

Delitos de género y de violencia familiar

Cuestiones sustantivas
y procesales

Carmelo Jiménez Segado

Prólogo: **Esteban Mestre Delgado**



Derecho Penal
y Procesal Penal

Colección

Derecho Penal y Procesal Penal

Director:

Luis Rodríguez Ramos

Títulos publicados:

1. La prisión permanente revisable
Ángela Casals Fernández
2. Manual de Introducción al Derecho Penal
Coordinador: Juan A. Lascuraín Sánchez
3. El sistema penitenciario español en la encrucijada: una lectura penitenciaria de las últimas reformas penales
Puerto Solar Calvo
4. El delito de corrupción en los negocios
Sergio Berenguer Pascual
5. Principios generales del Derecho Penal en la Unión Europea
Rosaria Sicurella, Valsamis Mitsilegas, Raphaële Parizot, Analisa Lucifora (ed.)
6. La simplificación de la justicia penal y civil
Vicente Gimeno Sendra
7. Hitos de la historia penitenciaria española
Del Siglo de oro a la Ley General Penitenciaria
Ricardo M. Mata y Martín
8. La nueva configuración de los delitos de terrorismo
María Alejandra Pastrana Sánchez
9. La protección penal frente a los procesos extorsivos del crimen organizado en España. Una aproximación teórica y empírica
Carmen Jordá Sanz
10. Reformas penales en la península ibérica: A «jangada de pedra»?
María Acale Sánchez, Anabela Miranda Rodrigues y Adán Nieto Martín
11. El papel de la víctima en el derecho penal
Coordinadores: Laura Pozuelo Pérez y Daniel Rodríguez Horcajo

DELITOS DE GÉNERO Y DE VIOLENCIA FAMILIAR.
CUESTIONES SUSTANTIVAS Y PROCESALES

COLECCIÓN DE DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL

Director

Luis Rodríguez Ramos

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Nacional de Educación a Distancia

Consejo Asesor

Nicolás González-Cuéllar Serrano, catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Javier Álvarez García, catedrático de Derecho Penal de la Universidad Carlos III; director de la Sección de Derecho Penal, parte general y parte especial.

Alicia Gil Gil, catedrática de Derecho Penal de la Universidad Nacional de Educación a Distancia.

Silvina Bacigalupo Saggese, catedrática de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid.

Adán Nieto Martín, catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Castilla-La Mancha; director de la Sección de Derecho Penal Europeo e Internacional.

Vicente Gimeno Sendra (†), catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Nacional de Educación a Distancia; director de la Sección de Derecho Procesal Penal.

Esteban Mestre Delgado, catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Alcalá de Henares; director de la Sección de Derecho Penitenciario y de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.

Jacobo López-Barja de Quiroga, magistrado de la Sala Quinta del Tribunal Supremo; director de la Sección de Derecho Penal y Procesal Penal Militar.

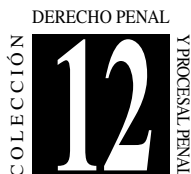
En memoria y recuerdo de don Vicente Gimeno Sendra (1949-2020).

DELITOS DE GÉNERO Y DE VIOLENCIA FAMILIAR. CUESTIONES SUSTANTIVAS Y PROCESALES

CARMELO JIMÉNEZ SEGADO

Prólogo

ESTEBAN MESTRE DELGADO



AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
MADRID, 2021

Primera edición: diciembre de 2021



Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons de Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional, (CC BY-NC-ND 4.0).

En la página web de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, www.boe.es, apartado de *publicaciones*, se incluyen las instrucciones para envío de originales, normas para su presentación y modelo de solicitud de publicación en esta colección que el autor deberá cumplimentar.

La AEBOE no se solidariza con las opiniones sostenidas por los autores de los originales publicados.

- © Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado para esta edición
- © Carmelo Jiménez Segado
- © Esteban Mestre Delgado para el prólogo

<https://cpage.mpr.gob.es>

NIPO: 090-21-212-9 (edición en papel)
090-21-211-3 (edición en línea, PDF)
090-21-210-8 (edición en línea, ePub)

ISBN: 978-84-340-2784-8

Depósito legal: M-33269-2021

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL
BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avenida de Manoteras, 54. 28050 Madrid

ÍNDICE

	<u>Páginas</u>
PRÓLOGO	17
ABREVIATURAS	25
PROPÓSITO, PLAN DEL LIBRO Y AGRADECIMIENTOS	27
INTRODUCCIÓN	29
I. Relaciones familiares y afectivas y derecho penal	29
II. Delitos objeto de estudio	31
1. Criterios delimitadores	31
2. Delitos de género y delitos de violencia familiar	32
3. Constitucionalidad del principio de discriminación positiva en derecho penal	34
PARTE I. TIPOS PENALES DE VIOLENCIA DE GÉNERO Y FAMILIAR	
I. Delito de lesiones cualificadas por razón de la condición de la víctima	37
1. Tipificación	37
A) Subtipos agravados de aplicación facultativa	38
B) Reglas de aplicación cuando concurren varias circunstancias ...	40
2. Tipo básico del delito de lesiones	42
A) Concepto legal, delito común y de resultado	42
B) Requisitos	43

	Páginas
3. Tipos agravados por el resultado	47
A) Conceptos comunes: pérdida o inutilidad de órgano o miembro	47
B) Lesión de órgano o miembro principal, de un sentido y grave deformidad	48
C) Lesión de órgano o miembro no principal y deformidad ...	49
4. Lesiones imprudentes	50
5. Ejemplos	53
II. Delito de maltrato puntual	57
1. Tipificación	57
2. Maltrato de género y familiar	58
3. Modalidades agravadas y atenuadas	59
4. Ejemplos	61
III. Delito de amenazas leves	63
1. Tipificación. Amenazas leves de género y en el ámbito familiar	63
2. Concepto, requisitos y continuidad delictiva	65
3. Carácter circunstancial	66
4. Ejemplos	67
IV. Delito de coacciones leves	69
1. Tipificación. Coacciones leves de género	69
2. Concepto y requisitos	70
3. Carácter circunstancial y cajón de sastre	71
4. Ejemplos	73
V. Delito de hostigamiento o acoso persecutorio (<i>stalking</i>)	75
1. Tipificación	75
2. Concepto y actos de hostigamiento	76
3. Alteración grave de la vida cotidiana	77
4. Requisito de procedibilidad y agravación en el ámbito familiar	79
5. Ejemplos	80
VI. Delito de trato degradante	81
1. Tipificación	81
2. Bien jurídico protegido y regla concursal	82
3. Conducta denigratoria, requisitos y carácter residual	82
4. Ejemplos	83

VII. Delito de maltrato habitual	85
1. Tipificación	85
2. Bien jurídico protegido	86
3. Conducta activa y reiterada que genera un clima de miedo y humillación	87
4. Modalidad agravada	88
5. Dificultades probatorias	89
6. Ejemplos	90
VIII. Delito leve de vejaciones e injurias entre familiares	91
1. Tipificación	91
2. Conducta vejatoria leve e insultos y carácter residual	91
3. Requisito de procedibilidad	93
4. Ejemplos	93
IX. Delito de difusión no autorizada de imágenes o grabaciones íntimas (<i>sexting</i>)	95
1. Justificación de la tipificación	95
2. Bien jurídico protegido	97
3. Difusión que vulnera gravemente la intimidad personal	97
4. Requisito de procedibilidad y pena	99
5. Ejemplos	100
X. Delito de quebrantamiento de condena por incumplimiento de prohibiciones e inutilización de dispositivos técnicos de control	101
1. Tipificación	101
2. Bien jurídico protegido e irrelevancia del consentimiento	102
3. Quebrantamiento de prohibiciones. Requisitos	103
4. Inutilización de dispositivos técnicos de control. Requisitos	105
5. Agravación de la prohibición quebrantada	106
6. Ejemplos	106
 PARTE II. CUESTIONES COMUNES	
I. Autoría y participación	111
1. Autor ejecutivo y partícipes	111
2. Sujetos de los delitos de género	112
A) Varón-mujer	112
B) Discordancia de género	113
C) Análoga relación de afectividad	114

	Páginas
3. Sujetos de los delitos de violencia familiar	115
II. Polémica sobre el elemento intencional en los delitos de género	117
III. Formas de ejecución	121
1. Tentativa y consumación	121
2. Progresión delictiva y unidad de acción	121
IV. Eximentes	123
1. Introducción	123
A) Consideraciones generales	123
B) Carga de la prueba	124
2. Legítima defensa	125
A) Requisitos	125
B) Agresiones recíprocas	126
3. Estado de necesidad	126
A) Requisitos	126
B) Casuística	127
4. Miedo insuperable	129
A) Requisitos	129
B) Casuística	130
5. Derecho de corrección	130
6. Ausencia o atenuación de la imputabilidad	134
A) Enfermedad mental, alcohol y drogas	134
B) Prueba de las causas de inimputabilidad	136
V. Minoría de edad	141
VI. Error	145
VII. Atenuantes	147
1. Arrebato, obcecación u otro estado pasional	147
A) Requisitos	147
B) Exclusión de los celos	148
2. Confesión del hecho, reparación del daño y dilaciones indebidas	148
A) Confesión del hecho	149
B) Reparación del daño	149

	Páginas
C) Dilaciones indebidas	149
D) Cuasiprescripción	151
VIII. Agravantes	153
1. Alevosía y abuso de superioridad domésticos	153
2. Parentesco y discriminación de género	154
A) Circunstancia mixta de parentesco	154
B) Agravante de discriminación de género	155
C) Requisitos de compatibilidad	157
IX. Penas	159
1. Penas principales	159
A) Extensión	159
B) Motivación	161
C) Trabajos en beneficio de la comunidad	162
D) Multa	164
2. Penas accesorias	165
A) Suspensión de empleo o cargo público e inhabilitación especial	165
B) Prohibiciones de residencia, aproximación y de comunicación	168
a) Contenido	168
b) Ámbito de aplicación	168
c) Cuestiones	169
X. Medida de seguridad de libertad vigilada	173
XI. Suspensión de penas privativas de libertad	175
1. Concepto y legislación aplicable	175
2. Clases	175
A) Suspensión ordinaria	176
B) Suspensión excepcional	177
C) Suspensión por enfermedad muy grave con padecimientos incurables	178
D) Suspensión por drogodependencia y/o alcoholismo	178
E) Otros supuestos de suspensión	179
3. Procedimiento de concesión	180
4. Plazos de suspensión	180

	Páginas
5. Condiciones adicionales, en particular en los delitos de género ..	181
6. Revocación de la suspensión	182
7. Remisión de la pena	184
8. Suspensión y cancelación de antecedentes penales	184
XII. Prescripción	187
1. Plazos	187
2. Cómputo	188
3. Interrupción	189
XIII. Responsabilidad civil	191
1. Indemnización de daños y perjuicios: principios dispositivo y de rogación	191
2. Cuantía indemnizatoria y plazo de ejecución	192
3. Aseguramiento cautelar	193
XIV. Costas	195
1. Concepto y contenido	195
2. Responsables del pago	196
 PARTE III. CUESTIONES PROCESALES	
I. Jurisdicción y competencia	201
1. Jurisdicción	201
2. Competencia	202
II. Partes y postulación procesal	205
1. Ministerio Fiscal, persona investigada y doble condición	205
2. Acusación particular	206
3. Acusación popular	209
III. Procedimiento	211
1. Clases	211
2. Fases procesales	212
A) Investigación en plazo, suficiente y eficaz	212
B) Fase intermedia y auto de apertura de juicio oral	212
C) Juicio oral, sentencia, ejecución y recursos	214
IV. Medidas de protección	219
1. Principios, requisitos, garantías, caracteres e inscripción	219

	Páginas
2. Clases	220
3. Enumeración de las medidas penales	221
4. La orden de protección	222
5. Protección de menores y personas con discapacidad	224
V. Diligencias y pruebas	227
1. Principio de legalidad de los medios de investigación y prueba .	227
2. Prueba ilícita y su obtención por particulares	229
3. Inspección ocular y cadena de custodia	232
4. La persona investigada	234
A) Identificación	234
a) <i>In situ</i> , álbumes de fotos y rueda de reconocimiento	235
b) Reconocimiento de voz	237
c) Huellas dactilares (informes dactiloscópicos o lofos- cópicos)	237
d) Rasgos fisionómicos (informes antropomórficos)	238
e) Videgrabaciones o fotos	238
f) Perfil genético (ADN)	239
B) Asistencia letrada en la declaración	242
C) Valor probatorio	243
a) Declaración policial y manifestaciones espontáneas	243
b) Declaración sumarial	245
c) Declaraciones de personas coinvestigadas y coacu- sadas	246
5. La prueba testifical	246
A) Concepto y comparecencia	246
B) Preconstitución de la testifical	247
a) Normas generales	247
b) Menores y personas con discapacidad necesitadas de especial protección	249
C) Dispensa del deber de declarar entre parientes	251
a) Fundamento y regulación	251
b) Efectos	253
c) Testigo divorciado o expareja	253

	Páginas
D) Valoración de la testifical	254
a) Declaración de la víctima como única prueba de cargo	254
b) Lectura o reproducción de declaraciones testificales	256
c) Contradicciones, retractaciones o correcciones de las declaraciones sumariales	256
d) Testimonios de referencia	257
6. La prueba pericial	257
A) Obligación de imparcialidad	257
B) Informes de sanidad por lesiones	258
C) Informes de valoración de efectos y de daños y perjuicios	259
D) Informes ginecológicos y forenses en agresiones sexuales	259
E) Informes de autopsia	260
7. Documentos, piezas de convicción e indicios	261
8. Medidas limitativas del derecho a la protección de datos	262
A) Introducción y casuística	262
B) Acceso y cesión de datos generados en comunicaciones electrónicas	263
C) Acceso y cesión de datos bancarios	265
BIBLIOGRAFÍA	267
JURISPRUDENCIA SISTEMATIZADA	271
CIRCULARES, CONSULTAS Y DOCUMENTOS DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO	291
FORMULARIOS	
I. Escritos de trámite	295
1. Solicitud de prórroga de la instrucción	295
2. Solicitud de cotejo de mensajes y audios	296
3. Solicitud de cesiones de datos relativos a comunicaciones (identificación del titular de un correo electrónico, de un número de teléfono y su ubicación, del perfil de una red social, usuario de una IP)	297
II. Escritos de acusación	298
1. Lesiones cualificadas por razón de género	298

	Páginas
	<hr/>
2. Maltrato puntual de género	302
3. Maltrato puntual y amenazas en el ámbito familiar	306
4. Amenazas o coacciones leves de género	310
5. Hostigamiento o acoso persecutorio	313
6. Maltrato habitual	318
7. Difusión no autorizada de imágenes o grabaciones íntimas (<i>sexting</i>)	325
8. Quebrantamiento de condena por incumplimiento de prohibi- ciones	329
III. Escritos de defensa	333
1. Absolución y simple oposición a la acusación	333
2. Absolución con versión distinta	335
3. Absolución con eximente	337
4. Absolución con calificación subsidiaria y atenuante	340
5. Conformidad con la acusación	343
IV. Recurso de apelación contra sentencia del Juzgado de lo Penal	344

PRÓLOGO

I

Me horroriza la dramática cadencia con que mueren las mujeres a manos de sus maridos o compañeros de vida, o de quienes lo han sido en el pasado. Me abruma la realidad que late tras los elevadísimos números (que nos ofrecen las inclementes estadísticas), de mujeres agredidas sexualmente, privadas de su libertad ambulatoria, sujetas a coacciones, víctimas de amenazas, objeto de escarnio y maltratadas de muchas más maneras, siempre a manos de la misma tipología de sujetos. Me angustia saber que las familias y los domicilios se convierten en multitud de ocasiones en celdas de tortura donde los más vulnerables sufren los más perversos ataques, vejaciones y desprecios. Me avergüenza constatar que tales conductas se repiten, se renuevan y aún se fomentan en determinados ámbitos sociales, sin que los innegables avances técnicos, económicos y sociales que caracterizan a nuestra sociedad contemporánea hayan provocado un parejo incremento en la tolerancia, el respeto y el trato humano a nuestros semejantes. Me asusta asistir a un proceso de creciente deshumanización de las relaciones personales y sociales que confirma los peores augurios de las distopías con que Orwell, Huxley, Bradbury o –más señaladamente respecto de la opresión a las mujeres– Atwood querían agitar nuestras conciencias e incitarnos a evitar esos indeseables futuros. Y me entristece –y mucho– que mi voz y mi pluma carezcan de fuerza alguna para impedir esas crueles realidades, y que la ciencia del Derecho que practico también resulte ineficaz para extinguirlas, de golpe y para siempre, como desearía.

II

Pero al menos sé (y ello me permite formular propuestas para combatirla) de dónde ha surgido esa lacra y cómo ha crecido hasta convertirse en el monstruo que hoy conocemos. Es indudable que la sociedad española ha arrastrado

históricamente una concepción discriminatoria de la posición de la mujer que ha conformado la creencia (y, en algunos casos inadmisibles, la convicción) de que la mujer (por razones ignotas, que se pierden en la historia de las mentalidades) pertenece por naturaleza a un varón (su padre, primero, y su cónyuge, después, o a las demás figuras asimiladas a ambos títulos de dominación), que por ello tiene derecho a decidir por ella, regular su vida, imponerle reglas de comportamiento e, incluso, someterla físicamente a vejaciones o castigos. Y, lamentablemente, la naturalidad con que la sociedad española consolidó estos planteamientos derivó, por un lado, en la aceptación colectiva de los actos de desigualdad, coacción, maltrato y agresión a los derechos y bienes jurídicos más valiosos de las mujeres que los varones han venido ejerciendo contra las de su entorno más cercano y familiar; y, por otro, en una injustificada sensación de vergüenza y autoculpabilización que han caracterizado, durante muchísimo tiempo, a las víctimas de esos tiranos cotidianos. Aún me sorprende recordar una brillante profesional de mi entorno que, no hace muchos años, reiteraba increíbles excusas para ocultar a sus compañeros de trabajo la existencia de un marido maltratador que la golpeaba por sistema, causándole con alguna periodicidad moratones y otras marcas visibles de sus actos de violencia.

Aunque (como plasmaba la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género) estas agresiones ya no son «un delito invisible, sino que produce un rechazo colectivo y una evidente alarma social», resulta inadmisibles que esa violencia se esté repitiendo en la actualidad porque el desarrollo social (que, además de avances económicos y tecnológicos, conlleva progreso cultural, consolidación de derechos personales y colectivos, y afianzamiento de las libertades y demás valores democráticos) la revela como más atávica e injustificada que nunca antes. La educación en igualdad, el afianzamiento social del respeto interpersonal, y la tolerancia cero con la violencia deberían ser instrumentos suficientes para civilizar la gestión de los conflictos en la pareja y en la familia. Pero, lamentablemente, cuarenta y tres años de régimen democrático no han sido suficientes para ello, y, lo que es peor, se está constatando que las conductas machistas no son producto de una generación antigua o retrógrada, y que muchos casos de violencia contra la mujer se están produciendo en entornos juveniles, y desde luego entre personas nacidas tras la entrada en vigor de la Constitución de 1978. Asistimos, así, en los últimos tiempos, a la aparición y crecimiento de organizaciones juveniles en las que las mujeres sólo pueden asumir posiciones de sumisión a sus integrantes varones, y las estadísticas nos muestran preocupantes índices de aceptación, por las adolescentes, de conductas de control que sus parejas hacen sobre sus llamadas tele-

fónicas, sus mensajes de texto y sus intervenciones en redes sociales. Controlar lo que hace la novia empieza a asumirse socialmente, por los más jóvenes, como un acto de amor. Precisamente por ello, es ya un urgente deber ético el educar a los más jóvenes en valores que les permitan comprender que es una cruel paradoja (de peligrosísimos efectos) el considerar amor lo que es realmente un acto de violencia de género.

Hay estudios que destacan las diversas realidades sociológicas que pueden estar teniendo en el nacimiento, y hasta consolidación, de ideas supremacistas del varón sobre la mujer, que suponen una permanente minusvaloración de este género, y una correlativa negación a su reconocimiento como sujeto de derechos en condiciones de igualdad y respeto. Pero estos estudios no explican la realidad global, pues las tragedias cotidianas de violencia contra la mujer trascienden las categorías de edad, nacionalidad, vecindad y nivel cultural o económico, y se siguen reiterando con desesperante cadencia.

La actuación de los poderes públicos es decidida (hasta el detalle de establecer un número telefónico gratuito, y que no deja rastro de su utilización en la factura, para poder denunciar estos actos agresivos), y la sensibilización social ante el problema, evidente. Pero también es necesaria, de manera prioritaria, la respuesta educativa, y una mayor concienciación social ante modas y doctrinas que de hecho generan una gravísima regresión para los derechos de las mujeres. Y, mientras todo ello hace efecto, también la respuesta penal.

III

El Código Penal de 1995 ya preveía figuras específicas para proteger a la mujer, a los menores y a las personas más vulnerables del grupo familiar que eran víctimas de esta violencia paradójica, que se produce precisamente en las relaciones interpersonales en las que debe primar el amor, el respeto y la protección: la pareja y la familia. Y muchas de las reformas legislativas que se han producido en este texto desde entonces han incidido también en la configuración de normas penales de respuesta a esas agresiones, incrementando el número y los contenidos de los tipos penales y las sanciones aparejadas a su comisión, en cumplimiento de los fines de prevención general y especial propios del ordenamiento punitivo.

Un primer esbozo de la regulación ahora vigente fue la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, que intentó combatir «el fenómeno de la violencia doméstica» con medidas preventivas, represivas, asistenciales y de intervención social a favor de las víctimas. Éste fue el cauce por el que las faltas de le-

siones pasaron a considerarse delito cuando se cometían en el ámbito doméstico, y por el que se incrementó la sanción de los hechos delictivos que, en este mismo contexto, se cometían con habitualidad. Pero su regulación resultó insuficiente, precisamente en la medida en que no distinguía con claridad la violencia doméstica (que es la que se proyecta sobre el ámbito personal de los convivientes en el mismo domicilio, sin otra consideración) y la violencia de género, que es la expresión de aquella atávica voluntad de discriminación contra la mujer.

Al poco tiempo, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, dio un paso decisivo en la represión de estas intolerables conductas contra las mujeres, y además también (y quizá con mayor trascendencia aún) en la concienciación ciudadana de un problema de extraordinario calado, hasta entonces realmente soterrado en la vida doméstica, y sin duda integrador de un significativo porcentaje de la «cifra negra» de criminalidad (infracciones que no se persiguen, por ausencia de denuncias o por inexistencia de pruebas de su comisión o de identificación de sus responsables). Y su Exposición de Motivos introducía su texto destacando que la violencia de género «se manifiesta como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad. Se trata de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión». En consecuencia, esta norma declaró expresamente que su objeto era «actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aún sin convivencia». Y sus medios, las medidas de sensibilización, prevención y detección; las asistenciales y de protección y seguridad para las mujeres víctimas de este tipo de violencia; y las penales, con la modificación de nueve artículos del Código Penal, la creación de Juzgados de Violencia sobre la Mujer, y el establecimiento de normas procesales penales específicas.

En la actualidad, el Código Penal, que sanciona en todo caso, y con independencia de las relaciones interpersonales que puedan existir entre el autor y la víctima de cada concreta agresión, todos los actos que lesionen o pongan en peligro la vida, la integridad personal, la salud física y psíquica, la libertad en todas sus manifestaciones (deambulatoria, sexual y de decisión), la indemnidad sexual, la seguridad personal, el honor, la intimidad y la propia imagen, responde específicamente a la violencia que se produce contra la mujer, los hijos y las

personas más débiles del grupo familiar, con los siguientes instrumentos punitivos, que el lector encontrará minuciosamente analizados en este libro:

a) Con la circunstancia agravante de parentesco, recogida en el artículo 23 del Código, y que permite incrementar la sanción de los hechos delictivos cometidos contra las personas cuando el agraviado fuera o hubiera sido «cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente». La razón de ser de esta agravante es que los vínculos personales que se establecen en el contexto del matrimonio, la relación de pareja o la familia, deben generar entornos de confianza y seguridad, en los que las personas encuentren refugio y confort. Por ello, la realización de actos de violencia en estos contextos es algo mucho más grave que cuando las agresiones se producen por parte de personas con las que el agredido no tiene vínculos de confianza, y por ello puede mantener incólumes sus mecanismos de defensa. De conformidad con las previsiones del artículo 66.1.3.^a del Código, cuando esta circunstancia agravante concurre en los hechos, la pena del delito de que se trate se impone en la mitad superior de la fijada por la Ley.

b) Con la circunstancia agravante de discriminación, prevista en el artículo 22.4 del Código, y conforme a la que se incrementa la responsabilidad del autor de los hechos cuando el delito se comete, entre otros, por razones de género o discapacidad. Esta agravante es compatible con la de parentesco, pues su razón de ser radica precisamente en la mayor y específica reprochabilidad del que actúa para despreciar los valores constitucionales de igualdad y respeto interpersonales en que debe sustentarse la convivencia democrática.

c) Con las agravantes específicas que contempla el artículo 148.3, 4 y 5 del Código, para elevar significativamente (desde la prisión de tres meses a tres años, o la multa de seis a doce meses, prevista en el tipo básico, a la pena de prisión de dos a cinco años) la sanción que se impone a las lesiones comunes que se producen sobre una víctima «menor de catorce años o persona con discapacidad necesitada de especial protección», sobre quien «fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aún sin convivencia», y sobre «una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor».

d) Con los delitos específicos de violencia de género que el Código Penal prevé en los artículos 153.1, 171.4, 172.2 y 173.2, y que transforman en infracción común (incrementando, por tanto, la sanción prevista en esos casos) los delitos leves de lesiones o maltrato de obra, amenazas y coacciones, res-

pectivamente, que cometiere el autor sobre la persona que «sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aún sin convivencia». La pena que corresponde a estos ilícitos se agrava hasta la mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando cualquier pena, o medida cautelar o de seguridad, relativa a la prohibición de aproximación o comunicación con la víctima o sus familiares.

e) Y con los también específicos delitos de violencia doméstica previstos en los artículos 153.1 (que protege también a la «persona especialmente vulnerable que conviva con el autor»), 153.2, 171.4 y 5, 172.2, 173.2 y 4. En estos casos se protege a las demás personas que conviven con el autor en su ámbito familiar o doméstico, que el Código circunscribe a los «descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar».

IV

La aplicación de esta normativa no es tarea sencilla. La legislación penal es muy garantista, y las exigencias del principio de legalidad impiden la aplicación analógica de sus previsiones a supuestos que no respondan con escrupulosa identidad a los requisitos típicos de cada figura delictiva, o de sus circunstancias de agravación. Además, los cauces procesales existentes para la formación de las causas por estos delitos, y para su enjuiciamiento posterior, pueden generar retrasos (que, aunque técnicamente justificados, suelen resultar socialmente incomprensibles) en la imposición de las medidas cautelares o de las sanciones que en definitiva procedan. Y es que, en muchas ocasiones, la complejidad del mundo jurídico genera incomprensión en las personas no especializadas (y aún en los profesionales, que no siempre llegamos a comprender las razones que justifican las resoluciones judiciales). Creo que ello sucede especialmente en los casos en que el resultado absolutorio deriva de la valoración de las pruebas que pueden efectuar los Juzgados y Tribunales desde la perspectiva del derecho constitucional a la presunción de inocencia.

Es crucial, por todo ello, que la sociedad entienda cómo funciona el ordenamiento jurídico penal en la prevención y el castigo de los delitos de violencia doméstica y de género. Y por ello me alegra especialmente la publicación de este libro, en el que, de manera completa, meditada y comprensible, se da cumplida respuesta a cuantas inquietudes puedan plantearse al respecto. Ello se consigue por la confluencia de los tres siguientes elementos:

a) Un autor consagrado al estudio, aplicación y enseñanza del ordenamiento jurídico penal. Carmelo Jiménez Segado es Magistrado de Instrucción, Profesor Asociado de Derecho Penal en la Universidad de Alcalá, Doctor en Derecho (y además también en Ciencias Políticas), autor de numerosas publicaciones especializadas en Derecho Penal, colaborador habitual de la revista *La Ley Penal* y conferenciante asiduo en Colegios de Abogados y Universidades. Tiene una enorme pasión por el Derecho, y un vasto conocimiento teórico y práctico en la materia a la que dedica este libro. Y le gusta transmitirlo.

b) Una exposición exhaustiva del contenido de las normas jurídicas, materiales y procesales, aplicables, con análisis minucioso de los problemas que se han suscitado en su aplicación, y las respuestas que ha ido conformando la jurisprudencia.

c) Y un lenguaje accesible y comprensible, con el que el autor consigue trasladar a todos los públicos (desde el profesional habituado a estos problemas técnicos hasta al lector lego en Derecho pero interesado en la materia) criterios, y empleo sus propias palabras, «para afrontar con la mayor certeza posible las cuestiones sustantivas y procesales que se suscitan en este ámbito del derecho penal». El hecho de que el libro se cierre con un notable anejo de formularios que los Abogados pueden utilizar para articular las distintas pretensiones que más habitualmente se suscitan en este tipo de procedimientos judiciales respalda esa anunciada vocación de hacer accesible el cambiante mundo jurídico.

Carmelo Jiménez Segado es también discípulo y amigo mío. Cuando el lector haya finalizado este libro, comprobará que lo que llevo escrito hasta ahora no es fruto de la parcialidad.

ESTEBAN MESTRE DELGADO

*Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Alcalá
Abogado
Presidente de la Sección Cuarta, de lo Penal, de la Comisión
General de Codificación*

Madrid, octubre de 2021

ABREVIATURAS

AAP	Auto de Audiencia Provincial
Art.	Artículo
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
ATS	Auto del Tribunal Supremo (de la Sala 2ª, si no se indica otra cosa)
BOE	Boletín Oficial del Estado
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
Cap.	Capítulo
CC	Código Civil (Real Decreto de 24 de julio de 1889)
CE	Constitución Española (27 de diciembre de 1978)
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CP	Código Penal (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre)
CPM	Código Penal Militar (LO 14/2015, de 14 de octubre)
Disp.	Disposición
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
DGSJFP	Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública
EV	Estatuto de la Víctima del Delito (Ley 4/2015, de 27 de abril)
FGE	Fiscalía General del Estado
LAJG	Ley de Asistencia Jurídica Gratuita (Ley 1/1996, de 10 de enero)
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000, de 7 de enero)
LECrím.	Ley de Enjuiciamiento Criminal (RD de 14 de septiembre de 1882)
Lib.	Libro
LO	Ley Orgánica
LOGP	Ley Orgánica General Penitenciaria (LO 1/1979, de 26 de septiembre)
LOPIVG	Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (LO 1/2004, de 28 de diciembre)
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial (LO 6/1985, de 1 de julio)
LORPM	Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (LO 5/2000, de 12 de enero)

■ DELITOS DE GÉNERO Y DE VIOLENCIA FAMILIAR. CUESTIONES SUSTANTIVAS...

LOTG	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LO 2/1979, de 3 de octubre)
LRMRPUE	Ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea (Ley 23/2014, de 20 de noviembre)
LOPIAV	Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (LO 8/2021, de 4 de junio).
LOPJM	Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (LO 1/1996, de 15 de enero).
RD	Real Decreto
Rgto.	Reglamento
RSIRAJ	Reglamento por el que se regula el sistema de registros advos. de apoyo a la Administración de Justicia (RD 95/2009, de 6 de febrero).
RP	Reglamento Penitenciario (RD 190/1996, de 9 de febrero)
Sec.	Sección
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo (de la Sala 2ª, si no se indica otra cosa)
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (Sala de lo Civil y Penal)
Tít.	Título

PROPÓSITO, PLAN DEL LIBRO Y AGRADECIMIENTOS

El Código Penal, en expansión por múltiples razones, afecta igualmente al ámbito de los delitos de género y de violencia familiar, campo que se va ensanchando con nuevas figuras delictivas. La interpretación de las normas, ya de por sí problemática, se agrava a consecuencia de la novedad. Las contradicciones y vaivenes son continuos y las apuestas aumentan a la hora de aplicar la ley penal.

Pero como el ejercicio profesional debe continuar y continúa, estas páginas pretenden servir de instrumento para *afrentar con la mayor certeza posible las cuestiones sustantivas y procesales que se suscitan en este ámbito del derecho penal*. Por tal motivo, la jurisprudencia constituye su principal fuente, aunque no se olvida la nota a pie de página de los autores, pero sin caer en el abuso.

Para cumplir con este objetivo, el libro se divide en tres partes, precedidas de una *introducción* en la que, tras mostrar los distintos efectos penales que para el hecho punible comporta la presencia de relaciones familiares y afectivas, se delimitan los delitos objeto de estudio. Se distingue conceptualmente entre delitos de género y de violencia familiar, y se deja constancia de la constitucionalidad del principio de discriminación positiva en el ordenamiento penal.

La *primera parte* aborda los tipos penales de violencia de género y familiar, partiendo de la tipificación de cada delito, seguida de la exposición de sus caracteres y requisitos para terminar cada apartado con ejemplos que concretan el análisis.

Por razones de claridad expositiva y también para evitar repeticiones innecesarias, la *segunda parte* contempla una serie de elementos comunes a la mayoría de los delitos analizados: sujetos activo y pasivo y participación delictiva, la polémica sobre el elemento intencional en los delitos de género, formas de ejecución, continuidad y progresión delictiva, circunstancias eximentes,

atenuantes y agravantes que se suscitan, penas principales y accesorias, la medida de libertad vigilada, prescripción, responsabilidad civil y costas.

La *tercera parte* se detiene en las cuestiones procesales específicas de los delitos de género y violencia familiar, estudiando sus particularidades dentro de la sistematización procesal clásica de jurisdicción, competencia, partes procesales, procedimiento, tutela cautelar y prueba.

El libro se cierra con la *bibliografía citada* y la sistematización de la *jurisprudencia citada por capítulos*, que sirve de resumen e índice analítico del contenido del texto y facilita su manejo. Se relacionan asimismo las *circulares, consultas y documentos citados de la Fiscalía General del Estado*.

Los *formularios* pueden resultar útiles para la práctica profesional como parte procesal. Ahora bien, se advierte que los modelos únicamente ayudan a seguir los usos formales de presentación de escritos, pero no resuelven el caso, ni tienen valor doctrinal y menos legal. Cada escrito se debe adaptar al asunto en cuestión, partiendo de los datos concretos que ofrece el caso y teniendo presente su función y finalidad legal.

* * *

He de agradecer a Esteban Mestre Delgado, su amistad, la generosidad del prólogo e igualmente su magisterio y estímulo constante para el estudio de las cuestiones penales de manera sistemática, coherente y sin alambiques.

Asimismo, debo mencionar a las fiscales Rosalía Sánchez Paredes y María Llamas Morón, con quienes llevo una década compartiendo guardias en mi juzgado de Torrejón de Ardoz, afrontando todo clase de situaciones, incluida la violencia de género y familiar, además de ser fuente de «inspiración» formularia como también lo ha sido el abogado Antonio Abellán Albertos.

Marta y Furbistán están también, a, ante, bajo, cabe, con, contra, *de*, desde, en, entre, hacia, *hasta*, para, por, según, sin, so, sobre, tras, este libro, tanto que les faltan preposiciones.

INTRODUCCIÓN

I. RELACIONES FAMILIARES Y AFECTIVAS Y DERECHO PENAL

La relación familiar, entendida en su sentido más amplio e inclusivo de las relaciones de parentesco, afectividad o convivencia, siempre ha supuesto, como enseña Mestre Delgado, «un elemento clave para determinar (castigando o eximiendo, agravando o atenuando) la responsabilidad penal que puede derivar de las lesiones a bienes jurídicos que se produzcan en su seno»¹.

Los *efectos penales* que comporta la presencia de una relación de este tipo cuando se comete un hecho delictivo resultan diversos y puede suponer: a) la incriminación específica de la conducta en sí, b) la imposición de una pena más grave que la prevista para hechos ajenos a la relación familiar, c) la atenuación de la responsabilidad, y d) incluso su exclusión.

a) Desentenderse de los deberes legales de atención y cuidado de familiares constituye la omisión esencial que motiva la *tipificación* del delito de abandono de familia, menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección (arts. 226, 230 y 231), o la sanción penal ante el impago voluntario por el deudor de los alimentos o pensiones compensatorias aprobadas judicialmente (arts. 227 y 228). Garantizar que la convivencia familiar y afectiva se desenvuelva sin violencia y en condiciones de igualdad y respeto a la dignidad humanas justifica la existencia de los propios delitos especiales de género y de violencia familiar, objeto de este estudio.

¹ MESTRE, «Parentesco y derecho penal», p. 3.

b) La responsabilidad establecida para el delito común *se agrava* cuando el autor se prevale de su influencia sobre la víctima por razón de parentesco o de custodia, como sucede, por ejemplo, en todos los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (art. 192.2), siempre que la agravación no esté prevista en el tipo penal de que se trate; que sí que está prevista en la mayoría de los tipos de agresiones y abusos sexuales (arts. 180.1.4.^a, 181.5 y 182.2), abusos y agresiones sexuales a menores de 16 años [arts. 183.4.d)], prostitución de menores [art. 188.3.b)] y tenencia, producción y distribución de pornografía infantil [art. 189.2.g)].

El aprovechamiento de la confianza que genera el núcleo familiar se erige en motivo de apreciación de las agravantes genéricas de alevosía o de abuso de superioridad, que reciben por ello el calificativo de «domésticas» (art. 22.1.^a y 2.^a). Y el parentesco o la relación matrimonial o de pareja determinan que, cuando se atacan bienes eminentemente personales (vida, integridad física, psíquica o moral, libertad, incluida la sexual), se aplique, siempre que no resulte inherente, la circunstancia mixta del artículo 23, en función de agravante, debido al mayor reproche penal que merece quien comete el delito traicionando los deberes más elementales de cuidado y afecto que aquella relación le imponían.

c) y d) Pero como se apuntaba, la relación familiar también puede operar en sentido contrario y actuar, por razones de política criminal, como *excusa absolutoria*, excluyente de la responsabilidad penal en los delitos patrimoniales no violentos (art. 268) y en el delito de encubrimiento (art. 454); o como *atenuante* de la responsabilidad, por ejemplo, en el delito de cohecho (art. 425), en el delito de quebrantamiento de condena en la modalidad de favorecimiento de la evasión de presos (art. 470.3), o en delitos contra bienes de naturaleza no personal mediante la apreciación de la circunstancia mixta de parentesco en función de atenuante (art. 23).

Desde el punto de vista procesal, idénticas razones de política criminal *dispensan* de los deberes generales de denunciar o declarar contra el cónyuge, la pareja afectiva o los parientes (arts. 261, 416 y 707 LECrim); o les *impiden* a todos ellos ejercitar acciones penales entre sí, a no ser que se ejerzan por delitos cometidos por los unos contra las personas de los otros (art. 103 LECrim).

Este panorama de delitos específicos y de agravantes y atenuantes con sustantividad propia permite hablar de un *derecho penal de familia* que presenta los caracteres de lo que la doctrina denomina un «subsistema penal», regido por una serie de especialidades penales y procesales que lo distinguen del sistema común².

² Sobre el concepto de «subsistema penal»: QUINTERO, «Los subsistemas penales en la política criminal de nuestro tiempo», pp. 209-210, 213-214, 224-226; y «Mitos y modas del derecho penal», pp. 53-58.

II. DELITOS OBJETO DE ESTUDIO

1. Criterios delimitadores

Una parte importante de los delitos previstos en el Código podría integrarse en este derecho penal de familia sin mucha dificultad. De ahí que resulte preciso *delimitar nuestro objeto de estudio*, porque analizar todos los delitos que se pueden infligir familiares, cónyuges, parejas y asimilados, o repasar todas las instituciones y fases del proceso penal constituiría un sinsentido: abocaría a un comentario sin fin, impediría mostrar las especialidades sustantivas y procesales de los delitos de género y de violencia familiar e iría contra el propósito de este libro.

La delimitación se efectúa atendiendo a los *criterios* siguientes: en primer lugar, se acude al *concepto de delito especial* que, como se sabe, es aquel que exige que el sujeto activo reúna una determinada condición, en este caso derivada de una relación de afectividad, parentesco o convivencia con el sujeto pasivo, que es la que sirve de fundamento de la propia existencia del delito (especial propio) o para imponer una pena normalmente más grave (especial impropio) de la que correspondería aplicar a esa misma conducta si hubiera sido cometida sin la existencia de tal relación y que habría dado lugar al correspondiente delito común.

Se trata así de identificar aquellos delitos que en su descripción típica reflejan esa vinculación específica derivada de una relación familiar, afectiva o de convivencia entre los sujetos activo y pasivo, lo que suele contemplarse con la expresión «si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia», o mediante la remisión al artículo 173.2 del Código, precepto esencial para la delimitación del ámbito subjetivo de aplicación de estos delitos especiales.

La atención al carácter de delito especial deja fuera de nuestro estudio aquellos delitos cuyo enunciado típico no describe aquella relación, aunque puedan resultar expresivos de violencia de género o familiar, incluso mucho más grave. Así, por ejemplo, la conducta del marido que mata a su mujer, o la del hijo que mata a su padre constituyen sendos delitos de homicidio, cometidos respectivamente en el ámbito de la violencia de género y familiar. Pero, técnicamente, tales homicidios no se configuran como delitos especiales de género o de violencia familiar, pues, por el momento, el enunciado típico del delito de homicidio del artículo 138.1 del Código, solo define un delito común cuya acción típica consiste en matar a otro, sin perjuicio de que el reproche

penal derivado de causar la muerte en este ámbito afectivo y familiar resulte sancionado penalmente mediante la agravante de parentesco o de género, según concurren. Semejante motivo existe para excluir los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, pues prevalerse de dicha relación para su comisión no les resta su carácter principal de delitos comunes, sin perjuicio de poder apreciar las agravantes genéricas que concurren o de que en un futuro puedan establecerse nuevas agravaciones específicas.

En segundo lugar, solamente se tienen en cuenta aquellos *delitos especiales ejecutados mediante violencia*, cualquiera que sea su naturaleza, física, psíquica o en las cosas, puntual o habitual. No se incluyen, por ello, los delitos especiales contra los derechos y deberes familiares (ej.: abandono de familia, impago de pensiones), puesto que, aun cuando puedan implicar una forma de violencia, su construcción penal no la lleva consigo.

Por último, se incluirán aquellos delitos cuya *creación legislativa responde a la fenomenología de la violencia de género y familiar*, o que se cometan *trasgrediendo las prohibiciones impuestas judicialmente* a los autores de la violencia en este ámbito. Este criterio se halla presente en los artículos 36 a 41 de la Ley Orgánica 1/2004, que, dentro de la tutela penal prevista por la misma, dio nueva redacción a una serie de delitos para servir de protección contra las lesiones, los malos tratos, las amenazas, las coacciones, el quebrantamiento de condena y las vejaciones leves.

Los anteriores criterios no pretenden buscar ninguna esencia ni asentar ninguna tesis excluyente, sino ofrecer una explicación de la elección de los delitos que se estudian en los apartados siguientes de forma sistemática: *lesiones agravadas por la condición del sujeto pasivo* (art. 148), *maltrato puntual* (art. 153), *amenazas y coacciones leves* (arts. 171.4 a 7, y 172.2 y 3), *hostigamiento o acoso persecutorio* (stalking) (art. 172 ter), *trato degradante* (art. 173.1), *maltrato habitual* (art. 173.2), *delito leve de vejaciones e injurias entre familiares* (art. 173.4), *difusión no autorizada de imágenes o grabaciones íntimas* (sexting) (art. 197.7), *quebrantamiento de prohibiciones de residencia, aproximación y de comunicación e inutilización de dispositivos técnicos de control* (art. 468.2).

2. Delitos de género y delitos de violencia familiar

Pero antes de seguir avanzando, debemos realizar una precisión conceptual relativa a la necesidad de diferenciar entre *delitos de género* y *delitos de violencia familiar*.

Los delitos de género en sentido estricto surgen tras la promulgación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, vigente desde el 29 de junio de 2005 (disp. final 7.^a). Hasta la aprobación de la citada ley, la violencia de género y la violencia en el ámbito familiar recibían un tratamiento penal y procesal unitario. El Código Penal de 1995 no hizo distinción alguna al respecto y fueron las reformas posteriores operadas por las Leyes Orgánicas 4/1999, 11/2003 y 27/2003, las que pusieron en marcha una serie de medidas legales en contra de la denominada «violencia doméstica», antecedentes inmediatos de la actual regulación³.

El tratamiento diferenciado, introducido por la Ley Orgánica 1/2004, se debió al hecho de aplicar el *principio de discriminación positiva al derecho penal*⁴, lo que se tradujo legislativamente en una respuesta penal y procesal distinta para cada clase de violencia. Se incrementaron las penas en los delitos de género frente a los delitos de violencia familiar, exigiéndose siempre, en adelante, en los delitos de género, por definición, que el sujeto activo fuese un varón y el sujeto pasivo una mujer ligada al mismo por una relación matrimonial o análoga al matrimonio, vigente o cesada. La instrucción y enjuiciamiento de los delitos cometidos en el ámbito de la violencia de género se atribuyó, desde entonces, en exclusiva, a juzgados y secciones especializadas en la materia, sin perjuicio de las competencias del juzgado de guardia (arts. 82.1.3.º y 87 ter LOPJ).

La justificación de tal discriminación tiene su *fundamento legal* en la consideración de que la violencia que se ejerce contra la mujer es consecuencia de los condicionantes socioculturales que la relegan a una posición de subordinación al hombre. Así lo dispone la propia Ley de Medidas Protección Integral contra la Violencia de Género, cuyo artículo 1 («Objeto de la Ley») establece que:

1. La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia.

2. Por esta Ley se establecen medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a sus víctimas.

³ Sintetiza esta evolución MESTRE, «Una década de lucha contra la violencia de género», pp. 1-4.

⁴ La crítica de esta clase de discriminación aplicada en derecho penal la resume GIMBERNAT, en los prólogos a las ediciones 10.^a y 14.^a del Código Penal de la editorial Tecnos.

3. La violencia de género a que se refiere la presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad.

4. La violencia de género a que se refiere esta Ley también comprende la violencia que con el objetivo de causar perjuicio o daño a las mujeres se ejerza sobre sus familiares o allegados menores de edad por parte de las personas indicadas en el apartado primero⁵.

3. Constitucionalidad del principio de discriminación positiva en derecho penal

El principio de discriminación positiva aplicado en el ámbito penal fue declarado conforme a la Constitución por la STC 59/2008, de 14 de mayo, que, con cuatro votos particulares, fue la primera que desestimó una de las múltiples cuestiones de inconstitucionalidad planteadas con respecto al delito de maltrato puntual de género previsto en el artículo 153.1 del Código, primer inciso.

La mencionada sentencia acogió la perspectiva de género y sostuvo que la agravación por razón de género no suponía vulneración alguna de los principios de igualdad y culpabilidad penales, puesto que su fundamento, en palabras del Tribunal Constitucional, no atendía al sexo, sino al ámbito relacional en que la violencia se producía y al significado objetivo que la misma adquiría como manifestación de una grave y arraigada desigualdad, a la que el varón coadyuvaba con su actuación lesiva (del mismo tenor, las posteriores SSTC 76/2008, de 3 de julio, 80, 81, 82 y 83/2008, todas de 17 de julio; 95, 96, 97, 98, 99 y 100/2008, todas de 24 de julio; 178/2009, de 21 de julio; y 201, 202 y 203/2009, todas de 27 de octubre).

La misma fundamentación sirvió para desestimar las cuestiones planteadas respecto del delito de amenazas leves de género artículo 171.4. I (SSTC 45/2009, de 29 de febrero; 177, 178, 179 y 180/2009, todas de 21 de julio; y 201, 202 y 203/2009, todas de 27 de octubre); del delito de coacciones leves de género del artículo 172.2. I (STC 127/2009, de 26 de mayo); y del delito de lesiones agravadas de género del artículo 148.4.º (SSTC 41/2010, de 22 de julio y 45/2010, de 28 de julio).

⁵ Apartado que contempla la denominada «violencia vicaria», añadido por la LOPIAV.

PARTE I

TIPOS PENALES DE VIOLENCIA DE GÉNERO Y FAMILIAR

I

DELITO DE LESIONES CUALIFICADAS POR RAZÓN DE LA CONDICIÓN DE LA VÍCTIMA

1. TIPIFICACIÓN

Los *delitos de lesiones cualificadas de género y de violencia familiar* se hallan tipificados en el artículo 148 del Código Penal, en sus apartados cuarto (*lesiones agravadas de género en sentido estricto*) y quinto (*lesiones agravadas en el ámbito familiar*), respectivamente. A tenor del artículo 148¹:

Las lesiones previstas en el apartado 1 del artículo anterior podrán ser castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado o riesgo producido:

1.º Si en la agresión se hubieren utilizado armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o salud, física o psíquica, del lesionado.

2.º Si hubiere mediado ensañamiento o alevosía.

3.º Si la víctima fuere menor de catorce años o persona con discapacidad necesitada de especial protección.

4.º Si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.

5.º Si la víctima fuera una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

¹ Redactado por LO 1/2004. En el ordinal 3.º, el término «incapaz» fue sustituido por «persona con discapacidad necesitada de especial protección» por LO 1/2015, y la LOPIAV elevó la edad del menor de doce a catorce años.

A) Subtipos agravados de aplicación facultativa.

El citado artículo 148 del Código no tipifica un único delito de lesiones, sino varios subtipos agravados, cada uno con su propia individualidad, por razón del medio utilizado (apdo. 1.º), en atención al desvalor de la acción (apdo. 2.º), y por razón de la condición de la víctima (apdos. 3.º a 5.º). De este modo, para su aplicación (en todo caso facultativa) no resulta preciso que se den a la vez todos los supuestos de agravación, sino que basta con que concorra solo uno (SSTS 113/2008, de 31 de enero y 728/2010, de 22 de julio).

El Tribunal Constitucional, en STC 41/2010, de 22 de octubre, que declaró conforme a la Constitución el subtipo agravado cuarto del artículo 148², confirma la aplicación facultativa del precepto, al señalar que la mayor gravedad de la pena no vendría dada exclusivamente por la existencia de la relación de pareja entre el sujeto activo hombre y la mujer, sino por la concurrencia añadida de una particular gravedad de la conducta para el bien jurídico protegido, «pudiendo optar el juzgador por no imponer la agravación si, aun estando ante un supuesto de violencia de género, no se apreciara tal particular intensidad lesiva en el riesgo o en el resultado».

En el mismo sentido, la SAP Barcelona, Sec. 20.^a, 247/2011, de 12 de diciembre, expresa que: «la existencia del resultado especialmente grave o del riesgo que ha sufrido la víctima son criterios que deben concurrir en el hecho para que el juez sentenciador pueda plantearse la posibilidad de aplicar el citado precepto que, en todo caso, y por mor de la forma verbal “podrá” no tiene carácter imperativo debiendo su aplicación reservarse para aquellas lesiones que, no siendo subsumibles en otro precepto, revistan especial gravedad» (También, SAP Madrid, Sec. 27.^a, 989/2008, de 25 de septiembre).

El *carácter facultativo* de la aplicación de este tipo penal se traduce *en la práctica* en la posibilidad de mantener la calificación del hecho por el tipo agravado, imponiendo la pena del tipo básico del artículo 147.1, con la agravante correspondiente. Por ejemplo, dar un puñetazo a la esposa causándole lesiones que precisan sutura constituye un delito de lesiones del artículo 148.4.º Pero si ni la acción ni el resultado revisten especial gravedad (ej.: la sutura fue a consecuencia de la herida sufrida en la rodilla al caerse tras el puñetazo, precisando para su sanidad siete días no impeditivos para profesión habitual), podrían resultar de aplicación las penas del artículo 147.1 en su mitad superior,

² MANJÓN-CABEZA, comenta la sentencia en «Dominación y machismo: ¿Quién decide? (A propósito de la STC 41/2010)».

como dispone el artículo 66.1.3.^a, al concurrir la circunstancia mixta de parentesco del artículo 23, con efectos agravantes.

Las circunstancias de agravación han de ser *abarcadas por el dolo del autor* y no cabe su comisión imprudente. Algunas de las circunstancias que determinan la existencia de los subtipos agravados se hallan también previstas como *agravantes genéricas* (ej.: ensañamiento, alevosía, parentesco, género), las cuales no resultan de aplicación, en principio, dada su previsión expresa (art. 67 CP), sin perjuicio de lo que se dirá, a continuación, en el caso de que concurran varias de esas circunstancias.

Las *armas o instrumentos peligrosos han de utilizarse*, no basta la mera exhibición. El fundamento de la agravación reside en el incremento de la capacidad agresiva del autor, que se vale de algo más que de su propia fuerza personal, y en el aumento del riesgo de producir una grave lesión. El catálogo de instrumentos peligrosos no incluye una lista cerrada y se han considerado como tales: armas de fuego, armas blancas (cuchillos, puñales, navajas), pistolas de gas y aire comprimido, palos, hoces, guadañas, martillos, barras de hierro, bates de béisbol, cadenas, jeringuillas provistas de aguja, automóviles, botellas y vasos de cristal, taburetes, sillas, tijeras, sartén con aceite hirviendo, alcohol y líquidos inflamables, cinturón con herrajes metálicos, patadas y puñetazos en tórax y cabeza de víctima inconsciente en el suelo, un armario, etc.

Los conceptos de *alevosía* y *ensañamiento* coinciden, respectivamente, con los de las agravantes primera y quinta del artículo 22. Respecto de la alevosía, la STS 408/2019 de 19 de septiembre, recuerda la doctrina constante acerca de sus requisitos, que son:

- a) Un elemento normativo en cuanto que esta circunstancia solo puede proyectarse a los delitos contra las personas; b) Un elemento objetivo que radica en el *modus operandi*, que el autor utilice en la ejecución medios, modos o formas que han de ser objetivamente adecuados para asegurarla mediante la eliminación de las posibilidades de defensa, sin que sea suficiente el convencimiento del sujeto acerca de su idoneidad; c) Un elemento subjetivo consistente en que el dolo del autor se proyecte no solo sobre la utilización de los medios, modos o formas empleados, sino también sobre su tendencia a asegurar la ejecución y su orientación a impedir la defensa del ofendido, eliminando así conscientemente el posible riesgo que pudiera suponer para su persona una eventual reacción defensiva de aquél. Es decir, el agente ha de haber buscado intencionadamente la producción de la muerte a través de los medios indicados, o cuando menos, aprovechar la situación de aseguramiento del resultado, sin riesgo y d) En cuarto lugar, un elemento teleológico, que impone la comprobación de si en realidad, en el caso concreto, se produjo una situación de total indefensión.

El concepto jurídico de *ensañamiento* no coincide con su uso coloquial, como recuerda la STS 559/2020, de 29 de octubre, que exige los elementos siguientes para que concurra (también STS 81/2021, de 2 de febrero):

Uno objetivo, constituido por la causación de males objetivamente innecesarios para alcanzar el resultado típico, que aumentan el dolor o sufrimiento de la víctima. Y otro subjetivo, consistente en que el autor debe ejecutar, de modo consciente y deliberado, unos actos que ya no están dirigidos de modo directo a la consumación del delito, sino al aumento del sufrimiento de la víctima [...]. Y esto último puede inferirse racionalmente de los propios elementos objetivos que han concurrido en el caso, en cuanto el sujeto no suele exteriorizar su ánimo de incrementar deliberada e innecesariamente el sufrimiento y dolor de su víctima.

El artículo 25 de Código, establece que, a efectos penales, «se entenderá por *persona con discapacidad necesitada de especial protección* a aquella persona con discapacidad que, tenga o no judicialmente modificada su capacidad de obrar, requiera de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente».

Para considerar a una *persona especialmente vulnerable* y conviviente con el autor, hay que estar al caso concreto, de modo que no basta con que la víctima sea un menor, tenga una edad avanzada o sufra alguna enfermedad; es preciso que tales circunstancias la coloquen en una especial posición de debilidad. En este sentido, la SAP Barcelona, Sec. 21.^a, 111/2018, de 15 de marzo, no apreció la circunstancia quinta del artículo 148, por el que se acusaba, condenado en su lugar por el delito de lesiones del artículo 147.1, pues aunque la víctima «contaba con 84 años de edad, no es menos cierto que de las declaraciones testificales de la propia víctima así como de sus tres hijos y de los informes periciales donde constan sus antecedentes médicos no consta una especial situación de vulnerabilidad y sí que contaba con una salud envidiable de acuerdo con su edad y que, además, ha podido recuperar después de los hechos».

B) Reglas de aplicación cuando concurren varias circunstancias

Cuando concurren varias circunstancias de agravación del artículo 148, su aplicación debe ponderar, por un lado, evitar la doble punición y, por otro, abarcar toda la antijuridicidad de la acción, su total desvalor. De este modo, la correcta aplicación del precepto, cuando se presentan varias circunstancias, pasa por estimar solo una de ellas como específica y el resto como genéricas.

Esta solución de técnica jurídica de aplicación de los tipos penales cuando el mismo precepto configura distintos subtipos agravados no representa ninguna vulneración del *non bis in idem*, pues se estaría dejando de contemplar todo el desvalor del injusto si no se procediese de esta manera (STS 728/2010, de 22 de julio, Circular FGE 6/2011).

Si las circunstancias de los subtipos agravados no tuvieran su correspondencia en una circunstancia genérica, resultarían consumidas en el subtipo sin posibilidad de influir de forma reglada sobre la pena, sin perjuicio de poder considerarlas como circunstancias del hecho a efectos de individualización. Pero si tienen su equivalencia en el catálogo de circunstancias genéricas, debe acudir a las mismas, «pues ante la posibilidad formal de actuar como subtipos o como circunstancias modificativas, configurado ya el subtipo con otra cualificación, el artículo 8.4.º CP impone la necesidad de contemplar toda la energía o virtualidad punitiva que el legislador estableció» (SSTS 103/2007, de 16 de febrero y 100/2021, de 5 de febrero).

Así, por ejemplo, la conducta del marido que clava un cuchillo a su mujer, causándole heridas que precisan sutura constituiría un delito del artículo 148.1.º con la agravante de parentesco o de género de los artículos 23 y 22.4.ª, según se acredite; o la madre que fractura dolosamente el fémur de su bebé incurriría en un delito del artículo 148.3.º, con las agravantes de alevosía y parentesco de los artículos 22.1.ª y 23.

En todo caso, la mayor antijuridicidad debe quedar justificada, como en la conducta de una madre que llena de rabia propinó diversos golpes en la cabeza a su recién nacido que no dejaba de llorar hasta el punto de provocarle un desplazamiento del hueso parietal, causándole daños neurológicos que podrían haber comprometido seriamente su vida, que fue castigada como autora de unas lesiones agravadas del artículo 148.5.º, con la concurrencia de la agravante de parentesco: cuando tal persona especialmente vulnerable es hijo del autor de la agresión, la antijuridicidad de la acción no está completamente abarcada por el cauce agravatorio específico de la circunstancia quinta, sino por la concurrencia además de la agravante de parentesco (STS 910/2010, de 22 de octubre).

No obstante, también es posible encontrar algún caso en que se valora en conjunto la concurrencia de las agravaciones específicas del artículo 148, sin acudir a la aplicación de las agravantes genéricas, pero no es lo habitual: la STS 407/2014, de 22 de septiembre, estimó el recurso del fiscal y apreció la existencia de un delito de lesiones del artículo 148.1.º, 2.º, 3.º y 5.º, en las quemaduras de segundo grado producidas en la parte interior de ambos muslos del cuerpo de una menor de 7 años obligada a soportar duchas de agua a tempera-

tura muy elevada, imponiendo una pena de cuatro años de prisión, sin apreciar circunstancia agravante alguna.

2. TIPO BÁSICO DEL DELITO DE LESIONES

A) **Concepto legal, delito común y de resultado**

El delito de lesiones agravadas, por remisión expresa del artículo 148, exige acudir al *concepto legal de lesión*, previsto en el tipo básico del artículo 147.1. Los apartados segundo y tercero del precepto contemplan los delitos leves de lesiones y de maltrato de obra en sustitución de las antiguas faltas públicas de lesiones y de maltrato de obra del derogado artículo 617, configurando tales delitos leves como delitos semipúblicos, al exigirse, como requisito de procedibilidad, en el apartado cuarto, la denuncia de la persona agraviada o de su representante legal para su persecución. Según el artículo 147³:

1. El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado, como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de tres meses a tres años o multa de seis a doce meses, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico.

2. El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión no incluida en el apartado anterior, será castigado con la pena de multa de uno a tres meses.

3. El que golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, será castigado con la pena de multa de uno a dos meses.

4. Los delitos previstos en los dos apartados anteriores solo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

El delito de lesiones se configura como *delito común*, de modo que cualquiera puede ser sujeto activo del mismo. Sujeto pasivo también lo puede ser cualquiera, siempre que tenga vida independiente, pues si no fuera así, estaríamos en presencia de uno de los delitos de lesiones al feto (arts. 157 y 158); sin perjuicio de las especialidades que el Código contiene en atención al sujeto pasivo (ej.: lesiones al Rey (art. 486), o a jefe de Estado extranjero (art. 605.2).

Asimismo, es un *delito de resultado*, en el que cabe distinguir, como *fases ejecutivas punibles*, la tentativa (inacabada y acabada) y la consumación.

³ Redactado por LO 1/2015.

Está previsto expresamente el castigo de los actos preparatorios en el artículo 151, de modo que la provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en los artículos 147 a 150, se castiga con la pena inferior en uno o dos grados a la del delito correspondiente.

B) Requisitos

Son *requisitos* del delito de lesiones dolosas: a) una acción consistente en causar, por cualquier medio o procedimiento, tanto activo como omisivo, un menoscabo en la integridad corporal, la salud física o mental de otra persona; b) la necesidad objetiva de emplear un tratamiento médico o quirúrgico para sanar o aminorar los efectos de la lesión; c) una relación de causalidad entre la conducta del agente y el resultado lesivo, valorando la concurrencia de dicho nexo causal en términos de imputación objetiva; y d) un dolo genérico de lesionar o *animus laedendi*, tendente a menoscabar la integridad o la salud de la víctima, sin que sea necesario que el autor se represente un resultado concreto o determinado, surgiendo el delito tanto cuando el autor busca lesionar (dolo directo), como cuando se representa el resultado y lo acepta o le resulta indiferente (dolo eventual).

Más sintéticamente, el delito de lesiones precisa dos elementos: uno objetivo, definido por la existencia de un daño a la víctima del hecho que pudiera encuadrarse en los tipos penales previstos en el Código Penal; y otro subjetivo, consistente en el dolo de lesionar menoscabando la integridad o la salud física o mental del sujeto pasivo (STS 175/2004, de 13 de febrero).

a) El delito de lesiones puede cometerse por *acción*, y también cabe su *comisión por omisión* si el autor se halla en posición de garante (art. 11 CP; ej.: madre que no evita que su hijo menor sea agredido por su actual pareja). Los *medios o procedimientos lesivos* pueden ser de distinta índole, ya que lo relevante es su causalidad respecto del menoscabo de la integridad o la salud de la víctima. Se contemplan: empujones, puñetazos, empleo de sustancias nocivas o venenosas, transmisión de enfermedades, el miedo o la presión psicológica (que motiva, por ejemplo, que la víctima se arroje de un coche en marcha o desde una ventana: STS 1299/2005, de 7 de noviembre).

La *lesión corporal*, en palabras de la STS 785/1998, de 9 de junio (reiterada en STS 1400/2005, de 23 de noviembre):

Se debe apreciar siempre que exista un daño en la sustancia corporal una pérdida de sustancia corporal, una perturbación de las funciones del cuerpo, o

una modificación de la forma de alguna parte del cuerpo. Pero, fuera de estos casos, también se ha entendido por lesión la producción de malestares físicos de cierta entidad, como la producción de terror o de asco. Con respecto a estos últimos fenómenos se ha entendido que solo cabe apreciar la exigencia de incidencia corporal cuando junto a la conmoción del equilibrio espiritual se dé también una excitación de los nervios sensitivos del sistema central nervioso que transmiten las impresiones sensibles. A partir de este concepto se ha entendido que constituye una lesión corporal escupir a otro, someterlo continuamente a fuertes ruidos, el aterrorizar a otro mediante la amenaza con un arma, etc.

El concepto de *lesión psíquica o mental* está avalado por la Organización Mundial de la Salud, que considera enfermedad tanto los daños físicos como los padecimientos mentales. Doctrina y jurisprudencia identifican el *maltrato psicológico* con las actuaciones que producen en la víctima sufrimiento y pérdida de autoestima, a través de insultos, amenazas, humillaciones o vejaciones o distintas limitaciones de la libertad, actos todos ellos destinados a degradar, hostigar, denigrar y cosificar⁴.

Ahora bien, como expresa la STS 1606/2005, de 27 de diciembre (que reitera la STS 45/2021, de 21 de enero):

El desencadenamiento de una lesión mental, desde el punto de vista del derecho penal, exige una acción directamente encaminada a conseguir o causar este resultado. Cualquier alteración psíquica que sea consecuencia de una situación de violencia sufrida (violación, detención ilegal, allanamientos de morada, etc.) no tiene normalmente una conexión directa entre la acción querida y el resultado, ya que en los casos que hemos citado y en otros que pudieran ser semejantes, el propósito y voluntad delictiva está encaminado a causar males distintos de la lesión psíquica. En la mayoría de los supuestos el *stress* postraumático es un resultado aleatorio, cuya mayor o menor intensidad depende, en gran medida, de los resortes mentales y de la fortaleza psíquica y espiritual de la víctima [...]. La ideación, ejecución y consecución del resultado solo pueden obedecer a una conducta dolosa y nunca imprudente [...]. La exclusión de la forma imprudente en la comisión de este delito se refuerza si acudimos a la regulación de la tortura y otros tratos inhumanos o degradantes. El artículo 173 del Código Penal considera como acción típica infligir a una persona un trato degradante que menoscabe su integridad moral. A continuación se refiere a los que «habitualmente utilicen violencia psíquica» ejercida sobre las personas unidas por relación de afectividad. Es evidente que estas actitudes o comportamientos nunca se pueden cometer por imprudencia lo que descartar el propio Código Penal.

⁴ MARTÍNEZ GALINDO, «Violencia de género y doméstica bajo el COVID-19: la doble amenaza». *Vid. infra*, el epígrafe relativo al delito de trato degradante.

En el mismo sentido y para las agresiones sexuales, según el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 10 de octubre de 2003: «las alteraciones psíquicas ocasionadas a la víctima de una agresión sexual ya han sido tenidas en cuenta por el legislador al tipificar la conducta y asignarle una pena, por lo que ordinariamente quedan consumidas por el tipo delictivo correspondiente por aplicación del principio de consunción del artículo 8.3 del Código Penal, sin perjuicio de su valoración a efectos de la responsabilidad civil».

La doctrina es constante, de modo que para que las lesiones psíquicas alcancen una subsunción autónoma en el delito de lesiones, es preciso que las consecuencias psíquicas aparezcan claramente determinadas y excedan de lo que pudiera considerarse resultado y consecuencia de la agresión (STS 1017/2011, de 6 de octubre).

b) La «*primera asistencia facultativa* equivale al inicial diagnóstico o exploración médica. Hecha la cual, si el facultativo, entiende que no es preciso el sometimiento del lesionado a “tratamiento médico o quirúrgico” alguno, la calificación de las lesiones debe relegarse a la categoría jurídica de falta [*hoy delito leve*], aunque se dispensen atenciones curativas *ad hoc* (desinfecciones, vendajes, etc.)» (STS 1021/2003, de 7 de julio).

El *tratamiento médico* es aquel sistema o método, prescrito por un titulado en medicina, que se utiliza para curar una enfermedad o para tratar de reducir sus consecuencias si aquélla no es curable. Existe *tratamiento quirúrgico* siempre que se actúa médica y agresivamente sobre la anatomía del paciente, como sucede cuando se le abre, corta, extrae o se le sutura, mediante cualquier tipo de cirugía, mayor o menor (SSTS 30 de abril de 1997, 8 de octubre de 1999 y 610/2017, de 12 de septiembre).

El tratamiento psicológico no es tratamiento médico si no lo prescribe un médico, con independencia de que el médico sea o no psiquiatra (SSTS 660/2003, de 5 de mayo y 1400/2005, de 23 de noviembre).

El tratamiento médico debe ser requerido *objetivamente*, según la *lex artis*, para alcanzar la sanidad, de modo que su prescripción o dispensa no puede quedar a expensas de la subjetividad del facultativo o de la propia víctima. Concorre si fuera objetivamente necesario, aun cuando se hubiera omitido en el caso concreto, por la razón que fuese (STS 592/1999, de 15 de abril: «objetivamente hubo herida punzante, hubo cicatriz, hubo sutura»).

Además, debe trascender de la primera asistencia facultativa, como *acto médico separado*. Es indiferente que tal actividad posterior la realice el propio médico, la encomiende a auxiliares sanitarios, o se imponga al paciente, por la prescripción de fármacos o por la fijación de comportamientos a seguir (dietas,

rehabilitación, etc.); no obstante, deben quedar al margen de lo que es tratamiento médico el simple diagnóstico o la pura prevención médica (SSTS 213/2000, de 18 de febrero, 650/2008, de 28 de octubre y 411/2009, de 17 de abril; Circular FGE 2/1990).

La cuestión de *qué constituye tratamiento médico o quirúrgico* es muy casuística, y la jurisprudencia no siempre ha sido uniforme, como en el caso de los llamados puntos de aproximación, últimamente considerados tratamiento quirúrgico (SSTS 519/2016, de 15 de junio y 610/2017, de 12 de septiembre), aunque no en toda ocasión (STS 751/2007, de 21 de septiembre).

Entre otros ejemplos, con excepciones, *se considera tratamiento*: brazo en cabestrillo prescrito durante cierto tiempo, colocación de collarín cervical, dispensación pautada de fármacos para curación, endodoncias, escayolas, férulas, ortopedia, puntos de sutura, prescripción de rehabilitación, etc.; *no lo es*: pruebas diagnósticas, de prevención, dispensación de analgésicos o de antiinflamatorios de forma genérica, etc.

Desde el punto de vista probatorio, la acreditación del tratamiento resulta, en la inmensa mayoría de los casos, del *informe médico forense* que se practica siempre que hay lesiones (arts. 350-352, 355 LECrim)⁵.

c) El *nexo de causalidad* se verifica con parámetros normativos y no meramente naturales con arreglo a la *teoría de la imputación objetiva*. «Conforme a la misma y una vez comprobada la necesaria causalidad natural, la imputación del resultado requiere además verificar dos extremos: 1.º Que la acción del autor haya creado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado. 2.º Que el resultado producido por dicha acción sea la realización del mismo peligro (jurídicamente desaprobado) creado por la acción» (entre otras muchas, STS 1246/2009, de 30 de noviembre).

d) La acción lesiva ha de ser *dolosa*, admitiéndose tanto el *dolo directo como el dolo eventual*, pues uno y otro «son manifestaciones conscientes y voluntarias del menosprecio del autor por los bienes jurídicos vulnerados por su acción» (STS 317/2015, de 27 de mayo). Se trata de un dolo genérico de lesionar, «de menoscabar la integridad corporal o la salud física o mental de la víctima; tanto si ello es directamente querido por el agente como si éste se ha representado la posibilidad del resultado y a pesar de ello lo ha aceptado sin abdicar de la acción» (STS 760/2007, de 21 de septiembre).

En los casos de tentativa de homicidio en los que se produce un resultado lesivo, debe atenderse al ánimo del autor para calificar los hechos, bien como homicidio intentado o bien como delito de lesiones y, a tal fin, la jurisprudencia

⁵ Vid. *infra*, en cuestiones procesales, el epígrafe relativo a los informes de sanidad por lesiones.

cia ha venido atendiendo a una serie de circunstancias anteriores, coetáneas o posteriores a la realización del hecho que pueden arrojar luz sobre el verdadero propósito del autor.

Sin ánimo de exhaustividad, son las siguientes (STS 1476/2000, de 26 de septiembre):

- a) Relaciones existentes entre el autor y la víctima. b) Personalidades respectivas del agresor y del agredido. c) Actitudes o incidencias observadas y acaecidas en los momentos precedentes al hecho, con especial significación de la existencia de amenazas. d) Manifestaciones de los intervinientes durante la contienda y del autor tras la perpetración del hecho criminal. e) Condiciones de espacio, tiempo y lugar. f) Características del arma e idoneidad para lesionar o matar. g) Lugar o zona del cuerpo a la que se dirige la acción ofensiva con apreciación de su vulnerabilidad y de su carácter más o menos vital. h) Insistencia o reiteración en los actos agresivos. i) Conducta posterior del autor.

3. TIPOS AGRAVADOS POR EL RESULTADO

Si el resultado típico de las lesiones infligidas en el ámbito de la violencia de género y familiar consistiese en la inutilización o pérdida de un órgano o miembro principal o de un sentido, en grave deformidad, en enfermedad somática o psíquica grave, en una mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones, en pérdida o inutilidad de un órgano o miembro no principal, o en deformidad simple, en los términos previstos en los artículos 149 y 150 del Código, se aplicarán estos preceptos con la circunstancia agravante de parentesco (art. 23) o de género (art. 22.4.^a), según se concurra y se acredite.

A) **Conceptos comunes: pérdida o inutilidad de órgano o miembro**

Las lesiones agravadas por el resultado participan de la estructura del tipo básico, solo que se castigan con mayor severidad en atención a la gravedad de la lesión producida. Se tipifican en los artículos 149 y 150 con idéntica configuración, siendo homogéneos, diferenciándose entre ellos por la entidad del resultado, actuando el segundo como tipo subsidiario o residual del primero (SSTS 793/2010, de 15 de septiembre, 594/2020, de 11 de noviembre: son homogéneos también con la tentativa de asesinato).

El resultado lesivo común en ambos casos consiste en la pérdida o inutilidad de un órgano o miembro (principal en el artículo 149, y no principal en

el artículo 150). Por *pérdida* se entiende la amputación o destrucción; la *inutilidad* hace referencia a la privación de la función, cuando desaparece la aptitud fisiológica o funcional del órgano o miembro, bastando con que sea notable. La Sala Segunda del Tribunal Supremo reitera que el concepto de «inutilidad», es decir, la «pérdida de eficacia funcional», no debe entenderse en términos absolutos, bastando un menoscabo sustancial (por todas, STS 824/2005, de 24 de junio).

B) Lesión de órgano o miembro principal, de un sentido y grave deformidad

Según el artículo 149⁶:

1. El que causara a otro, por cualquier medio o procedimiento, la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica, será castigado con la pena de prisión de seis a 12 años.

2. El que causara a otro una mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones será castigado con la pena de prisión de seis a 12 años. Si la víctima fuera menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, será aplicable la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de cuatro a 10 años, si el juez lo estima adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección.

Son órganos o miembros principales aquellos que tienen autonomía funcional, y *no principales* los que carecen de tal autonomía, sirviendo tan solo para facilitar el funcionamiento de los principales, como acontece con los dedos respecto de la mano (STS 517/2002, de 18 de marzo). La jurisprudencia considera órganos y miembros principales: pie, tobillo, pierna, rodilla, brazo, codo, muñeca, lengua, nariz, mano, ojo, oreja, riñón, hígado, pulmón, afasia (pérdida de la facultad de hablar), etc.

La pérdida o inutilidad de un *sentido* cabe referirlas a cualquiera de ellos: vista, oído, gusto, olfato y tacto, aunque con frecuencia se concreten en situaciones de ceguera o sordera.

⁶ Redactado por LO 11/2003. La LO 1/2015 sustituyó el término incapaz por el de «persona con discapacidad necesitada de especial protección».

La *impotencia* es la incapacidad para realizar el coito y puede referirse tanto al varón como a la mujer, mientras que la *esterilidad* es la incapacidad para procrear con medios naturales.

Por *deformidad* se entiende aquella irregularidad estética permanente y normalmente perceptible por terceros (cicatrices, quemaduras, desviación del tabique nasal, alteración del pabellón auditivo, pérdida de masa corporal o de piezas dentarias, cojera, etc.). La determinación de la *gravedad* de la deformidad es una cuestión valorativa, impregnada de relativismo, por lo que habrá que estar al caso concreto. La STS 321/2004, de 11 de marzo, apreció grave deformidad por cicatriz en el labio que generaba desfiguración del rostro y producía alteraciones en el habla de la víctima; la STS 1062/2009, de 19 de octubre, la estimó en un caso de inutilidad y desfiguración de las dos piernas de la víctima; o la SAP Madrid, Sec. 26.^a, 252/2014, de 4 de abril, que reputó deformidad grave las cicatrices e injertos en el rostro de la víctima, con grave perjuicio estético y trastorno de estrés postraumático, consecuencia de las quemaduras de un ácido que le fue arrojado por un sicario contratado por el marido de aquélla.

La grave *enfermedad somática o psíquica* se equipara al resto de los graves resultados del artículo 149, de ahí que deba tratarse de una grave enfermedad, permanente o definitiva que altere de manera duradera e importante el funcionamiento del organismo (ej.: infección del virus del sida, epilepsias, etc.).

C) Lesión de órgano o miembro no principal y deformidad

Según el artículo 150⁷:

El que causare a otro la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro no principal, o la deformidad, será castigado con la pena de prisión de tres a seis años.

La jurisprudencia considera órganos y miembros no principales: dedos, rotura del bazo, dientes, etc.

La *deformidad* suele definirse como toda irregularidad física, visible y permanente, que supone desfiguración o fealdad ostensible a simple vista, con independencia de que sea susceptible de menguarse mediante cirugía reparadora. Se exige que la deformidad tenga cierta entidad y relevancia (STS 225/2020, de 3 de junio, con resumen de doctrina sobre este delito, apre-

⁷ Redacción originaria LO 10/1995.

cia deformidad en herida incisa de 15 cm. en la hemicara izquierda, desde el mentón hacia la zona del pabellón auricular).

La *pérdida de piezas dentales*, especialmente los incisivos, fue tradicionalmente valorada como causante de *deformidad*. Sin embargo, tras el Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda, de 19 de abril de 2002, se adoptó la decisión de que para que la pérdida constituyese deformidad había que atender a tres aspectos: a) la relevancia de la afectación, debiendo examinarse en cada caso la importancia de la secuela y su trascendencia estética, así como su repercusión funcional, en su caso; b) las circunstancias de la víctima, entre ellas su aspecto anterior relacionado con el estado de las partes afectadas y la trascendencia que la modificación pueda suponer; y c) las posibilidades de reparación accesible con carácter general, sin que en el caso concreto suponga un riesgo especial para el lesionado (STS 271/2012, de 9 de abril: casa la aplicación del artículo 150 por pérdida de incisivo y aplica el artículo 147.1).

4. LESIONES IMPRUDENTES

El delito de lesiones imprudentes se halla tipificado en el artículo 152, cuya redacción vigente obedece a la Ley Orgánica 2/2019, de 1 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de imprudencia en la conducción de vehículos a motor o ciclomotor y sanción del abandono del lugar del accidente, que introduce además un nuevo artículo 152 bis, que contempla un tipo agravado de este delito.

Así, según el artículo 152:

1. El que por imprudencia grave causare alguna de las lesiones previstas en los artículos anteriores será castigado, en atención al riesgo creado y el resultado producido:

1.º Con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a dieciocho meses, si se tratare de las lesiones del apartado 1 del artículo 147.

2.º Con la pena de prisión de uno a tres años, si se tratare de las lesiones del artículo 149.

3.º Con la pena de prisión de seis meses a dos años, si se tratare de las lesiones del artículo 150.

Si los hechos se hubieran cometido utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor, se impondrá asimismo la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de uno a cuatro años. A los efectos de este apartado, se reputará en todo caso como imprudencia grave la conducción en la

que la concurrencia de alguna de las circunstancias previstas en el artículo 379 determinara la producción del hecho.

Si las lesiones se hubieran causado utilizando un arma de fuego, se impondrá también la pena de privación del derecho al porte o tenencia de armas por tiempo de uno a cuatro años.

Si las lesiones hubieran sido cometidas por imprudencia profesional, se impondrá además la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de seis meses a cuatro años.

2. El que por imprudencia menos grave causare alguna de las lesiones a que se refieren los artículos 147.1, 149 y 150, será castigado con la pena de multa de tres meses a doce meses.

Si los hechos se hubieran cometido utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor, se podrá imponer también la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de tres meses a un año. Se reputará imprudencia menos grave, cuando no sea calificada de grave, siempre que el hecho sea consecuencia de una infracción grave de las normas sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, apreciada la entidad de esta por el Juez o el Tribunal.

Si las lesiones se hubieran causado utilizando un arma de fuego, se podrá imponer también la pena de privación del derecho al porte o tenencia de armas por tiempo de tres meses a un año.

El delito previsto en este apartado solo será perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 152 bis:

En los casos previstos en el número 1 del artículo anterior, el Juez o Tribunal podrá imponer motivadamente la pena superior en un grado, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad, en atención a la singular entidad y relevancia del riesgo creado y del deber normativo de cuidado infringido, y hubiere provocado lesiones constitutivas de delito del artículo 152.1.2.º o 3.º a una pluralidad de personas, y en dos grados si el número de lesionados fuere muy elevado.

Los *elementos objetivos y subjetivos del delito de lesiones imprudentes* participan de la estructura de este tipo de infracciones. Como sostiene la STS 88/2010, de 19 de enero:

El delito imprudente aparece estructuralmente configurado, de una parte, por la infracción de un deber de cuidado interno (deber subjetivo de cuidado o deber de previsión), que obliga a advertir la presencia de un peligro cognoscible y el índice de su gravedad; y, de otra, por la vulneración de un deber de cuidado externo (deber objetivo de cuidado), que obliga a comportarse externamente de forma que no se generen riesgos no permitidos, o, en su caso, a actuar de modo que se controlen o neutralicen los riesgos no permitidos creados por terceras

personas o por factores ajenos al autor, siempre que el deber de garante de éste le obligue a controlar o neutralizar el riesgo ilícito que se ha desencadenado.

A estos requisitos ha de sumarse, en los comportamientos activos, el nexo causal entre la acción imprudente y el resultado (vínculo naturalístico u ontológico), y la imputación objetiva del resultado a la conducta imprudente, de forma que el riesgo no permitido generado por éste sea el que se materialice en el resultado (vínculo normativo o axiológico). Y en los comportamientos omisivos habrá de operarse con el criterio hipotético de imputación centrado en dilucidar si la conducta omitida habría evitado, con una probabilidad rayana en la certeza, la lesión o el menoscabo del bien jurídico que tutela la norma penal.

La gravedad de la imprudencia se determina, como indica la STS 1145/2011, de 23 de diciembre:

Desde una perspectiva objetiva o externa, con arreglo a la magnitud de la infracción del deber objetivo de cuidado o de diligencia en que incurre el autor, magnitud que se encuentra directamente vinculada al grado de riesgo no permitido generado por la conducta activa del autor con respecto al bien que tutela la norma penal, o, en su caso, al grado de riesgo no controlado cuando tiene el deber de neutralizar los riesgos que afecten al bien jurídico debido a la conducta de terceras personas o a circunstancias meramente casuales. El nivel de permisión de riesgo se encuentra determinado, a su vez, por el grado de utilidad social de la conducta desarrollada por el autor (a mayor utilidad social mayores niveles de permisión de riesgo). Por último, ha de computarse también la importancia o el valor del bien jurídico amenazado por la conducta imprudente: cuanto mayor valor tenga el bien jurídico amenazado menor será el nivel de riesgo permitido y mayores las exigencias del deber de cuidado.

La definición del nuevo concepto de *imprudencia menos grave* para el delito leve de lesiones imprudentes del artículo 152.2 (de carácter semipúblico) se halla en la STS 421/2020, de 22 de julio, que compendia el concepto de imprudencia en derecho penal:

La imprudencia menos grave puede ser definida como la constitución de un riesgo de inferior naturaleza, a la grave, asimilable en este caso, la menos grave, como la infracción del deber medio de previsión ante la actividad que despliega el agente en el actuar correspondiente a la conducta que es objeto de atención y que es la causalmente determinante, única o plural, con el resultado producido, de tal manera que puede afirmarse que la creación del riesgo le es imputable al agente, bien por su conducta profesional o por su actuación u omisión en una actividad permitida social y jurídicamente que pueda causar un resultado dañoso. Así, mientras la imprudencia grave es la dejación más intolerable de las conductas fácticas que debe controlar el autor, originando un riesgo físico que produce el resultado dañoso, en la imprudencia menos grave, el acento se debe poner en tal consecuencia pero operada por el despliegue de la omisión de la diligencia que debe exigirse a una persona en la infracción del deber de cuidado en su actuar (u omitir).

Estas nociones, naturalmente, constituyen generalmente conceptos jurídicos indeterminados, que necesitan del diseño, en el caso concreto, para operar en la realidad que ha de ser juzgada en el supuesto de autos. La imprudencia grave es, pues, la omisión de la diligencia más intolerable, mediante una conducta activa u omisiva, que causa un resultado dañoso y que se encuentra causalmente conectada normativamente con tal resultado, mediante la teoría de la imputación objetiva, que partiendo de un previo lazo naturalístico, contribuye a su tipificación mediante un juicio basado en la creación de un riesgo no permitido que es el que opera como conexión en la relación de causalidad.

5. EJEMPLOS

1. Antonio, discutiendo con su mujer, con la que convive en el mismo domicilio, le dio un empujón que la derribó y, al caer ésta, se golpeó con el saliente de un armario del salón, sufriendo lesiones que precisaron un punto de sutura para curación.

Los hechos pueden calificarse como constitutivos de un delito de lesiones sobre la esposa del artículo 148.4.º, en relación con el artículo 147.1 (tratamiento quirúrgico consistente en puntos de sutura), del que resulta responsable Antonio en concepto de autor.

Al tratarse de un precepto de aplicación facultativa, nada impediría, en atención al resultado y a la conducta desplegada, calificarlos como constitutivos de un delito de lesiones del artículo 147.1, debiendo reflejarse el reproche penal relativo a la condición del sujeto pasivo (víctima mujer del agresor) mediante la aplicación de la circunstancia mixta del artículo 23 en función de agravante.

Como el resultado excede del riesgo normal creado por la acción (un empujón), podría plantearse también la calificación como un delito de maltrato puntual de obra de género del artículo 153.1 y 3, en concurso ideal con un delito de lesiones por imprudencia grave del artículo 152.1.1.º en relación con el artículo 147.1.

2. En el domicilio familiar, Juana golpeó a su madre en la cabeza con un vaso de cristal, causándole lesiones que precisaron diez puntos de sutura para curación.

Los hechos pueden calificarse como constitutivos de un delito de lesiones con instrumento peligroso del artículo 148.1.º (vaso de cristal), en relación con el artículo 147.1 (tratamiento quirúrgico consistente en puntos de sutura), del que resulta responsable Juana en concepto de autora, debiendo reflejarse el reproche penal por atentar contra la madre con la que convive mediante la aplicación de la circunstancia mixta del artículo 23 en función de agravante. El medio utilizado y el resultado producido harían difícil la aplicación facultativa del tipo básico del delito de lesiones con la agravante.

3. Rodrigo controlaba en todo a Jimena, su mujer (dinero, amistades, vestimenta), desde que empezaron de novios hace treinta años. Jimena está impedida en silla de ruedas y sin poder valerse por sí misma desde hace un año a causa de un accidente de tráfico. Una tarde en la que Jimena estaba viendo la televisión en el salón, Rodrigo la golpeó en la cabeza por la espalda con un jarrón de cerámica, causándole lesiones que precisaron ocho puntos de sutura para curación.

Los hechos pueden calificarse como constitutivos de un delito de lesiones con instrumento peligroso del artículo 148.1.º (jarrón de cerámica), en relación con el artículo 147.1 (tratamiento quirúrgico consistente en puntos de sutura), del que resulta responsable Rodrigo en concepto de autor, debiendo abarcarse la totalidad de la antijuridicidad de la acción consistente en: a) el ataque por la espalda en el domicilio; b) la situación de vulnerabilidad de la víctima; c) la conducta discriminatoria de género, derivada del sometimiento y control del marido; y d) el desvalor de la agresión a la esposa; mediante la aplicación de las correspondientes agravantes primera (alevosía), segunda (abuso de superioridad) y cuarta (discriminación de género) del artículo 22, y la circunstancia mixta del artículo 23 en función de agravante.

No cabe o resulta una mala técnica jurídica aplicar «a bulto» el artículo 148 con todas las circunstancias, pues basta con que concurra una sola para colmar las exigencias de su aplicación.

Además, debe tenerse en cuenta que, al concurrir más de dos circunstancias agravantes, el límite penológico puede rebasar los cinco años de prisión, pudiendo llegar a imponerse la pena superior en grado en su mitad inferior (art. 66.1.4.ª CP).

El medio utilizado, la situación de control, la vulnerabilidad de la víctima y el resultado producido harían difícil la aplicación facultativa del tipo básico del delito de lesiones con las agravantes apreciadas.

4. José, al saber que María, su expareja con la que convivió nueve años, había iniciado una relación con otra persona, la esperó a la salida del trabajo y, tras decirle «si no eres para mí, no serás para nadie, mira que te lo advertí cuando estábamos juntos y después de que me dejases, mala puta», le roció la cara con ácido corrosivo, desfigurándole el rostro, sin que la vida de María llegase a correr peligro, aunque tuvo que ser intervenida quirúrgicamente en diez ocasiones para la recuperación parcial del rostro, restándole como secuelas estrés postraumático y un perjuicio estético importantísimo.

Los hechos pueden calificarse como constitutivos de un delito de lesiones del artículo 149 (deformidad grave por desfiguración del rostro con perjuicio estético importantísimo), en relación con el artículo 147.1 (tratamiento quirúrgico consistente en cirugía reparadora), del que resulta responsable José en concepto de autor, debiendo reflejarse el reproche penal relativo a la condición del sujeto pasivo (víctima expareja del agresor con la que convivió) mediante la aplicación

de la circunstancia mixta del artículo 23 en función de agravante. La agravante de discriminación de género del artículo 22.4.^a también tiene cabida al acreditarse el elemento de dominación característico de la misma.

Los insultos resultan consumidos por la acción lesiva como fenómeno de progresión delictiva.

La secuela de estrés postraumático no constituye un delito de lesiones aparte, corriendo su reparación a cargo de la indemnización civil.

La vida de María no corrió peligro, de ahí que no se califiquen los hechos como intento de homicidio/asesinato, aunque tal calificación habría resultado homogénea.

5. Los hermanos Pedro y Pablo, convivientes en el mismo domicilio, siempre andaban a la gresca. Al reprocharle Pedro a Pablo que hubiese utilizado su moto, Pablo le contestó «méteela donde te quepa», dándole a la vez un fuerte empujón que provocó la caída de Pedro, quien se dio con la mesa baja de cristal del salón con la mala suerte de que se hizo un corte en la mejilla, que hubo que suturar con siete puntos para que curase, restándole como secuela una cicatriz de diez centímetros causante de perjuicio estético medio.

Los hechos pueden calificarse inicialmente como constitutivos de un delito de lesiones del artículo 150 (deformidad por cicatriz causante de un perjuicio estético medio), en relación con el artículo 147.1 (tratamiento quirúrgico consistente en puntos de sutura), del que resulta responsable Pablo en concepto de autor, debiendo reflejarse el reproche penal por atentar contra un hermano con el que convive aplicando la circunstancia mixta del artículo 23 en función de agravante.

Como el resultado excede del riesgo normal creado por la acción del autor (un empujón), los hechos se subsumen de forma más proporcionada en un delito de maltrato puntual de obra en el ámbito familiar del artículo 153.2 y 3, en concurso ideal con un delito de lesiones por imprudencia grave del artículo 152.1.3.^o en relación con el artículo 150.

II

DELITO DE MALTRATO PUNTUAL

1. TIPIFICACIÓN

Los *delitos de maltrato puntual de género y en el ámbito familiar* se tipifican en el artículo 153, cuya redacción vigente se debe básicamente a la Ley Orgánica 1/2004. La Ley Orgánica 1/2015 solo introdujo, en el apartado primero, ligeras modificaciones con el fin de adaptarse al nuevo delito leve de lesiones y a la nueva terminología en materia de personas con discapacidad. Según el artículo 153:

1. El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del artículo 147, o golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, 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, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficios de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

2. Si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo, el autor será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis meses a tres años.

3. Las penas previstas en los apartados 1 y 2 se impondrán en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.

4. No obstante lo previsto en los apartados anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado.

2. MALTRATO DE GÉNERO Y FAMILIAR

La *conducta típica* del maltrato puntual es alternativa y *dolosa*, y puede consistir, bien en causar una lesión psíquica o física *que no precise tratamiento médico o quirúrgico*, o bien en *maltratar de obra sin causar lesión* (ej.: golpes, zarandeos, bofetada).

El delito de maltrato puntual de género y en el ámbito familiar participa de los elementos de los delitos leves de lesiones y de maltrato de obra, de modo que no se exige para su aplicación un resultado lesivo que precise tratamiento médico o quirúrgico para curación (la jurisprudencia sobre estos conceptos es constante; la STS 732/2014, de 5 de noviembre, sirve de resumen). Si dicho tratamiento tuviese lugar, entrarían en juego las consideraciones efectuadas en el apartado anterior para el delito de lesiones.

La *estructura* del artículo 153 es la siguiente: el apartado primero (art. 153.1), regula como *delito doloso*, en su primer inciso, el delito de *maltrato puntual de género*, es decir, la conducta ejecutada por un varón que causa «un menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del artículo 147», o que golpea o maltrata de obra «sin causar lesión», «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». A continuación, el segundo inciso de este primer apartado regula el delito de *maltrato puntual sobre persona especialmente vulnerable* que conviva con el autor, castigando ambas conductas con pena de prisión de seis meses a un año o con trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

El maltrato puntual de género no exige, según la STS 677/2018, de 20 de diciembre, la prueba de ningún ánimo de dominación o de machismo del hom-

bre hacia la mujer, resultando suficiente con que se constate el acto doloso de la agresión y la relación de pareja o ex pareja entre los sujetos activo y pasivo en los hechos probados¹.

El apartado segundo del artículo 153 regula como delito doloso el delito de *maltrato puntual en el ámbito familiar o de convivencia asimilada*, siendo la conducta típica la misma que en el maltrato puntual de género, solo que aquí la víctima es alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las mencionadas en el artículo 153.1². Las penas de trabajos en beneficio de la comunidad y privativas de derechos son idénticas, excepto la pena de prisión cuyo intervalo es de tres meses a un año.

3. MODALIDADES AGRAVADAS Y ATENUADAS

Los apartados tercero y cuarto del artículo 153 contienen, respectivamente, *dos modalidades de maltrato puntual*: una agravada de apreciación obligatoria y otra atenuada de carácter facultativo. Como veremos en los epígrafes correspondientes, los delitos de amenazas y coacciones leves presentan una estructura semejante con idénticas modalidades agravadas (art. 171.6) y atenuadas (172.2.IV).

Las *modalidades agravadas*, castigadas forzosamente con la pena en su mitad superior, concurren «cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza».

La agravación ha de ser abarcada por el dolo del agente o, de lo contrario, no será posible su apreciación. No es necesario que concurren todos los motivos de agravación para aplicar el subtipo agravado, de modo que si concurren varios entrarán en juego las normas concursales. Por ejemplo, cuando el autor-varón agrede con un cuchillo a su expareja, infringiendo una orden de alejamiento, causándole una lesión que precisa una primera asistencia facultativa para curar, el uso de armas ya basta para exasperar la pena y aplicar la modalidad agravada del artículo 153.1 y 3, por lo que el delito de quebrantamiento cometido habrá de castigarse separadamente con arreglo a lo dispuesto en el artículo 468.2, encontrándose ambas infracciones en relación de medio a fin y, por tanto, en concurso medial, punible conforme a lo dispuesto en el artículo 77 (STS 613/2009, de 2 de junio).

¹ *Vid. infra*, en cuestiones comunes, la polémica sobre el elemento intencional.

² *Vid. infra*, en cuestiones comunes, autoría y participación.

La agravación por *cometerse el hecho en el domicilio de la víctima* tiene como fundamento sancionar «de forma más rigurosa el plus de antijuridicidad y victimización que supone que el ataque o la agresión se lleve a cabo en el espacio de privacidad de la víctima, en el lugar donde desarrolla su vida cotidiana, en su más señalado reducto de intimidad». Por ello, se excluyen «del ámbito de la agravación por razones tanto teleológicas como estrictamente literales los supuestos en que el maltrato se lleva a cabo en un inmueble que, siendo propiedad de víctima o familiares, no constituye su domicilio ni siquiera transitorio o de temporada; o en un lugar de estancia meramente esporádica o puntual (la habitación del hotel, v. gr.). No es que se quiera administrativizar el concepto de domicilio del artículo 153.3 [...]; pero sí exigir que estemos ante un lugar de desarrollo más o menos estable de la propia vida personal» (STS 870/2016, de 18 de noviembre).

No cabe apreciar delito de allanamiento de morada cuando concurre este motivo de agravación o de lo contrario se vulneraría el *ne bis in idem*, sin perjuicio de que las normas del concurso de delitos entren en juego cuando concurren dos circunstancias agravatorias como se acaba de decir.

Sobre la agravación del maltrato por cometerse *en presencia de menores*, la STS 188/2018, de 18 de abril, radica su fundamento en evitar su victimización, exigiendo para su apreciación que los menores estén integrados en el núcleo familiar, de modo que no se aplica si el menor carece de la vinculación típica exigida con el agresor y el agredido (ej.: marido y mujer se pegan en la calle al paso de menores transeúntes). Por otro lado, la citada sentencia extiende el término «en presencia» tanto a las percepciones visuales directas, como «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 psicosocial y en su salud física y mental» (se reitera en STS 478/2021, de 2 de junio).

La presencia del motivo de agravación consistente en *quebrantar una pena, medida cautelar o de seguridad de prohibición de residencia, aproximación y comunicación* resulta incompatible con la apreciación del delito de quebrantamiento de condena (STS 893/2009, de 25 de noviembre), sin perjuicio de insistir en que se aplicarán las normas del concurso de delitos si concurren varios motivos de agravación.

La aplicación de las *modalidades atenuadas*, imponiendo la pena inferior en grado, es una *facultad* que se concede al juez o tribunal, «razonándolo en la sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho».

La casuística es abundante y la atenuación se puede apreciar de oficio, incluso en vía de recurso. Normalmente, para estimar la atenuación, se atiende a la ausencia de antecedentes, denuncias previas o episodios anteriores de violencia, a la concurrencia de una situación de riña mutua, a la levedad de la acción o del resultado, a la ausencia de perturbación del ánimo de la víctima o a su ausencia de interés en el castigo (STS 86/2019, de 19 de febrero; SSAP Madrid, Sec. 27.^a, 837/2006, de 14 de diciembre y 582/2014, de 30 de septiembre, SAP Cádiz, Sec. 3.^a, 218/2014, de 7 de julio y SAP Sevilla, Sec. 4.^a, 362/2014, de 8 de julio).

4. EJEMPLOS

1. Los cónyuges Inés y Juan comenzaron una discusión en su domicilio, terminando ambos enzarzados en una pelea a golpes de la que resultaron ilesos.

Los hechos pueden calificarse como constitutivos de un delito de maltrato puntual de género del artículo 153.1 y 3 (agravación por comisión en domicilio), del que resulta responsable Juan en concepto de autor; y como constitutivos de un delito de maltrato puntual en el ámbito familiar del artículo 153.2 y 3 (agravación por comisión en domicilio), del que resulta responsable Inés en concepto de autora. La entidad del hecho permitiría aplicar la modalidad atenuada del apartado cuarto del artículo 153 en cada caso.

2. Ginés, sobre el que pesa una medida cautelar de prohibición de aproximación a menos de 500 metros de su expareja Fuensanta, coincidió con ésta en el supermercado, se aproximó a ella y, tras reprocharle «cómo has podido hacerme esto», le dio una bofetada de la que resultó ilesa, huyendo Ginés del establecimiento.

Los hechos pueden calificarse como constitutivos de un delito de maltrato puntual de género del artículo 153.1 y 3 (agravación por quebrantamiento de medida cautelar), del que resulta responsable Ginés en concepto de autor.

3. Miguel dio un tortazo a su pareja Paco el lunes en el domicilio de ambos, y lo mismo hizo el miércoles en el mismo lugar, resultando Paco en las dos ocasiones con magulladuras que no precisaron tratamiento médico ni quirúrgico para curación.

Los hechos pueden calificarse como constitutivos de dos delitos de maltrato puntual en el ámbito familiar del artículo 153.2 y 3 (agravación por comisión en domicilio), de los que resulta responsable Miguel en concepto de autor.

4. María Antonia tiró de los pelos a su pareja María Jesús en la vía pública, resultando María Jesús con leves escoriaciones que no precisaron tratamiento médico ni quirúrgico para curación.

Los hechos pueden calificarse como constitutivos de un delito de maltrato puntual en el ámbito familiar del artículo 153.2, del que resulta responsable María Antonia en concepto de autora. La entidad del hecho permitiría aplicar la modalidad atenuada del apartado cuarto del artículo 153.

5. Patricia es madre de una niña de doce años que no hace caso de nadie y que ha sido expulsada de varios colegios. Un día, en el domicilio familiar, a las 10:00 horas de un sábado, Patricia le dijo a su hija que se levantase de la cama, que ordenase su cuarto y que dejase de jugar con el móvil. La niña se puso los auriculares y continuó en la cama con su móvil. Patricia le llegó a decir a su hija hasta en veinte ocasiones que tenía que levantarse y ordenar su cuarto. Llegadas las 14:00 horas, la niña seguía tumbada en la cama con los auriculares puestos y mirando el móvil. Patricia entró en la habitación de su hija, le quitó los auriculares de un tortazo, la sacó de la cama y de la habitación cogiéndola fuertemente por las muñecas, para, acto seguido, estrellar el móvil contra la pared. A consecuencia del tortazo y del agarrón de las muñecas, la niña sufrió lesiones consistentes en enrojecimiento de la cara y magulladuras en las muñecas, que no requirieron para su sanidad tratamiento médico ni quirúrgico.

Los hechos pueden calificarse como constitutivos de un delito de maltrato puntual en el ámbito familiar del artículo 153.2 y 3 (agravación por comisión en el domicilio), del que resulta responsable Patricia en concepto de autora³.

6. En la cena de Nochebuena, en la casa de sus padres, las hermanas Carmen y Luisa, que viven cada una en sus respectivos domicilios, comenzaron a discutir y acabaron pegándose, terminando ambas con erosiones superficiales que no precisaron tratamiento médico ni quirúrgico. Carmen y Luisa no denunciaron los hechos.

Los hechos pueden calificarse como constitutivos de un delito leve de lesiones del artículo 147.2, al no convivir las hermanas, aunque se exige denuncia previa para su persecución (art. 147.4)⁴.

³ Vid. *infra*, en cuestiones comunes, el derecho de corrección.

⁴ Vid. *infra*, en cuestiones comunes, sujetos de los delitos de violencia familiar.

III

DELITO DE AMENAZAS LEVES

1. TIPIFICACIÓN. AMENAZAS LEVES DE GÉNERO Y EN EL ÁMBITO FAMILIAR

El *delito de amenazas leves de género* (y sobre persona especialmente vulnerable que conviva con el autor) se tipifica en el apartado cuarto del artículo 171, definiéndose en el apartado quinto, párrafo primero, el *delito de amenazas leves en el ámbito familiar con armas u otros instrumentos peligrosos*. El párrafo segundo del apartado quinto contempla una modalidad agravada de las conductas anteriores y el apartado sexto una modalidad atenuada. Todos estos apartados fueron añadidos por la Ley Orgánica 1/2004, cuya literalidad es la siguiente:

4. El que de modo leve amenace a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

Igual pena se impondrá al que de modo leve amenace a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

5. El que de modo leve amenace con armas u otros instrumentos peligrosos a alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las contempladas en el apartado anterior de este artículo, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de

treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de uno a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de seis meses a tres años.

Se impondrán las penas previstas en los apartados 4 y 5, en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.

6. No obstante lo previsto en los apartados 4 y 5, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado.

La Ley Orgánica 1/2015 sustituyó el término incapaz por el de «persona con discapacidad necesitada de especial protección», y añadió un nuevo apartado séptimo para tipificar el *delito leve de amenazas*, en sustitución de la falta de amenazas del artículo 620.2 con una redacción muy parecida:

7. Fuera de los casos anteriores, el que de modo leve amenace a otro será castigado con la pena de multa de uno a tres meses. Este hecho sólo será perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173, la pena será la de localización permanente de cinco a treinta días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a treinta días, o multa de uno a cuatro meses, ésta última únicamente en los supuestos en los que concurren las circunstancias expresadas en el apartado 2 del artículo 84. En estos casos no será exigible la denuncia a que se refiere el párrafo anterior.

La *estructura* del artículo 171, apartados cuarto a quinto, es muy similar a la estructura del delito de maltrato puntual del artículo 153: el artículo 171.4 regula como delito doloso, en su primer párrafo, el delito de *amenazas leves de género*, proferidas por un varón contra «quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia», imponiendo una pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años. Con la misma pena se castiga en el párrafo siguiente a quien *amenace levemente a persona especialmente vulnerable que conviva con el autor*.

Cuando la víctima de las amenazas leves sea una de las personas comprendidas en el artículo 173.2, siempre que no se trate del cónyuge o pareja (o ex) femenina de un autor varón ni de persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, la amenazas leves alcanzarán la categoría de *delito cuando se realicen con armas u otros instrumentos peligrosos*, según establece el artículo 171.5.I, imponiéndose solo entonces las mismas penas que las señaladas para las amenazas leves de género, con la salvedad de que la pena de prisión tiene un intervalo de tres meses a un año. Si no se utilizasen tales medios peligrosos, la conducta constituiría un delito leve de amenazas en el ámbito familiar del artículo 171.7, configurado como delito leve de carácter público. Fuera del ámbito familiar, la conducta será perseguible previa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

Finalmente, el segundo párrafo del artículo 171.5 y el artículo 171.6 contemplan, respectivamente, *dos modalidades del delito de amenazas leves* de género y de violencia familiar: una agravada de aplicación obligatoria y otra atenuada de apreciación facultativa (SAP Madrid, Sec. 27.^a, 837/2013, de 30 de mayo), que son del mismo tenor que las previstas para el delito de maltrato puntual y respecto de las cabe realizar idénticas consideraciones.

2. CONCEPTO, REQUISITOS Y CONTINUIDAD DELICTIVA

El delito de amenazas, en cualquiera de los tipos de los artículos 169 a 171 del Código Penal, se caracteriza, según constante jurisprudencia, por los siguientes *elementos*: a) una conducta del agente integrada por expresiones o actos idóneos para violentar el ánimo del sujeto pasivo, intimidándole con la conminación de un mal injusto, determinado y posible; b) la expresión de dicho propósito ha de ser seria, firme y creíble, atendiendo a las circunstancias concurrentes; y c) estas mismas circunstancias: subjetivas y objetivas, han de dotar a la conducta de la entidad suficiente como para merecer una contundente repulsa social que fundamente razonablemente el juicio de antijuridicidad de la acción y su calificación como delictiva (SSTS 1875/2002, de 14 de febrero de 2003, 593/2003, de 16 de abril, 639/2006, de 14 de junio y 634/2018, de 12 de diciembre).

Se trata de un *delito de simple actividad* que se consuma con la llegada del anuncio del mal al sujeto pasivo. No exige amedrentamiento efectivo de la víctima, resultando suficiente con que las amenazas tengan esa potencialidad perturbadora. El *dolo* del autor consiste en querer y conocer el alcance intimidatorio de las expresiones vertidas o de los actos realizados; su idoneidad para ocasionar temor o zozobra en otra persona (STS 609/2014, de 23 de septiembre).

La jurisprudencia admite la *continuidad delictiva* en este delito y también en el de coacciones e injurias, siempre que resulte «incuestionable que las diversas acciones amenazadoras se integran en un único propósito o plan preconcebido, de tal suerte que cada acto de presión concreta sobre el ánimo de la víctima, encuadrado dentro de la sucesión continuada de acciones, carece de entidad autónoma dentro del conjunto» (STS 639/2006, de 14 de junio).

Cuando en una misma acción se profieren amenazas a varios sujetos, se aprecia un único delito, porque «el dolo quiere amedrentar a dos sujetos distintos, pero también con base en una sola acción, en el espacio y en el tiempo» (STS 86/2014, de 12 de febrero).

3. CARÁCTER CIRCUNSTANCIAL

El delito de amenazas es un delito *eminentemente circunstancial* y se caracteriza por su relativismo, sobre todo para determinar su entidad penal y su gravedad (STS 938/2004, de 12 de julio).

La *gravedad* de la amenaza debe valorarse en función de la ocasión en que se profiere, personas intervinientes, actos anteriores, simultáneos y posteriores. Las diferencias de grado son circunstanciales y radican en la mayor o menor intensidad del mal con que se amenaza para el bien jurídico protegido. La jurisprudencia ha venido decantándose por la existencia del delito de amenazas graves cuando la amenaza es «seria y creíble por ser potencialmente esperado un comportamiento agresivo que lleve a efecto el mal amenazado. El criterio determinante de la distinción, tiene aspectos mayoritariamente cuantitativos, pero no debe descuidarse el perfil cualitativo de la amenaza que habrá que extraer de una serie de datos antecedentes y concurrentes en el caso» (STS 49/2019, de 4 de febrero).

Son precisamente estas circunstancias concurrentes las que permiten *distinguir las amenazas leves de las amenazas graves*. De este modo y en el ámbito delictivo que estamos estudiando, si se aprecia que las amenazas son graves (ej.: se efectúan a punta de pistola), podría entrar en juego el artículo 169 con las agravantes de parentesco o de discriminación por razón de género, según concurran. Este relativismo contextual también puede operar en sentido contrario, determinando la estimación del delito leve de amenazas en lugar del delito de amenazas leves. Así se venía apreciando cuando las amenazas, pese a su carácter inicialmente delictivo, se degradaban a la falta residual del artículo 620.2.III (STS 1396/2009, de 17 de diciembre), en la actualidad delito leve del artículo 171.7.II.

La SAP Madrid, Sec. 27.^a, 938/2013, de 13 de junio, estimó el recurso de apelación, degradando la conducta a falta de vejaciones, después de que el condenado lo fuera por un delito de amenazas consistente en decir a su pareja, con la que estaba finalizando su relación, «hoy vamos a salir en Tele-Madrid, ¿cómo me haces esto?, me lo vas a pagar, voy a quitar de en medio a tu hermana y a tu cuñado, mi vida es un fracaso y no tengo nada que perder», por entender que había que estar al contexto de ruptura y a la ausencia de anuncio de un mal concreto, preciso o determinado a la víctima o a sus familiares. También, con razones similares, el AAP Madrid, Sec. 27.^a, 808/2013, de 13 de junio, confirmó la decisión del juzgado de violencia sobre la mujer de reputar falta decir a la expareja «no te tengo miedo ni a ti, ni a la policía, si te tengo que pegar un puñetazo te lo voy a dar a ti y a quien sea, si sigues así me voy a inmolar contigo».

4. EJEMPLOS

1. Pablo quería retomar la relación con su expareja Cayetana, la llamó por teléfono y le dijo que volviese con ella. Cayetana le contestó que ya sabía que eso era imposible y que la dejase tranquila, respondiéndole Pablo que la mataría si la veía con otro.

Los hechos pueden calificarse como constitutivos de un delito de amenazas leves de género del artículo 171.4, del que resulta responsable Pablo en concepto de autor.

2. Cayetana quería retomar la relación con su expareja Pablo, lo llamó por teléfono y le dijo que volviese con él. Pablo le contestó que ya sabía que eso era imposible y que lo dejase tranquilo, respondiéndole Cayetana que lo mataría si lo veía con otra.

Los hechos pueden calificarse como constitutivos de un delito leve de amenazas en el ámbito familiar del artículo 171.7, del que resulta responsable Cayetana en concepto de autora. La ausencia de armas o instrumentos peligrosos, sin que consten otras circunstancias que permitan reputar las amenazas como graves, impide la aplicación del delito de amenazas leves en el ámbito familiar del artículo 171.5.

3. Pablo quería retomar la relación con su expareja Cayetana, que ya le había dicho que no era posible, que lo habían intentado y que la convivencia había sido insoportable. Ante la negativa, Pablo esperó a Cayetana a la salida

de su trabajo, le puso un cuchillo en el cuello y le dijo que la mataría si no regresaba con él.

Los hechos pueden calificarse como constitutivos de un delito de amenazas graves del artículo 169.2.º, del que resulta responsable Pablo en concepto de autor, debiendo reflejarse el reproche penal relativo a la condición del sujeto pasivo (víctima expareja del autor) mediante la aplicación de la circunstancia mixta del artículo 23 en función de agravante.

La presencia del cuchillo refuerza el carácter grave de la amenaza, haciendo difícil la aplicación del tipo de amenazas leves de género del artículo 171.4.

4. Cayetana quería retomar la relación con su expareja Pablo, que ya le había dicho que no era posible, que lo habían intentado y que la convivencia había sido insoportable. Ante la negativa, Cayetana esperó a Pablo a la salida de su trabajo, le puso un cuchillo en el cuello y le dijo que lo mataría si no regresaba con él.

Los hechos pueden calificarse como constitutivos de un delito de amenazas leves en el ámbito familiar del artículo 171.5, del que resulta responsable Cayetana en concepto de autora.

La calificación del ejemplo anterior resultaría igualmente aplicable, pero interesa destacar cómo la redacción del artículo 171.5 permite la subsunción típica del caso.

IV

DELITO DE COACCIONES LEVES

1. TIPIFICACIÓN. COACCIONES LEVES DE GÉNERO

El *delito de coacciones leves de género* (y sobre persona especialmente vulnerable que conviva con el autor) fue añadido por la Ley Orgánica 1/2004 en el apartado segundo del artículo 172, según el cual:

2. El que de modo leve coaccione a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

Igual pena se impondrá al que de modo leve coaccione a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

Se impondrá la pena en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.

No obstante lo previsto en los párrafos anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado.

La Ley Orgánica 1/2015 sustituyó el término incapaz por el de «persona con discapacidad necesitada de especial protección», y añadió un nuevo apar-

tado tercero para tipificar el *delito leve de coacciones*, en sustitución de la falta de coacciones del artículo 620.2 con una redacción muy parecida:

3. Fuera de los casos anteriores, el que cause a otro una coacción de carácter leve, será castigado con la pena de multa de uno a tres meses. Este hecho solo será perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173, la pena será la de localización permanente de cinco a treinta días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a treinta días, o multa de uno a cuatro meses, ésta última únicamente en los supuestos en los que concurran las circunstancias expresadas en el apartado 2 del artículo 84. En estos casos no será exigible la denuncia a que se refiere el párrafo anterior.

El artículo 172.2 únicamente contempla un delito de coacciones leves de género y sobre persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, con *dos modalidades típicas*, una agravada y otra atenuada y, al igual que sucede con los delitos de maltrato puntual y de amenazas leves en este ámbito, la agravación es de aplicación imperativa y la atenuación facultativa (SAP Madrid, Sec. 27.^a, 437/2014, de 3 de julio).

Este precepto *no presenta una estructura semejante* a la de los delitos de maltrato puntual y de amenazas leves, al no contemplar un apartado específico para un delito de coacciones leves en el ámbito familiar. En este último caso, cuando la coacción leve se cometa contra una de las personas comprendidas en el artículo 173.2 (exceptuadas las protegidas por el tipo del artículo 172.2), la conducta coactiva revestirá el carácter de delito leve de coacciones del artículo 172.3.

2. CONCEPTO Y REQUISITOS

El delito de coacciones, según se desprende de la *definición* legal del artículo 172.1. I, y como reitera la Sala Segunda del Tribunal Supremo, consiste en actuar violentamente para impedir a otro realizar algo no prohibido o para obligarle a hacer lo que no quiere, sea justo o injusto, siempre en contra de su libertad y sin ninguna legitimación. El núcleo central de la coacción consiste en imponer *ilegítimamente* una conducta a otro con violencia, ya sea la violencia física, psíquica o en las cosas (*vis in rebus*) (SSTS 1367/2002, de 18 de julio, 731/2006, de 3 de julio, 595/2012, de 12 de julio, 732/2016, de 4 de octubre y 658/2020, de 3 de diciembre).

El *bien jurídico protegido* en el delito de coacciones es la libertad, entendida como la capacidad para actuar conforme a una voluntad libremente formada (STS 412/2020, de 20 de julio).

Las coacciones constituyen un delito *doloso*, que requiere conocer y querer doblegar la voluntad ajena sin justificación legítima para someterla a la propia, mediante el empleo de alguna clase de las violencias indicadas. Es un *delito de resultado* que se consume con la restricción efectiva de la libertad de obrar del sujeto pasivo.

3. CARÁCTER CIRCUNSTANCIAL Y CAJÓN DE SASTRE

El delito de coacciones está también muy influido por las *circunstancias concurrentes*, de modo que habrá que estar a ellas para comprobar su *intensidad* y establecer su entidad penal, más allá de las simples molestias atípicas, y su calificación jurídica como graves o leves.

En nuestro ámbito de estudio, si se considera que las coacciones son graves, entraría en juego el delito común del 172.1.I, debiendo aplicarse la agravante de parentesco o de discriminación por razón de género, según concurren. Si, por el contrario, se considera que las coacciones son leves y, por ejemplo, el sujeto activo de las mismas es un varón que las realiza sobre su mujer resultará de aplicación el tipo del artículo 172.2; si sucede al revés, que es la mujer quien coarta al marido levemente o una hija a su madre con la que convive, se aplicará el delito leve de coacciones del artículo 172.3.

Este carácter circunstancial se refleja en múltiples pronunciamientos, que toman como *criterios para graduar la intensidad de la coacción*: a) la naturaleza de la violencia ejercida, b) el número de actos violentos, c) el ámbito de libertad restringido y su afectación, y d) la finalidad perseguida por el autor.

Así, la SAP Madrid, Sec. 26.^a, 252/2014, de 4 de abril, calificó como delito de coacciones graves del artículo 172.1, con la agravante de parentesco del artículo 23, los diversos actos del marido contra su mujer, consistentes en vigilancias, seguimientos continuos, interrogatorio a amigos, interceptación de wasaps, etc., realizados con la finalidad de someterla a su voluntad y evitar que se divorciase de él como ella deseaba, impidiéndole desarrollar su vida libremente. En el momento de los hechos, no existía la agravante de discriminación por razón de género ni tampoco el delito de acoso persecutorio (*stalking*), pero, de haber estado tipificados como lo están en la actualidad, la conducta descrita habría resultado fácilmente subsumible en tal deli-

to de hostigamiento con la agravante de discriminación por razón de género (art. 172 ter.2 y 22.4.^a CP).

Finalmente, el delito de coacciones se caracteriza por constituir un «tipo de recogida» o «cajón de sastre», para sancionar conductas que no terminan de encajar en ningún otro precepto del Código, pero que se considera que atentan penalmente contra la libertad de la persona.

La jurisprudencia acentúa cada vez más este carácter, a pesar de las críticas doctrinales frente a interpretaciones contra reo y contrarias al principio de legalidad penal conducentes a hacer del delito de coacciones un tipo para todo: la STS 412/2020, de 20 de julio, confirma la condena del marido como autor de un delito de coacciones graves del artículo 172.1, en concurso ideal con un delito de descubrimiento y revelación de secretos del artículo 197.2, en ambos casos con la agravante de parentesco del artículo 23, por haber borrado toda la información archivada en el móvil de su esposa, móvil que tenía controlado y al que accedía sin su autorización.

El delito de coacciones se justifica en la sentencia citada en que con el borrado de los datos del móvil se priva a la víctima de «la llave de acceso a su domicilio virtual, donde tras el desarrollo de las telecomunicaciones, desenvolvemos una gran parte de nuestra vida social, familiar e incluso profesional, según las circunstancias personales de cada sujeto, sin disponer de otra llave (sino tras esfuerzos y meses de transcurso) que posibilitara la entrada en ese ámbito donde ejercitamos de modo íntimo, en cuanto incorporamos o excluimos total o parcialmente a terceros nuestra actividad relacional».

La sentencia examinada efectúa un destacable esfuerzo clarificador de las conductas punibles del delito contra la intimidad del artículo 197. Pero afirmar la presencia de un delito de coacciones resulta objetable si se piensa en las múltiples sustracciones de terminales que se producen a diario, o incluso en la sustracción de las llaves del propio domicilio, impidiendo el acceso a la sede física de la intimidad durante horas hasta que se obtiene una copia o acude un cerrajero, sin que por ello se aprecie ni se deba apreciar ningún otro delito aparte del delito leve de hurto, si el valor del móvil o el de la llave no superan los 400 euros.

El reproche de la acción de borrar los datos del terminal se debe realizar mediante la imposición de la pena concreta dentro del amplio intervalo punitivo previsto en el delito contra la intimidad (prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses), y los perjuicios, incluido el daño moral, se deben resarcir mediante la indemnización civil. Porque si se sigue estirando el concepto penal de coacción, este delito abandonará su carácter pasivo de trastero para convertirse en un activo delito atrapa-todo.

4. EJEMPLOS

1. Jorge cambió el bombín de la cerradura para impedir el acceso a la vivienda familiar de Bibiana de la que se estaba divorciando.

Los hechos pueden calificarse como constitutivos de un delito de coacciones leves de género del artículo 172.2, del que resulta responsable Jorge en concepto de autor.

2. Bibiana cambió el bombín de la cerradura para impedir el acceso a la vivienda familiar de Jorge del que se estaba divorciando.

Los hechos pueden calificarse como constitutivos de un delito leve de coacciones en el ámbito familiar del artículo 172.3, del que resulta responsable Bibiana en concepto de autora.

V

DELITO DE HOSTIGAMIENTO O ACOSO PERSECUTORIO (*STALKING*)

1. TIPIFICACIÓN

El *delito de acoso persecutorio* está previsto como delito con sustantividad propia en el artículo 172 ter (añadido por la LO 1/2015), según el cual:

1. Será castigado con la pena de prisión de tres meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses el que acose a una persona llevando a cabo de forma insistente y reiterada, y sin estar legítimamente autorizado, alguna de las conductas siguientes y, de este modo, altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana:

1.^a La vigile, la persiga o busque su cercanía física.

2.^a Establezca o intente establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas.

3.^a Mediante el uso indebido de sus datos personales, adquiera productos o mercancías, o contrate servicios, o haga que terceras personas se pongan en contacto con ella.

4.^a Atente contra su libertad o contra su patrimonio, o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella.

Si se trata de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación, se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años.

2. Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173, se impondrá una pena de prisión de uno a dos años, o trabajos en beneficio de la comunidad de sesenta a ciento veinte días. En este caso no será necesaria la denuncia a que se refiere el apartado 4 de este artículo.

3. Las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de acoso.

4. Los hechos descritos en este artículo sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

2. CONCEPTO Y ACTOS DE HOSTIGAMIENTO

Se incorpora de este modo a nuestro ordenamiento, procedente del mundo anglosajón, el delito de *stalking*, como una forma específica de coacción que atenta contra la libertad de obrar de la víctima y que distorsiona gravemente el normal desarrollo de su vida diaria. Hasta su tipificación mediante la Ley Orgánica 1/2015, la respuesta penal frente al acoso persecutorio oscilaba entre los delitos y faltas de coacciones, amenazas y vejaciones, y el delito de trato degradante (ej.: SAP Madrid, Sec. 26.^a, 252/2014, de 4 de abril). El Código Penal tipificaba otros casos de acoso, pero no el hostigamiento propiamente dicho: el acoso inmobiliario (art. 172.1.III y 173.1.II), el acoso laboral (art. 173.1.II), el ciberacoso a menores o *child grooming* (art. 183 ter) y el acoso sexual (art. 184).

El delito de acoso persecutorio se puede *definir* como la conducta intencionada de quien persigue obsesivamente a una persona a la que convierte en su objetivo, normalmente para entablar o continuar una relación que dicha persona rechaza o como venganza de lo que el acosador considera una injusticia o afrenta¹.

La *acción* de hostigamiento, por definición insistente y reiterada, es una acción *dolosa* que no exige ninguna finalidad ni móvil específico. El dolo del autor consiste en querer y conocer la conducta acechante que se materializa en actos de distinto signo enumerados por el artículo 172 ter con afán de agotamiento sin conseguirlo: vigilar, perseguir, buscar la cercanía física de la víctima; establecer o intentar establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas; adquirir productos o mercancías, o contratar servicios, o hacer que terceras personas se pongan en contacto con ella, mediante el uso indebido de sus datos personales; atentar contra su libertad o contra su patrimonio, o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella.

La expresión «alguna de las conductas siguientes» indica que para la comisión de este delito basta con que concurra solo una de aquellas. Asimismo, la redacción de las conductas de acoso apunta a un carácter de *numerus clausus*, lo que podría dificultar la subsunción de los inimaginables actos de

¹ Para el estudio comparado de este delito, *vid.* VILLACAMPA, *Stalking y Derecho penal*.

acoso que se le pueden pasar por la cabeza al autor. Uno muy frecuente y que presentaría problemas de subsunción: denuncias y demandas continuas y abusivas contra la expareja por quien no acepta la ruptura. Estas actuaciones procesales de carácter hostigador podrían subsumirse en el supuesto de acoso consistente en atentar contra la libertad del acosado. Pero si se considerase que tal vez se estuviese forzando la literalidad del precepto, siempre cabría acudir al cajón de sastre de amplia extensión del delito de coacciones continuadas.

La expresión acosar «sin estar legítimamente autorizado» constituye un oxímoron semejante al de «vejaciones injustas».

3. ALTERACIÓN GRAVE DE LA VIDA COTIDIANA

El acoso persecutorio exige como *resultado* que la víctima vea alterada «gravemente el desarrollo de su vida cotidiana». Lo que debe entenderse por alteración grave de la vida cotidiana constituye uno de los mayores problemas que el precepto plantea. Pero lo que no ofrece ninguna duda es que para la aplicación del delito de acoso persecutorio no basta constatar la existencia de una situación de hostigamiento, requisito en todo caso *sine qua non*, indiciario del acoso o de un delito de coacciones, graves o leves, sino que resulta preciso acreditar una afectación importante de las actividades y rutinas de la víctima o de su entorno a consecuencia de aquella situación.

Únicamente si existe prueba de esa alteración grave de la vida cotidiana, puede aplicarse el concurso real previsto en el apartado tercero del artículo 172 ter, y castigar además cada uno de los actos de acoso como delitos independientes sin vulnerar el *non bis in idem*. Si el tipo penal no exigiese este resultado, el castigo del acoso junto al de cada uno de los actos de hostigamiento constitutivos de delito (amenazas, daños, maltrato de obra, lesiones), conllevaría una patente vulneración del citado principio. Idénticas son las razones que existen para excluir la vulneración del *non bis in idem*, cuando se acredita la generación de un clima de humillación y miedo a consecuencia del maltrato habitual, y se castiga cada uno de los actos de maltrato junto a este delito².

Esta técnica constitucional de aplicación de aquellos delitos que participen de esta estructura fue seguida tempranamente por las audiencias provinciales que inicialmente aplicaron el delito de acoso persecutorio: la SAP Bar-

² *Vid. infra*, el delito de maltrato habitual.

celona, Sec. 20.^a, 183/2016, de 2 de marzo, revocó la condena del juzgado de lo penal, expresando que:

El delito de acoso u hostigamiento se configura como un tipo mixto alternativo cuya conducta típica de acosar a la víctima se conforma por la insistencia y reiteración de diferentes posibilidades previstas expresamente en el tipo y que deben dar como resultado la producción de una alteración grave del desarrollo de la vida cotidiana de la víctima [...]. Es una conducta que atenta contra la libertad de obrar del sujeto pasivo, requiriéndose que se haya conseguido alterar gravemente la vida cotidiana de la víctima, extremo este que no se ha acreditado, más allá de las meras manifestaciones de la víctima, y que es lo que exige el tipo.

La SAP Tarragona, Sec. 4.^a, 279/2016, de 6 de julio, tampoco apreció el delito de acoso por ausencia de intensidad en la conducta, y censuró la deriva hacia el cajón de sastre del delito común de coacciones.

La Sala Segunda del Tribunal Supremo, en la primera sentencia que dictó sobre este delito, mantuvo los anteriores criterios, desestimó la pretensión de la acusación particular de aplicar el delito de acoso del artículo 172 ter y confirmó la condena por un delito común de coacciones. Así, según la STS 324/2017, de 8 de mayo:

Globalmente considerada no se aprecia en esa secuencia de conductas, enmarcada en una semana, la idoneidad para obligar a la víctima a modificar su forma de vida acorralada por un acoso sistemático sin visos de cesar. El reproche penal se agota en la aplicación del tipo de coacciones: la proximidad temporal entre los dos grupos de episodios; la calma durante el periodo intermedio; así como la diversidad tipológica y de circunstancias de las conductas acosadoras impiden estimar producido el resultado, un tanto vaporoso pero exigible, que reclama el tipo penal: alteración grave de la vida cotidiana (que podría cristalizar, por ejemplo, en la necesidad de cambiar de teléfono, o modificar rutas, rutinas o lugares de ocio...). No hay datos en el supuesto presente para entender presente la voluntad de imponer un patrón de conducta sistemático de acoso con vocación de cierta perpetuación temporal. El tipo no exige planificación pero sí una metódica secuencia de acciones que obligan a la víctima, como única vía de escapatoria, a variar, sus hábitos cotidianos. Para valorar esa idoneidad de la acción secuenciada para alterar los hábitos cotidianos de la víctima hay que atender al estándar del «hombre medio», aunque matizado por las circunstancias concretas de la víctima (vulnerabilidad, fragilidad psíquica...) que no pueden ser totalmente orilladas.

Sin embargo, la STS 554/2017, de 12 de julio, citando la anterior, se sustrajo a sus conclusiones y confirmó la condena por un delito de acoso persecutorio con unos hechos probados en los que no existía referencia a la alteración

grave de la vida cotidiana ni reiteración. Los hechos probados se recogen en el fundamento de derecho primero de la sentencia del siguiente modo:

Los hechos, en síntesis, se refieren a que el condenado, mantuvo una relación sentimental desde el año 1999 hasta el 2016 con Graciela. El 23 de marzo de 2016, cuando Graciela se encontraba en Villalba, en el Pub *Explorers*, acudió allí Adrián, llamándola insistentemente por teléfono preguntando donde estaba y enviándole una foto de ella con los amigos con los que ella se encontraba.

A las 3'30 horas de la madrugada de ese mismo día localizó de nuevo a Graciela, en esta ocasión en casa de unos amigos, cerca del citado Pub, llamándole a gritos para que saliera lo que ella no hizo, permaneciendo en dicho lugar media hora.

Entre las 3'15 horas y las 4'53 horas del indicado día, le realizó desde su teléfono móvil 40 llamadas a Graciela.

También el 22 de marzo le efectuó cuatro llamadas telefónicas.

La STS 717/2020, de 22 de diciembre, con cita de las dos anteriores, confirmó la condena por delito de acoso persecutorio, pero en esta ocasión los hechos probados sí que reflejaban el hostigamiento intenso durante cinco meses al que fue sometida la expareja del autor que deseaba retomar la relación y que ante su negativa terminó asesinandola. Y también el resultado exigido por el tipo penal, pues «la alteración mayor de su vida cotidiana, fue privarle absolutamente de esa vida, al darle muerte».

4. REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD Y AGRAVACIÓN EN EL ÁMBITO FAMILIAR

El delito de acoso exige para su persecución *denuncia previa* de la persona agraviada o de su representante legal (art. 172 ter. 4), *en su modalidad de delito común*, es decir, cuando los sujetos activo y pasivo no reúnen ninguna condición ni vínculo especial. En este caso, el delito se castiga con la pena de prisión de tres meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses, salvo que se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación, en cuyo caso se castiga con la pena de prisión de seis meses a dos años.

Ahora bien, *cuando el acoso se comete en el ámbito de la violencia familiar* (sin discriminación penológica por razón de género), el apartado segundo del artículo 172 ter, establece su *persecución de oficio* y castiga la conducta con la pena alternativa de prisión de uno a dos años o trabajos en beneficio de la comunidad de sesenta a ciento veinte días.

5. EJEMPLOS

1. Durante seis meses, Ramiro estuvo llamando a Leticia por teléfono como mínimo diez veces al día y escribiéndole cientos de correos electrónicos y wasaps, con el fin de retomar la relación de pareja que tenían y que ella no deseaba continuar. Con el mismo fin, cada tarde iba a buscarla al trabajo, le enviaba ramos de flores cada semana, aparecía de improviso en los lugares que Leticia solía frecuentar y llamaba a todos los familiares y amigos de Leticia para interesarse por ella y que le ayudasen a convencerla para estar con él. Leticia, para evitar a Ramiro, a quien le había repetido que la dejase en paz una y otra vez, tuvo que cambiar de domicilio, centro de trabajo, número de teléfono y cuenta de correo electrónico. Esta situación solo cesó cuando Leticia, al sexto mes de finalizar la relación y de sufrir aquellas conductas, se decidió a denunciar y se adoptó una medida cautelar prohibiendo a Ramiro aproximarse y comunicarse con Leticia.

Los hechos pueden calificarse como constitutivos de un delito de acoso persecutorio de artículo 172 ter.2, del que resulta responsable Ramiro en concepto de autor.

2. Macarena estuvo, durante tres semanas, llamando varias veces al día y escribiendo múltiples wasaps diarios a su expareja Inés, con la que no llegó a convivir, para retomar una relación que Inés rechazaba. Durante ese tiempo, Macarena fue buscarla cuatro tardes al trabajo y apareció en siete ocasiones en los lugares donde Inés solía pasar su tiempo libre. Inés bloqueó las cuentas de correo y el número de teléfono de Macarena, quien dejó de ir buscar a Inés cuando ésta la denunció.

La subsunción de este ejemplo en el delito de acoso persecutorio resultaría problemática al no resultar del relato de hechos la alteración grave del desarrollo de la vida cotidiana que exige el artículo 172 ter. Dentro del relativismo y carácter residual del delito de coacciones, los hechos podrían calificarse como constitutivos de un delito continuado de coacciones del artículo 172.1 en relación con el artículo 74.1 y 3, o bien de un delito leve continuado de coacciones en el ámbito familiar del artículo 172.3 en relación con el artículo 74.1 y 3, siendo responsable Macarena en concepto de autora.

VI

DELITO DE TRATO DEGRADANTE

1. TIPIFICACIÓN

La inclusión del delito de trato degradante en nuestro ámbito de estudio obedece al hecho de que suele apreciarse con frecuencia cuando tiene lugar un conjunto de acciones denigratorias de lo más heterogéneo que rebasan la esfera del mero delito leve de vejaciones en el ámbito familiar del artículo 173.4, y no llegan a constituir un delito de maltrato habitual del artículo 173.2.

El *delito de trato degradante* se tipifica en el artículo 173.1, dividido en tres párrafos, y presenta tres modalidades, una en cada párrafo: la genérica, que recibe el nombre de delito de trato degradante y cuya redacción no ha variado desde la promulgación del código vigente; y dos específicas: el delito de acoso laboral y el denominado acoso inmobiliario, introducidas por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio.

A tenor del citado artículo 173.1:

El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.

Con la misma pena serán castigados los que, en el ámbito de cualquier relación laboral o funcionarial y prevaliéndose de su relación de superioridad, realicen contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima.

Se impondrá también la misma pena al que de forma reiterada lleve a cabo actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, tengan por objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda.

2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO Y REGLA CONCURSAL

El delito de trato degradante, en la modalidad genérica que aquí interesa, se configura como *delito común*: su apreciación no exige que los sujetos activo y pasivo reúnan cierta condición, ni que entre ellos exista alguna de las relaciones a las que se refiere el artículo 173.2; no obstante, si tal relación existe, el reproche penal pasa por aplicar las agravantes de parentesco o de discriminación por razón de género, según concurran.

El *bien jurídico protegido* por el delito es la integridad moral, idea ligada a la dignidad e inviolabilidad de la persona, que no admite cosificación ni que se la someta a dolor o sufrimientos físicos o psíquicos humillantes o vejatorios (SSTS 420/2016, de 18 de mayo y 157/2019, de 26 de marzo).

La integridad moral constituye una categoría conceptual propia e independiente del derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad en sus diversas manifestaciones o al honor, de ahí que resulte posible apreciar el delito contra la integridad moral y también los distintos delitos en que se hubiesen traducido los distintos ataques contra la misma, siempre que se acredite el grave menoscabo que exige el tipo penal para poder aplicar la *regla concursal* del artículo 177 sin infringir el principio *non bis in idem*.

3. CONDUCTA DENIGRATORIA, REQUISITOS Y CARÁCTER RESIDUAL

La *conducta* consiste en «infligir a otra persona un trato degradante», lo que significa humillarla, rebajarla o desconocer su valor como ser humano (STS 420/2016, de 18 de mayo).

La acción denigratoria ofrece múltiples variantes y puede estar constituida por un solo acto de humillación o por varios, siempre que la actuación *resulte de tal intensidad que menoscabe gravemente la integridad moral del sujeto pasivo*. Normalmente la conducta será *activa*, pero resulta admisible la *comisión por omisión* si el autor se halla en posición de garante, como sucede en el delito de maltrato habitual. La *gravedad* del ataque a la integridad moral se mide en función de todas las circunstancias concurrentes.

El *dolo* del autor consiste en representarse que con su conducta se está sometiendo «a la víctima, de forma intencionada, a una situación degradante de humillación e indignidad para la persona humana» (STS 157/2019, de 26 de marzo).

La amplitud de los conceptos de «trato degradante» y de «integridad moral», así como la medición de la gravedad de la conducta, ofrecen tal indeter-

minación que este delito funciona como *tipo residual*, con el consiguiente riesgo de que interpretaciones desmedidas vulneren el principio de ley cierta, tal y como vimos que sucedía con el delito de coacciones.

En este sentido, la STS 701/2020, de 16 de diciembre, en el conocido caso *Gabriel Cruz-Operación Nemo*, confirmó la condena, entre otros, por delito de trato degradante con la agravante de parentesco, de la mujer que dio muerte y se deshizo del cadáver del niño Gabriel con el que convivía al ser pareja del padre, por fingir aflicción durante los once días que duró su búsqueda y alentar a los padres con falsas esperanzas, diciéndole a la madre que el niño le había dicho por la mañana que quería llamarla, que lo iban a encontrar hoy mismo y que le darían una Coca-Cola, acudiendo a una manifestación llevando puesta una camiseta con la cara del niño y la expresión «todos somos Gabriel».

4. EJEMPLOS

1. Belinda no se atrevía a contradecir ni elevar la voz a su marido Ricardo por miedo a que éste se enfadase. Una tarde, a la vuelta del cine, Ricardo le dijo que se metiese en la ducha, que la iba a castigar porque se había fijado demasiado en el actor protagonista de la película. Una vez en la bañera, le rapó el pelo y la duchó con agua fría «para que aprendiera».

Los hechos pueden calificarse como constitutivos de un delito de trato degradante del artículo 173.1, con las circunstancias agravantes de discriminación por razón de género y de parentesco (arts. 22.4.^a y 23), del que resulta responsable Ricardo en concepto de autor.

2. Arturo y Natalia se conocieron por internet, quedaron y mantuvieron relaciones sexuales en el coche de Arturo. Tras una segunda cita, Arturo le propuso a Natalia verse de nuevo, y ésta aceptó dejándole claro que no quería tener ninguna relación sentimental. Arturo recogió a Natalia con su coche a las 22:00 horas y se fueron a mantener relaciones al mirador al que ya habían ido en las otras dos ocasiones. De madrugada, los dos salieron desnudos del vehículo y, en un momento dado, Arturo, sin motivo justificativo y tras decir a Natalia «nadie me dice que no», se subió al asiento del conductor y se marchó, dejando a Natalia sin ropa y sin forma de comunicarse con nadie, teniendo que cubrirse con bolsas de plástico y caminar cinco kilómetros para pedir ayuda.

Los hechos pueden calificarse como constitutivos de un delito de trato degradante del artículo 173.1, del que resulta responsable Arturo en concepto de autor.

VII

DELITO DE MALTRATO HABITUAL

1. TIPIFICACIÓN

El *delito de maltrato habitual* en el ámbito de las relaciones afectivas y familiares se encuentra tipificado en el artículo 173.2 y 3, cuya redacción procede esencialmente de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. La Ley Orgánica 1/2015 lo reescribe con el fin de introducir la posibilidad de imponer la pena de libertad vigilada, sustituir la expresión incapaz por la de «persona con discapacidad necesitada de especial protección» y elevar el mínimo de la privación del derecho a la tenencia y porte de armas a tres años.

Se trata de un precepto clave para delimitar el ámbito subjetivo de los delitos de violencia de género y familiar¹, que aborda el maltrato habitual en dicho ámbito de manera unitaria sin efectuar ninguna discriminación penológica por razón de género. Según el artículo 173.2 y 3:

2. El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre

¹ *Vid. infra*, en cuestiones comunes, autoría y participación.

persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.

Se impondrán las penas en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza.

En los supuestos a que se refiere este apartado, podrá además imponerse una medida de libertad vigilada

3. Para apreciar la habitualidad a que se refiere el apartado anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores.

2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

La cuestión del *bien jurídico protegido* resulta de especial significación en el delito de maltrato habitual, porque solo a partir de su determinación se pueden establecer sus requisitos correctamente sin incurrir en el castigo por duplicado de conductas delictivas que pueden ser sancionadas de modo independiente y servir, a su vez, como elementos constitutivos del delito de maltrato habitual.

Según jurisprudencia constante, el bien jurídico protegido específicamente por el delito de maltrato habitual es *la pacífica convivencia familiar*, mediante la represión de aquellos actos que exteriorizan una actitud tendente a convertir el ámbito familiar en un microcosmos regido por el miedo y la dominación.

El interés jurídico objeto de protección es mucho más amplio que el ataque concreto a la integridad física o psíquica, objeto de protección singularizada mediante la aplicación del delito que corresponda, como permite la cláusula «sin perjuicio» del propio artículo 173.2 (reiterativa de la regla concursal del artículo 177). Porque lo que se pretende sancionar con este delito no es la mera acumulación o sucesión de actos violentos, sino la existencia de un clima de

sometimiento y humillación hacia los integrantes del entorno afectivo y familiar, que debe probarse (STC 77/2010, de 19 de octubre; SSTS 805/2003, de 18 de junio, 1162/2004, de 15 de octubre, 607/2008, de 3 de octubre, 899/2010, de 19 de octubre, 407/2014, de 22 de septiembre, 232/2015, de 20 de abril [esposo que obliga a revisión ginecológica], 665/2019, de 14 de enero de 2020 y 609/2020, de 13 de noviembre; Circular FGE 6/2011).

3. CONDUCTA ACTIVA Y REITERADA QUE GENERA UN CLIMA DE MIEDO Y HUMILLACIÓN

La conducta del delito de maltrato habitual mediante la que se degrada a la víctima se integra con actos violentos o intimidantes de distinta índole, material o verbal (insultos, amenazas, golpes, lesiones), que en todo caso ha de ser *activa*, *reiterada* y generar como *resultado un clima familiar de miedo y humillación*.

Según el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda, de 21 de julio de 2009: «el tipo delictivo del art.173.2 del CP exige que el comportamiento atribuido sea *activo*, no siendo suficiente el comportamiento omisivo. Sin perjuicio de ello es sancionable penalmente, conforme a dicho precepto, quien contribuye a la violencia de otro, no impidiéndola pese a encontrarse en posición de garante».

Aplica este acuerdo la STS 477/2009, de 10 de noviembre, y también la STS 225/2014, de 13 de mayo, que confirmó la condena de la madre de unos gemelos como autora por comisión por omisión, entre otros, de dos delitos de maltrato habitual, al haber infringido el deber de garante que, como madre, le incumbía de neutralizar los riesgos que su actual pareja suponía para la integridad física y la vida de los dos menores a los que la pareja terminó por dar muerte (en el mismo sentido, SSTS 870/2014, de 18 de diciembre, 408/2018, de 18 de septiembre y 180/2020, de 19 de mayo).

El requisito de *habitualidad* se interpreta por la ley en el artículo 173.3, que exige estar al número de actos violentos acreditados, a su proximidad temporal, independientemente de que la violencia se haya ejercido sobre una o varias de las víctimas comprendidas en el ámbito subjetivo del delito, y de que los actos violentos hayan sido o no enjuiciados en procesos anteriores.

Este requisito de habitualidad, unido a la posibilidad de integrar tal concepto con hechos ya enjuiciados y de castigar separadamente los delitos en que los actos de violencia se hubiesen concretado, plantea problemas de vulneración del principio *non bis in idem*. De ahí que la jurisprudencia haya interpretado el requisito de habitualidad en el sentido de atender, más que a la pluralidad de accio-

nes degradantes, al *resultado* de haberse *generado un espacio de terror* por parte del sujeto activo sobre el sujeto o sujetos pasivos, a la permanencia en el trato violento. Para que el tribunal pueda aplicar el delito de maltrato habitual tiene que llegar a la convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente (SSTS 181/2006, de 22 de febrero, 409/2006, de 13 de abril, 619/2008, de 13 de octubre, 474/2010, de 17 de mayo, 192/2011, de 18 de marzo, 1059/2012, de 27 de diciembre, 257/2020, de 28 de mayo y 556/2020, de 29 de octubre).

La habitualidad, como reitera la STS 609/2020, de 13 de noviembre, es el elemento característico del maltrato habitual, y se trata de un «concepto jurídico formal que supone la acreditación de un estado de agresión permanente, sin necesidad de probar cada concreto acto de violencia que se haya desplegado [...], lo que diferencia a esta figura delictiva del delito continuado, o de un delito permanente que habría de venir asentado en un único comportamiento ilegal». Se configura por una actuación reiterada de la que deriva un único resultado específico de amedrentamiento y sumisión permanentes.

La necesidad de acreditar esta situación de miedo permanente se erige en el elemento central de este tipo penal, que *abarca a todas las víctimas del mismo entorno familiar al que afecte la violencia habitual con independencia de su número*. No se aplica un delito de maltrato habitual por cada una de las víctimas del mismo entorno familiar, sino *un único delito de maltrato habitual con independencia de su número*.

El número de víctimas afectadas por el clima de sometimiento creado por la violencia habitual dentro del mismo núcleo familiar, junto con la frecuencia y el carácter de los actos violentos, constituyen criterios de individualización de la pena, pero no transforma el «objeto de punición en tantos delitos homogéneos como miembros de la familia hayan soportado directamente los abusos» y menos cuando el menoscabo individual es objeto de sanción separada por el artículo 173.2 (STS 556/2020, de 29 de octubre, que resuelve la controversia entre las distintas audiencias sobre si se aplica un único delito de maltrato habitual o tantos como víctimas afectadas; la STS 66/2021, de 28 de enero, confirma la doctrina).

4. MODALIDAD AGRAVADA

El maltrato habitual presenta una *modalidad básica* en el primer párrafo del artículo 173.2; y otra *agravada* de apreciación obligatoria, en el párrafo segundo, idéntica a las agravaciones examinadas en los delitos de maltrato puntual, amenazas y coacciones leves.

En las *modalidades agravadas* se suscita la cuestión de si los hechos motivadores de la agravación deben apreciarse únicamente en el delito de maltrato habitual o si también deben aplicarse en los delitos de maltrato, amenazas o coacciones puntuales que eventualmente concurren.

Al respecto, la Circular FGE 4/2003, de 30 de diciembre, sobre nuevos instrumentos jurídicos en la persecución de la violencia doméstica, sostiene que, para evitar vulnerar el *ne bis in idem*, «no cabe aplicar el subtipo agravado más que en una de las infracciones, siendo preferible en la del artículo 173.2 por aplicación de las reglas 1.^a y 4.^a del artículo 8 CP», salvo que concurren varios motivos de agravación, como se dijo al analizar los subtipos del artículo 148 (en este sentido, STS 791/2017, de 7 de diciembre, que confirma la calificación de la sentencia de instancia).

5. DIFICULTADES PROBATORIAS

La exigencia de que resulte acreditado un clima de miedo, humillación y sometimiento motiva que la apreciación del delito de maltrato habitual sea bastante inferior a la del resto de delitos de violencia de género y familiar. Su fenomenología suele responder a casos en que junto al maltrato habitual se cometen graves delitos contra la vida, la integridad física y moral de la víctima, su libertad, intimidad y su libertad e indemnidad sexuales (homicidios, lesiones, detenciones ilegales, agresiones y abusos sexuales).

Por ello, no resulta sencilla la investigación de los hechos que integran el delito de maltrato habitual, debiendo realizarse un especial de esfuerzo de concreción fáctica y de acumulación de tal acervo probatorio que permita concluir al juzgador que el autor ha causado una situación de miedo permanente, situación que deberá quedar reflejada en el relato de hechos probados.

La jurisprudencia es consciente de esta dificultad, de ahí que se sostenga que «en los casos de maltrato habitual que se prolonga a lo largo del tiempo puede haber concreción de fechas, pero en la mayoría de los casos se trata de una conducta repetitiva, lo que no provoca indefensión» (STS 2/2021, de 13 de enero).

El relato de la víctima resulta esencial para tales fines acreditativos, pero cuando este relato no puede obtenerse, bien porque la víctima no desea declarar o simplemente porque ha resultado víctima mortal o grave de la violencia habitual ejercida sobre ella, se deberá acudir a otros medios de prueba: antecedentes policiales y condenas anteriores, partes de lesiones no denunciados, testimonios de familiares y amigos, consultas médicas o psicológicas o expedientes en servicios sociales.

6. EJEMPLOS

1. Alejandro, trabajador de alta dirección en una multinacional, dirigía su familia como si fuera de su propiedad. No consentía que su mujer Fabiola –con el mismo nivel de estudios e igual remuneración que su marido hasta que dejó de trabajar para cuidar de sus hijos– se reincorporase al trabajo, diciéndole continuamente que era una mala madre, que no tenía que volver a trabajar, que el dinero lo traía él y que debía consagrarse a sus tres hijos de diez, ocho y seis años. Agotados sus ahorros, Fabiola no disponía de efectivo ni de crédito alguno, teniendo que solicitar dinero a su marido para realizar la más mínima compra. Alejandro supervisaba su ropa y hasta sus productos de belleza. Si se vestía con algo de color alegre o se le ocurría mirar un biquini, Alejandro estallaba en cólera y la insultaba llamándola «puta» delante de sus tres hijos. Fabiola tuvo que cortar toda relación de amistad o familiar anterior por temor a la furia de Alejandro, pasando a vivir aislada y sin ningún vínculo exterior, entrando en un cuadro depresivo. Cuando Fabiola en alguna ocasión le planteaba a Alejandro que tal vez sería bueno separarse, éste se enfurecía y la zarrandeaba, llegando a abofetearla en el domicilio en cuatro ocasiones, dos el verano pasado y otras dos en Navidad. Los hijos menores tenían miedo de su padre porque cuando le desobedecían, Alejandro terminaba reprochando a Fabiola la mala educación que –según él– les estaba dando, la insultaba y la zarrandeaba. Nada sucedía en casa sin que lo autorizase Alejandro.

Los hechos, que reflejan un clima de miedo en un contexto de dominación, pueden calificarse como constitutivos de un delito de maltrato habitual del artículo 173.2.II (agravación por comisión en domicilio), de cuatro delitos de maltrato puntual de género de artículo 153.1 y de un delito leve continuado de injurias de los artículos 74.1 y 3 y 173.4, concurriendo en todos ellos la agravante de discriminación por razón de género del artículo 22.4.^a, de los que resulta responsable Alejandro en concepto de autor.

2. En el curso de un mes y tras fuertes discusiones, Clemente golpeó a su pareja Aitor en tres ocasiones en el domicilio común, sin llegar a causarle lesiones en ninguna de las tres agresiones.

Los hechos pueden calificarse como constitutivos de tres delitos de maltrato puntual en el ámbito familiar del artículo 153.2 y 3 (agravación por comisión en domicilio), de los que resulta responsable Clemente en concepto de autor. La ausencia en el relato de un clima de miedo y humillación impide estimar concurrente el delito de maltrato habitual.

VIII

DELITO LEVE DE VEJACIONES E INJURIAS ENTRE FAMILIARES

1. TIPIFICACIÓN

El *delito leve de vejaciones e injurias entre familiares* (donde no existe discriminación penológica por razón de género) se tipifica en el artículo 173, apartado cuarto, del Código Penal, apartado introducido por la Ley Orgánica 1/2015. Según el artículo 173.4:

4. Quien cause injuria o vejación injusta de carácter leve, cuando el ofendido fuera una de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173, será castigado con la pena de localización permanente de cinco a treinta días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a treinta días, o multa de uno a cuatro meses, esta última únicamente en los supuestos en los que concurren las circunstancias expresadas en el apartado 2 del artículo 84.

Las injurias solamente serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

2. CONDUCTA VEJATORIA LEVE E INSULTOS Y CARÁCTER RESIDUAL

Este delito leve vino a reemplazar a la antigua falta de injurias y vejaciones leves del artículo 620.2¹, aunque no del todo, pues este delito solamente

¹ A tenor del artículo 620.2.º (sin vigencia a partir del 1 de julio de 2015):

2.º Los que causen a otro una amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve, salvo que el hecho sea constitutivo de delito.

resulta aplicable a las vejaciones e injurias en el ámbito familiar (sujetos del artículo 173.2).

Las injurias y vejaciones de carácter leve entre particulares (y entre ascendientes, descendientes y hermanos no convivientes)² no constituyen delito y quedan fuera de la tutela penal (ej.: insultos entre vecinos o entre conductores). El preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015 justificó expresamente esta des-tipificación «por tratarse de ofensas de carácter privado cuya reparación puede exigirse en la vía jurisdiccional civil o mediante los actos de conciliación». La eficacia de estos remedios es virtual, es decir, nula; se confía en que no degeneren el conflicto entre particulares³.

Las injurias entre particulares solamente son constitutivas de delito si son tenidas por graves en el concepto público, atendiendo a su naturaleza, efectos y circunstancias (art. 208.II). Las vejaciones entre particulares constituyen delito si suponen un grave menoscabo de la integridad moral (art. 173.1), o alcanzan la suficiente intensidad como para suponer un ataque a la libertad de obrar subsumible en el delito de coacciones (art. 172).

El concepto de injuria o insulto se define legalmente como toda «acción o expresión que lesiona la dignidad de otra persona, menoscabado su fama o atentando contra su propia estimación» (art. 208.I). La vejación participa del significado de la injuria y consiste en la acción humillante o denigratoria hacia otra persona; resulta incompatible con el concepto de justicia por mucho que se diga de corrido la expresión legal «vejación injusta».

El delito leve de vejaciones e injurias entre familiares, al igual que la falta precedente, sirve de *tipo escoba* para castigar toda clase de *conductas denigratorias entre familiares de carácter leve* (insultos, lanzar escupitajos, humillaciones leves en público), que se ejecuten por el sujeto activo de manera verbal, gestual o física, pero sin pretender agredir ni llegar a maltratar de obra al sujeto pasivo, pues en tal caso resultarían aplicables los distintos tipos de maltrato.

Si las injurias entre familiares fuesen graves, resultaría aplicable el delito de injurias del artículo 208.I; si lo fuesen las vejaciones entre familiares, po-

Los hechos descritos en los dos números anteriores solo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

En los supuestos del número 2.º de este artículo, cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, la pena será la de localización permanente de cuatro a ocho días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a diez días. En estos casos no será exigible la denuncia a que se refiere el párrafo anterior de este artículo, excepto para la persecución de las injurias.

² Vid. *infra*, sujetos de los delitos de violencia familiar.

³ JIMÉNEZ SEGADO, en «Eliminar las faltas tiene delito (leve)».

dría entrar en juego el delito de trato degradante si existe un grave menoscabo de la integridad moral (art. 173.1), e incluso el delito de maltrato habitual si las vejaciones son reiteradas y generan un clima familiar de humillación y miedo (art. 173.2).

3. REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD

El *delito leve de vejaciones leves entre familiares* se configura con *carácter público*, de modo que resulta perseguible de oficio; sin embargo, el *delito leve de injurias entre familiares* se configura como *delito semipúblico* y exige para persecución denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. La pena es la misma.

Ahora bien, paradójicamente, *las injurias graves en el ámbito familiar* se configuran como *delitos comunes de naturaleza privada*, frente al carácter semipúblico de las injurias leves en este ámbito, y no están exceptuadas de la necesidad de presentar querrela para su persecución (art. 215.1), ni tampoco de la previa acreditación de haber celebrado o intentado acto de conciliación entre querellante y querrellado (arts. 278 y 804 LECrim).

La aplicación del delito de injurias graves entre familiares no resulta muy frecuente (aunque sí el delito leve), pues, por lo general, las conductas gravemente injuriosas suelen ir acompañadas de agresiones físicas o verbales que las absorben o bien se subsumen, sin la exigencia de ningún requisito de procedibilidad, en los delitos de trato degradante o de coacciones.

No obstante, la SAP Madrid, Sec. 27.ª, 240/2014, de 15 de abril, castigó como delito de injurias graves sin publicidad y sin apreciar ninguna agravante (aunque fuese aplicable la de parentesco), la conducta del acusado que envió una foto de su esposa con el torso desnudo al presidente de la empresa donde trabajaba su mujer con la indicación de que la foto era anterior a sus operaciones de cirugía estética.

4. EJEMPLOS

1. Adrián fue a recoger a su hija al colegio un día en el que no le correspondían visitas según la sentencia de divorcio, coincidiendo con Amaya, su exmujer, quien, al tratar de explicarle que se había equivocado, comenzó a ser increpada por Adrián, en público y en presencia de varias personas, con expre-

■ DELITOS DE GÉNERO Y DE VIOLENCIA FAMILIAR. CUESTIONES SUSTANTIVAS...

siones del tipo «eres una enterada, listilla, hija de puta, golfa, que no me dejas ver a mi hija».

Los hechos pueden calificarse como constitutivos de un delito leve de injurias en el ámbito familiar del artículo 173.4, del que resulta responsable Adrián en concepto de autor.

2. Los cónyuges Marco y Maite comenzaron una discusión en su domicilio en la que se insultaron llamándose gilipollas, hijo de puta, guarra, tonto, idiota.

Los hechos pueden calificarse como constitutivos de un delito leve de injurias en el ámbito familiar del artículo 173.4, del que resultan responsables Marco y Maite en concepto de autores.

IX

DELITO DE DIFUSIÓN NO AUTORIZADA DE IMÁGENES O GRABACIONES ÍNTIMAS (*SEXTING*)

1. JUSTIFICACIÓN DE LA TIPIFICACIÓN

Enseñar una foto íntima de otra persona desnuda a un tercero, foto que se posee porque esa persona lo consiente, constituye una secuencia perfectamente identificable en relatos y viejas películas carcelarias o de la Primera Guerra Mundial. Ningún material penal se hallaba en esta exhibición intrascendente de la celda o que se quedaba en la trinchera, salvo cuando mediaba chantaje.

Pero la facilidad con que la tecnología-al-alcance-de-todos permite que cualquiera pueda tomar y grabar imágenes íntimas de sí mismo o de otro con su consentimiento, archivarlas y difundirlas a través de las redes sociales de comunicación social, extendidas masivamente en este siglo hasta el punto de que para muchos constituye la única vía de relación, ha determinado que una conducta que hace veinte años rayaba el anonimato pueda resultar de lo más popular en la aldea global.

La intimidad de quien voluntariamente comparte imágenes íntimas con otra persona para que ésta las tenga de recuerdo puede verse vulnerada a cualquier hora del día con conocimiento general de todo el globo si la cosa se tuerce con quien las compartió, que puede hacerte un *sexting* (anglicismo acrónimo de *sex* y *texting*) y difundir sin tu autorización, por ejemplo entre todos los contactos comunes, esas imágenes o grabaciones audiovisuales íntimas cedidas para consumo propio¹.

¹ LLORIA, «Delitos y redes sociales: los nuevos atentados a la intimidad, el honor y la integridad moral. Especial referencia al *sexting*», pp. 28-29.

Las posibilidades de vulneración de la intimidad se desorbitan y es precisamente ese salto cualitativo el que justifica la llamada al derecho penal para sancionar el *sexting*, porque aunque existiera un consentimiento inicial en la toma de las imágenes íntimas, no lo había en su difusión indiscriminada.

La reacción penal frente al fenómeno, hasta la reforma efectuada por la Ley Orgánica 1/2015, se producía a través de los delitos contra la integridad moral o contra la libertad (trato degradante, amenazas, coacciones). Carecía de tipificación específica entre los delitos de descubrimiento y revelación de secretos del artículo 197, de aplicación excluida porque el autor tenía en su poder las imágenes o grabaciones audiovisuales con el consentimiento de la persona afectada, de modo que ni las había interceptado ni se había apoderado de ellas.

En la mayoría de los casos, afectantes a toda clase de sujetos, independientemente de su edad o condición, algunos muy mediáticos, la causa quedaba sobreesaída y archivada por atipicidad de la conducta. La ausencia de tipicidad penal fundamentaba igualmente sentencias absolutorias; quedaba abierta la vía de las acciones contra intromisiones ilegítimas previstas en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección contra del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

La SAP Granada, Sec. 1.^a, 351/2014, de 5 de junio, revocó la sentencia de instancia y absolvió, por atipicidad, al menor que difundió mediante su móvil, una foto en la que se encontraba desnuda la menor que previamente se la había enviado por wasap. La misma Sección, en Sentencia 486/2014, de 18 de septiembre, confirmó la absolución del acusado que había difundido por correo electrónico los encuentros cibersexuales mantenidos con el denunciante, mediante Skype, en los que ambos aceptaban desnudarse y realizar actos de masturbación transmitidos en directo a través de la cámara web de sus portátiles.

En este contexto, la Ley Orgánica 1/2015, procedió a la tipificación de un delito específico, añadiendo un apartado séptimo al artículo 197, según el cual:

7. Será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquella que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona.

La pena se impondrá en su mitad superior cuando los hechos hubieran sido cometidos por el cónyuge o por persona que esté o haya estado unida a él por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, la víctima fuera menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, o los hechos se hubieran cometido con una finalidad lucrativa.

Desde la vigencia de esta norma, el 1 de julio de 2015, frente a la difusión no autorizada de imágenes o grabaciones audiovisuales íntimas, dejó de tener cabida la alegación de que la obtención consentida excluía la tipicidad. Quien se «despoja de su intimidad» ante una persona concreta, entregándole imágenes o grabaciones audiovisuales íntimas, no le da carta blanca para que expolie su esfera más íntima con la difusión de las imágenes. Si no se desea incurrir en este delito, la difusión tendrá que ser asimismo consentida por el titular del derecho a la intimidad.

2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El *bien jurídico* protegido por el delito lo constituye la intimidad, que es un concepto relativo que se define teniendo en cuenta los usos sociales y atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia (art. 2.1 LO 1/1982).

La intimidad se concibe como el derecho de todo individuo a mantener un espacio de privacidad protegido frente a la injerencia de los demás, excepto en los casos en que la intromisión esté legalmente autorizada o en que el titular del derecho hubiese otorgado al efecto su consentimiento expreso (art. 2.2 LO 1/1982).

La jurisprudencia es unánime en el mismo sentido y define este derecho fundamental del artículo 18.1 de la Constitución como el «ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario –según las pautas de nuestra cultura– para mantener una calidad mínima de vida humana» (STC 57/1994, de 28 de febrero; SSTS 666/2006, de 19 de junio, 358/2007, de 30 de abril, 70/2020, de 24 de febrero y 412/2020, de 20 de julio).

3. DIFUSIÓN QUE VULNERA GRAVEMENTE LA INTIMIDAD PERSONAL

La *conducta* típica consiste en difundir, revelar o ceder a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de una persona que han sido obtenidas con su consentimiento (anuencia). Se exige además que como *resultado* de la divulgación *se menoscabe gravemente la intimidad personal* de la persona afectada. La *autorización de la difusión* excluye la tipicidad de la acción.

«El núcleo de la acción típica consiste, no en obtener sino en difundir las imágenes –obtenidas con la aquiescencia de la víctima– y que afecten gravemente a su intimidad [...]. El vocablo difundir ha de entenderse como sinónimo de extender, propagar o divulgar a una pluralidad de personas, las

expresiones revelar o ceder son perfectamente compatibles con una entrega restringida a una única persona» (STS 70/2020, de 24 de febrero).

El *objeto* del delito lo constituyen las imágenes o grabaciones audiovisuales íntimas de una persona. Aquello que afecta a la intimidad está sometido a múltiples vaivenes interpretativos. Apenas si resulta discutible que unas imágenes de contenido sexual formen parte de la esfera íntima; de hecho, el *sexting* también se conoce como *revenge porn*, en atención a su contenido erótico y a la motivación frecuente del autor del delito.

Pero a la esfera íntima también pertenecen hechos relativos a la salud, costumbres, aficiones, ideología, religión o creencias de la persona reservados al conocimiento de los demás. Por ejemplo, la difusión no autorizada por sus protagonistas de la grabación por uno de ellos de un parto en casa o de una misa en un domicilio, podrían ser conductas constitutivas de este delito, siempre que con tal divulgación *se menoscabase gravemente la intimidad personal de esa persona*, condición esta última cuya valoración pasa por aceptar el relativismo del concepto de intimidad en el que hay que estar a los usos sociales y a los actos propios del sujeto afectado.

Difundir entre los contactos de WhatsApp la grabación de la fiesta de cumpleaños de un amigo en su casa no parece que colme las exigencias del delito, pero no porque no suponga poner un hecho íntimo en conocimiento de terceros, sino porque los usos sociales podrían impedir entender que con ello se menoscabase gravemente la intimidad personal del que festeja su aniversario. Pero, ¿y si se trataba de una fiesta de cumpleaños muy exclusiva a la que había que acudir desnudo o con una vestimenta políticamente incorrecta? Salvo que se generalizasen socialmente estos modos de celebración, la difusión de las imágenes de este evento tan exquisito sin el consentimiento de los asistentes resultaría indiciariamente constitutiva del delito que analizamos.

La jurisprudencia confirma esta línea interpretativa cuando sostiene que «el objeto material de este delito no se integra por imágenes o grabaciones de marcado carácter sexual. Se proyecta sobre toda manifestación de la intimidad que quiera resguardarse frente a aquellos terceros que no están incluidos en el espacio de legitimidad que otorga la anuencia de la víctima» (STS 70/2020, de 24 de febrero).

La circunstancia de que las imágenes o grabaciones hayan sido obtenidas «en un domicilio o en un lugar fuera del alcance de la mirada de terceros», podría tenerse por no puesta, pues según la STS 70/2020, de 24 de febrero, «esta frase no añade una exigencia locativa al momento de la obtención por el autor. Lo que busca el legislador es subrayar y reforzar el valor excluyente de la intimidad con una expresión que, en línea con la deficiente técnica que ins-

pira la redacción del precepto, puede oscurecer su cabal comprensión». Interpretar esta circunstancia como un auténtico requisito conduciría, según la citada sentencia, a restringir de forma injustificable el ámbito del tipo, tanto objetiva como subjetivamente (quedarían excluidas las imágenes tomadas en una habitación de hotel o en las que hay más de un protagonista).

Sujeto activo del delito puede ser cualquier *persona que realice la acción típica* de difundir, revelar o ceder a terceros las imágenes o grabaciones audiovisuales obtenidas con la anuencia de la persona afectada, y que *pertenezca al círculo de confianza* de ésta. La obtención no exige que el autor sea quien haya realizado las fotos o el vídeo íntimo, basta con que los obtenga (incluso del propio *sujeto pasivo* afectado) y luego los difunda sin su consentimiento.

Resulta indispensable «*excluir a terceros que son extraños al círculo de confianza* en el que se ha generado el material gráfico o audiovisual y que obtienen esas imágenes sin conexión personal con la víctima. La difusión encadenada de imágenes obtenidas a partir de la incontrolada propagación en redes telemáticas, llevada a cabo por terceros situados fuera de la relación de confianza que justifica la entrega, queda extramuros del derecho penal» (STS 70/2020, de 24 de febrero).

El delito contempla la responsabilidad de las *personas jurídicas* y son admisibles las distintas formas de participación (ej.: medio de comunicación que induce al autor a obtener las imágenes o grabaciones, las compra y las difunde) (arts. 28, 31 bis y ter y 197 quinquies).

4. REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD Y PENA

El delito de difusión in consentida de imágenes íntimas exige para su persecución *denuncia* de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal (art. 201.1).

No se exige denuncia previa cuando el delito lo cometa autoridad o funcionario público fuera de los casos permitidos por la ley, sin mediar causa legal por delito y prevaliéndose de su cargo (art. 198 CP), ni tampoco cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales, a una pluralidad de personas o si la víctima es una persona menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección (art. 201.2, redactado por la LOPIAV).

La acción penal se extingue por el *perdón del ofendido* o de su representante legal. En el caso de que la víctima sea menor de edad o persona con dis-

capacidad necesitada de especial protección, el perdón no extingue la responsabilidad criminal, dado que la intimidad es un bien jurídico eminentemente personal (arts. 130.1.5.^a y 201.3, redactados por la LOPIAV).

El delito está castigado con la *pena alternativa* de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses, que *se agrava*, imponiéndose en su mitad superior, cuando los hechos se cometen por el cónyuge o por persona que esté o haya estado unida a él por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia. La misma agravación tiene lugar cuando la víctima es menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección y cuando los hechos se han cometido con fines lucrativos.

5. EJEMPLOS

1. Begoña y Pedro, cuando eran pareja, de común acuerdo se grabaron en su domicilio manteniendo relaciones sexuales. Cuando cesó la relación, Pedro, sin autorización por parte de Begoña, colgó el vídeo de la grabación en su muro de Facebook y lo envió a todos sus contactos, siendo Begoña reconocible en la grabación.

Los hechos pueden calificarse como constitutivos de un delito de difusión no consentida de imágenes íntimas del artículo 197.7, en su modalidad agravada, del que resulta responsable Pedro en concepto de autor.

2. Ángel envió a su pareja ocasional David un vídeo en el que Ángel posaba desnudo y se masturbaba. Al cesar los encuentros, David difundió el vídeo entre todos los contactos y amigos comunes, siendo Ángel reconocible en la grabación.

Los hechos pueden calificarse como constitutivos de un delito de difusión no consentida de imágenes íntimas del artículo 197.7, del que resulta responsable David en concepto de autor.

3. Virginia recibió en su correo electrónico un mensaje reenviado desde un correo desconocido con un vídeo en el que se podía ver a dos jóvenes, a quienes no conocía, manteniendo relaciones sexuales. Virginia subió el vídeo a su cuenta pública de Instagram. Uno de los jóvenes, que no había autorizado la difusión del vídeo que había grabado con su pareja, al ver la publicación de Virginia, la denunció.

Virginia no incurre en el delito de difusión no consentida de imágenes íntimas al ser extraña al círculo de confianza (STS 70/2020, de 24 de febrero).

X

DELITO DE QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA POR INCUMPLIMIENTO DE PROHIBICIONES E INUTILIZACIÓN DE DISPOSITIVOS TÉCNICOS DE CONTROL

1. TIPIFICACIÓN

El delito de quebrantamiento de condena se tipifica en el artículo 468 del Código Penal, dividido en tres párrafos:

1. Los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año si estuvieran privados de libertad, y con la pena de multa de doce a veinticuatro meses en los demás casos.

2. Se impondrá en todo caso la pena de prisión de seis meses a un año a los que quebrantaren una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuesta en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, así como a aquellos que quebrantaren la medida de libertad vigilada.

3. Los que inutilicen o perturben el funcionamiento normal de los dispositivos técnicos que hubieran sido dispuestos para controlar el cumplimiento de penas, medidas de seguridad o medidas cautelares, no los lleven consigo u omitan las medidas exigibles para mantener su correcto estado de funcionamiento, serán castigados con una pena de multa de seis a doce meses.

El precepto originario contemplaba un párrafo único, que ha pasado al apartado primero sin variar su redacción, en el que se sanciona a quienes quebranten su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia, distinguiendo un *tipo básico* si el autor no se halla privado de libertad, castigado con pena de multa de doce a veinticuatro meses, y un *tipo*

agravado si el autor está privado de ella, castigado con pena de prisión de seis meses a un año.

La Ley Orgánica 15/2003 introdujo el segundo apartado, cuya redacción vigente se debe a las Leyes Orgánicas 1/2004 y 5/2010, que contempla varios *supuestos de agravación* del delito de quebrantamiento de condena, sancionados con pena de prisión de seis meses a un año, cuando se infrinja: a) una pena del artículo 48 (prohibición de residencia, aproximación o comunicación); b) una medida cautelar o de seguridad impuesta en el ámbito subjetivo de la violencia familiar definido en el artículo 173.2.c) o se quebrante la medida de libertad vigilada.

La Ley Orgánica 1/2015 introdujo una nueva modalidad de este delito, en el apartado tercero, para sancionar expresamente, con pena de multa de seis a doce meses, las *conductas tendentes a hacer ineficaces los dispositivos técnicos de control* de las penas, medidas de seguridad o cautelares impuestas.

2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO E IRRELEVANCIA DEL CONSENTIMIENTO

El *bien jurídico* protegido por este delito contra la Administración de Justicia viene definido por la necesidad de *garantizar la eficacia de la fase ejecutiva del sistema público de solución de conflictos*, producto del monopolio estatal de la jurisdicción superador la justicia privada¹.

La jurisprudencia reitera que el delito de quebrantamiento protege la efectividad de las decisiones de la autoridad judicial en materia de ejecución de penas, medidas de seguridad y medidas cautelares acordadas durante el proceso (art. 118 CE), que deben ser acatadas para la vigencia del Estado de derecho, sin perjuicio de que puedan ser impugnadas por las vías legales establecidas (STS 140/2020, de 12 de mayo).

Asimismo, se afirma que, en atención a las penas (principales o accesorias) o medidas (de seguridad o cautelares) impuestas en los delitos contra la vida, la integridad física, psíquica, torturas y contra la integridad moral, contra la libertad, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, cometidos contra los sujetos del artículo 173.2 (art. 57.1 y 2 CP), el delito de quebrantamiento sanciona no solo conductas que afectan a la Administración de Justicia, «sino que también lo hacen a la seguridad y tranqui-

¹ MESTRE, «Tema 23. Delitos contra la Administración de Justicia», pp. 934 y 975-980.

lidad de las víctimas, para cuya protección se imponen las medidas o las penas previstas en el artículo 48» (STS 650/2019, de 20 de diciembre).

Pero de esta afirmación no se sigue que el cumplimiento de los mandatos judiciales pueda quedar a merced de la voluntad de quien el tribunal consideró que se debía proteger mediante penas o medidas de prohibición de residencia, aproximación o comunicación, considerándose mayoritariamente que *el consentimiento de la persona protegida resulta irrelevante como causa excluyente de la tipicidad* (Acuerdo Pleno TS, de 25 noviembre 2008; SSTS 39/2009, de 29 de enero, 268/2010, de 26 de febrero, 650/2019, de 20 de diciembre, 667/2019, de 14 de enero de 2020 y 140/2020, de 12 de mayo)².

El consentimiento de la persona protegida *ni siquiera* posee la *eficacia atenuante*, apreciada por alguna jurisprudencia menor mediante la aplicación de la circunstancia analógica del artículo 21.7.^a, que le atribuía una significación similar a la de aquellas atenuantes del artículo 21 «que contemplan hechos o impulsos exteriores que inciden en la conducta del sujeto limitando su responsabilidad» (SAP Madrid, Sec. 17.^a, 65/2012, de 13 de enero).

La STS 667/2019, de 14 de enero de 2020, deroga esta interpretación, excluye la atenuante analógica y sostiene que «el Código Penal no prevé el consentimiento de la víctima entre las causas de justificación generales, por lo que ningún parangón analógico puede establecerse con las demás circunstancias incluidas en los artículos 20 y 21».

3. QUEBRANTAMIENTO DE PROHIBICIONES. REQUISITOS

El delito de quebrantamiento de condena del artículo 468.2, en el supuesto agravado por incumplimiento de penas, medidas de seguridad o medidas cautelares de prohibición de residencia, de aproximación y/o de comunicación impuestas en el ámbito subjetivo de la violencia familiar, exige la concurrencia de los requisitos objetivos y subjetivos siguientes:

A) *Requisito objetivo*: existencia de una pena, medida de seguridad o medida cautelar de prohibición de residencia, de aproximación y/o de comunicación impuesta al autor en una decisión jurisdiccional legítima y ejecutiva (sentencia condenatoria o auto de medidas cautelares).

La prohibición ha de ser *puesta en conocimiento del obligado*, lo que suele efectuarse mediante la notificación y requerimiento fehaciente de la re-

² La STS 1156/2005, de 26 de septiembre, otorgó al consentimiento de la persona protegida efectos excluyentes de la tipicidad, pero se quedó en una excepción jurisprudencial.

solución judicial que la acuerda, pero sin que resulte preciso (porque ni el tipo objetivo lo exige y resultaría contrario a la finalidad tuitiva de la norma), aunque sí aconsejable, advertirle expresamente de que si vulnerase tal prohibición podría incurrir en un delito de quebrantamiento de condena (SSTS 778/2010, de 1 de diciembre, 675/2013, de 21 de junio y 567/2020, de 30 de octubre).

La *acción típica* consiste en realizar *cualquier conducta que implique vulnerar la prohibición impuesta*. Por ejemplo, estar en el portal del domicilio del sujeto pasivo, cuando se le ha prohibido cautelarmente aproximarse a menos de 500 metros (que se miden en línea recta, según la STS 691/2018, de 21 de diciembre); o enviar wasaps cuando tiene prohibida la comunicación por cualquier medio, incluso a través de terceras personas.

La conducta ejecutada *ha de poner de manifiesto la desobediencia a la obligación establecida judicialmente*. Por ello, se quebranta la prohibición de comunicación cuando se envían mensajes a la persona protegida, aunque no los conteste, o cuando se le efectúan llamadas perdidas. No resulta preciso establecer una comunicación bidireccional, porque el autor infringe objetivamente la prohibición con su comportamiento y además frustra el fin de la prohibición que no es otro que el de evitar que la tranquilidad de la persona protegida resulte perturbada con tales mensajes y llamadas (STS 650/2019, de 20 de diciembre).

El delito de quebrantamiento *admite la continuidad delictiva* (STS 279/2009, de 12 de marzo), y *no tiene un sujeto pasivo concreto*, porque el interés jurídico objeto de protección preponderante reside en la necesidad de mantener la vigencia del sistema judicial, de ahí que cuando el sujeto activo *vulnera con su conducta la prohibición* de aproximación o de comunicación impuesta *respecto de varias personas*, no concurren tantos delitos como personas, sino que se aprecie *un solo delito continuado* (STS 140/2020, de 12 de mayo).

El requisito objetivo *no concurre*: a) cuando el hecho *no revela tal desobediencia* (ej.: encuentro fortuito); b) *cuando la prohibición se ha cumplido sin haberse declarado formalmente su extinción*, constando todavía activa en los registros (STS 146/2014, de 14 de febrero); y c) cuando *la vigencia de la prohibición responde a una situación de inercia procesal incongruente con el resultado del procedimiento*. Por ejemplo: se reanuda la convivencia tras dictarse auto de sobreseimiento o sentencia absolutoria, pendientes de firmeza, y no se alza la prohibición impuesta, sin que exista tampoco un pronunciamiento expreso y con una motivación reforzada sobre la necesidad de mantener una medida cautelar que debe alzarse, por congruencia, al haber desaparecido el presupuesto fáctico que dio lugar a su adopción (STC 16/2012, de 13 de febrero).

El mantenimiento de prohibiciones cautelares, tras un pronunciamiento favorable al presunto autor de los hechos que dieron lugar a la imposición de la prohi-

bición, puede resultar admisible, sin caer en la incongruencia, cuando existen dudas de derecho que, resueltas en un sentido distinto, podrían haber determinado una sentencia condenatoria o la continuación del procedimiento. Así, por ejemplo, estaría justificado mantener la prohibición, razonándolo debidamente, pese a dictar una sentencia absolutoria o un auto de sobreseimiento, cuando se duda sobre la validez de una prueba, o sobre el deber de declarar de un testigo o sobre la eficacia interruptiva de una determinada resolución a efectos de prescripción.

B) *Requisito subjetivo*: el delito de quebrantamiento de condena es un delito *doloso*, que no admite forma imprudente de comisión. Exige que *el sujeto activo sepa que existe un mandato judicial que debe observar y que lo está incumpliendo con su forma de actuar*.

Este conocimiento debe acreditarse por las acusaciones y su prueba suele obrar en las actuaciones como documental consistente en la notificación fehaciente del mandato judicial al obligado. Adquirido dicho conocimiento, la consumación del delito se produce cuando se realiza la actividad prohibida por la resolución, sin necesidad de que el autor haya sido previamente advertido de las consecuencias del incumplimiento. Puesto que «el dolo solo presupone el conocimiento del mandato judicial que le incumbe y que el autor sepa que con su conducta lo incumple» (STS 778/2010, de 1 de diciembre; se repite en SSTs 675/2013, de 21 de junio y 567/2020, de 30 de octubre).

4. INUTILIZACIÓN DE DISPOSITIVOS TÉCNICOS DE CONTROL. REQUISITOS

El artículo 468.3 tipifica, como modalidad de quebrantamiento, la *frustración dolosa de la eficacia de dispositivos técnicos de control* de cumplimiento de penas, medidas de seguridad o de medidas cautelares de prohibición de residencia, aproximación o de comunicación (art. 48.4 CP).

La *conducta típica* está integrada por distintos *comportamientos activos u omisivos* del sujeto activo al que se impone la prohibición, que recaen sobre el objeto material y que dan como *resultado* que el dispositivo resulte inutilizado, abandonado («no los lleven consigo») o que no funcione o lo haga de modo irregular, impidiendo que cumpla con su finalidad de control. Como señala Mestre Delgado, el legislador adelanta la barrera penal para incriminar de modo autónomo unos actos que considera preparatorios de un posterior quebrantamiento. «Consecuentemente, si el autor del hecho no hubiera actuado con esa finalidad específica, la conducta debería quedar extramuros del tipo»³.

³ MESTRE, *op. cit.*, p. 976.

Se trata de una acción *dolosa*, exigiendo el dolo comprobar el conocimiento y la voluntad de burlar o hacer ineficaz el sistema de control de cumplimiento de la prohibición impuesta (SAP Alicante, Sec. 1.ª, 102/2018, de 16 de febrero y SAP Asturias, Sec. 3.ª, 163/2018, de 16 de abril).

Los daños causados en el dispositivo no constituyen un delito autónomo, sino una obligación de reparar o indemnizar exigible como responsabilidad civil derivada de este delito.

5. AGRAVACIÓN DE LA MEDIDA QUEBRANTADA

La vulneración de la *prohibición cautelar* impuesta al inculpado conlleva que la autoridad judicial que la hubiese acordado lo convoque a una comparecencia, junto al fiscal y las partes, para decidir sobre su situación personal y adoptar, si procede y atendidas las circunstancias, una medida cautelar que implique una mayor limitación de su libertad personal (prisión provisional, control de la medida mediante dispositivos electrónicos, ampliación de la zona de exclusión), sin perjuicio del delito en que hubiera podido incurrir por el incumplimiento (arts. 505, 544 bis y 544 ter LECrim).

Si la prohibición infringida viene impuesta como *medida de seguridad*, la autoridad judicial podrá acordar su sustitución por una medida de internamiento en casos de semi o inimputabilidad (arts. 101 a 104 CP), siempre que la vulneración de la prohibición demostrase su necesidad, sin perjuicio de deducir testimonio por el quebrantamiento (arts. 100.2 y 3 CP).

6. EJEMPLOS

1. Bernardo, que cumplía una pena de prohibición de aproximación a menos de 500 metros de la persona, domicilio, lugar de trabajo o de cualquier otro lugar que frecuentase su mujer Pamela, acudió al portal del domicilio de ésta, tocó al telefonillo y le dijo que bajase.

Los hechos pueden calificarse como constitutivos de un delito de quebrantamiento de condena del artículo 468.2, del que resulta responsable Bernardo en concepto de autor.

2. Bernardo, que cumplía una pena de prohibición de aproximación a menos de 500 metros de la persona, domicilio, lugar de trabajo o de cualquier otro lugar que frecuentase su mujer Pamela, acudió invitado por ésta a su do-

micilio donde mantuvieron relaciones íntimas y después se marchó. Al salir por el portal, fue identificado y detenido por la policía.

Los hechos pueden calificarse como constitutivos de un delito de quebrantamiento de condena del artículo 468.2, del que resulta responsable Bernardo en concepto de autor.

3. Agustín, que cumplía una pena de prohibición de comunicación respecto de su expareja Ascensión, la llamó reiteradamente por teléfono el viernes por la tarde, sin que Ascensión respondiese a ninguna de las llamadas.

Los hechos pueden calificarse como constitutivos de un delito de quebrantamiento de condena del artículo 468.2, del que resulta responsable Agustín en concepto de autor.

4. El fin de semana pasado, Marcos se quitó el dispositivo que se le había colocado en el tobillo para vigilar el cumplimiento de la medida cautelar de prohibición de aproximación y comunicación que le había sido impuesta respecto de su expareja Concepción, impidiendo así voluntariamente el seguimiento y control telemático de la medida.

Los hechos pueden calificarse como constitutivos de un delito quebrantamiento de condena en la modalidad de inutilización de dispositivos técnicos de control del artículo 468.3, del que resulta responsable Marcos en concepto de autor.

5. Durante la instrucción de una causa por delito de maltrato puntual, se impuso a Julián y se le notificó debidamente una medida cautelar de prohibición de aproximación y comunicación respecto de su pareja Rosa, con apercibimiento de incurrir en delito de quebrantamiento en caso de incumplimiento. Celebrado el juicio, Julián fue absuelto. La sentencia no dejó sin efecto la medida cautelar ni se pronunció en ningún sentido acerca de su vigencia, estando pendiente de resolución un recurso de apelación. Inmediatamente después de dictarse la sentencia en la instancia, Julián y Rosa reanudaron la convivencia, siendo detenido Julián por la policía al no constar que la medida se hubiese dejado sin efecto.

Julián no incurre en delito de quebrantamiento de medida cautelar, pues la sentencia de instancia debió, en congruencia con su fallo, alzar la medida o motivar expresamente las razones para su mantenimiento, a pesar de la absolución (art. 69 LOPIVG; STC 16/2012, de 13 de febrero).

PARTE II

CUESTIONES COMUNES

I

AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

1. AUTOR EJECUTIVO Y PARTÍCIPES

Los delitos de género y de violencia en el ámbito familiar son delitos especiales que exigen para su aplicación que el sujeto activo reúna una determinada condición, derivada de una relación de afectividad, parentesco o convivencia con el sujeto pasivo, en los términos establecidos en el artículo 173.2 del Código Penal, precepto clave que delimita subjetivamente el ámbito de aplicación de este subsistema penal.

Cuando un delito se configura como delito especial, *autor ejecutivo* únicamente puede serlo quien reúna los requisitos exigidos por el tipo, en nuestro caso estar vinculado con el sujeto pasivo por una relación de afectividad, parentesco o convivencia (el marido, la hija, la cuidadora de la residencia de mayores). Lo que no significa que no resulten castigados quienes *participan* en el hecho delictivo sin reunir las cualidades del autor por ser ajenos a esa vinculación (ej.: amigo del marido que sujeta a la esposa mientras el marido la agrede). En estos casos, como reitera doctrina y jurisprudencia, el partícipe extraño a la relación (*extraneus*) responderá del delito especial, en virtud de la unidad del título de imputación, como inductor, cooperador necesario o cómplice, conforme a lo dispuesto en los artículos 28 y 29 del Código¹.

Pero como el partícipe no infringe ningún deber específico derivado de la relación familiar, conyugal o de convivencia, aquel no merece el mismo reproche penal que el autor del delito especial sobre el que sí que pesan tales debe-

¹ GIMBERNAT, *passim*, desde su monografía *Autor y cómplice en Derecho penal* (1966), pp. 229 ss.

res, de ahí que, como establece el artículo 65.3, los jueces o tribunales puedan imponer a los *inductores y cooperadores necesarios* la pena inferior en grado a la señalada por la ley para el delito de que se trate, lo que también se extiende por la jurisprudencia a los *cómplices*.

La configuración de esta *atenuación* como facultativa no impide que la *regla general sea la de que se aplique a los partícipes*, de modo que «solo deberá ser excluida por el tribunal, explicando de forma motivada, la concurrencia de razones añadidas que desplieguen mayor intensidad frente a la aconsejada rebaja de la pena derivada de la condición de tercero del partícipe» (SSTS 765/2013, de 22 de octubre, 841/2013, de 18 de noviembre, 494/2014, de 18 de junio, 507/2020, de 14 de octubre, 589/2020, de 10 de noviembre).

La *autoría por omisión* de una conducta debida que hubiese evitado el resultado se aprecia con frecuencia, como vimos en el ámbito de la violencia familiar respecto a los descendientes, dada la posición de garante en que suele hallarse el progenitor que no es el agresor directo (art. 11 CP; STS 870/2014, de 18 de diciembre, con resumen de doctrina; STS 180/2020, de 19 de mayo, que confirma la condena a la madre por maltrato habitual y asesinato de su hijo de cuatro años por parte de su pareja).

Finalmente, debe recordarse que *la autoría puede atribuirse a una persona jurídica* si concurren los requisitos legales para apreciar su responsabilidad en el delito de difusión no autorizada de imágenes o grabaciones íntimas obtenidas con el consentimiento de la víctima (arts. 31 bis, 31 ter y 197 quinquies).

2. SUJETOS DE LOS DELITOS DE GÉNERO

A) Varón-mujer

De acuerdo con la regulación legal, *el sujeto activo de los delitos de género es necesariamente un varón* que esté o haya estado ligado a una *mujer* (*sujeto pasivo*) *por matrimonio o relación de afectividad análoga a éste sin que sea precisa la convivencia de ambos*.

Como señala la Sala Segunda del Tribunal Supremo, «el tipo penal aplicado establece con meridiana claridad que el sujeto pasivo [...] es la persona que sea o haya sido la esposa o mujer que esté o haya estado ligada al autor por una relación análoga de afectividad. No prevé la norma que la víctima pueda ser un individuo del sexo masculino» (STS 1068/2009, de 4 de noviembre). Por consiguiente, cuando los hechos suceden dentro de una relación conyugal

o de pareja entre personas del mismo sexo, resultan de aplicación los delitos de violencia familiar.

B) Discordancia de género

La aplicación de los tipos penales se ve afectada lógicamente cuando se presenta un caso de «discordancia de género», cuando la persona no se identifica con su sexo de nacimiento. El derecho penal atiende en estos supuestos a la realidad de la condición de la persona con independencia de si el Registro Civil recoge el cambio de sexo, al igual que sucede, por ejemplo, cuando se analiza la capacidad, que se está a las limitaciones concretas de la persona afectada aunque no se hayan reconocido mediante una resolución judicial o administrativa (art. 25), aspectos que facilitan la prueba, pero que no son determinantes a la hora de aplicar un determinado precepto del Código.

Por tal motivo, en casos de «incongruencia de género», la Circular FGE 6/2011, llega a la conclusión de que «aun cuando la mujer transexual no haya acudido al Registro Civil para rectificar el asiento relativo a su sexo, si se acredita su condición de mujer a través de los informes médico-forenses e informes psicológicos por su identificación permanente con el sexo femenino, estas mujeres transexuales, nacionales y extranjeras, pueden ser consideradas como víctimas de violencia de género».

Los términos *discordancia o incongruencia de género*, según la traducción del inglés, son el resultado de la eliminación de la transexualidad y la disforia de género del catálogo de enfermedades ubicadas entre los «trastornos de la identidad de género», dentro de los «trastornos de la personalidad y del comportamiento en adultos», en la revisión decimoprimer de la Clasificación Internacional de Enfermedades de la Organización Mundial de la Salud (CIE-11), adoptada por la Asamblea en 2019, en vigor el 1 de enero de 2022. Según la nueva revisión, la llamada «discordancia de género» (*gender incongruence*) no es ninguna enfermedad, sino una «condición relacionada con la salud sexual», caracterizada por «una marcada y persistente discordancia entre el género experimentado de la persona y el sexo asignado»².

La *transexualidad* se reconoció en nuestro país, en el preámbulo de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, «como un cambio de la identidad de género [...] una realidad social que requiere una respuesta del legislador, para

² La CIE-11 está disponible en: <https://icd.who.int/browse11/l-m/es/#/>

que la inicial asignación registral del sexo y del nombre propio puedan ser modificadas, con la finalidad de garantizar el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de las personas cuya identidad de género no se corresponde con el sexo con el que inicialmente fueron inscritas».

La respuesta jurídica ofrecida, tras pasar por el Tribunal Constitucional, para propiciar el *cambio de sexo en el registro* a quien lo solicite (mayor de edad y con capacidad suficiente o menor de edad con «suficiente madurez» y en una «situación estable de transexualidad»), exige un diagnóstico médico o psicólogo clínico de «disforia de género», y acreditar un tratamiento médico durante al menos dos años dirigido a reunir las características físicas del sexo reclamado, sin que dicho tratamiento deba incluir cirugía de reasignación sexual para la rectificación registral (arts. 1 y 4 LO 3/2007; STC 99/2019, de 18 de julio).

Si se trata simplemente del *cambio registral del nombre para la asignación de uno correspondiente al sexo diferente*, la Instrucción de la DGRN, de 23 de octubre de 2018, solo exige al solicitante (mayor de edad, menor emancipado o representante legal del menor, quien firmará la solicitud si tiene más de doce años o, si tiene una edad inferior, será oído por el encargado del Registro Civil) que ante el encargado o en documento público, «declare que se siente del sexo correspondiente al nombre solicitado, y que no le es posible obtener el cambio de la inscripción de su sexo en el Registro Civil, por no cumplir los requisitos del artículo 4 de la Ley 3/2007».

La regulación civil continuará experimentando cambios en función de la evolución sociopolítica, porque, en esta materia, puede normalizarse lo que antes se consideró una enfermedad y a la inversa. Desde el punto de vista del ordenamiento jurídico democrático, cualquier modificación legal deberá tener presente hacer compatibles el libre desarrollo de la personalidad y la seguridad jurídica que la convivencia exige.

C) Análoga relación de afectividad

Establecer *cuándo una relación afectiva es análoga a la matrimonial* es una cuestión de hecho que debe resolverse caso por caso; pero comúnmente se aprecia la analogía cuando existe una cierta estabilidad en la pareja, más allá de la simple amistad o de encuentros íntimos puntuales o esporádicos.

En este sentido, la STS 510/2009, de 12 de mayo, señala que lo decisivo es que:

Exista un cierto grado de compromiso o estabilidad, aun cuando no haya fidelidad ni se compartan expectativas de futuro. Quedarían, eso sí, excluidas

relaciones puramente esporádicas y de simple amistad, en las que el componente afectivo todavía no ha tenido ni siquiera la oportunidad de desarrollarse y llegar a condicionar lo móviles del agresor. En definitiva, la protección penal reforzada que dispensan aquellos preceptos no puede excluir a parejas que, pese a su formato no convencional, viven una relación caracterizada por su intensidad emocional, sobre todo, cuando esa intensidad, aun entendida de forma patológica, está en el origen de las agresiones.

Esta es la corriente jurisprudencial dominante, siendo la excepción la STS 1348/2011, de 14 de diciembre, mucho más exigente: «la relación análoga al matrimonio [...] se configura principalmente a través de la estabilidad en el tiempo de una sólida relación afectiva y sentimental entre dos personas sobre la que ambas constituyen un proyecto serio de vida en común, de compartir juntos en lo espiritual y en lo material el futuro de la aventura de la vida que se presentan como un destino unitario».

La calificación de la relación como noviazgo y las relaciones sentimentales basadas en una afectividad de carácter amoroso y sexual permite normalmente considerar cumplido el requisito de análoga relación a la matrimonial, sin necesidad de proyecto de vida en común al no exigirse la convivencia como requisito del delito de género (SSTS 774/2012, de 1 de enero y 677/2018, de 20 de diciembre).

Si el requisito de análoga relación a la conyugal resulta controvertido, los hechos en que se basa la analogía (afecto, frecuencia en el trato, convivencia o no, estabilidad, mantenimiento o no de relaciones sexuales, proyectos en común) deberán concretarse para poder juzgarla y aplicar correctamente el delito (SSTS 807/2015, de 23 de noviembre y 117/2019, de 6 de marzo).

3. SUJETOS DE LOS DELITOS DE VIOLENCIA FAMILIAR

Excluidos los sujetos de los delitos de género referidos con anterioridad, el ámbito subjetivo de los delitos de violencia familiar está integrado por los siguientes:

1) *Persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.*

Debe huirse del automatismo en la categorización de una persona como especialmente vulnerable: hay que estar al caso concreto; la condición que determina la vulnerabilidad (edad, enfermedad, estado físico o psíquico, desarraigo) tiene que situar a dicha persona en una posición de inferioridad o debilidad frente al agresor con el que convive (SAP Madrid, Sec. 6.ª, 138/2008, de 27 de marzo y SAP Barcelona, Sec. 21.ª, 111/2018, de 15 de marzo).

■ DELITOS DE GÉNERO Y DE VIOLENCIA FAMILIAR. CUESTIONES SUSTANTIVAS...

2) *Mujer (o varón, siempre que la víctima también lo sea) que esté o haya estado casada o ligada al sujeto pasivo (hombre o mujer) por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia.*

3) *Descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente (sujetos activos y pasivos).*

La aplicación de los delitos de maltrato puntual (art. 153.2) y de amenazas leves (art. 171.5) cometidos entre descendientes, ascendientes o hermanos, exige que estos convivan. Así se sostiene por la jurisprudencia, desde la STS 201/2007, de 16 de marzo, siguiendo la literalidad del precepto. La ausencia de convivencia degrada la conducta a simples delitos leves de lesiones, maltrato de obra o de amenazas (arts. 147.2 y 3 y 171.7; STS 288/2012, de 19 de abril; Consulta FGE 1/2008).

4) *Menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que convivan con el autor o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente.*

El requisito de convivencia no es exigible cuando «la víctima sea menor aún sin convivencia, cuando se halle sujeta a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente. Y en idénticos términos cuando la víctima fuere persona con discapacidad necesitada de especial protección» (STS 47/2020, de 11 de febrero).

5) *Persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de convivencia familiar del sujeto activo.*

6) *Personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados.*

II

POLÉMICA SOBRE EL ELEMENTO INTENCIONAL EN LOS DELITOS DE GÉNERO

Los delitos especiales de género examinados son delitos dolosos, que únicamente exigen conocer y querer realizar el tipo objetivo del injusto. Podría así zanjarse el análisis del aspecto subjetivo de estos delitos, haciendo este epígrafe innecesario, y más teniendo en cuenta que ya se han expuesto los requisitos objetivos y subjetivos de cada delito.

Pero el estudio no estaría completo sin reflejar el estado de la cuestión sobre la polémica doctrinal y jurisprudencial acerca de la necesidad de acreditar un elemento intencional en el varón consistente en obrar con ánimo de dominación machista de la pareja femenina para estimar si con su conducta comete un delito de género en lugar de un delito común. La exigencia de este elemento, que no se contempla en la descripción típica, se justifica en la necesidad de que la acción enjuiciada se revele como una «manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres», tal y como establece el artículo 1.1 de la Ley Orgánica 1/2004, sobre el que pivota la tutela penal y procesal frente a la violencia de género¹.

La jurisprudencia menor que empezó a aplicar los tipos penales de género se dividió en torno a tal exigencia. Si para algunas salas debía acreditarse por la acusación una situación de desigualdad o un propósito de degradar en el autor (SAP Barcelona, Sec. 20.^a, de 3 de marzo de 2010, SAP Girona, Sec. 4.^a, de 12 de abril de 2010, SSAP Burgos, Sec. 1.^a, de 14 de abril de 2010, 240/2012,

¹ JIMÉNEZ/PUCHOL, «El elemento intencional en los delitos de género», pp. 44-57. GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, «Existencia del ánimo de subyugación machista», pp. 56-74.

de 17 de mayo, SSAP Murcia, Sec. 3.^a, 140/2010, de 11 de junio, 60/2013, de 24 de enero), otras, por el contrario, prescindieron de tal requisito para aplicar el delito de género correspondiente (SAP Madrid, Sec. 26.^a, de 19 de mayo de 2010, SAP Madrid, Sec. 27.^a, de 13 de mayo de 2010, SAP Madrid, Sec. 3.^a, de 1 de junio de 2010, SAP Madrid, Sec. 26.^a, 109/2014, de 20 de febrero).

La Sala Segunda del Tribunal Supremo se inclinó mayoritariamente por exigir este elemento subjetivo adicional en un primer momento. La STS 654/2009, de 8 de junio, desestimó el recurso del Ministerio Fiscal, que pretendía sendas condenas de los acusados, respectivamente, por delitos de los artículos 153.1 (para el varón) y 153.2 (para la mujer), y confirmó la condena por simple falta de lesiones (hoy sería delito leve) de la SAP Barcelona, Sec. 20.^a, 582/2008, de 2 de junio. El argumento de la sentencia de la audiencia:

Se trata de una pelea entre los dos miembros de la pareja en igualdad de condiciones, con agresiones mutuas, adoptando ambos un posicionamiento activo en la pelea (no meramente defensivo, como lo demuestran la localización de las lesiones sufridas por cada uno de ellos) que nada tiene que ver con actos realizados por uno sólo de los componentes de la pareja en el marco de una situación de dominio discriminatoria para el otro, por lo que castigar conductas como las declaradas probadas por la vía del artículo 153 del CP con la pluspunción que este precepto contiene, resultaría contrario a la voluntad del legislador, puesto que las referidas conductas no lesionaron el complejo de intereses que dicho artículo trata de proteger.

La STS 1177/2009, de 24 de noviembre, sostuvo idéntica exigencia; de la STS 566/2009, de 28 de mayo, se infiere la necesidad de que conste acreditada una situación de prevalencia del varón sobre la mujer; y la STS 1376/2011, de 23 de diciembre, exigió, para apreciar el delito de amenazas leves de género, «un especial ánimo consistente en la constatación de que la conducta es reflejo de una visión sesgada de la relación de pareja viciada por un contexto de dominación masculina».

La STS 807/2010, de 30 de septiembre, por contra, sostuvo que el empleo de violencia y la relación de convivencia colman las exigencias del tipo, con independencia de la motivación que anime al autor.

El ATS de 31 de julio de 2013 (que acuerda el sobreseimiento provisional respecto de un acusado aforado), entendió que si bien el ánimo de dominio no era exigible por la redacción de los tipos de género, que lo presuponían, sí que podía admitirse la prueba en contrario, haciendo descansar en el acusado la obligación de acreditar un hecho negativo. No obstante, como solución intermedia a las dos posturas, el argumento permitiría excluir aquellos supuestos que, «de forma notoria, no constituyen violencia de género»

(ex artículo 87 ter.4 LOPJ) (ej.: suicidio asistido por enfermedad incurable que provoca un grave sufrimiento).

El Pleno de la Sala Segunda, en STS 677/2018, 20 de diciembre (con cuatro votos particulares disidentes que se adscriben a la necesidad de que la conducta se encuadre en un contexto de dominación), concluye que no es precisa la exigencia ni la prueba de ningún ánimo de dominación o de machismo del hombre hacia la mujer para aplicar el artículo 153.1, resultando suficiente con que en los hechos probados se constate el acto doloso de la agresión y la relación de pareja o expareja entre los sujetos activo y pasivo.

No obstante, el Tribunal Supremo exige que se acredite este elemento intencional para estimar compatibles, sin vulnerar el *non bis in idem*, la aplicación conjunta de las agravantes de parentesco y de discriminación por razón de género, con los razonamientos de su doctrina inicial presente en los votos particulares, como se comprobará al examinar estas agravantes².

² *Vid. infra*, el epígrafe sobre los requisitos de compatibilidad de las agravantes de parentesco y género.

III

FORMAS DE EJECUCIÓN

1. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN

Los delitos de género y de violencia familiar examinados de lesiones cualificadas por razón de la víctima, maltrato puntual o habitual, coacciones, acoso persecutorio, trato degradante o vejatorio, difusión no consentida de grabaciones o imágenes íntimas e inutilización de dispositivos técnicos de control son *delitos de resultado*, en cuya fase ejecutiva cabe distinguir la tentativa, acabada e inacabada, y la consumación.

Los delitos de amenazas e injurias y los de quebrantamiento de prohibiciones de residencia, aproximación o de comunicación son *delitos de mera actividad*, que se consuman con la expresión de la amenaza, el insulto o la vulneración de la prohibición. La fase ejecutiva comprende solo, al menos teóricamente, la tentativa inacabada (ej.: amenaza que no llega a su destinatario por razones independientes a la voluntad del autor; interceptación de quien se aproxima al radio de exclusión) y la consumación.

Los *actos preparatorios*, es decir, la conspiración, la proposición y la provocación para delinquir, no son punibles en los delitos mencionados, excepto en el delito de lesiones cualificadas del artículo 148, al estar prevista su sanción con la pena inferior en uno o dos grados en el artículo 151 (arts. 17.3 y 18.2 CP).

2. PROGRESIÓN DELICTIVA Y UNIDAD DE ACCIÓN

La casuística muestra que durante la ejecución de los delitos de género y de violencia familiar suelen cometerse distintos comportamientos típicos en el

mismo episodio de violencia o en un espacio temporal muy próximo (ej.: insultos y amenazas seguidos de agresión).

En estos casos, doctrina y jurisprudencia se debaten entre el concurso de normas y el concurso de delitos¹. Si se aplica un concurso de normas por entender que estamos ante un supuesto de progresión delictiva en el que existe *unidad natural de acción*, la conducta menos grave quedaría absorbida en la más grave, conforme a la regla tercera del artículo 8 del Código. Si se considera que se trata de un concurso de delitos, se debe castigar cada una de las infracciones por separado.

Para apreciar la unidad natural de acción, la Sala Segunda del Tribunal Supremo requiere una cierta continuidad y vinculación entre los distintos actos entre sí y que todos ellos respondan a un designio común. Existe unidad y no pluralidad de acciones, cuando dicha pluralidad sea percibida por un tercero no interviniente como una unidad al haberse realizado conforme a una única resolución delictiva. Se trata de una misma acción natural que determina que carezca de sentido descomponerla en varios actos delictivos, puesto que la lesión delictiva solo experimenta una progresión cuantitativa dentro del mismo injusto unitario y responde a la misma motivación (SSTS 580/2006, de 23 de mayo y 79/2009, de 10 de febrero; SAP Madrid, Sec. 27.^a, 23/2007, de 27 de octubre y 432/2008, de 23 de abril, entre otras muchas).

Ahora bien, no cabe apreciar unidad natural de acción cuando los ataques al honor, a la dignidad, la integridad moral y libertad de la víctima revelen tal entidad que adquieran una significación antijurídica propia merecedora de un reproche penal aparte junto a la apreciación del delito contra la integridad física (SSTS 49/2019, de 4 de febrero y 465/2020, de 21 de septiembre).

Lógicamente, si se rompe esa solución de continuidad, tampoco cabe apreciar unidad natural (SAP Madrid, Sec. 27.^a, 482/2014, de 24 de julio).

¹ MOLINA, «La proyección doctrinal de la unidad natural de acción sobre las infracciones penales cometidas en el ámbito de la violencia de género y doméstica».

IV

EXIMENTES

1. INTRODUCCIÓN

A) Consideraciones generales

Una exposición general de las eximentes, atenuantes y agravantes de los artículos 20 a 23 del Código Penal, sus efectos y reglas de aplicación (arts. 65 a 68, 101 y ss. y 118), constituye el objeto de otros trabajos¹. Pero con una simple remisión bibliográfica, eludiríamos poner de relieve su incidencia en este ámbito, de ahí que, a continuación, se compruebe su casuística principal de la que, con carácter general, pueden adelantarse las conclusiones siguientes.

En los delitos de género y de violencia familiar consistentes en *ataques contra la integridad física, psíquica o moral o la libertad e intimidad* de la víctima resulta difícil encontrar la exención de responsabilidad penal de la hija que pegó a su madre, de quien apaleó a sus hijos para que le obedecieran o del que difundió fotos de su pareja desnuda, por entender que obró conforme a derecho o sin poder actuar de otro modo; y aún más que se justifique o se disculpe la agresión al amparo de las eximentes de *legítima defensa, estado de necesidad, miedo insuperable, cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo* (art. 20.4.º, 5.º, 6.º y 7.º).

La virtualidad de las mencionadas *causas justificativas y de ausencia de culpabilidad* en la conducta del autor se produce básicamente en el *delito de quebrantamiento*, a través de la eximente de estado de necesidad. Puesto que

¹ Este tratamiento general puede hallarse en PUENTE SEGURA, *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes*, y en JIMÉNEZ SEGADO, *La exclusión de la responsabilidad criminal*.

lo habitual es que tales eximentes se aprecien en el lado de la víctima, al contraatacar cometiendo un delito en respuesta al de su agresor.

Las *eximentes y atenuantes relativas a la ausencia de imputabilidad*, ya por anomalía o alteración mental (permanente o transitoria), ya por embriaguez o drogadicción, ya por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o la infancia (arts. 20.1.º a 3.º y 21.1.ª, 2.ª y 7.ª), tienen mayores posibilidades de aplicación, siempre que se acrediten los requisitos de esa falta de capacidad de culpa fundamento de la exención o de la atenuación.

B) Carga de la prueba

La jurisprudencia viene afirmando *tradicionalmente* que la prueba de una eximente o de cualquier causa de exclusión o de extinción de la responsabilidad penal o de una atenuante corresponde a quien la invoca, y que sus requisitos han de quedar tan probados como el hecho mismo.

Si la acusación tiene la carga de probar los hechos delictivos que constituyen su pretensión de condena más allá de toda duda razonable, tanto en su vertiente objetiva como subjetiva; la defensa que pretenda una absolucón debe probar los hechos impeditivos, extintivos y excluyentes de su responsabilidad penal. Las dudas sobre la presencia de tales requisitos se resuelven en contra de su apreciación, pues la presunción de inocencia no se proyecta sobre eximentes, atenuantes u otras circunstancias extintivas o excluyentes de la responsabilidad penal (SSTS 563/1979, de 7 de mayo, 147/1980, de 11 de febrero, 1642/1999, de 18 de noviembre, 1814/2001, de 11 de octubre y 1068/2012, de 13 de noviembre).

Sin embargo, tal postura tradicional se ha visto cuestionada por distintas resoluciones de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, primero, en relación con la eximente de exención de responsabilidad penal de las personas jurídicas del artículo 31 bis.2 del Código, consistente en haber adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, programas o planes de cumplimiento de prevención delictiva (*compliance programs*), al desplazarse a la acusación la carga de probar su inexistencia (STS 154/2016, de 29 de febrero); y, en segundo lugar, con la adopción del principio general *in dubio pro eximente*.

El *in dubio pro eximente* tiene un ámbito de aplicación muy amplio, pues concierne a todas las eximentes, causas de exclusión, extinción y atenuantes previstas en el Código. Se justifica en que resulta una proyección del derecho a la presunción de inocencia sobre el proceso penal constitucional, de naturaleza indisponible, que impide operar con las mismas reglas de distribución de

la carga probatoria que las del proceso civil (art. 217 LEC) (SSTS 326/2018, de 3 de julio y 716/2018, de 16 de enero de 2019).

En el proceso penal le corresponde a la defensa probar el hecho excluyente o atenuante con un cierto grado de certeza objetiva, pero si existen dudas sobre su concurrencia, el tribunal no podrá rechazar la eximente o la atenuante invocada, sino que habrá de inclinarse por su apreciación (STS 722/2020, de 30 de diciembre, que considera superada la doctrina tradicional).

No obstante, esta nueva doctrina no resulta pacífica, pues en las SSTS 559/2020, de 29 de octubre y 114/2021, de 11 de febrero, se sigue leyendo que «para las eximentes o atenuantes no rige ni la presunción de inocencia ni el principio *in dubio pro reo*. La deficiencia de datos para valorar si hubo o no la eximente o atenuante pretendida no determina su apreciación. Los hechos constitutivos de una eximente o atenuante han de quedar tan acreditados como el hecho principal».

En cualquier caso, sigue admitiéndose la posibilidad de *apreciar de oficio* las eximentes, atenuantes y otras circunstancias extintivas o excluyentes, si resultan probados sus requisitos, aunque su alegación formal no haya sido muy diligente (SSTS 1814/2001, de 11 de octubre y 109/2019, de 5 de marzo).

2. LEGÍTIMA DEFENSA

A) Requisitos

La Sala Segunda del Tribunal Supremo sintetiza los elementos de la eximente del artículo 20.4.º, afirmando que:

La eximente de *legítima defensa* exige para su posible estimación la concurrencia de los siguientes *requisitos*: a) agresión ilegítima (consistente en la puesta en peligro de determinados bienes jurídicamente protegidos, entre los que se encuentra la vida e integridad física de las personas, consecuencia de una acción o conducta actual, inminente, real e injusta, en el sentido de fuera de razón o inesperada), que constituye el presupuesto esencial de toda legítima defensa –completa o incompleta– y que, en principio, no cabe apreciar en los supuestos de riña entre dos o más personas mutuamente aceptada; b) necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla; c) falta de provocación suficiente por parte del que se defiende; y, finalmente, d) ánimo de defensa en el sujeto, como elemento subjetivo que debe apreciarse en la conducta enjuiciada (SSTS 858/2001, de 14 de mayo y 962/2005, de 22 de julio; en sentido similar: SSTS 434/2020, de 9 de septiembre y 9/2021, de 14 de enero).

En el ámbito de los delitos de género y de violencia familiar, como dijimos, lo normal es que la legítima defensa se aprecie, completa o incompleta, en el delito cometido por la víctima para repeler la agresión ilegítima de su atacante. Así, la STS 1099/2010, de 21 de noviembre, revocó la condena por el delito de homicidio intentado, al considerar justificada la conducta defensiva de la mujer que, presa del pánico, asestó una puñalada en el pecho a la altura del corazón a su marido para librarse como pudo de la brutal paliza que le estaba infligiendo con peligro inminente de su vida.

B) Agresiones recíprocas

Los supuestos frecuentes de *agresiones recíprocas* están excluidos de la eximente de legítima defensa, ya sea completa, incompleta o con valor atenuante (SSTS 2123/2001, de 15 de noviembre, 149/2003, de 4 de febrero, 363/2004, 17 de marzo, 829/2011, de 21 de julio, 611/2012, de 10 de julio y 843/2012, de 31 de octubre).

Ahora bien, el hecho de que la riña mutuamente aceptada excluya la aplicación de la eximente en cualquiera de sus grados, no significa que no deba probarse la dinámica de la agresión con el fin de evitar que se condene a quien solamente se estaba defendiendo, bien desde el principio, o bien a consecuencia de que la acción de uno de los contendientes sobrepasó los términos de la pelea inicial por la virulencia del ataque o los medios empleados (SSTS 923/1998, de 8 de julio, 399/2003, de 13 de marzo, 341/2006, de 27 de marzo, 932/2007, de 21 de noviembre y 1354/2011, de 19 de diciembre).

3. ESTADO DE NECESIDAD

A) Requisitos

La jurisprudencia relativa a la eximente del artículo 20.5.º reitera que:

Cinco son los requisitos que deben concurrir para poder estimar el *estado de necesidad como eximente*: a) pendencia acuciante y grave de un mal propio o ajeno, que no es preciso que haya comenzado a producirse, bastando con que el sujeto de la acción pueda apreciar la existencia de una situación de peligro y riesgo intenso para un bien jurídicamente protegido y que requiera realizar una acción determinada para atajarlo, b) necesidad de lesionar un bien jurídico de otro o de infringir un deber con el fin de soslayar aquella situación de peligro, c)

que el mal o daño causado no sea mayor que el que se pretende evitar, debiéndose ponderar en cada caso concreto los intereses en conflicto para poder calibrar la mayor, menor o igual entidad de los dos males, juicio de valor que *a posteriori* corresponderá formular a los Tribunales de Justicia, d) que el sujeto que obre en ese estado de necesidad no haya provocado intencionadamente tal situación y, e) que ese mismo sujeto, en razón de su cargo u oficio, no esté obligado a admitir o asumir los efectos del mal pendiente o actual.

Los requisitos se aclaran con una serie de prevenciones, que van a hacer inviable el estado de necesidad:

1.^a La esencia de esta eximente radica en la inevitabilidad del mal, es decir, que el necesitado no tenga otro medio de salvaguardar el peligro que le amenaza, sino infringiendo un mal al bien jurídico ajeno. 2.^a El mal que amenaza ha de ser actual, inminente, grave, injusto, ilegítimo, como inevitable es, con la proporción precisa, el que se causa. 3.^a Subjetivamente la concurrencia de otros móviles distintos al reseñado enturbiaría la preponderancia de la situación eximente que se propugna. Y 4.^a En la esfera personal, profesional, familiar y social, es preciso que se hayan agotado todos los recursos o remedios existentes para solucionar el conflicto antes de proceder antijurídicamente» (SSTS de 14 de octubre de 1996, de 29 de mayo de 1997, de 20 de mayo de 1999, 71/2000, de 24 de enero, 1352/2000, de 24 de julio, 1146/2009, de 18 de noviembre, 129/2011, de 10 de marzo, 769/2013, de 18 de octubre y 664/2018, de 17 de diciembre).

B) Casuística

La amplitud de la configuración legal del estado de necesidad propicia que pueda aplicarse incluso en ciertos ataques del autor. Así, la SAP Albacete, Sec. 2.^a, 229/2009, de 6 de octubre, absolvió del delito de maltrato del artículo 153.4 al condenado que forcejeó con su pareja, por entender que su conducta se hallaba disculpada para impedir que ésta se marchase a comprar droga, sin que aquél tuviese muchas más opciones «para evitar la salida de la vivienda con los fines ilícitos, perjudiciales y autolesivos que pretendía la denunciante».

Pero, como hemos apuntado, la eximente de estado de necesidad suele desplegar sus efectos en nuestro ámbito de estudio en el *delito de quebrantamiento*. La SAP Madrid, Sec. 17.^a, 1303/2010, de 29 de noviembre, absolvió al acusado que infringió una pena de alejamiento cuando acudió en ayuda de su mujer para llevarla al hospital, al sufrir contracciones y dolores en su octavo mes de embarazo. Se sostuvo que la necesidad de atender a la madre de sus hijos, extranjera y sin otro socorro, prevalecía sobre el cumplimiento de la pena.

La eximente completa de estado de necesidad fue apreciada por la SAP Madrid, Sec. 7.^a, 10/2011, de 17 enero, en el delito de quebrantamiento de quien acudió al domicilio de su expareja, respecto de la que tenía vigente una prohibición de aproximación, avisado urgentemente por esta para cuidar del hijo común de seis años que se encontraba enfermo, pues ni ella ni ninguna otra persona podía hacerse cargo en aquel momento.

Se puede concluir que puede constituir motivo de estimación de la eximente en el delito de quebrantamiento acudir en auxilio inmediato de la expareja enferma o hacerse cargo de los hijos comunes cuando el custodio se ve impedido para ello de manera importante. Con esta argumentación, además de las sentencias citadas, la SAP Vizcaya, Sec. 6.^a, 615/2011, de 21 de julio, aplicó la eximente y excluyó el delito de quebrantamiento en el autor que acudió en auxilio de su excompañera, respecto de la que tenía prohibido acercarse, a petición de esta. La SAP Madrid, Sec. 1.^a, 194/2012, de 21 de mayo, consideró justificado que el acusado, sobre quien pesaba una pena de alejamiento, acudiera al domicilio para ayudar a su expareja que estaba enferma e impedida y con dos hijos menores de edad a su cargo. Y la SAP Alicante, Sec. 1.^a, 740/2012, de 16 de octubre, apreció estado de necesidad en el acusado que acompañó a su expareja al hospital para ser atendida de urgencias, reintegrándola luego a su domicilio, existiendo una orden de alejamiento entre ambos.

En cambio, la eximente no fue apreciada en el acusado que realizó la entrega de sus hijos en el domicilio de su expareja, vulnerando la orden de alejamiento, «pues bien pudo buscar a un familiar o allegado que realizara la entrega o, en el peor de los casos, de no poder contar con la ayuda de ninguno de ellos, recabar el auxilio de las fuerzas de seguridad del estado en busca de una solución, pero nunca presentarse en la vivienda por su cuenta» (STS 664/2018, de 17 de diciembre).

La jurisprudencia menor reseñada no debe conducirnos al error de pensar que esta eximente se aplica gratuitamente en el delito de quebrantamiento. En realidad, sus márgenes de apreciación son bastante estrechos, y más teniendo en cuenta la evolución jurisprudencial relativa al bien jurídico protegido por este delito cuya tutela hace irrelevante la voluntad de la persona a cuyo favor se ha dictado la prohibición.

El consentimiento que otorgue la persona protegida para que el obligado incumpla la pena o la medida prohibitiva impuesta ni exime ni atenúa la responsabilidad penal del infractor (STS 667/2019, de 14 de enero de 2020)².

² *Vid. supra*, en el delito de quebrantamiento, bien jurídico protegido e irrelevancia del consentimiento.

El estado de necesidad no exime de responsabilidad civil, que recae en las personas en cuyo favor se ha precavido el mal, en proporción al perjuicio que se les ha evitado, si es estimable, o en la que el tribunal establezca, si no lo es. Si el mal causado ha sido autorizado por la autoridad o sus agentes, la indemnización se regirá por las normas administrativas en materia de responsabilidad patrimonial (art. 118.1.3.ª CP).

La estimación de esta causa de exención exige, como regla, celebrar juicio oral y apreciarse en sentencia (art. 782.1.I LECrim).

4. MIEDO INSUPERABLE

A) Requisitos

El que obre impulsado por *miedo insuperable* está exento de responsabilidad criminal (art. 20.6.º CP).

La sencillez de la fórmula es solo aparente, pues para que tal cosa suceda se han de cumplir los requisitos siguientes:

a) La presencia de un mal que coloque al sujeto en una situación de temor invencible determinante de la anulación de la voluntad del sujeto; b) que dicho miedo esté inspirado en un hecho efectivo, real y acreditado; c) que el miedo sea insuperable, esto es, invencible, en el sentido de que no sea controlable o dominable por el común de las personas con pautas generales de los hombres, huyendo de las situaciones extremas relativas a los casos de sujetos valerosos o temerarios y de personas miedosas o pusilánimes; y d) que el miedo ha de ser el único móvil de la acción. En todo caso, también se ha dicho que quien alega tal circunstancia debe acreditar que ha sido víctima de una amenaza real, seria e inminente, y que su valoración ha de realizarse desde la perspectiva del hombre medio, del común de los hombres, que se utiliza así de baremo para comprobar la superabilidad del miedo. Y si bien para la apreciación de la eximente incompleta pueden faltar los requisitos de la insuperabilidad del miedo y el carácter inminente de la amenaza, lo que nunca podrá faltar es la existencia de un temor inspirado en un hecho efectivo, real y acreditado y que alcance un grado bastante para disminuir notablemente la capacidad electiva de la víctima (con idéntica literalidad: SSTs 641/2009, de 16 de junio, 116/2013, de 21 de febrero, 689/2013, de 26 de julio, 12/2014, de 24 de enero, 86/2015, de 25 de febrero; en idéntico sentido, STS 211/2018, de 3 de mayo).

La eximente de miedo insuperable, completa o incompleta, suele apreciarse en el delito que no tuvo más remedio que cometer la víctima a causa del temor fundado e insorteable que le provocaba su agresor, lo que sucede frecuentemente *en situaciones del maltrato habitual*.

B) Casuística

La STS 2067/2002, de 13 de febrero, estimó el miedo insuperable como eximente incompleta en el delito de detención ilegal al que fue condenada la mujer, víctima de insultos, amenazas y malos tratos, por haber encerrado a su marido en un cuarto en la azotea durante dos días sin comer, al haber engendrado el maltrato «un intenso miedo racional, inspirado en un hecho efectivo, real y acreditado, que alcanza un grado bastante para disminuir notablemente la capacidad electiva. Se justifica, por ello, en casos como el presente de actuaciones reactivas a dicha situación de violencia intrafamiliar, la valoración de esta circunstancia al menos como eximente incompleta y no como mera atenuante». La conducta no quedó totalmente disculpada porque, retenido el esposo, «a la acusada le era exigible otra conducta, ya que pudo acudir a las autoridades en lugar de prolongar indefinidamente el encierro, en condiciones especialmente penosas».

Pero la STS 1099/2010, de 21 de noviembre, sí que entendió justificada y exenta de responsabilidad penal la conducta de la mujer condenada por tentativa de homicidio que, presa del pánico, asestó una puñalada en el pecho a la altura del corazón a su marido para librarse como pudo de la brutal paliza que le estaba infligiendo y que ponía su vida en peligro inminente.

La STS 152/2011, de 4 de marzo, confirmó la aplicación de la eximente incompleta de miedo insuperable, pues la situación de miedo por el maltrato habitual que padecía la mujer pudo haber sido vencida de otra forma menos traumática que dando muerte a su marido. «El ordenamiento jurídico-penal no puede exonerarla completamente de este delito, a salvo los supuestos límite en donde el autor no pueda sino comportarse de otro modo a cómo lo hizo».

La estimación de la eximente de miedo insuperable no excluye la responsabilidad civil que recae, principalmente, en quien ha causado el miedo y, subsidiariamente, en quien ha ejecutado el hecho (art. 118.1.4.^a). La apreciación de esta causa de exención exige, como regla, celebrar juicio oral y apreciarse en sentencia (art. 782.1.I LECrim).

5. DERECHO DE CORRECCIÓN

La conducta consistente en *pegar una bofetada a un hijo menor para corregir*, por ejemplo, su mal comportamiento en casa, es un hecho subsumible en un delito de maltrato puntual del artículo 153.2 y 3 del Código. La finalidad de la acción, corregir la mala conducta del menor, no excluye su tipici-

dad, pues con la bofetada se ha golpeado o maltratado de obra a una persona del círculo de sujetos del artículo 173.2, sin causarle lesión, tal y como exige el enunciado típico.

Como la tipicidad de la acción resulta patente, frente a la imputación delictiva por la bofetada, solía y suele invocarse la eximente de ejercicio legítimo de un derecho (art. 20.7.º CP) y, en particular, del llamado *derecho de corrección de quienes ejercen la patria potestad o la tutela*. La acción se pretendía legitimar acudiendo a los artículos 154 y 268 del Código Civil en la redacción entonces vigente, que facultaban a padres y tutores para «corregir razonable y moderadamente» a hijos y pupilos.

Sin embargo, la disposición final primera de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, despojó a la tesis del derecho de corrección del pilar legal en que pretendía basarse, al *suprimir de tales preceptos las facultades de corrección razonable y moderada*, remitiendo al auxilio de la autoridad cuando fuera preciso para ejercer la patria potestad o la tutela (arts. 154 y 227 CC). La reforma legal no eximió a madres y padres del deber de educar a su prole, pero sí que eliminó cualquier resquicio que pudiese servir para dar cobertura a violencias delictivas en el ámbito familiar.

El derecho de corrección no existe como categoría justificativa independiente en el derecho penal moderno, puesto que las facultades de corrección son inescindibles del resto de facultades y finalidades del derecho-deber de patria potestad, tutela, acogimiento o guarda, que se ejerce siempre en beneficio de hijos y pupilos de acuerdo con su personalidad y con respeto a su integridad física y psicológica, sin perjuicio de que en el ejercicio de tales facultades, por criterios de insignificancia o de adecuación social, no sean objeto de sanción penal infracciones leves de su libertad o integridad (ej.: inmovilizaciones, retenciones de móviles, videoconsolas, corte de wifi)³.

Los criterios de antijuridicidad formal y material deben, por tanto, tomarse en consideración para comprobar si la acción del progenitor está justificada o no: pegar una bofetada sin causar lesión para corregir a un hijo menor o encerrarlo en su cuarto son actos formalmente antijurídicos, pero ¿lesionan materialmente el bien jurídico protegido por el delito?

La jurisprudencia menor que se decanta por la absolución en el caso de la bofetada invoca razones de justicia material, proporcionalidad de las penas e intervención mínima del derecho penal. La SAP Barcelona, Sec. 6.ª, 793/2009, de 27 de octubre, absolvió al acusado del delito de maltrato familiar puntual,

³ QUINTERO, *Curso de Derecho Penal*, p. 382. MESTRE, *La eximente de ejercicio legítimo de un derecho*, p. 213.

atendiendo al carácter leve y sin antecedentes de la agresión a la hija con el fin de que depusiese su actitud rebelde, al considerar «que así, sin menoscabo del estricto principio de legalidad formal, se llega a soluciones más adecuadas con el de justicia material».

En términos semejantes, la SAP Asturias, Sec. 3.^a, 50/2011, de 7 de noviembre, repasa la evolución histórica del derecho de corrección y absuelve por entender que:

Nos encontramos con una situación en que el recurrente ante la conducta de su hijo menor reconoce haberle dado dos bofetadas en la cara y si bien el motivo determinante, bien sea por haber dejado la luz encendida como dice el niño bien por haber perdido el móvil como señala el padre, en ningún caso justifica el recurso a la violencia, no se aprecia sin embargo una desproporción en la reacción del padre, que se insiste no es justificable, pero que en todo caso viene presidida por una equivocada, en la elección de soluciones, intención de corregir que refleja una concepción que, esperamos ya superada, pero que históricamente presidió buena parte de las relaciones paterno filiales.

La Sala Segunda del Tribunal Supremo, partiendo de que la tipicidad es evidente, tampoco se muestra reacia a la posibilidad absolutoria, una vez acreditada la finalidad correctiva y proporcionada de la acción de la bofetada. Así se desprende de la STS 666/2015, de 8 de noviembre, que condenó al padrastro –absuelto en la instancia– por un bofetón al hijo de su mujer porque no ostentaba la patria potestad. Siguiendo el camino inverso, de haber tenido la patria potestad, la conducta podría haber estado justificada y amparada por el ejercicio del derecho de corrección.

La STS 654/2019, de 8 de enero de 2020, se centra precisamente en determinar si existe un derecho de corrección de los padres que legitime el uso de la violencia física, recordando que para considerar justificada la conducta violenta han de concurrir, en todo caso, los *requisitos de la eximente de ejercicio de un derecho* del artículo 20.7.º: a) que la conducta enjuiciada sea la necesaria para cumplir ese derecho; b) que no existan abusos o extralimitaciones en su ejercicio; y c) que haya una adecuada proporcionalidad entre el derecho ejercido y el resultado lesivo originado en el bien jurídico protegido.

La sentencia reconoce la vigencia del derecho de corrección, pero, en sintonía con lo que se acaba de exponer, siempre en su condición de facultad de la patria potestad que se ha de ejercer en el propio interés del menor y para su educación. Esta facultad correctiva no se erige, por tanto, en un derecho autónomo, sin que tampoco resulte preciso un reconocimiento legal expreso de la misma al formar parte del contenido de la patria potestad.

La utilización legítima de la fuerza debe comprobarse *caso por caso*, verificando si se ha ejercido de manera razonable en términos de necesidad y proporcionalidad. En palabras de la STS 654/2019, «los comportamientos violentos que ocasionen lesiones –entendidas en el sentido jurídico-penal como aquellas que requieren una primera asistencia facultativa y que constituyan delito– no pueden encontrar amparo en el derecho de corrección. En cuanto al resto de las conductas, deberán ser analizadas según las circunstancias de cada caso y si resulta que no exceden los límites del derecho de corrección, la actuación no tendrá consecuencias penales ni civiles» (se reitera en STS 47/2020, de 11 de febrero).

La *razonabilidad* habrá de presidir el ejercicio de esta facultad. No hay fijado ningún criterio o método general para valorar la utilización legítima de medidas coercitivas por quienes ejercen la patria potestad, tutela o custodia sobre los menores, de ahí la necesidad de estar al caso concreto.

No obstante, pueden tomarse como parámetros comparativos los que el legislador establece cuando el menor se halla en centros de protección a la infancia y la adolescencia, donde para garantizar la convivencia y seguridad, el artículo 21 ter de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (añadido por la LOPIAV), dispone «medidas de carácter preventivo y de desescalada», y «como último recurso, medidas de contención física del menor. Se prohíbe la contención mecánica, consistente en la sujeción de una persona menor de edad o a una cama articulada o a un objeto fijo o anclado a las instalaciones o a objetos muebles»

De acuerdo con la regulación del precepto, las medidas de desescalada consisten en técnicas verbales de gestión de las emociones para reducir la tensión o la hostilidad del menor que se encuentra alterado o agitado con inminente y grave peligro para su vida e integridad o para la de otras personas.

Las medidas de contención física pueden consistir en la interposición entre el menor y la persona u objeto que se encuentra en peligro, la restricción física de espacios o movimientos y, en última instancia, bajo un estricto protocolo, la inmovilización física del menor por personal especializado del centro. Como medida excepcional y únicamente aplicable en centros de protección de menores con trastornos de conducta, la contención física podrá consistir en la sujeción de las muñecas del menor con equipos homologados.

Las medidas de contención aplicadas se comunicarán inmediatamente a la Entidad Pública y al Ministerio Fiscal. Asimismo, se anotarán en el Libro Registro de Incidencias y en el expediente individualizado del menor. En todos

los casos en que se hiciera uso de la fuerza, será precisa la exploración física del menor por facultativo médico en el plazo máximo de 48 horas, extendiéndose el correspondiente parte médico.

Como regla negativa de aplicación, la ley establece que las medidas de contención no podrán aplicarse a «menores de catorce años, a las menores gestantes, a las menores hasta seis meses después de la terminación del embarazo, a las madres lactantes, a las personas que tengan hijos e hijas consigo, ni a quienes se encuentren convalecientes por enfermedad grave, salvo que de la actuación de aquellos pudiera derivarse un inminente y grave peligro para su vida e integridad o para la de otras personas».

6. AUSENCIA O ATENUACIÓN DE LA IMPUTABILIDAD

A) **Enfermedad mental, alcohol y drogas**

Las eximentes (completas o incompletas) y atenuantes (genéricas o análogas) relativas a la *anulación o merma de las facultades intelectivas y volitivas del autor*, bien por anomalía o alteración mental (permanente o transitoria), bien por embriaguez o drogadicción, o bien por sufrir alteraciones en la percepción, son las que por su propia naturaleza tienen un mayor recorrido en los delitos examinados como causas de exclusión o reducción de la imputabilidad (arts. 20.1.º a 3.º y 21.1.ª, 2.ª y 7.ª), siempre que se pruebe la afectación de aquellas facultades en virtud de tales hechos. Puesto que, como reitera la jurisprudencia, no se puede apreciar una eximente o una atenuante por el mero hecho de padecer una enfermedad mental, estar embriagado o ser drogadicto.

«No basta la existencia de un diagnóstico para concluir que en la conducta del sujeto concurre una afectación psíquica. El sistema mixto del CP está basado en esos casos en la doble exigencia de una causa biopatológica y un efecto psicológico: la anulación o grave afectación de la capacidad de comprender la ilicitud del hecho o de determinar el comportamiento con arreglo a esa comprensión» (STS 856/2014, de 26 de diciembre).

Así, por ejemplo, pese a su alegación, ninguna causa de inimputabilidad del artículo 20.1.º y 3.º se apreció en la conducta de la madre que, tras dar a luz, mató a su hija recién nacida arrojándola por la ventana del cuarto de baño desde un quinto piso (STS 568/2020, de 30 de octubre).

La consideración médica de la *esquizofrenia paranoide* como enfermedad mental grave no se traslada automáticamente al ámbito jurídico

eximiendo de responsabilidad penal, pues debe atenderse a su influencia en el sujeto en el momento de la comisión del hecho, de modo que la esquizofrenia puede: a) eximir de responsabilidad penal si el hecho se comete durante un brote esquizofrénico (art. 20.1.º); b) eximir parcialmente de responsabilidad si el hecho revela un comportamiento anómalo que puede atribuirse a la enfermedad, aun cuando el sujeto no se halle en un brote (arts. 21.1.ª); y c) atenuar la responsabilidad (art. 21.7.ª), porque, aun cuando no haya habido brote ni comportamiento anómalo ni esta enfermedad afecte siempre las facultades sensoriales o de percepción de la persona que la padece, que puede mostrar un comportamiento aparentemente normal, la esquizofrenia presenta un residuo patológico llamado «defecto esquizofrénico» que afecta al que la sufre (SSTS 440/2018, de 4 de octubre y 154/2020, de 18 de mayo).

En este sentido, la STS 216/2012, de 1 de febrero, apreció la eximente completa de alteración psíquica, confirmando la declaración de inimputabilidad del acusado que mató a su madre tras asestarle cincuenta y siete puñaladas durante un brote psicótico, teniendo anuladas sus facultades intelectivas y volitivas y su capacidad de comprender la ilicitud de su conducta y de actuar conforme a dicho conocimiento.

El *abuso de alcohol* está presente a menudo en los hechos delictivos cometidos en el ámbito de la violencia de género y familiar. Pero al igual que sucede con la enfermedad mental, no basta acreditar la ingesta de bebidas alcohólicas para que se entienda disminuida la imputabilidad, sino que es preciso especificar los efectos producidos en las capacidades del sujeto en el caso concreto.

El alcoholismo crónico o la embriaguez puntual no determinan por sí mismos la apreciación de ninguna circunstancia. Para apreciar efectos eximentes o atenuantes en la conducta del autor que obra en alguno de estos estados, se exige una anulación o merma de las bases de la imputabilidad (intelecto y voluntad), siempre que tal anulación no haya sido buscada de propósito para cometer el delito, ni su comisión se hubiese previsto o debido prever. La estimación de la eximente suele estar unida a la apreciación de algún tipo de enfermedad o demencia anulatoria a causa de tal consumo, reservándose la eximente incompleta para los casos de perturbación importante y la atenuante para los casos de afectación de menor intensidad (SSTS 488/2020, de 1 de octubre y 559/2020, 29 de octubre).

La doctrina sobre el consumo de alcohol resulta igualmente aplicable al consumo *drogas y sustancias estupefacientes*: «no se puede acceder a la modificación de la responsabilidad criminal por el simple hábito de consumo de

drogas, ni basta con ser drogadicto en una u otra escala, de uno u otro orden, para que proceda la aplicación de circunstancias atenuantes, porque la exclusión total o parcial o la simple atenuación de la responsabilidad de los toxicómanos ha de resolverse en función de la imputabilidad, o sea, de la evidencia de la repercusión de la droga en las facultades intelectivas y volitivas del sujeto» (SSTS 856/2014, de 26 de diciembre, 429/2020, de 28 de julio y 501/2020, de 9 de octubre).

La *atenuante de actuar el culpable a causa de su grave adicción al alcohol o las drogas* del artículo 21.2.^a (novedad del Código de 1995, aplicable sobre todo a los delitos contra el patrimonio a la vista de su fenomenología), «solo tiene aplicación cuando exista una relación entre el delito cometido y la carencia de drogas que padece el sujeto» (STS 655/2020, de 3 de diciembre), lo que elimina prácticamente su apreciación en los delitos de violencia de género y familiar.

En los casos de inimputabilidad, las personas inimputables son las responsables civiles directas, y también quienes ejerzan su apoyo legal o de hecho, siempre que haya mediado culpa o negligencia por su parte, debiendo los tribunales graduar de forma equitativa la medida en que cada uno de dichos sujetos deba responder con sus bienes (art. 118.1.1.^a y 2.^a).

La estimación de una eximente de inimputabilidad exige, como regla, celebrar juicio oral y su apreciación en sentencia con el fin de imponer una medida de seguridad (privativa o no privativa de libertad, arts. 95 ss. y 101 ss. CP y STS 34/2020, de 6 de febrero, sobre reglas de aplicación de la medida de seguridad de internamiento) y enjuiciar la acción civil (art. 782.1.I LECrim).

B) Prueba de las causas de inimputabilidad

La Ley de Enjuiciamiento Criminal alude a la necesidad de comprobar la salud física y mental del autor en varios preceptos: por ejemplo, cuando otorga al detenido el «derecho a ser reconocido por el médico forense o su sustituto legal y, en su defecto, por el de la institución en que se encuentre, o por cualquier otro dependiente del Estado o de otras Administraciones Públicas» (art. 520.2.i); o cuando atribuye al juez de instrucción comprobar su madurez y estado de salud física y mental, recabando el auxilio del forense y de los informes que considere precisos; si apreciase en él un estado de enajenación mental o demencia, archivará la causa hasta que recobre la salud (arts. 380 a 383), sin perjuicio de las medidas civiles de apoyo que se puedan adoptar (disp. adicional 1.^a CP).

La existencia de alguna de las mencionadas causas de exención o de atenuación de la imputabilidad exige que resulten probadas en el acto del juicio oral (art. 782.1 LECrim); su acreditación se alcanza mediante la práctica, de oficio o a instancia de parte, normalmente durante la fase de instrucción de las diligencias siguientes⁴:

En el caso de las *anomalías o alteraciones psíquicas o en la percepción desde la infancia*, la diligencia idónea para determinar la imputabilidad de la persona detenida o investigada es la *valoración inmediata de su estado mental por el médico forense*, profesional con competencia reconocida a tal efecto (SSTS 1397/2009, de 29 de diciembre y 568/2020, de 30 de octubre) con el fin de establecer la medida en que dicho estado haya podido repercutir sobre su responsabilidad, sin perjuicio de las periciales o informes psiquiátricos que se recaben o realicen con posterioridad.

Para determinar si un sujeto es responsable o no, el forense ha de tener en cuenta los siguientes parámetros: estado de madurez mínimo fisiológico y psíquico, plena conciencia de los actos que realiza, capacidad de voluntariedad y capacidad de libertad. En definitiva, ha de comprobar que en el momento de la acción el sujeto poseía la inteligencia y el discernimiento de sus actos y además gozaba de la libertad de su voluntad.

La determinación de la *intoxicación por consumo de alcohol o drogas* se acredita de distintos modos, puesto que el tiempo de presencia y la forma de detectar tales sustancias en el organismo no son los mismos, variando, por tanto, las pruebas que deben realizarse:

a) Para determinar la *intoxicación por consumo de alcohol* resultan procedentes los análisis de *sangre y orina*. Con carácter general, puede decirse que el alcohol se metaboliza muy rápidamente, por lo que la prueba presenta un alto grado de inviabilidad por lo infructuoso del resultado.

La velocidad de eliminación varía de un individuo a otro y está influenciada por su sexo, edad y constitución (la media en varones es de 15 mg/dl/h, y en mujeres de 18 mg/dl/h; en alcohólicos puede alcanzar los 30 mg/dl/h). Así, en sangre, en consumos agudos, es decir, puntuales, el alcohol desaparece en cinco o seis horas. En el caso de alcohólicos crónicos es conveniente analizar diversas enzimas hepáticas, además de la determinación del alcohol. Los análisis de orina no son muy fiables, pues, por un lado, existen grandes posibilidades de manipulación fraudulenta si la muestra no se maneja con las debi-

⁴ JIMÉNEZ/VEDIA, «El Juzgado de Guardia y las diligencias de investigación inaplazables», pp. 44-47.

das garantías de extracción y custodia y, por otro, sus resultados son de escasa utilidad a la hora de valorar el consumo y grado de afectación del individuo.

La muestra de orina se toma en el propio juzgado y se recoge en bote estéril, remitiéndose posteriormente para su análisis al laboratorio de toxicología estatal o autonómico que corresponda. En los análisis de sangre, resulta necesario desplazar a la persona detenida –conducido policialmente– o investigada a un centro de salud u hospital para realizar la extracción, debiendo asistir el forense⁵.

b) Para establecer la *intoxicación por consumo de drogas y sustancias estupefacientes*, los análisis correspondientes son los de *sangre, orina, pelo y frotis bucal*.

Con los análisis de sangre se plantean los mismos problemas que en el caso del alcohol: escasa duración de la droga en la sangre (un día aproximadamente, aunque tal vez el cannabis tenga una mayor duración), y necesidad de desplazamiento a un centro de salud u hospital para obtener la muestra.

El análisis de orina se practica del mismo modo que en el supuesto del alcohol. Aquí la prueba es más fiable, pues la duración de la presencia de la droga en el organismo es mayor. En función del tipo de droga, la duración es la siguiente: heroína (2-4 días); cocaína (2-3 días); cannabis (20 días en uso esporádico y 80 días en uso regular o crónico); anfetaminas (2-4 días, según el grado de acidez de la orina); drogas de síntesis (2-3 días); LSD (ácido lisérgico: 1-5 días); GHB (éxtasis líquido: 12 horas); poppers (afrodisíaco: indetectable: problema para violaciones); khat (estimulante, son hojas y se mastica y muy rara vez se fuma: 24-36 horas).

El análisis del pelo se utiliza únicamente para detectar consumos crónicos. La prueba refleja el historial de adicción del sujeto, pudiendo ser interesante su práctica si el transcurso de los plazos impide practicar los análisis anteriores. No obstante, cuenta con una limitación evidente: la longitud del propio pelo. Téngase en cuenta que el pelo crece normalmente a razón de un centímetro al mes, determinándose el historial de consumo en función de la longitud. Es una prueba fácil de practicar por el forense y se considera que lo mejor es tomar como muestra un mechón del grosor de un lápiz de la zona occipital, y enviarlo al mencionado laboratorio de toxicología sobre una cartulina, indicando el extremo libre y la raíz.

⁵ Para todos los supuestos de toma y remisión de muestras es aconsejable seguir las indicaciones de la Orden JUS/1291/2010, de 13 de mayo, por la que se aprueban las normas para la preparación y remisión de muestras objeto de análisis por el Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses (BOE núm. 122, de 19 de mayo de 2010).

El frotis bucal permite detectar de forma precoz algunas drogas de abuso (cocaína y opiáceos). Se trata sobre todo de una prueba útil para averiguar supuestos de conducción bajo la influencia de tales sustancias, más que para acreditar una causa de inimputabilidad. La toma de la muestra es fácil e inocua. No obstante, presenta el inconveniente de que el tiempo de detección es corto, ya que la saliva se deglute rápidamente y, además, la posibilidad de interferencias por contaminación oral es alta, de ahí que no sea de utilización generalizada.

Todavía restaría apuntar, como posible muestra, la toma de sudor para determinación de tóxicos, de utilización escasísima, dada la mayor utilidad de las otras pruebas.

V

MINORÍA DE EDAD

Las personas menores de edad se ven involucradas no solo como víctimas, sino también como autoras de los delitos de género y de violencia familiar (ej.: agresiones entre novios o a los padres).

La edad a partir de la cual se considera que una persona debe responder penalmente de los delitos que cometa constituye una decisión de política criminal de primer orden. En nuestro derecho, la *mayoría de edad penal* se establece a los *dieciocho años*, si bien a las personas *mayores de catorce años y menores de dieciocho* se les exige dicha responsabilidad por los delitos cometidos con arreglo al régimen especial previsto en la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (arts. 19 CP y 1 LORPM).

Los *menores de catorce años* son considerados *penalmente inimputables*, debiendo estarse a lo dispuesto en las normas sobre protección de menores previstas en el Código Civil y demás disposiciones vigentes (art. 3 LORPM).

La aplicación de la ley penal común, o bien de la especial o de la normativa civil y administrativa depende de un *criterio estrictamente cronológico*. La capacidad psíquica del autor del hecho podrá surtir efectos mediante la apreciación de las correspondientes eximentes o atenuantes, pero no a la hora de establecer la normativa aplicable, sin que tampoco resulte posible apreciar una atenuante por analogía por el hecho de hallarse el autor en edad juvenil (entre 18 y 21 años) (STS 1638/1998, de 29 de diciembre). «Al día siguiente del aniversario correspondiente ya es aplicable el sistema de la mayoría de edad penal, sin posibilidad alguna de aplicación para estos supuestos de la circunstancia atenuante por analogía» (STS 733/2000, de 27 de abril).

«El artículo 19 CP no establece una atenuante con la que cualquier otra circunstancia no prevista en la ley pueda tener analogía sino, sencillamente, el

límite que marca la diferencia entre la responsabilidad penal del mayor de edad y la del menor» (STS 1050/2002, de 6 de junio).

El *cómputo de la edad* se efectuará en beneficio del reo de momento a momento, teniendo en cuenta la hora de nacimiento, y no conforme a lo dispuesto en el artículo 315 del Código Civil, según el cual para el cómputo de la mayor edad se debe incluir completo el día del nacimiento (SSTS 14 de enero de 1988, 13 de abril de 1994 y 850/1999, de 26 de mayo).

La determinación de la edad del autor se obtiene normalmente de sus documentos de identidad (DNI, NIE, pasaporte). Pero cuando la documentación no existe o su fiabilidad es dudosa, resulta preciso acudir a otros medios identificativos, como la obtención del certificado de nacimiento, la ficha dactiloscópica o incluso el correspondiente estudio médico (arts. 375, 376 y 762.7.^a LECrim).

El examen médico consistente en la *valoración forense del sujeto*, a través de su examen externo (caracteres sexuales: vello púbico y corporal, desarrollo de mamas, desarrollo genitales) y mediante la realización de pruebas complementarias consistentes, en este caso, en la exploración radiográfica, exploración que puede ser de carpo izquierdo, es decir, de la muñeca izquierda (método Greulich y Pyle, que determina el grado de maduración ósea), y también de la panorámica de la boca (ortopantomografía, que determina el grado de maduración dental).

No obstante, debe reconocerse que los resultados de estas pruebas complementarias presentan amplios márgenes de error, dada la evolución de los caracteres de la población en relación a la muestra que sirvió de base para la configuración de las tablas comparativas de aquel método. Por ello, las dudas sobre la determinación de la edad deben resolverse en el sentido más beneficioso para la persona acusada (STS 676/2012, de 26 de julio, que casó la sentencia respecto de algunos condenados a la vista del margen de error de dos años en la edad establecida según el método Greulich y Pyle).

Idéntica presunción establece el primer párrafo del artículo 12.4 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (redactado por LOPIAV):

4. Cuando no pueda ser establecida la mayoría de edad de una persona, será considerada menor de edad a los efectos de lo previsto en esta ley, en tanto se determina su edad. A tal efecto, el Fiscal deberá realizar un juicio de proporcionalidad que pondere adecuadamente las razones por las que se considera que el pasaporte o documento equivalente de identidad presentado, en su caso, no es fiable. La realización de pruebas médicas para la determinación de la edad de los menores se someterá al principio de celeridad, exigirá el previo consentimiento informado del afectado y se llevará a cabo con respeto a su dignidad y sin que suponga un riesgo para su salud, no pudiendo aplicarse indiscriminadamente. No

podrán realizarse, en ningún caso, desnudos integrales, exploraciones genitales u otras pruebas médicas especialmente invasivas.

Los menores entre los catorce y dieciocho años *responden civilmente* por los delitos cometidos (ej.: lesiones entre novios), y solidariamente con ellos responden quienes ejerzan la patria potestad, tutela, acogimiento, guarda legal o de hecho, por este orden, pudiendo moderarse su responsabilidad cuando no hayan favorecido la conducta con dolo o negligencia grave (art. 61.3 LORPM).

VI

ERROR

El *error invencible* o el juicio equivocado sobre un hecho constitutivo del delito o que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante (*error de tipo*) o sobre la significación antijurídica de la conducta (*error de prohibición*) disculpa la acción y excluye la responsabilidad penal (o impide la apreciación de la agravación). Si el error de tipo resulta vencible, el delito se castigará como imprudente si está prevista esta forma de comisión. Si el error de prohibición resulta vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados (art. 14 CP). Responderán civilmente de los perjuicios causados por su delito quienes actuaron por error (art. 118.2).

La jurisprudencia resume gráficamente el citado artículo 14, afirmando que el precepto admite las siguientes hipótesis (SSTS 684/2018, de 20 de diciembre y 564/2020, de 30 de octubre):

1. Error invencible sobre un hecho que es constitutivo de infracción penal: Excluye su responsabilidad penal.
2. Error que se califica como «vencible» atendidas las circunstancias del hecho y las propias y personales del autor. Se castiga como imprudente siempre que el delito admita esta modalidad.
3. Error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante: No se aplica la misma.
4. Error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal: Excluye la responsabilidad criminal.
5. Error vencible sobre esa ilicitud: Se aplicará la pena inferior en uno o dos grados.

La teoría del error tiene una aplicación muy escasa en general y, en sintonía con esta realidad, el recorrido de esta causa de exculpación tampoco

tiene mayor alcance en los delitos de género y de violencia familiar, a la vista de la sencillez de la conducta delictiva descrita en los tipos penales y su patente contradicción con el ordenamiento jurídico y su ilicitud para todo el mundo. Su operatividad se despliega, si acaso, sobre algún hecho agravante o, en el delito de quebrantamiento, sobre la vigencia de la prohibición o la distancia de seguridad.

Los límites que la jurisprudencia deja a la teoría del error son muy estrechos. Lógicamente habrá que estar al caso concreto, al carácter ilícito más o menos evidente del hecho típico cometido, a la formación y capacidad del autor o a las posibilidades de asesoramiento. Pero, como regla, no cabe apreciar error de tipo cuando el sujeto no tiene la plena seguridad acerca de la presencia de un hecho constitutivo de la infracción, pero sí que es consciente de la alta probabilidad de que dicho elemento concorra y, sin embargo, realiza la acción típica de manera voluntaria. Y tampoco incurre en error de prohibición quien desconoce que la conducta es delictiva, pero sabe, a nivel profano, que las normas que regulan la convivencia social prohíben el comportamiento que realiza (SSTS 722/2020, de 30 de diciembre y 18/2021, de 15 de enero).

VII

ATENUANTES

1. ARREBATO, OBCECACIÓN U OTRO ESTADO PASIONAL

A) **Requisitos**

La atenuante de actuar el culpable por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido *arrebato, obcecación u otro estado pasional* de entidad semejante del artículo 21.3.^a, no tiene mucho espacio en el ámbito de los delitos de género y de violencia familiar, puesto que lo que eventualmente pueda considerarse como «estado pasional» constituye precisamente parte de la violencia contra la que se lucha penalmente.

La propia configuración jurisprudencial de la atenuante limita considerablemente sus posibilidades aplicativas, puesto que los motivos de la perturbación anímica suelen estar rechazados socialmente y el acaloramiento propio de los delitos violentos no resulta amparado por la atenuante. Así se desprende de la doctrina general contenida en la STS 856/2014, de 26 de diciembre (que repite la STS 114/2021, de 11 de febrero):

Son dos los elementos que configuran esta atenuante: causa y efecto.

1.º Ha de existir una causa o estímulo, que ha de ser importante de modo que permita explicar (no justificar) la reacción delictiva que se produjo. Ha de haber cierta proporcionalidad entre el estímulo y la reacción [...]. Ha de proceder del comportamiento precedente de tal víctima [...]. El motivo desencadenante no ha de ser repudiable desde el punto de vista socio-cultural [...]. 2.º Tal causa o estímulo ha de producir un efecto consistente en una alteración en el estado de ánimo del sujeto, de modo que quede disminuida su imputabilidad, no tanto que llegue a integrar un trastorno mental transitorio constitutivo de una eximente

completa o incompleta, ni tan poco que no exceda de una mera reacción colérica o de acaloramiento o leve aturdimiento que suele acompañar a algunas figuras delictivas y ha de considerarse irrelevante [...]. Arrebato se dice cuando la reacción es momentánea y fulgurante, inmediata al estímulo, mientras que la obcecación tiene una mayor duración y permite el transcurso de un mayor lapso de tiempo respecto del estímulo. En todo caso el transcurso de un tiempo excesivo excluye la atenuante [...]. El tercer término, el estado pasional de entidad semejante, añadido en 1983 probablemente para poder acoger el contenido de aquellas otras atenuantes de similar contenido que por aquella importante modificación legal quedaron derogadas (provocación o amenaza, vindicación próxima), extiende el ámbito de esta atenuante por voluntad del legislador, pero quizá de modo superfluo ante la amplitud de los otros elementos alternativos.

B) Exclusión de los celos

Por ello, resulta desatinado invocar los *celos* como atenuante, pues no tienen cabida en ella fuera de los casos en que son susceptibles de valorarse como una enfermedad mental (celopatía y celotipia: STS 1529/1994, de 14 de julio); «de lo contrario, estaríamos privilegiando injustificadas reacciones coléricas que, si bien se mira, son expresivas de un espíritu de dominación que nuestro sistema jurídico no puede beneficiar con un tratamiento atenuado de la responsabilidad criminal» (STS 61/2010, de 18 de enero).

En términos semejantes, la STS 754/2015, de 27 de noviembre, sostiene que «los celos no pueden justificar la atenuante de obrar por un impulso de estado pasional, pues a salvo los casos en que tal reacción tenga una base patológica perfectamente probada, de manera que se disminuya sensiblemente la imputabilidad del agente, las personas deben comprender que la libre determinación sentimental de aquellas otras con las que se relacionan no puede entrañar el ejercicio de violencia alguna en materia de género» (reitera doctrina SSTS 161/2017, de 14 de marzo, 229/2017, de 3 de abril y 114/2021, de 11 de febrero).

2. CONFESIÓN DEL HECHO, REPARACIÓN DEL DAÑO Y DILACIONES INDEBIDAS

Las atenuantes de confesión del hecho, reparación del daño y dilaciones indebidas, previstas en los ordinales cuarto al sexto del artículo 21 se basan en hechos posteriores a la comisión del delito y se aplican siempre que concurren sus requisitos.

A) **Confesión del hecho**

La apreciación de la atenuante de *confesión de hecho* (art. 21.4.^a) exige: a) confesar la comisión o la participación en un hecho delictivo ante las autoridades; b) veracidad, quedando excluidos los supuestos en que se sostiene una versión interesada de carácter exculpatorio que después se revela totalmente falsa; y c) desde el punto de vista temporal, admisión de los hechos antes de conocer que el procedimiento judicial o policial se dirige contra el confesante, resultando así de utilidad. No se aprecia la atenuante cuando la confesión se produce cuando ya no existe posibilidad de ocultar el delito ante su inmediato e inevitable descubrimiento por la autoridad (STS 117/2019, de 16 de marzo).

Cuando no se cumple el requisito temporal, la atenuante de confesión puede apreciarse como analógica cuando el autor aporta una colaboración relevante para el esclarecimiento de los hechos, realizando «un acto contrario a su acción delictiva que de alguna forma contribuye a la reparación o restauración del orden jurídico perturbado» (STS 75/2021, de 28 de enero).

B) **Reparación del daño**

La *reparación del daño* como atenuante (art. 21.5.^a) se configura objetivamente y no exige ninguna clase de arrepentimiento o aflicción, sino únicamente la verificación de dos requisitos: a) uno cronológico, que se efectúe antes de la celebración del acto del juicio oral; no se cumple este requisito si se produce durante las sesiones del juicio, aunque podría dar lugar a la atenuante analógica según las circunstancias del caso; y b) otro sustancial, que consiste en la reparación efectiva o en la disminución de los efectos del delito (restitución o indemnización de daños y perjuicios materiales y morales) (STS 260/2020, de 28 de mayo).

«La reparación moral o simbólica, sin entidad significativa, no puede servir para fundamentar una atenuante de reparación del daño, pues nada repara» (STS 571/2020, de 3 de noviembre).

C) **Dilaciones indebidas**

La infracción de los plazos procesales o la excesiva duración temporal de una causa no conlleva sin más una vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas ni la aplicación de la atenuante de *dilaciones indebidas*

(art. 21.6.^a), que exige: «a) una dilación indebida en el sentido de no procedente o no justificable; b) carácter extraordinario de la dilación, en el sentido de inhabitual, inusual; c) sobrevenida durante la tramitación del procedimiento; d) inexistencia de culpa del imputado en los retrasos; y e) desproporción entre la complejidad del litigio y el retraso» (SSTS 699/2016, de 9 de septiembre, 652/2018, de 14 de diciembre y 109/2019, de 5 de marzo).

El día inicial para determinar el tiempo transcurrido se computa desde la imputación judicial y no desde la fecha de comisión de los hechos, pues no cabe premiar el tiempo en que las autoridades carecen de los elementos indispensables para la incoación del proceso penal, constituyendo criterios de ponderación de la dilación los siguientes:

a) La naturaleza y circunstancias del litigio, singularmente su complejidad, debiendo prestarse exquisito cuidado al análisis de las circunstancias concretas; b) los márgenes ordinarios de duración de los litigios del mismo tipo; c) la conducta procesal correcta del demandante, de modo que no se le pueda imputar el retraso; d) el interés que en el proceso arriesgue el demandante y consecuencias que de la demora se siguen a los litigantes y e) la actuación del órgano judicial que sustancia el proceso y consideración de los medios disponibles. También se debe tener en cuenta la actuación procesal de las partes, singularmente del acusado en orden a valorar el número de recursos interpuestos y su pertinencia (SSTS 458/2015, de 14 de julio, 109/2019, de 5 de marzo, 580/2020, de 5 de noviembre y 705/2020, de 17 de diciembre).

La apreciación de la atenuante como muy cualificada requiere que «la paralización pueda ser considerada superior a la extraordinaria, o bien que ésta, dadas las concretas circunstancias del penado y de la causa, pueda acreditarse que ha ocasionado un perjuicio muy superior al ordinariamente atribuible a la dilación extraordinaria necesaria para la atenuante simple» (STS 580/2020, de 5 de noviembre).

La Sala Segunda del Tribunal Supremo suele aplicar la atenuante como muy cualificada en procesos por causas no complejas de duración entre ocho y doce años entre la incoación y la sentencia de instancia:

Así, por ejemplo, se apreció la atenuante como muy cualificada en las sentencias 291/2003, de 3 de marzo (8 años de duración del proceso); 655/2003, de 8 de mayo (9 años de tramitación); 506/2002, de 21 de marzo (9 años); 39/2007, de 15 de enero (10 años); 896/2008, de 12 de diciembre (15 años de duración); 132/2008, de 12 de febrero (16 años); 440/2012, de 25 de mayo (10 años); 805/2012, de 9 octubre (10 años); 37/2013, de 30 de enero (ocho años); y 360/2014, de 21 de abril (12 años) (SSTS 668/2016, de 21 de julio, 147/2018, de 22 de marzo y 580/2020, de 5 de noviembre).

D) Cuasiprescripción

Por analogía, se ha apreciado en ocasiones la atenuante de *cuasiprescripción*, cuando, pudiendo haberse iniciado el procedimiento, razones estratégicas de la parte perjudicada motivan que la denuncia se efectúe cuando está a punto de extinguirse la responsabilidad penal por prescripción del delito (art. 130.1.6.º). En estos casos, el sistema penal debe estar en condiciones de reequilibrar, en términos de proporcionalidad, tales estratagemas dilatorias, y particularmente para los delitos públicos, respecto de los que expresamente se impone su denuncia inmediata (STS 26/2021, de 20 de enero).

VIII

AGRAVANTES

Las ocho *agravantes* del artículo 22 presentan amplias posibilidades de aplicación, siempre que concurren sus requisitos, excepto la agravante de discriminación por razón de género (art. 22.4.^a) o la circunstancia mixta de parentesco en función de agravante (art. 23), al resultar inherentes a la mayoría de los delitos objeto de nuestro estudio, sin perjuicio de que puedan resultar aplicables como agravantes genéricas cuando deba abarcarse el total desvalor de la acción y el tipo penal ya contemple una circunstancia específica similar, tal y como dijo al estudiar las reglas de aplicación del artículo 148 (art. 67 CP; STS 565/2018, de 19 de noviembre).

1. ALEVOSÍA Y ABUSO DE SUPERIORIDAD DOMÉSTICOS

La agravante de *alevosía* (art. 22.1.^a) recibe en el ámbito de los delitos de género y de violencia familiar una caracterización propia, hasta el punto de que se suele hablar de *alevosía doméstica o convivencial* como modalidad de la alevosía sorpresiva, fundada en la indefensión de la víctima que no espera un ataque violento en un espacio en el que debe regir un clima de confianza (SSTS 117/2019, de 6 de marzo y 408/2019, de 19 de septiembre).

La agravante de *abuso superioridad* (art. 22.2.^a) (homogénea a la de alevosía, de ahí su denominación de alevosía menor o de segundo grado), exige que se produzca un importante desequilibrio de fuerzas entre el agresor y la víctima, por cualquier circunstancia, desequilibrio conocido y buscado por el autor para disminuir notablemente las posibilidades defensivas frente al ataque sin eliminarlas, pues de suprimirse estaríamos en presencia de la alevosía. La

superioridad de la que se abusa no debe resultar inherente al delito, bien por constituir uno de sus elementos o bien porque el delito necesariamente tiene que realizarse así (SSTS 856/2014, de 26 de diciembre y STS 9/2021, de 14 de enero).

2. PARENTESCO Y DISCRIMINACIÓN DE GÉNERO

A) **Circunstancia mixta de parentesco**

La *circunstancia mixta de parentesco* del artículo 23 del Código puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, cuando el agraviado es o ha sido cónyuge o persona que está o ha estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o es ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente.

La mixta de parentesco suele aplicarse, cuando no resulta inherente al delito, con efectos atenuantes en los delitos patrimoniales, y con efectos agravantes en los delitos contra la vida, la integridad física y psíquica y contra la libertad y la libertad e indemnidad sexual de las personas.

El *fundamento* de que opere como *atenuante* en los delitos patrimoniales reside, para Mestre Delgado, en que el delito cometido en el ámbito subjetivo de afectados por la circunstancia resulta menos reprochable que el mismo delito cometido entre extraños, lo que sucede cuando el elenco de derechos y deberes que vertebra la relación parental, matrimonial, o afectiva asimilada, relaja el vigor de los mandatos que deberían impedirlo. Se aprecia como *agravante* en los delitos contra bienes eminentemente personales, porque el autor infringe los deberes más elementales de cuidado que dicha relación le imponían. *Y no se aprecia* en los casos de inherencia, cuando el sujeto desconoce la vinculación familiar, si la motivación del hecho punible es ajena a los lazos familiares, si las relaciones entre ofensor y ofendido se hallan rotas de tal modo que quepa asimilarlos a extraños o cuando la víctima ha provocado la comisión del delito¹.

Las mencionadas conclusiones son confirmadas por constante jurisprudencia: la mixta concurre aunque el matrimonio o la relación de afectividad análoga hayan desaparecido, siempre, claro está, que el delito cometido tenga relación directa o indirecta con tales relaciones (STS 899/2010, de 19 de octu-

¹ MESTRE, «Parentesco y derecho penal», p. 4; también en *La atenuante y la agravante de parentesco*.

bre). Como recuerda la STS 225/2014, de 13 de mayo, no se exige que exista cariño o afecto; de lo contrario la agravante resultaría de muy difícil aplicación, pues concurriendo afecto, no habría normalmente agresión, salvo en los supuestos de homicidio *pietatis causa* (que no cumplan con los requisitos de la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia, podría añadirse) en los que el parentesco podría operar como causa de atenuación.

La aplicación de la agravante de parentesco en los supuestos de uniones de hecho o de noviazgo exige que entre los miembros de la pareja haya existido convivencia, aunque sea parcial, dado que la redacción del artículo 23 no contiene la precisión de que se debe apreciar la misma, aun sin convivencia, a diferencia de lo que sucede con la redacción de los tipos de género que permiten su aplicación aun cuando aquella convivencia no exista (SSTS 79/2016, de 10 de febrero, 117/2019, de 6 de marzo y 81/2021, de 2 de febrero).

Resulta igualmente de aplicación entre parejas del mismo sexo. La STS 136/2012, de 6 de marzo, la aplicó a un homosexual que mató a su pareja, recordando «la obviedad de que la Humanidad se divide entre hombres y mujeres, no entre homosexuales y heterosexuales, por lo que no sería admisible excluir la relación estable afectiva entre dos personas del mismo sexo, cuando la razón de ser de la agravante es la misma en una pareja homosexual que heterosexual».

Cuando el delito de violencia familiar se ha cometido por omisión, no puede aplicarse la agravante de parentesco, pues ha sido precisamente esa relación de parentesco de quien tiene la posición de garante respecto de la víctima la que ha determinado su condena al no haber cumplido con los deberes que legalmente le incumbían y que hubiesen evitado el resultado (art. 11). Deducir una circunstancia de agravación adicional de esa infracción de los deberes parentales determinante de la condena por omisión implicaría una doble valoración de un mismo hecho en perjuicio del reo, que vulnera el principio *non bis in idem* (STS 870/2014, de 18 de diciembre). No obstante, la STS 25/2015, de 3 de febrero, confirmó la condena del padre por asesinato, en comisión por omisión, con la agravante de parentesco, y la de la madre que asesinó a sus dos hijos de 11 y 5 años por asfixia mecánica.

B) Agravante de discriminación de género

La Ley Orgánica 1/2015 introdujo en la agravante de discriminación del artículo 22.4.^a del Código, un nuevo motivo de agravación consistente en cometer el delito por «razones de género», dando cumplimiento a los compromi-

tos internacionales derivados de la firma del Convenio n.º 210 del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, hecho en Estambul, el 11 de mayo de 2011, ratificado por España y en vigor en nuestro país desde el 1 de agosto de 2014. Por Ley Orgánica 8/2021, se reformó su redacción para incluir la edad, la identidad sexual o de género, la aporofobia (rechazo, aversión o desprecio a las personas pobres) y la exclusión social como nuevos motivos discriminatorios, añadiendo como requisito «con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurren efectivamente en la persona sobre la que recae la conducta».

El sexo y el género no son conceptos intercambiables. El sexo se refiere a las características biológicas y fisiológicas que definen a los hombres y a las mujeres. Por género, según el citado Convenio, «se entenderán los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres» [art. 3.c)].

El Convenio de Estambul interpreta asimismo de manera auténtica el concepto de «violencia contra la mujer por razones de género», afirmando que «se entenderá toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada» [art. 3.d)].

De este modo, el ámbito de aplicación de la agravante de discriminación de género se extiende, siempre que no esté prevista o sea inherente al delito, no solo a las relaciones conyugales o de pareja, sino a cualquier ataque a la mujer por el hecho de ser mujer, siendo los ataques contra su libertad sexual particularmente expresivos de esta clase de violencia.

La STS 571/2020, de 3 de noviembre, resume la casuística de la agravante de discriminación por razones de género:

Cuando la agravante de género se introduce en una relación de pareja, generalmente se refiere a actos de control o de humillación. Por los primeros, el sujeto activo del delito controla la forma de vestir de la mujer, sus relaciones sociales, sus gustos y preferencias, incluso su autonomía económica, habiendo casos de retirada de su documentación como modo de controlar sus movimientos, y cuando nos estamos refiriendo a actos de humillación, el maltratador desprecia a la mujer por el hecho de serlo, le dice que no sirve para nada, y otras expresiones similares.

En los delitos fuera de la relación de pareja, que habitualmente son los de índole sexual, perpetrados entre desconocidos, la agravante de género se configura en la actuación del agente cosificando a la mujer, de tal forma que se cometen actos de humillación de naturaleza sexual.

Pero no todo delito contra la libertad sexual perpetrado por un varón sobre una mujer se hace acreedor de esta agravante, sino solo aquel que revele

que se trata de un acto de dominio machista, debiendo valorarse para acreditar la naturaleza de dicho acto, entre otras circunstancias, la especial vinculación entre agresor y víctima, las expresiones proferidas, el carácter especialmente denigratorio de las prácticas desarrolladas, el número de actores o el simbolismo de determinados actos (STS 444/2020, de 14 de septiembre).

En síntesis, son *requisitos* de aplicación de esta agravante, en lo objetivo, que el hecho probado de cuenta de las circunstancias que aumentan el desvalor del injusto, «porque colocan a la mujer víctima en un papel de subordinación que perpetúa patrones de discriminación históricos y socialmente asentados; y en lo subjetivo, que al autor haya asumido consciente y voluntariamente ese comportamiento que añade el plus de gravedad» (STS 444/2020, de 14 de septiembre).

C) Requisitos de compatibilidad

Las agravantes de parentesco y de discriminación de género son compatibles siempre que se acredite, junto al dato objetivo del vínculo matrimonial o análogo, existente o cesado, una situación de dominación o de control por parte del varón sobre la mujer que evidencie una grave y arraigada desigualdad perpetuadora de los roles asignados tradicionalmente a los hombres y las mujeres, conformados sobre el dominio y la superioridad de aquellos y la supeditación de estas (SSTS 420/2018, de 25 de septiembre, 565/2018, de 19 de diciembre, 99/2019, de 26 de febrero y 444/2020, de 14 de septiembre).

La jurisprudencia menor fue acuñando los anteriores requisitos. Y así, la SAP Asturias, Sec. 2.ª, 18/2017, de 20 de enero, aplicó las dos agravantes en un caso de asesinato a golpes con una mancuerna metálica, al haberse probado: a) una relación sentimental estable entre el autor y la víctima análoga a la matrimonial; y b) la dominación ejercida durante la relación por el varón, que fue distanciando a la víctima de su círculo de amigos, manteniéndola aislada y sometida, ejerciendo un control absoluto sobre ella en todos los aspectos de su vida, tanto afectivo como familiar, imponiéndole su criterio en lo referente a las relaciones sociales y cuestiones económicas, anulando su capacidad de decisión, hasta acabar con su vida como acto final de dominación.

La SAP Santa Cruz de Tenerife, Sec. 5.ª, 64/2017, de 23 de febrero (confirmada por la STSJ Canarias, 7/2017, de 26 de junio), en otro caso de asesinato, estimó igualmente la compatibilidad de ambas agravantes, describiéndose en el relato de hechos probados que el acusado actuó contra su ex pareja al no aceptar que pudiera tener una vida independiente y no poder seguir ejerciendo su dominio, superioridad y control sobre ella.

IX

PENAS

1. PENAS PRINCIPALES

A) **Extensión**

Los delitos de género y de violencia familiar estudiados, en función de las penas con las que se conminan, se consideran *delitos menos graves o leves* (art. 13.2 y 3), puesto que ninguno de ellos está castigado con pena de prisión superior a cinco años, ni tampoco las penas cumulativas de otra naturaleza que se imponen en abstracto rebasan los límites de los artículos 33.3 y 4 del Código.

Las *penas principales* previstas para estos delitos, excepto en el delito de inutilización de dispositivos electrónicos de control del artículo 468.3 que se castiga con pena de multa de seis a doce meses, son siempre *privativas de libertad* (*prisión o localización permanente*), sin perjuicio de que se contemple: a) la pena alternativa de *trabajos en beneficio de la comunidad* en los delitos de maltrato puntual, amenazas y coacciones leves, acoso persecutorio y en los delitos leves; y b) la pena alternativa de *multa* en el delito de difusión no autorizada de imágenes o grabaciones íntimas y en los delitos leves.

El delito de *lesiones cualificadas* del artículo 148 se sanciona facultativamente con la pena de prisión de dos a cinco años, como vimos.

La penalidad en los *delitos de maltrato puntual, amenazas y coacciones leves* de los artículos 153.1 y 2, 171.4 y 5 y 172.2 viene constituida por la alternativa de prisión (de tres o seis meses a un año) o trabajos en beneficio de la comunidad (de treinta y uno a ochenta días), imponiéndose acumuladamente la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un

día a tres años y, en su caso, cuando el tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, la de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

Como veremos en el apartado relativo a la libertad vigilada, el artículo 156 quáter (renumerado por la LOPIAV) permite imponer la medida de seguridad de *libertad vigilada*, a los autores de uno o más delitos de los comprendidos en el título III («De las lesiones»), cuando la víctima fuera alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2.

A su vez, el artículo 156 quíntos (también añadido por la LOPIAV) contempla la posibilidad de imponer a las personas condenadas por la comisión de alguno de los delitos previstos en los artículos 147.1, 148, 149, 150 y 153 en los que la víctima sea una persona menor de edad, «además de las penas que procedan, la pena de inhabilitación especial para cualquier profesión, oficio u otras actividades, sean o no retribuidos, que conlleve contacto regular y directo con personas menores de edad, por un tiempo superior entre tres y cinco años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en la sentencia o por un tiempo de dos a cinco años cuando no se hubiere impuesto una pena de prisión, en ambos casos se atenderá proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los delitos cometidos y a las circunstancias que concurren en la persona condenada».

El delito de *acoso persecutorio en el ámbito familiar* del artículo 172 ter.2 está castigado con la pena de prisión de uno a dos años o trabajos en beneficio de la comunidad de sesenta a ciento veinte días.

El delito de trato degradante del artículo 173.1 se castiga con pena de prisión de seis meses a dos años.

En el delito de *maltrato habitual* del artículo 173.2, la pena será en todo caso de prisión de seis meses a tres años, a la que se acumula la de privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres a cinco años, con la facultad de imponer, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, la de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de uno a cinco años. Podrá además imponerse, como veremos más adelante, la medida de libertad vigilada.

El delito de *difusión no autorizada de imágenes o grabaciones íntimas* del artículo 197.7 se castiga con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses, que se impondrá en su mitad superior (siete meses y quince días a doce meses o multa de nueve a doce meses) cuando los hechos hubieran sido cometidos por el cónyuge o por persona que esté o

haya estado unida a él por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, la víctima fuera menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, o los hechos se hubieran cometido con una finalidad lucrativa.

En el delito de *quebrantamiento* del artículo 468.2 se impondrá en todo caso la pena de prisión de seis meses a un año, sancionándose, como se dijo, con pena de multa de seis a doce meses el delito de *frustración de la eficacia de los dispositivos técnicos de control* de las penas, medidas de seguridad o medidas cautelares impuestas (art. 468.3).

Los *delitos leves de amenazas, coacciones e injurias y vejaciones injustas* de los artículos 171.7.II, 172.3.II y 173.4, están castigados con pena de localización permanente de cinco a treinta días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a treinta días, o multa de uno a cuatro meses. La pena de multa únicamente podrá imponerse cuando conste acreditado que no existen relaciones económicas derivadas de una relación conyugal, de convivencia o filiación, o de la existencia de una descendencia común (art. 84.2).

A los *menores penalmente responsables se les impondrán las medidas* previstas en el artículo 7 de la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores: internamiento en régimen abierto, semiabierto, abierto, internamiento terapéutico en alguno de los citados regímenes, tratamiento ambulatorio, asistencia a un centro de día, permanencia de fin de semana, libertad vigilada, prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima, convivencia con otra persona, familia o grupo educativo, prestaciones en beneficio de la comunidad, realización de tareas socio-educativas, amonestación, privación del permiso de conducir ciclomotores o de las licencias de caza o tenencia de armas e inhabilitación absoluta.

B) Motivación

La motivación de la pena impuesta dentro de la extensión establecida legalmente es una exigencia del derecho a la tutela judicial efectiva, porque constituye la forma de verificar que la individualización realizada, conforme a las reglas de los artículos 61 y siguientes del Código (art. 72)¹, es racional y

¹ En materia de reglas de aplicación de penas, deben destacarse, entre otros, los siguientes Acuerdos del pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo: a) 1 de marzo de 2005 (la remisión del artículo 68 al artículo 66 incluye todas sus reglas); b) 20 de enero de 2015 (concurso real en pluralidad de resultados realizados mediante una única acción con dolo eventual); y c) 27 de junio de 2018 (fijación

responde adecuadamente a los criterios del derecho penal constitucional de gravedad del hecho y circunstancias del culpable.

La gravedad del hecho no es la gravedad del delito, puesto que tal gravedad ya viene definida por el legislador al establecer el intervalo penológico; se trata de expresar los elementos fácticos de toda clase que en el supuesto concreto enjuiciado determinan el reproche penal que se efectúa. Las circunstancias del culpable se refieren a los motivos que le han llevado a delinquir o a los rasgos de su personalidad (STS 621/2020, de 19 de noviembre).

Como resume la STS 9/2021, de 14 de enero, es necesaria una motivación especial de la pena, en los supuestos siguientes:

- a) Cuando la pena se exaspera al máximo sin razón aparente [...]; b) cuando se hace uso de la facultad atribuida por la ley para aplicar una pena de grado superior a la inicialmente predeterminada [...]; c) cuando uno de los autores de los mismos hechos en quien no concurren específicas circunstancias de agravación es sancionado con una pena notoriamente superior a la de los demás sin motivo aparente; d) cuando por unos mismos hechos se impone a varios coautores una pena idéntica, siendo así que en uno de ellos concurre una circunstancia modificativa de la responsabilidad que no resulta aplicable a los demás, existiendo margen legal para valorar el efecto atenuatorio o agravatorio de la circunstancia [...]; e) cuando la norma legal permite reducir la penalidad bien en uno bien en dos grados (tentativa, atenuantes plurales o muy cualificadas y eximentes incompletas), en cuyo caso dicha opción debe ser motivada con referencia a los criterios legales [...].

C) Trabajos en beneficio de la comunidad

La pena de *trabajos en beneficio de la comunidad* obliga a la persona condenada «a prestar su cooperación no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública, que podrán consistir, en relación con delitos de similar naturaleza al cometido por la persona condenada, en labores de reparación de los daños causados o de apoyo o asistencia a las víctimas, así como en la participación de la persona condenada en talleres o programas formativos de reeducación, laborales, culturales, de educación vial, sexual, resolución pacífica de conflictos, parentalidad positiva y otros similares», con las condiciones fijadas en el artículo 49 del Código (desarrollado por RD 840/2011, de 17 de junio, por el que se establecen las circunstancias de

de criterios en caso de acumulación de condenas). Para el concurso medial del artículo 77.3: SSTS 863/2015, de 30 de diciembre y 663/2019, de 14 de enero de 2020; Circular FGE 4/2015, apartado 6.

ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y de localización permanente en centro penitenciario, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de la penas privativas de libertad y sustitución de penas).

En el ámbito de los delitos de género y de violencia familiar, como se ha dicho, esta pena se contempla como pena alternativa en los delitos de maltrato puntual, amenazas y coacciones leves, acoso persecutorio y en los delitos leves; y se aplica normalmente cuando se trata de hechos puntuales, de escasa entidad y no existen antecedentes penales, desestimándose en supuestos graves o de reincidencia (SSAP Madrid, Sec. 27.^a, 432/2008, de 23 de abril, 1008/2008, de 29 de septiembre y 582/2014, de 30 de septiembre).

No obstante, cabe su imposición como condición para suspender una pena privativa de libertad (art. 84.1.3.^a); en sustitución de una pena de prisión inferior a tres meses (art. 71.2); o como pena sustitutiva en caso de impago de una pena de multa (art. 53.1. II).

El *consentimiento del penado* constituye el requisito imprescindible para la imposición de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad (art. 49.I), al estar prohibidos los trabajos forzados (art. 25 CE). El Código Penal no establece el *momento de prestar el consentimiento* para los trabajos, pero la jurisprudencia se ha encargado de precisar que puede prestarse *en cualquier momento antes de iniciar la ejecución*, encomendado al tribunal sentenciador recabar, como hipótesis de condena, el consentimiento del penado. Si, por cualquier circunstancia, no se hubiese obtenido tal consentimiento y el tribunal desea condenar a una pena de trabajos en beneficio de la comunidad, deberá «señalar su contenido y sujetar la efectiva ejecución al consentimiento que debe prestar el condenado, antes de su ejecución y prever la imposición de la alternativa de privación de libertad en el caso de que este consentimiento no fuera prestado, que operará de manera subsidiaria» (STS 653/2019, de 8 de enero de 2020).

En caso de incumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, se deducirá testimonio para proceder por delito de quebrantamiento de condena (arts. 49.6.^a y 468.1). Pero debe tenerse en cuenta que dicho incumplimiento únicamente constituirá delito de quebrantamiento o de desobediencia cuando la pena de trabajos en beneficio de la comunidad haya sido impuesta como pena principal, resultando el incumplimiento atípico si la pena de trabajos ha sido impuesta como condición de suspensión de una pena de prisión o en sustitución de una pena de multa (STS 603/2018, de 28 de noviembre).

D) **Multa**

La pena de *multa* consiste en una sanción pecuniaria (art. 50.1) que se impone al condenado mediante el sistema de días-multa (art. 50.2), también llamado de multa escandinava en atención a su origen histórico en Finlandia a principios del siglo xx, salvo en los supuestos de multa proporcional que no se contempla para los delitos de género y de violencia familiar (art. 52). En nuestro derecho, este tipo de multa se introdujo en el Código vigente; en los anteriores, la multa se definía mediante una horquilla de cantidades (ej.: en el artículo 496 ACPT 1973, el delito de coacciones se castigaba con penas de arresto mayor y multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas).

La razón de ser de este sistema está en que la sanción pecuniaria surta el mismo efecto sobre personas con distinto poder adquisitivo. Por ello, el número de días a imponer viene determinado por la gravedad del hecho y la cuantía de la cuota, que oscila entre los dos y los 400 euros (entre los 30 y 5.000 euros para las personas jurídicas), por la capacidad económica del reo. Cuando se fije su duración por meses o por años, se entenderá que los meses son de treinta días y los años de trescientos sesenta (art. 50.4 y 5). La extensión mínima de la multa es de diez días y la máxima de dos años. Las penas de multa para las personas jurídicas tendrán una extensión máxima de cinco años (art. 50.3).

En relación al importe de las *cuotas*, ante la frecuente carencia de datos para su fijación, la jurisprudencia sostiene que la cuestión debe estar presidida por la moderación y que cantidades sobre los seis e incluso los doce euros son usuales y módicas, siempre que no se acredite la concurrencia de situaciones de indigencia a las que estarían reservadas cifras inferiores a los seis euros o la imposición del mínimo legal (STS 434/2014, de 3 de junio; SAP Barcelona, Sec. 10.^a, 988/2015, de 15 de diciembre).

El *pago* de la multa se efectuará en el *plazo* que fije el tribunal, que por causa justificada, podrá autorizar su pago en un plazo que no exceda de dos años desde la firmeza de la sentencia, bien de una vez o en los plazos que se determinen. En este caso, el impago de dos de ellos determinará el vencimiento de los restantes (art. 50.6).

Tanto el importe de las cuotas como los plazos de pago pueden *modificarse* excepcionalmente por el tribunal, tras la debida indagación, si, después de la sentencia, variase la situación económica del penado (art. 51).

Si el condenado *no paga la multa* voluntariamente ni por vía de apremio contrae una responsabilidad personal subsidiaria consistente en un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, que, tratándose de delitos leves, podrá cumplirse mediante localización permanente. En este

caso, no registrará la limitación de hasta seis meses de duración que establece el artículo 37.1 para la localización permanente (art. 53.1.I). También podrá el juez o tribunal, previa conformidad del penado, acordar que la responsabilidad subsidiaria se cumpla mediante trabajos en beneficio de la comunidad. En este caso, cada día de privación de libertad equivaldrá a una jornada de trabajo (art. 53.1.II).

La responsabilidad subsidiaria no se impondrá a los condenados a pena privativa de libertad superior a cinco años (art. 53.3; Acuerdo Pleno TS, de 1 de marzo de 2005 y STS 358/2005, de 22 de marzo).

Si se trata de personas jurídicas, la multa se puede fraccionar durante un período de hasta cinco años y, si ésta no satisface, voluntariamente o por vía de apremio, la multa impuesta en el plazo que se hubiera señalado, el tribunal podrá acordar su intervención hasta el pago total (art. 53.5).

El *cumplimiento de la responsabilidad subsidiaria extingue la obligación de pago de la multa*, aunque mejore la situación económica del penado (art. 53.4).

2. PENAS ACCESORIAS

Las penas accesorias susceptibles de imponerse en los delitos de género y de violencia familiar objeto de este estudio se contemplan en los artículos 56.1 y 57 del Código, y se analizan a continuación.

Al igual que sucede con cualquier clase de pena, principal o accesoria, cuando la acusación omite su petición o no alcanza el mínimo previsto en la ley, «la sentencia debe imponer, en todo caso, la pena mínima establecida para el delito objeto de condena» (Acuerdo Pleno TS, de 27 de noviembre de 2007), sin que ello conlleve infracción del principio acusatorio (STC 174/2003, de 29 de septiembre; SSTS 733/2016, de 5 de octubre y 724/2020, de 2 de febrero de 2021).

A) **Suspensión de empleo o cargo público e inhabilitación especial**

En las penas de prisión inferiores a diez años, *se impondrán*, ateniendo a la gravedad del delito, *como penas accesorias*, alguna o algunas de las previstas en el artículo 56.1, es decir: a) suspensión de empleo o cargo público; b) inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; y c) inhabilitación especial para empleo o cargo público, profe-

sión, oficio, industria, comercio, ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento o cualquier otro derecho, la privación de la patria potestad, si estos derechos hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación. Todo ello sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto en otros preceptos del Código respecto de la imposición de estas penas (art. 56.2 CP).

La suspensión de empleo o cargo público priva de su ejercicio a la persona condenada durante el tiempo de la condena (art. 43). La inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo le priva, durante el tiempo de la condena, del derecho a ser elegido para cargos públicos (art. 44). La inhabilitación especial para empleo o cargo público produce la privación definitiva del empleo o cargo y de sus honores, aunque sea electivo. Produce además la incapacidad para obtener el mismo u otros análogos durante el tiempo de la condena. La sentencia habrá de especificar los empleos, cargos y honores sobre los que recae la inhabilitación (art. 42). La inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio u otras actividades, sean o no retribuidas, o cualquier otro derecho, ha de concretarse expresa y motivadamente en la sentencia, y priva a la persona condenada de la facultad de ejercerlos durante el tiempo de la condena. La autoridad judicial podrá restringir la inhabilitación a determinadas actividades o funciones de la profesión u oficio, retribuido o no, permitiendo, si ello fuera posible, el ejercicio de aquellas funciones no directamente relacionadas con el delito cometido (art. 45, redactado por LOPIAV).

La inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento se regula en el artículo 46 (redactado por LOPIAV), en cuya virtud se priva a la persona condenada de los derechos inherentes a la patria potestad, y supone la extinción de las demás instituciones, así como la incapacidad para obtener nombramiento para dichos cargos durante el tiempo de la condena. La pérdida de la patria potestad no impide que subsistan aquellos derechos de los que sea titular el hijo o la hija respecto de la persona condenada que se determinen judicialmente. La autoridad judicial podrá acordar estas penas respecto de todas o algunas de las personas menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que estén a cargo de la persona condenada. Para concretar qué derechos de las personas menores de edad o personas con discapacidad han de subsistir en caso de privación de la patria potestad y para determinar respecto de qué personas se acuerda la pena, la autoridad judicial valorará el interés superior de la persona menor de edad o con discapacidad, en relación a las circunstancias del caso concreto. A estos efec-

tos, la patria potestad comprende tanto la regulada en el Código Civil, incluida la prorrogada y la rehabilitada, como las instituciones análogas previstas en la legislación civil de las comunidades autónomas.

Las *penas accesorias de suspensión de empleo o cargo público* y de *inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena*, resultan consustanciales a la naturaleza de la pena de prisión establecida en la condena, como señala la jurisprudencia. Su imposición no exige que se determine expresamente ninguna vinculación con el delito cometido, a diferencia de lo que sucede con el resto de las penas de inhabilitación especial previstas en el apartado tercero del artículo 56.1. Por ello, cuando se condene a una pena de prisión, se impondrá sin más la residual de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Si el penado ejerciera un empleo o cargo público del que pueda ser suspendido, se le impondrá además esta pena accesoria. Si ejerciera una profesión, oficio, industria, comercio, u ostentara la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento o cualquier otro derecho, la pena de inhabilitación especial o de privación de la patria potestad únicamente podrá imponerse fundamentando expresamente que existe una vinculación entre el delito cometido y el ejercicio de tales derechos (SSTS 430/1999, de 23 de marzo y 1309/1999, de 25 de septiembre).

En relación a la pena accesoria de *privación de la patria potestad*, la Sala Segunda se ha mostrado reacia a su aplicación directa, reservando a la jurisdicción civil la imposición de esta medida (SSTS 780/2000, de 11 de septiembre, 568/2001, de 6 de julio y 750/2008, de 12 de noviembre). Sin embargo, no debe descartarse que se aplique, como sucede en la STS 568/2015, de 30 de septiembre, en la que se priva de la patria potestad al padre que acuchilló a la madre en presencia de su hija común de tres años, al suponer dicha acción «un ataque frontal contra la integridad moral de la menor y el equilibrado y armónico desarrollo de su personalidad, impensable si se mantuviera la patria potestad del padre condenado».

La ley penal reserva la pena de privación de la patria potestad a hechos de especial gravedad. La establece de forma preceptiva para las personas condenadas por los delitos de homicidio doloso y asesinato cuando la víctima y la persona condenada tuvieran un hijo o hija en común. La misma pena se impondrá cuando la víctima sea hijo o hija del autor, respecto de otros hijos e hijas, si existen (art. 140 bis.2, redactado por LOPIAV); o con carácter facultativo en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (art. 192.3, redactado por LOPIAV).

B) **Prohibiciones de residencia, aproximación y de comunicación**

a) CONTENIDO

La *privación del derecho a residir* en determinados lugares o *acudir* a ellos impide a la persona condenada residir o acudir al lugar en que haya cometido el delito, o a aquel en que resida la víctima o su familia, si fuesen distintos. Cuando exista declarada una discapacidad intelectual o una discapacidad que tenga su origen en un trastorno mental, se estudiará el caso concreto a fin de resolver teniendo presentes los bienes jurídicos a proteger y el interés superior de la persona con discapacidad que, en su caso, habrá de contar con los medios de acompañamiento y apoyo precisos para el cumplimiento de la medida (art. 48.1)

La *pena accesoria de prohibición de aproximación* impide a la persona condenada acercarse a las personas determinadas en la misma, «en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellas, quedando en suspenso, respecto de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena» (art. 48.2).

La de *prohibición de comunicación* «impide al penado establecer con ellas, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual» (art. 48.3).

El juez o tribunal podrá acordar que el control de estas medidas se realice por medios electrónicos (art. 48.4).

b) ÁMBITO DE APLICACIÓN

En los delitos de *lesiones, maltrato puntual, amenazas y coacciones leves, acoso persecutorio, trato degradante, maltrato habitual y difusión no autorizada de imágenes*, cuando se cometan contra una de las personas comprendidas en el ámbito subjetivo del artículo 173.2, *se impondrá en todo caso* la pena accesoria de *prohibición de aproximarse a la víctima* o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo que *no excederá de cinco años* (sin perjuicio de poderse imponer cualquiera de las prohibiciones del artículo 48). Si el condenado lo fuera a pena de prisión, la prohibición de aproximación impuesta lo será por un tiempo superior entre uno y cinco años al de la duración de la pena de prisión. En este supuesto, la

penas de prisión y de prohibición se cumplirán necesariamente por el condenado de forma simultánea (art. 57.2 en relación con los artículos 48.2 y 57.1).

En el *delito de quebrantamiento* del artículo 468 *no cabe* imponer la pena accesoria de prohibición de aproximación y de comunicación con la víctima, pues el artículo 57.1 no incluye este delito contra la Administración de Justicia en su ámbito de aplicación, que se circunscribe a los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico (STS 165/2020, de 19 de mayo).

En los *delitos leves de amenazas, coacciones, vejaciones e injurias* podrán imponerse las prohibiciones de residencia, aproximación y de comunicación por un tiempo que no exceda de seis meses (arts. 48 y 57.3).

c) CUESTIONES

1.^a La *pena accesoria de prohibición de aproximación resulta de imposición obligatoria en los delitos comprendidos en el ámbito subjetivo del artículo 173.2* (art. 57.2). Este carácter imperativo fue declarado constitucional por la STC 60/2010, de 7 de octubre, que resolvió que no resultaba contrario al principio de proporcionalidad de las penas.

Ahora bien, la imposición del resto de penas del artículo 48 y, en particular, de la *pena accesoria de prohibición de comunicación es de aplicación facultativa*, pues la única prohibición que debe imponerse obligatoriamente en los delitos de género y de violencia familiar que lo permiten es la prohibición de aproximación. La condena, por tanto, a la *pena accesoria de prohibición de comunicación*, debe motivarse; si no se motiva, «se suprime» (SSAP Madrid, Sec. 26.^a, 1196/2013, de 12 de diciembre, Sec. 27.^a, 143/2014, de 10 de marzo y 350/2014, de 6 de junio).

En los *delitos leves*, la imposición de prohibiciones accesorias presenta un *carácter facultativo*.

2.^a Las penas accesorias de alejamiento y de prohibición de comunicación *resultan de aplicación en el delito de maltrato puntual en la modalidad de golpear o maltratar de obra* «sin causar lesión» del artículo 153.1.

La STS 342/2018, de 10 de julio, acaba con la posición discutible que niega su aplicación por entender que en la literalidad del artículo 57.1 solo se habla de «lesiones» (*vid.* STS 1023/2009, de 22 de octubre, SAP Madrid, Sec. 27.^a, 482/2014, de 24 de julio). De acuerdo con la citada STS 342/2018,

cuando el artículo 57.1 enumera los delitos en general no lo hace en relación con delitos concretos, sino atendiendo a las rúbricas de los títulos del libro II del Código Penal. De no entenderlo así, se llegaría al absurdo de que no cabría imponer las penas accesorias a delitos como el asesinato o la inducción al suicidio (ya que no son delitos de homicidio del artículo 138); ni tampoco a los delitos que se consideran exclusivamente contra la propiedad, ya que aquel precepto se refiere a «delitos contra el patrimonio».

3.^a La *suspensión del régimen civil de visitas es potestativa*, pese al tenor literal del artículo 48.2, que establece que queda en suspenso cuando se impone la pena accesoria de prohibición de aproximación. La Circular FGE 2/2004, de 22 de diciembre, y la jurisprudencia menor sostienen el *carácter potestativo* de la suspensión, interpretando sistemáticamente el precepto, en congruencia con el carácter facultativo de la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, o privación de la patria potestad (SAP Santa Cruz de Tenerife, Sec. 5.^a, 77/2008, de 1 de febrero y SAP Madrid, Sec. 26.^a, 1280/2012, de 5 de diciembre).

No obstante, a pesar de esta interpretación, la aplicación de la *suspensión automática del régimen de visitas resultará cada vez más frecuente en la práctica*, tras las reformas del derecho de visitas efectuadas en la legislación civil y penal en 2021.

El artículo 94 del Código Civil (redactado por Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica), dispone, en sus párrafos cuarto y quinto, que:

No procederá el establecimiento de un régimen de visita o estancia, y si existiera se suspenderá, respecto del progenitor que esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos. Tampoco procederá cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. No obstante, la autoridad judicial podrá establecer un régimen de visita, comunicación o estancia en resolución motivada en el interés superior del menor o en la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad necesitado de apoyos y previa evaluación de la situación de la relación paterno-filial.

No procederá en ningún caso el establecimiento de un régimen de visitas respecto del progenitor en situación de prisión, provisional o por sentencia firme, acordada en procedimiento penal por los delitos previstos en el párrafo anterior.

En la regulación de la orden de protección, el tercer párrafo del artículo 544 ter.7 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (redactado por la LOPIAV), establece que:

Cuando se dicte una orden de protección con medidas de contenido penal y existieran indicios fundados de que los hijos e hijas menores de edad hubieran presenciado, sufrido o convivido con la violencia a la que se refiere el apartado 1 de este artículo, la autoridad judicial, de oficio o a instancia de parte, suspenderá el régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculpado respecto de los menores que dependan de él. No obstante, a instancia de parte, la autoridad judicial podrá no acordar la suspensión mediante resolución motivada en el interés superior del menor y previa evaluación de la situación de la relación paterno-filial.

X

MEDIDA DE SEGURIDAD DE LIBERTAD VIGILADA

El artículo 156 quáter del Código Penal establece la posibilidad de imponer con *carácter facultativo* la medida de seguridad de *libertad vigilada* (art. 96.3.3.^a), a las personas condenadas por la comisión de uno o más delitos de los comprendidos en el título III («De las lesiones»), cuando la víctima fuera alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2. Asimismo, en el delito de *maltrato habitual*, el último párrafo del artículo 173.2 dispone que «*podrá* además imponerse una medida de libertad vigilada».

La medida de libertad vigilada es una medida de seguridad no privativa de libertad, introducida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, novedosa entre otros motivos porque, frente a la vinculación que hasta la citada ley se establecía entre la imposición de medidas de seguridad y situaciones de inimputabilidad o semiimputabilidad (arts. 101 a 105), en lo sucesivo, la nueva medida resultaría también aplicable, facultativa o preceptivamente, *a sujetos imputables en los delitos* que la contemplasen expresamente (art. 106.2; STS 370/2020, de 3 de julio).

En nuestro ámbito de estudio, como se acaba de referir, la medida de libertad vigilada resulta de *imposición facultativa en sentencia en los delitos de lesiones y de maltrato habitual por un tiempo no superior a cinco años para su cumplimiento posterior a la pena privativa de libertad* (ex artículos 105.1 y 106.2).

Como toda medida de seguridad, la libertad vigilada debe fundarse en la *peligrosidad del autor* exteriorizada en la comisión de un hecho punible, cuya imposición resulta *necesaria* para evitar la comisión de nuevos delitos que se revela probable a la vista del hecho cometido y las circunstancias personales

del sujeto (arts. 3.1, 6.1 y 95.1; SSTS 216/2012, de 1 de febrero y 728/2016, de 30 de septiembre).

El *contenido* de la medida de libertad vigilada consiste en el sometimiento del condenado a control judicial a través del cumplimiento de las *obligaciones* (estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos, presentarse periódicamente, comunicar los cambios de residencia, lugar o puesto de trabajo, participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual o similares, seguir tratamiento médico externo o someterse a un control médico periódico) y *prohibiciones* (de ausentarse de un territorio sin autorización judicial, aproximarse a la víctima o sus familiares u otras personas, o comunicar con ellos, de acudir a determinados territorios, lugares o establecimientos, residir en determinados lugares, desempeñar actividades que puedan facilitar cometer hechos delictivos similares), previstas en el artículo 106.1.

El juez o tribunal sentenciador decidirá el *contenido concreto* de la medida de libertad vigilada, previa audiencia del Ministerio Fiscal, las partes y las víctimas del delito no personadas y localizables que lo hubiesen solicitado al inicio o en cualquier momento de la ejecución, sobre la base de la propuesta que le remita el juez de vigilancia penitenciaria al menos dos meses antes de la extinción de la pena privativa de libertad, para que pueda, si procede, iniciarse su ejecución en ese momento (arts. 97, 98 y 106.2 y 3).

Ultimado el cumplimiento de la pena es cuando ha de realizarse la valoración inicial para fijar las condiciones concretas de la medida de libertad vigilada, y un seguimiento posterior para decidir sobre su mantenimiento, cese, sustitución o suspensión (STS 768/2014, de 11 de noviembre y 609/2015, de 14 de octubre).

Si la persona sometida a libertad vigilada *incumpliese una o varias de las obligaciones impuestas*, el juez o tribunal podrá modificar las obligaciones o prohibiciones impuestas, con arreglo al procedimiento previsto para su concreción. Si el incumplimiento fuera reiterado o grave, revelador de la voluntad de no someterse a las obligaciones o prohibiciones impuestas, el juez deducirá, además, testimonio por delito de quebrantamiento de condena (art. 106.4).

XI

SUSPENSIÓN DE PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

1. CONCEPTO Y LEGISLACIÓN APLICABLE

La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad es una institución de ejecución penal de discrecionalidad reglada, conocida tradicionalmente con los nombres de remisión o condena condicional o perdón de sala, plenamente aplicable a los delitos de género y de violencia familiar.

A través de esta institución, mediante la imposición de determinadas condiciones, se evita el ingreso en prisión de los condenados en sentencia firme a penas cortas privativas de libertad que ofrecen un pronóstico favorable de no cometer delitos en el futuro (art. 25.2 CE; SSTC 202/2004 de 15 de noviembre y 251/2005, de 10 de octubre).

La legislación aplicable a la suspensión de la condena, por afectar a la fase de ejecución de la pena, ha de ser la vigente a la fecha en la que se acuerda la misma (STSS 22/2015, de 29 de enero y 164/2018, de 16 de abril).

Se trata de la suspensión de penas privativas de libertad, de modo que no alcanza a las penas accesorias, ni a la responsabilidad civil ni al decomiso.

2. CLASES

La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal, en vigor desde el 1 de julio, *unificó el instituto de la suspensión* de las penas privativas de libertad, distinguiendo distintas clases de suspensión que serán objeto de análisis inmediato.

Este carácter unificador tiene su reflejo hasta en la propia institución de la *libertad condicional*, configurada como un supuesto de suspensión, pues si la libertad se revoca, el tiempo pasado en libertad condicional no se computa como tiempo de ejecución de la pena (art. 90.1 y 6). La doctrina es unánime en señalar que la nueva regulación desnaturaliza el sistema de individualización científica de ejecución de penas privativas de libertad, donde la libertad condicional constituye la última fase de cumplimiento de la pena de prisión (art. 72.1 LOGP), quedando reducida a una modalidad más de suspensión (STS 561/2020, de 29 de octubre)¹.

La institución de la *sustitución* de las penas de prisión por multa o trabajos en beneficio de la comunidad, dejó de contemplarse de manera autónoma, tras la derogación del artículo 88 del Código por la Ley Orgánica 1/2015, y solo opera de manera residual: a) cuando proceda imponer una *pena de prisión inferior a tres meses*, que se sustituye por multa, trabajos en beneficio de la comunidad o localización permanente, sustituyéndose cada día de prisión por dos cuotas de multa o por una jornada de trabajo o por un día de localización permanente (art. 71.2); y b) cuando se *condene a un extranjero* a una pena superior a un año de prisión, que se sustituye, como regla, por su expulsión del territorio nacional con los requisitos que establece el artículo 89 del Código.

A) Suspensión ordinaria

Son *requisitos* de la suspensión ordinaria (art. 80.2):

1.º Ser delincuente primario, es decir, haber delinquido por primera vez. A tal efecto, no se tienen en cuenta las condenas por delitos imprudentes o por delitos leves, ni los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo (art. 136). Tampoco se tienen en cuenta los antecedentes penales correspondientes a delitos que, por su naturaleza o circunstancias, carezcan de relevancia para valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros

2.º Que la pena privativa de libertad impuesta o la suma de las impuestas no supere los dos años, sin incluir en tal cómputo la derivada del impago de la multa.

¹ Para el cómputo del tiempo, se estará a lo dispuesto en el artículo 193 del Reglamento Penitenciario, en la interpretación unificadora de la STS 685/2020, de 11 de diciembre, sobre refundición de condenas por enlace.

3.º Satisfacción o compromiso de pago de las responsabilidades civiles (sin que el pago se pueda excepcionar por motivos de insolvencia: STS 1039/2009, de 3 de noviembre) y efectividad del decomiso.

«Se trata de vincular la concesión de la suspensión, en todo caso y cualquiera que sea la situación económica por la que circunstancialmente pase el penado, a la asunción por parte del reo de su deber de resarcir a la víctima en la medida de sus posibilidades, de modo que dicho deber no desaparezca ritualmente al inicio de la ejecución de la condena, exigiéndose en todo momento una actitud positiva hacia el cumplimiento de la responsabilidad civil» (ATC 3/2018, de 23 de enero)².

B) Suspensión excepcional

Son *requisitos* de la suspensión excepcional (art. 80.3):

1.º No se exigen los requisitos de ser delincuente primario ni el de que la pena total impuesta no exceda de dos años.

2.º El penado no ha de ser reo habitual. Son reos habituales los que han cometido tres o más delitos de los comprendidos en un mismo capítulo, en un plazo no superior a cinco años, y hayan sido condenados por ello (art. 94.I).

3.º Cada pena de prisión que se suspenda no ha de exceder individualmente de dos años. Para la suspensión, se ha de tener en cuenta las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo de reparación del daño causado.

4.º Se condicionará siempre a la reparación del daño o a la indemnización del perjuicio causado conforme a las posibilidades físicas y económicas del reo, o al cumplimiento del acuerdo que se hubiese alcanzado en virtud de mediación (art. 84.1.1.^a).

5.º Se impondrá siempre el pago de una multa o trabajos en beneficio de la comunidad³.

² La concesión de la libertad condicional se somete igualmente al requisito de tener satisfechas las responsabilidades civiles, debiendo comprobarse el esfuerzo reparador del condenado (arts. 90.1, último párrafo CP y 72.5 y 6 LOGP). La STS 59/2018, de 2 de febrero, unifica doctrina en esta materia en el sentido de establecer que el juez de vigilancia penitenciaria no puede «imponer obligaciones de reparación sobre ingresos inferiores a los límites establecidos en el artículo 607 la Ley de enjuiciamiento civil».

³ En este supuesto, el control de la ejecución corresponde al tribunal sentenciador (Acuerdo Pleno TS, de 24 de octubre de 2018).

La multa no podrá ser superior a la que resulte de aplicar dos cuotas de multa por cada día de prisión sobre un límite máximo de dos tercios de su duración (art. 84.1.2.^a).

Si se hubiera tratado de un delito cometido sobre la mujer por quien sea o haya sido su cónyuge, o por quien esté o haya estado ligado a ella por una relación similar de afectividad, aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, el pago de la multa a que se refiere la medida 2.^a del apartado anterior solamente podrá imponerse cuando conste acreditado que entre ellos no existen relaciones económicas derivadas de una relación conyugal, de convivencia o filiación, o de la existencia de una descendencia común (art. 84.2).

La realización de trabajos en beneficio de la comunidad no puede exceder de la que resulte de computar un día de trabajos por cada día de prisión sobre un límite máximo de dos tercios de su duración (art. 84.1.3.^a).

La extensión de la multa o la de los trabajos no podrá ser inferior a la que resulte de aplicar los criterios de conversión anteriores sobre un quinto de la pena impuesta (art. 80.3. II).

6.º Efectividad del decomiso.

C) **Suspensión por enfermedad muy grave con padecimientos incurables**

La suspensión por padecer una enfermedad muy grave con padecimientos incurables no se sujeta a requisito alguno, con lo que puede suspenderse cualquier pena, cualquiera que sea su duración, salvo que en el momento de la comisión del delito el reo tuviera ya otra pena suspendida por el mismo motivo (art. 80.4) (STC 25/2000, de 31 de enero).

D) **Suspensión por drogodependencia y/o alcoholismo**

Son *requisitos* de la suspensión por drogodependencia y/o alcoholismo (art. 80.5):

1.º No se exigen los requisitos de ser delincuente primario ni el de que la pena total impuesta no exceda de dos años. Tampoco se exige no ser reo habitual.

2.º La pena de prisión suspendida no ha de exceder de cinco años.

3.º El delito cuya pena se suspende ha de haberse cometido a causa de la dependencia a una de las sustancias previstas en la eximente segunda del artículo 20. No es preciso que en la sentencia se haya apreciado la correspondiente atenuante (SSTS 546/2007, de 12 de junio y 1287/2009, de 22 de diciembre).

4.º Se ha de certificar por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado la deshabitación o el tratamiento del condenado. Si le penado está sometido a tratamiento, se condicionará la suspensión a que no lo abandone. Las recaídas no se consideran abandono si no evidencian que se deja definitivamente el tratamiento de deshabitación.

5.º Satisfacción de responsabilidades civiles y efectividad del decomiso.

E) Otros supuestos de suspensión

1.º *Suspensión de medidas impuestas a menores responsables penalmente*, conforme a lo dispuesto en el artículo 40 de la ley especial. Asimismo, durante la ejecución de las medidas, resulta posible la sustitución de las inicialmente impuestas, pudiendo quedar incluso sin efecto (arts. 13 y 51 LORPM).

2.º *Tramitación de indulto* (art. 4.4): por el tribunal sentenciador cuando, de modo muy excepcional y mediando petición de indulto, entienda que de ejecutarse la pena se vulneraría el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas o resultaría ilusoria la finalidad del indulto (art. 32 Ley provisional de 18 de junio de 1870, estableciendo reglas para el ejercicio del derecho de la gracia de indulto; ATS de 22 de septiembre de 1998).

3.º *Demencia sobrevenida* (art. 60): por el juez de vigilancia penitenciaria cuando, después de pronunciada sentencia firme, se aprecie en la persona condenada una situación duradera de trastorno mental grave que le impida conocer el sentido de la pena.

4.º *Interposición de recurso de amparo* (art. 56.2 LOTC): por el Tribunal Constitucional, cuando la ejecución pudiera hacer perder su finalidad al recurso de amparo. El propio TC ha explicitado el carácter excepcional de esta suspensión que, como regla, solo tiene lugar en penas cortas (por todos, ATC de 1 de febrero de 2005).

5.º *Estado de excepción*: durante la vigencia del estado de excepción (art. 55 CE), las personas condenadas por delitos contra el orden público o la seguridad ciudadana, «quedan exceptuados de los beneficios de la remisión

condicional» (art. 30.2 LO 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio).

6.º *Derecho penal militar*: el nuevo Código Penal Militar, aprobado por LO 14/2015, de 14 de octubre, faculta a los tribunales militares para aplicar, con arreglo al Código Penal común, «las formas sustitutivas de ejecución de las penas privativas de libertad previstas en el Código Penal, incluida la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad» (art. 22.1 CPM).

3. PROCEDIMIENTO DE CONCESIÓN

La suspensión es una *facultad discrecional del juez o tribunal sentenciador* que se concederá en resolución *motivada*, en la que se verificará el cumplimiento de cada uno de sus requisitos y se ponderará la razonabilidad o no de la ejecución de la pena impuesta, valorando las circunstancias de la persona condenada, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, y los efectos que puedan esperarse de la propia suspensión (art. 80.1).

Se acordará *en sentencia*, siempre que resulte posible (con lo que habrá de oírse a las partes sobre este extremo en el juicio), *o bien posteriormente mediante auto* (contra el que no cabe casación: SSTS 539/2002, de 25 marzo y 1038/2009, de 3 de noviembre), a la mayor urgencia, una vez que la sentencia sea firme y previa audiencia de las partes (art. 82.1).

En los delitos perseguibles previa denuncia o querrela de la persona ofendida, esta o quien la represente habrá de ser *oída antes de conceder la condena condicional* (art. 80.6).

4. PLAZOS DE SUSPENSIÓN

La suspensión, aunque no se mencione en el artículo 81, *se condiciona a que la persona condenada no delinca en el plazo que fija dicho precepto*, según el cual el plazo de suspensión será de *dos a cinco años para las penas privativas de libertad no superiores a dos años*, y de *tres meses a un año para las penas leves*. En el caso de suspensión por adicción al alcohol o drogas, el plazo de suspensión será de *tres a cinco años*. Los criterios para establecer el plazo de suspensión son los mismos que los tenidos en cuenta para conceder el beneficio.

El plazo de suspensión se computará desde la fecha de la resolución que la acuerda. Si la suspensión hubiera sido acordada en sentencia, el plazo de la

suspensión se computará desde la fecha en que aquella hubiera devenido firme. No se computará como plazo de suspensión aquel en el que la persona condenada se hubiera mantenido en situación de rebeldía (art. 82.2).

5. CONDICIONES ADICIONALES, EN PARTICULAR EN LOS DELITOS DE GÉNERO

El juez o tribunal, además de las condiciones generales examinadas, puede igualmente *condicionar la suspensión al cumplimiento de las prohibiciones y deberes establecidos en el artículo 83.1* (no aproximarse o comunicar con la víctima, mantener un lugar de residencia, no residir en un determinado lugar, comparecer periódicamente en dependencias policiales o administrativas, participar en programas formativos, laborales, educativos, de deshabitación, prohibición de conducir vehículos a motor que no dispongan de dispositivos que condicionen su encendido a la comprobación de las condiciones físicas del conductor y otros deberes convenientes para la rehabilitación del penado, previa su conformidad y que no atenten contra su dignidad), cuando ello resulte necesario para evitar el peligro de comisión de nuevos delitos, sin que puedan imponerse deberes y obligaciones que resulten excesivos y desproporcionados.

Cuando se trate de delitos *cometidos sobre la mujer por quien sea o haya sido su cónyuge, o por quien esté o haya estado ligado a ella por una relación similar de afectividad, aun sin convivencia, se impondrán siempre las prohibiciones y deberes indicados en las reglas 1.^a, 4.^a y 6.^a del artículo 83.1* (art. 83.2):

1.^a Prohibición de aproximarse a la víctima o a aquéllos de sus familiares u otras personas que se determine por el juez o tribunal, a sus domicilios, a sus lugares de trabajo o a otros lugares habitualmente frecuentados por ellos, o de comunicar con los mismos por cualquier medio. La imposición de esta prohibición será siempre comunicada a las personas con relación a las cuales sea acordada.

4.^a Prohibición de residir en un lugar determinado o de acudir al mismo, cuando en ellos pueda encontrar la ocasión o motivo para cometer nuevos delitos.

6.^a Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de los animales, de igualdad de trato y no discriminación, resolución pacífica de conflictos, parentalidad positiva y otros similares.

El *seguimiento y control* de las condiciones adicionales relativas a las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación y deberes de presentación a las autoridades, se atribuye a las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado. «Cualquier posible quebrantamiento o circunstancia relevante para

valorar la peligrosidad del penado y la posibilidad de comisión futura de nuevos delitos, será inmediatamente comunicada al Ministerio Fiscal y al juez o tribunal de ejecución» (art. 83.3).

El control del cumplimiento de los deberes relativos a los programas de tratamiento corresponderá a los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de la Administración penitenciaria, que informarán al juez o tribunal de ejecución con una periodicidad trimestral (o semestral en el caso de participación en programas de deshabituación) y, en todo caso, a su conclusión. «Asimismo, informarán inmediatamente de cualquier circunstancia relevante para valorar la peligrosidad del penado y la posibilidad de comisión futura de nuevos delitos, así como de los incumplimientos de la obligación impuesta o de su cumplimiento efectivo» (art. 83.4).

Asimismo, la suspensión *puede condicionarse al cumplimiento del acuerdo alcanzado en una mediación, al pago de una multa o a la realización de trabajos en beneficio de la comunidad* (art. 84.1). Pero, como vimos al analizar la suspensión excepcional, si se trata de un delito cometido sobre la mujer por quien sea o haya sido su cónyuge, o por quien esté o haya estado ligado a ella por una relación similar de afectividad, aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, el pago de la multa que condiciona la suspensión solamente podrá imponerse cuando conste acreditado que entre ellos no existen relaciones económicas derivadas de una relación conyugal, de convivencia o filiación, o de la existencia de una descendencia común (art. 84.2).

Estas condiciones pueden alzarse o modificarse por otras menos gravosas durante el tiempo de suspensión de la pena, a la vista de la modificación de las circunstancias que se valoraron para su adopción (art. 85).

6. REVOCACIÓN DE LA SUSPENSIÓN

La *revocación de la suspensión* por el juez o tribunal sentenciador tendrá lugar, *previa audiencia del fiscal y de las demás partes*, incluso tras una vista oral o tras practicar las diligencias que el juzgador considere necesarias para resolver (art. 86.4.I, primera frase y segundo párrafo), cuando la persona penada: a) delinca durante el plazo de suspensión; b) incumpla las obligaciones

impuestas; o c) frustre la ejecución de la responsabilidad civil o del decomiso, *pero tal revocación no es automática.*

La necesidad de previa audiencia de parte, como señala la STC 248/2004, de 20 de diciembre (con cita de numerosa jurisprudencia del TEDH), «constituye una exigencia constitucional ineludible que deriva directamente de la prohibición constitucional de indefensión (art. 24.1 CE)», de ahí que resulte cuestionable la previsión de la segunda frase del primer párrafo artículo 86, cuando dispone que no será precisa tal audiencia y el juez o tribunal podrá proceder directamente a la revocación de la suspensión y ordenar el ingreso inmediato del penado en prisión cuando resulte imprescindible para evitar el riesgo de reiteración delictiva, el riesgo de huida de la persona condenada o asegurar la protección de la víctima (art. 86.4).

La suspensión, como se ha dicho, no es automática, pudiendo distinguirse los siguientes supuestos:

a) Si la persona condenada delinque, el órgano judicial revocará la decisión si el nuevo delito cometido pone de manifiesto que la decisión en la que se fundaba la suspensión ya no puede ser mantenida.

b) El incumplimiento de las obligaciones ha de ser grave o reiterado para acordar la revocación.

Si el incumplimiento de las prohibiciones, deberes o condiciones no hubiera tenido carácter grave o reiterado, el juez o tribunal podrá: a) imponer nuevas prohibiciones, deberes o condiciones, o modificar las ya impuestas. b) prorrogar el plazo de suspensión, sin que en ningún caso pueda exceder de la mitad de la duración del que hubiera sido inicialmente fijado (art. 86.2).

c) La frustración de la ejecución se produce facilitando información inexacta o insuficiente sobre el paradero de bienes u objetos cuyo decomiso hubiera sido acordado; no dando cumplimiento al compromiso de pago de las responsabilidades civiles objeto de condena, salvo que careciera de capacidad económica para ello; o facilitando información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio (art. 86.1).

Si el impago responde a una verdadera situación de insolvencia, no se revoca el beneficio de la suspensión (ATC 3/2018, de 23 de enero).

En el caso de revocación de la suspensión, los gastos que hubiera realizado la persona condenada para reparar el daño causado, conforme al artículo 84.1, no serán restituidos. Sin embargo, el juez o tribunal abonará a la pena los pagos por la multa y la prestación de trabajos que hubieran sido realizados o cumplidos (art. 86.3).

7. REMISIÓN DE LA PENA

La *remisión definitiva de la pena* extingue la responsabilidad penal (art. 130.1.3.º), y la acuerda el juez o tribunal cuando *concluye el plazo de suspensión sin* que el sujeto haya cometido un *delito* que ponga de manifiesto que la expectativa en que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida, y *cuando ha cumplido de forma suficiente* las reglas de conducta fijadas (art. 87.1).

No obstante, para la remisión de la *pena suspendida por drogodependencia y/o alcoholismo*, deberá acreditarse la *deshabitación* del sujeto o la continuidad del *tratamiento*. De lo contrario, el juez o tribunal ordenará su cumplimiento, salvo que, oídos los informes correspondientes, estime necesaria la continuación del tratamiento; en tal caso, podrá conceder razonadamente una prórroga del plazo de suspensión por tiempo no superior a dos años (art. 87.2).

8. SUSPENSIÓN Y CANCELACIÓN ANTECEDENTES PENALES

Las sentencias firmes condenatorias *se anotan* en el Registro Central de Penados y también en el Registro Central para la Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica [art. 2.3.a) y c) y 9 RSIRAJ].

Las notas de condena forman la denominada hoja histórico-penal de la persona rea y permiten, entre otros extremos, conocer si tiene antecedentes penales computables a efectos de apreciar las agravaciones de reincidencia o multirreincidencia (arts. 22.8.^a y 66.1.5.^a)⁴, o valorar si procede la concesión o denegación del beneficio de la suspensión condicional de la pena.

Las personas condenadas que hayan extinguido su responsabilidad penal tienen derecho a la cancelación de sus antecedentes penales, siempre que no hayan vuelto a delinquir en los «plazos de rehabilitación» que establece el artículo 136.1 de Código (arts. 18 ss. RSIRAJ y STS 21/2020, de 28 de enero):

- a) Seis meses para las penas leves.
- b) Dos años para las penas que no excedan de doce meses y las impuestas por delitos imprudentes.

⁴ Téngase en cuenta que las sentencias extranjeras son computables en determinados delitos a efectos de reincidencia (ej.: delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores, art. 190), y también generan antecedentes penales las condenas dictadas por los tribunales de otros Estados de la Unión Europea a partir del 15 de agosto de 2010 (art. 14 y disp. adicional única de la LO 7/2014, de 12 de noviembre, sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea, y arts. 22.8.^a y 94 bis CP).

- c) Tres años para las restantes penas menos graves inferiores a tres años.
- d) Cinco años para las restantes penas menos graves iguales o superiores a tres años.
- e) Diez años para las penas graves.

Estos *plazos se cuentan* desde el día siguiente a aquel en que la pena quedó extinguida. Si no consta la fecha de extinción, «el día inicial para el cómputo del plazo de rehabilitación deberá determinarse desde la firmeza de la propia sentencia» (STS 474/2018, de 17 de octubre).

Si la extinción de la pena se produce mediante la *remisión condicional*, el plazo de rehabilitación, una vez obtenida la remisión definitiva, se computará retrotrayéndolo al día siguiente a aquel en que la pena hubiese quedado cumplida si no se hubiera disfrutado del beneficio de la suspensión. En este caso, se tomará como fecha inicial para el cómputo de la duración de la pena el día siguiente al del otorgamiento de la suspensión (art. 136.2).

El hecho de que no se haya dictado la resolución por la que se acuerde la remisión definitiva no impide realizar los cálculos pertinentes para comprobar si pudo y debió haberse acordado, pues tal omisión no puede resultar contraria a la persona condenada si concurrían los requisitos de dicha remisión (STS 236/2020, de 26 de mayo).

Los antecedentes penales no se tendrán en cuenta si se cumplen los requisitos para su cancelación, aunque esta no se haya producido formalmente (art. 136.5).

Las medidas de seguridad se cancelan una vez cumplidas o prescritas sin sujeción a plazo. Mientras tanto, solo figuran en las certificaciones que el Registro expida con destino a jueces o tribunales o autoridades administrativas (art. 137).

Trascurridos diez años, a contar desde que el menor hubiera alcanzado la mayoría de edad y siempre que las medidas judicialmente impuestas hayan sido ejecutadas en su plenitud o hayan prescrito, el Ministerio de Justicia procederá de oficio a la cancelación de cuantas inscripciones de sentencias referentes al mismo consten en el Registro Central de Sentencias de Responsabilidad Penal de los Menores (disp. adicional 3.ª LORPM y art. 24 RSIRAJ).

XII

PRESCRIPCIÓN

1. PLAZOS

A) La *prescripción de los delitos de género y de violencia familiar* examinados se produce a los *cinco años*, dado que ninguno de ellos, *en abstracto*, está castigado con pena de prisión o inhabilitación por más de cinco años y que no exceda de diez, excepto los *delitos leves* y los *delitos de injurias y calumnias*, que *prescriben al año* (art. 131.1.III y IV CP; Acuerdo Pleno TS, de 16 de diciembre de 2008).

Los hechos delictivos *cometidos por menores* prescriben *al año*, cuando se trate de un *delito menos grave*; y a los *tres meses*, cuando se trate de un *delito leve* (art. 15.1.4.º y 5.º LORPM).

El plazo de prescripción que debe tenerse en cuenta en el *caso concreto* es el que corresponde al delito declarado probado por el tribunal. Como establece el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 26 de octubre de 2010 (en el mismo sentido STC 37/2010, de 19 de julio y STS 304/2020, 12 de junio, entre otras muchas):

Para la aplicación del instituto de la prescripción, se tendrá en cuenta el plazo correspondiente al delito cometido, entendido éste como el declarado como tal en la resolución judicial que así se pronuncie. En consecuencia, no se tomarán en consideración para determinar dicho plazo aquellas calificaciones jurídicas agravadas que hayan sido rechazadas por el Tribunal sentenciador. Este mismo criterio se aplicará cuando los hechos enjuiciados se degraden de delito a falta, de manera que el plazo de prescripción será el correspondiente a la calificación definitiva de los mismos como delito o falta [*delito leve*]. En los delitos conexos o en el concurso de infracciones, se tomará en consideración el delito más grave

declarado cometido por el Tribunal sentenciador para fijar el plazo de prescripción del conjunto punitivo enjuiciado.

De este modo, al inicio del proceso, el plazo de prescripción se determina en función de la pena abstracta señalada para el delito, sin perjuicio de que, enjuiciados los hechos, se determine con arreglo a su calificación definitiva, pues solo se admite la apreciación de la prescripción sin necesidad de juicio cuando no resulte necesaria la práctica de ninguna prueba para establecer el tiempo de los hechos ni resulte discutible su calificación (STS 185/2021, de 3 de marzo).

B) Las *penas* menos graves prescriben a los *cinco años y las leves al año* (art. 133.1.VI y VII CP). Las *medidas de seguridad* privativas de libertad superiores a tres años prescriben a los diez años, y a los cinco años, si la privación de libertad es inferior o la medida tiene otro contenido (art. 135.1 CP).

Las *medidas impuestas a los menores* que tengan una duración superior a los dos años prescribirán a los tres años. Las restantes medidas prescribirán a los dos años, excepto la amonestación, las prestaciones en beneficio de la comunidad y la permanencia de fin de semana, que prescribirán al año (art. 15.2 LORPM).

2. CÓMPUTO

A) Los plazos *se computan* desde el día en que la infracción punible se ha cometido. En los delitos continuados, permanentes y habituales se computan, respectivamente, desde el día en que se realizó la última infracción, desde que se eliminó la situación ilícita o desde que cesó la conducta (art. 132.1.I CP, redactado por LOPIAV).

Para facilitar la persecución del delito, el cómputo de los plazos se difiere *cuando la víctima es una persona menor de dieciocho años*, de modo que en los delitos de aborto no consentido, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, y contra las relaciones familiares, *los plazos se computan* desde el día en que aquella haya alcanzado la mayoría de edad, y si falleciera antes de alcanzarla, a partir de la fecha del fallecimiento (art. 132.1.II CP, redactado por LOPIAV).

Ahora bien, como regla especial de cómputo en el caso de víctimas menores de dieciocho años en atención a la gravedad de los delitos, el último párrafo del artículo 132.1 (redactado por LOPIAV) dispone que si trata de los

delitos de tentativa de homicidio, de lesiones de los artículos 149 y 150, en el delito de maltrato habitual previsto en el artículo 173.2, en los delitos contra la libertad, en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual y en los delitos de trata de seres humanos, los términos se computarán desde que la víctima cumpla los treinta y cinco años de edad, y si falleciere antes de alcanzar esa edad, a partir de la fecha del fallecimiento.

B) El tiempo de la *prescripción de la pena se computa* desde la fecha de la sentencia firme, o desde el quebrantamiento de la condena, si hubiese comenzado a cumplirse (art. 134.1 CP).

El *cómputo de la prescripción de las medidas de seguridad* se efectúa desde la firmeza de la resolución que impuso la medida; en caso de cumplimiento sucesivo, desde que debió empezar a cumplirse. Si el cumplimiento de la medida fuese posterior al de una pena, el plazo se computará desde la extinción de esta (art. 135.2 y 3 CP).

3. INTERRUPCIÓN

A) Los *plazos de prescripción del delito se interrumpen*¹, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando *el procedimiento se dirija contra la persona indiciariamente responsable del delito*, comenzando a correr de nuevo desde que se paralice o termine sin condena de acuerdo con las reglas establecidas en el artículo 132.2 y 3 del Código Penal:

1.^a Se entenderá dirigido el procedimiento contra una persona determinada desde el momento en que, al incoar la causa o con posterioridad, se dicte resolución judicial motivada en la que se le atribuya su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito.

2.^a No obstante lo anterior, la presentación de querrela o la denuncia formulada ante un órgano judicial, en la que se atribuya a una persona determinada su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito, suspenderá el cómputo de la prescripción por un plazo máximo de seis meses, a

¹ El asunto de la interrupción de la prescripción llegó a provocar «choques» entre el TC y el TS, cuya solución «salomónica», como la denomina RODRÍGUEZ RAMOS, fue obra de la LO 5/2010, a la que responde su regulación actual en la redacción dada por la LO 1/2015. *Vid.* RODRÍGUEZ RAMOS, «La prescripción de los delitos», pp. 493 y ss.

Asimismo, téngase en cuenta que la LO 9/2021, de 1 de julio, de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea, añade un nuevo apartado cuarto al artículo 132 para regular la interrupción de la prescripción en los procedimientos cuya investigación haya sido asumida por la Fiscalía Europea, de similar contenido a las reglas transcritas solo que con la Fiscalía Europea como órgano encargado de la investigación.

contar desde la misma fecha de presentación de la querrela o de formulación de la denuncia.

Si dentro de dicho plazo se dicta contra el querrellado o denunciado, o contra cualquier otra persona implicada en los hechos, alguna de las resoluciones judiciales mencionadas en la regla 1.^a, la interrupción de la prescripción se entenderá retroactivamente producida, a todos los efectos, en la fecha de presentación de la querrela o denuncia.

Por el contrario, el cómputo del término de prescripción continuará desde la fecha de presentación de la querrela o denuncia si, dentro del plazo de seis meses, recae resolución judicial firme de inadmisión a trámite de la querrela o denuncia o por la que se acuerde no dirigir el procedimiento contra la persona querrelada o denunciada. La continuación del cómputo se producirá también si, dentro de dicho plazo, el juez de instrucción no adoptara ninguna de las resoluciones previstas en este artículo.

3.^a A los efectos de este artículo, la persona contra la que se dirige el procedimiento deberá quedar suficientemente determinada en la resolución judicial, ya sea mediante su identificación directa o mediante datos que permitan concretar posteriormente dicha identificación en el seno de la organización o grupo de personas a quienes se atribuya el hecho.

Solamente interrumpen la prescripción las resoluciones judiciales que se dicten o las diligencias que se practiquen que posean un auténtico contenido material o sustancial, «demostrativas de que la investigación o tramitación avanza y progresa, consumiéndose las sucesivas etapas previstas por la ley o que demanden principios constitucionales o normas con influencia en derechos fundamentales de naturaleza procesal, superando la inactividad y la paralización». Las decisiones y diligencias banales, inocuas o de mero trámite que no afectan al curso del procedimiento no son susceptibles de interrumpir la prescripción (SSTS 41/2021, de 21 de enero, y 128/2021, de 12 de febrero).

B) El plazo de prescripción de *la pena quedará en suspenso* durante: a) el período de suspensión de la ejecución de la pena; y b) el cumplimiento de otras penas, cuando las penas no puedan cumplirse simultáneamente (art. 134.2).

XIII

RESPONSABILIDAD CIVIL

1. INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS: PRINCIPIOS DISPOSITIVO Y DE ROGACIÓN

La responsabilidad civil derivada del delito no presenta ninguna naturaleza distinta de la responsabilidad de esta clase, por lo que su determinación debe tener en cuenta todas las normas de derecho privado, sin perjuicio de las especialidades propias de la jurisdicción penal contenidas en el «pequeño resumen» que establecen los artículos 109 a 122 del Código Penal¹ (y en las normas de los artículos 100 a 117 LECrim y 61 a 64 LORPM), relativos a la extensión de la responsabilidad, los perjudicados, las personas responsables directas (autores, cómplices, exentos de responsabilidad penal, compañías aseguradoras y partícipes a título lucrativo) y subsidiarias (curadores, empresas editoriales y de medios de comunicación, personas físicas o jurídicas titulares de establecimientos y empresas, propietarios de vehículos, Administración pública), plazos e imputación de pagos (en este sentido STS 865/2016, de 14 de enero).

El *ejercicio acumulado de la acción civil* en el procedimiento penal, que resulta posible en nuestro ordenamiento (art. 111 LECrim) por razones de utilidad y economía procesal, obliga al tribunal penal a resolver sobre las pretensiones civiles objeto de enjuiciamiento (art. 742.II LECrim).

En los delitos de género y de violencia familiar estas pretensiones se traducen en la necesidad de *indemnizar los perjuicios materiales y morales cau-*

¹ YZQUIERDO TOLSADA, «Justicia penal y Derecho Civil *light*».

sados a la víctima, a sus familiares y a terceros (arts. 109.1, 113 y 116.1; STS 1750/2003, de 18 de diciembre), siempre que *la parte perjudicada lo solicite* y resulte acreditada la *relación de causalidad* entre la acción u omisión delictiva y el daño o perjuicio producido. Por ejemplo, los días de curación y las secuelas de la agresión lesiva, la humillación por el trato degradante, el sufrimiento padecido por el maltrato habitual o la inquietud derivada de las amenazas, las coacciones o el hostigamiento.

La materia está regida por los *principios dispositivo y de justicia rogada*, de modo que el tribunal no puede otorgar mayor indemnización que la solicitada (SSTS 353/2008, de 13 de junio y 833/2009, de 28 de julio), una vez que declare probada la responsabilidad civil y establezca razonadamente las bases que fundamenten la cuantía indemnizatoria, que puede fijarse en la propia resolución o diferirse a la fase ejecutiva (arts. 115 CP y 219 LEC).

2. CUANTÍA INDEMNIZATORIA Y PLAZO DE EJECUCIÓN

La *cantidad indemnizatoria de las lesiones temporales y permanentes* suele partir de las lesiones objetivadas en el informe forense de sanidad, a las que se aplica, como *criterios orientadores*, el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación del título IV del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (arts. 32 y ss.), y los importes que figuran en el anexo, *con correcciones al alza*, pues no se trata de indemnizar perjuicios causados por imprudencia, sino «las consecuencias perjudiciales debidas a una acción criminal dolosa, que sin duda comporta un claro plus de perversidad y la consiguiente acentuación del daño moral en quien lo padece» (STS 423/2020, de 23 de julio). La SAP Madrid, Sec. 26.^a, 252/2014, de 4 de abril, incrementó la cuantía indemnizatoria según dicho sistema en un 50%, habida cuenta de la gravedad de las lesiones sufridas por la víctima rociada con ácido en la cara.

La fijación de la *cuantía indemnizatoria por daño moral* cuando no exista lesión psicológica, en cuyo caso podría acudir al mencionado sistema, no significa que tales daños no resulten indemnizables, pues estos pueden «surgir de la mera significación espiritual que tiene el delito para ella [*la víctima*] y de la necesidad de integrarlo en su experiencia vital». Los parámetros en estos supuestos son más inseguros y atienden a un juicio global sobre «la gravedad de la acción que lesionó a la persona perjudicada, la importancia del bien jurídico protegido y las singulares circunstancias de la víctima» (STS 127/2020, 14 de abril).

La cuantía que se fije es competencia del tribunal de instancia, siendo posible su rectificación en vía de recurso, como indica la STS 423/2020, de 23 de julio, en los siguientes supuestos:

- 1.º Cuando se rebase o exceda lo solicitado por las partes acusadoras.
- 2.º Cuando se fijen defectuosamente las bases correspondientes.
- 3.º Cuando quede patente una evidente discordancia entre las bases y la cantidad señalada como indemnización.
- 4.º Cuando se establezcan indemnizaciones que se aparten de modo muy relevante de las señaladas ordinariamente por los Tribunales en supuestos análogos.
- 5.º En supuestos de error notorio, arbitrariedad o irrazonable desproporción de la cuantía fijada.
- 6.º En los supuestos de aplicación necesaria del Baremo, cuando se aprecia una defectuosa interpretación del mismo.
- 7.º En los supuestos dolosos, o imprudentes ajenos a la circulación, en los que el Baremo solo es orientativo, cuando el Tribunal señale expresamente que establece las indemnizaciones conforme al baremo, y sin embargo lo aplique defectuosamente.

Las cantidades indemnizatorias, una vez que sean líquidas o liquidables mediante una simple operación, devengarán *intereses moratorios* consistentes en el interés legal del dinero desde la fecha en que se reclamen (arts. 1100 y 1108 CC), que será incrementado en dos puntos a partir de la fecha de la sentencia que condena a su pago (art. 576.1 LEC; STS 316/2020, de 15 de junio; STS, Sala Primera, 103/2021, de 25 de febrero, que resume la doctrina sobre el principio, ya muy atenuado, *in illiquidis non fit mora*).

Como regla especial en materia de ejecución de la responsabilidad civil derivada del delito, la STS 607/2020, de 13 de noviembre, ha establecido la doctrina de que «declarada la firmeza de la sentencia, la ejecución de sus pronunciamientos civiles puede continuar hasta la completa satisfacción del acreedor, según previene el artículo 570 LEC, *sin que le sea de aplicación ni la prescripción, ni la caducidad*»².

3. ASEGURAMIENTO CAUTELAR

Las responsabilidades pecuniarias, incluidas las costas, en las que puede incurrir la persona responsable del delito y las responsables civiles pueden quedar garantizadas de forma cautelar, de oficio o a instancia de parte, median-

² QUINTERO comenta críticamente esta solución en «Sobre la imprescriptibilidad de la responsabilidad civil *ex delicto*».

■ DELITOS DE GÉNERO Y DE VIOLENCIA FAMILIAR. CUESTIONES SUSTANTIVAS...

te auto motivado en el que se adopte, en pieza separada, una medida que se revele idónea, proporcionada y resulten indicios de criminalidad suficientes contra la persona investigada (ej.: embargo preventivo de bienes o bloqueo de cuentas) (arts. 299, 589 ss. y 764 LECrim y 726 a 728 LEC).

La averiguación patrimonial de bienes y la vida laboral de la persona investigada por parte del juzgado, a estos efectos, resulta facilitada por los datos que pueden obtenerse, de oficio o a instancia de parte, a través de la aplicación informática denominada «Punto Neutro Judicial» (arts. 230.6 LOPJ y 98 a 102 Rgto. CGPJ 1/2005, de 15 de septiembre, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales).

XIV

COSTAS

1. CONCEPTO Y CONTENIDO

Las costas procesales son los *gastos* que tienen un origen directo e inmediato en la existencia del proceso y comprenden los siguientes *conceptos*: honorarios de profesionales de la abogacía y la procura cuando su intervención sea preceptiva, peritajes, indemnización a testigos, aranceles, anuncios o edictos obligatorios, depósitos necesarios para recurrir, copias, notas, testimonios o certificaciones (arts. 241 LECrim y 241 LEC).

Las *costas de la acusación particular*, cuyo ejercicio resulta frecuente en los delitos de género, *se deben incluir* entre las impuestas a las personas condenadas contra las que se ha dirigido la acusación, *previa petición de parte*, al tratarse de una indemnización por los gastos soportados, resultando suficiente una solicitud genérica de condena en costas. Las costas de la acusación particular solo se excluyen, razonándolo, cuando sus pretensiones han sido «manifiestamente desproporcionadas, erróneas o heterogéneas en relación a las deducidas por el Ministerio Fiscal, o a las recogidas en la sentencia» (SSTS 316/2020, de 15 de junio y 624/2020, de 19 de noviembre).

En los delitos de especial gravedad cometidos en el ámbito de la violencia de género (homicidio, asesinato), suele resultar frecuente la personación en la causa de *acusaciones populares* (asociaciones, entes públicos). Cuando esto sucede, *la condena en costas no comprende los gastos ocasionados a tales acusaciones*, dado que «el condenado no tiene por qué soportar las cargas económicas derivadas de la intervención de quienes no siendo perjudicados por el delito se personan en la causa en la defensa de un interés público

que ha de presumirse respaldado por el Ministerio Fiscal» (STS 402/2019, de 12 de septiembre).

Excepcionalmente, se admite su inclusión cuando la acusación popular: a) defiende intereses difusos donde el daño que los mismos producen incide sobre bienes colectivos; b) cuando su interés no es del todo ajeno a los del perjudicado directo; y c) cuando su actuación ha sido imprescindible, decisiva y determinante, de forma que pueda concluirse que el delito no se hubiese sancionado sin su concurrencia (SSTS 798/2017, de 11 de diciembre y 86/2018, de 29 de febrero).

2. RESPONSABLES DEL PAGO

En el proceso penal, las costas «se entienden impuestas por ley a los criminalmente *responsables de todo delito*» (art. 123 CP), debiendo señalarse, si fuesen varios, la parte proporcional de la que cada uno debe responder (art. 240.2.º I LECrim). Si la sentencia es *absolutoria*, las costas, como regla, se declaran *de oficio* (art. 240.1.º y 2.º II LECrim).

La *distribución* de las costas se efectúa, tomando como referencia los escritos de conclusiones definitivas, «conforme al número de delitos de enjuiciados, dividiendo luego la parte correspondiente entre los distintos condenados; [...] cuando los condenados sean absueltos de uno o varios delitos y condenados por otro u otros, las cuotas correspondientes a las infracciones de las que han sido absueltos deberán declararse de oficio» (STS 708/2020, de 18 diciembre).

La imposición de *las costas a la acusación particular o al actor civil* exige: a) que se haya solicitado su imposición, pues el criterio civil de vencimiento no se aplica en el proceso penal; y b) que se haya apreciado *temeridad o mala fe* en su actuación (art. 240.3.º LECrim).

La jurisprudencia mantiene una interpretación restrictiva a la hora de imponer las costas a dichas acusaciones. La temeridad o mala fe de la acusación particular no concurre por el simple hecho de distanciarse de las tesis de la acusación pública, sino cuando, de forma notoria y evidente, por desconocimiento, descuido o intención, sus pretensiones perturban el normal desarrollo del proceso penal, reflejando su deseo de poner el proceso al servicio de fines distintos de aquellos que justifican su existencia (SSTS 190/2016, de 8 de marzo y 328/2020, de 18 de junio).

El hecho de que se haya decretado judicialmente la celebración del juicio no excluye que se haya obrado con temeridad o mala fe, «pues el plano de

análisis respecto al material incriminador es totalmente diferente, y caso contrario nunca se aplicaría la doctrina expuesta por el hecho de dictarse sentencia absolutoria» (STS 440/2017, de 19 de junio).

La STS 680/2020, de 11 de diciembre, realiza un detenido estudio de la condena en costas a la acusación particular, distinguiendo los conceptos de mala fe y temeridad del modo siguiente:

La mala fe significa que la parte, a sabiendas de que la pretensión es insostenible, mantiene la acusación con objeto de perseguir al acusado, sentándolo en el banquillo, a pesar de que conoce que no ha cometido delito alguno. La temeridad no requiere, sin embargo, tal componente subjetivo, y concurre cuando la pretensión que se formula ante el Tribunal penal no solamente es insostenible jurídicamente, bajo cualquiera de las fórmulas de interpretación generalmente admitidas en la interpretación del tipo penal que sustente la acusación, sino que es descabellada.

Las personas *responsables civiles* distintas de las penales no son responsables del pago de las costas procesales, salvo cuando, existiendo conformidad acerca de los hechos constitutivos del delito enjuiciado, el procedimiento debe proseguir para determinar quiénes son los posibles responsables civiles, directos o subsidiarios. En este caso, sí que resulta procedente la condena en costas de quien finalmente haya sido declarado responsable civil, en la parte proporcional que le corresponda, aplicando supletoriamente el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dado que dicha condena tiene como fundamento resarcir los gastos procesales indebidamente soportados por la parte perjudicada en el proceso, sin que tal condena revista naturaleza punitiva alguna (SSTS 468/2014, de 10 de junio y 212/2015, de 11 de junio).

PARTE III

CUESTIONES PROCESALES

I

JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

1. JURISDICCIÓN

La *jurisdicción española* se extiende, en virtud del *principio de territorialidad*, al conocimiento de los delitos de género y de violencia familiar cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españoles, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en los que España sea parte (art. 23.1 LOPJ).

Asimismo, se extiende al conocimiento de estos delitos, aunque se comentan fuera del territorio, en virtud del principio de *personalidad*, siempre que el autor sea español o extranjero que hubiera adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho y concurren los siguientes requisitos (art. 23.2 LOPJ):

- a) Que el hecho sea punible en el lugar de ejecución, salvo que, en virtud de un Tratado internacional o de un acto normativo de una Organización internacional de la que España sea parte, no resulte necesario dicho requisito, sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados siguientes.
- b) Que el agraviado o el Ministerio Fiscal interpongan querrela ante los Tribunales españoles.
- c) Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si solo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda.

En materia de violencia de género, rige el principio de *universalidad*, de modo que la jurisdicción española será igualmente competente para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacio-

nal susceptibles de tipificarse, según la ley española, como delitos regulados en el Convenio del Consejo de Europa de 11 de mayo de 2011, sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, previa querrela del agraviado o del Ministerio Fiscal (art. 23.6 LOPJ), cuando no concurra alguno de los impedimentos procesales previstos (art. 23.5 LOPJ), siempre que (art. 23.4.1 LOPJ):

- 1.º el procedimiento se dirija contra un español;
- 2.º el procedimiento se dirija contra un extranjero que resida habitualmente en España; o,
- 3.º el delito se hubiera cometido contra una víctima que, en el momento de comisión de los hechos, tuviera nacionalidad española o residencia habitual en España, siempre que la persona a la que se impute la comisión del hecho delictivo se encuentre en España.

Si el hecho delictivo se hubiera cometido en el territorio de otro país de la Unión Europea sobre una víctima denunciante y residente en España, el juzgado español que se declarase incompetente por falta de jurisdicción se lo comunicará a la víctima y remitirá inmediatamente la denuncia presentada a las autoridades competentes del Estado en cuyo territorio se hubieran cometido los hechos (art. 17 EV).

2. COMPETENCIA

Los *delitos de género se instruyen por el juzgado de violencia sobre la mujer del domicilio de la víctima al tiempo de ocurrir los hechos* (arts. 87 ter.1 LOPJ, 14.2 y 15 bis LECrim; Acuerdo Pleno TS, de 31 de enero de 2006), y son *enjuiciados*: a) por el propio juzgado de violencia, si se trata de delitos leves o de un supuesto de sentencia de conformidad (arts. 14.1 y 3, 14.5.d y 801 LECrim); o b) por el juzgado de lo penal, cuando se trata de alguno o de varios de los delitos menos graves analizados, siempre que no concurren con delitos castigados con penas privativas de libertad superiores a cinco años o con penas de otra naturaleza superiores a diez años (la pena se considera en abstracto), en cuyo caso su enjuiciamiento corresponderá a la audiencia provincial o al Tribunal de Jurado, si se trata de un delito de los atribuidos a este (art. 14.3 y 4 LECrim).

En los supuestos de *agresiones recíprocas* entre el marido y la mujer o entre parejas de distinto sexo, en un mismo episodio o en unidad de acto, la competencia para conocer de la instrucción de los hechos corresponde al juzgado de violencia sobre la mujer, pues su conocimiento por separado rompería la continencia de la causa, debiendo prevalecer la jurisdicción especializada

(ATS de 27 de noviembre de 2019; AAP Almería, Sec. 3.^a, 448/2017, de 26 de septiembre, AAP Barcelona, Sec. 2.^a, 625/2020, de 2 de noviembre, AAP Pontevedra, Sec. 4.^a, 630/2020, de 27 de noviembre)

Cuando la jurisdicción española se extienda al conocimiento de delitos de género en virtud de un principio distinto al de territorialidad, la competencia para conocer de los *delitos cometidos en el extranjero* que, como regla, se atribuye a los juzgados centrales de instrucción [arts. 65.1.e) y 88 LOPJ], cede a favor de los juzgados de violencia sobre la mujer del domicilio de la perjudicada por razones victomológicas (art. 15 bis LECrim; ATS de 26 de abril de 2018).

Los *delitos de violencia familiar estudiados* se investigan por el juzgado de instrucción del lugar de comisión del delito (art. 14.2 LECrim), y son *enjuiciados*: a) por el propio juzgado de instrucción, si se trata de delitos leves o de un supuesto de sentencia de conformidad (arts. 14.1 y 3 y 801 LECrim); o b) por el juzgado de lo penal, cuando se trata de alguno o de varios de los delitos menos graves analizados, siempre que no concurren con delitos castigados con penas privativas de libertad superiores a cinco años o con penas de otras naturaleza superiores a diez años (la pena se considera en abstracto), en cuyo caso su enjuiciamiento corresponderá a la audiencia provincial o al Tribunal de Jurado, si se trata de un delito de los atribuidos a este (art. 14.3 y 4 LECrim).

La *fijación de la competencia* para el conocimiento y enjuiciamiento de la causa, en el ámbito del procedimiento abreviado y en los juicios rápidos, se efectúa por el órgano de instrucción en el *auto de apertura de juicio oral*, que es de carácter irrecurrible (art. 783.3 LECrim) y perpetúa la jurisdicción. La audiencia provincial no puede revisar tal decisión declarando la competencia del juzgado de lo penal, salvo que haya existido error en la determinación del órgano de enjuiciamiento, en cuyo caso sí que cabría que la audiencia declarase la competencia del juzgado de lo penal, «pero con respeto escrupuloso al ámbito objetivo y subjetivo previamente determinado en el auto de apertura de juicio oral» (SSTS 702/2020, de 17 de diciembre y 161/2021, de 24 de febrero)¹.

La *competencia objetiva* que se atribuye a los juzgados de lo penal para el enjuiciamiento de los delitos menos graves analizados se mantiene también en los casos de *concurso medial*, pues como señala el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 12 de diciembre

¹ Cuando el enjuiciamiento corresponde a la audiencia provincial, no existe una norma equivalente al artículo 788.5 LECrim, que dispone que: «Cuando todas las acusaciones califiquen los hechos como delitos castigados con pena que exceda de la competencia del Juez de lo Penal, se declarará éste incompetente para juzgar, dará por terminado el juicio y el Secretario judicial remitirá las actuaciones a la Audiencia competente. Fuera del supuesto anterior, el Juez de lo Penal resolverá lo que estime pertinente acerca de la continuación o finalización del juicio, pero en ningún caso podrá imponer una pena superior a la correspondiente a su competencia».

de 2017: «En caso de concurso medial, cuando las penas de prisión señaladas en abstracto en cada uno de los delitos que integran el concurso no supere los cinco años, aunque la suma de las previstas en una y otras infracciones excedan de esa cifra, la competencia para su enjuiciamiento corresponde al Juez de lo Penal» (aplica este acuerdo, la STS 30/2018, de 19 de enero).

La instrucción de los delitos de género y de violencia familiar cometidos por *mayores de catorce años y menores de dieciocho* corresponde al Ministerio Fiscal, que practicará, de oficio o a instancia de parte, las diligencias necesarias para el esclarecimiento de los hechos, recabando del juzgado de menores la práctica de aquellas que sean restrictivas de derechos fundamentales. El enjuiciamiento compete al juzgado de menores del lugar de comisión del hecho delictivo (arts. 96.1 LOPJ y 1, 2.1 y 3, 6, 16, 23 y 26 LORPM).

En los *casos de aforamiento*, la competencia para instruir y enjuiciar los hechos corresponderá, según la condición de la persona aforada, a la Sala Segunda del Tribunal Supremo (art. 57.1.2.º y 3.º LOPJ) o a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia (art. 73.3.a y b LOPJ). No obstante, si la persona aforada pierde tal condición antes de la apertura del juicio oral, la competencia se determina con arreglo a las normas generales (Acuerdo Pleno TS, de 2 de diciembre de 2014, ATS de 3 de diciembre de 2014 y STS 869/2014, de 10 de diciembre).

La *competencia territorial* debe cuestionarse en la instancia. La simple vulneración de normas de competencia territorial no genera, por sí sola, el menoscabo del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley y ni siquiera es causa de nulidad de los actos procesales, que únicamente se genera en los supuestos de falta de competencia objetiva o funcional (SSTS 237/2015, de 23 de abril, 491/2019, de 16 de octubre, 234/2020, de 26 de mayo; SAP Madrid, Sec. 27.ª, 989/2008, de 25 de septiembre), o de manifiesta elección de juzgado de instrucción (doctrina *Jodorovich*: SSTS 740/2012, de 10 de octubre y 272/2017, de 18 de abril).

II

PARTES Y POSTULACIÓN PROCESAL

1. MINISTERIO FISCAL, PERSONA INVESTIGADA Y DOBLE CONDICIÓN

El *Ministerio Fiscal* y la *persona investigada* son las únicas partes necesarias del proceso penal por delitos públicos y semipúblicos. Al primero, como parte activa del proceso, le corresponde el ejercicio de la acción penal y civil, salvo renuncia o reserva de esta última por la persona perjudicada (arts. 124 CE, 105, 108 y 773 LECrim).

La *persona investigada* es la parte pasiva a la que se atribuye la comisión de un hecho que reviste los caracteres de delito del que tiene derecho a defenderse desde el mismo instante en que se le comuniquen la existencia de actuaciones contra ella (arts. 24.2 CE, 118 a 119 y 775 LECrim y 22.1 LORPM). La existencia e identificación de la persona investigada durante la instrucción resulta preceptiva para que la causa pueda continuar: la ausencia de autor conocido es motivo de sobreseimiento provisional (art. 641.2 LECrim).

El ejercicio del derecho a la defensa en los delitos de género y de violencia familiar exige que las personas investigadas se hallen representadas por *profesional de la procura* y defendidas *por profesional de la abogacía*, que serán de libre elección o se les designará de oficio en defecto de nombramiento (arts. 118.3 LECrim).

No obstante, la ley habilita al profesional de la abogacía designado para la representación de la persona defendida hasta el trámite de apertura del juicio oral (art. 768 LECrim) y ante el juzgado de guardia (art. 797.3 LECrim). En los delitos leves examinados de amenazas, coacciones, vejaciones e insultos no será precisa la postulación a través de tales profesionales, pudiendo la per-

sona denunciada comparecer por sí misma (art. 967 LECrim). En el expediente de menores, las distintas actuaciones se entienden con la defensa letrada del menor designada desde su inicio hasta su conclusión (arts. 22.2, 26.1, 31, 32, 34 a 37, 40, 46 ss. y 64.11 LORPM).

La persona investigada ha de estar *a disposición judicial* y debe comparecer personalmente para designar un domicilio en España y profesionales que le representen y defiendan (art. 775.1 LECrim). Si decide no acudir al llamamiento o se halla en paradero desconocido, podrá acordarse su detención o busca mediante requisitorias nacionales o internacionales para que comparezca forzosamente (arts. 487, 512 a 516, 784.4, 824 ss., 834 ss. LECrim y 34 y ss. LRMPUE).

Ahora bien, una situación de rebeldía o de fuga de la persona sospechosa no le impide ejercer su derecho a la defensa en la causa, designando profesionales jurídicos a tal efecto (STJUE, Sala Segunda, de 12 de marzo de 2020, C-659/18).

En supuestos de *agresiones mutuas*, las partes contendientes pueden ejercer tanto su derecho a la defensa como la acusación particular, ejercitando acciones penales contra la parte contraria, enjuiciándose conjuntamente los hechos para no dividir la continencia de la causa. Así, según el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 27 de noviembre de 1998:

Con carácter excepcional, cabe la posibilidad de que una misma persona asuma la doble condición de acusador y acusado, en un proceso en el que se enjuician acciones distintas, enmarcadas en un mismo suceso, cuando, por su relación entre sí, el enjuiciamiento separado, de cada una de las acciones que ostentan como acusados y perjudicados, produjese la división de la continencia de la causa, con riesgo de sentencias contradictorias, y siempre que así lo exija la salvaguarda del derecho de defensa y de la tutela judicial efectiva.

2. ACUSACIÓN PARTICULAR

Nuestro derecho permite a las personas ofendidas y perjudicadas por el delito intervenir en todas las fases del procedimiento ejercitando acciones penales y civiles como *acusación particular*, o únicamente civiles como *actor civil* (arts. 109 a 110 y 776 LECrim, 11 y 13 EV y 4, 22.3 y 25 LORPM).

La Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, reconoce a las víctimas directas e indirectas (art. 2)¹, la mencionada legitimación

¹ Víctima directa, según el citado artículo 2 EV es «toda persona física que haya sufrido un daño o perjuicio sobre su propia persona o patrimonio, en especial lesiones físicas o psíquicas, daños emocionales

para ejercer acciones penales y civiles (arts. 11 y 13), y también un catálogo completo de derechos de diversa índole, entre los que cabe destacar: el derecho a la información sobre el estado de la causa y a recurrir el sobreseimiento aunque previamente no hubiese personación (arts. 5 a 7 y 12); a entender y ser entendidas y a la traducción e interpretación (arts. 4 y 9); a acceder a los servicios de asistencia, apoyo y justicia restaurativa (arts. 10 y 15); al reembolso de los gastos del proceso cuando se hubiese condenado al acusado (art. 14); y a su protección, garantizando su vida, integridad física y psíquica, intimidad, seguridad y libertad, evitando el contacto con el sospechoso del delito y la victimización secundaria, repitiendo, por ejemplo, declaraciones innecesarias (arts. 19 ss.).

La *legitimación de las víctimas directas e indirectas* para ejercitar acciones penales y civiles contra la persona responsable de los delitos de género y de violencia familiar que hemos analizado está fuera de duda, al atacarse bienes eminentemente personales. No resultan, por tanto, de aplicación las limitaciones al ejercicio de acciones penales entre cónyuges y parientes previstas en el artículo 103 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (STS 637/2018, de 12 de diciembre, que estudia el citado artículo 103 LECrim).

La *personación de la acusación particular* en el proceso exige en todo caso postularse mediante *profesionales de la abogacía y la procura*, excepto en los *delitos leves* examinados de amenazas, coacciones, vejaciones e insultos donde las partes *podrán comparecer por sí mismas*.

En el caso de *pluralidad de víctimas legitimadas*, cada una podrá personarse con su propia representación. Sin embargo, cuando pueda verse afectado el buen orden del proceso o el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, el tribunal, en resolución motivada y tras oír a todas las partes, podrá imponer que se agrupen en una o varias representaciones y que sean dirigidos por la misma o varias defensas, en razón de sus respectivos intereses (art. 109 bis.2 LECrim).

o perjuicios económicos directamente causados por la comisión de un delito». Son víctimas indirectas, en los casos de muerte o desaparición de una persona que haya sido causada directamente por un delito, salvo que se trate de los responsables de los hechos: 1.º El cónyuge no separado legalmente o de hecho y los hijos de la víctima o del cónyuge no separado legalmente o de hecho que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ellos; la persona que hasta el momento de la muerte o desaparición hubiera estado unida a ella por una análoga relación de afectividad y los hijos de esta que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ella; sus progenitores y parientes en línea recta o colateral dentro del tercer grado que se encontraran bajo su guarda y a las personas sujetas a su tutela o curatela o que se encontraran bajo su acogimiento familiar. 2.º En caso de no existir los anteriores, los demás parientes en línea recta y sus hermanos, con preferencia, entre ellos, del que ostentase la representación legal de la víctima (el artículo 109 bis.1.II y III LECrim reproduce este precepto).

En los *delitos de violencia de género y de violencia sobre menores de edad*, la defensa letrada designada de oficio para la víctima tiene también *habilitación legal* para la representación procesal de aquella hasta la designación de profesional de la procura, en tanto la víctima no se haya personado como acusación. Hasta entonces cumplirá la defensa letrada con el deber de señalamiento de domicilio a efectos de notificaciones y traslados de documentos (arts. 20.6 LOPIVG y 14.5 LOPIAV).

Las *víctimas y personas perjudicadas por la violencia de género y familiar* que no hubieran renunciado a su derecho pueden personarse como *acusación particular en cualquier momento* del procedimiento antes del trámite de calificación del delito, sin que por ello se retrotraigan o reiteren las actuaciones ya practicadas antes de su personación y sin merma del derecho a la defensa. Si se personasen una vez transcurrido el término para formular escrito de acusación podrán ejercitar la acción penal hasta el inicio del juicio oral adhiriéndose al escrito de acusación formulado por el Ministerio Fiscal o del resto de las acusaciones personadas (arts. 109 bis y 110 LECrim, 20.7 LOPIVG y 14.6 LOPIAV; AAP Madrid, Sec. 29.^a, 505/2020, de 1 de octubre, con cita de las SSTs 170/2005, de 18 de febrero y 1140/2005, de 3 de octubre).

Las víctimas de violencia de género, y también las personas menores de edad y las personas con discapacidad necesitadas de especial protección cuando sean víctimas de delitos de homicidio, de lesiones de los artículos 149 y 150, en el delito de maltrato habitual previsto en el artículo 173.2, en los delitos contra la libertad, en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual y en los delitos de trata de seres humanos, tienen reconocido el *derecho de asistencia jurídica gratuita*, que comprende, entre otros, el asesoramiento previo a la denuncia y la defensa y representación gratuitas por profesionales de la abogacía y la procura, debiendo ser la misma defensa letrada la que asista a la víctima siempre que así se garantice el derecho de defensa, y todo ello con independencia de que se tengan recursos para litigar. Este derecho asistirá también a los causahabientes en caso de fallecimiento, siempre que no fueran partícipes en los hechos (arts. 2.g.I, II y IV y 6.3 LAJG, 20.1 LOPIVG y 14.1 LOPIAV).

La condición de víctima se adquiere cuando se formula denuncia o querrela o se inicia un procedimiento penal, y se mantiene mientras el procedimiento continúa o cuando, tras su finalización, se dicta sentencia condenatoria. El beneficio de justifica gratuita se pierde tras la firmeza de la sentencia absolutoria, o del sobreseimiento definitivo o provisional por no resultar acreditados los hechos delictivos, sin que exista obligación de abonar el coste de las prestaciones disfrutadas gratuitamente hasta ese momento (art.2.g.III LAJG).

3. ACUSACIÓN POPULAR

La acción penal es pública en nuestro derecho, que concibe su ejercicio de manera amplia como *acusación popular* por personas físicas y jurídicas no perjudicadas ni ofendidas por el delito. Esta acusación se postulará igualmente con profesionales de la procura y la abogacía y prestará *fianza* en la clase y cuantía que fije el juez o tribunal para responder de las resultas del juicio (arts. 125 CE, 101, 118.3, 270 y 280 LECrim).

Las *asociaciones de víctimas* y las personas jurídicas a las que la ley reconoce legitimación para defender los derechos de las víctimas pueden ejercer la acción penal, siempre que ello se autorice por la víctima del delito, en cuyo caso no les será exigible la prestación de fianza (arts. 109 bis.3 y 281.3.º LECrim).

La Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género otorga legitimación a la *Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer* para intervenir ante los órganos jurisdiccionales en defensa de los derechos e intereses encomendados (art. 29.2 LOPIVG), lo que se traduce en la personación de la *Abogacía del Estado* en determinados procedimientos como *acusación popular*.

No obstante, debe tenerse en cuenta que *el ejercicio de la acusación popular por personas jurídico-públicas está limitado únicamente a los casos en que la ley lo prevea expresamente*, pues la defensa del interés público tutelado por la ley corresponde a un órgano constitucional específico: el Ministerio Fiscal (STS 149/2013, de 26 de febrero, con resumen de doctrina constitucional y jurisprudencial, que se repite en STS 167/2021, de 24 de febrero).

III

PROCEDIMIENTO

1. CLASES

Los procedimientos para la investigación y enjuiciamiento de los delitos de género y de violencia familiar examinados, a la vista de su penalidad y si no concurren con un delito castigado con pena privativa de libertad superior a nueve años (en que se aplicaría el sumario) o que sea competencia del Tribunal del Jurado, son: a) el *procedimiento abreviado*, con sus diligencias previas de la fase de instrucción para preparar el juicio oral (arts. 757, 760 y 774 LECrim); b) los «juicios rápidos» ante el juzgado de guardia o el juzgado de violencia sobre la mujer (arts. 795.1.2.^a, 797 y 797 bis LECrim), procedimiento que resulta inviable en los delitos de acoso y de maltrato habitual ante la dificultad de investigar todos sus elementos en sede de diligencias urgentes¹; y c) el *juicio sobre delitos leves* (art. 962 ss. LECrim).

Si se trata de menores responsables penalmente se seguirá el *expediente* previsto en la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, donde la fase de investigación se atribuye al fiscal (arts. 16 ss.), desarrollándose la fase de audiencia ante el juzgado de menores (arts. 31 ss.), previendo la citada norma un régimen propio de recursos (arts. 41 ss.), de ejecución de las medidas impuestas (arts. 43 ss.) y de tramitación procesal de la responsabilidad civil (arts. 61 ss.).

¹ Lo constata también la *Guía de actuación con perspectiva de género en la investigación y enjuiciamiento de los delitos de violencia de género* de la FGE de diciembre de 2020.

2. FASES PROCESALES

A) Investigación en plazo, suficiente y eficaz

La investigación de los hechos delictivos y la averiguación de sus autores para su posterior enjuiciamiento, asegurando las responsabilidades personales y pecuniarias y protegiendo a las personas ofendidas por el delito, constituye el fin de la *fase de instrucción*, que habrá de desarrollarse dentro del *plazo máximo de doce meses*, prorrogables por periodos iguales o inferiores a seis meses por razones justificadas² (arts. 13, 299, 324 y 777.1 LECrim).

La investigación penal, especialmente en los delitos de género y de violencia familiar, habrá de ser *suficiente y eficaz* para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). La STC 87/2020, de 20 de julio, tras recordar la doctrina constitucional sobre el ejercicio de la acción penal, que no otorga a sus titulares un derecho incondicionado a la apertura del juicio oral, ni tampoco impone realizar una investigación más allá de lo necesario, alargando indebidamente la causa cuando los hechos se han indagado lo suficiente, ni incluye el derecho a obtener una condena, sino una respuesta razonada sobre los motivos de la terminación anticipada del proceso por sobreseimiento libre o provisional (arts. 637, 641, 779.1.1.^a y 798.2.1.^o LECrim), señala que el derecho a la tutela judicial efectiva queda garantizado cuando «la intervención judicial colme dos necesidades muy concretas: (i) emplear cuantas herramientas de investigación se presenten como racionalmente necesarias, suficientes y adecuadas ante toda sospecha fundada de delito, y (ii) evitar demoras injustificadas que puedan perjudicar el curso o el resultado de la investigación, además de la adecuada protección de quien figure como víctima, allí donde dicha protección se revele necesaria».

Durante la instrucción en el ámbito del procedimiento abreviado, contra los autos del juez de instrucción y del juez de lo penal que no estén exceptuados de recurso podrán ejercitarse el de *reforma* y el de *apelación*, que no tendrán efecto suspensivo, salvo que la ley disponga otra cosa (art. 766.1 LECrim).

B) Fase intermedia y auto de apertura de juicio oral

En el procedimiento abreviado y en el enjuiciamiento rápido, concluida la instrucción, descartado el juicio por delito leve o el sobreseimiento por exis-

² Vid. PUCHOL AIGUABELLA, «La reforma de la duración de la instrucción por la Ley 2/2020», quien sostiene que estos plazos no son aplicables al expediente de menores, al igual que la Circular FGE 1/2021.

tir indicios de delito contra una o varias personas, a quienes previa y necesariamente se les ha tenido que recibir declaración como investigadas, tiene lugar la *fase intermedia ante el órgano instructor*³, que debe decidir, previo traslado de las actuaciones y audiencia de las partes⁴, sobre el sobreseimiento, la práctica de más diligencias o la apertura del juicio oral a la vista de las pretensiones acusatorias.

Cabe también que por el juzgado de instrucción o el de violencia sobre la mujer se dicte *sentencia de conformidad*, previo reconocimiento de los hechos, cuando la pena solicitada se halle dentro de los límites penológicos del artículo 801 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dando inicio el citado juzgado a la ejecución, acordando la libertad o ingreso en prisión de la persona condenada y efectuando los requerimientos necesarios que se deriven de la sentencia, normalmente referidos a las penas privativas de derechos (prohibiciones de aproximación, comunicación, tenencia y porte de armas) (arts. 779.1.4 y 5.ª, 780 a 782, 798.2.1.º, 800.1 y 801.4 LECrim).

Formulada acusación por el Ministerio Fiscal o la acusación particular, el juzgado de instrucción o el de violencia sobre la mujer dictará *auto de apertura de juicio oral*, salvo que considere que los hechos no constituyen delito o que no existen indicios racionales de criminalidad contra la persona acusada (arts. 637.2, 641.1, 783.1 y 800.1 LECrim). En los delitos de género y de violencia familiar examinados no cabría proseguir la causa únicamente a instancia de la acusación popular al no tutelarse intereses colectivos en los mencionados delitos, excepto tal vez en el caso del delito de quebrantamiento de condena [STS 5/2015, de 29 de enero, que recuerda las denominadas doctrinas *Botín* (STS 1045/2007, de 17 de diciembre) y *Atutxa* (STS 54/2008, de 8 de abril)].

La finalidad del auto de apertura de juicio oral, contra el que no cabe recurso alguno, excepto en lo relativo a la situación personal (art. 783.3 LECrim), es la de «permitir que el procedimiento siga adelante [y] valorar la consistencia de la acusación con el fin de impedir imputaciones infundadas y con ello la llamada pena de banquillo», debiendo además señalarse en el citado

³ El procedimiento por delito leve carece de esta fase, al igual que de fase de instrucción propiamente dicha, debiendo las partes comparecer al juicio con todas las pruebas de que intenten valerse, sin perjuicio de poder practicarse alguna diligencia preparatoria (citaciones de testigos, recabar atestados, antecedentes penales, informes forenses) (arts. 967.1 y 969 LECrim). Para el procedimiento de menores, véanse los artículos 30 ss. LORPM.

⁴ El auto de continuación por los trámites del procedimiento abreviado del artículo 779.1.4.ª LECrim, constituye una resolución esencial que debe delimitar objetiva (hechos punibles) y subjetivamente (presuntos autores) el objeto del proceso, equivalente al auto de procesamiento en el sumario ordinario, sin que pueda adoptarse sin haber recibido declaración a las personas investigadas, bajo sanción de nulidad (SSTS 851/2006, de 5 de julio, 156/2007, de 25 de enero, 269/2020, de 29 de mayo y 153/2021, de 19 de febrero).

auto el órgano competente para el enjuiciamiento y, de resultar procedente, adoptarse, mantenerse o modificarse medidas cautelares y exigirse fianza para hacer frente a las responsabilidades pecuniarias (art. 783.2 LECrim; STS 655/2010, de 13 de julio).

De ahí que, aunque el citado auto omita alguno de los delitos que haya sido objeto de acusación, el tribunal de enjuiciamiento pueda y deba enjuiciarlos, pues ha de atenerse a los escritos de acusación, sin que por ello se cause indefensión a la persona acusada, siempre que haya sido emplazada legalmente con traslado de copia de los citados escritos (art. 784.1 LECrim). En estos casos, el auto de apertura de juicio oral no vincula el tribunal de enjuiciamiento.

Sin embargo, cuando el juzgado de instrucción abre juicio oral respecto de unos delitos y sobresee expresamente respecto de otros, la parte acusadora podrá recurrir el sobreseimiento y, si este deviene firme, producirá efectos vinculantes negativos para el juicio oral, en el sentido de excluir los delitos sobreseídos del enjuiciamiento (SSTS 655/2010, de 13 de julio, 670/2015, de 30 de octubre y 159/2021, de 24 de febrero).

C) Juicio oral, sentencia, ejecución y recursos

En defecto de conformidad ante el órgano instructor, tras la presentación de los escritos de defensa o transcurrido el plazo para hacerlo, se remitirá la causa al órgano de enjuiciamiento (arts. 784.5 y 800.2 y 3 LECrim), donde tendrá lugar la *fase de juicio oral*, en la que se sustanciará la pretensión de condena de la acusación ante un tribunal predeterminado legalmente, independiente, imparcial y ajeno a la investigación, que decidirá sobre la responsabilidad penal y/o civil de la parte acusada (a la que se presume inocente y con derecho a defenderse), tras presenciar y valorar razonadamente la prueba propuesta, admitida y declarada lícita, pertinente y útil, y practicada en unidad de acto conforme a las garantías de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción⁵.

La *celebración del juicio oral* se rige por lo dispuesto en los artículos 785 a 789 y 802 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que regulan la presencia de la persona acusada en el juicio, las cuestiones previas, la posible conformidad, la práctica de la prueba, las conclusiones e informes de las partes, el derecho

⁵ Para esta dinámica procesal del modelo garantista de origen ilustrado y liberal, véase FERRAJOLI, *Derecho y razón*, pp. 33-34, 147-155 y cap. 9 «El juicio. Cuándo y cómo juzgar», pp. 537-623. ANDRÉS IBÁÑEZ, «Principio de presunción de inocencia y principio de victimización». JIMÉNEZ/ABELLÁN, «Garantías y principios del juicio oral en los anteproyectos 2020 de eficiencia procesal y de nueva LECrim».

fundamental a la última palabra (STC 35/2021, de 18 de febrero) y el posible dictado de una sentencia oral.

El juicio *se grabará* en soporte apto para la reproducción de la imagen y del sonido, dejándose así constancia fehaciente de su celebración, sin perjuicio de que, en ausencia de medios, los fedatarios judiciales se puedan ver abocados a extender acta por ordenador o incluso a manuscribirla (arts. 453 y 454 LOPJ, 743 y 788.6 LECrim). Con la grabación se puede comprobar si el juicio se ha desarrollado conforme a derecho, de ahí que la jurisprudencia conecte directamente esta función de documentación con el derecho a la tutela judicial efectiva en su faceta del derecho al recurso, declarándose la nulidad del juicio oral cuando la grabación (o el acta) no existe o su reproducción resulta imposible (STS 503/2012, de 5 de junio).

Ahora bien, las deficiencias de imagen y de sonido detectadas con frecuencia en las grabaciones (ej.: la voz de un testigo apenas se escucha o la imagen grabada no es nítida), solo comportarán la nulidad del juicio o la absolución cuando la deficiencia, en relación con los aspectos controvertidos en el recurso, impida su resolución y genere indefensión material (Acuerdo Pleno TS, de 24 de mayo de 2017; SSTS 84/2018, de 15 de febrero y 670/2019, de 15 de enero de 2020).

Para que se produzca indefensión material, como resume la STS 734/2010, de 23 de julio, han de concurrir los siguientes requisitos: «a) que sea real y efectiva, lo que no ocurre ante cualquier infracción procesal; b) que impida al titular el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos; c) que sea ocasionada por el comportamiento del órgano jurisdiccional; d) que no quepa atribuir indolencia al propio titular del derecho; e) que se origine la imposibilidad de rectificación de procedimientos irregulares en momentos especialmente previstos para su denuncia y corrección; y f) que es carga de quien la alega su acreditación».

La *sentencia* resolverá congruente y motivadamente sobre todas las cuestiones que hayan sido objeto del juicio, condenando o absolviendo de las pretensiones acusatorias, sin que resulte posible el sobreseimiento en este estado procesal. Se podrá dictar *oralmente* (lo que resulta preceptivo en caso de conformidad) y, si las partes expresan su decisión de no recurrir, el tribunal declarará su *firmeza* y se pronunciará sobre la suspensión o sustitución de la pena impuesta, dando inicio a su *ejecución* con los requerimientos necesarios para garantizar la efectividad del fallo (arts. 82 CP, 18.2 LOPJ, 742, 787.6, 789.1 y 2, 802.3, 794, 985, 988 y 990 LECrim)⁶.

⁶ *Vid. supra*, el epígrafe relativo a la suspensión de penas privativas de libertad.

La sentencia se notificará a las personas ofendidas y perjudicadas por el delito, aunque no se hayan mostrado parte en la causa (arts. 789.4 y 976.3 LECrim). Si se trata de un delito de género, el letrado de la administración de justicia del tribunal remitirá testimonio de la sentencia al juzgado de violencia sobre la mujer de procedencia, e igualmente le remitirá la declaración de firmeza y la sentencia de segunda instancia cuando la misma fuera revocatoria, en todo o en parte, de la sentencia previamente dictada (art. 789.5 LECrim).

Las sentencias firmes condenatorias *se anotan* en el Registro Central de Penados y también en el Registro Central para la Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica, y las no firmes solo en este último [arts. 2.3.a) y c), 9 y 10.b) RSIRAJ].

Frente a la sentencia cabe *recurso de apelación* (por infracción de normas procesales y sustantivas y error en la valoración de la prueba) en el procedimiento abreviado (arts. 790 a 793 y 846 ter LECrim), en el enjuiciamiento rápido (art. 803 LECrim) y en el juicio por delito leve (art. 976.1 y 2 LECrim).

Contra la sentencia que se dicte *en segunda instancia* en el juicio por delito leve no habrá lugar a recurso alguno (art. 977 LECrim). Sin embargo, tras la generalización de la segunda instancia penal por la Ley 41/2015, cabe *recurso de casación por infracción de precepto penal sustantivo* contra las sentencias dictadas en apelación por las audiencias provinciales, salvo que la sentencia de apelación se limite a declarar la nulidad de la recaída en primera instancia [arts. 847.1.b) y 2 y 849.1.º LECrim]⁷.

En vía de *recurso*, debe tenerse en cuenta la dificultad de condenar o de agravar la pena del *acusado absuelto en la instancia*, salvo que se trate de una cuestión jurídica, pues desde la STC 167/2002, de 18 de diciembre, los principios de publicidad, inmediación y contradicción imponen inexorablemente que toda condena articulada sobre pruebas personales se fundamente en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción; completándose dicha doctrina con la STC 184/2009, de 7 de septiembre, que señala que en aquellos casos en los que se condena en segunda instancia, revocando una previa absolución, o se agravan sus consecuencias, debe igualmente atenderse a la eventual exigencia de la audiencia personal del acusado como garantía específica vinculada al derecho de defensa. El visionado de la grabación no satisface los anteriores principios y garantías, cuya infracción

⁷ Después de la reforma procesal de 2015, en materia de casación, destacan los siguientes acuerdos no jurisdiccionales del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo: Acuerdo de 9 de junio de 2016, que interpreta el régimen de la casación tras la reforma de la Ley 41/2015, y Acuerdo de 28 de febrero de 2018, sobre casación contra autos por falta de jurisdicción.

determina la nulidad de la sentencia, por infringir los derechos a un proceso debido y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

Esta doctrina se reitera una y otra vez por el Tribunal Constitucional (SSTC 105/2016, de 6 de junio, 125/2017, de 13 de noviembre, 146/2017, de 14 de diciembre, 36/2018, de 23 de abril, 37/2018, de 23 de abril, 59/2018, de 4 de junio, 73/2019, de 1 de julio, 88/2019, de 1 de julio, 149/2019, de 25 de noviembre), y también por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH de 10 de marzo de 2009, *Igual Coll c. España*; 22 de noviembre de 2011, *Lacadena Calero c. España*; 13 de diciembre de 2011, *Valbuena Redondo c. España*; 20 de marzo de 2012, *Serrano Contreras c. España*; 27 de noviembre de 2012, *Vilanova Goterris y Llop García c. España*; 8 de octubre de 2013, *Nieto Macero c. España*; 8 de octubre de 2013, *Román Zurdo c. España*; 12 de noviembre de 2013, *Sainz Casla c. España*; 8 de marzo de 2016, *Porcel Terribas y otros c. España*; 29 de marzo de 2016, *Gómez Olmeda c. España*; 13 de junio de 2017, *Atutxa Mendiola y otros c. España*; 13 de marzo de 2018, *Vilches Coronado y otros c. España*; o 24 de septiembre de 2019, *Camacho Camacho c. España*), y no parece que termine de permear, dadas las múltiples estimaciones de los recursos interpuestos ante tales instancias.

La STC 1/2020, de 14 de enero (caso *Blanquerna*), recuerda la doctrina una vez más y destaca como puntos esenciales que:

(i) es contrario a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) que un órgano judicial, conociendo a través de un recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia o empeore su situación a partir de una nueva valoración de pruebas personales o de una reconsideración de los hechos estimados probados, para establecer su responsabilidad penal o una agravación de la misma, siempre que no haya celebrado una audiencia pública en que se desarrolle la necesaria actividad probatoria, con las garantías de publicidad, inmediación y contradicción que le son propias, y se dé al acusado la posibilidad de defenderse, exponiendo su testimonio personal; (ii) no cabe efectuar ese reproche constitucional cuando la condena pronunciada en la segunda instancia o la agravación de la situación, a pesar de no haberse celebrado vista pública, tenga origen en una controversia estrictamente jurídica entre los órganos judiciales de primera y segunda instancia, en que no estén implicadas las garantías de publicidad, inmediación y contradicción y para cuya resolución no resulte necesario oír al acusado y, (iii) por lo que se refiere a los concretos supuestos en que la controversia o discrepancias se producen en relación con la concurrencia de los elementos subjetivos necesarios para establecer o agravar la responsabilidad penal, tal enjuiciamiento deberá venir presidido, en todo caso, por la previa audiencia al acusado, ya que forma parte, a estos efectos, de la vertiente fáctica del juicio que corresponde efectuar a los órganos judiciales.

IV

MEDIDAS DE PROTECCIÓN

1. PRINCIPIOS, REQUISITOS, GARANTÍAS, CARACTERES E INSCRIPCIÓN

La protección desde el inicio del procedimiento de las personas ofendidas y perjudicadas por el delito, así como de sus familiares y terceras personas, constituye una de las finalidades del proceso penal contemporáneo (art. 13 LECrim), que supera el planteamiento de que el proceso se limita exclusivamente a servir de cauce para el ejercicio del poder punitivo del Estado. El proceso se dirige también «a solucionar, en un plazo razonable y mediante la aplicación del derecho penal y civil de daños, los dos grandes conflictos que en él subyacen: el conflicto social entre el delincuente y el Estado y el conflicto intersubjetivo o litigio entre el agresor y su víctima»¹.

Las medidas cautelares de protección de las personas ofendidas y perjudicadas por los delitos de género y de violencia familiar se hallan sujetas, como todas las medidas cautelares, a los principios de *legalidad*, *jurisdiccionalidad*, *necesidad* y *proporcionalidad*, siendo los *requisitos* o presupuestos esenciales para su adopción, en pieza separada y mediante *auto que motive su concurrencia*, dictado por el juez o tribunal que conozca de la causa, la existencia de: a) *indicios racionales de criminalidad* sobre la persona afectada por la medida, y b) una *situación objetiva de riesgo* para la integridad física o psíquica de la persona protegida (arts. 763, 764.1 y 2 LECrim, 28 y 29 LORPM y 721 ss. LEC).

¹ GIMENO, *La simplificación de la justicia penal y civil*, p. 36.

La adopción de cualquier medida habrá de respetar, como regla, las garantías procesales de *solicitud de parte, contradicción, audiencia y defensa de la persona sobre la que recae*, salvo que sea necesaria la protección inmediata y no resulte posible la audiencia, en cuyo caso se podrán acordar *de oficio e inaudita parte* (arts. 24.2 CE, 68 LOPIVG y 733 LEC).

Las medidas cautelares de protección presentan un carácter *instrumental y provisional*: se acuerdan y subsisten siempre que concurren o se mantienen sus requisitos. Así, por ejemplo, en principio, se alzan, si se sobresee la causa o recae sentencia absolutoria (art. 69 LOPIVG; STC 16/2012, de 13 de febrero, STS 146/2014, de 14 de febrero)²; o se abonan para el cumplimiento de la pena impuesta, si recae sentencia condenatoria (arts. 58 y 59 CP y 46.1 LORPM)³. Puede suceder también que no se soliciten ni se adopten durante la instrucción al no darse sus presupuestos y, sin embargo, se establezcan por el tribunal de enjuiciamiento, o en la segunda instancia, antes de la firmeza de la sentencia por haberse evidenciado una situación de riesgo a raíz del juicio.

Las medidas cautelares *se inscribirán* en Registro Central para la Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica [arts. 544 ter.10 LECrim y 2.3.c) y 10.a) RSIRAJ].

2. CLASES

Las medidas cautelares de protección se pueden clasificar distinguiendo entre medidas *penales* y medidas *civiles*. Pero también cabe señalar aquellas medidas de carácter *procesal*, citadas en el apartado relativo a la acusación particular, que tienen como objetivo reducir la victimización secundaria derivada de la pendencia del proceso, evitando, por ejemplo, la confrontación visual de la parte ofendida con la agresora o la repetición de declaraciones (arts. 19 ss. EV).

Finalmente, aunque no revistan una naturaleza procesal, debe aludirse al conjunto de medidas asistenciales y de apoyo a las víctimas de carácter *administrativo o laboral* que enlazan con los fines del Estado social (art. 9.3 CE)

² *Vid. supra*, el epígrafe relativo a los requisitos del delito de quebrantamiento, para los casos de mantenimiento de medida cautelar en los supuestos de absolución o sobreseimiento.

³ Las reglas de abono de las medidas cautelares sufridas de los artículos 58 y 59 CP deben completarse con los acuerdos y sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo sobre el abono de las comparencias *apud acta* (Acuerdo de 19 de diciembre de 2013; SSTS 52/2015, de 26 de enero, 332/2015, de 3 de junio y STS 341/2019, de 3 de julio) y el abono de la retirada del pasaporte (SSTS 154/2015, de 17 de marzo, 377/2019, de 23 de julio, 443/2019, de 2 de octubre, 584/2019, de 27 de noviembre y 484/2020, de 1 de octubre).

contenidas en distintas leyes (ej.: Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual; tít. II LOPIVG; LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres; Ley 1/2021, de 24 de marzo, de medidas urgentes en materia de protección y asistencia a las víctimas de violencia de género; LOPIAV).

3. ENUMERACIÓN DE LAS MEDIDAS PENALES

Las *medidas cautelares de carácter penal* que pueden recaer sobre la persona investigada son las previstas en la legislación procesal criminal, donde se regulan sus requisitos específicos, contenido y vigencia, siendo tales medidas las siguientes:

1. Citación y detención cautelar (arts. 486 a 501 y 520 a 527 LECrim y 17 LORPM).
2. Prisión provisional (arts. 502 a 518, 539 y 544 LECrim).
3. Libertad provisional con o sin fianza (art. 528 a 529 y 531 a 544 LECrim).
4. Intervención de vehículo y privación cautelar de los permisos de circulación y conducción (arts. 529 bis y 764.4 LECrim).
5. Comparecencias *apud acta* (arts. 530 LECrim).
6. Retención de pasaporte (art. 530 LECrim).
7. Prohibición de residencia o de acudir a determinados lugares, y de aproximación o comunicación respecto de determinadas personas (arts. 544 bis LECrim y 64 LOPIVG).

Se trata de una medida de aplicación frecuente en los delitos de género y de violencia familiar que puede adoptarse de oficio e inaudita parte cuando no resulta posible la previa audiencia del investigado, siendo además susceptible de control por medios tecnológicos que permitan verificar su cumplimiento (art. 48.4 CP y 64.3 LOPIVG).

Como vimos al estudiar el delito de quebrantamiento, cuando se infringe esta medida, el juzgado o tribunal que la hubiese adoptado «convocará la comparecencia regulada en el artículo 505 para la adopción de la prisión provisional en los términos del artículo 503, de la orden de protección prevista en el artículo 544 ter o de otra medida cautelar que implique una mayor limitación de su libertad personal, para lo cual se tendrán en cuenta la incidencia del incumplimiento, sus motivos, gravedad y circunstancias, sin perjuicio de las responsabilidades que del incumplimiento pudieran resultar» (art. 544 bis.IV).

8. Orden de protección para las víctimas de violencia de género y familiar (arts. 544 ter LECrim) y orden europea de protección (arts. 30 ss. LRMRPUE).

9. Clausura temporal de locales o establecimientos, suspensión de actividades sociales e intervención judicial de personas jurídicas o entes o grupos sin personalidad jurídica [arts. 33.7.g), último párrafo y 129.3 CP y 544 quáter LECrim].

10. Medias de protección de menores y personas con la capacidad judicialmente modificada (arts. 158 y 200 CC y 544 quinquies LECrim).

11. Suspensión del derecho a la tenencia y porte de armas (art. 67 LO-PIVG).

12. Medidas cautelares respecto de menores de edad: internamiento en centro en el régimen adecuado, libertad vigilada, prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez, o convivencia con otra persona, familia o grupo educativo (arts. 28 y 29 LORPM).

4. LA ORDEN DE PROTECCIÓN

La denominada orden de protección para las víctimas de violencia de género y familiar se regula en el artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y confiere a la persona a cuyo favor se dicta un *estatuto integral* de protección que puede hacerse valer ante cualquier autoridad y Administración pública (art. 544 ter.5).

Su adopción exige que existan indicios fundados de la comisión de un delito contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el artículo 173.2 del Código Penal, y resulte una situación objetiva de riesgo para ella (art. 544 ter.1 y 11).

La ley otorga una amplias posibilidades de legitimación, recepción, comunicación y tramitación procesal de las solicitudes de órdenes de protección (la víctima o persona vinculada a ella por alguna de las relaciones del artículo 173.2 CP, de oficio, fiscales, fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, servicios sociales y entidades asistenciales), debiendo el juez o tribunal que reciba la solicitud (normalmente el juez de instrucción de guardia o el violencia sobre la mujer en horas hábiles o en servicio de guardia) convocar a una *audiencia* a la víctima o su representante legal, al solicitante, al presunto agresor, asistido de profesional de la abogacía cuando su intervención resulte preceptiva, y al fiscal, para resolver sobre su adopción en forma de auto en el *plazo máximo de 72 horas* desde la presentación de la solicitud. No obstante,

en cualquier momento de la tramitación de la causa, el juez o tribunal podrá adoptar las medidas previstas en el artículo 544 bis.

La audiencia se podrá sustanciar en un acto procesal específico, pero también de manera simultánea con la comparecencia de prisión provisional, en la primera audiencia del enjuiciamiento rápido o en el acto del juicio por delito leve, adoptándose las medidas oportunas para evitar la confrontación visual entre la persona presuntamente agresora y la víctima (realizándose su declaración por separado), sus hijos y los restantes miembros de la familia (art. 544 ter.2, 3 y 4).

El *contenido* de la orden de protección puede comprender tanto medidas penales como medidas civiles. Las *medidas penales* son las previstas en la legislación procesal, siendo frecuente que el contenido penal de la orden esté integrado por alguna de las citadas prohibiciones del artículo 544 bis. Se adoptarán por la autoridad judicial atendiendo a la necesidad de protección integral e inmediata de la víctima y, en su caso, de las personas sometidas a su patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento (art. 544 ter.6).

Las *medidas civiles* deben solicitarse por la víctima o su representante legal y, cuando existan menores o personas con la capacidad judicialmente modificada, las solicitará el Ministerio Fiscal. En estos casos, cuando existan menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que convivan con la víctima y dependan de ella, la autoridad judicial deberá pronunciarse, incluso de oficio, sobre la pertinencia de adoptar medidas civiles, que pueden consistir, según la ley, en la atribución del *uso y disfrute de la vivienda familiar*, la determinación del *régimen de guarda y custodia, visitas, comunicación y estancia* con los menores o personas con la capacidad judicialmente modificada, los *alimentos*, así como *cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartar a aquellos de un peligro o de evitarles perjuicios* (suspensión de la patria potestad, custodia, tutela, curatela, guarda o acogimiento, supervisión de las visitas).

El artículo 544 ter.7 expresa que las medidas civiles se adoptarán «siempre que no hubieran sido previamente acordadas por un órgano del orden jurisdiccional civil, y sin perjuicio de las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil». Sin embargo, la situación de violencia y el dictado de una medida penal de prohibición de comunicación y alejamiento afectará necesariamente a las medidas civiles adoptadas, sobre todo en lo relativo al régimen de visitas de los menores, si es que el mismo no resulta suspendido, al igual que resulta susceptible de suspensión el ejercicio de la patria potestad o el régimen de guarda y custodia (arts. 158 CC y 65 y 66 LOPIVG).

De hecho, como establece el párrafo tercero del artículo 544 ter.7 (redactado por LOPIAV), cuando se dicte una orden de protección con medidas de contenido penal y existan indicios fundados de que los hijos e hijas menores de edad hubieran presenciado, sufrido o convivido con la violencia doméstica, la autoridad judicial, de oficio o a instancia de parte, *suspenderá el régimen de visitas*, estancia, relación o comunicación del inculpado respecto de los menores que dependan de él. No obstante, a instancia de parte, la autoridad judicial podrá no acordar la suspensión mediante resolución motivada en el interés superior del menor y previa evaluación de la situación de la relación paternofamiliar⁴.

Las medidas civiles adoptadas en el seno de la orden de protección están sujetas al *plazo de caducidad de treinta días hábiles*, dentro del cual la víctima o su representante legal deberán instar un proceso de familia ante el juzgado competente (en los casos de violencia de género, el de violencia sobre la mujer (arts. 87 ter.2 y 3 LOPJ y 49 bis LEC); y en los de violencia familiar, el de primera instancia (arts. 85 LOPJ y 45 LEC), prorrogándose tales medidas durante los treinta días siguientes a la presentación de la demanda, dentro de cuyo término deberán ser ratificadas, modificadas o dejadas sin efecto (art. 544 ter.7).

La orden de protección será notificada a las partes y a la víctima, que deberá estar informada en todo momento de la situación procesal de la persona investigada y, en particular, de su situación penitenciaria. Se comunicará a las Administraciones públicas competentes para adoptar las medidas de protección oportunas de seguridad o de asistencia social, jurídica, sanitaria, psicológica o de cualquier otra índole, dando cuenta igualmente a la Administración penitenciaria (art. 544 ter.8 y 9).

En el ámbito de la Unión Europea, está prevista la orden europea de protección como instrumento de reconocimiento mutuo para su ejecución por los Estados miembros, con el fin de garantizar la tutela de una víctima cuando esta se desplace a cualquier lugar de la Unión, ocasional o permanentemente [arts. 2.2.e) y tít. VI, artículos 130 ss. LRMRPUE].

5. PROTECCIÓN DE MENORES Y PERSONAS CON DISCAPACIDAD

La protección de los menores y de las personas con discapacidad se efectúa en el proceso penal a través de las medidas mencionadas en los apartados anteriores.

⁴ *Vid. supra*, en el epígrafe relativo a las prohibiciones de residencia, aproximación y de comunicación, en el apartado «cuestiones», la suspensión o el no establecimiento por el tribunal civil de régimen de visitas en los supuestos en que se constata un proceso en curso por violencia doméstica (art. 94 CC).

No obstante, el artículo 158 del Código Civil (aplicable en los supuestos de tutela o guarda), establece diversas medidas de protección, algunas coincidentes con las examinadas, que *pueden adoptarse tanto de oficio como a instancia de parte y en el seno de cualquier proceso civil o penal o en un expediente de jurisdicción voluntaria.*

Las medidas contempladas en el citado precepto son:

1.º Las medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber, por sus padres.

2.º Las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los caso de cambio de titular de la potestad de guarda.

3.º Las medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas y, en particular, las siguientes:

a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa.

b) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido.

c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor.

4.º La medida de prohibición a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas de aproximarse al menor y acercarse a su domicilio o centro educativo y a otros lugares que frecuente, con respeto al principio de proporcionalidad.

5.º La medida de prohibición de comunicación con el menor, que impedirá a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas establecer contacto escrito, verbal o visual por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, con respeto al principio de proporcionalidad.

6.º La suspensión cautelar en el ejercicio de la patria potestad y/o en el ejercicio de la guarda y custodia, la suspensión cautelar del régimen de visitas y comunicaciones establecidos en resolución judicial o convenio judicialmente aprobado y, en general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas.

En caso de posible desamparo del menor, el Juzgado comunicará las medidas a la Entidad Pública. Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso judicial o penal o bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, en que la autoridad judicial habrá de garantizar la audiencia de la persona menor de edad, pudiendo el Tribunal ser auxiliado por personas externas para garantizar que pueda ejercitarse este derecho por sí misma.

El artículo 544 quinquies.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal contempla medidas similares, facultando al juez o tribunal para adoptar alguna de las enumeradas en el precepto, cuando se investigue un delito de los mencionados en el artículo 57 del Código Penal (homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico), y resulte necesaria para proteger a la víctima menor de edad o con la capacidad judicialmente modificada:

- a) Suspender la patria potestad de alguno de los progenitores. En este caso podrá fijar un régimen de visitas o comunicación en interés del menor o persona con capacidad judicialmente modificada y, en su caso, las condiciones y garantías con que debe desarrollarse.
- b) Suspender la tutela, curatela, guarda o acogimiento.
- c) Establecer un régimen de supervisión del ejercicio de la patria potestad, tutela o de cualquier otra función tutelar o de protección o apoyo sobre el menor o persona con la capacidad judicialmente modificada, sin perjuicio de las competencias propias del Ministerio Fiscal y de las entidades públicas competentes.
- d) Suspender o modificar el régimen de visitas o comunicación con el no conviviente o con otro familiar que se encontrara en vigor, cuando resulte necesario para garantizar la protección del menor o de la persona con capacidad judicialmente modificada.

Si durante el proceso se detecta una *situación de riesgo o posible desamparo del menor* (o de la persona con la capacidad judicialmente modificada) y, en todo caso, cuando se adopten las medidas de suspensión de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, el letrado de la administración de justicia lo comunicará inmediatamente a la entidad pública competente, así como al Ministerio Fiscal, a fin de que puedan adoptar las medidas de protección necesarias, notificándoles igualmente su modificación o alzamiento y la conclusión del procedimiento (art. 544 quinquies.2 LECrim).

Una vez concluido el procedimiento, el juez o tribunal, valorando exclusivamente el interés de la persona afectada, ratificará o alzará las medidas de protección adoptadas. El Ministerio Fiscal y las partes afectadas por la medida podrán solicitar su modificación o alzamiento conforme al procedimiento previsto en el artículo 770 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 544 quinquies.3 LECrim).

V

DILIGENCIAS Y PRUEBAS

Las diligencias y pruebas de los delitos de género y de violencia familiar no difieren de los medios comunes de investigación y enjuiciamiento de cualquier otro delito. Sin embargo, el ámbito íntimo en que tales delitos suelen producirse o la relación familiar o de afectividad que está presente en ellos determinan que la actividad probatoria resulte afectada por una serie de especialidades y pruebas frecuentes que se analizarán en los epígrafes siguientes.

1. PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LOS MEDIOS DE INVESTIGACIÓN Y PRUEBA

Los *medios de investigación* constituyen las diligencias de la fase instructora previstas en la ley cuya finalidad es averiguar el hecho punible, sus partícipes y determinar el juzgado o tribunal de enjuiciamiento, preparando así la fase de juicio oral para el ejercicio de las pretensiones acusatorias y defensivas (ex arts. 299 y 777.1 LECrim).

Los *medios de prueba* son aquellos que, debidamente propuestos y declarados lícitos pertinentes y útiles, se practican, como regla, concentradamente en la fase de juicio oral, bajo los principios de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción, con el objetivo de lograr la convicción de un órgano judicial distinto al que realizó la instrucción sobre los hechos alegados por las partes en sus escritos de acusación y defensa, siendo tales pruebas las únicas que, como regla, son susceptibles de desvirtuar la presunción de inocencia.

La regulación de las diligencias de investigación es la que sirve de base para completar la escasa regulación relativa a la prueba en el acto del juicio oral. Las previsiones legales respecto de esta última se refieren, más que a la prueba en sí, a los requisitos formales de su práctica durante el enjuiciamiento de los hechos (policía de estrados, orden y forma de los interrogatorios).

Diligencias y pruebas están sometidas al *principio de legalidad*, de modo que unas y otras han de estar previstas legalmente, bajo sanción de nulidad (STC 145/2014, de 22 de septiembre). Las previsiones legales relativas a las diligencias de investigación se hallan, básicamente, aunque no en exclusiva, en el título V («De la comprobación del delito y averiguación del delincuente») del libro II («Del sumario», arts. 326 a 485) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, título comprendido dentro del procedimiento penal por delitos graves, cuyas diligencias son las que sirven de referente a las del resto de procedimientos (diligencias previas, urgentes, expediente de menores). La práctica de los medios de prueba en el sumario ordinario se contempla en el capítulo III («Del modo de practicar las pruebas durante el juicio oral», arts. 688 a 731 bis) del título III («De la celebración del juicio oral») del libro III («Del juicio oral») del mismo texto legal, que se remite en esencia a lo dispuesto en la regulación de las diligencias sumariales.

De conformidad con la citada regulación, los medios de investigación y prueba son: la inspección ocular y la prueba documental (arts. 326 a 333, 726 a 727); las diligencias relativas al cuerpo del delito (arts. 334 a 367); las que se refieren a la identidad del delincuente y sus circunstancias personales (arts. 368 a 384 bis); las declaraciones de los procesados y su confesión en juicio (arts. 385 a 409 bis, 688 a 700); el examen de los testigos (arts. 410 a 450, 701 a 722); los careos de los testigos y procesados (arts. 451 a 455), y los informes periciales (arts. 456 a 485, 723 a 725). En el mencionado título V, se detalla igualmente la forma de destruir y realizar anticipadamente determinados efectos judiciales (arts. 367 bis a 367 septies).

Ahora bien, tales previsiones no agotan todos los medios de «comprobación del delito y de averiguación del delincuente». También contribuyen a esas finalidades sumariales, dentro de la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal, la diligencia de entrega vigilada de drogas, bienes procedentes del blanqueo de capitales, especies de flora y fauna silvestre protegidas, moneda y efectos timbrados falsos y tarjetas de crédito o débito falsas (art. 263 bis); las actuaciones de los agentes encubiertos (art. 282 bis); y las «medidas de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el artículo 18 de la Constitución» (tít. VIII, lib. II): entradas y registros domiciliarios (arts. 545 a 572), registro

de libros y papeles (arts. 573 a 578); intervención de la correspondencia postal y telegráfica (arts. 579 a 588); e interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, acceso a datos relativos de las comunicaciones, captación y grabación de comunicaciones orales mediante utilización de dispositivos, utilización de dispositivos de captación de la imagen, seguimiento y localización, registro de dispositivos de almacenamiento masivo de la información y registros remotos sobre equipos informáticos (arts. 588 bis a 588 octies).

Fuera del ámbito de la propia ley procesal penal, debe destacarse la orden europea de investigación penal, como instrumento de reconocimiento mutuo en el ámbito de la Unión Europea, cuyo objetivo es la obtención, como regla, de toda clase de pruebas en un Estado miembro para su uso en el proceso penal del Estado solicitante (art. 2.2.i y tít. X, arts. 186 ss. LMRPUE).

2. PRUEBA ILÍCITA Y SU OBTENCIÓN POR PARTICULARES

En los delitos de género y de violencia familiar no resulta extraño que la parte ofendida aporte grabaciones de voz o imágenes en las que, por ejemplo, se recojan las amenazas proferidas en el domicilio o en las que se observe cómo la cuidadora maltrata a la niña o al residente en un centro de mayores, sin que tales grabaciones hayan sido autorizadas por el presunto autor de los hechos.

La validez de tales medios probatorios podría ser tachada de ilicitud, según la lectura de lo dispuesto en el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que establece que «no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales», precepto mediante el que se incorporó a nuestro derecho la conocida doctrina anglosajona de los frutos del árbol envenenado (*the fruit of the poisonous tree*) y su regla de exclusión probatoria (*exclusionary rule*).

Sin embargo, la doctrina de los frutos del árbol envenenado se ha ido limitando y con tales limitaciones se ha restringido igualmente la *eficacia vertical* (frente a los poderes públicos) y *horizontal* (entre particulares) de los derechos y libertades fundamentales.

La denominada «teoría de la conexión de antijuridicidad», elaborada en nuestro país a partir de la STC 81/1998, de 2 de abril, matiza el carácter absoluto de la *eficacia vertical* de tales derechos y admite la validez de aquellas pruebas reflejas desconectadas jurídicamente de los vicios de nulidad de las originarias (SSTC 261/2005, de 24 de octubre y 70/2007, de 16

de abril; SSTS 24/2007, de 25 enero; 261/2006, de 14 de marzo y 120/2018, de 16 de marzo)¹.

Las limitaciones operan también en la *eficacia horizontal* en el sentido de que no debe resultar automática la expulsión de la prueba ilícita cuando la vulneración del derecho la realiza un particular, debiendo ponderarse el derecho violado y la forma de ataque al mismo, la finalidad del proceso penal y los bienes jurídicos en conflicto y el respeto de las reglas del proceso debido.

La Sala Segunda del Tribunal Supremo, efectuando dicha ponderación, ha venido admitiendo la validez en el proceso penal de ciertas pruebas obtenidas por un particular con vulneración de distintos derechos (intimidad, imagen, protección de datos).

Las *grabaciones con «cámara oculta» realizadas por particular*, cuya ilicitud civil y laboral se declara con frecuencia, pueden considerarse en cambio como pruebas válidas de cargo, tras ponderar los intereses en juego en términos de necesidad, racionalidad y proporcionalidad (SSTS 793/2013, de 28 de octubre y 167/2020, de 19 de mayo, con resumen de doctrina).

Las *grabaciones de audio realizadas por uno de los intervinientes en la conversación suelen declararse válidas*. La STS 45/2014, de 7 de febrero, lo expresa sintéticamente: «quien graba una conversación de otros atenta, independientemente de toda otra consideración, al derecho reconocido en el artículo 18.3 de la Constitución; por el contrario, quien graba una conversación con otro no incurre, por este solo hecho, en conducta contraria al precepto constitucional citado».

La STS 652/2016, de 15 de julio, en su fundamento jurídico 12.º, realiza las siguientes conclusiones generales:

1.º La utilización en el proceso penal de grabaciones de conversaciones privadas grabadas por uno de los interlocutores, no vulnera en ningún caso el derecho constitucional al secreto de las comunicaciones.

2.º Tampoco vulnera el derecho constitucional a la intimidad, salvo casos excepcionales en que el contenido de la conversación afectase al núcleo íntimo de la intimidad personal o familiar de uno de los interlocutores.

3.º Vulneran el derecho fundamental a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, y en consecuencia incurren en nulidad probatoria, cuando las grabaciones se han realizado desde una posición de superioridad institucional (agentes de la autoridad o superiores jerárquicos) para obtener una confesión extraprocesal arrancada mediante engaño, salvo los supuestos de

¹ Muy crítico con esta teoría, ANDRÉS IBÁÑEZ, *Tercero en discordia*, «XII. Las garantías judiciales en serio», en particular el epígrafe «Un artículo que no “dice” lo que dice», pp. 332-340.

grabaciones autorizadas por la autoridad judicial conforme a los artículos 588 y siguientes de la LECrim.

4.º No vulneran el derecho fundamental a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, cuando se han realizado en el ámbito particular.

5.º Pueden vulnerar el derecho a un proceso con todas las garantías, cuando la persona grabada ha sido conducida al encuentro utilizando argucias con la premeditada pretensión de hacerle manifestar hechos que pudieran ser utilizados en su contra, en cuyo caso habrán de ponderarse el conjunto de circunstancias concurrentes.

6.º La doctrina jurisprudencial prescinde de calificar las manifestaciones realizadas por el inculpado en estas grabaciones como confesión, utilizando las grabaciones como ratificación de las declaraciones de los demás intervinientes en la conversación, que tienen el valor de testimonio de referencia sobre las declaraciones del inculpado.

*La apropiación ilícita de datos cometida por un particular para denunciar la comisión de un delito fiscal resultó válida y cobró carta de naturaleza con la STS 116/2017, de 23 de febrero (caso *Falciani*), que defendió su validez argumentando que tal apropiación se hallaba desconectada de cualquier actividad estatal dirigida a prefabricar pruebas:*

La prohibición de valorar pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales cobra su genuino sentido como mecanismo de contención de los excesos policiales en la búsqueda de la verdad oculta en la comisión de cualquier delito. No persigue sobreproteger al delincuente que se ve encausado con el respaldo de pruebas que le han sido arrebatadas por un particular que cuando actuaba no pensaba directamente en prefabricar elementos de cargo utilizables en un proceso penal ulterior. (Reitera la doctrina la STS 546/2019, de 11 de noviembre).

La STS 116/2017, de 23 de febrero, fue confirmada por la STC 97/2019, de 16 de julio, que enfocó la cuestión de la prueba ilícita más en el examen del respeto de las reglas del proceso debido que de la vulneración del derecho en sí, de ahí la crítica de que dicha sentencia del Tribunal Constitucional certifica el fin de la teorización sobre la prueba ilícita².

La declaración de ilicitud de la prueba en el proceso penal pasa por realizar una debida ponderación entre el derecho violado, el bien jurídico en conflicto y el modo de producción de la violación desde el punto de vista de los medios utilizados y sus autores (particulares o poderes públicos), puesto que la prueba podría resultar admisible de haberse respetado las reglas del proceso debido.

² ASENCIO MELLADO, «La STC 97/2019, de 16 de julio. Descanse en paz la prueba ilícita».

3. INSPECCIÓN OCULAR Y CADENA DE CUSTODIA

La inspección ocular constituye a la vez una diligencia de investigación (arts. 326 ss. LECrim) y un medio de prueba (art. 727 LECrim), que consiste en el examen directo por el juez o tribunal del lugar de los hechos, acompañada, en el caso de la diligencia de investigación, de la recogida de vestigios o pruebas de la perpetración del delito.

Así se deduce de la regulación de esta diligencia, según la cual el juez instructor ordenará que se recojan y conserven para el juicio oral, si fuese posible, los vestigios o pruebas materiales de la perpetración del delito, «procediendo al efecto a la inspección ocular y a la descripción de todo aquello que pueda tener relación con la existencia y naturaleza del hecho» (art. 326.I). Si existen «huellas o vestigios cuyo análisis biológico pudiera contribuir al esclarecimiento del hecho investigado, el Juez de Instrucción adoptará u ordenará a la Policía Judicial o al médico forense que adopte las medidas necesarias para que la recogida, custodia y examen de aquellas muestras se verifique en condiciones que garanticen su autenticidad» (art. 326.III).

La realización por la autoridad judicial de esta inspección durante la fase sumarial es muy excepcional, y todavía más llevarla a cabo en el acto del juicio. Lo habitual es que sea la propia policía judicial quien la realice, practicando las diligencias necesarias para «recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la autoridad judicial» (art. 282 LECrim; también art. 770.2.^a y 3.^a LECrim), confeccionando el correspondiente atestado (con valor de denuncia, art. 297.I LECrim), que podrá ser valorado como prueba de cargo, siempre que sea introducido en el plenario como prueba documental a fin de posibilitar su efectiva contradicción por las partes.

Para realizar esta diligencia no se precisa, como regla, autorización judicial, ni tampoco para recoger efectos del delito que puedan desaparecer. Como reitera la jurisprudencia, «cuando no nos hallemos ante inspecciones oculares y retirada de efectos practicadas en domicilios o viviendas [...], es claro que no se precisa autorización judicial para realizar la diligencia de inspección ocular ni tampoco la presencia del Juez o del Secretario Judicial para la práctica de la misma (por todas, STS 747/2015, de 19 de noviembre, caso *Código Calixtino*).

Lo importante en todos los casos de recogida de vestigios y efectos es comprobar que los mismos (ropa ensangrentada, huellas, restos biológicos, archivos informáticos) se han obtenido sin vulneración de derechos; y que tales evidencias se recogen y presentan al juzgador con las debidas garantías de

identidad, integridad, autenticidad y, en su caso, análisis, siguiendo un proceso concatenado de actos dirigido a satisfacer tales garantías, es decir, siguiendo la «cadena de custodia».

Este proceso constituye uno de los principales focos de atención para establecer la legitimidad de la prueba de cargo susceptible de desvirtuar la presunción de inocencia y posibilitar así una sentencia condenatoria dictada en un juicio justo. Se trata de un tema probatorio que estuvo muy de moda y raro era el pleito en el que no se invocaba que dicha cadena se había roto. Esta alegación, a veces realizada a la ligera, debe valorarse ponderando los intereses en juego en el proceso penal, que son: por un lado, la represión del delito y, por otro, el derecho a un juicio justo y con todas las garantías que, en este particular, se traducen en que las evidencias probatorias halladas durante la investigación y puestas a disposición del órgano de enjuiciamiento sean las mismas y se hayan obtenido válidamente.

Como criterios para enjuiciar el debido cumplimiento de la cadena de custodia, debe decirse que resulta un disparate partir de la presunción de ilegalidad de la actuación policial y judicial en la recogida, análisis y conservación de los vestigios y pruebas, y también, que no puede exigirse que la legalidad de todo este proceso sea aceptada sin más como un «acto de fe», aunque, en ocasiones, se le asemeje.

Las referencias normativas a la cadena de custodia se encuentran, además de en los preceptos mencionados, en el artículo 6 de la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, que dispone que la remisión de los datos identificativos obtenidos a partir del ADN, para su inscripción en la base de datos policial, «se efectuará por la Policía Judicial, adoptándose para ello todas las garantías legales que aseguren su traslado, conservación y custodia». O en los protocolos que deben seguir los laboratorios oficiales, como los previstos en la Orden JUS/1291/2010, de 13 de mayo, por la que se aprueban las normas para la preparación y remisión de muestras objeto de análisis por el Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, que dicta reglas sobre recogida, documentación, embalaje, rotulado, etiquetado y transporte de las muestras, y para la realización de estudios toxicológicos, histopatológicos, biológicos, entomológicos, medioambientales, sobre incendios, fauna y criminalísticos (de indicios, de residuos de disparo, de signos de violencia en las ropas, cuerdas y otros objetos, de lesiones, antropológicos y odontológico forenses y de documentoscopia y graffística)³.

³ Sobre el tema, *vid.* FIGUEROA NAVARRO, *La cadena de custodia en el proceso penal*.

La jurisprudencia también se ha hecho eco del tema y define la cadena de custodia como *el conjunto de actos que tienen por objeto la recogida, el traslado y la conservación de los indicios o vestigios obtenidos en el curso de una investigación criminal, actos que deben cumplimentar una serie de requisitos con el fin de asegurar la autenticidad, inalterabilidad e indemnidad de las fuentes de prueba*. La integridad de la cadena de custodia garantiza que desde que se recogen los vestigios relacionados con el delito hasta que llegan a concretarse como pruebas en el momento del juicio, aquello sobre lo que recaerá la inmediación, publicidad y contradicción de las partes y el juicio del tribunal es lo mismo. Se asegura de esa forma que lo que se analiza es justamente lo ocupado y que no ha sufrido alteración alguna.

No obstante, como se sostiene por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, aun siendo importante que se cumplan los protocolos, lo relevante para verificar que se ha seguido la cadena de custodia es que puedan excluirse las dudas razonables sobre la identidad y la integridad de las muestras, siendo válido cualquier medio de prueba para excluir tales dudas. Por ello, la nulidad de la prueba no puede ir anudada «burocráticamente» a las irregularidades en el cumplimiento de aquella o de esta orden ministerial, o a que se rellene este o aquel formulario, porque ese recorrido de las piezas de convicción y de su mismidad es una cuestión fáctica, que no queda subordinada al estricto cumplimiento de una norma reglamentaria que, por su propia naturaleza, no puede mediatizar la conclusión jurisdiccional acerca de la integridad de esa custodia.

En conclusión, que la ruptura de la cadena de custodia llevará aparejada la nulidad del material probatorio obtenido, siempre y cuando la parte que la invoque ofrezca indicios suficientes de que tal hecho ha ocurrido, más allá de las meras irregularidades en el seguimiento de los protocolos establecidos, y siempre que esa identidad e integridad de la evidencia, su «mismidad», no resulte del resto del acervo probatorio (SSTS 147/2015, de 17 de marzo, 285/2017, de 19 de abril, 120/2018, de 16 de marzo y 173/2021, de 25 de febrero).

4. LA PERSONA INVESTIGADA

A) **Identificación**

Identificar a la persona que ha cometido el delito resulta indispensable para proseguir la causa hasta su enjuiciamiento, pues sin autor, como se ha advertido,

las actuaciones se sobreseen provisionalmente (art. 641.2 LECrim). Cuando su identidad no resulta conocida, la identificación puede realizarse por cualquier medio idóneo (art. 373 LECrim), entre los que cabe destacar los siguientes:

a) *IN SITU*, ÁLBUMES DE FOTOS Y RUEDA DE RECONOCIMIENTO

La identificación del presunto responsable del delito puede tener lugar en el mismo instante de la comisión del hecho, cuando la propia víctima o un testigo indican quién es, procediendo la policía a su detención o filiación *in situ*. En este caso, los agentes actuantes y, con posterioridad, los de custodia, así como el órgano encargado de la instrucción, se asegurarán de que la persona sospechosa no realice en su persona ni en su vestimenta alteraciones que dificulten su ulterior reconocimiento, procurando reflejar, con la minuciosidad que sea posible, los rasgos o señas identificativas más relevantes para facilitar la prueba de su identidad (arts. 371, 372 y 374 LECrim).

Para avanzar en las pesquisas identificativas suele ser frecuente que la policía judicial exhiba a la víctima o al testigo *álbumes de fotografías* de personas con antecedentes delictivos similares que respondan a las características físicas de la persona sospechosa. Si el reconocimiento fotográfico es positivo, se procede a su búsqueda y detención policial. Una vez que es hallada y, en su caso, detenida e imputada, todavía puede suceder que el órgano de instrucción ordene la práctica de una rueda de reconocimiento sobre su persona para despejar cualquier duda (art. 368 LECrim), siempre que dicha rueda resulte posible y tenga sentido.

El reconocimiento fotográfico ha sido reiteradamente admitido por el Tribunal Constitucional y la Sala Segunda del Tribunal Supremo «como herramienta policial idónea para orientar la investigación con el objetivo de lograr la identificación del autor de los hechos [...]. Por sí solos, no constituyen prueba apta para destruir la presunción de inocencia, al constituir meras actuaciones policiales que sirven para la apertura de una línea de investigación, a veces imprescindibles porque no hay otra forma de obtener una pista que pueda conducir a la identificación del autor o de descartar a otros sospechosos» (STS 18/2017, de 20 de enero).

La *rueda de reconocimiento* constituye una diligencia específica y propia de la fase de instrucción, que se realiza poniendo a la sospechosa junto a personas de aspecto exterior semejante a presencia del testigo que haya de efectuar la identificación, que será colocado en un punto desde el que no pueda ser visto, y preguntado sobre si reconoce a alguien de quienes forman la rueda

como la persona a la que hizo referencia en su declaración. La rueda se verifica a presencia judicial y de la defensa letrada de la persona investigada. La letrada de la administración de justicia dejará constancia de «todas las circunstancias del acto, así como los nombres de todos los que hubiesen formado la rueda o grupo» [arts. 369 y 520.6.b) LECrim].

En el juicio oral, la práctica de la diligencia de reconocimiento en rueda es inviable, debido a su naturaleza investigativa y porque resulta difícilmente reproducible (basta pensar en su escenificación). Abierto el acto del juicio oral, la prueba de cargo de la identificación de la persona autora de hecho se verifica mediante la comparecencia del testigo, quien ratificará o no el reconocimiento efectuado durante la instrucción de la causa (*in situ*, mediante álbum o en la rueda), y se someterá al interrogatorio de las partes. Al tribunal le resta valorar razonadamente dicha declaración e identificación, utilizando como criterios: a) las condiciones de visibilidad del testigo (luminosidad, distancia, tiempo de exposición, etc.); b) la mayor o menor exactitud al hacer la primera descripción de la persona sospechosa; c) el tiempo transcurrido entre el suceso, la identificación y los sucesivos interrogatorios policiales y judiciales; d) la existencia de relaciones previas entre el testigo y la persona identificada; y, e) la legalidad y regularidad de la práctica de las diligencias de identificación policiales y judiciales.

Como sintetiza la STS 503/2008, de 17 de julio (caso *Atentados del 11-M*), acerca de la doctrina jurisprudencial sobre el valor probatorio de tales medios:

Los reconocimientos efectuados en sede policial, o en sede judicial en fase sumarial, bien a través del examen de fotografías o bien mediante ruedas de reconocimiento, son en realidad medios de investigación que permiten, cuando es necesario, determinar la identidad de la persona a la que los testigos imputan la realización del hecho denunciado, y avanzar en el esclarecimiento de los hechos. Solamente alcanzan el nivel de prueba, como regla general, cuando el reconocimiento se ha realizado en sede judicial, con todas las garantías, entre ellas la presencia del Juez, y quien ha realizado el reconocimiento comparece en el juicio oral y ratifica lo antes manifestado o reconoce en el plenario al autor de los hechos, pudiendo ser sometido a interrogatorio cruzado de las partes sobre los hechos que dice haber presenciado y sobre el reconocimiento realizado. Por tanto, el derecho a la presunción de inocencia no se desvirtúa por el resultado del reconocimiento fotográfico, sino por el resultado del medio de prueba practicado en el acto del juicio, consistente en la ratificación del testigo sometido al interrogatorio cruzado de las partes (jurisprudencia constante: SSTS 16/2014, de 30 de enero, 901/2014, de 30 de diciembre, 337/2015, de 24 de mayo y 18/2017, de 20 de enero).

b) RECONOCIMIENTO DE VOZ

El reconocimiento de la voz de la persona sospechosa no ofrece duda de que puede servir como medio probatorio. El problema radica en establecer si la voz reconocida pertenece verdaderamente a la persona investigada o acusada, lo que no pasa necesariamente por realizar una prueba pericial técnica en laboratorios especializados, pues como señala la STS 775/2001, de 10 de mayo:

El sistema español admite que se puedan utilizar otros instrumentos probatorios, quizá menos fiables desde el punto de vista científico, pero no exentos de una cierta virtualidad probatoria. Se ha admitido en alguna sentencia, la identificación del sospechoso por medio del reconocimiento de la voz efectuado por la víctima del delito y no se descarta la posibilidad de realizar una especie de «rueda de voces» para identificar entre ellas, la que se atribuye al posible autor del hecho delictivo. La similitud fonética de las voces puede ser apreciada directamente por el Tribunal o ser deducida de la valoración del testimonio de quien ha percibido la voz del sospechoso y la identifica ante la autoridad judicial.

El contenido de la conversación puede resultar igualmente determinante de la identificación, si, por ejemplo, resultan datos que solo la persona cuya voz se trata de identificar puede conocer.

c) HUELLAS DACTILARES (INFORMES DACTILOSCÓPICOS O LOFOSCÓPICOS)

La jurisprudencia reconoce una y otra vez la fiabilidad de la prueba dactiloscópica como prueba de cargo válida para acreditar la participación de una persona en el hecho delictivo (STS 1758/2001, de 1 de octubre), habida cuenta de las características que presenta toda huella dactilar: a) ser inmutables tales dibujos de la epidermis, que aparecen ya en el cuarto mes de vida intrauterina y desaparecen tan solo con la putrefacción cadavérica, permaneciendo idénticos en cada persona a lo largo de su vida; b) no ser modificables, ni patológicamente, ni por la propia voluntad del sujeto portador; y c) ser únicas y exclusivas de cada persona, jamás idénticas en dos individuos (STS 1093/2000 de 19 de junio).

Como señala la STS 468/2002, de 15 de marzo, la presencia de huellas dactilares constituye un indicio de «singular potencia acreditativa», puesto que:

La pericia dactiloscópica constituye una prueba plena en lo que respecta a la acreditación de la presencia de una persona determinada en el lugar en el que la huella se encuentra y permite establecer, con seguridad prácticamente absolu-

ta, que sus manos han estado en contacto con la superficie en la que aparecen impresas. La conexión de estos datos con la atribución al titular de las huellas de la participación en el hecho delictivo, necesita, sin embargo, un juicio lógico inductivo sólidamente construido del que pueda deducirse, sin duda racional alguna, que por el lugar en el que se encuentra la huella o por el conjunto de circunstancias concurrentes ésta necesariamente procede del autor del hecho delictivo. Por el contrario, cuando es factible establecer conclusiones alternativas plausibles, basadas en la incertidumbre o la indeterminación, el proceso valorativo debe decantarse por una solución absolutoria (en el mismo sentido, STS 667/2014, de 15 de octubre).

d) RASGOS FISIONÓMICOS (INFORMES ANTROPOMÓRFICOS)

No existe obstáculo en utilizar la técnica de análisis de los rasgos o partes del cuerpo de una persona para establecer su identidad. No obstante, la jurisprudencia relativiza el valor probatorio de este medio identificativo:

Así como la identificación por las huellas dactilares (dactiloscopia) tiene un amplio consenso en el mundo científico de la criminalística, por la pluriformidad y variabilidad infinita de las crestas papilares, la pericia antropomórfica debe ser valorada con más cautela en cuanto utiliza rasgos o partes del rostro y del cuerpo de la persona para establecer la identidad. El universo de los signos distintivos que emplea esta última ciencia, nos sitúa ante un espectro de población muy amplio en el que pueden darse coincidencias o similitudes entre variados grupos de personas. Las partes del rostro de las personas no son irrepetibles, como sucede con las huellas dactilares, sino que pueden presentar características cercanas entre sí que nos llevaría a la formación de un grupo de varias personas con rasgos similares a la que se trata de identificar (SSTS 61/2000, de 27 de enero de 2001 y 315/2016 de 14 de abril).

e) VIDEOGRABACIONES O FOTOS

La jurisprudencia considera que el material fotográfico y videográfico obtenido en un espacio público y sin intromisión indebida en la intimidad personal o familiar de la persona afectada tiene un innegable valor probatorio, cuya eficacia está subordinada a su visualización en el acto del juicio oral.

Pero además, para evitar alteraciones, trucajes o montajes fraudulentos o simples confusiones, es decir, para garantizar la autenticidad del material videográfico, se requiere la inmediata entrega a la autoridad judicial del ori-

ginal de la grabación. Cuando la película haya sido filmada por una persona, será precisa su comparecencia en el juicio oral, pues esta tuvo una percepción directa de los hechos en el mismo momento en que ocurrían y sus manifestaciones en el plenario deben ser sometidas a la exigible contradicción procesal. Este último requisito no será exigible, naturalmente, en el caso de que la cinta videográfica no haya sido filmada por una persona, sino por las cámaras de seguridad de las entidades que, por prescripción legal o por iniciativa propia, disponen de esos medios técnicos que graban de manera automática las incidencias que suceden en su campo de acción [STS 67/2014, de 28 de enero, con resumen de doctrina; arts. 588 quinquies.a) LECrim; arts. 3 a 6 LO 4/1997, de 4 de agosto, por la que se regula la utilización de videocámaras por las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado; art. 42 Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada; arts. 15 a 17 LO 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales].

f) PERFIL GENÉTICO (ADN)

La identificación a partir del perfil genético de la persona (ADN) mediante el análisis de muestras biológicas *tiene un valor identificativo prácticamente certero*. La cobertura legal de este medio de investigación y prueba viene establecida en el artículo 363.II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que dispone que:

Siempre que concurran acreditadas razones que lo justifiquen, el Juez de Instrucción podrá acordar, en resolución motivada, la obtención de muestras biológicas del sospechoso que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN. A tal fin, podrá decidir la práctica de aquellos actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

Asimismo, según el artículo 778.3 de la ley procesal: «El Juez podrá acordar, cuando lo considere necesario, que por el médico forense u otro perito se proceda a la obtención de muestras o vestigios cuyo análisis pudiera facilitar la mejor calificación del hecho, acreditándose en las diligencias su remisión al laboratorio correspondiente, que enviará el resultado en el plazo que se le señale».

En términos similares, la disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, concreta que:

Para la investigación de los delitos enumerados en la letra a) del apartado 1 del artículo 3 [*delitos graves y, en todo caso, los que afecten a la vida, la libertad, la indemnidad o la libertad sexual, integridad de las personas, los delitos patrimoniales con fuerza en las cosas, o violencia o intimidación en las personas, y en los casos de delincuencia organizada*], la policía judicial procederá a la toma de muestras y fluidos del sospechoso, detenido o imputado, así como del lugar del delito. La toma de muestras que requieran inspecciones, reconocimientos o intervenciones corporales, sin consentimiento del afectado, requerirá en todo caso autorización judicial mediante auto motivado, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

La *obtención de las muestras biológicas* puede hacerse recogiendo restos abandonados por la persona sospechosa, o bien tomándolas directamente de su cuerpo.

Si se trata de *restos biológicos abandonados por la sospechosa, no resulta precisa autorización judicial para su recogida*. De conformidad con el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 31 de enero de 2006: «La Policía Judicial puede recoger restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial» (SSTS 179/2006, de 14 de febrero, 949/2006, de 4 de octubre y 1062/2007, de 27 de noviembre). El Tribunal Constitucional también ha confirmado la validez de la prueba de ADN, realizada a partir de vestigios abandonados y recogidos por la policía judicial sin autorización judicial. Así, la STC 199/2013, de 5 de diciembre, declaró la validez del análisis de ADN efectuado sobre un esputo arrojado por el sospechoso en una celda policial. Y la STC 13/2014, de 30 de enero, hizo lo mismo respecto del análisis de ADN de los restos biológicos hallados en un cigarrillo arrojado por el sospechoso en un calabozo.

Ahora bien, cuando se trata de *obtener muestras biológicas directamente del cuerpo de la persona sospechosa*, el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 24 de septiembre de 2014, dispone que (STS 734/2014, de 11 de noviembre):

La toma biológica de muestras para la práctica de la prueba de ADN con el consentimiento del imputado, necesita la asistencia de letrado, cuando el imputado se encuentre detenido y en su defecto autorización judicial.

Sin embargo es válido el contraste de muestras obtenidas en la causa objeto de enjuiciamiento con los datos obrantes en la base de datos policial proceden-

tes de una causa distinta, aunque en la prestación del consentimiento no conste la asistencia de letrado, cuando el acusado no ha cuestionado la licitud y validez de esos datos en fase de instrucción.

El consentimiento para obtener muestras de ADN debe prestarse con asistencia letrada y, en caso de negativa, será preciso que la autoridad judicial dicte auto que autorice la intervención, razonándola en términos de proporcionalidad e idoneidad (STS 359/2017, de 19 de mayo: sobre necesidad de motivación del auto autorizante y excluye la prueba de ADN por ausencia de toda fundamentación de la resolución que la acuerda en forma de providencia; STS 120/2018, de 16 de marzo).

La autorización judicial puede extenderse incluso al empleo de la fuerza para la obtención de la muestra:

Si el detenido se opusiera a la recogida de las muestras mediante frotis bucal, conforme a las previsiones de la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, el juez de instrucción, a instancia de la Policía Judicial o del Ministerio Fiscal, podrá imponer la ejecución forzosa de tal diligencia mediante el recurso a las medidas coactivas mínimas indispensables, que deberán ser proporcionadas a las circunstancias del caso y respetuosas con su dignidad [art. 520.6.c) LECrim].

En la *fase de enjuiciamiento*, el artículo 129 bis del Código Penal dispone que:

Si se trata de condenados por la comisión de un delito grave contra la vida, la integridad de las personas, la libertad, la libertad o indemnidad sexual, de terrorismo, o cualquier otro delito grave que conlleve un riesgo grave para la vida, la salud o la integridad física de las personas, cuando de las circunstancias del hecho, antecedentes, valoración de su personalidad, o de otra información disponible pueda valorarse que existe un peligro relevante de reiteración delictiva, el juez o tribunal podrá acordar la toma de muestras biológicas de su persona y la realización de análisis para la obtención de identificadores de ADN e inscripción de los mismos en la base de datos policial. Únicamente podrán llevarse a cabo los análisis necesarios para obtener los identificadores que proporcionen, exclusivamente, información genética reveladora de la identidad de la persona y de su sexo.

Si el afectado se opusiera a la recogida de las muestras, podrá imponerse su ejecución forzosa mediante el recurso a las medidas coactivas mínimas indispensables para su ejecución, que deberán ser en todo caso proporcionadas a las circunstancias del caso y respetuosas con su dignidad.

El precepto no lo establece, pero tal medida deberá adoptarse a petición de parte, con arreglo al principio acusatorio que rige esta fase del procedimiento.

B) Asistencia letrada en la declaración

La *declaración de la persona investigada* (sujeto activo de los delitos de género y de violencia familiar) durante la instrucción resulta *preceptiva*, bajo sanción de nulidad, como vimos (arts. 779.1.4.^a y 797.1.3.^a LECrim). Las personas menores investigadas tienen derecho a ser oídas por la autoridad judicial antes de adoptar cualquier decisión que les concierna personalmente [art. 22.1.d) LORPM]. Si alguna de las partes propone su declaración, el fiscal debe recibirla, salvo que la instrucción hubiese concluido y el expediente hubiese sido elevado al juzgado de menores (art. 26.2 LORPM).

Salvo en los supuestos de incomunicación, la persona investigada *tiene derecho a entrevistarse con su defensa letrada* designada, antes y después de prestar declaración, ya sea ante la policía, la fiscalía o la autoridad judicial, teniendo asimismo *derecho de acceso al atestado y a las actuaciones* para ejercer su derecho de defensa⁴ [arts. 118.2. II, 509, 520.6.d), 527.1.a), c) y d) y 775.1 LECrim y 17, 22.1 y 2, 24 LORPM; SSTC 13/2017, de 30 de enero, 21/2018, de 5 de marzo, 83/2019, de 17 de junio, 180 y 181/2020, de 14 de diciembre].

Todas las comunicaciones entre la persona investigada o encausada y su defensa letrada tendrán carácter confidencial. Si estas conversaciones o comunicaciones hubieran sido captadas o intervenidas durante la ejecución de alguna de las medidas limitativas de los derechos del artículo 18 de la Constitución, el juez ordenará la eliminación de la grabación o la entrega a la persona destinataria de la correspondencia detenida, dejando constancia de estas circunstancias en las actuaciones. Ahora bien, esta confidencialidad no será de aplicación cuando se constate la existencia de indicios objetivos de la participación de la propia defensa jurídica en el hecho delictivo investigado o de su implicación junto con la persona investigada o encausada en la comisión de otra infracción penal, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley General Penitenciaria (arts. 118.4 y 520.7 LECrim), que solamente autoriza a interceptar judicialmente las conversaciones entre el interno y su defensa jurídica en los supuestos de terrorismo (art. 51.2 LOGP).

El *contenido de la declaración de la persona investigada* (o detenida) es lógicamente variable, puesto que tiene derecho a guardar silencio y no prestar declaración, a contestar todas o alguna de las preguntas formuladas, a no declarar contra sí misma y no confesarse culpable [arts. 24.2 CE, 118.1.g) y h) y 520.2.a) y b) LECrim]. Puede incluso reconocer los hechos, con posibilidad de dictarse una sentencia de conformidad inmediata si se cumplen los requisitos legales (arts. 801 LECrim y 32 LORPM).

⁴ Vid. ABELLÁN, «El acceso a las actuaciones policiales y judiciales declaradas secretas».

C) Valor probatorio

a) DECLARACIÓN POLICIAL Y MANIFESTACIONES ESPONTÁNEAS

El reconocimiento de los hechos en sede policial efectuado por la persona detenida no puede ser tenido como prueba de cargo, si posteriormente no es ratificado en sede judicial, ya sea durante la instrucción o en el juicio oral, y ello aunque dicha persona haya sido informada de sus derechos, con asistencia letrada, se haya dado lectura a su confesión en el juicio oral, y tal confesión haya sido corroborada en el plenario por el agente interviniente en aquella declaración.

Así se desprende con toda claridad de la STC 53/2013, de 28 de febrero, en la que, otorgando el amparo, se establece que:

Las declaraciones obrantes en los atestados policiales, en conclusión, no tienen valor probatorio de cargo. Singularmente, y en directa relación con el caso que ahora nos ocupa, ni las autoincriminatorias ni las heteroinculporias prestadas ante la policía pueden ser consideradas exponentes de prueba anticipada o de prueba preconstituída. Y no sólo porque su reproducción en el juicio oral no se revele en la mayor parte de los casos imposible o difícil sino, fundamentalmente, porque no se efectuaron en presencia de la autoridad judicial, que es la autoridad que, por estar institucionalmente dotada de independencia e imparcialidad, asegura la fidelidad del testimonio y su eventual eficacia probatoria.

La STC 165/2014, de 8 de octubre, reproduce estos argumentos, aunque puntualiza significativamente que «la cuestión debe analizarse con una perspectiva diferente si esas declaraciones autoinculporias documentadas en el atestado policial ponen de manifiesto unos hechos que son acreditados por otros medios de prueba». La «declaración autoinculporia en el curso de las diligencias policiales no es una prueba de confesión pero sí una de manifestación voluntaria y libre documentada que cuando se realiza con observancia de requisitos legales adquiere existencia jurídica. De una parte, como elemento de contraste con las declaraciones judiciales posteriores, incidiendo en su propia credibilidad. De otra, la declaración policial puede contener datos cuya veracidad resulte comprobada mediante verdaderos medios de prueba».

La STS 848/2014, de 9 de diciembre, acoge la anterior doctrina y señala que:

Carece de toda eficacia probatoria la declaración prestada por el acusado recurrente en dependencias policiales. Pues, en primer lugar, no ha sido ratificada en sede judicial en la fase de instrucción y tampoco en la vista oral del juicio, ya que ante el Juez de instrucción se negó a declarar y en la vista oral del juicio negó la autoría de los hechos, al mismo tiempo que explicaba su autoincriminación

ante la policía debido a que ésta le forzó a ello. Y desde luego el procedimiento sesgado mediante el que se pretendió que se valorara por el Tribunal de instancia la declaración policial del imputado, reconvirtiendo el atestado en una prueba testifical del funcionario policial que intervino en las diligencias de comisaría, no se considera un procedimiento válido para que operen en el plenario como auténticas pruebas testificales las declaraciones personales obtenidas en las dependencias policiales [...]. Lo cual significa, evidentemente, que resulta irrelevante que los agentes policiales afirmen en el juicio que sí las prestó, pues ya lo digan éstos o el propio acusado (sin ratificarlas después) la ineficacia probatoria es la misma.

Como también sostiene la STS 367/2014, de 13 de mayo, «procede declarar la imposibilidad de valorar como prueba de cargo las declaraciones policiales no ratificadas ante la autoridad judicial, que deben excluirse, por lo tanto, del acervo probatorio, aun cuando, si han sido practicadas de forma inobjetable, hayan podido constituir un mecanismo válido a efectos de orientar la investigación y aportar elementos cuya comprobación pueda ser luego adecuadamente valorada».

Y lo mismo sucede con los interrogatorios preliminares en sede policial, que tampoco han sido ratificados ni en el juicio oral ni ante el juez de instrucción: que deben ser excluidos del material probatorio (STS 229/2014, de 25 de marzo).

Cuestión distinta son las *declaraciones espontáneas de testigos y personas sospechosas*, efectuadas a la policía cuando esta interviene para controlar y pacificar una situación violenta de cualquier índole, en cuyo caso, como se afirma en la STS 597/2017, de 24 de julio:

No existe inconveniente en admitir como medio probatorio el testimonio de referencia de los terceros o de los funcionarios policiales que hayan recibido esas manifestaciones espontáneas del detenido, si bien aclarando que en cualquier caso el testimonio es de referencia –*auditio alieno*– y así debe ser tratado en cuanto al contenido de la manifestación del acusado. No puede aportar fehacencia en cuanto a la realidad o veracidad del contenido de lo manifestado, lo que evidentemente queda ajeno a su conocimiento, pero es directo –*auditio proprio*– en cuanto al hecho en sí de haberse producido o exteriorizado por el acusado y de las circunstancias en que se produjo.

Estas declaraciones «deben ser realmente espontáneas, es decir, no provocadas directa o indirectamente por un interrogatorio más o menos formal», pues constituiría un fraude procesal el hecho de «que no siendo prueba de cargo la autoincriminación en sede policial con asistencia letrada, salvo ratificación judicial, se admitiese como prueba la autoincriminación en un interrogatorio preliminar y sin información de derechos» (SSTS 128/2018, de 20 de marzo y 418/2020, de 21 de julio).

El Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 3 de junio de 2015, plasma la anterior doctrina (se reitera en SSTS 435/2015, de 9 de julio y 487/2015, de 20 de julio):

Las declaraciones ante los funcionarios policiales no tienen valor probatorio.

No pueden operar como corroboración de los medios de prueba. Ni ser contrastadas por la vía del artículo 714 de la LECR. Ni cabe su utilización como prueba preconstituida en los términos del artículo 730 de la LECR.

Tampoco pueden ser incorporadas al acervo probatorio mediante la llamada como testigos de los agentes policiales que las recogieron.

Sin embargo, cuando los datos objetivos contenidos en la autoinculpación son acreditados como veraces por verdaderos medios de prueba, el conocimiento de aquellos datos por el declarante evidenciado en la autoinculpación puede constituir un hecho base para legítimas y lógicas inferencias. Para constatar, a estos exclusivos efectos, la validez y el contenido de la declaración policial deberán prestar testimonio en el juicio los agentes policiales que la presenciaron.

Este acuerdo sustituye el que sobre la materia se había adoptado en el mes de noviembre de 2006⁵.

b) DECLARACIÓN SUMARIAL

Cualquiera que sea el contenido de la declaración prestada en instrucción, debe tenerse en cuenta que la misma *puede servir en el juicio como prueba de cargo*, aunque posteriormente no se ratifique por la persona acusada, ya que el tribunal puede acoger la que le resulte más fiable (art. 714 LECrim), *siempre que conste que la declaración sumarial se prestó, previa información de derechos, a presencia letrada y que, a petición de parte, se dé lectura de su contenido*.

Incluso si la persona acusada se acoge en el juicio oral a su derecho a no declarar, el Tribunal Constitucional y la Sala Segunda del Tribunal Supremo admiten que se proceda a la lectura de la declaración sumarial (STC 80/2003, de 28 de abril; STS 926/2006, de 6 de octubre y 120/2018, de 16 de marzo), aunque no se trate de un supuesto de imposibilidad de practicar la prueba por causas independientes de la voluntad de las partes (art. 730 LECrim), y no lo es porque la persona acusada está allí presente, solo que se niega a declarar acogándose a su derecho.

⁵ Según el derogado Acuerdo de 28 de noviembre de 2006: «Las declaraciones válidamente prestadas ante la policía pueden ser objeto de valoración por el Tribunal, previa su incorporación al juicio oral en alguna de las formas admitidas por la jurisprudencia».

En cualquier caso, su silencio no puede ser valorado como una admisión de hechos, ni excusa desplegar una prueba suficiente de cargo, pero sí que puede servir como elemento de corroboración de las pruebas e indicios sobre los que se infiera la culpabilidad (STC 300/2005, de 21 de noviembre y STS 658/2018, de 14 de diciembre).

Asimismo, debe recordarse que el derecho de una persona a no declarar contra sí misma y a no confesarse culpable no le otorga un derecho fundamental a seguir una estrategia defensiva basada en la mentira que le garantice su total impunidad frente a toda manifestación o actuación procesal que resulte perjudicial para un tercero (atribución de hechos falsos, trato degradante) (STC 142/2009, de 15 de junio)⁶.

c) DECLARACIONES DE PERSONAS COINVESTIGADAS O COACUSADAS

La jurisprudencia ordinaria y constitucional repite que las declaraciones de las personas coinvestigadas o coacusadas son pruebas de cargo válidas para enervar la presunción de inocencia, sin que la participación de estos en los hechos suponga necesariamente la invalidez de su testimonio, aunque sea un dato que deba valorarse a la hora de determinar su credibilidad, pues debe tenerse en cuenta que no están obligados a decir la verdad (STS 120/2018, de 16 de marzo).

5. LA PRUEBA TESTIFICAL

A) **Concepto y comparecencia**

La prueba testifical es aquella que se verifica por una persona que no es parte en el proceso, pero que tiene noticias de los hechos enjuiciados en el mismo. Todos los que residen en territorio español, nacionales o extranjeros, que no estén impedidos, tienen obligación de concurrir al llamamiento judicial para declarar verazmente (bajo pena de incurrir en delito de falso testimonio), cuanto sepan sobre lo que les sea preguntado si se les cita con las formalidades legales (arts. 410, 433. II, 702 y 707 LECrim), con las excepciones establecidas en la propia ley procesal (arts. 411 a 419).

⁶ Sobre el derecho a mentir de la persona investigada, *vid.* LÓPEZ MARCHENA, «Las coartadas falsas».

La *incomparecencia injustificada* del testigo determina que incurra en una multa de 200 a 5000 euros, y si persiste será conducido y perseguido por delito de obstrucción a la justicia. Si el testigo se niega a declarar, tras la multa, será perseguido por desobediencia grave (arts. 420 y 716 LECrim).

Los testigos víctimas del delito *pueden hacerse acompañar* por su representante legal y por una persona de su elección durante su declaración en instrucción, salvo que en este último caso, motivadamente, se resuelva lo contrario por órgano judicial para garantizar el correcto desarrollo de la misma. La declaración será objeto de grabación (art. 433. III y IV LECrim).

En todo caso, cuando una persona menor de dieciocho años o una persona con discapacidad necesitada de especial protección deban intervenir en el acto del juicio, su declaración se llevará a cabo, cuando resulte necesario para evitarle perjuicios, *evitando la confrontación visual con la persona inculpada*. Con este fin se podrá utilizar cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba, incluyéndose la posibilidad de que los testigos puedan ser oídos sin estar presentes en la sala. Estas medidas serán igualmente aplicables a las declaraciones de las víctimas cuando de su evaluación inicial o posterior se derive su necesidad (art. 707 LECrim).

B) Preconstitución de la testifical

a) NORMAS GENERALES

La regla de que solo pueden considerarse auténticos actos de prueba, susceptibles de enervar la presunción de inocencia, aquellos que se practiquen en el acto del plenario resulta excepcionada por las denominadas *pruebas preconstituidas*, que son aquellas que se practican por el juzgado de instrucción o el de violencia, observando determinados requisitos, puesto que se prevé que será imposible que puedan practicarse en el acto del juicio (ex arts. 448 y 777.2 LECrim).

Así ocurre, por ejemplo, en los casos de delitos cometidos sobre turistas que tienen que regresar a su país y que son citados ante el juzgado de guardia para declarar. En ese momento, el órgano judicial, si quiere conferir a la declaración el carácter de prueba preconstituida, habrá de garantizar que la misma se practique con la debida contradicción.

La jurisprudencia acuñó inicialmente los requisitos de esta prueba: a) *materiales*: imposibilidad de practicarse en el juicio; b) *subjetivos*: intervención necesaria del órgano judicial; c) *objetivos*: garantías de contradicción, debien-

do proveerse a la persona investigada de defensa letrada a fin de que pueda interrogar al testigo; y d) *formales*: introducción del contenido de la declaración sumarial en el juicio mediante la lectura del acta o reproducción de la grabación (art. 730 LECrim), lo que posibilita que su contenido acceda al debate público y se confronte con las declaraciones de los demás intervinientes (SSTC 80/1986, 200/1996, 40/1997, 12/2002, 80/2003).

La ley procesal regula esta clase de prueba desde hace tiempo y establece como *presupuesto material* «la imposibilidad de concurrir [*del testigo*] por haber de ausentarse del territorio nacional, y también en el caso en que hubiere motivo racionalmente bastante para temer su muerte o incapacidad física o intelectual antes de la apertura del juicio oral» (art. 448.I LECrim; en el mismo sentido artículo 777.2 LECrim).

Los requisitos para su práctica responden a los establecidos por la jurisprudencia y se contemplan en su artículo 449 bis, que establece que la autoridad judicial garantizará el principio de contradicción. La ausencia de la persona investigada debidamente citada no impedirá la práctica de la prueba preconstituida, aunque su defensa letrada deberá estar presente en todo caso. Si dicha defensa no comparece de forma injustificada o cuando haya razones de urgencia para proceder inmediatamente, el acto se sustanciará con la defensa de oficio expresamente designada al efecto.

La documentación de la declaración se efectuará en soporte apto para la grabación del sonido y la imagen, debiendo la letrada de la Administración de Justicia, de forma inmediata, comprobar la calidad de la grabación audiovisual. Se acompañará acta sucinta autorizada por dicha fedataria, que contendrá la identificación y firma de todas las personas intervinientes en la prueba preconstituida.

La parte interesada solicitará la reproducción de la grabación audiovisual en el juicio, sin que sea necesaria la presencia del testigo en la vista (arts. 703 bis, párr. 1.º, 730.2 y 788.2 LECrim).

En todo caso, la autoridad judicial encargada del enjuiciamiento, a instancia de parte, podrá acordar la intervención del testigo en la vista cuando la prueba preconstituida no reúna todos los requisitos previstos en el artículo 449 bis y cause indefensión a alguna de las partes (art. 703 bis, párr. 3.º LECrim).

Ahora bien, si el testigo está *en peligro de muerte*, se le recibirá declaración, aunque la persona investigada no pueda estar asistida por profesional de la abogacía (art. 449 LECrim).

b) MENORES Y PERSONAS CON DISCAPACIDAD NECESITADAS DE ESPECIAL PROTECCIÓN

La *preconstitución de la prueba testifical de menores de catorce años o de personas con discapacidad necesitadas de especial protección* constituye la regla desde la entrada en vigor de la reforma de la ley procesal penal por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, el 25 de junio de 2021. La Ley Orgánica 8/2021 convierte en excepcional, como señala su exposición de motivos, «la declaración en juicio de los menores de catorce años o de las personas con discapacidad necesitadas de especial protección, estableciéndose como norma general la práctica de la prueba preconstituida en fase de instrucción y su reproducción en el acto del juicio evitando que el lapso temporal entre la primera declaración y la fecha de juicio oral afecten a la calidad del relato, así como la victimización secundaria de víctimas especialmente vulnerables».

De este modo, se otorga mayor seguridad jurídica a la hora de establecer los requisitos de validez de esta clase de pruebas en relación a menores y personas con discapacidad necesitadas de especial protección, que se encontraba huérfana de regulación legal y con una jurisprudencia en evolución constante.

Así, por ejemplo, la STS 96/2009, de 10 de marzo, al amparo de la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, y de la doctrina del caso *Pupino*, del Tribunal de Luxemburgo de 16 de junio de 2005, dio plena validez a la declaración de una niña de cinco años en condiciones de preconstitución probatoria, sustituyéndose su declaración en el acto del juicio por el visionado de la grabación de la entrevista realizada en fase sumarial por una psicóloga con la presencia de todas las partes sin ser vistas por la niña.

Sin embargo, a pesar de haberse preconstituido la testifical, la regla general de acudir al acto del juicio para declarar como testigo no resultaba del todo evitable, al no tratarse de una de las excepciones previstas en el artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y no existir determinación alguna acerca de los casos en que resultaba posible aplicar la excepción de reproducir la grabación preconstituida con el fin de tenerla por válida para desvirtuar la presunción de inocencia.

Como muestra, la STS 44/2020, de 11 de febrero, establecía que:

La presencia de un menor en el proceso penal no tiene que comportar un debilitamiento de los principios de inmediación y contradicción que deben presidir el desarrollo de cualquier instrumento de prueba, al ser presupuesto y garantía de la valoración probatoria y del derecho a un proceso con todas las garan-

tías [...]. No se puede, ni se debe, sustituir la regla general de la presencia del testigo en el acto del juicio oral por la regla general contraria cuando se trate de menores. Por ello la regla general debe ser la declaración de los menores en el juicio, con el fin de que su declaración sea directamente contemplada y valorada por el Tribunal sentenciador y sometida a contradicción por la representación del acusado, salvaguardando el derecho de defensa.

Por su parte, como señalaba la STS 206/2020, de 21 de mayo, en relación a la prueba preconstituida de un testigo vulnerable con retraso mental:

Quando una de la partes reclama la prueba, el Tribunal debe verificar si subsisten las causas que aconsejaron su preconstitución (o, hipotéticamente, han aparecido otras). Una denegación, según ha considerado la más reciente jurisprudencia (vid. SSTS 663/2018, de 17 de diciembre, 579/2019, de 26 de noviembre, o 44/2020, de 11 de febrero), no puede traer como razón exclusiva que la prueba ya está preconstituida. En el ordenamiento vigente la regla general es la práctica de la prueba en el acto del juicio oral. La preconstitución ha de estar justificada en razones serias de conveniencia o de imposibilidad. Aun estando ya preconstituida, si alguien la reclama, debe constatar que las circunstancias que determinaron la anticipación persisten en el momento del plenario.

Pero como ya se ha advertido, la citada ley de protección integral, en su disposición final primera, introduce en la Ley de Enjuiciamiento Criminal un nuevo artículo 449 ter (al que se remite el art. 777.3), que generaliza la obligación de preconstituir la prueba por la autoridad judicial, cuando se trate de testigos menores de catorce años o de personas con discapacidad necesitadas de especial protección, en la instrucción de causas por «delito de homicidio, lesiones, contra la libertad, contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, contra la intimidad, contra las relaciones familiares, relativos al ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas, de organizaciones y grupos criminales y terroristas y de terrorismo», siendo facultativa la preconstitución probatoria en los delitos leves. Se podrá practicar con ayuda de equipos psicosociales, y se evitará la confrontación visual de la persona investigada con el testigo.

En el acto del juicio, la prueba testifical preconstituida se practicará, a instancia de parte, reproduciendo la grabación audiovisual sin que sea necesaria la presencia del testigo en la vista (arts. 703 bis, párr. 1.º y 788.2 LECrim).

La autoridad judicial solo podrá acordar la intervención del testigo menor de catorce años o con discapacidad necesitado de especial protección, siempre a instancia de parte, cuando: a) sea considerada necesaria en resolución motivada; y b) cuando la prueba preconstituida no reúna todos los requisitos pre-

vistos en el artículo 449 bis y cause indefensión a alguna de las partes (arts. 703 bis párrs. 2.º y 3.º y 788.2 LECrim).

C) **Dispensa del deber de declarar entre parientes**

a) FUNDAMENTO Y REGULACIÓN

Los artículos 261, 416.1 y 707 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con fundamento en el principio de no ser exigible una conducta distinta, contemplan la tradicional exención o dispensa de los deberes de denunciar o de declarar como testigo por razón de parentesco (art. 24.2 CE).

Esta conocida exención o dispensa despliega un papel de primer orden en el ámbito de los delitos de género y de violencia familiar, debido a que, en muchas ocasiones, las causas se sobreesen o se absuelve a consecuencia de que la víctima se ha acogido a tales prerrogativas sin existir ningún otro indicio o prueba de cargo.

El conflicto que existe entre la protección de la intimidad familiar y la necesidad de evitar que la violencia se perpetúe al amparo de tales dispensas excepcionales tiene también su reflejo en el ámbito jurídico con posturas doctrinales y jurisprudenciales enfrentadas sobre el alcance de las excepciones.

La materia, al igual que en el caso de la preconstitución de la prueba de menores y personas con discapacidad necesitadas de especial protección, experimenta un profundo cambio a raíz de la Ley Orgánica 8/2021, que reduce el ámbito de aplicación de las dispensas al ponderar, por un lado, la protección de la infancia y de las personas vulnerables como bien jurídico superior, y por otro, la necesidad de estar a los actos propios para impedir utilizaciones sobrevenidas de unas exenciones a las que se renunció al inicio del proceso.

De este modo, según la redacción actual del artículo 261, *no estarán obligados a denunciar*:

1.º Quien sea cónyuge del delincuente no separado legalmente o de hecho o la persona que conviva con él en análoga relación de afectividad.

2.º Quienes sean ascendientes y descendientes del delincuente y sus parientes colaterales hasta el segundo grado inclusive.

Esta disposición no será aplicable cuando se trate de un delito contra la vida, de un delito de homicidio, de un delito de lesiones de los artículos 149 y 150 del Código Penal, de un delito de maltrato habitual previsto en el artículo 173.2 del Código Penal, de un delito contra la libertad o contra la libertad e indemnidad sexual o de un delito de trata de seres humanos y la víctima del delito sea una persona menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección.

Asimismo, de acuerdo con el artículo 416.1, en su redacción vigente, *los testigos siguientes están dispensados de la obligación de declarar*:

1. Los parientes del procesado en líneas directa ascendente y descendente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil. El Juez instructor advertirá al testigo que se halle comprendido en el párrafo anterior que no tiene obligación de declarar en contra del procesado; pero que puede hacer las manifestaciones que considere oportunas, y el Letrado de la Administración de Justicia consignará la contestación que diere a esta advertencia.

Lo dispuesto en el apartado anterior no será de aplicación en los siguientes casos:

1.º Cuando el testigo tenga atribuida la representación legal o guarda de hecho de la víctima menor de edad o con discapacidad necesitada de especial protección.

2.º Cuando se trate de un delito grave, el testigo sea mayor de edad y la víctima sea una persona menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección.

3.º Cuando por razón de su edad o discapacidad el testigo no pueda comprender el sentido de la dispensa. A tal efecto, el Juez oírán previamente a la persona afectada, pudiendo recabar el auxilio de peritos para resolver⁷.

4.º Cuando el testigo esté o haya estado personado en el procedimiento como acusación particular⁸.

5.º Cuando el testigo haya aceptado declarar durante el procedimiento después de haber sido debidamente informado de su derecho a no hacerlo⁹.

En el ámbito del juicio oral, el párrafo primero del artículo 707, no modificado por la Ley Orgánica 8/2021, dispone que «todos los testigos están obligados a declarar lo que supieren sobre lo que les fuere preguntado, con excepción de las personas expresadas en los artículos 416, 417 y 418, en sus respectivos casos»

⁷ El caso 3.º, casi de sentido común, permite dejar de lado la doctrina de la STS 225/2020, de 25 de mayo, de aplicación dificultosa que postulaba que en estos supuestos la dispensa se ejerciese por los representantes legales del menor o de la persona con discapacidad (o por un defensor judicial si existía conflicto de intereses) si aquel no era capaz de comprender su sentido. Si no comprende su sentido, a juicio del tribunal, queda excluido por disponerlo así el precepto.

⁸ El caso 4.º recoge el Acuerdo del Pleno del TS 2.ª, de 24 de abril de 2013, aplicado por las SSTs 449/2015, de 14 de julio y 389/2020, de 10 de julio.

⁹ El caso 4.º y también el 5.º dejan sin virtualidad el Acuerdo del Pleno del TS 2.ª, de 23 de enero de 2018, que, en solución contraria al de 2013, disponía, en primer término, que «el acogimiento, en el momento del juicio oral, a la dispensa del deber de declarar establecida en el artículo 416 de la LECrim, impide rescatar o valorar anteriores declaraciones del familiar-testigo aunque se hubieran efectuado con contradicción o se hubiesen efectuado con el carácter de prueba preconstituida». Y, en segundo lugar, que «no queda excluido de la posibilidad de acogerse a tal dispensa (416 LECrim) quien, habiendo estado constituido como acusación particular, ha cesado en esa condición».

El artículo 418 establece que:

Ningún testigo podrá ser obligado a declarar acerca de una pregunta cuya contestación pueda perjudicar material o moralmente y de una manera directa e importante, ya a la persona, ya a la fortuna de alguno de los parientes que se refiere el artículo 416.

Se exceptúa el caso en que el delito revista suma gravedad por atentar a la seguridad del Estado, a la tranquilidad pública o a la sagrada persona del Rey o de su sucesor.

Este último precepto puede entrar en contradicción con cada uno de los cinco casos en que la dispensa del artículo 416.1 queda excluida, de ahí que la antinomia creada solo pueda resolverse entendiendo derogado tácitamente el primer párrafo del artículo 418 por oponerse a la finalidad de aquellos (disposición derogatoria única LOPIAV).

b) EFECTOS

La dispensa entre parientes permite al testigo dispensado no declarar, aunque puede realizar las manifestaciones que considere oportunas con obligación de decir verdad como cualquier otro testigo.

La *ausencia de advertencia al testigo de su derecho a no declarar conleva*, salvo en los casos de denuncias espontáneas o de voluntad manifiesta de persecución del delito por parte de la persona amparada por la dispensa (ej.: cuando ejerce la acusación particular, como estimó la STC 94/2010, de 15 de noviembre; STS 400/2015, de 25 de julio), *la nulidad de la declaración que haya realizado*, aunque no del juicio en sí.

c) TESTIGO DIVORCIADO O EXPAREJA

La cuestión de si el testigo divorciado o expareja de la persona investigada/acusada puede o no acogerse a la dispensa, fue resuelta, en un primer momento, en sentido negativo: no subsistía el vínculo de solidaridad que servía de fundamento a la exención, con independencia de que los hechos objeto de la declaración hubieran ocurrido durante la vigencia del matrimonio o la relación de pareja o tras la ruptura. Para la STS 13/2009, de 20 de enero, «la dispensa a declarar tiene eficacia en atención a la situación existente en el momento de la celebración del juicio oral» (en el mismo sentido, apdo. III.2.2 Circular FGE 6/2011).

No obstante, una segunda corriente sostuvo que, teniendo en cuenta el principio de no exigibilidad que le sirve de fundamento, acorde con la protección constitucional de los vínculos familiares (arts. 24.2 y 39 CE), «la ruptura de la afectividad subsiguiente al cese de la convivencia no puede impedir que el llamado como testigo se acoja a la exención si la declaración compromete la intimidad familiar bajo la cual ocurrieron los hechos objeto de enjuiciamiento» (STS 292/2009, de 26 de marzo).

Esta segunda interpretación que permite al testigo acogerse a la dispensa, pese a estar divorciado o haber cesado la relación, siempre que el objeto de su declaración se refiera a hechos ocurridos constante el matrimonio –lo que incluye la separación legal o de hecho– o la pareja, es la acogida por el Tribunal Supremo en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda, de 24 de abril de 2013, y debe entenderse vigente con las adaptaciones necesarias a la vista de la nueva regulación de la dispensa del citado artículo 416.1.

D) Valoración de la testifical

La prueba testifical se valora conforme a las reglas de la sana crítica (art. 741 LECrim), pudiendo destacarse los supuestos valorativos que con frecuencia se dan en los delitos de género y de violencia familiar y que se estudian a continuación.

a) DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA COMO ÚNICA PRUEBA DE CARGO

Sucintamente, la STS 474/2010, de 17 de mayo, establece que «es doctrina reiterada la que tiene declarada la aptitud de la sola declaración de la víctima para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia [...], siempre que se den una serie de requisitos [...]: La ausencia de incredibilidad subjetiva; la verosimilitud; la persistencia y firmeza del testimonio; y las corroboraciones objetivas» (SSTS 723/2008, de 10 de noviembre y 391/2019, 24 de julio, entre muchísimas).

La concurrencia deficitaria de uno de los citados requisitos o parámetros, como apunta la STS 815/2013, de 5 de noviembre, no invalida la declaración, pero cuando ésta es la única prueba de cargo, «una deficiente superación de los tres parámetros de contraste impide absolutamente que la declaración inculpatoria pueda ser apta por sí misma para desvirtuar la presunción de inocencia [...], lo que nos tiene que llevar necesariamente a concluir que la valoración probatoria, que fundamenta la condena exclusivamente en dicho testimonio, no es racional» (en el mismo sentido, STS 255/2017, de 6 de abril).

Asimismo, debe destacarse la STS 490/2010, de 21 de mayo, en la que se previene contra el automatismo al que pueden conducir las anteriores pautas interpretativas, que vienen funcionando como si se tratase de criterios de prueba legal, cuando no lo son. Merece la pena detenerse en el siguiente extracto:

En supuestos como el que se examina, de relaciones producidas entre dos personas en un contexto íntimo, existe cierta tendencia a postular para la declaración de la que aparece procesalmente como víctima un plus de credibilidad. Es decir, la aplicación de un estándar de prueba menos exigente. Pero sucede que el derecho a la presunción de inocencia es de carácter absoluto, lo que significa que, cualquiera que sea la imputación, debe estar bien acreditada en todos sus elementos centrales, para que resulte justificada una sentencia condenatoria. Y el supuesto argumento –de frecuente presencia, sobre todo implícita– de la necesidad de evitar la impunidad de acciones producidas sin la concurrencia de testigos, privilegiando para ello alguna clase de prueba, no se sostiene. Pues nuestro sistema punitivo conoce una sola forma de dar respuesta constitucionalmente válida a los actos penalmente relevantes: la fundada en el respeto de la presunción de inocencia como regla de juicio. Y ésta exige que cualquier condena tenga como soporte una convicción de culpabilidad más allá de toda duda razonable, racionalmente formada y argumentada de manera convincente a partir de datos probatorios bien adquiridos.

Tal es el contexto en el que hay que tratar del valor que cabe dar a los indicadores jurisprudenciales de «verosimilitud», «ausencia de incredibilidad subjetiva» y «persistencia en la incriminación», de los que la sala de instancia hace uso en la sentencia, en la apreciación de la testifical de cargo.

Estas pautas, tomadas a veces indebidamente con cierto automatismo, cual si se tratase de criterios de prueba legal, tienen solo un valor muy relativo. En efecto, su incumplimiento podrá servir –en negativo– para desestimar el testimonio en sí mismo inverosímil, el autocontradictorio y el dictado por móviles espurios. Pero es obvio que el relato de una situación imaginaria, bien construido y hábilmente expuesto, podría perfectamente ser presentado como veraz y pasar por tal, después de haber sido mantenido sin alteración en los distintos momentos del trámite. Y se sabe asimismo por experiencia (clínica y también judicial) que hay personas que atribuyen a otro la realización de una conducta punible nunca ejecutada por él, sin propósito de perjudicarlo, solo como consecuencia de un error de percepción, debido al padecimiento de algún tipo de trastorno o por otras razones, no necesariamente conscientes. Y, además, podría darse igualmente la circunstancia de que alguien, aun odiando, dijera realmente la verdad al imputar la realización de una conducta punible.

En consecuencia, el contenido de una testifical que supere ese triple filtro no debe ser tenido como válidamente inculpatario. Lo único que cabe sostener es que un testimonio que no lo hiciera tendría que ser desestimado *a limine* como medio de prueba; mientras que, en el caso contrario, resultará en principio atendible, y, por tanto, cabrá pasar, en un segundo momento, a confrontar sus aportaciones con las de otra procedencia, para confirmar la calidad de los datos.

Por el contrario, la STS 282/2018, de 13 de junio, considera a *la víctima como un testigo especialmente cualificado*, lo que ha sido objeto de crítica doctrinal ante el riesgo de regresión en las garantías penales y su evidente contradicción con la presunción de inocencia¹⁰.

b) LECTURA O REPRODUCCIÓN DE DECLARACIONES TESTIFICALES

La lectura o reproducción de la grabación de las declaraciones testificales prestadas en la fase de investigación del proceso únicamente puede efectuarse, *a instancia de cualquiera de las partes*, dejando de lado la problemática estudiada de la preconstitución probatoria, *en los casos en que la testifical no pueda practicarse por causas independientes de la actividad o voluntad de la parte* (art. 730 LECrim).

En consecuencia, en el juicio oral no puede darse lectura ni tampoco reproducirse la grabación de la testifical prestada en la fase de instrucción, bajo sanción de nulidad, cuando el testigo no comparece estando localizado, pues han de agotarse los esfuerzos de su búsqueda antes ser declarado en paradero desconocido (art. 432 LECrim; STS 1072/2009, de 9 de noviembre).

c) CONTRADICCIONES, RETRACTACIONES O CORRECCIONES
DE LAS DECLARACIONES SUMARIALES

Cuando la declaración del testigo en el juicio oral no sea conforme en lo sustancial con la prestada durante la instrucción, cualquiera de las partes puede pedir su lectura o la reproducción de la grabación. Leída o visionada, el tribunal invitará al testigo a que explique las diferencias o contradicciones entre una y otra (art. 714 LECrim).

En tales supuestos, el tribunal puede ponderar la mayor o menor verosimilitud de las versiones contrapuestas y fundar su convicción con la versión sumarial, siempre que se haya obtenido con las debidas garantías y se haya sometido a efectiva contradicción en el acto del juicio oral (STS 1187/2005, de 21 de octubre).

¹⁰ Para esta crítica y la defensa del carácter esencial de la presunción de inocencia, *vid.* ANDRÉS IBÁÑEZ, de manera constante y, recientemente, en «Principio de presunción de inocencia y principio de victimización», pp. 59-77.

d) TESTIMONIOS DE REFERENCIA

Los testimonios de referencia son medios probatorios legalmente previstos, pues todo testigo ha de expresar «la razón de su dicho y, si fueren de referencia, precisarán el origen de la noticia, designando con su nombre y apellido, o con las señas con que fuere conocida, a la persona que se la hubiere comunicado» (art. 710 LECrim).

La jurisprudencia reconoce al testimonio de referencia un valor probatorio disminuido, al señalar que, aunque sea un medio admisible (con la sola excepción del proceso por injurias y calumnias verbales: artículo 813 LECrim) y de valoración constitucionalmente permitida que, junto con otras pruebas, puede servir de fundamento a una sentencia de condena, no significa que, por sí solo, pueda erigirse, en cualquier caso, en medio suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia.

Por su propia naturaleza, tiene una eficacia demostrativa limitada respecto al hecho delictivo, pues pasar directamente de lo declarado verazmente por el testigo de oídas a tener por probado sin más lo afirmado por aquel a quien se oyó equivaldría a atribuir a este todo crédito probatorio, privilegiando una narración extraprocesal sustraída a la intermediación y a la contradicción. Por eso se ha señalado que no puede sustituirse injustificadamente el testigo directo por el de referencia y que el valor del testimonio de referencia es el de prueba complementaria para reforzar lo acreditado por otros elementos probatorios, o bien el de una prueba subsidiaria para ser considerada solamente cuando es imposible acudir al testigo directo, porque se desconozca su identidad, haya fallecido o por cualquier otra circunstancia que haga imposible su declaración testifical (SSTS 774/2013, de 24 de octubre y 196/2017, de 24 de marzo, entre otras muchas).

6. LA PRUEBA PERICIAL

A) **Obligación de imparcialidad**

El informe pericial es el realizado por una persona experta cuyos conocimientos científico-técnicos, prácticos o artísticos resultan necesarios o convenientes para valorar o adquirir certeza acerca de los hechos objeto del procedimiento (art. 456 LECrim).

Sobre el perito pesan obligaciones de auxilio judicial semejantes a las del testigo, con idénticas consecuencias en caso de incumplimiento (art. 463 LECrim).

Pero además, por razón de su función, ha de *imparcial, veraz y objetivo* en su dictamen, consignando tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes (art. 474 LECrim), de ahí que la ley contemple su recusación cuando tales deberes se ponen en riesgo por razones de parentesco, interés directo en la causa, amistad íntima o enemistad manifiesta (arts. 464 y 468 LECrim). La recusación del perito solo será admisible si el informe pericial no pudiera reproducirse en el juicio oral (art. 467 LECrim).

El reconocimiento pericial en el sumario ordinario ha de hacerse, como regla, por dos peritos (art. 459 LECrim). En el ámbito del procedimiento abreviado, el informe pericial podrá prestarse solo por un perito cuando el tribunal lo considere suficiente (art. 778.1 LECrim).

Ahora bien, como señala la jurisprudencia, la infracción de la regla del dictamen de dos peritos no prohíbe valorar la prueba ni infringe el derecho a la tutela judicial efectiva, dado que tal regla no tiene carácter esencial. Si la parte alega que el dictamen de un solo perito le causa indefensión, tendrá que argumentar y razonar por qué (STS 50/2021, de 25 de enero).

La prueba pericial tampoco es una prueba tasada y su *valoración*, al igual que la testifical, se realizará conforme a las reglas de la sana crítica (art. 741 LECrim). A continuación se expondrán una serie de *prevenciones específicas sobre la necesidad de realizar ciertas pericias para acreditar la comisión de un hecho delictivo concreto*.

B) Informes de sanidad por lesiones

Dispone el artículo 350 de la LECrim que:

En los casos de envenenamiento, heridas u otras lesiones cualesquiera, quedará el Médico forense, encargado de la asistencia facultativa del paciente, a no ser que éste o su familia prefieran la de uno o más Profesores de su elección, en cuyo caso conservará aquél la inspección y vigilancia que le incumbe para llenar el correspondiente servicio médico forense.

El procesado tendrá derecho a designar un Profesor que, con los nombrados por el Juez instructor o el designado por la parte acusadora, intervenga en la asistencia del paciente.

El reconocimiento forense y su correspondiente informe de sanidad constituyen la diligencia y el medio de prueba idóneos para *objetivar un resultado lesivo*. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que tal informe no acredita por sí solo la dinámica de la agresión y menos su autoría. «Aquellos partes [*de lesiones*] acreditarían que la víctima presentaba en el momento de la exploración

las lesiones que se describen, pero no su etiología y menos aún su causación por el acusado» (STS 160/2010, de 5 de marzo).

C) Informes de valoración de efectos y de daños y perjuicios

La valoración de los efectos y de los daños y perjuicios causados por el hecho delictivo reviste, por lo general, el carácter de diligencia imprescindible para su calificación jurídico-penal. Así sucede, sobre todo, en los delitos contra el patrimonio, en los que el valor de lo sustraído, apropiado, estafado o dañado determina que los hechos sean susceptibles de calificarse de un modo u otro (delito leve, tipo básico o agravado) en función de su valor.

Según el artículo 365 de la LECrim:

Cuando para la calificación del delito o de sus circunstancias fuere necesario estimar el valor de la cosa que hubiere sido su objeto o el importe del perjuicio causado o que hubiera podido causarse, el Juez oirá sobre ello al dueño o perjudicado, y acordará después el reconocimiento pericial en la forma determinada en el capítulo VII de este mismo título. El Secretario judicial facilitará a los peritos nombrados las cosas y elementos directos de apreciación sobre que hubiere de recaer el informe. Si tales efectos no estuvieren a disposición del órgano judicial, el Secretario judicial les suministrará los datos oportunos que se pudieren reunir, a fin de que, en tal caso, hagan la tasación y regulación de perjuicios de un modo prudente, con arreglo a los datos suministrados.

La valoración de las mercancías sustraídas en establecimientos comerciales se fijará atendiendo a su precio de venta al público.

El valor de lo sustraído en establecimientos comerciales es el precio de venta al público que debe interpretarse como la cantidad que debe abonarse para su adquisición, cifra que habitualmente se exhibe sin desglosar en el etiquetado de la mercancía, impuestos incluidos (STS 327/2017, de 9 de mayo).

D) Informes ginecológicos y forenses en agresiones sexuales

La acreditación de una agresión sexual exige la práctica de ciertas diligencias de forma inmediata¹¹. Además, debe tenerse en cuenta que, como regla, la persona agredida deberá interponer la correspondiente denuncia al ser un requisito de procedibilidad (art. 191 CP).

¹¹ JIMÉNEZ/VEDIA, «El Juzgado de Guardia y las diligencias de investigación inaplazables», pp. 47-48.

Las diligencia pertinente consiste en el *reconocimiento médico conjunto por forense y ginecólogo en centro hospitalario*. El ginecólogo practicará el examen clínico y el forense el pericial, emitiendo cada uno su informe.

El *informe forense* habrá de atender a la existencia de lesiones a nivel genital (ej.: rotura de himen, desgarros vaginales, relajación de esfínter anal) y extragenital, es decir, en otras partes del cuerpo (ej.: presencia de hematomas en cara interna de muslos, lesiones en cuello, brazos o espalda), pudiendo estas últimas lesiones servir para determinar la superficie en que la agresión se ha producido.

Asimismo, *se tomarán muestras del cuerpo de la persona agredida*, pudiendo consistir éstas en: a) *exudado vaginal* mediante torunda y lavado vaginal con el fin de determinar la presencia de esperma; si la agresión fuese *anal*, el exudado se practicaría a ese nivel, y si fuese *bucal*, la toma se realizaría con hisopo a nivel de la cara interna de la mucosa de la boca; b) *recogida de restos de saliva del atacante* del cuerpo de la víctima, cuando esta señala que pueden existir, efectuándose con hisopo ligeramente humedecido; c) *recogida de muestras de sangre de la víctima* para su análisis, sobre todo cuando tiene vacíos en su discurso o no es coherente y se sospecha que su causa se debe a la intervención de tóxicos (ej.: se utilizan anestésicos para facilitar la violación); y d) *recogida de restos en uñas de la víctima*: se recortan y se analizan para determinar la presencia de restos que puedan servir para la identificación del agresor.

Se tomarán además *muestras de la ropa de la víctima* con el fin de buscar restos de esperma y, en algunos casos, de restos de sangre u otras sustancias biológicas del atacante. Los análisis se efectuarán, tras su remisión garantizándose la cadena de custodia, por los laboratorios de biología y toxicología estatales o autonómicos competentes.

E) Informes de autopsia

La autopsia judicial es aquella diligencia cuya práctica debe ordenar el juzgado de guardia cuando la instrucción se inicie por causa de *muerte violenta o sospechosa de criminalidad* (arts. 340 y 343 LECrim).

Puede ocurrir que existan terceros a quienes interese que se practique una autopsia judicial por sospechar que la muerte ha podido tener un carácter delictivo; en estos casos, previa denuncia de los hechos, el órgano judicial decidirá sobre su pertinencia oído el forense¹².

¹² Para las distintas clases de autopsia, clínica y judicial, *vid.* PUCHOL/CASLA, «Aspectos médico-legales de la autopsia».

Se ha discutido sobre si resulta válida la autopsia realizada en el sumario ordinario por un solo forense, en lugar de por dos, como requiere la regla general del artículo 459, que, como vimos, había resultado superada por la jurisprudencia que no considera que la duplicidad de informes revista un carácter esencial.

La validez de la mencionada autopsia realizada por un único forense se admite igualmente desde otra perspectiva, al sostenerse que las previsiones del artículo 348, donde se regula la posibilidad de que el forense se auxilie de otros facultativos, constituye un precepto especial que resulta aplicable con preferencia al precepto general del artículo 459 (STS de 11 de octubre de 1994).

7. DOCUMENTOS, PIEZAS DE CONVICCIÓN E INDICIOS

La Ley de Enjuiciamiento Criminal no contiene una regulación sistemática de la *prueba documental*, al hallarse dispersa en las disposiciones relativas al cuerpo del delito y al registro de libros, documentos y papeles, a diferencia de lo que sucede en la Ley de Enjuiciamiento Civil, que regula esta tipo de prueba, clasificando los documentos en públicos y privados, estableciendo su forma de presentación, así como su valoración (arts. 264 ss. y 317 a 334 LEC), que, en el ámbito penal, está sujeta al principio de *libre valoración* (art. 741 LECrim).

El artículo 26 del Código Penal supera la identificación del documento con la idea de escrito que incorpora un pensamiento, y lo define como «todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica», dando entrada a las amplias posibilidades tecnológicas de incorporar audiciones o imágenes en soportes distintos al papel (STS 388/2007, de 9 de abril).

Las *piezas de convicción* en su consideración de efectos del delito son aquellos objetos e instrumentos que pueden contribuir «al esclarecimiento de los hechos o a la más segura investigación de la verdad» (art. 726 LECrim).

Los efectos o instrumentos del delito se recogen e intervienen durante la instrucción y, siguiendo la debida cadena de custodia, deberán estar a disposición del órgano de enjuiciamiento, sin perjuicio de su destrucción o realización anticipada (arts. 127 octies CP y 367 bis a 367 septies LECrim).

La sentencia condenatoria dispondrá que los efectos e instrumentos del delito *sean decomisados*, dándoles el destino previsto en la normativa correspondiente (inutilización, transferencia al tesoro público, entrega a museos, entidades sin ánimo de lucro). Si recayese sentencia absolutoria, los efectos se devolverán a dueño o poseedor, salvo que, por su naturaleza, entrañen algún peligro grave para los intereses sociales o individuales, así respecto de las personas como de

sus bienes (arts. 127 ss. CP, 635.V y 742.III LECrim y RD 2783/1976, de 15 de octubre, sobre conservación y destino de piezas de convicción).

La *prueba de indicios* se caracteriza porque su objeto no recae directamente sobre objeto final de la prueba, sino sobre otro intermedio que permite su prueba a través de un razonamiento asentado en las reglas de la lógica y la experiencia. La prueba indiciaria permite desvirtuar la presunción de inocencia, siempre que los indicios estén acreditados por prueba directa, sean plurales e independientes entre sí, concordantes y todos ellos converjan en un único sentido, debiendo el tribunal exponer la inferencia realizada con el fin de comprobar la racionalidad de la decisión (SSTC 128/2011, de 18 de julio, 133/2014, de 22 de julio; SSTS 164/2021, de 24 de febrero y 173/2021, de 25 de febrero).

8. MEDIDAS LIMITATIVAS DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS

A) **Introducción y casuística**

El título VIII del libro II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dividido en diez capítulos (arts. 545 a 588 octies), regula las medidas limitativas de los derechos reconocidos en el artículo 18 de la Constitución (intimidación, inviolabilidad domiciliaria, secreto de las comunicaciones y protección de datos), cuya reorganización por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, tiene su detonante en la STC 145/2014, de 22 de septiembre, que declaró que las limitaciones de los derechos fundamentales deben estar previstas en la ley, *sin que la autorización judicial baste por sí sola para ordenar su injerencia si no existe habilitación legal*¹³.

La casuística de los delitos de género y de violencia familiar consistentes en amenazas, coacciones, trato degradante, vejaciones, injurias, hostigamiento, difusión no consentida de imágenes íntimas y quebrantamiento pone de manifiesto que se cometen, puntual o reiteradamente, a través del teléfono, el correo electrónico, SMS, wasaps, redes sociales, mediante llamadas, mensajes o publicaciones donde se vierten o remiten expresiones, imágenes o grabacio-

¹³ Sobre la reforma procesal de 2015, MARCHENA/GONZÁLEZ-CUÉLLAR, *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*; y JIMÉNEZ/PUCHOL, «Las medidas de investigación tecnológica».

nes intimidantes, coactivas, degradantes, insultantes, acechantes, que vulneran la intimidad o infringen una prohibición de comunicación.

El propio delito de acoso refleja esta casuística cuando contempla como conductas típicas: a) establecer o intentar establecer contacto con la persona hostigada, a través de cualquier medio de comunicación o terceras personas; o b) utilizar indebidamente datos personales de la víctima para adquirir productos, contratar servicios o hacer que terceras personas se pongan en contacto ella (art. 172 ter.1.2.^a y 3.^a CP).

La parte ofendida (y también la investigada, aunque en menor medida) suele presentar o exhibir con su móvil (lugar de vida), en policía y durante el procedimiento, el registro de llamadas, mensajes, imágenes o grabaciones de los que resulta víctima y destinaria final.

El hecho en sí de la aportación de este material, que está en poder de la parte y que conviene conservar para ulteriores cotejos, reproducciones o pericias, no genera grandes problemas: se efectúa por fecha y hora, identificando remitente, destinatario y contenido, para facilitar su manejo y examen por el instructor, las partes, el órgano de enjuiciamiento y, si lo permite su naturaleza, el cotejo por el letrado de la administración de justicia. Cuestión distinta es la fuerza probatoria de tales evidencias, que dependerá, entre otros factores, de la legalidad de su obtención, autenticidad, identidad e integridad¹⁴.

Cuando no existe autor conocido o hay dudas sobre la autoría, de modo que, por ejemplo, se desconoce quién es la persona titular de un número de teléfono o de una cuenta de correo electrónico o no sabe quién está detrás de un determinado perfil de red social, o se ha producido una suplantación de identidad para abrir una cuenta en un banco, o ha habido una incursión en el radio de exclusión de la medida de prohibición de aproximación, los medios de investigación idóneos para descubrir a la persona autora de tales conductas conllevan la necesidad de recabar una serie de datos relativos a las comunicaciones electrónicas que afectan al derecho a la protección de datos del artículo 18.4 de la Constitución, cuyo acceso y cesión exige autorización judicial.

B) Acceso y cesión de datos generados en comunicaciones electrónicas

Las compañías (operadores) que prestan servicios de comunicaciones electrónicas o que explotan redes públicas de comunicación *tienen obligación*

¹⁴ Vid. el epígrafe relativo a la prueba ilícita y la cadena de custodia en la inspección ocular, y la síntesis de DELGADO MARTÍN en «¿Cómo afrontar la complejidad de la prueba digital?», y del mismo autor, ampliamente en *Investigación tecnológica y prueba digital*, caps. 1, 3 y 6.

de conservar los datos generados o tratados en el marco de la prestación de sus servicios y que se refieren a aquellos que son necesarios para rastrear e identificar el origen de una comunicación [número de teléfono y nombre y dirección del abonado o usuario registrado, dirección asignada del Protocolo de Internet (IP)]; su destino (número marcado y nombre y dirección del abonado o usuario registrado, destinatario de la comunicación por Internet); su fecha, hora y duración (también de la conexión o desconexión si es por Internet); el tipo de comunicación (de voz, datos, servicios de mensajería, multimedia, servicio de Internet utilizado); para identificar el equipo de comunicación [identidad internacional del abonado móvil (IMSI), identidad internacional del equipo móvil (IMEI)]; y para identificar la localización del equipo de comunicación móvil (art. 3 Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones).

Esta obligación de conservación se extiende igualmente a los datos relativos a las *llamadas infructuosas*, que son aquellas en las que «se ha realizado con éxito una llamada telefónica pero sin contestación, o en la que ha habido una intervención por parte del operador u operadores involucrados en la llamada» (art. 4.2 Ley 25/2007).

La obligación de conservación cesa, como regla, a los *doce meses* computados desde la fecha en que se haya producido la comunicación (art. 5.1 Ley 25/2007).

Las compañías están *obligadas a ceder*, únicamente a los «agentes facultados» (policía judicial y Centro Nacional de Inteligencia) y en formato electrónico, la información que estos datos ofrecen, *previa autorización judicial*. La resolución adoptará forma de *auto* en el que se determinará *qué datos han de cederse y en qué plazo*, justificando la autorización de acuerdo con los principios de *especialidad* [investigación de un delito concreto del ámbito objetivo del artículo 588 ter.a), que incluye los cometidos mediante tecnologías de la información o comunicación], *idoneidad* (adecuación al fin perseguido), *excepcionalidad* y *necesidad* (inexistencia de medida menos gravosa) y *proporcionalidad* (ponderación de los intereses en conflicto, basándose el interés público en la gravedad del hecho, su trascendencia social o el ámbito tecnológico de producción). Si el auto judicial no establece plazo, la cesión debe efectuarse dentro de los siete días naturales contados a partir de las 8:00 horas del día natural siguiente a aquel en que el sujeto obligado reciba la orden [arts. 588 bis.a) y 588 ter.j) LECrim, 6 y 7 Ley 25/2007 y 39 Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones].

Ahora bien, *la ley habilita directamente a la policía judicial para tener acceso a datos que no forman parte del proceso de comunicación*. En concre-

to, puede acceder a una dirección IP (que no identifica, pero permite identificar), que haya sido obtenida en el ejercicio de sus funciones de prevención y descubrimiento de delitos telemáticos [arts. 588 ter.k)], salvo cuando este dato se recabe de la compañía operadora de comunicaciones en cuyo caso precisará autorización judicial. Y asimismo, la ley le habilita para valerse de artificios técnicos (ej.: barridos o escaneados electrónicos) para acceder a los códigos de identificación de un equipo de comunicación o de sus componentes (IMEI) o de la tarjeta utilizada para acceder a la red de telecomunicaciones (IMSI) (art. 588 ter.l.1).

Una vez obtenida la IP o el código identificativo, será cuando resulte necesaria la autorización judicial para que la operadora ceda los datos conservados que permitan llegar a la persona sospechosa (SSTS 537/2018 de 8 de noviembre y 197/2021, de 4 de marzo; conclusión 16.^a de la Circular FGE 2/2019).

La *identificación del titular de un número de teléfono* o de cualquier otro medio de comunicación (o a la inversa) puede efectuarse por el Ministerio Fiscal y la policía judicial sin necesidad de autorización judicial, dirigiéndose directamente a las compañías, quienes estarán obligadas a cumplir el requerimiento, bajo apercibimiento de incurrir en el delito de desobediencia [art. 588 ter.m)].

C) Acceso y cesión de datos bancarios

La obtención de datos bancarios en el marco de una investigación delictiva puede efectuarse por la policía judicial directamente o bien con autorización judicial en función de la naturaleza del dato reclamado:

a) Si la solicitud tiene como finalidad identificar números y titularidades de cuentas, la policía judicial puede recabar tales datos por sí misma al no incidir en aspectos personales significativos. La entidad bancaria está obligada a proporcionárselos en virtud de su deber de colaboración, siempre que la policía realice la solicitud «de forma motivada, concreta y específica, dando cuenta en todo caso a la autoridad judicial y fiscal» (art. 7.1 y 2 LO 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales, en relación con el artículo 549.1 LOPJ).

b) Resultará precisa autorización judicial si la petición se refiere a datos que puedan revelar, determinar o deducir comportamientos o hábitos de vida

■ DELITOS DE GÉNERO Y DE VIOLENCIA FAMILIAR. CUESTIONES SUSTANTIVAS...

de la persona afectada (ej.: movimientos de cuenta) (ex art. 7.3 LO 7/2021; STS 434/2021, de 20 de mayo).

La entidad bancaria, en cualquier caso, a fin de garantizar la actividad investigadora, no informará a la persona interesada de la transmisión o de haber facilitado el acceso a sus datos a las autoridades (art. 7.4 LO 7/2021).

BIBLIOGRAFÍA

- ABELLÁN ALBERTOS, A., «El acceso a las actuaciones policiales y judiciales declaradas secretas (STC 83/2019, de 17 de junio)», en *La Ley Penal*, núm. 142, enero-febrero 2020, Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid).
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P., *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del Estado constitucional*, Trotta, Madrid, 2015.
- «Principio de presunción de inocencia y principio de victimización», en *Revista do Ministério Público*, núm. 160, octubre-diciembre 2019, Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, Lisboa.
- ASENCIO MELLADO, J. M., «La STC 97/2019, de 16 de julio. Descanse en paz la prueba ilícita», en *Diario La Ley*, núm. 9499, 16 de octubre de 2019, Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid).
- DELGADO MARTÍN, J., *Investigación tecnológica y prueba digital en todas las jurisdicciones*, Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2.^a ed. 2018.
- «¿Cómo afrontar la complejidad de la prueba digital? Una visión práctica para los profesionales del Derecho», *Derecho Digital e Innovación*, núm. 2, 2.^o trimestre 2019, Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid).
- FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal (Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale, 1989)*, trad. P. Andrés Ibáñez, J. C. Bayón Mohino, R. Cantarero Bandrés, A. Ruiz Miguel y J. Terradillos Basoco, Trotta, Madrid, 3.^a ed. 1998.
- GIMBERNAT ORDEIG, E., Prólogos al Código Penal, Tecnos, Madrid, 28.^a ed. 2021.
- *Autor y cómplice en Derecho penal*, Sección de Publicaciones e Intercambio, Facultad de Derecho, Universidad de Madrid, 1966. Existe reimpresión en la editorial B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2006.
- GIMENO SENDRA, V., *La simplificación de la justicia penal y civil*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020.

- GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., «Existencia del ánimo de subyugación machista en los delitos de violencia de género: tres posturas en un maremágnum de reinos de taifas jurídico», en *La Ley Penal*, núm. 109, julio-agosto 2014, Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid).
- JIMÉNEZ SEGADO, C., *La exclusión de la responsabilidad criminal. Estudio jurisprudencial penal y procesal*, Dykinson, Madrid, 2003.
- «Eliminar las faltas tiene delito (leve)», en *Diario Le Ley*, núm. 8223, 7 de enero de 2014, Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid).
- JIMÉNEZ SEGADO, C., y ABELLÁN ALBERTOS, A., «Garantías y principios del juicio oral en los anteproyectos 2020 de eficiencia procesal y de nueva LECrim», en *La Ley Penal*, núm. 148, enero-febrero 2021, Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid).
- JIMÉNEZ SEGADO, C., y PUCHOL AIGUABELLA, M., «El elemento intencional en los delitos de género», en *La Ley Penal*, núm. 66, diciembre 2009, Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid).
- «Las medidas de investigación tecnológica limitativas de los derechos a la intimidad, la imagen, el secreto de las comunicaciones y la protección datos», en *Diario La Ley*, núm. 8676, 7 de enero de 2016, Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid).
- JIMÉNEZ SEGADO, C., y VEDIA ÁLAMO, M., «El Juzgado de Guardia y las diligencias de investigación inaplazables», en *La Ley Penal*, núm. 75, octubre 2010, pp. 36-49, Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid).
- LLORIA GARCÍA, P., «Delitos y redes sociales: los nuevos atentados a la intimidad, el honor y la integridad moral. Especial referencia al sexting», en *La Ley Penal*, núm. 105, noviembre-diciembre 2013, Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid).
- LÓPEZ MARCHENA, M.A., «Las coartadas falsas del investigado/acusado. Consecuencias jurídico-procesales en las fases de investigación y enjuiciamiento», en *La Ley Penal*, núm. 150, mayo-junio 2021, Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid).
- MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., en «Dominación y machismo: ¿Quién decide? (A propósito de la STC 41/2010, de 22 de julio, que considera conforme a la Constitución el artículo 148.4.º CP)», en *Diario La Ley*, núm. 7496, 26 de octubre de 2010, Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid).
- MARCHENA GÓMEZ, M., y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*, Castillo de Luna, Madrid, 2015.
- MARTÍNEZ GALINDO, G., «Violencia de género y doméstica bajo el COVID-19: la doble amenaza», en *La Ley Penal*, núm. 144, mayo-junio 2020, Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid).
- MESTRE DELGADO, E., *La atenuante y la agravante de parentesco*, Tecnos, Madrid, 1995.
- *La exigente de ejercicio legítimo de un derecho y las causas supralegales de justificación penal*, Edisofer, Madrid, 2001.
- «Parentesco y derecho penal», en *La Ley Penal*, núm. 66, diciembre 2009, Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid).

- MESTRE DELGADO, E., «Una década de lucha contra la violencia de género», en *La Ley Penal*, núm. 112, enero-febrero 2015, Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid).
- «Tema 23. Delitos contra la Administración de Justicia», en *Delitos. La parte especial del Derecho penal* (C. Lamarca Pérez, coord.), Dykinson, Madrid, 6.^a ed. 2021.
- MOLINA GIMENO, F.J., «La proyección doctrinal de la unidad natural de acción sobre las infracciones penales cometidas en el ámbito de la violencia de género y doméstica», en *Diario La Ley*, núm. 7354, 3 de marzo de 2010, Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid).
- PUCHOL AIGUABELLA, M., «La reforma de la duración de la instrucción por la Ley 2/2020», en *La Ley Penal*, núm. 147, noviembre-diciembre 2020, Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid).
- PUCHOL AIGUABELLA, M., y CASLA VILLACORTA, E., «Aspectos médico-legales de la autopsia», en *La Ley Penal*, núm. 73, julio-agosto 2010, pp. 113-24, Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid).
- PUENTE SEGURA, L., *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal*, Colex, Madrid, 1997.
- QUINTERO OLIVARES, G., *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Cedecs, Barcelona, 1996.
- «Los subsistemas penales en la política criminal de nuestro tiempo», en *La generalización del Derecho penal de excepción* (VVAA), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007.
- «Mitos y modas del derecho penal tras algunos años de experiencia», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LXXIII, 2020, Ministerio de Justicia-BOE, Madrid.
- «Sobre la imprescriptibilidad de la responsabilidad civil *ex delicto*», en *Almacén de derecho*, 31 de diciembre de 2020. <https://almacenederecho.org/sobre-la-imprescriptibilidad-de-la-responsabilidad-civil-ex-delicto>
- RODRÍGUEZ RAMOS, L., «La prescripción de los delitos: el debate a la vista de la legislación comparada (La interrupción del plazo de prescripción)», en *Derecho penal europeo. Jurisprudencia del TEDH. Sistemas penales europeos*, Estudios de Derecho Judicial núm. 155, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009, pp. 493-508.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C., *Stalking y Derecho penal. Relevancia jurídico-penal de una nueva forma de acoso*, Iustel, Madrid, 2009.
- YZQUIERDO TOLSADA, M., «Justicia penal y Derecho Civil *light*», en *El Notario del siglo XXI*, núm. 85, mayo-junio 2019, pp. 84-90, Colegio Notarial de Madrid. <https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-85/opinion/opinion/9383-justicia-penal-y-derecho-civil-light>

JURISPRUDENCIA SISTEMATIZADA¹

INTRODUCCIÓN. CONSTITUCIONALIDAD DEL PRINCIPIO DE DISCRIMINACIÓN POSITIVA EN DERECHO PENAL

1. Delito de maltrato puntual de género (art. 153.1): SSTC 59/2008, de 14 de mayo, 76/2008, de 3 de julio, 80, 81, 82 y 83/2008, todas de 17 de julio; 95, 96, 97, 98, 99 y 100/2008, todas de 24 de julio; 178/2009, de 21 de julio; y 201, 202 y 203/2009, todas de 27 de octubre.

2. Delito de amenazas leves de género (art. 171.4.I): SSTC 45/2009, de 29 de febrero; 177, 178, 179 y 180/2009, todas de 21 de julio; y 201, 202 y 203/2009, todas de 27 de octubre.

3. Delito de coacciones leves de género (art. 172.2.I): STC 127/2009, de 26 de mayo.

4. Delito de lesiones agravadas de género (art. 148.4.º): SSTC 41/2010, de 22 de julio y 45/2010, de 28 de julio.

PARTE I

TIPOS PENALES DE VIOLENCIA DE GÉNERO Y FAMILIAR

I. DELITO DE LESIONES AGRAVADAS DEL ARTÍCULO 148

1. Subtipos agravados de aplicación facultativa: SSTS 113/2008, de 31 de enero y 728/2010, de 22 de julio; SAP Barcelona, Sec. 20.^a, 247/2011, de 12 de diciembre y SAP Madrid, Sec. 27.^a, 989/2008, de 25 de septiembre.

¹ Las sentencias del TC y del TS pueden localizarse en los buscadores: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es> y <https://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>. Las del TEDH, que se reconocen fácilmente por el nombre del demandante y el Estado demandado, en: <https://www.mjusticia.gob.es/es/area-internacional/tribunal-europeo-derechos/jurisprudencia-tedh>.

2. Agravaciones:

- A) Alevosía: STS 408/2019 de 19 de septiembre.
- B) Ensañamiento: SSTS 559/2020, de 29 de octubre y 81/2021, de 2 de febrero.
- C) Persona especialmente vulnerable: SAP Barcelona, Sec. 21.^a, 111/2018, de 15 de marzo.

3. Reglas de aplicación cuando concurren varias circunstancias: SSTS 103/2007, de 16 de febrero, 728/2010, de 22 de julio, 910/2010, de 22 de octubre, 407/2014, de 22 de septiembre y 100/2021, de 5 de febrero; Circular FGE 6/2011.

4. Requisitos del tipo básico del delito de lesiones del artículo 147:

- A) Generales: STS 175/2004, de 13 de febrero.
- B) Lesión corporal: SSTS 785/1998, de 9 de junio y 1400/2005, de 23 de noviembre.
- C) Lesión psíquica o mental: SSTS 1606/2005, de 27 de diciembre, 1017/2011, de 6 de octubre y 45/2021, de 21 de enero; Acuerdo Pleno TS, de 10 de octubre de 2003.
- D) Primera asistencia facultativa: STS 1021/2003, de 7 de julio.
- E) Tratamiento médico: SSTS 30 de abril de 1997, 592/1999, de 15 de abril, 8 de octubre de 1999, 213/2000, de 18 de febrero, 751/2007, de 21 de septiembre, 650/2008, de 28 de octubre, 411/2009, de 17 de abril, 519/2016, de 15 de junio y 610/2017, de 12 de septiembre; Circular FGE 2/1990.
- F) Tratamiento psicológico: SSTS 660/2003, de 5 de mayo y 1400/2005, de 23 de noviembre.
- G) Relación de causalidad: STS 1299/2005, de 7 de noviembre y 1246/2009, de 30 de noviembre.
- H) Dolo: SSTS 760/2007, de 21 de septiembre y 317/2015, de 27 de mayo.
- I) *Animus laedendi* o *necandi*: STS 1476/2000, de 26 de septiembre.

5. Tipos agravados de los artículos 149 y 150:

- A) Homogeneidad en relación de subsidiariedad: SSTS 793/2010, de 15 de septiembre y 594/2020, de 11 de noviembre.
- B) Pérdida o inutilidad: STS 824/2005, de 24 de junio.
- C) Lesión de órgano o miembro principal, de un sentido y grave deformidad: SSTS 517/2002, de 18 de marzo, 321/2004, de 11 de marzo y 1062/2009, de 19 de octubre; SAP Madrid, Sec. 26.^a, 252/2014, de 4 de abril.

D) Lesión de órgano o miembro no principal y deformidad: STS 271/2012, de 9 de abril y 225/2020, de 3 de junio; Acuerdo Pleno TS, de 19 de abril de 2002.

6. Lesiones imprudentes del artículo 152:

A) Requisitos: STS 88/2010, de 19 de enero.

B) Imprudencia grave y menos grave: SSTS 1145/2011, de 23 de diciembre y 421/2020, de 22 de julio.

II. DELITO DE MALTRATO PUNTUAL DEL ARTÍCULO 153

1. Requisitos:

A) Generales: STS 732/2014, de 5 de noviembre.

B) Dolo genérico sin *animus* de dominio: STS 677/2018, de 20 de diciembre.

2. Modalidades agravadas y atenuadas

A) Concurrencia de varios subtipos agravados: STS 613/2009, de 2 de junio y 893/2009, de 25 de noviembre.

B) Concepto de domicilio: STS 870/2016, de 18 de noviembre.

C) Presencia de menores: STS 188/2018, de 18 de abril y 478/2021, de 2 de junio.

D) Supuestos de atenuación: STS 86/2019, de 19 de febrero; SSAP Madrid, Sec. 27.^a, 837/2006, de 14 de diciembre y 582/2014, de 30 de septiembre, SAP Cádiz, Sec. 3.^a, 218/2014, de 7 de julio y SAP Sevilla, Sec. 4.^a, 362/2014, de 8 de julio.

III. DELITO DE AMENAZAS LEVES DEL ARTÍCULO 171.4 A 6 Y DELITO LEVE DE AMENAZAS DEL ARTÍCULO 171.7

1. Requisitos del delito de amenazas:

A) Generales: SSTS 1875/2002, de 14 de febrero de 2003, 593/2003, de 16 de abril, 639/2006, de 14 de junio y 634/2018, de 12 de diciembre.

B) Dolo: STS 609/2014, de 23 de septiembre.

C) Continuidad delictiva: STS 639/2006, de 14 de junio.

D) Varias víctimas, un solo delito: STS 86/2014, de 12 de febrero.

■ DELITOS DE GÉNERO Y DE VIOLENCIA FAMILIAR. CUESTIONES SUSTANTIVAS...

2. Carácter circunstancial: STS 938/2004, de 12 de julio.

3. Determinación de la entidad de las amenazas y degradación a delito leve: SSTS 1396/2009, de 17 de diciembre, 49/2019, de 4 de febrero; SAP Madrid, Sec. 27.^a, 938/2013, de 13 de junio y AAP Madrid, Sec. 27.^a, 808/2013, de 13 de junio.

4. Modalidades agravadas y atenuadas: SAP Madrid, Sec. 27.^a, 837/2013, de 30 de mayo.

IV. DELITO DE COACCIONES LEVES DEL ARTÍCULO 172.2
Y DELITO LEVE DE COACCIONES DEL ARTÍCULO 172.3

1. Requisitos del delito de coacciones: SSTS 1367/2002, de 18 de julio, 731/2006, de 3 de julio, 595/2012, de 12 de julio, 732/2016, de 4 de octubre, 412/2020, de 20 de julio y 658/2020, de 3 de diciembre.

2. Carácter circunstancial y cajón de sastre: STS 412/2020, de 20 de julio y SAP Madrid, Sec. 26.^a, 252/2014, de 4 de abril.

3. Modalidades agravadas y atenuadas: SAP Madrid, Sec. 27.^a, 437/2014, de 3 de julio.

V. DELITO DE HOSTIGAMIENTO O ACOSO PERSECUTORIO
(*STALKING*) DEL ARTÍCULO 172 TER

1. Respuesta anterior a su tipificación expresa: SAP Madrid, Sec. 26.^a, 252/2014, de 4 de abril.

2. Alteración grave de la vida cotidiana: SSTS 324/2017, de 8 de mayo, 554/2017, de 12 de julio y 717/2020, de 22 de diciembre; SAP Barcelona, Sec. 20.^a, 183/2016, de 2 de marzo y SAP Tarragona, Sec. 4.^a, 279/2016, de 6 de julio.

VI. DELITO DE TRATO DEGRADANTE DEL ARTÍCULO 173.1.I

1. Bien jurídico protegido y requisitos: SSTS 420/2016, de 18 de mayo y 157/2019, de 26 de marzo.

2. Carácter residual: STS 701/2020, de 16 de diciembre, caso *Gabriel Cruz*.

VII. DELITO DE MALTRATO HABITUAL DEL ARTÍCULO 173.2 Y 3

1. Bien jurídico protegido: STC 77/2010, de 19 de octubre; SSTS 805/2003, de 18 de junio, 1162/2004, de 15 de octubre, 607/2008, de 3 de octubre, 899/2010, de 19 de octubre, 407/2014, de 22 de septiembre, 232/2015, de 20 de abril [esposo que obliga a revisión ginecológica], 665/2019, de 14 de enero de 2020 y 609/2020, de 13 de noviembre; Circular FGE 6/2011.

2. Requisitos:

A) Conducta activa: SSTS 477/2009, de 10 de noviembre, 225/2014, de 13 de mayo, 870/2014, de 18 de diciembre, 408/2018, de 18 de septiembre y 180/2020, de 19 de mayo; Acuerdo Pleno TS, de 21 de julio de 2009.

B) Habitualidad: SSTS 181/2006, de 22 de febrero, 409/2006, de 13 de abril, 619/2008, de 13 de octubre, 474/2010, de 17 de mayo, 192/2011, de 18 de marzo, 1059/2012, de 27 de diciembre, 257/2020, de 28 de mayo, 556/2020, de 29 de octubre y STS 609/2020, de 13 de noviembre.

C) Varias víctimas, un solo delito: SSTS 556/2020, de 29 de octubre y 66/2021, de 28 de enero.

3. Modalidad agravada: STS 791/2017, de 7 de diciembre; Circular FGE 4/2003.

4. Dificultades probatorias: STS 2/2021, de 13 de enero.

VIII. DELITO LEVE DE VEJACIONES E INJURIAS ENTRE FAMILIARES DEL ARTÍCULO 173.4

1. Apreciación de injurias graves: SAP Madrid, Sec. 27.^a, 240/2014, de 15 de abril.

IX. DELITO DE DIFUSIÓN NO AUTORIZADA DE IMÁGENES O GRABACIONES ÍNTIMAS (*SEXTING*) DEL ARTÍCULO 197.7

1. Bien jurídico protegido: STC 57/1994, de 28 de febrero; SSTS 666/2006, de 19 de junio, 358/2007, de 30 de abril, 70/2020, de 24 de febrero y 412/2020, de 20 de julio.

2. Requisitos: STS 70/2020, de 24 de febrero.

X. DELITO DE QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA
POR INCUMPLIMIENTO DE PROHIBICIONES E INUTILIZACIÓN
DE DISPOSITIVOS TÉCNICOS DE CONTROL DEL ARTÍCULO 468

1. Bien jurídico protegido e irrelevancia del consentimiento: SSTS 39/2009, de 29 enero, 268/2010, de 26 de febrero, 650/2019, de 20 de diciembre, 667/2019, de 14 de enero de 2020 y 140/2020, de 12 de mayo; Acuerdo Pleno TS, de 25 noviembre 2008. Lo consideró relevante: STS 1156/2005, de 26 de septiembre; SAP Madrid, Sec. 17.^a, 65/2012, de 13 de enero.

2. Quebrantamiento de prohibiciones. Requisitos:

A) Conducta típica: SSTS 778/2010, de 1 de diciembre, 675/2013, de 21 de junio, 650/2019, de 20 de diciembre y 567/2020, de 30 de octubre.

B) Medición en línea recta: STS 691/2018, de 21 de diciembre.

C) Continuidad delictiva: STS 279/2009, de 12 de marzo.

D) Varias personas, un solo delito: STS 140/2020, de 12 de mayo.

E) Inexistencia de delito en situaciones de inercia procesal: STC 16/2012, de 13 de febrero; STS 146/2014, de 14 de febrero.

F) Dolo: SSTS 778/2010, de 1 de diciembre, 675/2013, de 21 de junio y 567/2020, de 30 de octubre.

3. Inutilización de dispositivos técnicos de control. Requisitos: SAP Alicante, Sec. 1.^a, 102/2018, de 16 de febrero y SAP Asturias, Sec. 3.^a, 163/2018, de 16 de abril.

PARTE II

CUESTIONES COMUNES

I. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

1. Punición del *extraneus*: SSTS 765/2013, de 22 de octubre, 841/2013, de 18 de noviembre, 494/2014, de 18 de junio, 507/2020, de 14 de octubre y 589/2020, de 10 de noviembre.

2. Autoría por omisión: SSTS 870/2014, de 18 de diciembre y 180/2020, de 19 de mayo.

3. Sujetos de los delitos de género:

A) Varón-mujer: STS 1068/2009, de 4 de noviembre.

B) Discordancia de género: STC 99/2019, de 18 de julio; Circular FGE 6/2011.

C) Análoga relación de afectividad: SSTS 510/2009, de 12 de mayo, 774/2012, de 1 de enero y 677/2018, de 20 de diciembre. Muy exigente con los requisitos de la analogía: STS 1348/2011, de 14 de diciembre. Concreción del carácter de la relación si resulta discutida: SSTS 807/2015, de 23 de noviembre y 117/2019, de 6 de marzo.

4. Sujetos de los delitos de violencia familiar:

A) Persona especialmente vulnerable que conviva con el autor: SAP Madrid, Sec. 6.^a, 138/2008, de 27 de marzo y SAP Barcelona, Sec. 21.^a, 111/2018, de 15 de marzo.

B) Requisito de convivencia de descendientes, ascendientes o hermanos: SSTS 201/2007, de 16 de marzo y 288/2012, de 19 de abril; Consulta FGE 1/2008.

C) Convivencia innecesaria en menores sujetos a potestad o tutela del cónyuge o conviviente: STS 47/2020, de 11 de febrero.

II. POLÉMICA SOBRE EL ELEMENTO INTENCIONAL EN LOS DELITOS DE GÉNERO

1. No lo exigen: SSTS 807/2010, de 30 de septiembre y 677/2018, 20 de diciembre, ATS de 31 de julio de 2013; SAP Madrid, Sec. 26.^a, de 19 de mayo de 2010, SAP Madrid, Sec. 27.^a, de 13 de mayo de 2010, SAP Madrid, Sec. 3.^a, de 1 de junio de 2010, SAP Madrid, Sec. 26.^a, 109/2014, de 20 de febrero.

2. Lo exigen: SSTS 566/2009, de 28 de mayo, 654/2009, de 8 de junio, 1177/2009, de 24 de noviembre y 1376/2011, de 23 de diciembre; SAP Barcelona, Sec. 20.^a, 582/2008, de 2 de junio, SAP Barcelona, Sec. 20.^a, de 3 de marzo de 2010, SAP Girona, Sec. 4.^a, de 12 de abril de 2010, SSAP Burgos, Sec. 1.^a, de 14 de abril de 2010 y 240/2012, de 17 de mayo, SSAP Murcia, Sec. 3.^a, 140/2010, de 11 de junio y 60/2013, de 24 de enero.

III. FORMAS DE EJECUCIÓN

1. Progresión delictiva y unidad de acción: SSTS 580/2006, de 23 de mayo y 79/2009, de 10 de febrero; SAP Madrid, Sec. 27.^a, 23/2007, de 27 de octubre y 432/2008, de 23 de abril.

2. Inexistencia de unidad natural de acción: SSTS 49/2019, de 4 de febrero y 465/2020, de 21 de septiembre; SAP Madrid, Sec. 27.^a, 482/2014, de 24 de julio.

IV. EXIMENTES

1. Carga de la prueba:

A) Doctrina tradicional: SSTS 563/1979, de 7 de mayo, 147/1980, de 11 de febrero, 1642/1999, de 18 de noviembre, 1814/2001, de 11 de octubre, 1068/2012, de 13 de noviembre, 559/2020, de 29 de octubre y 114/2021, de 11 de febrero.

B) *In dubio pro eximente*: SSTS 326/2018, de 3 de julio, 716/2018, de 16 de enero de 2019 y 722/2020, de 30 de diciembre.

C) Personas jurídicas: STS 154/2016, de 29 de febrero.

D) Apreciación de oficio: SSTS 1814/2001, de 11 de octubre y 109/2019, de 5 de marzo.

2. Legítima defensa:

A) Requisitos: SSTS 858/2001, de 14 de mayo, 962/2005, de 22 de julio, 1099/2010, de 21 de noviembre, 434/2020, de 9 de septiembre y 9/2021, de 14 de enero.

B) Agresiones recíprocas: SSTS 2123/2001, de 15 de noviembre, 149/2003, de 4 de febrero, 363/2004, 17 de marzo, 829/2011, de 21 de julio, 611/2012, de 10 de julio y 843/2012, de 31 de octubre. Averiguación de la génesis de la agresión: SSTS 923/1998, de 8 de julio, 399/2003, de 13 de marzo, 341/2006, de 27 de marzo, 932/2007, de 21 de noviembre y 1354/2011, de 19 de diciembre.

3. Estado de necesidad:

A) Requisitos: SSTS de 14 de octubre de 1996, de 29 de mayo de 1997, de 20 de mayo de 1999, 71/2000, de 24 de enero, 1352/2000, de 24 de julio, 1146/2009, de 18 de noviembre, 129/2011, de 10 de marzo, 769/2013, de 18 de octubre y 664/2018, de 17 de diciembre.

B) Casuística: se apreció en maltrato: SAP Albacete, Sec. 2.^a, 229/2009, de 6 de octubre; en delito de quebrantamiento: SAP Madrid, Sec. 17.^a, 1303/2010, de 29 de noviembre, SAP Madrid, Sec. 7.^a, 10/2011, de 17 enero, SAP Vizcaya, Sec. 6.^a, 615/2011, de 21 de julio, SAP Madrid, Sec. 1.^a, 194/2012, de 21 de

mayo, SAP Alicante, Sec. 1.^a, 740/2012, de 16 de octubre; no se apreció en delito de quebrantamiento: STS 664/2018, de 17 de diciembre.

4. Miedo insuperable:

A) Requisitos: SSTS 641/2009, de 16 de junio, 116/2013, de 21 de febrero, 689/2013, de 26 de julio, 12/2014, de 24 de enero, 86/2015, de 25 de febrero y 211/2018, de 3 de mayo.

B) Casuística: SSTS 2067/2002, de 13 de febrero, 1099/2010, de 21 de noviembre y 152/2011, de 4 de marzo.

5. Derecho de corrección: SSTS 666/2015, de 8 de noviembre, 654/2019, de 8 de enero de 2020 y 47/2020, de 11 de febrero; SAP Barcelona, Sec. 6.^a, 793/2009, de 27 de octubre, SAP Asturias, Sec. 3.^a, 50/2011, de 7 de noviembre.

6. Ausencia o atenuación de la imputabilidad:

A) Enfermedad mental: SSTS 216/2012, de 1 de febrero, 856/2014, de 26 de diciembre, 440/2018, de 4 de octubre, 154/2020, de 18 de mayo y 568/2020, de 30 de octubre

B) Intoxicación por consumo de alcohol: SSTS 488/2020, de 1 de octubre y 559/2020, 29 de octubre.

C) Intoxicación por consumo de drogas: SSTS 856/2014, de 26 de diciembre, 429/2020, de 28 de julio y 501/2020, de 9 de octubre.

D) Atenuante del artículo 21.2.^a: STS 655/2020, de 3 de diciembre.

E) Medida de seguridad de internamiento: STS 34/2020, de 6 de febrero.

F) Cualificación del forense para determinar la imputabilidad: SSTS 1397/2009, de 29 de diciembre y 568/2020, de 30 de octubre.

V. MINORÍA DE EDAD

1. Inexistencia de atenuante analógica de menor edad: SSTS 1638/1998, de 29 de diciembre, 733/2000, de 27 de abril y 1050/2002, de 6 de junio.

2. Cómputo de la edad: SSTS 14 de enero de 1988, 13 de abril de 1994 y 850/1999, de 26 de mayo.

3. *In dubio pro* minoría de edad: STS 676/2012, de 26 de julio.

VI. ERROR

1. Tipos de error: SSTS 684/2018, de 20 de diciembre y 564/2020, de 30 de octubre.

2. Criterios de ponderación: SSTS 722/2020, de 30 de diciembre y 18/2021, de 15 de enero.

VII. ATENUANTES

1. Arrebató, obcecación u otro estado pasional:

A) Requisitos: STS 856/2014, de 26 de diciembre y 114/2021, de 11 de febrero.

B) Exclusión de los celos: SSTS 754/2015, de 27 de noviembre, 161/2017, de 14 de marzo, 229/2017, de 3 de abril y 114/2021, de 11 de febrero.

2. Confesión del hecho, reparación del daño y dilaciones indebidas:

A) Confesión del hecho: SSTS 117/2019, de 16 de marzo y 75/2021, de 28 de enero.

B) Reparación del daño: STS 260/2020, de 28 de mayo y 571/2020, de 3 de noviembre.

C) Dilaciones indebidas: doctrina general: SSTS 458/2015, de 14 de julio 699/2016, de 9 de septiembre, 652/2018, de 14 de diciembre, 109/2019, de 5 de marzo, 580/2020, de 5 de noviembre y 705/2020, de 17 de diciembre; muy cualificada: SSTS 668/2016, de 21 de julio, 147/2018, de 22 de marzo y 580/2020, de 5 de noviembre.

D) Cuasiprescripción: STS 26/2021, de 20 de enero.

VIII. AGRAVANTES

1. Inherencia: STS 565/2018, de 19 de noviembre.

2. Alevosía y abuso de superioridad domésticos: SSTS 856/2014, de 26 de diciembre, 117/2019, de 6 de marzo, 408/2019, de 19 de septiembre y 9/2021, de 14 de enero.

3. Circunstancia mixta de parentesco: SSTS 899/2010, de 19 de octubre, 136/2012, de 6 de marzo y 225/2014, de 13 de mayo; se exige convivencia

para su aplicación: SSTS 79/2016, de 10 de febrero, 117/2019, de 6 de marzo y STS 81/2021, de 2 de febrero; no se aplica al autor en posición de garante: STS 870/2014, de 18 de diciembre; sí se aplica al autor en posición de garante: STS 25/2015, de 3 de febrero.

4. Agravante de discriminación de género: STS 444/2020, de 14 de septiembre y 571/2020, de 3 de noviembre.

5. Compatibilidad entre la agravante por razón de género y la de parentesco: SSTS 420/2018, de 25 de septiembre, 565/2018, de 19 de diciembre, 99/2019, de 26 de febrero y 444/2020, de 14 de septiembre; SAP Asturias, Sec. 2.^a, 18/2017, de 20 de enero, SAP Santa Cruz de Tenerife, Sec. 5.^a, 64/2017, de 23 de febrero, confirmada por STSJ Canarias, 7/2017, de 26 de junio.

IX. PENAS

1. Penas principales:

A) Motivación: SSTS 621/2020, de 19 de noviembre y 9/2021, de 14 de enero.

B) Reglas de aplicación de penas: a) Acuerdos Pleno TS: 1 de marzo de 2005 (la remisión del artículo 68 al artículo 66 incluye todas sus reglas); 20 de enero de 2015 (concurso real en pluralidad de resultados realizados mediante una única acción con dolo eventual); 27 de junio de 2018 (fijación de criterios en caso de acumulación de condenas); b) concurso medial del artículo 77.3: SSTS 863/2015, de 30 de diciembre y 663/2019, de 14 de enero de 2020 y Circular FGE 4/2015.

C) Trabajos en beneficio de la comunidad: a) aplicación en casos de escasa entidad y sin antecedentes: SSAP Madrid, Sec. 27.^a, 432/2008, de 23 de abril, 1008/2008, de 29 de septiembre y 582/2014, de 30 de septiembre; b) consentimiento del penado y previsión en sentencia: STS 653/2019, de 8 de enero de 2020; c) inexistencia de quebrantamiento si se imponen como pena sustitutiva o como condición de suspensión: STS 603/2018, de 28 de noviembre.

D) Multa: a) importe de las cuotas: STS 434/2014, de 3 de junio; SAP Barcelona, Sec. 10.^a, 988/2015, de 15 de diciembre; b) inexistencia de responsabilidad subsidiaria en condenas privativas de libertad superiores a cinco años: Acuerdo Pleno TS, de 1 de marzo de 2005 y STS 358/2005, de 22 de marzo.

2. Penas accesorias:

A) Imposición del mínimo legal en caso de omisión en la petición: STC 174/2003, de 29 de septiembre y SSTS 733/2016, de 5 de octubre y 724/2020, de 2 de febrero de 2021; Acuerdo Pleno TS, de 27 de noviembre de 2007.

B) Suspensión de empleo o cargo público e inhabilitación especial: a) SSTS 430/1999, de 23 de marzo y 1309/1999, de 25 de septiembre; b) privación de la patria potestad: no la aplican SSTS 780/2000, de 11 de septiembre, 568/2001, de 6 de julio y 750/2008, de 12 de noviembre; la aplica: STS 568/2015, de 30 de septiembre.

C) Prohibiciones de aproximación y de comunicación: a) no se aplica en el delito de quebrantamiento: STS 165/2020, de 19 de mayo; b) obligatoriedad de la prohibición de aproximación, pero no comunicación: STC 60/2010, de 7 de octubre; SSAP Madrid, Sec. 26.^a, 1196/2013, de 12 de diciembre, Sec. 27.^a, 143/2014, de 10 de marzo y 350/2014, de 6 de junio; c) se aplica en el delito del artículo 153, cuando se maltrata de obra sin causar lesión: STS 342/2018, de 10 de julio; d) carácter potestativo de la suspensión del régimen de visitas: SAP Santa Cruz de Tenerife, Sec. 5.^a, 77/2008, de 1 de febrero y SAP Madrid, Sec. 26.^a, 1280/2012, de 5 de diciembre; Circular FGE 2/2004.

X. MEDIDA DE SEGURIDAD DE LIBERTAD VIGILADA

1. Aplicación a personas imputables: STS 370/2020, de 3 de julio.

2. Cumplimiento posterior a la pena y valoración: SSTS 216/2012, de 1 de febrero, 768/2014, de 11 de noviembre, 609/2015, de 14 de octubre y 728/2016, de 30 de septiembre.

XI. SUSPENSIÓN DE PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

1. Finalidad: SSTC 202/2004 de 15 de noviembre y 251/2005, de 10 de octubre.

2. Legislación aplicable: STSS 22/2015, de 29 de enero y 164/2018, de 16 de abril.

3. Unificación de la institución: la libertad condicional como supuesto de suspensión: 561/2020, de 29 de octubre; cómputo del tiempo en libertad condicional (art. 193 RP): STS 685/2020, de 11 de diciembre.

4. Requisitos:

A) Satisfacción de la responsabilidad civil: ATC 3/2018, de 23 de enero; STS 1039/2009, de 3 de noviembre; en libertad condicional, salario mínimo interprofesional: STS 59/2018, de 2 de febrero.

B) Control de los trabajos en beneficio de la comunidad por el tribunal sentenciador: Acuerdo Pleno TS, de 24 de octubre de 2018.

C) Suspensión por enfermedad grave: STC 25/2000, de 31 de enero.

D) Suspensión por drogodependencia y/o alcoholismo: SSTS 546/2007, de 12 de junio y 1287/2009, de 22 de diciembre;

E) Suspensión por tramitación de indulto: ATS de 22 de septiembre de 1998.

F) Suspensión por interposición de recurso de amparo: ATC de 1 de febrero de 2005.

5. Concesión: SSTS 539/2002, de 25 marzo y 1038/2009, de 3 de noviembre.

6. Revocación: a) audiencia de parte: STC 248/2004, de 20 de diciembre; b) no revocación si la situación de insolvencia es real: ATC 3/2018, de 23 de enero.

7. Cancelación antecedentes penales:

A) Plazos de rehabilitación: STS 21/2020, de 28 de enero

B) Cómputo de los plazos: STS 474/2018, de 17 de octubre.

C) Remisión definitiva y cancelación de plazos: STS 236/2020, de 26 de mayo.

XII. PRESCRIPCIÓN

1. Plazos: a) calificación del delito en abstracto: Acuerdo Pleno TS, de 16 de diciembre de 2008; b) calificación del delito en concreto: STC 37/2010, de 19 de julio y STS 304/2020, 12 de junio; Acuerdo Pleno TS, de 26 de octubre de 2010; c) calificación progresiva y determinación del plazo: STS 185/2021, de 3 de marzo.

2. Interrupción: SSTS 41/2021, de 21 de enero y 128/2021, de 12 de febrero.

XIII. RESPONSABILIDAD CIVIL

1. Naturaleza civil: STS 865/2016, de 14 de enero.

2. Terceros perjudicados: STS 1750/2003, de 18 de diciembre.

■ DELITOS DE GÉNERO Y DE VIOLENCIA FAMILIAR. CUESTIONES SUSTANTIVAS...

3. Principios dispositivo y de rogación: SSTS 353/2008, de 13 de junio y 833/2009, de 28 de julio

4. Daño moral: STS 127/2020, 14 de abril.

5. Cuantía indemnizatoria: a) determinación en delitos dolosos: STS 423/2020, de 23 de julio; SAP Madrid, Sec. 26.^a, 252/2014, de 4 de abril; b) revisión en vía de recurso: STS 423/2020, de 23 de julio.

6. Intereses moratorios: STS 316/2020, de 15 de junio y STS, Sala Primera, 103/2021, de 25 de febrero.

7. Plazo de ejecución: STS 607/2020, de 13 de noviembre.

XIV. COSTAS

1. Contenido: a) se incluyen las de la acusación particular, salvo temeridad: SSTS 316/2020, de 15 de junio y 624/2020, de 19 de noviembre; b) no se incluyen las de la acusación popular: STS 402/2019, de 12 de septiembre, salvo excepciones: SSTS 798/2017, de 11 de diciembre y 86/2018, de 29 de febrero.

2. Responsables del pago: a) distribución: STS 708/2020, de 18 diciembre; b) temeridad o mala fe de la acusación particular: SSTS 190/2016, de 8 de marzo, 440/2017, de 19 de junio, 328/2020, de 18 de junio y 680/2020, de 11 de diciembre; c) responsables civiles: SSTS 468/2014, de 10 de junio y 212/2015, de 11 de junio.

PARTE III

CUESTIONES PROCESALES

I. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

1. Juzgado de violencia sobre la mujer competente: a) del domicilio de la víctima al tiempo de ocurrir los hechos: Acuerdo Pleno TS, de 31 de enero de 2006; b) también en agresiones recíprocas: ATS de 27 de noviembre de 2019; AAP Almería, Sec. 3.^a, 448/2017, de 26 de septiembre; AAP Barcelona, Sec. 2.^a, 625/2020, de 2 de noviembre; AAP Pontevedra, Sec. 4.^a, 630/2020, de 27 de noviembre); y c) también en delitos cometidos en el extranjero: ATS de 26 de abril de 2018.

2. Perpetuación en el auto de apertura de juicio oral: SSTS 702/2020, de 17 de diciembre y 161/2021, de 24 de febrero.

3. Competencia para el enjuiciamiento en casos de concurso medial: STS 30/2018, de 19 de enero; Acuerdo Pleno TS, de 12 de diciembre de 2017.

4. Competencia en aforamientos: ATS de 3 de diciembre de 2014 y STS 869/2014, de 10 de diciembre; Acuerdo Pleno TS, de 2 de diciembre de 2014.

5. Competencia territorial: a) no es causa de nulidad la vulneración de normas de competencia territorial: SSTS 237/2015, de 23 de abril, 491/2019, de 16 de octubre, 234/2020, de 26 de mayo; SAP Madrid, Sec. 27.^a, 989/2008, de 25 de septiembre: b) doctrina *Jodorovich*: SSTS 740/2012, de 10 de octubre y 272/2017, de 18 de abril.

II. PARTES Y POSTULACIÓN PROCESAL

1. Persona investigada: a) personación de la defensa de la persona rebelde: STJUE, Sala Segunda, de 12 de marzo de 2020, C-659/18; b) ejercicio de acusación particular en agresiones mutuas: Acuerdo Pleno TS, 27 de noviembre de 1998.

2. Acusación particular: a) legitimación e interpretación del artículo 103 LECrim: STS 637/2018, de 12 de diciembre: b) relativización del plazo de preclusión procesal: SSTS 170/2005, de 18 de febrero y 1140/2005, de 3 de octubre; AAP Madrid, Sec. 29.^a, 505/2020, de 1 de octubre.

3. Acusación popular: personas jurídico-públicas: SSTS 149/2013, de 26 de febrero y 167/2021, de 24 de febrero.

III. PROCEDIMIENTO

1. Fase de investigación: a) plazos de instrucción: Circular FGE 1/2021; b) suficiente y eficaz: STC 87/2020, de 20 de julio.

2. Fase intermedia: a) auto de continuación por los trámites del procedimiento abreviado: SSTS 851/2006, de 5 de julio, 156/2007, de 25 de enero, 269/2020, de 29 de mayo y 153/2021, de 19 de febrero; b) acusaciones legitimadas: STS 5/2015, de 29 de enero; doctrina *Botín*: STS 1045/2007, de 17 de diciembre; doctrina *Atutxa*: STS 54/2008, de 8 de abril; c) auto de apertura de juicio oral: STS 655/2010, de 13 de julio, 670/2015, de 30 de octubre y 159/2021, de 24 de febrero).

3. Juicio oral: a) grabación: SSTS 503/2012, de 5 de junio, 84/2018, de 15 de febrero y 670/2019, de 15 de enero de 2020; Acuerdo Pleno TS, de 24 de mayo de 2017; b) indefensión material: STS 734/2010, de 23 de julio; c) derecho a la última palabra: STC 35/2021, de 18 de febrero.

4. Apelación de sentencias absolutorias y principios de inmediatez y contradicción: SSTEDH de 10 de marzo de 2009, *Igual Coll c. España*; 22 de noviembre de 2011, *Lacadena Calero c. España*; 13 de diciembre de 2011, *Valbuena Redondo c. España*; 20 de marzo de 2012, *Serrano Contreras c. España*; 27 de noviembre de 2012, *Vilanova Goterris y Llop García c. España*; 8 de octubre de 2013, *Nieto Macero c. España*; 8 de octubre de 2013, *Román Zurdo c. España*; 12 de noviembre de 2013, *Sainz Casla c. España*; 8 de marzo de 2016, *Porcel Terribas y otros c. España*; 29 de marzo de 2016, *Gómez Olmeda c. España*; 13 de junio de 2017, *Atutxa Mendiola y otros c. España*; 13 de marzo de 2018, *Vilches Coronado y otros c. España*; o 24 de septiembre de 2019, *Camacho Camacho c. España*; SSTC 167/2002, de 18 de diciembre, 184/2009, de 7 de septiembre, 105/2016, de 6 de junio, 125/2017, de 13 de noviembre, 146/2017, de 14 de diciembre, 36/2018, de 23 de abril, 37/2018, de 23 de abril, 59/2018, de 4 de junio, 73/2019, de 1 de julio, 88/2019, de 1 de julio, 149/2019, de 25 de noviembre y 1/2020, de 14 de enero, caso *Blanquerna*.

5. Acuerdos Pleno TS sobre recurso de casación: Acuerdo de 9 de junio de 2016, que interpreta el régimen de la casación tras la reforma de la Ley 41/2015, y Acuerdo de 28 de febrero de 2018, sobre casación contra autos por falta de jurisdicción.

IV. MEDIDAS DE PROTECCIÓN

1. Carácter instrumental, provisional y congruente con lo actuado: STC 16/2012, de 13 de febrero y STS 146/2014, de 14 de febrero.

2. Reglas de abono de medidas cautelares: a) comparecencias *apud acta*: Acuerdo Pleno TS, de 19 de diciembre de 2013; SSTS 52/2015, de 26 de enero, 332/2015, de 3 de junio y STS 341/2019, de 3 de julio; b) retirada del pasaporte: SSTS 154/2015, de 17 de marzo, 377/2019, de 23 de julio, 443/2019, de 2 de octubre, 584/2019, de 27 de noviembre y 484/2020, de 1 de octubre.

V. DILIGENCIAS Y PRUEBAS

1. Principio de legalidad: STC 145/2014, de 22 de septiembre.

2. Prueba ilícita:

A) Eficacia vertical de los derechos fundamentales y *conexión de anti-juridicidad*: SSTC 81/1998, de 2 de abril, 261/2005, de 24 de octubre y 70/2007, de 16 de abril; SSTS 24/2007, de 25 enero; 261/2006, de 14 de marzo y 120/2018, de 16 de marzo.

B) Eficacia horizontal de los derechos fundamentales y su vulneración por particulares: a) grabaciones con cámara oculta: SSTS 793/2013, de 28 de octubre y 167/2020, de 19 de mayo; b) grabaciones de audio realizadas por uno de los intervinientes en la conversación: SSTS 45/2014, de 7 de febrero y 652/2016, de 15 de julio; c) apropiación ilícita de datos: STS 116/2017, de 23 de febrero, caso *Falciani*, confirmada por STC 97/2019, de 16 de julio, y STS 546/2019, de 11 de noviembre.

3. Inspección ocular y cadena de custodia: a) no es necesaria la presencia judicial: STS 747/2015, de 19 de noviembre, caso *Código Calixtino*; b) requisitos y validez de la cadena de custodia: SSTS 147/2015, de 17 de marzo, 285/2017, de 19 de abril, 120/2018, de 16 de marzo y 173/2021, de 25 de febrero.

4. La persona investigada:

A) Identificación: a) álbumes de fotos: STS 18/2017, de 20 de enero; b) rueda de reconocimiento: SSTS 503/2008, de 17 de julio, caso *Atentados del 11-M*, 16/2014, de 30 de enero, 901/2014, de 30 de diciembre, 337/2015, de 24 de mayo y 18/2017, de 20 de enero; c) reconocimiento de voz: STS 775/2001, de 10 de mayo; d) huellas dactilares (informes lofoscópicos o dactiloscópicos): SSTS 1093/2000 de 19 de junio, 1758/2001, de 1 de octubre y 468/2002, de 15 de marzo, 667/2014, de 15 de octubre; e) rasgos fisionómicos (informes antropomórficos): SSTS 61/2000, de 27 de enero de 2001 y 315/2016 de 14 de abril; e) videograbaciones o fotos: STS 67/2014, de 28 de enero; f) perfil genético (ADN): i.– restos abandonados por la persona sospechosa: STC 199/2013, de 5 de diciembre y 13/2014, de 30 de enero; SSTS 179/2006, de 14 de febrero, 949/2006, de 4 de octubre y 1062/2007, de 27 de noviembre; Acuerdo Pleno TS, de 31 de enero de 2006; ii.– toma directa del cuerpo de la persona sospechosa: SSTS 734/2014, de 11 de noviembre, 59/2017, de 19 de mayo, 120/2018, de 16 de marzo; Acuerdo Pleno TS, de 24 de septiembre de 2014.

B) Asistencia letrada y acceso a las actuaciones: SSTC 13/2017, de 30 de enero, 21/2018, de 5 de marzo, 83/2019, de 17 de junio, 180 y 181/2020, de 14 de diciembre.

C) Valor probatorio: a) declaración policial y manifestaciones espontáneas: SSTC 53/2013, de 28 de febrero y 165/2014, de 8 de octubre; SSTS 229/2014, de 25 de marzo, 367/2014, de 13 de mayo, 848/2014, de 9 de diciembre, 435/2015, de 9 de julio, 487/2015, de 20 de julio, 597/2017, de 24 de julio, 128/2018, de 20 de marzo y 418/2020, de 21 de julio; Acuerdo Pleno TS, de 3 de junio de 2015; b) declaración sumarial: STC 80/2003, de 28 de abril; SSTS 926/2006, de 6 de octubre y 120/2018, de 16 de marzo; c) silencio de la persona acusada: STC 300/2005, de 21 de noviembre y STS 658/2018, de 14 de diciembre; d) límites al «derecho a mentir»: STC 142/2009, de 15 de junio; e) declaraciones de personas coinvestigadas o coacusadas: STS 120/2018, de 16 de marzo.

5. La prueba testifical:

A) Preconstitución de la prueba: a) requisitos: SSTC 80/1986, 200/1996, 40/1997, 12/2002, 80/2003; b) menores y personas con discapacidad: STJUE de 16 de junio de 2005, caso *Pupino*; SSTS 96/2009, de 10 de marzo, 1107/2011, de 18 de octubre, 940/2013, de 13 de diciembre y 1008/2016, de 1 de febrero de 2017, 44/2020, de 11 de febrero y 206/2020, de 21 de mayo.

B) Dispensa del deber de declarar entre parientes: a) ausencia de advertencia: STC 94/2010, de 15 de noviembre; STS 400/2015, de 25 de julio; b) testigo divorciado o expareja: i.- no puede acogerse: STS 13/2009, de 20 de enero, apdo. III.2.2 Circular FGE 6/2011; ii.- sí puede: STS 292/2009, de 26 de marzo; Acuerdo Pleno TS, de 24 de abril de 2013; c) víctima personada como acusación particular: i.- no puede acogerse: SSTS 449/2015, de 14 de julio y 389/2020, de 10 de julio; Acuerdo Pleno TS, de 24 de abril de 2013; ii.- sí puede: Acuerdo Pleno TS, de 23 de enero de 2018; d) menores de edad y personas con discapacidad: STS 225/2020, de 25 de mayo.

C) Valoración de la testifical: a) la víctima como única prueba de cargo: i.- requisitos: SSTS 723/2008, de 10 de noviembre, 474/2010, de 17 de mayo y 391/2019, de 24 de julio; ii.- crítica del automatismo en la aplicación de los requisitos: STS 490/2010, de 21 de mayo; iii.- víctima como testigo especialmente cualificado: STS 282/2018, de 13 de junio; iv.- concurrencia deficitaria de los requisitos: SSTS 815/2013, de 5 de noviembre y 255/2017, de 6 de abril; b) lectura o reproducción de declaraciones testificales: salvo en los casos de preconstitución, no se puede si el testigo no comparece estando localizado: STS 1072/2009, de 9 de noviembre; c) contradicciones, retractaciones o correcciones de las declaraciones sumariales: STS 1187/2005, de 21 de octubre; d) testimonios de referencia: SSTS 774/2013, de 24 de octubre y 196/2017, de 24 de marzo.

6. La prueba pericial:

A) Informe elaborado por un solo perito: a) validez, salvo indefensión: STS 50/2021, de 25 de enero; b) validez de la autopsia: STS de 11 de octubre de 1994.

B) Informe de sanidad forense: no acredita la etiología de la lesión: STS 160/2010, de 5 de marzo.

C) Precio de venta al público, valor de lo sustraído: STS 327/2017, de 9 de mayo.

7. Documento: STS 388/2007, de 9 de abril.

8. Prueba de indicios: SSTC 128/2011, de 18 de julio, 133/2014, de 22 de julio; SSTS 164/2021, de 24 de febrero, y 173/2021, de 25 de febrero.

9. Acceso y cesión de datos generados en comunicaciones electrónicas: SSTS 537/2018 de 8 de noviembre y 197/2021, de 4 de marzo; conclusión 16.^a de la Circular FGE 2/2019.

10. Obtención de datos bancarios: STS 434/2021, de 20 de mayo.

CIRCULARES, CONSULTAS Y DOCUMENTOS DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO¹

- Circular FGE 2/1990, de 1 de octubre, sobre la aplicación de la reforma de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal.
- Circular FGE 4/2003, de 30 de diciembre, sobre nuevos instrumentos jurídicos en la persecución de la violencia doméstica.
- Circular 2/2004, de 22 de diciembre, sobre aplicación de la reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre (primera parte).
- Circular FGE 6/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer.
- Circular FGE 4/2015, de 13 de julio, sobre la nueva regla penológica para el concurso medial de delitos.
- Circular FGE 2/2019, de 6 de marzo, sobre interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas.
- Circular FGE 1/2021, de 8 de abril, sobre los plazos de la investigación judicial del artículo 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- Consulta 1/2008, 28 de julio de 2008, acerca de la exigencia del requisito de convivencia entre el agresor y los ascendientes, descendientes y hermanos para la tipificación de los hechos como delito de violencia doméstica previsto en los artículos 153 y 173 del CP.
- *Guía de actuación con perspectiva de género en la investigación y enjuiciamiento de los delitos de violencia de género*, Madrid, diciembre de 2020.

¹ Disponibles en: <https://www.fiscal.es/documentaci%C3%B3n>

FORMULARIOS

* ADVERTENCIA: Los modelos únicamente ayudan a seguir los usos formales de presentación de escritos, pero no resuelven el caso, ni tienen valor doctrinal y menos legal. Cada escrito se debe adaptar al asunto en cuestión, partiendo de los datos concretos que el caso ofrece y teniendo presente su función y finalidad legal.

I. ESCRITOS DE TRÁMITE

1. Solicitud de prórroga de la instrucción

JUZGADO DE INSTRUCCIÓN/DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER N.º... DE...

Diligencias previas n.º (*Identificar procedimiento por su clase y número*)

AL JUZGADO

D/D.^a... procurador/a de los tribunales (col. n.º...), en nombre y representación de D/D.^a..., con la dirección letrada de D/D.^a... (col. n.º...), como consta acreditado en la causa, ante el juzgado comparezco y, en términos de derecho, **DIGO**

Que mediante el presente escrito, y conforme a lo dispuesto en el artículo 324.1. II LECrim, estando próximo a concluir el plazo máximo de doce meses de la fase de instrucción, **solicito su prórroga por seis meses**, en virtud de los siguientes motivos:

El día... se incoó la presente causa contra..., por delito de..., acordándose, entre otras diligencias, la práctica [*indicar la/s diligencia/s no practicada/s*] de una pericial [*indicar la naturaleza de la pericial*], y una serie de oficios dirigidos a... para que [*indicar la finalidad*]. En fecha... cumple el plazo legal de doce meses, sin que se haya practicado la pericial acordada y sin que se haya contestado uno de los oficios librados.

En este estado de cosas, debe prorrogarse la causa por seis meses como garantía de validez no ya de las diligencias acordadas, que lo son según el artículo 324.2 LECrim, sino de las que puedan acordarse en función del resultado de aquellas, todavía desconocido. Las diligencias acordadas no se han practicado

debido a que... y resultan necesarias, puesto que... [*exponer las causas que han impedido finalizar la investigación y la relevancia de las diligencias que faltan*].

Ej.: La pericial no se ha practicado por motivos ajenos a esta parte, como se deduce del oficio del perito..., en el que se expone el retraso de la oficina de peritos adscrita al Tribunal Superior de Justicia y la necesidad de que le sea remitido por el juzgado el informe efectuado por la forense... Se ignora por qué la empresa... no se ha respondido a los oficios. Pero las diligencias acordadas y no practicadas son necesarias y pertinentes para la debida investigación y calificación de los hechos, pues sin ellas no puede establecerse... (ej.: la autoría, la sanidad, etc.).

En virtud de lo expuesto, **AL JUZGADO SUPPLICO**, que tenga por presentado este escrito, lo admita y **acuerde la prórroga del plazo de instrucción durante seis meses más a partir de la fecha de expiración del plazo inicial de doce meses.**

Es justicia que pido en... [*lugar y fecha*].

Firma del/a abogado/a, col. n.º... Firma del/a procurador/a, col. n.º...

2. Solicitud de cotejo judicial de mensajes y audios

JUZGADO DE INSTRUCCIÓN/DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER
N.º... DE...

Diligencias previas n.º... (*Identificar procedimiento por su clase y número*).

AL JUZGADO

D/D.^a... procurador/a de los tribunales (col. n.º...), en nombre y representación de D/D.^a..., con la dirección letrada de D/D.^a... (col. n.º...), como consta acreditado en la causa, ante el juzgado comparezco y, en términos de derecho, **DIGO**

Que mediante el presente escrito, y conforme a lo dispuesto en los artículos 311 LECrim, 289.3 LEC y 453.1 LOPJ, **aporto la transcripción en papel** de los mensajes y audios [*indicar si son de correo electrónico, SMS, wasaps*], remitidos por... [*indicar el autor si se conoce*], adjuntándose también un **CD** con los archivos de texto y audio, estando ordenados los mensajes y audios por fechas, reflejando, cuando ha resultado posible, remitente, destinatario y contenido, **con el fin de que por el/la letrado/a de la Administración de Justicia se proceda a su cotejo.**

Los mensajes de texto y de audio fueron remitidos a mi cuenta de [indicar el lugar de recepción: cuenta de correo electrónico, Instagram, WhatsApp] y obran en mi dispositivo [móvil, ordenador, tablet], marca y n.º... [identificar el dispositivo, el IMEI en el caso de los dispositivos móviles], que será aportado por esta parte el día que se señale para el cotejo de los mensajes.

En virtud de lo expuesto, **AL JUZGADO SUPlico**, que tenga por presentado este escrito junto con los documentos que lo acompañan, lo admita y **que acuerde el cotejo interesado, señalando día y hora para su práctica.**

Es justicia que pido en... [lugar y fecha].

Firma del abogado/a, col. n.º... Firma del/a procurador/a, col. n.º...

3. Solicitud de cesiones de datos relativos a comunicaciones (identificación del titular de un correo electrónico, de un número de teléfono y su ubicación, del perfil de una red social, usuario de una IP)

JUZGADO DE INSTRUCCIÓN/DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER N.º... DE...

Diligencias previas n.º... (Identificar procedimiento por su clase y número).

AL JUZGADO

D/D.^a... procurador/a de los tribunales (col. n.º...), en nombre y representación de D/D.^a..., con la dirección letrada de D/D.^a... (col. n.º...), como consta acreditado en la causa, ante el juzgado comparezco y, en términos de derecho, **DIGO**

Que mediante el presente escrito, y conforme a lo dispuesto en los artículos 311, 588 bis.a y b, 588 ter.a y 588 ter.j-m LECrim, artículos 6 y 7 de la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones, artículo 39 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, y artículo 7 de la Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales, **solicito que, previo traslado al Ministerio Fiscal, se acuerde la identificación del titular [de un correo electrónico, de un número de teléfono, del perfil de una red social, usuario de una IP] o la ubicación del teléfono n.º... en fecha...**

La cesión de datos cuya autorización se solicita cumple con los principios de *especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad*: se está investigando un delito comprendido dentro del ámbito objetivo de aplicación de la medida, dado que se trata de la comisión de un delito de..., tipificado en... y castigado con pena que puede llegar a los... años de..., cuyos hechos consisten en...

Se desconoce hasta el momento a la persona autora de los hechos [*o ha sido negada la autoría*], sin que se disponga de ningún otro medio para proseguir las investigaciones, tal y como ha sido puesto de manifiesto en el atestado n.º... [*o ante la negativa de los hechos por el investigado*], como no sea obteniendo los datos del titular del [*correo electrónico, perfil de red, teléfono*] o del lugar en que se hallaba el teléfono..., desde el que se efectuaron los mensajes, llamadas... [*establecer la relación entre el correo electrónico, el teléfono o su ubicación, la IP y los hechos investigados, explicando las circunstancias relacionadas con la IP, el correo electrónico, las llamadas*].

En fin, la injerencia de la medida en el secreto de las comunicaciones resulta mínima y además es adecuada a los fines del proceso penal, dado que se trata de perseguir un delito público que podría quedar impune dado su ámbito tecnológico de producción.

En virtud de lo expuesto, **AL JUZGADO SUPPLICO**, que tenga por presentado este escrito, lo admita y que, previo traslado al Ministerio Fiscal, **se acuerde la identificación del titular** [*de un correo electrónico, de un número de teléfono, del perfil de una red social, usuario de una IP*] **o la ubicación del teléfono n.º... en fecha, entre las... y las... horas**, librando oficio al tiempo a la policía judicial para que informe de la unidad que se haría cargo de la investigación y de las operadoras a las que dirigir los oficios resultantes de la autorización.

Es justicia que pido en... [*lugar y fecha*].

Firma del/a abogado/a, col. n.º... Firma del/a procurador/a, col. n.º...

II. ESCRITOS DE ACUSACIÓN

1. Lesiones cualificadas por razón de género

JUZGADO DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER N.º... DE...

Diligencias previas/urgentes n.º...

Procedimiento abreviado n.º... (*Identificar procedimiento por su clase y número*).

AL JUZGADO

D/D.^a... procurador/a de los tribunales (col. n.º...), en nombre y representación de D/D.^a..., con la dirección letrada de D/D.^a... (col. n.º...), como acusación particular acreditada en la causa, ante el juzgado comparezco y, en términos de derecho, **DIGO**

Que mediante el presente escrito, en virtud del traslado conferido, al amparo de los artículos 650, 780.1 y 781.1 LECrim [*en el caso de que se trate de un juicio rápido, el escrito se ajustará a este modelo, teniendo en cuenta que la acusación también puede formularse oralmente, artículo 800.2 y 4 LECrim*], **solicito la apertura de juicio oral ante el juzgado de lo penal y formulo escrito de acusación** contra [*nombre y apellidos del acusado*], con arreglo a las siguientes

CONCLUSIONES PROVISIONALES

Primera. Hechos punibles

El acusado Norberto [*nombre y apellidos*], con DNI... [*si es extranjero, indicar nacionalidad y documento identificativo*], mayor de edad, sin antecedentes penales [*si los tuviese, reflejar en virtud de qué ejecutoria/s*] y en situación de libertad provisional [*o en prisión provisional por esta causa*], sobre las... horas, del día [*fecha*], en la habitación de matrimonio del domicilio de la calle... de [*lugar de comisión del delito*], en el curso de una discusión con su mujer Rosalinda [*nombre y apellidos*], terminó agarrándola de los brazos, dándole un puñetazo en el pómulo derecho y lanzándola contra un mueble de cristal que se fracturó, haciéndose ésta un corte en la frente a causa del impacto.

Como consecuencia de la agresión de Norberto, Rosalinda sufrió lesiones consistentes en hematomas en ambos brazos, en el pómulo derecho y una herida inciso contusa en la frente, lesiones que precisaron para su curación, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento quirúrgico consistente en sutura de herida, tardando en curar 8 días, de los cuales 3 le causaron un perjuicio personal particular moderado, quedándole como secuela cicatriz facial en región frontal derecha que ocasiona un perjuicio estético muy leve.

Segunda. Calificación jurídico-penal

Los hechos anteriormente descritos constituyen un delito de lesiones calificadas por razón de sujeto pasivo por ser la víctima cónyuge del autor del artículo 148.4.º en relación con el artículo 147.1, ambos del Código Penal.

Tercera. Participación del acusado

Norberto [*nombre y apellidos*] responde del citado delito en concepto de autor (arts. 27 y 28 CP).

Cuarta. Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal

No concurren.

Quinta. Pena

Procede imponer a Norberto [*nombre y apellidos*] por el delito de lesiones objeto de acusación la pena de prisión de tres años y seis meses, con las accesorias de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena (art. 56.1.2.º CP); prohibición de aproximarse a menos de 500 metros de Rosalinda [*nombre y apellidos*], de su domicilio, lugar de trabajo o de cualquier otro lugar que ella frecuente por un tiempo superior en tres años a la pena de prisión impuesta en sentencia (arts. 48.2 y 57.1 y 2 CP); y prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio por un tiempo superior en tres años a la pena de prisión impuesta en sentencia (arts. 48.3 y 57.1 y 2 CP).

Sexta. Responsabilidad civil y costas

Norberto [*nombre y apellidos*] debe indemnizar a mi representada en la cantidad de 550 euros por los 8 días de curación, a razón de 100 euros por cada uno de los 3 días de perjuicio personal particular moderado, y 50 euros por cada uno de los 5 días de perjuicio personal básico. Por la cicatriz será indemnizada en 1000 euros (arts. 109.1, 110.3.º, 113 y 116.1 CP).

El total indemnizatorio asciende a 1550 euros, que devengarán los intereses legales desde el día..., fecha en que se emitió el informe de sanidad y mi representada declaró reclamar por las lesiones sufridas, y, en todo caso, desde la fecha del presente escrito (arts. 1100, 1101 y 1108 CC), intereses que se incrementarán en dos puntos a partir de la fecha de la sentencia de instancia (art. 576.1 LEC).

Norberto [*nombre y apellidos*] debe ser condenado al pago de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular ejercida por esta parte (arts. 123 y 124 CP y 240.2.º LECrim).

Para el acto del juicio oral se proponen los siguientes medios de

PRUEBA

1.º Interrogatorio del acusado.

2.º Testifical, con examen de los testigos que a continuación se relacionan. Se solicita que sean citados por la oficina judicial, excepto a mi representada, teniéndose por cumplido con lo dispuesto en el artículo 656.2 LECrim, en cuanto a la expresión de sus domicilios o residencias, mediante la indicación de los folios de la causa donde constan sus direcciones.

- Rosalinda [*nombre y apellidos*], víctima, cuyos datos y domicilio constan al folio..., que esta parte se encarga de hacer comparecer.
- Matilda [*nombre y apellidos*], vecina, cuyos datos y domicilio constan al folio...
- Agentes n.º... de la Policía.../Guardia Civil (folio...), que serán citados en la comisaría/puesto, a través de sus superiores jerárquicos.

3.º Pericial de las lesiones, para el caso de que por la defensa se impugne el informe forense de sanidad de fecha..., debiendo citarse a tal efecto al médico forense que lo emitió (folios...).

4.º Documentos y elementos de convicción, con lectura expresa de los siguientes folios [*indicar cuáles por su número y contenido. Ejemplo: folios 3-5: atestado; folios 15-16: declaración de Rosalinda; folios 17-18: testifical de Matilda; folio 19: hoja histórico-penal; folio 20: declaración del investigado; folio 23: informe forense*], salvo que todas las partes den su lectura por reproducida, sin perjuicio de su examen directo por el juzgador (art. 726 LECrim).

En virtud de lo expuesto, **AL JUZGADO SUPLICO**, que tenga por presentado este escrito, en tiempo y forma, y que, tras su traslado a las restantes partes, **dicte auto por el que se decrete la apertura de juicio oral ante el juzgado de lo penal contra el acusado Norberto [*nombre y apellidos*], responsable penal y civil de los hechos constitutivos del delito de lesiones por el que se formula acusación.**

OTROSÍ I, que de conformidad con el artículo 783.2 LECrim [*expresar lo que proceda en función de lo actuado hasta ese momento*], se solicita para que se acuerde por el juzgado de violencia sobre la mujer [*ejemplos*]:

1. Que se ratifiquen las medidas penales de la orden de protección del auto de fecha..., formándose pieza separada si no lo estuviere.
2. Que se requiera al acusado para que preste fianza para garantizar las responsabilidades pecuniarias por importe de 2000 euros, debiendo prestarla inmediatamente y, de no verificarla, deberá procederse en vía de apremio contra sus bienes (arts. 589 y 764 LECrim), formándose pieza separada si no lo estuviere.

OTROSÍ II, que de conformidad con el artículo 25.2.a de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, se solicita para que se acuerde por el juzgado de lo penal [*ejemplos*]:

Que durante el acto del juicio se disponga lo necesario para que mi representada no tenga contacto visual con el acusado.

OTROSÍ III, se solicita para que se acuerde por el juzgado de lo penal que se mantengan las medidas cautelares hasta la firmeza de la sentencia condenatoria que dicte (art. 69 LOPIVG). Asimismo, el juzgado de lo penal, al notificar la sentencia condenatoria al acusado: a) deberá advertirle que será firme y ejecutoria si no se interpone recurso de apelación en los 10 días siguientes a su notificación [*5 días en el enjuiciamiento rápido*]; y b) deberá quedar requerido para que cumpla a partir de la fecha de la sentencia (no recurrida y firme) las penas de prohibición de aproximación y comunicación impuestas, sin perjuicio de ulterior liquidación, si es que no se han extinguido tras el abono de las medidas cautelares adoptadas, con la advertencia de que el incumplimiento de las citadas penas conlleva incurrir en un delito de quebrantamiento de condena (arts. 141, 790.1, 794.1, 801.4 y 988 y 990 LECrim).

Es justicia que pido en... [*lugar y fecha*].

Firma del/a abogado/a, col. n.º... Firma del/a procurador/a, col. n.º...

2. Maltrato puntual de género

JUZGADO DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER N.º... DE...

Diligencias previas/urgentes n.º...

Procedimiento abreviado n.º... (*Identificar procedimiento por su clase y número*).

AL JUZGADO

D/D.^a... procurador/a de los tribunales (col. n.º...), en nombre y representación de D/D.^a..., con la dirección letrada de D/D.^a... (col. n.º...), como acusación particular acreditada en la causa, ante el juzgado comparezco y, en términos de derecho, **DIGO**

Que mediante el presente escrito, en virtud del traslado conferido, al amparo de los artículos 650, 780.1 y 781.1 LECrim [*en el caso de que se trate de un juicio rápido, el escrito se ajustará a este modelo, teniendo en cuenta que la acusación también puede formularse oralmente, artículo 800.2 y 4 LECrim*], **solicito la apertura de juicio oral ante el juzgado de lo penal y**

formulo escrito de acusación contra [*nombre y apellidos del acusado*], con arreglo a las siguientes

CONCLUSIONES PROVISIONALES

Primera. Hechos punibles

El acusado Vinicio [*nombre y apellidos*], con DNI... [*si es extranjero, indicar nacionalidad y documento identificativo*], mayor de edad, sin antecedentes penales [*si los tuviese, reflejar en virtud de qué ejecutoria/s*] y en situación de libertad provisional [*o en prisión provisional por esta causa*], sobre las... horas, del día [*fecha*], en el cuarto de baño del domicilio común de la calle... de [*lugar de comisión del delito*], en el curso de una discusión con su pareja Gertrudis [*nombre y apellidos*], le dio un fuerte bofetón, diciéndole a la vez que se lo merecía por puta. Gertrudis no sufrió lesiones a consecuencia del maltrato de obra, aunque se sintió muy humillada y lo fue objetivamente por la acción de su pareja, que dejó de serlo a partir de ese hecho.

Segunda. Calificación jurídico-penal

Los hechos anteriormente descritos constituyen un delito de maltrato puntual de género con la agravación de cometerse en el domicilio común del artículo 153.1 y 3 del Código Penal.

Tercera. Participación del acusado

Vinicio [*nombre y apellidos*] responde del citado delito en concepto de autor (arts. 27 y 28 CP).

Cuarta. Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal

No concurren.

Quinta. Pena

Procede imponer a Vinicio [*nombre y apellidos*] por el delito de maltrato objeto de acusación la pena de prisión de un año, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena (art. 56.1.2.º CP); privación del derecho a la tenencia y porte de armas durante tres años; y las penas accesorias de prohibición de aproximarse a me-

nos de 500 metros de Gertrudis [*nombre y apellidos*]..., de su domicilio, lugar de trabajo o de cualquier otro lugar que ella frecuente durante tres años (arts. 48.2 y 57.1 y 2 CP); y prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio durante tres años (arts. 48.3 y 57.1 y 2 CP).

Sexta. Responsabilidad civil y costas

Vinicio [*nombre y apellidos*] debe indemnizar a mi representada en la cantidad de 600 euros por el trato degradante sufrido (arts. 109.1, 110.3.º, 113 y 116.1 CP), que devengará los intereses legales desde la fecha del presente escrito (arts. 1100, 1101 y 1108 CC), intereses que se incrementarán en dos puntos a partir de la fecha de la sentencia de instancia (art. 576.1 LEC).

Vinicio [*nombre y apellidos*] debe ser condenado al pago de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular ejercida por esta parte (arts. 123 y 124 CP y 240.2.º LECrim).

Para el acto del juicio oral se proponen los siguientes medios de

PRUEBA

1.º Interrogatorio del acusado.

2.º Testifical, con examen de los testigos que a continuación se relacionan. Se solicita que sean citados por la oficina judicial, excepto a mi representada, teniéndose por cumplido con lo dispuesto en el artículo 656.2 LECrim, en cuanto a la expresión de sus domicilios o residencias, mediante la indicación de los folios de la causa donde constan sus direcciones.

– Getrudis [*nombre y apellidos*], víctima, cuyos datos y domicilio constan al folio..., que esta parte se encarga de hacer comparecer.

– Juana [*nombre y apellidos*], vecina, cuyos datos y domicilio constan al folio...

– Agentes n.º... de la Policía.../Guardia Civil (folio...), que serán citados en la comisaría/puesto, a través de sus superiores jerárquicos.

3.º Documentos y elementos de convicción, con lectura expresa de los siguientes folios [*indicar cuáles por su número y contenido. Ejemplo: folios 3-5: atestado; folios 15-16: declaración de Gertrudis; folios 17-18: testifical de Juana; folio 19: hoja histórico-penal; folio 20: declaración del investigado*], salvo que todas las partes den su lectura por reproducida, sin perjuicio de su examen directo por el juzgador (art. 726 LECrim).

En virtud de lo expuesto, **AL JUZGADO SUPLICO**, que tenga por presentado este escrito, en tiempo y forma, y que, tras su traslado a las restantes partes, **dicte auto por el que se decreta la apertura de juicio oral ante el juzgado de lo penal contra el acusado Vinicio [nombre y apellidos], responsable penal y civil de los hechos constitutivos del delito de maltrato puntual de género por el que se formula acusación.**

OTROSÍ I, que de conformidad con el artículo 783.2 LECrim [*expresar lo que proceda en función de lo actuado hasta ese momento*], se solicita para que se acuerde por el juzgado de violencia sobre la mujer [*ejemplos*]:

1. Que se ratifiquen las medidas penales de la orden de protección del auto de fecha..., formándose pieza separada si no lo estuviere.
2. Que se requiera al acusado para que preste fianza para garantizar las responsabilidades pecuniarias por importe de 1000 euros, debiendo prestarla inmediatamente y, de no verificarla, deberá procederse en vía de apremio contra sus bienes (arts. 589 y 764 LECrim), formándose pieza separada si no lo estuviere.

OTROSÍ II, que de conformidad con el artículo 25.2.a de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, se solicita para que se acuerde por el juzgado de lo penal [*ejemplos*]:

Que durante el acto del juicio se disponga lo necesario para que mi representada no tenga contacto visual con el acusado.

OTROSÍ III, se solicita para que se acuerde por el juzgado de lo penal que se mantengan las medidas cautelares hasta la firmeza de la sentencia condenatoria que dicte (art. 69 LOPIVG). Asimismo, el juzgado de lo penal, al notificar la sentencia condenatoria al acusado: a) deberá advertirle que será firme y ejecutoria si no se interpone recurso de apelación en los 10 días siguientes a su notificación [*5 días en el enjuiciamiento rápido*]; y b) deberá quedar requerido para que cumpla a partir de la fecha de la sentencia (no recurrida y firme) las penas de prohibición de aproximación y comunicación impuestas, sin perjuicio de ulterior liquidación, si es que no se han extinguido tras el abono de las medidas cautelares adoptadas, con la advertencia de que el incumplimiento de las citadas penas conlleva incurrir en un delito de quebrantamiento de condena (arts. 141, 790.1, 794.1, 801.4 y 988 y 990 LECrim).

Es justicia que pido en... [*lugar y fecha*].

Firma del/a abogado/a, col. n.º... Firma del/a procurador/a, col. n.º...

3. Maltrato puntual y amenazas en el ámbito familiar

JUZGADO DE INSTRUCCIÓN N.º... DE...

Diligencias previas/urgentes n.º...

Procedimiento abreviado n.º... (*Identificar procedimiento por su clase y número*).

AL JUZGADO

D/D.^a... procurador/a de los tribunales (col. n.º...), en nombre y representación de D/D.^a..., con la dirección letrada de D/D.^a... (col. n.º...), como acusación particular acreditada en la causa, ante el juzgado comparezco y, en términos de derecho, **DIGO**

Que mediante el presente escrito, en virtud del traslado conferido, al amparo de los artículos 650, 780.1 y 781.1 LECrim [*en el caso de que se trate de un juicio rápido, el escrito se ajustará a este modelo, teniendo en cuenta que la acusación también puede formularse oralmente, artículo 800.2 y 4 LECrim*], **solicito la apertura de juicio oral ante el juzgado de lo penal y formulo escrito de acusación** contra [*nombre y apellidos del acusado/a*], con arreglo a las siguientes

CONCLUSIONES PROVISIONALES

Primera. Hechos punibles

La acusada Fortunata [*nombre y apellidos*], con DNI... [*si es extranjero/a, indicar nacionalidad y documento identificativo*], mayor de edad, sin antecedentes penales [*si los tuviese, reflejar en virtud de qué ejecutoria/s*] y en situación de libertad provisional [*o en prisión provisional por esta causa*], sobre las... horas, del día [*fecha*], en el salón del domicilio familiar en el que conviven de la calle... de [*lugar de comisión del delito*], en el que estaba junto con sus padres y su hermana Enriqueta [*nombre y apellidos*], comenzó una discusión con ésta, le dio un tortazo y comenzó a tirarle de los pelos. El padre [*nombre y apellidos*] se levantó y se puso en medido para evitar que Fortunata continuase con su agresión, lo que motivó que Fortunata le diese un puñetazo en el ojo derecho. Entretanto, la madre [*nombre y apellidos*] cogió el teléfono y Fortunata la amedrentó diciéndole «qué haces, estás muerta como llames a la policía».

Como consecuencia de la agresión de Fortunata, Enriqueta sufrió lesiones consistentes en excoriación en cara y pérdida de cuero cabelludo, lesiones que precisaron para su curación de una primera asistencia facultativa, tardando

en curar 5 días que le causaron un perjuicio personal básico; el padre, por su parte, sufrió lesiones consistentes en hematoma en ojo izquierdo, lesiones que precisaron para su curación de una primera asistencia facultativa, tardando en curar 3 días que le causaron un perjuicio personal básico.

Mis representados no reclaman indemnización civil por estos hechos.

Segunda. Calificación jurídico-penal

Los hechos anteriormente descritos constituyen:

1. Un delito de maltrato puntual en el ámbito familiar con la agravación de cometerse en el domicilio común del artículo 153.2 y 3 del Código Penal, respecto de Enriqueta.

2. Un delito de maltrato puntual en el ámbito familiar con la agravación de cometerse en el domicilio común del artículo 153.2 y 3 del Código Penal, respecto del padre.

3. Un delito leve de amenazas en el ámbito familiar del artículo 171.7. II del Código Penal, respecto de la madre.

Tercera. Participación de la acusada

Fortunata [*nombre y apellidos*] responde de los citados delitos en concepto de autora (arts. 27 y 28 CP).

Cuarta. Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal

No concurren.

Quinta. Pena

Procede imponer a Fortunata [*nombre y apellidos*] por los delitos objeto de acusación las penas siguientes:

1. Por el primero, la pena de 57 días de trabajos en beneficio de la comunidad; privación del derecho a la tenencia y porte de armas durante dos años; y la pena accesoria, por ser preceptiva, de prohibición de aproximarse a menos de 500 metros de Enriqueta [*nombre y apellidos*], de su domicilio, lugar de trabajo o de cualquier otro lugar que ella frecuente durante un año (arts. 48.2 y 57.1 y 2 CP).

2. Por el segundo, la pena de 57 días de trabajos en beneficio de la comunidad; privación del derecho a la tenencia y porte de armas durante dos años; y la pena accesoria, por ser preceptiva, de prohibición de aproximarse a menos de 500 metros del padre [*nombre y apellidos*], de su domicilio, lugar de trabajo o de cualquier otro lugar que él frecuente durante un año (arts. 48.2 y 57.1 y 2 CP).

3. Por el tercero, la pena de 5 días de trabajos en beneficio de la comunidad.

No se solicita en ninguno de los delitos la pena de prohibición de comunicación al no resultar preceptiva ni necesaria a efectos de prevención especial, debiendo facilitarse las comunicaciones al estar la acusada siguiendo un curso formativo con el que ha mejorado su actitud [*si en el caso concreto se considerase precisa, se deberá solicitar, teniendo en cuenta que también cabe imponer las prohibiciones del artículo 48 por el delito leve hasta un máximo de 6 meses, artículo 57.3 CP*].

Sexta. Responsabilidad civil y costas

No se reclama indemnización ni las costas de la acusación particular, sin perjuicio de la preceptiva condena legal a su pago (art. 123 CP).

Para el acto del juicio oral se proponen los siguientes medios de

PRUEBA

1.º Interrogatorio de la acusada.

2.º Testifical, con examen de los testigos que a continuación se relacionan. Se solicita que sean citados por la oficina judicial, excepto a mis representados, teniéndose por cumplido con lo dispuesto en el artículo 656.2 LECrim, en cuanto a la expresión de sus domicilios o residencias, mediante la indicación de los folios de la causa donde constan sus direcciones.

– Enriqueta, el padre y la madre [*nombre y apellidos*], víctimas, cuyos datos y domicilio constan a los folios..., que esta parte se encarga de hacer comparecer.

– Agentes n.º... de la Policía.../Guardia Civil (folio...), que serán citados en la comisaría/puesto, a través de sus superiores jerárquicos.

3.º Pericial de las lesiones, para el caso de que por la defensa se impugnen los informes forenses de sanidad de fecha..., debiendo citarse a tal efecto al médico forense que los emitió (folios...).

4.º Documentos y elementos de convicción, con lectura expresa de los siguientes folios [*indicar cuáles por su número y contenido. Ejemplo: folios 3-5: atestado; folios 15-16: declaración de Enriqueta; folios 17: testifical del padre; folio 18: testifical de la madre; folio 19: hoja histórico-penal; folio 20: declaración de la investigada; folio 23: informe forense*], salvo que todas las partes den su lectura por reproducida, sin perjuicio de su examen directo por el juzgador (art. 726 LECrim).

En virtud de lo expuesto, **AL JUZGADO SUPLICO**, que tenga por presentado este escrito, en tiempo y forma, y que, tras su traslado a las restantes partes, **dicte auto por el que se decrete la apertura de juicio oral ante el juzgado de lo penal contra la acusada Fortunata [nombre y apellidos], responsable penal de los hechos constitutivos de dos delitos de maltrato puntual agravado en el ámbito familiar y de un delito leve de amenazas en el ámbito familiar por los que se formula acusación.**

OTROSÍ I, que de conformidad con el artículo 783.2 LECrim [*expresar lo que proceda en función de lo actuado hasta ese momento*], se solicita para que se acuerde por el juzgado de instrucción [*ejemplos*]:

Que se ratifiquen las medidas penales de la orden de protección del auto de fecha..., formándose pieza separada si no lo estuviese.

OTROSÍ II, se solicita para que se acuerde por el juzgado de lo penal que se mantengan las medidas cautelares hasta la firmeza de la sentencia condenatoria que dicte (art. 69 LOPIVG). Asimismo, el juzgado de lo penal, al notificar la sentencia condenatoria a la acusada: a) deberá advertirle que será firme y ejecutoria si no se interpone recurso de apelación en los 10 días siguientes a su notificación [*5 días en el enjuiciamiento rápido*]; y b) deberá quedar requerido para que cumpla a partir de la fecha de la sentencia (no recurrida y firme) las penas de prohibición de aproximación y comunicación impuestas, sin perjuicio de ulterior liquidación, si es que no se han extinguido tras el abono de las medidas cautelares adoptadas, con la advertencia de que el incumplimiento de las citadas penas conlleva incurrir en un delito de quebrantamiento de condena (arts. 141, 790.1, 794.1, 801.4 y 988 y 990 LECrim).

Es justicia que pido en... [*lugar y fecha*].

Firma del/a abogado/a, col. n.º... Firma del/a procurador/a, col. n.º...

4. Amenazas o coacciones leves de género

JUZGADO DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER N.º... DE...

Diligencias previas/urgentes n.º...

Procedimiento abreviado n.º... (*Identificar procedimiento por su clase y número*).

AL JUZGADO

D/D.^a... procurador/a de los tribunales (col. n.º...), en nombre y representación de D/D.^a..., con la dirección letrada de D/D.^a... (col. n.º...), como acusación particular acreditada en la causa, ante el juzgado comparezco y, en términos de derecho, **DIGO**

Que mediante el presente escrito, en virtud del traslado conferido, al amparo de los artículos 650, 780.1 y 781.1 LECrim [*en el caso de que se trate de un juicio rápido, el escrito se ajustará a este modelo, teniendo en cuenta que la acusación también puede formularse oralmente, artículo 800.2 y 4 LECrim*], **solicito la apertura de juicio oral ante el juzgado de lo penal y formulo escrito de acusación** contra [*nombre y apellidos del acusado*], con arreglo a las siguientes

CONCLUSIONES PROVISIONALES

Primera. Hechos punibles

El acusado Septimio [*nombre y apellidos*], con DNI... [*si es extranjero, indicar nacionalidad y documento identificativo*], mayor de edad, sin antecedentes penales [*si los tuviese, reflejar en virtud de qué ejecutoria/s*] y en situación de libertad provisional [*o en prisión provisional por esta causa*], sobre las... horas, del día [*fecha*], llegó algo bebido al domicilio que compartía con su pareja sentimental Verónica [*nombre y apellidos*] en la calle... de [*lugar de comisión del delito*], y al decirle ella que cómo llegaba en ese estado cuando habían quedado para salir con unos amigos, Septimio le contestó «vete a la mierda o a follar con quien quieras, pero ya sabes que te mato si te veo con esa gente». Al cabo de un rato, Septimio se fue de casa y, a las...horas, envió un mensaje de voz por WhatsApp a Verónica, repitiéndole «espero que hayas sido buena y te hayas quedado en casa, ya sabes lo que te puede pasar». Verónica se quedó en casa sin salir por temor a las represalias hasta que al día siguiente acudió a comisaría, en lugar de ir al trabajo, para denunciar los hechos.

Segunda. Calificación jurídico-penal

Los hechos anteriormente descritos constituyen un delito de amenazas leves de género con la agravación de cometerse en el domicilio común del artículo 171.4 y 5. II del Código Penal.

Alternativamente constituyen un delito de coacciones leves de género con la agravación de cometerse en el domicilio común del artículo 172.2. III del Código Penal.

Tercera. Participación del acusado

Septimio [*nombre y apellidos*] responde del citado delito en concepto de autor (arts. 27 y 28 CP).

Cuarta. Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal

No concurren.

Quinta. Pena

Procede imponer a Septimio [*nombre y apellidos*] por el delito de amenazas leves objeto de acusación la pena de prisión de un año, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena (art. 56.1.2.º CP); privación del derecho a la tenencia y porte de armas durante tres años; y las penas accesorias de prohibición de aproximarse a menos de 500 metros de Verónica [*nombre y apellidos*], de su domicilio, lugar de trabajo o de cualquier otro lugar que ella frecuente durante tres años (arts. 48.2 y 57.1 y 2 CP); y prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio durante tres años (arts. 48.3 y 57.1 y 2 CP).

Procede imponer idénticas penas en caso de acogerse la calificación alternativa.

Sexta. Responsabilidad civil y costas

Septimio [*nombre y apellidos*] debe indemnizar a mi representada en la cantidad de 300 euros por la inquietud de ánimo sufrida, el desasosiego y la coerción de su libertad causados por la acción de aquel (arts. 109.1, 110.3.º, 113 y 116.1 CP), cantidad que devengará los intereses legales desde la fecha del presente escrito (arts. 1100, 1101 y 1108 CC), intereses que se incrementarán en dos puntos a partir de la fecha de la sentencia de instancia (art. 576.1 LEC).

Septimio [*nombre y apellidos*] debe ser condenado al pago de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular ejercida por esta parte (arts. 123 y 124 CP y 240.2.º LECrim).

Para el acto del juicio oral se proponen los siguientes medios de

PRUEBA

- 1.º Interrogatorio del acusado.
- 2.º Testifical, con examen de la testigo siguiente:

– Verónica [*nombre y apellidos*], víctima, cuyos datos y domicilio constan al folio..., que esta parte se encarga de hacer comparecer.

3.º Reproducción de la grabación de audio, cuyo contenido aparece transcrito en la declaración judicial de Verónica al folio..., obrando la grabación en un CD unido a la causa, tras el folio..., solicitando que se dispongan los medios necesarios a tal efecto.

4.º Documentos y elementos de convicción, con lectura expresa de los siguientes folios [*indicar cuáles por su número y contenido. Ejemplo: folios 3-5: atestado; folios 15-16: declaración de Verónica; folios 17: hoja histórico-penal; folio 18: declaración del investigado*], salvo que todas las partes den su lectura por reproducida, sin perjuicio de su examen directo por el juzgador (art. 726 LECrim).

En virtud de lo expuesto, **AL JUZGADO SUPPLICO**, que tenga por presentado este escrito, en tiempo y forma, y que, tras su traslado a las restantes partes, **dicte auto por el que se decrete la apertura de juicio oral ante el juzgado de lo penal contra el acusado Septimio [*nombre y apellidos*], responsable penal y civil de los hechos constitutivos del delito de amenazas leves de género, o alternativamente por el delito de coacciones leves de género, por el que se formula acusación.**

OTROSÍ I, que de conformidad con el artículo 783.2 LECrim [*expresar lo que proceda en función de lo actuado hasta ese momento*], se solicita para que se acuerde por el juzgado de violencia sobre la mujer [*ejemplos*]:

1. Que se ratifiquen las medidas penales de la orden de protección del auto de fecha..., formándose pieza separada si no lo estuviese.
2. Que se requiera al acusado para que preste fianza para garantizar las responsabilidades pecuniarias por importe de 600 euros, debiendo prestarla inmediatamente y, de no verificarla, deberá procederse en vía de apremio contra sus bienes (arts. 589 y 764 LECrim), formándose pieza separada si no lo estuviese.

OTROSÍ II, que de conformidad con el artículo 25.2.a de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, se solicita para que se acuerde por el juzgado de lo penal [*ejemplos*]:

Que durante el acto del juicio se disponga lo necesario para que mi representada no tenga contacto visual con el acusado.

OTROSÍ III, se solicita para que se acuerde por el juzgado de lo penal que se mantengan las medidas cautelares hasta la firmeza de la sentencia condenatoria que dicte (art. 69 LOPIVG). Asimismo, el juzgado de lo penal, al notificar la sentencia condenatoria al acusado: a) deberá advertirle que será firme y ejecutoria si no se interpone recurso de apelación en los 10 días siguientes a su notificación [*5 días en el enjuiciamiento rápido*]; y b) deberá quedar requerido para que cumpla a partir de la fecha de la sentencia (no recurrida y firme) las penas de prohibición de aproximación y comunicación impuestas, sin perjuicio de ulterior liquidación, si es que no se han extinguido tras el abono de las medidas cautelares adoptadas, con la advertencia de que el incumplimiento de las citadas penas conlleva incurrir en un delito de quebrantamiento de condena (arts. 141, 790.1, 794.1, 801.4 y 988 y 990 LECrim).

Es justicia que pido en... [*lugar y fecha*].

Firma del/a abogado/a, col. n.º... Firma del/a procurador/a, col. n.º...

5. Hostigamiento o acoso persecutorio

JUZGADO DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER N.º... DE...

Diligencias previas n.º...

Procedimiento abreviado n.º... (*Identificar procedimiento por su clase y número*).

AL JUZGADO

D/D.^a... procurador/a de los tribunales (col. n.º...), en nombre y representación de D/D.^a..., con la dirección letrada de D/D.^a... (col. n.º...), como acusación particular acreditada en la causa, ante el juzgado comparezco y, en términos de derecho, **DIGO**

Que mediante el presente escrito, en virtud del traslado conferido, al amparo de los artículos 650, 780.1 y 781.1 LECrim, **solicito la apertura de juicio oral ante el juzgado de lo penal y formulo escrito de acusación** contra [*nombre y apellidos del acusado*], con arreglo a las siguientes

CONCLUSIONES PROVISIONALES

Primera. Hechos punibles

El acusado Ramiro [*nombre y apellidos*], con DNI... [*si es extranjero, indicar nacionalidad y documento identificativo*], mayor de edad, sin antecedentes penales [*si los tuviese, reflejar en virtud de qué ejecutoria/s*] y en situación de libertad provisional [*o en prisión provisional por esta causa*], sobre las... horas, del día [*fecha*], mantuvo una relación de noviazgo durante cinco años con Leticia [*nombre y apellidos*] hasta que la relación terminó hace seis meses aproximadamente.

Ramiro no aceptó la ruptura y, a los dos días de cortar, le pidió a Leticia que se encontrasen para hablar en el bar «Tolo», de la calle..., el día... Leticia accedió y acudió a la cita y, tras dos horas de conversación, Leticia terminó diciéndole a Ramiro que la relación estaba muerta, que no lo quería, que había accedido a quedar con él por los años que habían estado juntos, que no se equivocase, que era el fin, que hiciese su vida y que no tratase de verla otra vez porque no acudiría. Al despedirse, Ramiro le dijo «ya verás cómo volvemos a estar juntos, Leti». Leticia le contestó, «ni de coña» y se metió en la boca de metro.

Esa misma noche, Leticia recibió varios whatsapps de Ramiro en los que le deseaba felices sueños y le decía que la querría por siempre. Al día siguiente, le envió otros diciéndole «buenos días, amor mío», todos ellos acompañados de emoticonos de corazones y así sucesivamente a diario, comenzando a obsesionarse con Leticia, abordándola en cualquier lugar, vigilándola e intentando contactar con ella por todos los medios posibles y en múltiples ocasiones, hasta que Leticia se decidió a denunciar, en fecha..., la situación insoportable que estaba padeciendo, con menoscabo de su tranquilidad, y se adoptó una medida cautelar, en fecha..., prohibiendo a Ramiro aproximarse y comunicarse con ella.

La persecución de que fue objeto por parte de Ramiro alteró la vida cotidiana de Leticia gravemente, quien se vio obligada a cambiar de domicilio, centro de trabajo, número de teléfono, cuenta de correo electrónico y de perfiles sociales.

Los episodios de hostigamiento al que fue sometida Leticia durante estos seis meses son incontables, pudiendo destacarse los siguientes:

- 1) Los mensajes de wasaps de buenos días y buenas noches desde el día... hasta el día..., en que bloqueó el número de Ramiro.
- 2) Mensajes de audio, enviados por wasaps, de los días..., en los que Ramiro le canta «*Still loving you*» de Scorpions, hasta el día..., en que bloqueó el número de Ramiro.

3) 25 correos electrónicos, entre los días...y..., en que Leticia cerró su cuenta de correo, en los que de diversas maneras (victimizándose, con poesías, imágenes) le solicita volver.

4) Llamada de Ramiro a la madre de Leticia del día... para que ésta hablase con ella y la convenciese para volver.

5) Presencia de Ramiro en el portal del domicilio de Leticia los días..., hasta que el hermano de Leticia le dijo a Ramiro que no se le ocurriese volver.

6) Presencia de Ramiro en la puerta del centro de trabajo de Leticia los días..., hasta que Leticia cambió de centro de trabajo.

7) Presencia de Ramiro en los lugares frecuentados por Leticia y sus amigos los días..., dirigiéndose a ella, mirándola a distancia y pidiéndole a los amigos comunes que intercediesen por él.

Segunda. Calificación jurídico-penal

Los hechos anteriormente descritos constituyen un delito de hostigamiento o acoso persecutorio de género del artículo 172 ter.1.1.^a a 4.^a y 2 del Código Penal.

Tercera. Participación del acusado

Ramiro [*nombre y apellidos*] responde del citado delito en concepto de autor (arts. 27 y 28 CP).

Cuarta. Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal

No concurren.

Quinta. Pena

Procede imponer a Ramiro [*nombre y apellidos*] por el delito de acoso persecutorio objeto de acusación la pena de prisión de un año y seis meses, con las accesorias de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena (art. 56.1.2.º CP); de prohibición de aproximarse a menos de 500 metros de Leticia [*nombre y apellidos*], de su domicilio, lugar de trabajo o de cualquier otro lugar que ella frecuente durante cuatro años (arts. 48.2 y 57.1 y 2 CP); y prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio durante cuatro años (arts. 48.3 y 57.1 y 2 CP).

Sexta. Responsabilidad civil y costas

Ramiro [*nombre y apellidos*] debe indemnizar a mi representada en la cantidad de 10.000 euros por el continuo hostigamiento al que fue sometida durante seis meses, con grave quebranto de su tranquilidad y desarrollo vital, desglosándose tal cantidad en (arts. 109.1, 110.3.º, 113 y 116.1 CP):

- 4.000 euros, por resolución anticipada del contrato de arrendamiento.
- 2.000 euros, por pérdida de la productividad que ganaba en un año en el centro de trabajo anterior al cambio.
- 4.000 por daño moral, pues durante seis meses la vida de Leticia se ha visto contaminada por Ramiro, quedando expuesta su intimidad a su familia, a compañeros de trabajo y amigos.

La cantidad reclamada devengará los intereses legales desde la fecha del presente escrito (arts. 1100, 1101 y 1108 CC), intereses que se incrementarán en dos puntos a partir de la fecha de la sentencia de instancia (art. 576.1 LEC). Ramiro [*nombre y apellidos*] debe ser condenado al pago de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular ejercida por esta parte (arts. 123 y 124 CP y 240.2.º LECrim).

Para el acto del juicio oral se proponen los siguientes medios de

PRUEBA

- 1.º Interrogatorio del acusado.
- 2.º Testifical, con examen de los testigos que a continuación se relacionan. Se solicita que sean citados por la oficina judicial, excepto a mi representada y su familia, teniéndose por cumplido con lo dispuesto en el artículo 656.2 LECrim, en cuanto a la expresión de sus domicilios o residencias, mediante la indicación de los folios de la causa donde constan sus direcciones.

- Leticia, la madre y el hermano de Leticia [*nombre y apellidos*], cuyos datos y domicilio constan a los folios..., que esta parte se encarga de hacer comparecer.
- Gerardo [*nombre y apellidos*], jefe del centro de trabajo de Leticia, cuyos datos y domicilio, a efectos de citación, son los siguientes...
- Maricarmen [*nombre y apellidos*], amiga de Leticia, cuyos datos y domicilio constan a los folios...
- Paco [*nombre y apellidos*], amigo de Leticia, cuyos datos y domicilio constan a los folios...

3.º Reproducción de la grabación de los audios, cuyo contenido aparece transcrito y cotejado a los folios..., obrando las grabaciones en un CD unido a la causa, tras el folio..., solicitando que se dispongan los medios necesarios a tal efecto.

4.º Documentos y elementos de convicción, con lectura expresa de los siguientes folios [*indicar cuáles por su número y contenido. Ejemplo: folios 3-5: atestado; folios 15-16: declaración de Leticia; folios 17: hoja histórico-penal; folio 18: declaración del investigado; folios 19 a 55: transcripción de mensajes y audios cotejados; folio 56: declaración de la madre; folio 57: declaración del hermano; folio 58-59: declaración de Maricarmen; folio 60: declaración de Paco*], salvo que todas las partes den su lectura por reproducida, sin perjuicio de su examen directo por el juzgador (art. 726 LECrim).

5.º Más documental, que se acompaña con este escrito, consistente en: a) nuevo contrato de arrendamiento y justificación del pago de 4000 euros por resolución anticipada del anterior (doc. 1); b) certificación de la empresa en la que se indica que en el nuevo centro de trabajo no se abona productividad, junto con la nómina actual y la última del anterior centro de trabajo (doc. 2).

En virtud de lo expuesto, **AL JUZGADO SUPlico**, que tenga por presentado este escrito, en tiempo y forma, y que, tras su traslado a las restantes partes, **dicte auto por el que se decrete la apertura de juicio oral ante el juzgado de lo penal contra el acusado Ramiro [nombre y apellidos], responsable penal y civil de los hechos constitutivos del delito de acoso persecutorio de género por el que se formula acusación.**

OTROSÍ I, que de conformidad con el artículo 783.2 LECrim [*expresar lo que proceda en función de lo actuado hasta ese momento*], se solicita para que se acuerde por el juzgado de violencia sobre la mujer [*ejemplos*]:

1. Que se ratifiquen las medidas penales de la orden de protección del auto de fecha..., formándose pieza separada si no lo estuviese.
2. Que se requiera al acusado para que preste fianza para garantizar las responsabilidades pecuniarias por importe de 13.000 euros, debiendo prestarla inmediatamente y, de no verificarla, deberá procederse en vía de apremio contra sus bienes (arts. 589 y 764 LECrim), formándose pieza separada si no lo estuviese.

OTROSÍ II, que de conformidad con el artículo 25.2.a de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, se solicita para que se acuerde por el juzgado de lo penal [*ejemplos*]:

Que durante el acto del juicio se disponga lo necesario para que mi representada no tenga contacto visual con el acusado.

OTROSÍ III, se solicita para que se acuerde por el juzgado de lo penal que se mantengan las medidas cautelares hasta la firmeza de la sentencia condenatoria que dicte (art. 69 LOPIVG). Asimismo, el juzgado de lo penal, al notificar la sentencia condenatoria al acusado: a) deberá advertirle que será firme y ejecutoria si no se interpone recurso de apelación en los 10 días siguientes a su notificación [*5 días en el enjuiciamiento rápido*]; y b) deberá quedar requerido para que cumpla a partir de la fecha de la sentencia (no recurrida y firme) las penas de prohibición de aproximación y comunicación impuestas, sin perjuicio de ulterior liquidación, si es que no se han extinguido tras el abono de las medidas cautelares adoptadas, con la advertencia de que el incumplimiento de las citadas penas conlleva incurrir en un delito de quebrantamiento de condena (arts. 141, 790.1, 794.1, 801.4 y 988 y 990 LECrim).

Es justicia que pido en... [*lugar y fecha*].

Firma del/a abogado/a, col. n.º... Firma del/a procurador/a, col. n.º...

6. Maltrato habitual

JUZGADO DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER N.º... DE...

Diligencias previas n.º...

Procedimiento abreviado n.º... (*Identificar procedimiento por su clase y número*).

AL JUZGADO

D/D.^a... procurador/a de los tribunales (col. n.º...), en nombre y representación de D/D.^a..., con la dirección letrada de D/D.^a... (col. n.º...), como acusación particular acreditada en la causa, ante el juzgado comparezco y, en términos de derecho, **DIGO**

Que mediante el presente escrito, en virtud del traslado conferido, al amparo de los artículos 650, 780.1 y 781.1 LECrim, **solicito la apertura de juicio oral ante el juzgado de lo penal y formulo escrito de acusación** contra [*nombre y apellidos del acusado*], con arreglo a las siguientes

CONCLUSIONES PROVISIONALES

Primera. Hechos punibles

El acusado Alejandro [*nombre y apellidos*], con DNI... [*si es extranjero, indicar nacionalidad y documento identificativo*], mayor de edad, sin antece-

dentes penales [*si los tuviese, reflejar en virtud de qué ejecutoria/s*] y en situación de libertad provisional [*o en prisión provisional por esta causa*], trabajador de alta dirección en una multinacional, se casó con Fabiola [*nombre y apellidos*], en fecha..., con la que llevaba saliendo tres años y a quien había conocido en reuniones de trabajo. Fabiola tenía la misma profesión y formación que Alejandro, recibiendo igualmente una alta remuneración; era una mujer extravertida, tenía todo tipo de amistades, las cultivaba y disfrutaba de su ocio.

Alejandro, durante el noviazgo, siempre se había mostrado muy controlador de Fabiola, de sus amistades, relaciones y hasta de la ropa que se ponía. Los amigos y familiares de Fabiola le advertían de que la actitud de Alejandro hacia ella no resultaba normal, pero ésta le restaba importancia. Cuando tuvieron a su primer hijo en fecha..., Fabiola dejó el trabajo para cuidar del niño. Al cumplir éste dos años, trató de reincorporarse al mercado laboral, pero Alejandro se lo impidió, recriminándole continuamente que estaba siendo una mala madre, que no tenía que volver a trabajar, que él se encargaba de traer el dinero y que debía consagrarse al cuidado de la casa y de sus hijos, porque iban a tener más, como así sucedió, que tuvieron una niña a los seis años del primero.

Alejandro llevaba las cuentas de la casa y consideraba que Fabiola solo estaba para ocuparse de los hijos y de la limpieza del hogar. Como Fabiola no trabajaba y no disponía de dinero ni de crédito ni de acceso a cuenta alguna con saldo, tras agotar el paro y sus ahorros a los dos años de casarse, para realizar la más mínima compra, tenía que pedir el dinero a su marido y rendirle cuenta posterior de lo adquirido. Si quería ir a tomar café con alguna amiga, le tenía que pedir dinero, recibiendo cantidades mínimas (dos o tres euros), que Fabiola le tenía que regatear. Si pretendía ir a visitar a sus padres, Alejandro solo le daba el dinero justo del transporte. Si le sugería que invitasen a alguna pareja o familiar a cenar, Alejandro se negaba y, tras comenzar a reprocharle que era una manirrota, estallaba en cólera, insultando y rompiendo toda clase de objetos domésticos, incluida la televisión, por lo que tuvieron que adquirir una nueva el día... Episodios de esta naturaleza se sucedían dos o tres veces al mes, aunque los insultos eran continuos. Nunca la llamaba por su nombre, sino con un insulto (gilipollas, idiota) o con el mote despectivo «la Fabada».

Si se enteraba de que Fabiola había quedado con su amiga de toda la vida o con su madre o su hermano, Alejandro se enfadaba y le decía, en el domicilio y delante de sus hijos «eso dices tú, a saber con quién has estado, que mientes más que las putas», comenzando a gritar, a romper objetos, a dar golpes contra la pared o a zarandearla agarrándola de los brazos. Así sucedió, por ejemplo, hace dos años, en que quedó con su amiga de toda la vida en el puente de la Constitución, y cada Navidad, cuando se veía con su familia.

La costumbre de Alejandro de supervisar la ropa de Fabiola se extendió a los productos de belleza. Alejandro consideraba que Fabiola no necesitaba ropa nueva ni tampoco ninguno de «esos potingues para parecer una puta», por lo que no le daba ningún dinero. Si se vestía con algo de color alegre o se le ocurría mirar un biquini, Alejandro explotaba y la llamaba «puta», no importándole que sus hijos estuviesen presente, comenzando de nuevo los episodios de gritos, zarandeos y, a veces, llantos de los menores y de ella misma.

Cuando Fabiola, sin que Alejandro se enterase, lograba poder ver a su amiga de toda la vida, a su madre o a su hermano, les contaba lo que le pasaba y éstos le decían que así no podía seguir, que tenía muy mal aspecto y que estaba sufriendo mucho. Ella les explicaba que cada vez que se atrevía a plantearle a Alejandro que tal vez sería bueno separarse, lo que había hecho hasta en cuatro ocasiones, éste se enfurecía y la sacudía, llegando incluso a abofetearla. Con la vida que llevaba, a Fabiola se le acabaron las ganas de quedar con nadie y se aisló, entrando en un cuadro depresivo.

Los hijos menores tenían miedo de su padre, sobre todo por lo que le pudiese pasar a su madre, porque cuando le desobedecían, Alejandro terminaba reprochando a Fabiola la mala educación que –según él– les estaba dando, la insultaba y la zarandeaba.

Después de diez años de matrimonio, Fabiola se convirtió en una mujer deprimida, arruinada y dependiente económicamente y sin contacto apenas con ningún amigo o familiar, viviendo humillada, anulada y atemorizada.

La pasada Nochebuena, Alejandro llegó a casa de madrugada. Fabiola, que siempre atendía a su marido en cualquier circunstancia, le preguntó si había cenado. Alejandro le contestó «ya he cenado fuera, puta amargada, que no vales para nada», y acto seguido le pegó un puñetazo en el ojo derecho, yéndose ambos a dormir en la misma cama, oyendo los menores los insultos y gritos.

Al día siguiente, tras dejar a los niños en el colegio, Fabiola acudió al médico para que le examinase la hinchazón del ojo. El médico le preguntó sobre el origen del moratón y Fabiola le explicó que se había caído por las escaleras. El médico, no convencido, siguió indagando hasta que al final Fabiola le contó lo sucedido con su marido y la vida que llevaba. Debido al nerviosismo y miedo que presentaba Fabiola por haber contado la verdad, el médico dio aviso a la policía, acudiendo dos agentes, quienes, tras entrevistarse con Fabiola, procedieron a buscar y detener a Alejandro.

Puesto Alejandro a disposición judicial, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer dictó orden de protección en la misma fecha, adoptando medidas cautelares de prohibición de aproximación y comunicación de Alejandro respecto de Fabiola y sus hijos, mientras durase la tramitación de la causa hasta resolución firme que le pusiera fin.

Como consecuencia del puñetazo, Fabiola sufrió lesiones consistentes en hematoma en ojo derecho, lesiones que precisaron para su curación de una primera asistencia facultativa, tardando en curar 3 días que le causaron un perjuicio personal básico. Fabiola presenta un trastorno ansioso depresivo como consecuencia de la situación vivida en su matrimonio, recibiendo tratamiento médico consistente en psicoterapia y ansiolíticos, restándole como secuela trastorno depresivo reactivo moderado, valorada en 12 puntos.

Segunda. Calificación jurídico-penal

Los hechos anteriormente descritos constituyen:

1. Un delito maltrato habitual con la agravación de cometerse en el domicilio común del artículo 173.2. II del Código Penal.
2. Un delito de maltrato puntual de género con la agravación de cometerse en presencia de menores del artículo 153.1 y 3 del Código Penal.

Tercera. Participación del acusado

Alejandro [*nombre y apellidos*] responde del citado delito en concepto de autor (arts. 27 y 28 CP).

Cuarta. Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal

Concurre en los dos delitos la circunstancia agravante de discriminación por razón género del artículo 22.4.^a del Código Penal, determinante de la imposición de la pena en su mitad superior (art. 66.1.3.^a CP), agravante que no es inherente al delito de maltrato habitual ni tampoco al de maltrato puntual, y que resulta aplicable a la situación de dominio ejercida por Alejandro sobre Fabiola que evidencia una grave y arraigada desigualdad perpetuadora de los roles asignados tradicionalmente a los hombres y las mujeres, conformados sobre el dominio y la superioridad de aquellos y la supeditación de estas (SSTS 420/2018, de 25 de septiembre, 565/2018, de 19 de diciembre, 99/2019, de 26 de febrero y 444/2020, de 14 de septiembre).

Quinta. Pena

Procede imponer a Alejandro [*nombre y apellidos*] por los delitos objeto de acusación las penas siguientes:

1. Por el primero, la pena de prisión de tres años, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la con-

dena (art. 56.1.2.º CP); la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas durante cinco años; la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad durante cinco años; y las penas accesorias de prohibición de aproximarse a menos de 500 metros de Fabiola [*nombre y apellidos*], de su domicilio, lugar de trabajo o de cualquier otro lugar que ella frecuente por un tiempo superior en cinco años a la pena de prisión impuesta en sentencia (arts. 48.2 y 57.1 y 2 CP); y prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio por un tiempo superior en cinco años a la pena de prisión impuesta en sentencia (arts. 48.3 y 57.1 y 2 CP).

Y para su cumplimiento posterior a la pena de prisión, las medidas de libertad vigilada consistentes en: a) prohibición al acusado de aproximarse a menos de 500 metros de Fabiola [*nombre y apellidos*], de su domicilio, lugar de trabajo o de cualquier otro lugar que ella frecuente y de comunicar con ella durante cinco años (arts. 105.1.a, 106.1.e y f y 2 y 173.2. III CP); b) establecer para el acusado la obligación de participar periódicamente en programas formativos de igualdad de trato y no discriminación mientras duren las prohibiciones anteriores (arts. 105.1.a, 106.1.j y 2 y 173.2. III CP).

2. Por el segundo, la pena de prisión de un año, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena (art. 56.1.2.º CP); la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas durante tres años; la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad durante tres años; y las penas accesorias de prohibición de aproximarse a menos de 500 metros de Fabiola [*nombre y apellidos*]. . . . de su domicilio, lugar de trabajo o de cualquier otro lugar que ella frecuente por un tiempo superior en cinco años a la pena de prisión impuesta en sentencia (arts. 48.2 y 57.1 y 2 CP); y prohibición de comunicarse con ella por un tiempo superior en cinco años a la pena de prisión impuesta en sentencia (arts. 48.3 y 57.1 y 2 CP).

Y para su cumplimiento posterior a la pena de prisión, las medidas de libertad vigilada consistentes en: a) prohibición al acusado de aproximarse a menos de 500 metros de Fabiola [*nombre y apellidos*], de su domicilio, lugar de trabajo o de cualquier otro lugar que ella frecuente y de comunicar con ella durante cinco años (arts. 105.1.a, 106.1.e y f y 2 y 156 ter CP); b) establecer para el acusado la obligación de participar periódicamente en programas formativos de igualdad de trato y no discriminación mientras duren las prohibiciones anteriores (arts. 105.1.a, 106.1.j y 2 y 156 ter CP).

Sexta. Responsabilidad civil y costas

Alejandro [*nombre y apellidos*] debe indemnizar a mi representada en la cantidad de 30.000 euros por el maltrato y las humillaciones continuas ejecutadas durante años sobre mi representada, que le han supuesto un grave quebranto de su vida personal y laboral y de su salud física y mental, desglosándose tal cantidad en (arts. 109.1, 110.3.º, 113 y 116.1 CP):

- 250 euros, por los tres días de perjuicio personal básico.
- 29.750 euros por la secuela de trastorno depresivo reactivo moderado, valorada en 12 puntos, que resultan de aplicar análogamente el sistema para la valoración

de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación del título IV del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (arts. 32 y ss.), y los importes que figuran en el anexo, corregido al alza en un 30% aproximadamente (STS 423/2020, de 23 de julio).

La cantidad es más que proporcionada, pues según el último baremo de 2 de febrero de 2021 (BOE n.º 43, Sec. III, de 19 de febrero de 2021), y dada la edad de mi representada (40 años), por 12 puntos de secuela, le corresponderían 12.664,11 euros. Por otra parte, el importe mínimo por perjuicio moral moderado por pérdida de calidad de vida es de 10.535,48 euros, definiéndose en el artículo 108.4 del texto refundido, el perjuicio moral moderado por pérdida de calidad de vida como «aquel en el que el lesionado pierde la posibilidad de llevar a cabo una parte relevante de sus actividades específicas de desarrollo personal. El perjuicio moral por la pérdida de la actividad laboral o profesional que se venía ejerciendo también se considera perjuicio moderado», lo que resulta plenamente aplicable a mi representada.

La cantidad reclamada devengará los intereses legales desde la fecha del presente escrito (arts. 1100, 1101 y 1108 CC), intereses que se incrementarán en dos puntos a partir de la fecha de la sentencia de instancia (art. 576.1 LEC).

Alejandro [*nombre y apellidos*] debe ser condenado al pago de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular ejercida por esta parte (arts. 123 y 124 CP y 240.2.º LECrim).

Para el acto del juicio oral se proponen los siguientes medios de

PRUEBA

1.º Interrogatorio del acusado.

2.º Testifical, con examen de los testigos que a continuación se relacionan. Se solicita que sean citados por la oficina judicial, excepto a mi representada y su familia, teniéndose por cumplido con lo dispuesto en el artículo 656.2 LECrim, en cuanto a la expresión de sus domicilios o residencias, mediante la indicación de los folios de la causa donde constan sus direcciones.

– Fabiola, la madre y el hermano de Fabiola [*nombre y apellidos*], cuyos datos y domicilio constan a los folios..., que esta parte se encarga de hacer comparecer.

– Gema [*nombre y apellidos*], amiga de toda la vida de Fabiola, cuyos datos y domicilio constan a los folios...

– Góngora [*nombre y apellidos*], amigo de Fabiola, cuyos datos y domicilio constan a los folios...

– Petra [*nombre y apellidos*], amiga de Fabiola, cuyos datos y domicilio constan a los folios...

– Feliciano [*nombre y apellidos*], médico de familia del Centro de Salud que atendió a Fabiola el día, que deberá ser citado en el Centro de Salud, cuyos datos y domicilio constan a los folios...

– Agentes n.º... de la Policía.../Guardia Civil (folio...), que serán citados en la comisaría/puesto, a través de sus superiores jerárquicos.

3.º Reproducción de la testifical preconstituida de los hijos menores, sin que resulte procedente en ningún caso su declaración personal al haberse verificado con los requisitos de los artículos 449 bis y ter LECrim (art. 703 bis y 730.2 LECrim).

4.º Pericial de las secuelas que se hacen constar en el informe forense de sanidad de fecha..., debiendo citarse a tal efecto a la médica forense que lo emitió (folios...).

5.º Pericial psicológica obrante en el informe de fecha..., debiendo citarse a tal efecto a la psicóloga que lo emitió (folios...).

6.º Documentos y elementos de convicción, con lectura expresa de los siguientes folios [*indicar cuáles por su número y contenido. Ejemplo: folios 3-5: atestado; folios 15-16: declaración de Fabiola; folios 17: hoja histórico-penal; folio 18: declaración del investigado; folio 25: declaración de la madre; folio 26: declaración del hermano; folio 27: declaración de Gema; folio 28: declaración de Góngora; folio 27: declaración de Petra; folios 30-33: informe forense; folios 40-45: informe psicológico*], salvo que todas las partes den su lectura por reproducida, sin perjuicio de su examen directo por el juzgador (art. 726 LECrim).

7.º Más documental, que se acompaña con este escrito, consistente en: a) titulación, última declaración de la renta y nóminas de mi representada anteriores al matrimonio (doc. 1); b) factura de adquisición de una nueva televisión (doc. 2).

En virtud de lo expuesto, **AL JUZGADO SUPlico**, que tenga por presentado este escrito, en tiempo y forma, y que, tras su traslado a las restantes partes, **dicte auto por el que se decrete la apertura de juicio oral ante el juzgado de lo penal contra el acusado Alejandro [*nombre y apellidos*], responsable penal y civil de los hechos constitutivos de los delitos de maltrato habitual y maltrato puntual de género por los que se formula acusación.**

OTROSÍ I, que de conformidad con el artículo 783.2 LECrim [*expresar lo que proceda en función de lo actuado hasta ese momento*], se solicita para que se acuerde por el juzgado de violencia sobre la mujer [*ejemplos*]:

1. Que se ratifiquen las medidas penales de la orden de protección del auto de fecha..., formándose pieza separada si no lo estuviese.

2. Que se requiera al acusado para que preste fianza para garantizar las responsabilidades pecuniarias por importe de 40.000 euros, debiendo prestarla inmediatamente y, de no verificarla, deberá procederse en vía de apremio contra sus bienes (arts. 589 y 764 LECrim), formándose pieza separada si no lo estuviese.

OTROSÍ II, que de conformidad con los artículos 680.1, 707 y 25.2.a de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, se solicita para que se acuerde por el juzgado de lo penal [*ejemplos*]:

1. Que durante el acto del juicio se disponga lo necesario para que ni mi representada ni sus hijos tengan contacto visual con el acusado.

2. Que la declaración de los menores tenga lugar a puerta cerrada, incluso si se limita a la reproducción de la grabación de la preconstituida.

OTROSÍ III, se solicita para que se acuerde por el juzgado de lo penal que se mantengan las medidas cautelares hasta la firmeza de la sentencia condenatoria que dicte (art. 69 LOPIVG). Asimismo, el juzgado de lo penal, al notificar la sentencia condenatoria al acusado: a) deberá advertirle que será firme y ejecutoria si no se interpone recurso de apelación en los 10 días siguientes a su notificación [*5 días en el enjuiciamiento rápido*]; y b) deberá quedar requerido para que cumpla a partir de la fecha de la sentencia (no recurrida y firme) las penas de prohibición de aproximación y comunicación impuestas, sin perjuicio de ulterior liquidación, si es que no se han extinguido tras el abono de las medidas cautelares adoptadas, con la advertencia de que el incumplimiento de las citadas penas conlleva incurrir en un delito de quebrantamiento de condena (arts. 141, 790.1, 794.1, 801.4 y 988 y 990 LECrim).

Es justicia que pido en... [*lugar y fecha*].

Firma del/a abogado/a, col. n.º... Firma del/a procurador/a, col. n.º...

7. Difusión no autorizada de imágenes o grabaciones íntimas (*sexting*)

JUZGADO DE INSTRUCCIÓN N.º... DE...

Diligencias previas/urgentes n.º...

Procedimiento abreviado n.º... (*Identificar procedimiento por su clase y número*).

AL JUZGADO

D/D.^a... procurador/a de los tribunales (col. n.º...), en nombre y representación de D/D.^a..., con la dirección letrada de D/D.^a... (col. n.º...), como

acusación particular acreditada en la causa, ante el juzgado comparezco y, en términos de derecho, **DIGO**

Que mediante el presente escrito, en virtud del traslado conferido, al amparo de los artículos 650, 780.1 y 781.1 LECrim [*en el caso de que se trate de un juicio rápido, el escrito se ajustará a este modelo, teniendo en cuenta que la acusación también puede formularse oralmente, artículo 800.2 y 4 LECrim*], **solicito la apertura de juicio oral ante el juzgado de lo penal y formulo escrito de acusación** contra [*nombre y apellidos del acusado/a*], con arreglo a las siguientes

CONCLUSIONES PROVISIONALES

Primera. Hechos punibles

El acusado David [*nombre y apellidos*], con DNI... [*si es extranjero/a, indicar nacionalidad y documento identificativo*], mayor de edad, sin antecedentes penales [*si los tuviese, reflejar en virtud de qué ejecutoria/s*] y en situación de libertad provisional [*o en prisión provisional por esta causa*], mantuvo varios encuentros sexuales con Ángel [*nombre y apellidos*], entre los meses de... En fecha..., Ángel le envió un whatsapp a David para su propio consumo, que contenía una grabación de vídeo en la que Ángel posaba desnudo y se masturbaba.

Terminados los encuentros, David, entre los días... y..., sabiendo que no tenía el consentimiento de Ángel y que le causaría mucho daño haciendo pública su intimidad, difundió el vídeo entre varios contactos y amigos que tenían en común, siendo Ángel reconocible en la grabación. Varios de los contactos, entre ellos familiares, amigos y compañeros de trabajo, llamaron a Ángel para decirle que les había llegado un vídeo, remitido por David, en el que aparecía posando desnudo y masturbándose.

A causa de la noticia, Ángel sufrió lesiones consistentes en ataque de ansiedad, que no precisaron tratamiento médico para curación, tardando en curar 7 días de perjuicio personal particular moderado.

Segunda. Calificación jurídico-penal

Los hechos anteriormente descritos constituyen un delito contra la intimidad en la modalidad de difusión no autorizada de imágenes íntimas del artículo 197.7 del Código Penal (STS 70/2020, de 14 de febrero).

Tercera. Participación del acusado

David [*nombre y apellidos*] responde del citado delito en concepto de autor (arts. 27 y 28 CP).

Cuarta. Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal

No concurren.

Quinta. Pena

Procede imponer a David [*nombre y apellidos*] por el delito contra la intimidad objeto de acusación la pena de prisión de siete meses, con las accesorias de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena (art. 56.1.2.º CP); de prohibición de aproximarse a menos de 500 metros de Ángel [*nombre y apellidos*], de su domicilio, lugar de trabajo o de cualquier otro lugar que él frecuente durante dos años (arts. 48.2 y 57.1 y 2 CP); y prohibición de comunicarse con él por cualquier medio durante dos años (arts. 48.3 y 57.1 y 2 CP).

Sexta. Responsabilidad civil y costas

David [*nombre y apellidos*] debe indemnizar a mi representado en la cantidad de 3000 euros por la grave intromisión en su privacidad derivada del hecho de que difundiese de forma indiscriminada, abusando de su confianza, un vídeo especialmente íntimo, afectante a su imagen pública, que le generó un estado de ansiedad que motivó su baja laboral durante 7 días, ansiedad que todavía persiste (arts. 109.1, 110.3.º, 113 y 116.1 CP), cantidad que devengará los intereses legales desde la fecha del presente escrito (arts. 1100, 1101 y 1108 CC), intereses que se incrementarán en dos puntos a partir de la fecha de la sentencia de instancia (art. 576.1 LEC).

David [*nombre y apellidos*] debe ser condenado al pago de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular ejercida por esta parte (arts. 123 y 124 CP y 240.2.º LECrim).

Para el acto del juicio oral se proponen los siguientes medios de**PRUEBA**

- 1.º Interrogatorio del acusado.
- 2.º Testifical, con examen de los testigos que a continuación se relacionan. Se solicita que sean citados por la oficina judicial, excepto a mi represen-

tado y su primo, teniéndose por cumplido con lo dispuesto en el artículo 656.2 LECrim, en cuanto a la expresión de sus domicilios o residencias, mediante la indicación de los folios de la causa donde constan sus direcciones.

- Ángel [*nombre y apellidos*], víctima, cuyos datos y domicilio constan al folio..., que esta parte se encargará de hacer comparecer.
- José Luis [*nombre y apellidos*], primo de Ángel cuyos datos y domicilio constan al folio..., que esta parte se encarga de hacer comparecer.
- María, compañera de trabajo que recibió el vídeo, cuyos datos y domicilio constan al folio...
- Raquel, compañera de trabajo que recibió el vídeo, cuyos datos y domicilio constan al folio...
- Ángeles, amiga que recibió el vídeo, cuyos datos y domicilio constan al folio...

3.º Pericial de las lesiones, para el caso de que por la defensa se impugne el informe forense de sanidad de fecha..., debiendo citarse a tal efecto al médico forense que lo emitió (folios...).

4.º Reproducción de la grabación de vídeo, que obra en el CD unido a la causa, tras el folio..., solicitando que se dispongan los medios necesarios a tal efecto.

5.º Documentos y elementos de convicción, con lectura expresa de los siguientes folios [*indicar cuáles por su número y contenido. Ejemplo: folios 3-5: atestado; folios 15-16: declaración de Ángel; folios 17: hoja histórico-penal; folio 18: declaración del investigado; folio 19 y 20: declaración de María y Raquel; folio 21: declaración de Ángeles; folio 22: informe forense*], salvo que todas las partes den su lectura por reproducida, sin perjuicio de su examen directo por el juzgador (art. 726 LECrim).

En virtud de lo expuesto, **AL JUZGADO SUPPLICO**, que tenga por presentado este escrito, en tiempo y forma, y que, tras su traslado a las restantes partes, **dicte auto por el que se decrete la apertura de juicio oral ante el juzgado de lo penal contra el acusado David [*nombre y apellidos*], responsable penal y civil de los hechos constitutivos del delito contra la intimidad objeto de acusación por el que se formula acusación.**

OTROSÍ I, que de conformidad con el artículo 783.2 LECrim [*expresar lo que proceda en función de lo actuado hasta ese momento*], se solicita para que se acuerde por el juzgado de violencia sobre la mujer [*ejemplos*]:

Que se requiera al acusado para que preste fianza para garantizar las responsabilidades pecuniarias por importe de 4000 euros, debiendo prestarla inme-

diatamente y, de no verificarla, deberá procederse en vía de apremio contra sus bienes (arts. 589 y 764 LECrim), formándose pieza separada si no lo estuviese.

OTROSÍ II, que de conformidad con el artículo 681.1 LECrim, se solicita para que se acuerde por el juzgado de lo penal [*ejemplos*]:

Que el visionado de la grabación se realice a puerta cerrada.

OTROSÍ III, el juzgado de lo penal, al notificar la sentencia condenatoria al acusado: a) deberá advertirle de que será firme y ejecutoria si no se interpone recurso de apelación en los 10 días siguientes a su notificación [*5 días en el enjuiciamiento rápido*]; y b) deberá quedar requerido para que cumpla a partir de la fecha de la sentencia (no recurrida y firme) las penas de prohibición de aproximación y comunicación impuestas, sin perjuicio de ulterior liquidación, si es que no se han extinguido tras el abono de las medidas cautelares adoptadas, con la advertencia de que el incumplimiento de las citadas penas conlleva incurrir en un delito de quebrantamiento de condena (arts. 141, 790.1, 794.1, 801.4 y 988 y 990 LECrim).

Es justicia que pido en... [*lugar y fecha*].

Firma del/a abogado/a, col. n.º... Firma del/a procurador/a, col. n.º...

8. Quebrantamiento de condena por incumplimiento de prohibiciones

JUZGADO DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER N.º... DE...

Diligencias previas/urgentes n.º...

Procedimiento abreviado n.º... (*Identificar procedimiento por su clase y número*).

AL JUZGADO

D/D.^a... procurador/a de los tribunales (col. n.º...), en nombre y representación de D/D.^a..., con la dirección letrada de D/D.^a... (col. n.º...), como acusación particular acreditada en la causa, ante el juzgado comparezco y, en términos de derecho, **DIGO**

Que mediante el presente escrito, en virtud del traslado conferido, al amparo de los artículos 650, 780.1 y 781.1 LECrim [*en el caso de que se trate de un juicio rápido, el escrito se ajustará a este modelo, teniendo en cuenta que la acusación también puede formularse oralmente, artículo 800.2 y 4 LECrim*], **solicito la apertura de juicio oral ante el juzgado de lo penal y**

formulo escrito de acusación contra [*nombre y apellidos del acusado*], con arreglo a las siguientes

CONCLUSIONES PROVISIONALES

Primera. Hechos punibles

El acusado Arsenio [*nombre y apellidos*], con DNI... [*si es extranjero, indicar nacionalidad y documento identificativo*], mayor de edad, con los antecedentes penales que se dirán a continuación [*o sin antecedentes penales*], y en situación de prisión provisional por esta causa desde el día... [*o en libertad provisional por esta causa*], sobre las... horas del día..., sabiendo que tenía prohibido aproximarse a menos de 500 metros de la persona de su exmujer Malena [*nombre y apellidos*], domicilio, lugar de trabajo o de cualquier otro que ella frecuentase o comunicarse con ella por cualquier medio durante de tres años, en virtud de Sentencia firme del Juzgado de lo Penal n.º... de... de fecha..., por delito de maltrato puntual de género, en la que se le condenó también a una pena de prisión de 10 meses, suspendida con la condición de no delinquir y tener que observar las mencionadas prohibiciones durante dos años y acudir a un curso formativo, acudió al portal del domicilio de Malena..., en la calle... de..., y se puso a tocar el telefonillo, diciéndole que bajase. Malena llamó a la policía, que acudió al lugar y se encontró a Arsenio sentado en el portal. Tras comprobar su identidad y la vigencia de la orden, Arsenio fue detenido y puesto a disposición judicial, acordándose su ingreso en prisión por auto de fecha...

Arsenio incumplió voluntariamente la prohibición impuesta, infringiendo deliberadamente el mandato de la autoridad judicial, ya que conocía tanto la existencia de la prohibición como sus consecuencias, por otra parte notorias: la mencionada sentencia se le notificó en fecha..., siendo requerido en la misma fecha de cumplimiento, finalizando tal prohibición el día..., habiendo el acusado acudido al domicilio estando vigente la misma.

Arsenio, tiene antecedentes penales, pues es la segunda vez que infringe esta prohibición en menos de un mes y también la que causa el antecedente penal. A la semana de dictarse la condena por el delito de maltrato, vulneró la prohibición de aproximación y se le condenó por delito de quebrantamiento de condena, en virtud de Sentencia ejecutoria de conformidad del Juzgado de lo Penal n.º... de... de fecha..., a la pena de prisión de 6 meses, que se suspendió en la misma fecha, a condición de que no delinquiese y no se aproximase a menos de 500 metros de la persona de su exmujer Malena, domicilio, lugar de

trabajo o de cualquier otro que ella frecuentase ni se comunicase con ella por cualquier medio durante de dos años, así como a la asistencia a un curso formativo, siéndole notificada esta sentencia, la suspensión y siendo requerido de cumplimiento de las citadas prohibiciones también en la misma fecha.

Segunda. Calificación jurídico-penal

Los hechos anteriormente descritos constituyen un delito de quebrantamiento de condena del artículo 468.2 del Código Penal.

Tercera. Participación del acusado

Arsenio [*nombre y apellidos*] responde del citado delito en concepto de autor (arts. 27 y 28 CP).

Cuarta. Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal

Concorre la circunstancia agravante de reincidencia del artículo 22.8 del Código Penal, determinante de la imposición de la pena en su mitad superior (art. 66.1.3.ª CP).

Quinta. Pena

Procede imponer a Arsenio [*nombre y apellidos*] por el delito de quebrantamiento de condena objeto de acusación la pena de prisión de un año.

Sexta. Costas

Arsenio [*nombre y apellidos*] debe ser condenado al pago de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular ejercida por esta parte (arts. 123 y 124 CP y 240.2.º LECrim).

Para el acto del juicio oral se proponen los siguientes medios de

PRUEBA

- 1.º Interrogatorio del acusado.
- 2.º Testifical, con examen de los testigos que a continuación se relacionan. Se solicita que sean citados por la oficina judicial, excepto a mi represen-

tada, teniéndose por cumplido con lo dispuesto en el artículo 656.2 LECrim, en cuanto a la expresión de sus domicilios o residencias, mediante la indicación de los folios de la causa donde constan sus direcciones.

- Malena [*nombre y apellidos*], víctima, cuyos datos y domicilio constan al folio..., que esta parte se encarga de hacer comparecer.
- Agentes n.º... de la Policía.../Guardia Civil (folio...), que serán citados en la comisaría/puesto, a través de sus superiores jerárquicos.

3.º Documentos y elementos de convicción, con lectura expresa de los siguientes folios [*indicar cuáles por su número y contenido. Ejemplo: folios 3-5: atestado; folios 15-16: declaración de Malena; folios 17-37: Certificación del SIRAJ y testimonio de las sentencias y autos de los juzgados de lo penal, notificación y requerimientos al penado; folio 38: hoja histórico-penal; folio 39: declaración del investigado*], salvo que todas las partes den su lectura por reproducida, sin perjuicio de su examen directo por el juzgador (art. 726 LECrim).

En virtud de lo expuesto, **AL JUZGADO SUPlico**, que tenga por presentado este escrito, en tiempo y forma, y que, tras su traslado a las restantes partes, **dicte auto por el que se decrete la apertura de juicio oral ante el juzgado de lo penal contra el acusado Arsenio [*nombre y apellidos*], responsable penal de los hechos constitutivos del delito de quebrantamiento de condena por el que se formula acusación.**

OTROSÍ I, que de conformidad con el artículo 783.2 LECrim [*expresar lo que proceda en función de lo actuado hasta ese momento*], se solicita para que se acuerde por el juzgado de violencia sobre la mujer [*ejemplos*]:

1. Que se ratifique el auto de prisión provisional de fecha..., formándose pieza separada si no lo estuviese.

2. Que se requiera al acusado para que preste fianza para garantizar las responsabilidades pecuniarias por importe de 1000 euros, debiendo prestarla inmediatamente y, de no verificarla, deberá procederse en vía de apremio contra sus bienes (arts. 589 y 764 LECrim), formándose pieza separada si no lo estuviese.

OTROSÍ II, que de conformidad con el artículo 25.2.a de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, se solicita para que se acuerde por el juzgado de lo penal [*ejemplos*]:

Que durante el acto del juicio se disponga lo necesario para que mi representada no tenga contacto visual con el acusado.

OTROSÍ III, se solicita para que se acuerde por el juzgado de lo penal que se mantengan las medidas cautelares hasta la firmeza de la sentencia condenatoria que dicte (art. 69 LOPIVG). Asimismo, el juzgado de lo penal, al notificar la sentencia condenatoria al acusado: a) deberá advertirle que será firme y ejecutoria si no se interpone recurso de apelación en los 10 días siguientes a su notificación [*5 días en el enjuiciamiento rápido*]; y b) deberá quedar requerido para que cumpla a partir de la fecha de la sentencia (no recurrida y firme) las penas de prohibición de aproximación y comunicación impuestas, sin perjuicio de ulterior liquidación, si es que no se han extinguido tras el abono de las medidas cautelares adoptadas, con la advertencia de que el incumplimiento de las citadas penas conlleva incurrir en un delito de quebrantamiento de condena (arts. 141, 790.1, 794.1, 801.4 y 988 y 990 LECrim).

OTROSÍ IV, se solicita para que se acuerde por el juzgado de lo penal que se remita testimonio de la sentencia condenatoria, una vez firme, a los Juzgados de lo Penal n.º... de... y n.º... de..., para que se revoquen los beneficios de la suspensión acordados en las respectivas ejecutorias n.º... y n.º..., y se ordene allí el ingreso inmediato en prisión del condenado al haber incumplido reiterada y gravemente las condiciones impuestas, siendo preciso tal ingreso inmediato para asegurar la protección de mi representada (art. 86.1.a y b y 4 CP).

Es justicia que pido en... [*lugar y fecha*].

Firma del/a abogado/a, col. n.º... Firma del/a procurador/a, col. n.º...

III. ESCRITOS DE DEFENSA

1. Absolución y simple oposición a la acusación

JUZGADO DE INSTRUCCIÓN/DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER N.º... DE...

Diligencias previas/urgentes n.º...

Procedimiento abreviado n.º... (*Identificar procedimiento por su clase y número*).

AL JUZGADO

D/D.^a... procurador/a de los tribunales (col. n.º...), en nombre y representación de D/D.^a..., con la defensa letrada de D/D.^a... (col. n.º...), como consta acreditado en la causa, ante el juzgado comparezco y, en términos de derecho, **DIGO**

Que mediante el presente escrito, en virtud del traslado conferido, al amparo de los artículos 650 y 784.1 y 2 LECrim [*en el caso de que se trate de un*

*juicio rápido, el escrito se ajustará a este modelo, si se solicita plazo, teniendo en cuenta que puede formularse oralmente, artículo 800.2 LECrim], formulo **ESCRITO DE DEFENSA** frente a la/s acusación/es formulada/s, con arreglo a las siguientes*

CONCLUSIONES PROVISIONALES

Primera a sexta [en función de número de conclusiones]. Oposición a las correlativas objeto de acusación

Los hechos relatados de contrario no se ajustan a la realidad y no existe prueba que desvirtúe la presunción de inocencia de [*nombre y apellidos*], decayendo, en consecuencia, el resto de conclusiones objeto de acusación.

No existe base fáctica ni jurídica sobre la que se pueda sostener la comisión de delito alguno, participación, agravantes o atenuantes y menos para imponer las penas y responsabilidades civiles interesadas, debiendo dictarse una sentencia absolutoria.

Para el acto del juicio oral se proponen los siguientes medios de

PRUEBA

1.º Interrogatorio del acusado/a.

2.º Testifical, con examen de los testigos que a continuación se relacionan. Se solicita que sean citados por la oficina judicial, teniéndose por cumplido con lo dispuesto en el artículo 656.2 LECrim, en cuanto a la expresión de sus domicilios o residencias, mediante la indicación de los folios de la causa donde constan sus direcciones.

– [*nombre y apellidos*], cuyos datos y domicilio constan al folio...

3.º Pericial, consistente en..., a cuyo efecto será citado para el juicio oral D/D.^a..., cuyos datos y domicilio son...

4.º Documentos y elementos de convicción, consistente en lectura expresa de los folios... [*indicar número y contenido*], salvo que todas las partes den su lectura por reproducida, sin perjuicio de su examen directo por el juzgador (art. 726 LECrim), con impugnación de los documentos señalados por la acusación [*indicar el motivo y valorar proponer prueba alternativa que lo desvirtúe. Ejemplo: al haberse valorado de manera ilógica y en perjuicio de mi defendido/a*].

En virtud de lo expuesto, **AL JUZGADO SUPLICO**, que tenga por presentado, en tiempo y forma, mi **escrito de defensa**, para su traslado a las restantes partes.

OTROSÍ I, AL JUZGADO DE LO PENAL SUPLICO, de conformidad con los artículos 742, 785.1, 788 y 789.1 LECrim, que **admira la prueba propuesta por esta parte**, me **notifique** las resoluciones que se adopten y que, tras el juicio, **dicte sentencia absolutoria** de mi representado/a, con todos los pronunciamientos favorables.

Es justicia que pido en... [*lugar y fecha*].

Firma del/a abogado/a, col. n.º... Firma del/a procurador/a, col. n.º...

2. Absolución con versión distinta

JUZGADO DE INSTRUCCIÓN/DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER N.º... DE...

Diligencias previas/urgentes n.º...

Procedimiento abreviado n.º... (*Identificar procedimiento por su clase y número*).

AL JUZGADO

D/D.^a... procurador/a de los tribunales (col. n.º...), en nombre y representación de D/D.^a..., con la defensa letrada de D/D.^a... (col. n.º...), como consta acreditado en la causa, ante el juzgado comparezco y, en términos de derecho, **DIGO**

Que mediante el presente escrito, en virtud del traslado conferido, al amparo de los artículos 650 y 784.1 y 2 LECrim [*en el caso de que se trate de un juicio rápido, el escrito se ajustará a este modelo, si se solicita plazo, teniendo en cuenta que puede formularse oralmente, artículo 800.2 LECrim*], formulo **ESCRITO DE DEFENSA** frente a la/s acusación/es formulada/s, con arreglo a las siguientes

CONCLUSIONES PROVISIONALES

Primera. Hechos

Los hechos relatados por la acusación no se ajustan a la realidad.
Se afirma de contrario que... [*exposición sucinta*].

Sin embargo, lo cierto es que... [*ofrecer los hechos de la versión propia*], y así resulta de [*indicar las pruebas que sustenten la versión propia*]

En particular, el testigo... sostuvo en su declaración (al folio...). El informe forense de sanidad hace constar expresamente que las lesiones no parecen compatibles con la dinámica de la agresión... (al folio...).

Segunda a sexta [en función de número de conclusiones]. Oposición a las correlativas objeto de acusación

Con el relato y las pruebas ofrecidos por esta parte, debe concluirse que no existe base fáctica ni jurídica sobre la que se pueda sostener la comisión de delito alguno, participación, agravantes o atenuantes y menos para imponer las penas y responsabilidades civiles interesadas, debiendo dictarse una sentencia absolutoria.

Para el acto del juicio oral se proponen los siguientes medios de

PRUEBA

1.º Interrogatorio del acusado/a.

2.º Testifical, con examen de los testigos que a continuación se relacionan. Se solicita que sean citados por la oficina judicial, teniéndose por cumplido con lo dispuesto en el artículo 656.2 LECrim, en cuanto a la expresión de sus domicilios o residencias, mediante la indicación de los folios de la causa donde constan sus direcciones.

– [*nombre y apellidos*], cuyos datos y domicilio constan al folio...

3.º Pericial, consistente en..., a cuyo efecto será citado para el juicio oral D/D.^a..., cuyos datos y domicilio son...

4.º Documentos y elementos de convicción, consistente en lectura expresa de los folios... [*indicar número y contenido*], salvo que todas las partes den su lectura por reproducida, sin perjuicio de su examen directo por el juzgador (art. 726 LECrim), con impugnación de los documentos señalados por la acusación [*indicar el motivo y valorar proponer prueba alternativa que lo desvirtúe. Ejemplo: al haberse valorado de manera ilógica y en perjuicio de mi defendido/a*].

En virtud de lo expuesto, **AL JUZGADO SUPlico**, que tenga por presentado este escrito, en tiempo y forma, y que, tras su traslado a las restantes partes, **tenga por formulado escrito de defensa**.

OTROSÍ I, AL JUZGADO DE LO PENAL SUPLICO, de conformidad con los artículos 742, 785.1, 788 y 789.1 LECrim, que **admita la prueba propuesta por esta parte**, me **notifique** las resoluciones que se adopten y que, tras el juicio, **dicte sentencia absolutoria** de mi representado/a, con todos los pronunciamientos favorables.

Es justicia que pido en... [*lugar y fecha*]

Firma del/a abogado/a, col. n.º... Firma del/a procurador/a, col. n.º...

3. Absolución con eximente

**JUZGADO DE INSTRUCCIÓN/DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER
N.º... DE...**

Diligencias previas/urgentes n.º...

Procedimiento abreviado n.º... (*Identificar procedimiento por su clase y número*).

AL JUZGADO

D/D.^a... procurador/a de los tribunales (col. n.º...), en nombre y representación de D/D.^a..., con la defensa letrada de D/D.^a... (col. n.º...), como consta acreditado en la causa, ante el juzgado comparezco y, en términos de derecho, **DIGO**

Que mediante el presente escrito, en virtud del traslado conferido, al amparo de los artículos 650 y 784.1 y 2 LECrim [*en el caso de que se trate de un juicio rápido, el escrito se ajustará a este modelo, si se solicita plazo, teniendo en cuenta que puede formularse oralmente, artículo 800.2 LECrim*], formulo **ESCRITO DE DEFENSA** frente a la/s acusación/es formulada/s, con arreglo a las siguientes

CONCLUSIONES PROVISIONALES

Primera. Hechos

Juan Carlos [*nombre y apellidos*], con DNI... [*si es extranjero, indicar nacionalidad y documento identificativo*], mayor de edad, sin antecedentes penales [*si los tuviese, reflejar en virtud de qué ejecutoria/s*], y en situación de libertad provisional [*o en prisión provisional por esta causa*], sobre las... horas del día... [*relatar los hechos delictivos y los que constituyan la eximente*].

Ejemplo: cuando vulneró la orden de alejamiento que le había sido impuesta en auto de fecha..., acudiendo al domicilio de la calle..., lo hizo sin culpabilidad alguna, a causa del trastorno de ideas delirantes crónico que padece y que ese día se reveló de tal intensidad psicopatológica que le produjo una afectación plena de las bases psicobiológicas para actuar o comprender los hechos cometidos].

Segunda y tercera. Calificación jurídico-penal y participación

El delito objeto de acusación adolece de uno de sus elementos esenciales, de modo que no existe ni cabe exigir responsabilidad penal al autor de los hechos [*Subsumir. Ejemplo: el delito de quebrantamiento objeto de acusación adolece del requisito de culpabilidad, sin el cual el autor de los hechos no responde penalmente*].

Cuarta. Eximente

Concurre en [*nombre y apellidos*] la eximente de... [*expresar cuál y razonar por qué en términos fácticos y jurídicos. Ejemplo: eximente completa de enfermedad mental del artículo 20.1.º CP, puesto que Juan Carlos, que padece trastorno de ideas delirantes crónico, tenía en el momento de los hechos afectadas plenamente sus bases psicobiológicas de forma que le impedían actuar o comprender lo que hacía, resultando así del informe psiquiátrico de fecha... (folios...), que es concluyente a la hora de apreciar dicha afectación plena, persistiendo la sintomatología delirante en el momento del reconocimiento médico tres meses después del suceso, de ahí que se aconseje en el propio informe el internamiento de Juan Carlos en un centro psiquiátrico hasta que por mejoría pueda pasar a régimen ambulatorio, toda vez que no es consciente de su enfermedad y abandona el tratamiento. Así pues, acreditada la anulación de las facultades superiores de Juan Carlos al tiempo de los hechos por la enfermedad mental que padece, así como su incapacidad para comprender su actuación antijurídica, procede estimar la eximente completa (STS 34/2020, de 6 de febrero)*].

Quinta. Pena

Procede la libre absolución de [*nombre y apellidos*], al estar exento de responsabilidad criminal, por concurrir la eximente...

En este apartado, además de pedir la absolución, ha de tenerse en cuenta la naturaleza de la eximente apreciada, por si fuese preciso solicitar la im-

posición de una medida de seguridad de forma justificada. Ejemplo: Procede imponer a [nombre y apellidos] la medida de seguridad de internamiento en centro psiquiátrico por un período de tiempo no superior a seis meses, sin que lo pueda abandonar sin autorización judicial, así como la medida de libertad vigilada consistente en prohibir a [nombre y apellidos] aproximarse a menos de 500 metros de [nombre y apellidos], así como de su domicilio, lugar de trabajo y cualquier lugar que frecuente, y comunicar con dicha persona por cualquier medio durante tres años (arts. 101.1, 105.1.a, 106.1e y f. CP). Así ha sido aconsejado en el informe forense de fecha...

Sexta. Responsabilidad civil y costas

[Los exentos de responsabilidad criminal responden civilmente en los términos del artículo 118 CP]

Para el acto del juicio oral se proponen los siguientes medios de

PRUEBA

- 1.º Interrogatorio del acusado/a.
- 2.º Testifical, con examen de los testigos que a continuación se relacionan. Se solicita que sean citados por la oficina judicial, teniéndose por cumplido con lo dispuesto en el artículo 656.2 LECrim, en cuanto a la expresión de sus domicilios o residencias, mediante la indicación de los folios de la causa donde constan sus direcciones.
 - *[nombre y apellidos]*, cuyos datos y domicilio constan al folio...
 - *[nombre y apellidos]*, trabajador social del Centro..., cuyos datos y domicilio constan al folio...
- 3.º Pericial de determinación de la imputabilidad, a cuyo efecto será citado para el juicio oral el médico forense que emitió el informe de fecha..., obrante al folio...
- 4.º Oficio al Hospital..., sito en..., para que remitan el historial de... relativo a los ingresos no voluntarios por razón de trastorno psíquico.
- 5.º Documentos y elementos de convicción, consistente en lectura expresa de los folios... *[indicar número y contenido]*, salvo que todas las partes den su lectura por reproducida, sin perjuicio de su examen directo por el juzgador (art. 726 LECrim), con impugnación de los documentos señalados por la acusación *[indicar el motivo y valorar proponer prueba alternativa que lo*

desvirtúe. Ejemplo: al haberse valorado de manera ilógica y en perjuicio de mi defendido/a].

En virtud de lo expuesto, **AL JUZGADO SUPPLICO**, que tenga por presentado este escrito, en tiempo y forma, y que, tras su traslado a las restantes partes, **tenga por formulado escrito de defensa.**

OTROSÍ I, AL JUZGADO DE LO PENAL SUPPLICO, de conformidad con los artículos 742, 785.1, 788 y 789.1 LECrim, que **admíta la prueba propuesta por esta parte**, me **notifique** las resoluciones que se adopten y que, tras el juicio, **dicte sentencia absolutoria**, con todos los pronunciamientos favorables, por concurrir en [*nombre y apellidos*] la eximente completa de... [*solicitar, si procede, en función de la naturaleza de la eximente apreciada, la imposición de medidas de seguridad. Ejemplo: internamiento en centro psiquiátrico por un período de tiempo no superior a seis meses, sin que lo pueda abandonar sin autorización judicial, así como la medida de libertad vigilada consistente en prohibir a [nombre y apellidos] aproximarse a menos de 500 metros de [nombre y apellidos], así como de su domicilio, lugar de trabajo y cualquier lugar que frecuente, y comunicar con dicha persona por cualquier medio durante tres años*].

Es justicia que pido en... [*lugar y fecha*].

Firma del/a abogado/a, col. n.º... Firma del/a procurador/a, col. n.º...

4. Absolución con calificación subsidiaria y atenuante

JUZGADO DE INSTRUCCIÓN/DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER
N.º... DE...

Diligencias previas/urgentes n.º...

Procedimiento abreviado n.º... (*Identificar procedimiento por su clase y número*).

AL JUZGADO

D/D.^a... procurador/a de los tribunales (col. n.º...), en nombre y representación de D/D.^a..., con la defensa letrada de D/D.^a... (col. n.º...), como consta acreditado en la causa, ante el juzgado comparezco y, en términos de derecho, **DIGO**

Que mediante el presente escrito, en virtud del traslado conferido, al amparo de los artículos 650 y 784.1 y 2 LECrim [*en el caso de que se trate de un*

*juicio rápido, el escrito se ajustará a este modelo, si se solicita plazo, teniendo en cuenta que puede formularse oralmente, artículo 800.2 LECrim], formulo **ESCRITO DE DEFENSA** frente a la/s acusación/es formulada/s, con arreglo a las siguientes*

CONCLUSIONES PROVISIONALES

Primera a sexta [en función de número de conclusiones]. Oposición a las correlativas objeto de acusación

Los hechos relatados de contrario no se ajustan a la realidad y no existe prueba que desvirtúe la presunción de inocencia de [*nombre y apellidos*], decayendo, en consecuencia, el resto de conclusiones objeto de acusación.

No existe base fáctica ni jurídica sobre la que se pueda sostener la comisión de delito alguno, participación, agravantes o atenuantes y menos para imponer las penas y responsabilidades civiles interesadas, debiendo dictarse una sentencia absolutoria.

Si logran probarse los hechos de la acusación, deberían aceptarse las siguientes

CONCLUSIONES SUBSIDIARIAS

2. Calificación jurídico-penal

Los hechos no reúnen los requisitos del delito de..., sino los del delito de... [*expresar la calificación que se defiende, normalmente modalidades atenuadas o degradaciones de delito a delito leve y razonar por qué en términos fácticos y jurídicos. Ejemplos: los hermanos no viven juntos, por lo que las lesiones solo constituyen un delito leve del artículo 147.2 CP; en atención a que no existen antecedentes policiales ni penales y siendo el resultado lesivo de escasa entidad, debería aplicarse la modalidad atenuada del maltrato del artículo 153.4 CP*].

4. Circunstancias modificativas

Concorre en [*nombre y apellidos*] la atenuante de... [*expresar cuál y razonar por qué en términos fácticos y jurídicos. Ejemplo: analógica de drogadicción de los artículos 20.2.º, 21.1.ª y 7.ª CP, al haber actuado bajo la influencia del consumo de cocaína, de la que es adicto desde hace diez años*],

teniendo mermadas seriamente su facultades intelectivas y volitivas lo que le impidió comportarse conforme a derecho, resultando así del informe forense (folio...) y del historial del centro de atención a la drogodependencia (folio...)].

5. Pena

Procede imponer a [*nombre y apellidos*] la pena de... [*expresar cuál y razonar por qué en función de la calificación subsidiaria y de las reglas de aplicación de las penas, en particular, para las atenuantes, artículos 66 a 68 CP*].

Para el acto del juicio oral se proponen los siguientes medios de

PRUEBA

1.º Interrogatorio del acusado/a.

2.º Testifical, con examen de los testigos que a continuación se relacionan. Se solicita que sean citados por la oficina judicial, teniéndose por cumplido con lo dispuesto en el artículo 656.2 LECrim, en cuanto a la expresión de sus domicilios o residencias, mediante la indicación de los folios de la causa donde constan sus direcciones.

– [*nombre y apellidos*], cuyos datos y domicilio constan al folio...

– [*nombre y apellidos*], trabajador social del Centro..., cuyos datos y domicilio constan al folio...

3.º Pericial de determinación de la imputabilidad, a cuyo efecto será citado para el juicio oral el médico forense que emitió el informe de fecha..., obrante al folio...

4.º Oficio al Hospital..., sito en..., para que remitan el historial de... relativo a los ingresos por sobredosis o asistencia a tratamiento.

5.º Documentos y elementos de convicción, consistente en lectura expresa de los folios... [*indicar número y contenido*], salvo que todas las partes den su lectura por reproducida, sin perjuicio de su examen directo por el juzgador (art. 726 LECrim), con impugnación de los documentos señalados por la acusación [*indicar el motivo y valorar proponer prueba alternativa que lo desvirtúe. Ejemplo: al haberse valorado de manera ilógica y en perjuicio de mi defendido/a*].

En virtud de lo expuesto, **AL JUZGADO SUPlico**, que tenga por presentado este escrito, en tiempo y forma, y que, tras su traslado a las restantes partes, **tenga por formulado escrito de defensa**.

OTROSÍ I, AL JUZGADO DE LO PENAL SUPLICO, de conformidad con los artículos 742, 785.1, 788 y 789.1 LECrim, que **admita la prueba propuesta por esta parte**, me **notifique** las resoluciones que se adopten y que, tras el juicio, **dicte sentencia absolutoria** de mi representado/a, con todos los pronunciamientos favorables, o **subsidiariamente** dicte sentencia en la que se acepte la calificación propuesta por esta parte, con la concurrencia de la atenuante de..., imponiendo a [*nombre y apellidos*] la pena de..., que deberá ser... [*solicitar, si procede, suspensión o sustitución, especificando la concurrencia de los requisitos legales. Ejemplo: la suspensión de la pena de prisión condicionada a que mi representado no delinca en el plazo de dos años y cumpla las prohibiciones impuestas en idéntico plazo, sometiéndose a los cursos formativos que se establezcan en ejecución, al concurrir los requisitos de los artículos 80.2, 81.1, 82.1 y 83.c CP*].

Es justicia que pido en... [*lugar y fecha*].

Firma del/a abogado/a, col. n.º... Firma del/a procurador/a, col. n.º...

5. Conformidad con la acusación

JUZGADO DE INSTRUCCIÓN/DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER
N.º... DE...

Diligencias previas/urgentes n.º...

Procedimiento abreviado n.º... (*Identificar procedimiento por su clase y número*).

AL JUZGADO

D/D.^a... procurador/a de los tribunales (col. n.º...), en nombre y representación de D/D.^a..., con la defensa letrada de D/D.^a... (col. n.º...), como consta acreditado en la causa, ante el juzgado comparezco y, en términos de derecho, **DIGO**

Que mediante el presente escrito, en virtud del traslado conferido, al amparo de los artículos 650, 784.1 y 3 y 787.1 LECrim [*en el caso de que se trate de un juicio rápido, el escrito se ajustará a este modelo, teniendo en cuenta que puede formularse oralmente y que resulta posible, como sucede con frecuencia, el dictado de una sentencia de conformidad en instrucción con la rebaja del tercio de la pena, artículos 800.2 y 801 LECrim*], formulo **ESCRITO DE DEFENSA DE CONFORMIDAD CON LA ACUSACIÓN** en sus conclusiones provisionales.

En virtud de lo expuesto, **AL JUZGADO SUPPLICO**, que tenga por presentado este escrito, en tiempo y forma, y que, tras su traslado a las restantes partes, **tenga por formulado escrito de defensa**.

OTOSÍ I, AL JUZGADO DE LO PENAL SUPPLICO, de conformidad con los artículos 742, 785.1, 787.1 y 789.1 y 2 LECrim, que me **notifique** las resoluciones que se adopten y que, tras el juicio, **dicte sentencia de conformidad con la acusación**, interesando además... [*solicitar, si procede, suspensión o sustitución, especificando la concurrencia de los requisitos legales. Ejemplo: la suspensión de la pena de prisión condicionada a que mi representado no delinca en el plazo de dos años y cumpla las prohibiciones impuestas en idéntico plazo, sometiéndose a los cursos formativos que se establezcan en ejecución, al concurrir los requisitos de los artículos 80.2, 81.1, 82.1 y 83.c CP*].

Es justicia que pido en... [*lugar y fecha*].

Firma del/a abogado/a, col. n.º... Firma del/a procurador/a, col. n.º...

Firma también este escrito mi representado/a D/D.ª... (art. 787.3 LECrim).

IV. RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIA DEL JUZGADO DE LO PENAL

* *Las sentencias dictadas por las audiencias provinciales son recurribles en apelación ante las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia de su territorio, por los trámites de los artículos 790, 791 y 792 LECrim (art. 846 ter LECrim), por lo que si fuese el caso, el recurso se interpondría en la Audiencia Provincial de... para ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de...*

** *Las sentencias dictadas en juicios por delito leve por los juzgados de instrucción y de violencia sobre la mujer son recurribles en apelación ante la Audiencia Provincial, por los trámites de los artículos 790 a 792 LECrim (art. 976.1 y 2 LECrim), por lo que si fuese el caso, el recurso se interpondría en el juzgado... para ante la Audiencia Provincial de...*

AL JUZGADO DE LO PENAL N.º... DE...

Procedimiento abreviado/Juicio rápido n.º... (*Identificar procedimiento por su clase y número*).

AL JUZGADO DE LO PENAL PARA ANTE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE...

D/D.ª... procurador/a de los tribunales (col. n.º...), en nombre y representación de D/D.ª..., con la dirección letrada de D/D.ª... (col. n.º...), como

consta acreditado en la causa, ante el juzgado comparezco y, en términos de derecho, **DIGO**

Que mediante el presente escrito y al amparo de los artículos 790 y ss. LECrim [en el caso de que se trate de un juicio rápido, añadir: a los que se remite el artículo 803.1 LECrim], formulo, en tiempo y forma, **RECURSO DE APELACIÓN**, contra la Sentencia del Juzgado de lo Penal n.º... de..., notificada a esta parte en fecha..., en la que se condena/absuelve [transcribir el fallo de la sentencia de primera instancia], por estimarla no ajustada a derecho, de acuerdo con las siguientes [a continuación se enumeran los motivos de alegación del artículo 790.2 LECrim, que no tienen por qué concurrir todos a la vez].

ALEGACIONES

Primera. Quebrantamiento de normas y garantías procesales con indefensión por falta de motivación de la sentencia, con infracción de lo dispuesto en los artículos 24.1 y 120.3 de la Constitución

Exponer el defecto de motivación: ausencia, incongruencia, irracionalidad.

Ej.: El fundamento jurídico n.º... de la sentencia apelada que aboca a la condena/absolución de..., adolece de una total falta de motivación, puesto que se limita a fundar su decisión en la mera afirmación de haber valorado la prueba documental, testifical y pericial, según las reglas de la sana crítica, de modo genérico, sin explicitar en qué ha consistido el resultado de tales pruebas en relación a la participación (o falta de participación) de... en los hechos que se juzgan...

Segunda. Quebrantamiento de normas y garantías procesales con indefensión por indebida denegación de prueba, con infracción de lo dispuesto en el artículo 24.2 de la Constitución

Esta parte, en fecha..., propuso como prueba... [indicar la prueba propuesta y denegada], que fue inadmitida por resolución de fecha..., reiterándose como cuestión previa su proposición al inicio del juicio, siendo denegada nuevamente en el acto, frente a lo que se formuló respetuosa propuesta.

La doctrina constitucional configura el derecho a la prueba como un derecho fundamental (art. 24.2 CE), cuya vulneración es susceptible de amparo, pero para ello es preciso (SSTC 121/2009, 185/2007, 1/2004, 43/2003, 237/1999): a) Que la prueba sea pertinente, pues sólo a ella se refiere el artículo 24.2 de la

Constitución. b) Que dada su configuración legal, la parte la haya propuesto en tiempo y forma de acuerdo con las previsiones legales. c) Que el tribunal sentenciador la haya denegado y se haya reaccionado protestando o recurriendo frente a la denegación, siempre que sea procesalmente posible. d) Que al tratarse de un derecho medial-procedimental, se acredite que tal denegación ha podido tener una influencia en el fallo, porque podría haberse variado de haberse admitido, y es esa aptitud de la prueba denegada en relación con el fondo del asunto lo que motiva el amparo al haberse causado indefensión a la parte, indefensión que por ello se considera que es material y no simplemente formal.

En el presente caso se cumplen cada uno de estos requisitos, como se ha referido, y además la prueba habría servido para desvirtuar el fallo [*indicar los motivos*].

Tercera. Error en la apreciación de la prueba

El artículo 790.2, párrafo tercero, LECrim dispone que: «Cuando la acusación alegue error en la valoración de la prueba para pedir la anulación de la sentencia absolutoria o el agravamiento de la condenatoria, será preciso que se justifique la insuficiencia o la falta de racionalidad en la motivación fáctica, el apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia o la omisión de todo razonamiento sobre alguna o algunas de las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia o cuya nulidad haya sido improcedentemente declarada».

A lo anterior, debe añadirse que las reglas de la lógica enseñan una serie de principios que permiten establecer la racionalidad de la decisión judicial, en concreto: el principio de identidad, es decir, que una cosa solo puede ser lo que es y no otra; el principio de contradicción, que una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo; o el principio de razón suficiente, de modo que ningún hecho puede ser verdadero o existente, y ninguna enunciación verdadera, sin que haya una razón suficiente para que sea así y no de otro modo.

Pues bien, aplicando lo anterior a la sentencia apelada, resulta que su fundamento jurídico n.º... incurre en una irracionalidad patente, puesto que a partir de la declaración del testigo/perito..., en el minuto... de la grabación, el juzgador deduce que..., cuando lo lógico habría sido tener por probado que...

Cuarta. Infracción de normas del ordenamiento jurídico

En este apartado se justificará la concurrencia o la ausencia de los requisitos del delito o de cualquier circunstancia excluyente o modificativa de la responsabilidad penal no apreciados por la sentencia.

En virtud de lo expuesto, **SUPLICO AL JUZGADO**, que tenga por interpuesto, en tiempo y forma, **RECURSO DE APELACIÓN** contra la Sentencia n.º..., de fecha..., lo admita en ambos efectos y, tras su traslado a las demás partes para alegaciones, **eleve los autos originales** con todos los escritos presentados **a la AUDIENCIA PROVINCIAL DE...**, **a fin de que por dicha Audiencia se estime el recuso**, revocando la sentencia de instancia, **y se dicte sentencia en la que...** [*expresar el contenido anulatorio, absolutorio o condenatorio de la petición en congruencia con los motivos de apelación alegados y teniendo muy en cuenta las limitaciones, requisitos de petición y efectos de las sentencias de apelación de los artículos 792.2 y 3 LECrim*].

Art. 792.2 y 3 LECrim:

2. La sentencia de apelación no podrá condenar al encausado que resultó absuelto en primera instancia ni agravar la sentencia condenatoria que le hubiera sido impuesta por error en la apreciación de las pruebas en los términos previstos en el tercer párrafo del artículo 790.2.

No obstante, la sentencia, absolutoria o condenatoria, podrá ser anulada y, en tal caso, se devolverán las actuaciones al órgano que dictó la resolución recurrida. La sentencia de apelación concretará si la nulidad ha de extenderse al juicio oral y si el principio de imparcialidad exige una nueva composición del órgano de primera instancia en orden al nuevo enjuiciamiento de la causa.

3. Cuando la sentencia apelada sea anulada por quebrantamiento de una forma esencial del procedimiento, el tribunal, sin entrar en el fondo del fallo, ordenará que se reponga el procedimiento al estado en que se encontraba en el momento de cometerse la falta, sin perjuicio de que conserven su validez todos aquellos actos cuyo contenido sería idéntico no obstante la falta cometida.

OTROSÍ I, que de conformidad con el artículo 790.2 LECrim, se designa como domicilio para notificaciones del lugar sede del órgano de apelación, el de...

Si se solicitase práctica de prueba o reproducir la grabación en segunda instancia, se efectuará mediante nuevos otrosíes.

OTROSÍ II, que al amparo de los artículos 790.3 y 791.1 LECrim, y por las razones expuestas en la alegación segunda, se propone la prueba de... [*indicar la prueba inadmitida*], señalándose vista para su práctica.

OTROSÍ III, que al amparo del artículo 791.1 LECrim, y por las razones expuestas en la alegación tercera, se solicita la reproducción de la grabación, entre los minutos..., señalándose vista para su práctica.

Es justicia que pido en... [*lugar y fecha*].

Firma del abogado/a, col. n.º... Firma del/a procurador/a, col. n.º...

CARMELO JIMÉNEZ SEGADO
(Cartagena, 1971)

Es magistrado y doctor en Derecho con premio extraordinario por la Universidad de Alcalá (2017) y doctor en Ciencias Políticas con premio extraordinario por la Universidad Complutense (2007). Autor de numerosas publicaciones en el área de las ciencias jurídicas y sociales (*La exclusión de la responsabilidad criminal, La responsabilidad penal de los abogados, El poder judicial en Estados Unidos, Contrarrevolución o resistencia. La teoría política de Carl Schmitt 1888-1985*), ejerce también la docencia en universidades y colegios de la abogacía.

El Código Penal, en expansión por múltiples razones, afecta igualmente al ámbito de los delitos de género y de violencia familiar, campo que se va ensanchando con nuevas figuras delictivas. La interpretación de las normas, ya de por sí problemática, se agrava a consecuencia de la novedad. Las contradicciones y vaivenes son continuos y las apuestas aumentan a la hora de aplicar la ley penal.

El libro *Delitos de género y de violencia familiar* pretende servir de instrumento para afrontar con la mayor certeza posible las cuestiones sustantivas y procesales que se suscitan en este ámbito del derecho penal. Se divide en tres partes, precedidas de una introducción conceptual y delimitadora del objeto de estudio. La primera parte aborda los tipos penales de violencia de género y familiar, partiendo de la tipificación de cada delito, seguida de la exposición de sus caracteres y requisitos para terminar cada apartado con ejemplos que concretan el análisis. La segunda parte contempla los elementos comunes a los delitos analizados, y la tercera se detiene en las cuestiones procesales específicas de estos delitos. La obra se cierra con la bibliografía, una sistematización de la jurisprudencia estudiada por capítulos, que sirve de resumen e índice analítico del contenido del texto, facilitando su manejo, y una relación de las circulares, consultas y documentos de la Fiscalía General del Estado. Se completa con diversos formularios que pueden resultar útiles para la práctica profesional como parte procesal.

En un lenguaje comprensible y de modo exhaustivo y minucioso, Jiménez Segado consigue su propósito de hacer accesible este cambiante mundo jurídico a todos los públicos, desde el profesional hasta al lector lego en derecho interesado en la materia (Esteban Mestre).