepto no puede más que concluirse que no basta con la mera presencia de un menor en el lugar de los hechos, sino que el verbo "presenciar" debe interpretarse en sus propios términos, esto es, «asistencia personal, o estado de la persona que se halla delante de otra u otras o en el mismo sitio que ellas».

Y cuestiona después el recurrente el fundamento de derecho cuarto de la sentencia recurrida -de 26 de abril de 2017, de la Audiencia Provincial de Madrid-, porque en él expresa la Audiencia que «importa señalar que la presencia de los menores que justifica la aplicación del subtipo agravado que aquí se combate no equivale, desde luego, a que los mismos hubieran de observar (ver) la agresión, equivaliendo su presencia a la circunstancia de que se encuentre en el lugar en el que ésta se produjo, teniendo conciencia de ella y de la situación de crispación y violencia que, en presencia de ellos, tiene lugar».

2. Señala la parte recurrente que en la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado de lo Penal nº 4 de DIRECCION000 se afirma en los hechos probados que el día 28 de diciembre de 2015, alrededor de las 00.15 horas, encontrándose el acusado Pedro Antonio junto a su esposa Bibiana y sus hijos menores en la habitación del matrimonio del domicilio conyugal, sito en CALLE000, de la localidad de DIRECCION001, se inició entre ambos una discusión motivada porque el acusado se llevó a los niños que estaban acostados en la cama con su madre a la habitación de uno de ellos. Como quiera que ello violentó a Bibiana, el acusado decidió regresar con los niños a la habitación del matrimonio, sentándose en un lado de la cama para tranquilizar a su esposa, cogiéndola de los brazos, hasta que en un momento dado le espetó verbalmente alterado: "tranquilízate, coño", propinándole un pellizco en el brazo, por lo que Bibiana se levantó de la cama. El acusado la siguió hasta el pasillo, y una vez en la puerta de la habitación de su hijo menor, la agarró de los dos brazos empujándola. Provocó así que ésta cayera al suelo tras golpearse con la cama. Acto seguido la mujer se levantó y se fue a la habitación, cogió el teléfono móvil y se dirigió al baño, se encerró y llamó al Servicio de Emergencias 112.

Advierte la parte que la condena no obedece al pellizco previo que tiene lugar en la habitación con los menores presentes, sino al agarrón y al empujón propinado a la víctima en la puerta de la segunda habitación (habitación del menor Gaspar), que provoca que se golpeará contra el suelo, siendo esta la acción que causa las lesiones leves constitutivas del ilícito penal del artículo 153.1 C.P. y por las que se condena en sentencia.

Según se remarca en la sentencia de apelación, ahora recurrida, Bibiana, de acuerdo con el informe médico forense que fue realizado ese mismo día, presentaba excoriaciones en el codo izquierdo, eritema y hematoma en el brazo izquierdo y dolor en el glúteo izquierdo, que evolucionó a hematoma en la región glútea izquierda. Asegura la parte apelante que dichas lesiones pudieran resultar también compatibles con el relato sostenido por el acusado, quien manifiesta que Bibiana cayó hacia atrás accidentalmente y que, en efecto, se golpeó al caer a los pies de la cama de la habitación de su hijo. Y ciertamente así es en la medida en que las mencionadas lesiones responden fundamentalmente a una caída de espaldas y, en consecuencia, tanto podrían obedecer, prima facie, a un empujón ajeno como a una pérdida accidental del equilibrio.

Subraya la defensa que, a tenor de la sentencia dictada, la acción constitutiva de ilícito penal -el agarrón y la caída de doña Bibiana al suelo con el resultado lesivo relatado- tiene lugar en una habitación en la que no están presentes los menores. Los menores no presencian la agresión por la que se condena al acusado.

Alega el recurrente, al analizar la sentencia de la Audiencia, que ésta, en su fundamento cuarto, ratifica la aplicación del subtipo agravado del art. 153.3 del C. Penal, debido a que el propio acusado tuvo ocasión de explicar en el acto del juicio que los dos niños estuvieron presentes en la vivienda desde que él mismo llegó y hasta que se presentó la Guardia Civil, atendiendo a la llamada de la denunciante. E incluso los niños, según el ahora impugnante, después de que ya hubiera causado las lesiones a su madre y antes de la llegada de los agentes, acudieron a verla "un par de veces", ya que habían escuchado el ruido.

Ante lo cual, arguye el Tribunal de apelación que la presencia de los menores que justifica la aplicación del subtipo agravado que aquí se cuestiona no requiere que llegaran a observar (ver) la agresión, sino que debe



«equivaler su presencia a la circunstancia de que se encuentre en el lugar en el que ésta se produjo, teniendo conciencia de ella y de la situación de crispación y violencia que, en presencia de ellos, tiene lugar». Y con ello es con lo que no está de acuerdo la defensa.

En efecto, aduce en su recurso la parte que no existe ni el más mínimo pronunciamiento en los hechos probados sobre que los menores presenciaran los hechos constitutivos de delito. Es más, incluso de los propios hechos probados se desprende que los menores se encontraban en otra habitación cuando el acusado agarra a Bibiana y le propina un empujón, provocando su caída al suelo con el resultado lesivo que obra en la sentencia. Es esta acción, y no otra, la que conforme a las sentencias dictadas constituye un delito del artículo 153.1 del Código Penal.

Y aporta después como argumento clave para discrepar del criterio aplicado por la Audiencia que la expresión "en presencia" de los menores no equivale a "en el mismo lugar". Si el legislador hubiera querido tipificar que los hechos se realicen en el mismo lugar en el que se hallan los menores, así lo hubiera hecho constar. Sólo cabe por tanto entender que la situación en la que se agrava la pena es únicamente aquella en que los menores presencian los hechos, y no cuando los intuyen, se los imaginan o se los cuentan. Lo que exige el citado elemento agravatorio -dice el recurrente- es que los menores presencien los hechos que son constitutivos de ilícito penal, esto es, la agresión física con el resultado lesivo que describe el tipo básico contenido en el artículo 153.1 del Código Penal.

Argumenta la parte recurrente que lo que la Audiencia Provincial realiza, de facto, es aplicar analógicamente el tipo del art. 153.3 del Código Penal a los hechos probados, agravando la pena, y por tanto realizando una interpretación analógica in malam partem, o cuando menos una aplicación extensiva de dicho precepto. Sin embargo, ambas construcciones estarían prohibidas por el principio de legalidad, contemplado en el art. 25.1 de la Constitución, en los arts. 1 y 4.1 del Código Penal y también por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de esta Sala de Casación.

Y cita al respecto la STS 657/2013, en la que se establece que cuando se interpretan y aplican las leyes penales, los jueces y magistrados tienen prohibida la interpretación y la analogía in malam partem. El Tribunal Constitucional ha realizado declaraciones de dicho tenor en diversas sentencias, entre las cuales destaca la sentencia núm. 126/2001, de 4 de junio. En ella afirma que «la garantía material del principio de legalidad comporta el mandato de taxatividad o certeza, que se traduce en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas punibles y de sus correspondientes sanciones ("lex certa")». Esta exigencia tiene implicaciones no sólo para el legislador, sino también para los órganos judiciales. En su labor de interpretación y aplicación de las leyes penales, estos últimos se hallan también sometidos al principio de tipicidad, en el sentido de que, por un lado, se encuentran en una situación de sujeción estricta a la ley y, por otro, les está vedada la interpretación extensiva y la analogía "in malam partem" (SSTC 81/ 1995, de 5 de junio; y 34/1996, de 11 de marzo).

Segundo.

Una vez expuestas las objeciones que formula la parte recurrente y la tesis contraria que sostiene para oponerse a la interpretación acogida a la sentencia recurrida, ha de anticiparse ya que los criterios hermenéuticos de la defensa no pueden compartirse a la hora de interpretar el subtipo agravado del art. 153.3 del texto punitivo.

La finalidad que persigue la agravación de la pena que prevé el apartado 3 del art. 153 es evitar la victimización de los menores que residen en el entorno doméstico, objetivo que tiene un sentido protector de sus personas en el contexto de la fenomenología de la violencia intrafamiliar o doméstica. De modo que, aunque no lo diga el precepto, se ha de tratar de menores integrados en el círculo de sujetos del art. 173.3 CP, pues la razón de la agravación estriba en la vulneración de derechos de los menores que presencian agresiones entre personas de su entorno familiar y educativo. Es decir, no se agravará la conducta cuando ésta se perpetre en presencia de menores de edad sin vinculación alguna con el agresor y el agredido (por ejemplo agresión entre cónyuges en la vía pública presenciada por menores transeúntes).

La presencia de los hijos e hijas en episodios de violencia del padre hacia la madre, supone una experiencia traumática, produciéndose la destrucción de las bases de su seguridad, al quedar los menores a merced de sentimientos de inseguridad, de miedo o permanente preocupación ante la posibilidad de que la experiencia traumática vuelva a repetirse. Todo lo cual se asocia a una ansiedad que puede llegar a ser paralizante y que desde luego afecta muy negativamente al desarrollo de la personalidad del menor, pues aprende e interioriza los estereotipos de género, las desigualdades entre hombres y mujeres, así como la legitimidad del uso de la violencia como medio de resolver conflictos familiares e interpersonales fuera del ámbito de la familia.



Si esa es la finalidad de la norma, es claro que sólo se puede cumplimentar su objetivo exacerbando la pena en el caso en que el menor se percate o aperciba de la situación de crispación o de enfrentamiento familiar por cualquiera de los medios sensoriales con que pueda cerciorarse de los hechos. Sin que para ello sea preciso que los vea de forma directa por estar delante de los protagonistas de la escena violenta, sino que puede conocerla de forma sustancial a través de su capacidad auditiva y de otros medios sensoriales complementarios que le den perfecta cuenta de lo que está realmente sucediendo.

Por consiguiente, la expresión "en presencia" no ha de interpretarse en el sentido de que los menores han de hallarse físicamente delante de las personas que protagonizan la escena violenta, de modo que el menor pueda tener una percepción visual directa de ellas. La interpretación estrictamente literal del vocablo como «estado de la persona que se halla delante de otra u otras o en el mismo sitio que ellas» (diccionario de la RAE) vaciaría en gran medida de contenido la función y los fines de la norma, llegando a hipótesis absurdas de desprotección normativa de los menores. Y ello porque en muchos casos no se hallan dentro de la habitación de sus ascendientes o de las personas que realizan las escenas violentas, pero escuchan y son plenamente conscientes de lo que está sucediendo, percatándose tanto de las expresiones verbales que contienen un componente agresivo o violento, como del ruido que es propio de un golpe o de otra agresión.

La interpretación del término "en presencia" no puede pues restringirse a las percepciones visuales directas, sino que ha de extenderse a las percepciones sensoriales de otra índole que posibiliten tener conciencia de que se está ejecutando una conducta agresiva de hecho o de palabra propia de una escena de violencia. Y es que en tales supuestos es patente que el menor resulta directamente afectado de forma muy negativa en su formación y desarrollo personal, en su maduración psico-social y en su salud física y mental.

Por lo tanto, se está ante un supuesto normativo en el que el método de interpretación gramatical debe complementarse con el funcional o teleológico a la hora de obtener el sentido de la expresión "en presencia de menores", ya que de no operar así el precepto resultaría desactivado en la esencia de su funcionalidad, al quedar desprotegidos numerosos supuestos relevantes de victimización de menores de edad (cuando no tienen acceso al dormitorio de la pareja; o se encuentran atemorizados a la hora de acudir al cuarto donde se ejecuta la acción violenta; o simplemente cuando tienen dificultades de visión; etcétera).

Por lo demás, el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia de género, que se firmó el 11 de mayo de 2011 en Estambul, dispone en el art. 46 que « Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que las circunstancias que se expresan a continuación, siempre que no sean de por sí elementos constitutivos del delito, de conformidad con las disposiciones aplicables de su derecho interno, puedan ser tomadas en consideración como circunstancias agravantes en el momento de la determinación de las penas correspondientes a los delitos previstos en el presente Convenio: d) Que el delito se haya cometido contra o en presencia de un menor ».

A este respecto, conviene recordar que Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, expresa en su Exposición de Motivos que « Cualquier forma de violencia ejercida sobre un menor es injustificable. Entre ellas, es singularmente atroz la violencia que sufren quienes viven y crecen en un entorno familiar donde está presente la violencia de género. Esta forma de violencia afecta a los menores de muchas formas. En primer lugar, condicionando su bienestar y su desarrollo. En segundo lugar, causándoles serios problemas de salud. En tercer lugar, convirtiéndolos en instrumento para ejercer dominio y violencia sobre la mujer. Y, finalmente, favoreciendo la transmisión intergeneracional de estas conductas violentas sobre la mujer por parte de sus parejas o ex parejas. La exposición de los menores a esta forma de violencia en el hogar, lugar en el que precisamente deberían estar más protegidos, los convierte también en víctimas de la misma. Por todo ello, resulta necesario, en primer lugar, reconocer a los menores víctimas de la violencia de género mediante su consideración en el artículo 1, con el objeto de visibilizar esta forma de violencia que se puede ejercer sobre ellos ».

Tercero.

La aplicación de las pautas interpretativas precedentes al caso que ahora se juzga, aboca necesariamente a la desestimación del recurso. Pues en la narración fáctica que se transcribe en las dos sentencias dictadas (en la del Juzgado de lo Penal y en la de la Audiencia) se describen tres episodios en la ejecución de los hechos, tal como se desprende en lo expuesto supra, que justifican la aplicación del subtipo agravado.

El primer episodio se refiere al pellizco que le propinó el acusado a la víctima cuando estaba en el dormitorio de la pareja en compañía de los menores.



El segundo episodio es el más relevante y aparece integrado por el empujón que le propina el acusado a su compañera, arrojándola contra los pies de la cama del dormitorio de uno de sus hijos, sin que éstos estuvieran en la habitación. Siendo este momento en que le fueron ocasionadas las lesiones a la denunciante.

Y el tercer episodio se produjo cuando los menores, ya conscientes de la acción violenta del acusado, acuden junto a la madre para verificar lo que ha pasado, circunstancia que se dio después de que la víctima pidiera ayuda a la Guardia Civil, hallándose pendiente de que los agentes comparecieran, momento en que los menores hablaron con la madre.

Así las cosas, es claro que los menores sólo vieron directamente el primer y tercer episodio. En cuanto al segundo, sólo escucharon el golpe de la caída de la madre a los pies de una cama cuando el padre salió detrás de ella y la empujó, tal como se infiere de la argumentación probatoria sobre las declaraciones prestadas por ambos protagonistas y por la reacción de los menores.

Por consiguiente, es claro que los menores fueron conscientes desde el primer momento de la agresión del acusado contra la denunciante, para lo cual utilizaron la percepción visual en unos casos y la auditiva en otros. Sin que la conducta del recurrente resulte ajena al subtipo agravado, como la parte pretende, por el hecho de que el segundo episodio y más relevante sólo fuera escuchado desde la habitación de al lado y no visto directamente por los hijos de la pareja.

Por lo demás, es patente que el recurrente tenía conocimiento de que los menores se tenían que percatar necesariamente de la acción agresiva que perpetraba contra la víctima.

Así las cosas, al concurrir los elementos objetivos y subjetivos del subtipo agravado del art. 153.3 del C. Penal, el recurso se desestima y se confirma la sentencia condenatoria impugnada, imponiéndose al recurrente las costas de esta instancia (art. 901 LECr.).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1º) Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación de Pedro Antonio contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 26, de fecha 26 de abril de 2017, dictada en la causa seguida por delito de lesiones leves contra la mujer en presencia de los hijos menores de edad, que a su vez confirmó la pronunciada por el Juzgado de lo Penal nº 4 de DIRECCION000.

2º) Se imponen al recurrente las costas de esta instancia.

Comuníquese esta sentencia a la Audiencia Provincial de instancia con devolución de la causa, interesando el acuse de recibo de todo ello para su archivo en el rollo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez, presidente Andrés Martínez Arrieta Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Francisco Monterde Ferrer

Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Luciano Varela Castro Alberto Jorge Barreiro

Antonio del Moral García Andrés Palomo Del Arco Ana María Ferrer García

Pablo Llarena Conde Vicente Magro Servet

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.