

**ANÁLISIS DE LOS DELITOS DE
MALTRATO FAMILIAR.
ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE
LA VIOLENCIA HABITUAL.**

ANEXO DE JURISPRUDENCIA.

Jaime Moreno Verdejo
Fiscal del Tribunal Supremo

I. Introducción¹

Nuestra legislación histórica está plagada de ejemplos que ilustran perfectamente la escasa consideración que tiempo atrás tuvieron valores hoy incuestionables. Algunos son ciertamente llamativos. Sólo recordar el artículo 428 del Código Penal que recogiendo la figura del uxoricidio por adulterio estuvo vigente hasta, nada menos, que el año de 1963. Este artículo permitía la causación de lesiones graves, porque no imponía ningún tipo de pena, al marido respecto de la mujer o al padre respecto de la hija que hubiera sido sorprendida en adulterio. Piénsese, incluso, que la pena de destierro era la que se preveía - en tales circunstancias- cuando en vez de lesiones, se hubiere dado la muerte de algunas de estas dos personas. Poco a poco ha ido cambiando esa legislación. La Constitución de 1978 supuso un paso enorme en este sentido, aunque ya antes había habido alguna manifestación decidida, fundamentalmente en el campo civil para adecuar algunas normas a la capacidad jurídica que comenzó a reconocérsele a la mujer. No obstante, pese a que nuestra legislación no conserva ya ningún vestigio de aquella filosofía, es cierto reconocer que el cambio en la mentalidad social todavía no se ha operado suficientemente. Desde todos los ámbitos -también desde el de la actuación diaria de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad- debe impulsarse ese cambio. Pues bien, la respuesta policial y judicial al fenómeno del maltrato familiar supone un campo perfecto para comprobar el grado y la profundidad de ese giro.

Dos cuestiones más, en esta breve introducción, antes de comenzar con el análisis del Código Penal y de la legislación vigente.

La primera de esas cuestiones sirve para salir al paso de una mal entendida concepción de éste fenómeno. Me refiero al hecho de la invocación en muchas ocasiones del derecho a la intimidad, como una especie de puerta por virtud de la cual difícilmente se puede pasar para analizar este problema; es decir, la intimidad entendida, a mi juicio incorrectamente, como una suerte de frontera familiar que lleva a que aquello que sucede en el ámbito familiar o en el núcleo doméstico deba de ser difícilmente conocido por parte de terceros o, en definitiva, deba ser solamente conocido si los miembros del núcleo familiar acceden a ello. Esta concepción no puede sostenerse. Hay ámbitos domésticos o familiares que efectivamente sí quedan reservados a la voluntad de los componentes de ese núcleo, pero resulta evidente que una manifestación de carácter maltratador no es algo cuya suerte pueda decidir la mera voluntad de los maltratados. Toda la sociedad, por el contrario, está interesada y debe de tomar medidas correctoras para impedir la perpetuación de estas conductas.

La segunda de las cuestiones, muy ligada a la anterior, hace referencia a otro tipo de argumentos que han venido a dificultar la persecución de estos delitos. Se ha señalado

¹ Esta Ponencia amplía y actualiza -recogiendo la jurisprudencia reciente y las sentencias de las Audiencias Provinciales-, otros trabajos sobre la misma materia presentados a los Cursos de Formación continuada de la Fiscalía General del Estado y del Consejo General del Poder Judicial.

en ocasiones que el Derecho no es un instrumento adecuado para este problema, que el recurso al derecho penal -que se rige bajo el principio de intervención mínima- es un recurso excesivo y que, en definitiva, mal puede el derecho penal imponer la armonía familiar. No creo aceptables este tipo de argumentos. Es verdad que la solución al problema de la violencia doméstica no puede venir exclusivamente de la mano de esta rama punitiva de nuestro ordenamiento. Ahora bien, que el Derecho Penal no sea exclusivamente la herramienta o el instrumento para acabar con esta lacra social no quiere sin embargo decir que no tenga una enorme importancia. El maltrato se presenta ordinariamente a modo de espiral creciente de violencia que, aparte otros factores, se alimenta ante la pasividad o inadecuada respuesta policial o judicial o, por contra, se puede paliar con una decidida actuación de la Ley en protección de las víctimas. Por ello, los efectos que la ley penal puede producir para cortar esa espiral son enormemente importantes en esta materia. Cuanto más eficaz, rápida y contundente, sea la respuesta, más número de denuncias se producen, más sucesos de éstos salen a la luz y menos impunes quedan los autores de este tipo de hechos.

II. Evolución legislativa

El tratamiento específico de los malos tratos habituales en el ámbito familiar se recoge por vez primera en el Código Penal en virtud de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, que dio redacción al art. 425, hoy ya derogado, precedente inmediato del art. 153 que se introdujo en el CP de 1995. Sin embargo hasta 1998 el precepto apenas fue aplicado. Cabe apuntar el increíble dato de que en el período de 1989 a 1998 el delito de maltrato habitual no se aplicara ni en 10 ocasiones.

Sin embargo desde 1998 hasta hoy la respuesta policial y judicial ha sido creciente, hasta el punto de que hoy en día no resulta exagerado afirmar que constituyen estos hechos unos de los que estadísticamente representan el mayor porcentaje de asuntos en una dependencia policial o judicial.

Pocas materias han sufrido en los últimos años una serie de modificaciones más profundas en el plano legislativo. No pretendo ahora examinar exhaustivamente esa evolución legislativa, pero sí creo conveniente dejar dichas las principales reformas. Esta “*ofensiva legal*” contra el maltrato se ha concretado en las siguientes reformas.

En el plano procesal,

a) **Juicios rápidos.** La LECrim. es reformada por la **Ley 38/2002** y la **LO 8/2002**, introductoras del nuevo procedimiento de juicio rápido por delitos y juicio inmediato por faltas. La entrada en vigor de los juicios rápidos se ha producido el pasado 28 de abril de 2003. En el art. 795 se prevé expresamente el maltrato familiar como uno de los hechos delictivos que determinan la incoación de Diligencias urgentes de juicio rápido.

b) **Orden de protección.** La **Ley 27/2003, de 31 de julio** (BOE de 1 de agosto de 2003) reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, ha supuesto la modificación del art. 13 y la introducción del art. 544 ter en la LECrim.

A través de un procedimiento basado en la inmediata comparecencia (nunca posterior a las 72 horas desde la solicitud) ante el Juez de Instrucción de Guardia, éste podrá acordar medidas cautelares y de protección de la víctima, de naturaleza penal, algunas de corte civil y conferir un estatuto de persona protegida a la víctima que se erige

en título legitimador de obtención de prestaciones asistenciales ante la Administración.

c) **Reforma de la prisión provisional por Ley Orgánica 13/2003.** Se exige para acordar prisión preventiva la existencia de uno o varios hechos que presenten caracteres de delito sancionado con pena cuyo máximo sea igual o superior a dos años de prisión, límite que no opera en casos de violencia familiar o de género bajo determinadas condiciones.

d) **Creación de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer** como órganos jurisdiccionales especializados para conocer de violencia de género, mediante la **LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.**

e) Creación del **Fiscal de Sala contra la Violencia sobre la Mujer** y establecimiento de **Secciones en cada Fiscalía** provincial, por la LO 1/2004 citada.

En el plano penal,

f) Reforma de los tipos penales en relación con la violencia intrafamiliar operada por la **Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre** (vigente desde el 1 de octubre de 2003), que ha supuesto principalmente mediante la introducción del nuevo art. 153 que castiga la llamada “violencia doméstica no habitual” la conversión en delito de todos los supuestos de agresión ya causen un resultado que exija tratamiento médico o quirúrgico o precisen sólo de la primera asistencia, e incluso aun sin causación de resultado.

g) **Ley Órgánica 15/2003 por la que se modifica el Código Penal**, con previsión de afectación a más de un centenar de preceptos del Código.

h) **LO 1/2004** que modifica el CP para, entre otras cuestiones, elevar a delito las amenazas y coacciones cuando se cometan por hombre sobre mujer o sobre persona especialmente vulnerable que conviva con el autor (arts. 171 y 172).

III. Planteamiento en la persecución del maltrato habitual

Una cuestión muy importante: en la respuesta policial y judicial a este fenómeno es necesario, a mi juicio, distinguir dos planos. Por un lado aquel acto -más o menos grave- aisladamente considerado con encaje en algún tipo penal (homicidio, aborto, lesiones, maltrato de obra, coacción, amenaza, vejación injusta...). Por otro, la conducta violenta reiterada o habitual castigada en el art. 173.2 CP.

Ambos planos no se separan con la debida nitidez, permitiendo, a través de la exclusiva atención de los actos aislados, que la respuesta penal resulte insuficiente.

Así, ante un supuesto de maltrato habitual, la respuesta jurídica que se viene dando, propiciada por el hecho de tramitar el hecho como juicio rápido y sin indagar si tras ese acto denunciado existe un rosario de actos integrantes de violencia habitual, es la de conocer sus concretos episodios de forma aislada, tratarlos separadamente, olvidando la más que probable existencia de un mucho más grave maltrato reiterado. A este tratamiento

en la práctica de estos hechos delictivos coadyuva la circunstancia de que ante cualquier hecho denunciado puede adoptarse cualquier medida, por lo que, apenas sin necesidad de diferenciación alguna entre si hay habitualidad o se trata de un acto que pudiera ser aislado, se adoptan medidas que, posteriormente, son dejadas sin efecto de hecho por la sola voluntad de los implicados, lo que, sin duda, no sería tan sencillo si se adoptaran con la solidez de una acreditada situación de habitualidad detrás.

Las razones para ello no hay que buscarlas tanto en la solución legislativa adoptada sino en la práctica seguida en relación con los hechos de violencia familiar tramitados en el procedimiento de juicio rápido. Realmente existe una dificultad en el período para confeccionar el atestado o en el periodo de la guardia del Juzgado para la acumulación de causas si existen denuncias anteriores o para la consecución de determinadas pruebas, sobre todo informes periciales complejos, de ahí que, salvo en casos de cierta sencillez en los que no existen denuncias anteriores repartidas a otros Juzgados, casos en los que se ha procedido a tramitar por delito del art. 173.2, en los restantes o bien se produce la transformación de las diligencias urgentes en diligencias previas para completar la instrucción (art. 798.1.2º) o se produce, supuesto éste más frecuente, la calificación por maltrato del art. 153 que se enjuicia seguidamente o en corto plazo.

Ello supone que se está llevando frecuentemente como delito del art. 153, por tanto como hecho aislado de violencia, supuestos que, en bastantes casos, no son sino episodios de una reiterada situación de clima sostenido y habitual de maltrato, con el consiguiente defecto de que se tramita lo que es (delito de violencia habitual) como lo que no es (mero acto aislado). La solución no nos parece acertada aun cuando con ello pueda verse la ventaja de que se obtiene un castigo inmediato de la conducta. Cierto es también que nada impide en un segundo momento acumular las causas, aún con condena, para integrar un procedimiento por el delito de maltrato habitual, pero esta posibilidad sólo resulta real desde el punto de vista práctico si a las causas ya existentes se les añade una nueva por virtud de una nueva denuncia y el descubrimiento de la anterior por consulta del Registro de causas, y no es oportuno atajar la situación de maltrato habitual a la vista de la reiteración de denuncias.

Con todo lo anterior, si se atiende a la circunstancia de que quien se decide a denunciar un acto de violencia familiar normalmente lo hace cuando ya existe un rosario de actos anteriores que permiten predicar la existencia de habitualidad, parece oportuno que el atestado trate de recoger cuantos datos y circunstancias previas a la denuncia puedan haber existido, lo cual es posible conocer aun con el solo interrogatorio de la denunciante, y de ese modo aun cuando se incoen diligencias urgentes, en ellas lo importante será practicar de inmediato una serie de diligencias, adoptar medidas cautelares y protectoras de las víctimas y, si cabe, calificar por delito de maltrato habitual, y en caso de que no se pueda agotar la instrucción se convertirán en Diligencias previas.

IV. Tipos penales aplicables.

La tradicional distinción entre hechos lesivos considerados como falta o como delito en atención a la necesidad de tratamiento médico o quirúrgico (delito) o de primera asistencia facultativa (falta) ha sido zanjada en materia de violencia familiar por el legislador a partir del 1 de octubre de 2003, fecha de la entrada en vigor de la LO 11/2003, que ha reformado el art. 153 del CP. La antigua falta de lesiones y de maltrato pasa a ser

siempre considerada como delito si se produce entre las personas mencionadas en el art. 153.

En un paso más, la LO 1/2004 de Violencia de Género aún convierte en delito algunas faltas más: las amenazas leves y las coacciones leves que podríamos denominar de violencia de género, es decir de hombre a mujer (en concreto, “*cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor*”) o a persona desvalida que conviva con el autor (arts. 171 y 172) pasan a ser siempre delito.

Por ello, sólo subsisten en la actualidad como faltas las siguientes: injurias leves, vejación injusta leve, amenazas leves sin arma de personas que no sean las comprendidas en el art. 171 y coacciones leves de personas no comprendidas en el art. 172 (es decir, sólo serán falta las amenazas leves sin arma y coacciones leves, que no sean de género). Y siempre que tales hechos no sean incardinables en las respectivas figuras delictivas de amenazas, coacciones, injurias o vejaciones.

Por otra parte, el delito de maltrato habitual del anterior art. 153 se recoge ahora en el art. 173.2, y a su examen dedicaremos un amplio apartado específico.

El art. 153, esencial en esta materia, castiga como delito el maltrato aislado u ocasional, con pena diferente según se cometa entre las personas del art. 173 o entre las denominadas de violencia de género (hombre sobre mujer o sobre persona desvalida), la conducta que consista en causar un menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en el Código (es decir que no precisen más que la primera asistencia facultativa), o en golpear o maltratar de obra sin causar lesión.

En conclusión, la novedad principal estriba en la consideración siempre como delito de cualquier agresión física, causante o no de lesión, cometida contra alguna de las personas definidas bien en el apartado 1º (violencia de género) o en el apartado 2º en el nuevo y más amplio círculo de protegidos que recoge el art. 173.2. Se amplía el delito en detrimento de la falta. Pasan a ser delito, por el hecho de cometerse entre determinadas personas, conductas que serán constitutivas de falta si se cometen entre extraños a dichos círculos.

Muchas han sido las voces que han sostenido la desmesura o desproporción en la tipificación como delito de cualquier agresión entre algunas de estas personas (se suele poner como ejemplo un empujón entre hermanos). La cuestión ha sido zanjada por el Tribunal Constitucional en su Auto 233/2004, de 7 de junio, que no llegó siquiera a admitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad promovida por un Juzgado que estimaba que el art. 153 era desproporcionado en cuanto a sus penas al estimar cualquier conducta delito, sin margen a la falta.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional tiene pendiente de resolver otras cuestiones de inconstitucionalidad suscitadas por quienes han entendido que es contrario a la igualdad que una amenaza o coacción leves sean delito si se cometen por hombre sobre mujer y falta si es a la inversa, situación originada tras la redacción de los arts. 171 y 172 dada por la Ley de Violencia de Género.

V. Análisis específico del delito de maltrato habitual del art. 173.2

V.1 Concepto de habitualidad

La STS 20-12-1996 definió la habitualidad como "la repetición de actos de idéntico contenido, con cierta proximidad cronológica".

El concepto de habitualidad en el delito de malos tratos del art. 173.2 CP no es equivalente al de reincidencia del art. 22.8 CP. Tampoco debe ser confundido con el de "reo habitual" que emplea el art. 94 CP (considera reo habitual a quien hubiera cometido tres o más delitos de los comprendidos en un mismo capítulo, en un plazo no superior a cinco años y hubiera sido condenado por ello), pues ésta noción de habitualidad queda circunscrita a los efectos de la suspensión y sustitución de penas. **La St. de la AP Barcelona, secc. 7ª, nº 70/2001, de 26 de enero**, rechaza expresamente en relación con el art. 153 la noción de habitualidad del art. 94, ofrecida a los efectos que se aluden en el propio precepto, es decir, a los fines de sustitución y suspensión de penas.

Podemos definir la habitualidad del art. 153 como la creación por el sujeto activo de un clima de temor en las relaciones familiares mediante el empleo reiterado de actos de violencia física o psíquica sobre los componentes del grupo familiar².

La habitualidad así entendida exige:

- 1) la comisión de actos de violencia física o psíquica
- 2) que recaigan sobre un determinado círculo cerrado de personas y en razón de los lazos de convivencia familiar
- 3) que se produzcan de una manera reiterada
- 4) que entre tales actos exista una analogía o relación de continuidad

Se desarrollan tales requisitos a continuación.

V.2 Actos integrantes del maltrato habitual

Pueden integrar la habitualidad acciones en sentido estricto, supuestos de comisión por omisión y omisiones puras, ya sean actos tanto de violencia física como psíquica.

Es indiferente que cada acto, aisladamente considerado, haya producido o no un concreto resultado material.

Por regla general cada acto aislado integrante de la habitualidad ha de tener, en sí mismo considerado, relevancia penal, siendo, al menos, constitutivo de falta. La **sentencia 670/98, de 21 de diciembre, de la AP de Tarragona**, en referencia a actos de violencia física, señaló que si bien el tipo no distingue la entidad de la violencia ni exige que ésta se haya concretado en un resultado lesivo apreciable, sí es preciso que cada incidente aislado de violencia material o física haya alcanzado al menos la categoría de falta del art. 620.2 CP. Quedan, por tanto, excluidos de la posible incardinación en la noción de habitualidad determinados comportamientos que aun siendo reprochables en el ámbito familiar (v.gr.: infidelidad, gastos excesivos, desatención familiar, malos modos o maneras en el trato...) e

² Conclusión IV.3 acordada por los Fiscales de Violencia familiar en su Reunión de marzo de 2000.

incluso originando consecuencias jurídicas o sanciones (muchas de tales conductas constituyen antiguas causas de separación o de divorcio, o son título legitimador para el ejercicio de acciones de prodigalidad, o son merecedoras de reproche penal en cuanto delito de impago de pensiones o de abandono de familia, etc...), sin embargo, carecen de la virtualidad precisa para integrar el comportamiento penal que nos ocupa. Por tanto, aquellos comportamientos que, aun reprobables en otras esferas, no alcancen un reproche penal, aun mínimo, como delito o falta de violencia física o psíquica no pueden integrar el concepto de habitualidad³.

No obstante, a modo de excepción de lo anterior, y habida cuenta de que la violencia psíquica presenta un perfil más difuso e inconcreto que la física, que su realización no exige lesiones objetivables y que la apreciación de habitualidad en tal caso no es totalmente equiparable a los casos de violencias físicas, parece obligado resaltar que habrá que atender a determinados comportamientos, producidos en el ámbito de la violencia psíquica (hostilidad verbal crónica, burlas reiteradas, cinismo patológico, actos de anulación de la personalidad del otro, actitudes de desprecio...) que aunque aisladamente considerados pudieran no tener transcendencia alguna o significado penal, en cuanto que no llegan a rebasar el umbral de la falta de vejación injusta leve del art. 620, sin embargo la adquieren en cuanto se producen de una manera reiterada o sistemática. Tales hechos considerados en su conjunto y en atención al contexto y a las circunstancias ambientales, culturales, e individuales de sus protagonistas pueden encajar en el art. 173.2. En todo caso, la reiteración de conductas de este tipo para permitir apreciar el delito del art. 173.2 ha de ser superior a la reiteración que se exigiría si cada acto aislado integrante de la habitualidad fuera constitutivo de violencia física.

Es importante detenernos en el siguiente problema: la llamada comisión por omisión. La admisión de la *comisión por omisión* viene derivada de la posición de garante que ostentan determinadas personas respecto de otras incluidas en el círculo de sujetos del art. 173. En particular, la cuestión se ha suscitado especialmente en relación con los malos tratos inferidos a menores por uno de los miembros de la pareja con la pasividad del otro. Un punto de partida resulta esencial en el tratamiento de este problema: son dos cuestiones distintas la posición de garante y el deber de denunciar e impedir la prolongación del maltrato de quienes conocedores de la situación no son garantes.

Las **SSTS 834/2000, de 19 de mayo y 1161/2000, de 26 de junio**, han venido recientemente a abordar este problema; en concreto la valoración penal de la conducta pasiva de algún progenitor ante las reiteradas agresiones físicas cometidas por su pareja sobre los hijos.

La **STS 1161/2000** analizó la conducta de la madre de un niño de 5 meses que "no consta -según el relato de hechos probados- participase activa o pasivamente" en las agresiones que reiteradamente le propinaba el padre ante sus pérdidas de paciencia por los lloros del menor. La condena por delito del art. 173 al padre se extendió en casación,

³ La **St.AP Valencia 69/2001, de 7 de marzo**, revocó la condena impuesta por el Juzgado de lo Penal por el art. 153, excluyendo de la esfera de este delito, a mi juicio incorrectamente y con enorme desacierto, hechos que calificó de insultos y violentos empujones reiterados al estimar que en el caso de autos "no se ha ido más allá de la falta de respeto y educación", no rebasándose el límite de la falta continuada para situarse en el estadio superior del art. 153.

gracias al recurso interpuesto por el M. Fiscal, a la madre por entenderla responsable del delito del art. 173 en comisión por omisión, habida cuenta de su posición de garante que se convirtió en esencial o necesaria, no meramente favorecedora, para la consumación de las lesiones. Esta sentencia cifra la posición de garante no sólo en los deberes morales que la propia naturaleza biológica de la maternidad representa sino en el deber legal impuesto por el art. 154 CC. Cita a su vez otras de **22-6-1991**⁴ y **31-10-1991**⁵ sobre casos similares en los que se dio igual respuesta.

A mi juicio la condena por delito del art. 450 no es posible respecto de quien ostenta la posición de garante. De ahí, que el tipo del art. 450 pueda ser de aplicación a otros sujetos que, sin ostentar posición de garante⁶, pudieran mediante su intervención o denuncia impedir la prolongación de una situación habitual de maltrato por ellos conocida. Entre el círculo posible de sujetos que pudieran responder por delito del art. 450 (o, en su caso, por el delito de omisión del deber de socorro del art. 195, o, si se trata de funcionarios, por delitos de los arts. 408 y 412 CP) cabe citar a familiares, facultativos, docentes e incluso vecinos, siempre que las circunstancias del caso concreto hagan reprochable la abstención⁷

La **St. AP Castellón nº 14/99 de 23-2-1999, sección 1ª**, aborda un supuesto similar y absuelve a la esposa de las reiteradas lesiones sufridas por el hijo común a manos de su cónyuge, al entender que no hubo prueba de la participación activa o pasiva de aquella. Ahora bien, *obiter dictum* emplea un razonamiento criticable al señalar que, de existir dicha prueba, la esposa estaría exenta de pena por aplicación del encubrimiento entre parientes (art. 454 CP). Este criterio no es admisible. Aparte otras razones, basta sólo pensar en que la conducta de la esposa, de haberse admitido como probada, consistiría en

⁴ En esta sentencia se condenó en comisión por omisión al padre de una niña de 5 meses que presenció, sin intervenir, el maltrato propinado y múltiples lesiones causadas por su mujer a la hija de 5 meses de ambos.

⁵ En esta sentencia se condenó por comisión por omisión a la madre de una niña de 3 años que no hizo nada por evitar e impedir el continuo maltrato realizado por su cónyuge sobre la menor.

⁶ Si ostentan posición de garante, su omisión respecto del resultado delictivo habrá de ser castigada como participación en el delito cometido y no a tenor de este precepto. Así, también **SSTS 8-octubre-1981 y 31-enero-1986**.

⁷ Es interesante la **St. AP Alicante 46/2000**, de 3 de febrero que, al analizar la prueba, señala: "Suele ocurrir que aunque se trate de situaciones sospechadas o conocidas, *los vecinos* se abstienen de mostrar pública colaboración con la víctima por temor a represalias o por un malentendido sentido de insolidaridad. Por ello el juzgador que se enfrenta a estas situaciones suele contar únicamente con las manifestaciones contradictorias de los afectados...".

De otra parte, el Fiscal de Badajoz señala en su Memoria del año 2000 que existe un cierto reparo a denunciar directamente ante el Juzgado o la Fiscalía las situaciones de violencia familiar por parte de los trabajadores sociales que los detectan, para lo que invocan que la implicación directa en un proceso judicial les hace perder la confianza de las familias con las que, necesariamente tiene que seguir trabajando al existir múltiples problemas en los núcleos familiares donde se viven esas situaciones que requieren su atención y tratamiento.

no impedir la reiteración de golpes al hijo menor, por tanto se produce coetáneamente al maltrato habitual, es más el maltrato se perpetua al no cumplir la madre con las obligaciones que su posición de garante le exige, y no posteriormente o finalizado el mismo que es lo que caracteriza al encubridor, cuya conducta se produce no antes o durante la comisión del delito sino después del consumado o finalizado el mismo.

Supuestos de *omisión pura* son posibles en aquellos casos en que la reiterada inactividad del sujeto activo suponga respecto de los pasivos la causación de un daño físico o psíquico. La **St. de 2-11-1998 de la sec. 3ª de la AP de A Coruña** hace referencia (aunque es discutible que se trate de una clara conducta omisiva pura) a esta situación ante la conducta del penado que se negaba a abrir la puerta de la casa a la esposa e hijos obligándoles de ese modo a la "degradante exigencia de ... pernoctar casi a la intemperie en diversas ocasiones".

V.3. Círculo de sujetos pasivos.

Es indiferente que los actos de violencia recaigan -tal como establece el art. 173.3- <<sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo>>. La referencia del precepto a la "misma o diferentes víctimas" exige dos precisiones.

Primera: Determinados actos por su propia dinámica y naturaleza, pese a que producen un resultado que recae sobre un miembro concreto del grupo familiar, afectan a todos los miembros del mismo que han de ser considerados víctimas del delito en su conjunto. La anterior consideración es importante a efectos de responsabilidad civil o medidas cautelares.

Segunda: No cabe aunar, a efectos de la apreciación del art. 173, conductas violentas producidas por el mismo sujeto activo sobre diferentes víctimas cuando éstas sean pertenecientes a diferentes ámbitos domésticos desconectados absolutamente entre sí. En tal sentido, merecerán tratamiento distinto los comportamientos violentos que despliegue el autor en dos círculos familiares independientes entre sí, como pueden ser, por ejemplo, los generados por diferentes matrimonios si no existiera relación alguna entre ambos grupos.

Los actos de violencia han de recaer, a tenor del art. 173, sobre alguna de las siguientes personas relacionadas con el sujeto activo:

- Cónyuge o ex cónyuge.
- Conviviente o ex conviviente.
- Se encuadran en el precepto también las relaciones de noviazgo, por referirse el precepto a la expresión "aún sin convivencia".
- Descendientes. Al referirse el precepto no a los hijos sino a los "descendientes" la inclusión de los nietos u otros descendientes resulta evidente
- Ascendientes. Al referirse el precepto a los ascendientes por afinidad (v.gr.: suegros) su inclusión en el precepto es clara.
- Se hallan incluidos los hermanos.

Sobre el requisito de la convivencia –cuestión nada pacífica en la doctrina- la Circular 4/2003 de la Fiscalía General señala: "De otra parte, la mención a "descendientes, ascendientes o hermanos" incluye expresamente a los que lo sean por

“naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente”, sin exigirse - como se hacía antes- ningún requisito de convivencia con el agresor ya que la mención del precepto a “que con él convivan” se refiere en exclusiva a “los menores e incapaces” como se deduce de la separación de grupos que va efectuando el precepto detrás de cada expresión “o sobre”; en consecuencia, quedan incluidos aún cuando no mediara convivencia con el agresor los ascendientes o hermanos por afinidad e, igualmente, los descendientes incluso mayores de edad aun cuando al llevar vida independiente no convivieren con el agresor”.

- Menores o incapaces (su definición se comprende en el art. 25 CP, por lo que resulta intranscendente la existencia de sentencia de incapacitación) que convivan con el agresor o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del sujeto activo o de su cónyuge o conviviente.

- Además, se recogen dos esenciales novedades, la inclusión de las personas amparadas en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de convivencia familiar del agresor y las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentren sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, con cuyas definiciones se pretende dar protección a situaciones fácticas próximas a la familiar (personas que conviven en el núcleo familiar por cualquier relación o circunstancia no definida expresamente antes: parientes fuera de los grados de parentesco señalados, trabajadores, etc.), o sujetas al régimen de centros sin que tengan, por su especial vulnerabilidad, la plena posibilidad de abandonarlo (menores en guarderías o colegios, ancianos en residencias, etc.).

V.4 La reiteración de actos violentos

La habitualidad exige que los actos de violencia se produzcan de modo reiterado.

Ha de tenerse presente en la investigación que, en un altísimo porcentaje, la decisión de la víctima de presentar denuncia por un concreto acto de lesión viene precedida por la existencia reiterada de tales hechos. Las diligencias de prueba que se adopten en la elaboración del atestado o posteriormente en la instrucción del procedimiento no pueden, por ello, circunscribirse al concreto acto denunciado sino que deben ser orientadas también al descubrimiento de la posible existencia de habitualidad en el comportamiento del denunciado.

Al elaborarse la Circular 1/1998 pesó mucho sobre el concepto de habitualidad la jurisprudencia recaída sobre los delitos que exigían la nota de habitualidad (usura – despenalizada en 1995- y la receptación de efectos provenientes de faltas) que requería al menos tres actos. Así las cosas se sentó que un único y aislado acto violento no permite la apreciación del art. 153 e, igualmente, que la comisión de dos actos violentos excluye la apreciación del art. 153, que precisa, por tales exigencias jurisprudenciales, de, al menos, tres actos de violencia.

Siguiendo tales orientaciones, la **sentencia 670/1998, de 21 de diciembre, de la AP de Tarragona**, antes citada, entendió, en este sentido, que la acreditación de dos incidentes de violencia física constitutivos de falta había de dar lugar a la condena por cada falta, sin que hubiera base probatoria para la apreciación del art. 173.2 ante la inexistencia de otros actos.

Ahora bien, ese entendimiento inicial *cuasi aritmético* de la cuestión ha sido superado por la jurisprudencia, alejándose de las exigencias establecidas para la usura y receptación y creando un concepto de habitualidad o reiteración en el maltrato sustentado en la prueba de la creación de un "clima de temor". Fiel exponente de esta idea son las **SSTS 927/2000, de 24 de junio, 1208/2000, de 7 de julio y 1366/2000, de 7 de septiembre.**

En el delito del art. 173.2 se castiga la creación de un *clima de temor*, lo que presupone no solamente un determinado número de actos. Expresa esta idea la **sentencia 464/1999, de 23 de abril, de la AP de Santa Cruz de Tenerife**, al señalar que <<no basta con la mera repetición de actos, ni resulta determinante ni decisivo el número de los actos realizados -tres o más-, sino que tal dato objetivo y cuantitativo debe ser complementado con otras exigencias adicionales ... se requiere esa inclinación o tendencia a la repetición de actos, en que radica el peligro que está en la *ratio legis* del subtipo, que representa un factor de riesgo para los bienes jurídicos tutelados...>>.

La cuestión, en consecuencia, no puede ser reducida a una mera constatación aritmética. La apreciación de la habitualidad exige que se pruebe la creación por el sujeto activo de un clima de violencia reiterada en el seno familiar. Ello puede resultar acreditado de la concreción de tres episodios individualizados de violencia -aunque no siempre de dicho dato habrá de extraerse necesariamente tal consecuencia-. También cabe que la habitualidad se deduzca de la existencia de actos reiterados de violencia, pese a que la individualización y el relato pormenorizado y concreto se produzca respecto de dos o de uno solo de tales actos, haciéndose referencia al resto de las violencias que componen la habitualidad con expresiones tales como "en otras múltiples ocasiones" o similares. Tales referencias genéricas deberán, no obstante, contener la expresión -no necesariamente puntual o exacta- de las circunstancias de tiempo, lugar y modo de tales violencias, pues sólo de esa manera será posible establecer su necesaria conexión con los restantes actos violentos perfectamente individualizados. En este sentido la **St. AP Madrid, sección 15ª, nº 161/99, de 26-4-99**, señala que se echa de menos "no una suerte de puntual acreditación diabólica de lo sucedido a lo largo de las décadas de vida matrimonial, pero sí alguna circunstancia empírica concreta...".

Resulta interesante, en este sentido, la **St. de 2-11-1998 de la sec. 3ª de la AP de A Coruña** que analiza un supuesto en el que el condenado por maltrato habitual recurre alegando que sólo se han probado dos actos violentos diferenciados. La sentencia señala: <<... ha sido perfectamente acreditado que desde siempre, constantemente, con una escalofriante reiteración, escándalo y brutalidad el acusado ha maltratado física y psíquicamente a su familia.... De otra parte, basta y sobra con el acreditamiento puntual de dos actos violentos para apreciar la habitualidad, cuando se producen en un *contexto como el descrito*>>. En parecido sentido **St. AP Sevilla, sección 3ª, nº 93/00, de 6 de abril.**

Para la cuantificación hay que sumar tanto los actos de violencia física como los de violencia psíquica cuando concurren entre sí.

V.5 Proximidad temporal entre los actos.

Entre los actos que integran la noción de habitualidad ha de existir una cierta analogía o relación de continuidad. El art. 173.3 expresa dicha circunstancia al exigir que

entre ellos se de una <<proximidad temporal>>.

No se cumplirá esta circunstancia en aquellos casos en los que entre las diferentes agresiones medie un lapso temporal tan corto cómo para impedir la apreciación de habitualidad (v.gr.: tres o más agresiones producidas en un espacio de dos horas en una misma tarde).

Tampoco se aprecia habitualidad cuando entre los diferentes actos violentos medie un prolongado espacio de tiempo. El transcurso de largas temporadas de convivencia en el respeto mutuo rompe la habitualidad.

¿Cabe establecer alguna regla temporal?

Del examen de las sentencias del TS y AAPP sobre el art. 173.2 no parece que este problema haya sido abordado por ninguna sentencia en términos generales. En la mayoría de las sentencias consultadas, emanadas generalmente de las AAPP (la pena del art. 173.2 impide -salvo conexidad- que el asunto llegue en casación al TS), el breve lapso temporal que media entre las distintas agresiones hace innecesaria en los fundamentos jurídicos cualquier consideración sobre el requisito de la proximidad temporal.

En alguna sentencia (**St. 973/98, de 23 de septiembre, AP Valladolid, sec. 2ª**) se ha apreciado habitualidad, sin hacer referencia alguna a la circunstancia de la proximidad temporal, ante el hecho de tres agresiones distintas separadas entre sí por periodos de 1 año y 3 meses y 1 año y 5 meses, respectivamente. En la **St. AP Valencia, sec. 5ª, nº 169/99, de 15 de abril**, se integran en la habitualidad hechos acaecidos en 1998, otros varios de 1996 y una amenaza producida una vez iniciado el procedimiento que supuso la ampliación de la denuncia. En la **St. AP Cáceres, sec.1ª, nº 41/2001, de 14 de mayo**, se aprecia proximidad entre hechos comprendidos entre diciembre y marzo siguiente. La **St. AP Valladolid, sec. 2ª, 245/2001, de 31 de marzo**, niega proximidad entre hechos constitutivos de falta acaecidos dos en mayo y uno en enero siguiente.

Sin que entienda posible fijar reglas predeterminadas con carácter general, dada la necesaria flexibilidad en cada caso para apreciar todas las circunstancias del contexto (en la sentencia antes citada de la AP de Valladolid existe un dato de especial interés: el agresor había sido condenado anteriormente como autor de un parricidio), me parece posible señalar a modo simplemente orientativo el plazo de 1 año entre los actos aislados cuando fueren uno al menos constitutivo de delito (a ello apunta la **STS 645/1999, de 29 de abril**, que admite proximidad temporal en los actos acaecidos "dentro del año 1993") o el lapso de 6 meses cuando tales actos sean ambos calificables de falta (el plazo se fija en coincidencia con el plazo de prescripción de las faltas). El distinto plazo atiende a la naturaleza más o menos grave de los actos violentos cuya proximidad temporal se considera.

En la Reunión de Fiscales de Violencia Familiar (marzo de 2000) se aprobó como conclusión IV.9 que "no cabe negar la proximidad temporal, como regla general, entre aquellos actos violentos constitutivos de falta distanciados por plazo no superior a seis meses, ni entre los actos violentos constitutivos de delito si el lapso temporal no excede de un año". Con ello se formulaba la cuestión en términos de cuando no puede negarse que exista proximidad temporal, sin fijar límites para su exclusión.

VI. Cuestiones de naturaleza procesal suscitadas entre el delito de maltrato

habitual del art. 173.2 y los preceptos que tipifican los concretos actos de violencia (art. 153 y otros).

VI.1 Evolución legislativa: del concurso de leyes al concurso de delitos.

En la primera redacción del delito de maltrato habitual introducida por Ley de 1989 en el CP de 1973 derogado no se mencionaba el posible castigo por separado de los concretos resultados producidos. De hecho, conforme a tal regulación, la Circular 2/90 de la FGE, interpretativa de la reforma operada por la citada LO 3/89, de 2 de junio, señaló que la conducta de maltrato habitual y los actos aisladamente considerados causantes de algún resultado lesivo se hallan en relación de concurso de normas, no de delitos, a resolver por el principio de consunción estimando que el delito de resultado más grave consume a las previas violencias físicas habituales. Igualmente, señalaba la citada Circular, si las lesiones causadas por las violencias habituales fueren constitutivas de falta, el delito de maltrato habitual consumiría esos resultados que, en cierto modo, están ínsitos en el término "violencia física".

El problema derivado de lo anterior radicaba en que la condena, en aquel tiempo generalmente en juicio de faltas, de cada acto aislado de violencia impedía tener en consideración tal acto violento para apreciar la habitualidad, que quedaba de ese modo parapetada impunemente detrás de las distintas condenas por los concretos resultados lesivos en que aquella se venía materializando.

La mención a la posibilidad de punición separada de los concretos resultados lesivos por una parte y de la conducta habitual por otra, figura por vez primera en el art. 153 (actualmente es el 173.2) introducido al publicarse el CP de 1995. El precepto establecía como inciso final: "...sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder *por el resultado* que, en cada caso, se causare".

Sin embargo, el legislador, en la reforma del art. 153 operada por la LO 14/99, de 9 de junio, modifica el inciso final del precepto y añade un párrafo segundo tratando de dejar sentado que la pena impuesta por el delito de maltrato habitual es compatible con las que puedan imponerse por las lesiones concretas causadas. El art. 153 señala al final del primer párrafo: "...sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder *a los delitos o faltas* en que se hubieren concretado los actos de violencia física o psíquica", y al final del párrafo segundo indica que para apreciar la habitualidad se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados con independencia "...de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores".

Del tenor literal del art. 153 se extraen dos premisas básicas fijadas por el legislador:

- la existencia de un concurso de delitos, no de normas, entre el art. 173.2 y los concretos resultados lesivos (art. 153, 171, 172 o 148, o el que sea) -lo que recalcan las **SSTS 927/2000, 1060/1996 y la 1356/2001-**.
- la posible apreciación de habitualidad con independencia de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores (art. 173, pfo. 3, inciso final) -lo que deja sentado la **STS 1356/2001-**.

VI.2 Fundamento de la posible punición por separado: distinto hecho y distinto bien jurídico.

La solución del concurso de delitos parte de la existencia de hechos distintos y de bienes jurídicos diferentes.

La acción

La acción es diferente en el maltrato habitual y en cada acto aislado violento pues una es permanente y la otra concreta, *siendo la violencia habitual algo más y distinto que la simple suma de los actos concretos en que se manifiesta*. En aplicación del art. 132.1 CP mientras que cada acto de violencia aislado comenzará su prescripción desde el día en que se cometió, el delito del art. 173.2 sólo iniciara su prescripción desde la realización de la última conducta violenta, es decir, desde el cese de la violencia habitual.

Este entendimiento de la acción ha sido jurisprudencialmente respaldado. La **STS 927/2000, de 24 de junio**, señala (FJ 4) que "el delito de maltrato familiar del art. 173.2 es un *aliud y un plus* distinto de los concretos actos de agresión (...) la violencia física y psíquica a que se refiere el tipo es algo distinto de los concretos actos de violencia, aisladamente considerados". La **STS 1366/2000, de 7 de septiembre**, también alude a la acción del tipo como algo distinto de la simple suma de estas: "la reiteración de conductas de violencia ... aun cuando aisladamente consideradas serían constitutivas de falta, en cuanto vienen a crear, por su repetición, una atmósfera irrespirable o un clima de sistemático maltrato". En esa misma línea la **STS 1208/2000, de 7 de julio**, que reputa a las dos agresiones individualmente concretadas como la "exteriorización singularizada de un estado de violencia permanente".

El bien jurídico protegido.

Las lesiones que podríamos calificar de aisladas inciden exclusivamente en el derecho fundamental a la vida e integridad física y moral de quien las sufre directamente (art. 15 CE). Los malos tratos habituales en el ámbito familiar, por contra, encuentran su acomodo más fácilmente entre los delitos contra las relaciones del orden familiar y, aunque indudablemente también inciden en el derecho fundamental del art. 15 CE, afectan igualmente y de manera esencial a otros derechos y valores constitucionales distintos: la dignidad de la persona (art. 10 CE), el respeto al derecho de igualdad (art. 14), el derecho a la educación y al pleno desarrollo de la personalidad (art. 27), el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica (art. 32), y la protección social, económica y jurídica de la familia, de los hijos -con independencia de su filiación- y de las madres (art. 39).

El bien jurídico tutelado, entendido más allá de la simple agresión al art. 15 CE, ha encontrado claro respaldo jurisprudencial en las **SSTS 927/2000, de 24 de junio; 1366/2000, de 7 de septiembre y 1356/2001, de 9 de julio**. Señala esta primera sentencia que "el bien jurídico protegido es la preservación del ámbito familiar como una comunidad de amor y libertad presidido por el respeto mutuo y la igualdad (...) el bien jurídico protegido es la *paz familiar*, sancionando aquellos actos que exteriorizan una actitud tendente a convertir aquel ámbito en microcosmos regido por el miedo y la dominación".

VI.3. Consecuencias procesales

De la anterior interpretación se extraen una serie de consecuencias prácticas de enorme alcance.

A) Si en la denuncia se relatan varios hechos violentos se conocerá de todos ellos en un único procedimiento, cuya conjunta contemplación permite apreciar habitualidad. El procedimiento tendrá por objeto tanto el delito del art. 173.2 como cada uno de los concretos delitos o faltas en que se haya materializado dicha habitualidad.

Si los diversos hechos hubieren sido denunciados en varias ocasiones y se detectara, a través del Registro o de cualquier modo (en el interrogatorio de la víctima, por ejemplo), que existen denuncias previas por otros hechos de violencia, parece oportuno acumular todas las causas en una sola para que sean conocidos los hechos conjuntamente (art. 17.5 LECrim). Esa acumulación, derivada de la conexidad, conlleva aparejados importantes efectos que no se agotan en el ámbito procesal sino que alcanzan incluso a determinados campos del Derecho Penal sustantivo (reglas penológicas del concurso real -art. 76.2 CP y 988 LECrim-, suspensión condicional de la ejecución de la condena, etc.). A mi modo de ver, la acumulación ha de hacerse en favor del órgano judicial que tuviere conocimiento de la primera de las denuncias⁸.

La sentencia se pronunciará por el art. 173.2 y por cada acto aislado violento, cuya relación es la del concurso real.

Son muchas las sentencias de Juzgados y Audiencias que han aplicado el concurso real entre el delito del art. 173.2 y las lesiones que se concretan en fechas determinadas (por todas **St AP Valencia 254/2000, de 15 de mayo** y **St AP Zaragoza 295/2000, de 6 de abril**)⁹. La **St AP de Asturias 468/1999, de 7 de diciembre**, dictada en un procedimiento de jurado¹⁰, condena por maltrato habitual en concurso real con homicidio habida cuenta del maltrato habitual ejercido por el hijo sobre su madre y por los reiterados

⁸ En el informe sobre malos tratos del CGPJ, aprobado el 22 de marzo de 2001, se efectúan consideraciones de interés sobre estos aspectos organizativos. En concreto y por lo que ahora nos interesa se señala la necesidad de "establecimiento de reglas de reparto atribuyendo el conocimiento de los distintos hechos que integran la habitualidad en favor del órgano judicial primero en conocer de alguno de ellos". Y tal solución ha plasmado en la **Instrucción 3/2003, de 9 de abril, del CGPJ** (BOE de 15 de abril de 2003) sobre normas de reparto penales y registro informático de violencia doméstica. Dicha Instrucción establece nuevos criterios a los que han de haberse adaptado las normas de reparto antes del 28 de abril, según los cuales al Juzgado de Guardia corresponde la tramitación de las causas por juicio rápido y de los juicios de faltas inmediatos; fuera de lo cual el Juzgado de Instrucción que hubiere incoado causa por este tipo de hechos con anterioridad conocerá de los procesos penales que se incoen contra el mismo autor por hechos cometidos contra alguno de los miembros del núcleo familiar, aunque en la causa inicial se hubiere dictado archivo, apertura de juicio oral o sentencia condenatoria o absolutoria.

⁹ Sin embargo, la tesis del concurso real no es seguida por la **St AP Cáceres 82/1999, de 23 de noviembre**, que entiende que el delito de amenazas es apreciable en concurso ideal con el delito del art. 153 ya que su substrato material es parte de los malos tratos habituales.

¹⁰ La procedencia del enjuiciamiento a través del procedimiento ante el Tribunal del Jurado de los casos de malos tratos habituales (173.2 CP) que desembocan en un homicidio consumado (138 CP) ha sido sostenida por la **STS 1832/2000, de 29 de noviembre**.

golpes que ocasionaron su muerte. En este sentido la **STS 1356/2001** dispone "la norma penal (art. 173) está dando claramente acogida al concurso de delitos (art. 77 CP) y no al concurso de normas (art. 8 CP)".

B) En orden a la posible valoración -a efectos de apreciar habitualidad- de los ilícitos prescritos, la **STS 927/2000** deja clara la intranscendencia a efectos del art. 173.2 de la posible prescripción de algún acto aislado de violencia. A tal efecto señala: "... siendo al respecto irrelevante tanto las protestas de haber sido enjuiciadas ya autónomamente como faltas las agresiones, o que por la falta de denuncia y el tiempo transcurrido aquellas hayan quedado prescritas..."¹¹. En tales casos, no se impondrá pena por el delito o falta de que se trate -al estar prescrito-, pero sí que dicha acción podrá ser tenida en consideración a efectos del art. 173.2.

C) La existencia de sentencias condenatorias previas por los concretos resultados lesivos, ya fueren tipificados como falta o como delito, no impide la consideración de tales actos a efectos de integrar el concepto de habitualidad del art. 173.2, ni excluye la sanción por este delito. No se vulnera el principio *non bis in idem* por ello.

Específicamente aborda esta cuestión la **STS 1356/2001** que rechaza el motivo basado en la vulneración del principio *non bis in idem* por la consideración para apreciar el art. 173.2 de dos hechos ya enjuiciados y condenados como sendas faltas de lesiones. Recordar que la **STS 927/2000** ya dejó claro que son irrelevantes "las protestas de haber sido enjuiciadas ya autónomamente como faltas las agresiones".

D) Si por los concretos delitos o faltas de lesiones hubiere recaído auto de sobreseimiento provisional y se siguiera procedimiento distinto por el delito del art. 173.2, nada impedirá la reapertura de aquel proceso por el concreto resultado lesivo si aparecieran nuevos elementos probatorios y su acumulación.

E) Si el sobreseimiento por el concreto delito o falta de lesiones fuera libre o si hubiera recaído sentencia absolutoria, no cabe, obviamente, volver a enjuiciar esos concretos hechos. Lo impide la eficacia negativa de la cosa juzgada (art. 666 nº 2 LECrim.).

Ahora bien debe tenerse en cuenta, como algo distinto de lo anterior, que en el nuevo proceso por el delito del art. 173.2 sí puede el juzgador discrepar de la valoración de la prueba que se hizo en el auto o en las sentencias absolutorias anteriores y considerar, a los únicos efectos de integrar la habitualidad, que esas conductas de violencia existieron. Lo que no cabría es condenar por esos concretos resultados lesivos por impedirlo la cosa juzgada. Pero no se puede hablar de eficacia positiva o prejudicial del efecto de cosa juzgada de aquellas sentencias absolutorias en el proceso por el delito del art. 173.2 CP.

Un ejemplo puede ser útil para ilustrar lo dicho: de enjuiciarse a una persona por un delito de robo agravado por empleo de arma en proceso distinto al seguido por el delito de

¹¹ La **St. AP Valladolid 245/2001, de 31 de marzo**, revocó la sentencia condenatoria por delito del art. 173.2 dictada por el Juez de lo Penal, al no apreciar a efectos de habitualidad hechos declarados prescritos en un juicio de faltas, en clara contradicción con la tesis sostenida por el TS.

tenencia ilícita de esa misma arma, parece que lo normal es que las dos sentencias coincidan en ser condenatorias o absolutorias, ahora bien nada impide que por las vicisitudes y prueba practicada en cada juicio oral una sea absolutoria y la otra condenatoria, indistintamente. Ninguna de las sentencias despliega en el otro proceso eficacia positiva de cosa juzgada o eficacia prejudicial; es decir, lo afirmado como probado en una sentencia no vinculará en el otro proceso posterior, aunque evidentemente tengan un cierto valor de convicción como un elemento cualquiera más.

Por ello, la absolución o el sobreseimiento libre por un concreto resultado lesivo impedirá que pueda volver a enjuiciarse tal hecho para su castigo -se afirma la eficacia negativa de la cosa juzgada-, pero no que ese acto lesivo pueda ser tenido en consideración únicamente a efectos de integrar el clima de violencia o habitualidad para una ulterior condena por el art. 173.2 -se niega la eficacia positiva de cosa juzgada-. La cuestión tiene enorme transcendencia práctica si se repara en el alto número de absoluciones en juicios de faltas que han sido propiciadas por las retractaciones, miedos o incomparecencias de la víctima.

Un argumento más en favor de la tesis que se defiende en este subapartado se encuentra en el tenor del art. 173.3 que señala "... con independencia (...) de que los actos violentos hayan sido o no objeto de *enjuiciamiento* en procesos anteriores". La alusión se hace a "enjuiciamiento", término más amplio que el de "condena".

En esa línea de planteamiento, cabe reparar en que la absolución por un concreto hecho delictivo no impide la apertura de un proceso civil por ese mismo hecho para exigir la responsabilidad civil (art. 116 LECrim.). Un límite a lo anterior viene representado, según el tenor de dicho precepto, por la circunstancia de que la sentencia absolutoria declare como hecho probado <<que no existió el hecho de que la civil hubiese podido nacer>>. En tales casos, realmente difíciles de encontrar en la práctica, sí desplegaría la sentencia absolutoria en la que se declarara probado que el concreto acto lesivo no existió (lo cual es distinto a declarar que no ha quedado probado si existió o no) eficacia prejudicial en el proceso por el art. 173.2, ya que ese acto lesivo negado en su existencia en una sentencia no podría ser ni siquiera considerado para integrar la habitualidad en ese nuevo procedimiento.

Frente al criterio que se acaba de exponer, la **STS 805/2003, de 18 de junio**, ha mantenido una postura contraria y ha señalado no valorables a estos efectos del art. 173.2 las sentencias previas absolutorias por hechos aislados. Es una resolución aislada del TS, que ha sido precedida de dos pronunciamientos de Audiencias en igual sentido. La **St AP La Coruña 60/1999, de 11 de noviembre**, tras relatar cuatro determinados episodios de violencia e indicar que bastan para apreciar el delito del art. 153 -por el que formula fallo condenatorio-, señala que "no podemos tener en cuenta los hechos acaecidos en Gijón incluidos en el relato acusatorio del Ministerio Fiscal. Tales hechos ya fueron juzgados con sentencia absolutoria. Una cosa es que el art. 153 no exija una condena previa para apreciar la habitualidad, aunque sí han de ser hechos condenables... en otras palabras: la absolución anterior por tales hechos es cosa juzgada con todas sus consecuencias, no pudiendo revisarse ni ser contradicha después en otro proceso". Hemos de indicar que, en el caso concreto resuelto, la valoración de los hechos objeto de previa sentencia absolutoria no era estrictamente necesaria para apreciar el art. 153 ya que existían otros distintos episodios que bastaban para revelar el clima de temor o habitualidad. En idéntico sentido la **St. AP Valladolid 245/2001, de 31 de marzo**, tampoco tuvo en cuenta a efectos de habitualidad

hechos de los que el acusado había sido absuelto en juicio de faltas "ya que la esposa no quiso ratificar la denuncia", lo que unido a la exclusión de otros hechos declarados prescritos en un juicio de faltas determinó la revocación de la condena impuesta por el Juez de lo Penal al quedar subsistentes hechos que en una concepción muy aritmética de la cuestión la Sala consideró insuficientes y sin proximidad temporal entre ellos. En todo caso, por las razones ya expuestas, no compartimos ese automatismo valorativo respecto de los hechos objeto de sentencia absolutoria, a efectos de excluirlos de la apreciación de la habitualidad, que llevan a cabo las citadas sentencias.

ANEXO DE JURISPRUDENCIA SOBRE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

Se recogen a continuación, sin ánimo exhaustivo, aquellas resoluciones del Tribunal Supremo, del Tribunal Constitucional y de diversas Audiencias Provinciales que resultan de interés en esta materia. Muchas de ellas han sido citadas a lo largo del texto de esta ponencia.

Las resoluciones se agrupan por materias que dan título a los siguientes apartados.

Bien jurídico protegido

SSTS 927/2000, de 24 de junio; 1366/2000, de 7 de septiembre y 1356/2001, de 9 de julio. Señala la primera sentencia que *"el bien jurídico protegido es la preservación del ámbito familiar como una comunidad de amor y libertad presidido por el respeto mutuo y la igualdad (...) el bien jurídico protegido es la paz familiar, sancionando aquellos actos que exteriorizan una actitud tendente a convertir aquel ámbito en microcosmos regido por el miedo y la dominación"*.

STS 1162/2004, de 15 de octubre, *"el bien jurídico protegido trasciende y se extiende más allá de la integridad personal al atentar el maltrato familiar a valores constitucionales de primer orden como el derecho a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad -art. 10-, que tiene su consecuencia lógica en el derecho no sólo a la vida, sino a la integridad física y moral con interdicción de los tratos inhumanos o degradantes -art. 15- y en el derecho a la seguridad -art. 17-, quedando también afectados principios rectores de la política social y económica, como la protección de la familia y la infancia y la protección integral de los hijos del art. 39. Coherentemente con este enfoque, destaca la Sentencia núm. 927/2000 de 24 de junio de 2000, el delito que comentamos debe ser abordado como un problema social de primera magnitud, y no sólo como un mero problema que afecta a la intimidad de la pareja, y desde esta perspectiva es claro que la respuesta penal en cuanto represiva es necesaria pero a su vez debe estar complementada con políticas de prevención, de ayuda a las víctimas y también de resocialización de éstas y de los propios victimarios"*.

Proporcionalidad de las penas del art. 153 (en redacción dada por la LO 11/2003)

Auto del Pleno del Tribunal Constitucional nº 233/2004, de 7 de junio, que inadmitió a trámite la cuestión de inconstitucionalidad planteada contra el art. 153 CP - según redacción LO 11/2003- por quebrantamiento del principio de proporcionalidad sancionadora al elevar a la categoría de delito conductas anteriormente castigadas como faltas cuando se cometen contra alguna de las personas que se citan en el art. 173.2 CP. Declara el Tribunal Constitucional en dicho auto: *“No puede dejar de resaltarse desde nuestro específico control de constitucionalidad, ante el problema social de primera magnitud que en nuestro país representa la violencia doméstica, la relevancia social de los bienes e intereses que el precepto pretende proteger, constituidos no sólo por la libertad y la integridad psíquica y física de la víctima, sino también por la pacífica convivencia doméstica, así como su directa y estrecha conexión con principios y derechos constitucionales, como la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE), o, también entre otros, la protección de la familia (art. 39 CE)”*.

Parejas no convivientes

STS 417/2004, de 29 de marzo *“La introducción del inciso «aún sin convivencia», a pesar del silencio de la exposición de motivos sobre esta cuestión puntual, debe interpretarse de forma que lo que ahora, desde su entrada en vigor, no constituye un requisito del tipo, lo era con anterioridad a su exclusión expresa. La modificación provoca una ampliación en el bien jurídico protegido, pues ya no se trata solamente de la paz familiar o la dignidad de la persona en ese ámbito, sino también en el marco de relaciones análogas en su afectividad a las de los cónyuges, aunque no exista convivencia La sentencia de instancia se limita a declarar probado que el acusado mantuvo con la víctima de sus agresiones «una relación sentimental estable», añadiendo en el fundamento de derecho primero que «no obsta a la permanencia y profundidad de dicha relación de afectividad el que cada uno continuara viviendo en su domicilio, de próxima vecindad». Con independencia de que el Tribunal debería haber descrito en el hecho probado las características de la relación para después deducir en los fundamentos jurídicos el carácter estable de la misma a los efectos del tipo, la escasez de datos fácticos contenidos en la sentencia acerca de este extremo concreto de las relaciones entre autor y víctima impide considerar acreditada la existencia de una convivencia entre ambos que pueda valorarse como tal, sin que pueda ser presumida en contra del reo, de manera que no concurre en los hechos probados uno de los requisitos del tipo en la redacción del Código Penal vigente al tiempo de cometer los hechos, lo que ha de conducir a la estimación del motivo y a la absolución del acusado por este delito, sin perjuicio de que su conducta obtenga un adecuado reproche a través de la imposición de las penas y medida de seguridad impuestas por el delito y la falta de lesiones”*.

Concepto de habitualidad (art. 173.2)

St. de la AP Barcelona, secc. 7ª, nº 70/2001, de 26 de enero, rechaza expresamente en relación con el art. 153 la noción de habitualidad del art. 94, ofrecida a los efectos que se aluden en el propio precepto, es decir, a los fines de sustitución y suspensión de penas

St. 670/1998, de 21 de diciembre, de la AP de Tarragona, entendió en seguimiento de una concepción hoy superada, como veremos en las siguientes sentencias, que la acreditación de dos incidentes de violencia física constitutivos de falta había de dar lugar a la condena por cada falta, sin que hubiera base probatoria para la apreciación del art. 173 ante la inexistencia de otros actos.

Las SSTS 927/2000, de 24 de junio, 1208/2000, de 7 de julio y 1366/2000, de 7 de septiembre, rompen con esa concepción cuasi-aritmética de la habitualidad. Así, en concreto, la STS 927/2000, de 24 de junio, señala (FJ 4) que *"el delito de maltrato familiar del art. 173 es un aliud y un plus distinto de los concretos actos de agresión (...) la violencia física y psíquica a que se refiere el tipo es algo distinto de los concretos actos de violencia, aisladamente considerados"*. La STS 1366/2000, de 7 de septiembre, también alude a la acción del tipo como algo distinto de la simple suma de estas: *"la reiteración de conductas de violencia ... aun cuando aisladamente consideradas serían constitutivas de falta, en cuanto vienen a crear, por su repetición, una atmósfera irrespirable o un clima de sistemático maltrato"*. En esa misma línea la STS 1208/2000, de 7 de julio, que reputa a las dos agresiones individualmente concretadas como la *"exteriorización singularizada de un estado de violencia permanente"*.

STS 923/2003, de 27 de junio "Si bien la sentencia no concreta de una manera cronológica y precisa las acciones de malos tratos físicos y psíquicos, mantenidas por el acusado con respecto a su esposa, se afirma rotundamente que, desde los meses de diciembre de 1999 a febrero de 2000, el recurrente mantuvo una conducta de permanente violencia y humillación hacia su esposa. Las referencias que se hacen en la sentencia a este comportamiento reiterado y persistente, sólo tratan de poner de relieve un elemento sustancial como es el de la habitualidad, no en sentido jurídico sino en sentido material. En la sentencia se describe la existencia de malos tratos psíquicos habituales, como golpes, vejaciones y humillaciones que, sin necesidad de ninguna otra connotación jurídica, constituyen un elemento que configura el reproche penal, hacia conductas de esta naturaleza, que no solamente afectan a la integridad física y psíquica de la persona sino también a su propia dignidad".

Presunción de inocencia

El Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente que la declaración de la víctima es hábil como prueba de cargo.

STS 1058/2004, de 27 de septiembre, *"Es cierto que las declaraciones de la víctima han sido valoradas por el Tribunal sentenciador para alcanzar su convicción sobre lo sucedido, señalando, tras haberlas escuchado con cumplido acatamiento de los principios de inmediación y contradicción, que tienen plena credibilidad y que ha contestado minuciosamente a todos los extremos interesados por el Ministerio Fiscal y la defensa, pero a su vez añade que esa credibilidad viene sustentada por el informe emitido por una psicóloga y por otros datos que corroboran la veracidad de sus afirmaciones como sucede con los malos tratos físicos y psíquicos que están confirmados por las declaraciones de familiares y personas de su entorno, concretamente la cocinera que trabajaba con ella, y por los informes médicos periciales emitidos, sin que pueda olvidarse que varias de las agresiones se produjeron a presencia de terceras personas, familiares y conocidos, que declararon sobre estos extremos, y lo mismo sucede con las privaciones de libertad deambulatoria que determinaron los delitos de detención ilegal, habiendo podido escuchar el Tribunal de*

instancia el testimonio de Daniela y Jose Pedro que presenciaron una de las privaciones de libertad”.

STS 932/2003, de 27 de junio “1. El motivo se esfuerza en combatir la declaración de hechos probados, que le imputa haber quemado a su esposa con un cigarrillo en la muñeca. Estima que la declaración de la víctima, no puede ser prueba de cargo, debido a que existe una enemistad manifiesta entre ambos. Para reforzar su tesis, apunta que la denunciante también le acusó de la comisión de varios delitos de agresión sexual con penetración, que no han sido estimados por la Sala sentenciadora. Se extiende posteriormente, en consideraciones sobre la ambigüedad e imprecisión de todas las manifestaciones inculpatorias realizadas por la denunciante.

2.- El planteamiento de la cuestión deja muy pocos resquicios para tomar en consideración las argumentaciones deslizadas por la representación procesal de la defensa del acusado. Ante la abundante jurisprudencia sobre el tema de la presunción de inocencia, no podemos olvidar que su construcción crítica, se basa en dos presupuestos fundamentales. Por un lado, es necesario que se alegue la utilización, de pruebas ilícitamente obtenidas y con vulneración de derechos fundamentales. Es evidente, que este vicio no ha sido denunciado por la parte recurrente. Además, y con carácter alternativo, se debe concretar la impugnación en un análisis de la prueba disponible alegando que, por su contenido, carece de entidad incriminatoria o no es suficiente, para sustentar una decisión perjudicial para el reo.

En el caso presente, toda la fuerza impugnativa se basa en la desvalorización del testimonio de la víctima y de las que llama testigos de referencia. Para ello adopta una posición de rechazo, en función de una situación de enemistad manifiesta y, sobre todo, en la falta de credibilidad de los testimonios basándose en que, otras acusaciones más graves, como las de agresión sexual, no han sido tenidas en cuenta por la Sala sentenciadora.

La crítica del testimonio, es una obligación profesional de los que se encargan de impartir justicia en los juicios contradictorios, por lo que su desvalorización sólo puede tener su causa en una falta de congruencia y de racionalidad en el examen de los elementos de prueba disponibles. Esta carencia no se observa en el caso presente. Revisando los materiales probatorios utilizados, se llega a la incuestionable conclusión de su adaptación a las reglas de la sana crítica, aceptando determinadas versiones y rechazando otras por estimar que no están suficientemente acreditadas, más allá de toda duda razonable”.

Maltrato psicológico

STS 394/2003, de 14 de marzo “crear una situación de dominio y temor”

STS 932/2003, de 27 de junio “vejación y humillación continuada, metódica y deliberada que tiene como objetivo conseguir una situación de dominio que vulnera la propia personalidad de la víctima”

STS 1750/2003, califica de violencia esencialmente psíquica una situación de reiterados hostigamientos, descalificaciones, expresiones intimidatorias personalmente o por

teléfono, amenazas de muerte, provocaciones intimidantes, agresiones físicas, que finalizó con un intento de atropello o su cruel simulación

Auto del TS 12.9.02 “amenazas reiteradas y permanentes y sometimiento de la víctima y su familia a una situación de verdadero acoso”

Comisión por omisión

STS 1161/2000 analizó la conducta de la madre de un niño de 5 meses que *"no consta - según el factum- participase activa o pasivamente "* en las agresiones que reiteradamente le propinaba el padre ante sus pérdidas de paciencia por los lloros del menor. La condena por delito de maltrato habitual al padre se extendió en casación, gracias al recurso interpuesto por el M. Fiscal, a la madre por entenderla responsable del delito en comisión por omisión, habida cuenta de su posición de garante que se convirtió en esencial o necesaria, no meramente favorecedora, para la consumación de las lesiones. Esta sentencia cifra la posición de garante no sólo en los deberes morales que la propia naturaleza biológica de la maternidad representa sino en el deber legal impuesto por el art. 154 CC. Cita a su vez otras de **22-6-1991** (en esta sentencia se condena por comisión por omisión al padre de una niña de 5 meses que presenció, sin intervenir, el maltrato propinado y múltiples lesiones causadas por su mujer a la hija de 5 meses de ambos) y **31-10-1991** (esta sentencia condena por comisión por omisión a la madre de una niña de 3 años que no hizo nada por evitar e impedir el continuo maltrato realizado por su cónyuge sobre la menor).

STS 834/00 La conducta pasiva de la madre de un menor de 12 años de edad ante las reiteradas agresiones físicas cometidas por su compañero sentimental sobre el niño, determinó la condena por la AP al hombre por delito de maltrato habitual del art. 173 en concurso con una falta de lesiones y a la madre por delito del art 450.2 por no haber acudido a denunciar ante la autoridad tales hechos para impedir su producción. La sentencia de instancia no se planteó la posible responsabilidad de la madre en un delito de maltrato habitual en comisión por omisión, y la condena impuesta por delito del art. 450 no fue cuestionada en casación excepto por la madre que alegó la concurrencia de eximente de miedo insuperable. El TS desestimó la eximente de miedo insuperable al señalar que en los hechos probados *"se describe una violencia habitual ejercida contra el niño, pero no contra la madre, por lo que no consta que ella sufriera un invencible terror que le impidiera intervenir denunciando los hechos para impedir que continuaran los malos tratos de que su hijo venía siendo víctima"*. Es de advertir que la apreciación de miedo insuperable no sólo hubiera extraído a la madre del círculo de los responsables sino que, aún más, la hubiera situado en el círculo de las víctimas del delito de maltrato habitual, en la medida de que hubiera sido el reconocimiento de que ella misma era también destinataria de la violencia desplegada por su compañero (ello hubiera tenido hoy, al amparo del art. 87 ter LOPJ, efectos competenciales, tanto objetivos como territoriales, al atribuirse la causa si la mujer fuera víctima no al Juzgado de instrucción del lugar de los hechos sino al de Violencia sobre la mujer del domicilio de aquella).

St. AP Alicante 46/2000, de 3 de febrero, al analizar la prueba señala: *"Suele ocurrir que aunque se trate de situaciones sospechadas o conocidas, los vecinos se abstienen de mostrar pública colaboración con la víctima por temor a represalias o por un malentendido sentido de insolidaridad. Por ello el juzgador que se enfrenta a estas situaciones suele contar únicamente con las manifestaciones contradictorias de los*

afectados...".

Omisión propia

St. de 2-11-1998 de la sec. 3ª de la AP de Coruña hace referencia (aunque es discutible que se trate de una clara conducta omisiva pura) a la conducta del penado que se negaba a abrir la puerta de la casa a la esposa e hijos obligándoles de ese modo a la "*degradante exigencia de ... pernoctar casi a la intemperie en diversas ocasiones*".

Agravante mixta de parentesco

STS 164/2001, de 5 de marzo, rechaza la aplicación de la agravante mixta de parentesco del art. 23 CP en relación con el delito de maltrato habitual al estimar que resulta inherente al mismo, apreciándola, sin embargo, en los concretos actos de violencia (faltas de lesiones, faltas de malos tratos y delito de detención ilegal) por los que también recayó condena.

Concurso de delitos

SSTS 927/2000 y 1356/2001 resaltan la existencia de un concurso de delitos, no de normas, entre el delito de maltrato habitual y los concretos resultados lesivos.

STS 1356/2001 establece la posible apreciación de habitualidad con independencia de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores

STS 645/2004, de 14 de mayo, "*no cabe hablar de ninguna vulneración del principio «nos bis in idem», por la posible duplicidad de sanciones por unos mismos hechos, por la sencilla razón de que el propio precepto legal, cuya infracción se denuncia, prevé expresamente que la sanción correspondiente a la conducta descrita en el mismo se impondrá, «sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el resultado que, en cada caso, se causare» (v. la redacción originaria del art. 153 CP), «sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica» (v. la redacción del citado artículo según la reforma operada en el mismo por la LO 14/1999), «con independencia de que (...) los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores» (v. art. 173.3 del Código Penal, según el texto reformado por la LO 11/2003). Existen dos bienes jurídicos claramente diferenciados (la paz familiar y la integridad moral de la persona, de un lado, y la integridad física y psíquica de la persona, por otro). Los concretos actos de violencia sólo tienen el valor de acreditar la actitud del agresor, no existe, por tanto, infracción del principio «nos bis in idem» (v. STS de 9 de julio de 2001)".*

Valoración de ilícitos prescritos en relación con la habitualidad

STS 927/2000 deja clara la intranscendencia a efectos del art. 173 de la posible prescripción de algún acto aislado de violencia. A tal efecto señala: "... *siendo al respecto*

irrelevante tanto las protestas de haber sido enjuiciadas ya autónomamente como faltas las agresiones, o que por la falta de denuncia y el tiempo transcurrido aquellas hayan quedado prescritas...". En tales casos, no se impondrá pena por el delito o falta de que se trate -al estar prescrito-, pero sí que dicha acción podrá ser tenida en consideración a efectos de habitualidad.

Valoración de sentencias absolutorias para apreciar habitualidad

STS 805/2003, de 18 de junio, *“las denuncias por supuestos malos tratos que concluyeron en sentencia absolutoria no pueden ser tomadas en consideración para apreciar la habitualidad. El principio de presunción de inocencia establece que toda persona es inocente mientras no se acredite lo contrario, y en el caso de que una acusación concluya en sentencia absolutoria por no haberse acreditado los hechos, sea por incomparecencia de la denunciante sea por otra razón diferente, lo cierto es que la sentencia firme dictada impone la consecuencia de que el denunciado debe ser a todos los efectos considerado inocente de los referidos hechos, por lo que no pueden valorarse posteriormente esos mismos hechos en contra del acusado tomando en consideración una versión inculpatoria frontalmente contradictoria con la cosa juzgada”.*

Procedimiento aplicable

STS 1832/2000, de 29 de noviembre, estimó la procedencia del enjuiciamiento a través del procedimiento ante el Tribunal del Jurado de los casos de malos tratos habituales (173 CP) que desembocan en un homicidio consumado (138 CP).

Pena o medida de prohibición de acercamiento a la víctima y reanudación voluntaria de la convivencia.

Siguiendo en este punto al Fiscal Pablo Lanzarote Martínez (en su trabajo publicado en Sepin Net, Violencia doméstica, marzo de 2006) cabe señalar que la prohibición de aproximación a la víctima de un delito de maltrato de los que estamos analizando (mencionados en el art. 57.1 del Código Penal) puede ser impuesta, bien como pena privativa de derechos (es más, en este caso el alejamiento debe imponerse con carácter obligatorio en los citados delitos cuando exista entre la víctima y el agresor la relación de parentesco, dependencia o afectividad descrita por el citado precepto en su párr. 2.º), bien como medida cautelar.

El incumplimiento de la expresada prohibición por el obligado a su observancia haría incurrir a éste, en principio, en responsabilidad criminal por la vía del delito previsto en el art. 468.2.º del Código Penal, de quebrantamiento de condena o de quebrantamiento de medida cautelar.

Sin embargo, cuando en ese incumplimiento del obligado por la pena o medida concurra también la voluntad de la persona en cuyo beneficio o protección fue acordado el alejamiento, en los supuestos habituales de reconciliación sobrevenida, se ha

planteado en la doctrina y en la jurisprudencia la relevancia que deba atribuirse a ese consentimiento a los efectos de concretar la responsabilidad penal en que pueda incurrir el autor.

De este tema se ocupa, referido a un supuesto de violencia de género y al incumplimiento de una medida de alejamiento, la Sentencia del Tribunal Supremo 1156/2005, 26 de septiembre (ponente: Giménez García), que se plantea el siguiente interrogante: ¿Qué ocurre si la víctima reanuda voluntariamente la convivencia con su marido o ex conviviente que tiene dictada una medida de prohibición de aproximación a instancias de aquélla?.

La respuesta tiene enorme interés pues en el ámbito de la violencia de género son bastante frecuentes los casos en los que durante la tramitación de la causa, o una vez ésta finalizada, tiene lugar la reconciliación de la pareja y la reanudación de la vida en común, en algunas ocasiones ni siquiera interrumpida por el episodio violento.

Hemos de distinguir:

a) Respecto de la conducta de la propia perjudicada, la sentencia referida razona que considerar a la mujer, que consiente la convivencia con posterioridad a la imposición de la pena o de la medida, coautora por cooperación necesaria del delito de quebrantamiento «produciría unos efectos tan perversos que no es preciso razonar, al suponer una intromisión del sistema penal intolerable en la privacidad de la pareja cuyo derecho mas relevante es el derecho a vivir juntos, como recuerdan las SSTEDH de 24 de marzo de 1988 y 9 de junio de 1998, entre otras».

Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 10 de mayo de 2005, exime a la mujer de toda responsabilidad sobre la base de entender que concurre en su actuar la eximente prevista en el núm. 7 del art. 20 del Código Penal «ya que ella no tenía limitada su libertad de deambulación ni restringidos sus derechos en forma alguna, por cuanto no era a ella a quien se le había impuesto la prohibición de acercamiento a su compañero»

b) Respecto de la conducta del condenado a la pena o sometido a la medida que incumple el alejamiento con el consentimiento de la propia perjudicada, la sentencia del TS citada le exime igualmente de responsabilidad penal al entender que, «en cuanto la pena o medida de prohibición de aproximación está directamente enderezada a proteger a la víctima de la violencia que pudiera provenir de su anterior conviviente, la decisión de la mujer de recibirle y reanudar la vida con él, acredita de forma fehaciente la innecesariedad de protección, y por tanto supone de facto el decaimiento de la medida de forma definitiva», por lo que ésta debe «desaparecer y quedar extinguida».

Por su parte, estiman excluida la responsabilidad acudiendo a la figura del error de prohibición la Sentencia de 30 de junio de 2005 de la Audiencia Provincial de Bilbao, la de 13 de junio de 2005 de la Audiencia Provincial de Alicante o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 19 de septiembre de 2005 en la que, después de un profundo estudio sobre esta problemática, se concluye que «cuando, entre juristas, se discute la razonabilidad y constitucionalidad de una interpretación a ultranza de la literalidad de los términos legales que definen el contenido de la "pena de alejamiento", cuestionándose, por las razones expuestas, que tenga algún sentido su

mantenimiento cuando se demuestra que el conflicto de fondo generador del hecho violento se ha resuelto o está en vías de resolución con un pronóstico favorable, como consecuencia de un acuerdo entre las partes de la relación deteriorada; cuando el sentido común y la literalidad de un precepto legal parecen correr por caminos distintos, parece plenamente disculpable que una persona carente de conocimientos jurídicos haya optado por un entendimiento del alcance de la pena que no parecería insensato incluso a una persona versada en Derecho»

Para terminar, **transcribimos la ya comentada STS 1156/2005, de 26 de septiembre**, que señala en concreto:

“...¿Qué ocurre si la víctima reanuda voluntariamente la convivencia con su marido o ex-conviviente que tiene dictada una medida de prohibición de aproximación a instancias de aquélla?.

Si se opta por el mantenimiento a todo trance de la efectividad de la medida, habrá que concluir que si la mujer consiente en la convivencia, posterior a la medida cabría considerarla coautora por cooperación necesaria en al menos por inducción, ya que su voluntad tendría efectos relevantes cara al delito de quebrantamiento de medida del art. 468 del Código Penal, lo que produciría unos efectos tan perversos que no es preciso razonar, al suponer una intromisión del sistema penal intolerable en la privacidad de la pareja cuyo derecho más relevante es el derecho a "vivir juntos", como recuerda las SSTEDH de 24 de Marzo de 1988 y 9 de Junio de 1998, entre otras.

Por otra parte, es claro que la vigencia o anulación de la medida no puede quedar al arbitrio de aquella persona en cuya protección se otorga, porque ello la convierte en árbitro de una decisión que no sólo le afecta a ella, sino también a la persona de quien se debe proteger, por lo que un planteamiento que dejara la virtualidad de la medida a la voluntad de la persona protegida, tampoco es admisible por la absoluta falta de seguridad jurídica para la otra persona, que prácticamente podría aparecer como autor del quebrantamiento según la exclusiva voluntad de la protegida, además de que ello supondría dejar la efectividad del pronunciamiento judicial a la decisión de un particular, lo que no le consiente la naturaleza pública de la medida.

En esta materia parece decisión más prudente, compatibilizando la naturaleza pública de la medida dando seguridad jurídica a la persona, en cuya protección se expide, y al mismo tiempo, el respeto al marco inviolable de su decisión libremente autodeterminada, estimar que, en todo caso, la reanudación de la convivencia acredita la desaparición de las circunstancias que justificaron la medida de alejamiento, por lo que esta debe desaparecer y queda extinguida, sin perjuicio que ante una nueva secuencia de violencia se pueda solicitar y obtener --en su caso-- otra medida de alejamiento. Podemos concluir diciendo que en cuanto la pena o medida de prohibición de aproximación está directamente enderezada a proteger a la víctima de la violencia que pudiera provenir de su anterior conviviente, la decisión de la mujer de recibirle y reanudar la vida con él, acredita de forma fehaciente la innecesariedad de protección, y por tanto supone de facto el decaimiento de la medida de forma definitiva, por lo que el plazo de duración de la medida fijado por la autoridad judicial, quedaría condicionado a la voluntad de aquélla, sin perjuicio de que ante un nuevo episodio de ruptura violenta pueda solicitarse del Juzgado, si es preciso para la protección de su persona, otra resolución semejante. Esta es la especificidad de esta medida/pena dado el específico escenario en el que desarrolla su eficacia. Una aplicación de lo expuesto al caso de autos lleva a la conclusión de que en el presente caso se ha objetivado una duda en la propia sentencia acerca de si con posterioridad al otorgamiento del auto de prohibición de aproximación, se volvió o no a convivir, lo que proyecta al menos una

duda seria y razonable sobre el núcleo del tipo penal: el mantenimiento de la voluntad de la ex- compañera de que el recurrente no se le acercara, basta y sobra esta situación para estimar que no ha existido quebrantamiento de medida ni por tanto delito del art. 468 del Código Penal. ..."