



*Fiscalía General del Estado  
Fiscal de Sala  
Delegada contra la  
Violencia sobre la Mujer*

## CONCLUSIONES DEL SEMINARIO DE FISCALES DELEGADOS EN VIOLENCIA SOBRE LA MUJER.

### SEVILLA

13 Y 14 DE NOVIEMBRE DE 2009

### INTRODUCCIÓN

A) Los días 13 y 14 de noviembre de 2009, se celebró en Sevilla el quinto Seminario de encuentro de los 50 Fiscales delegados de Violencia sobre la mujer, bajo la dirección de la Fiscal de Sala Delegada contra la Violencia sobre la mujer.

El objeto de este encuentro era, como en años anteriores la puesta en común de los principales problemas con los que los Fiscales se enfrentaban en estos últimos doce meses. Pero además, habiéndose cumplido 5 años de la entrada en vigor de la L.O.1/04, se trataba de evaluar la aplicación de la Ley, en materia de tutela penal y procesal. Y, como novedad, aunque no forme parte de las Conclusiones del Seminario, se abordó por una Fiscal de la Inspección, la Coordinación en la organización del Ministerio Público tras la reforma Estatutaria del año 2007. Tema de interés, pues no sólo abarca las relaciones entre los Fiscales especializados en esta peculiar materia, sino la debida coordinación institucional dentro de la estructura del Ministerio Fiscal.



*Fiscalía General del Estado  
Fiscal de Sala  
Delegada contra la  
Violencia sobre la Mujer*

**B) TEMAS OBJETO DE DEBATE:** Dando cumplimiento a lo establecido en el **artículo 20 del EOMF** (Ley 24/2007 de 9 de octubre que modifica el EOMF del año 1981) que atribuye a la Fiscal de Sala la función de :d) *«Coordinar los criterios de actuación de las diversas Fiscalías en materias de violencia de género, y que desarrolla la Instrucción 7/2005 de la FGE al encomendar a la Fiscal de Sala: "Intervenir en la coordinación de los cursos de formación permanente de fiscales sobre violencia de género y doméstica, participando en la determinación de los criterios para la formación de fiscales especialistas".*, se han recogido en el presente documento las conclusiones a las que se llegaron en el Seminario-Encuentro de los Fiscales delegados y la Fiscal de Sala, cuyo contenido se somete a la aprobación del Fiscal General del Estado, para posteriormente dar a conocer a las distintas Fiscalías, a través de los Fiscales Jefes respectivos, para su conocimiento y difusión.

En relación, ya, a las cuestiones objeto de debate en Seminario, han sido las siguientes

1).- PROBLEMÁTICA EN TORNO A LOS INDULTOS

2).- CUESTIONES DE INTERÉS:

A).- ARTÍCULOS 730 DE LA L.E.Cr.

B).- EL CONCURSO DE NORMAS EN EL ARTÍCULO 153 DEL C.P. POSICIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO.

C).- SOBRE LAS NOTIFICACIONES EN LAS DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN.

3).-GRUPO DE TRABAJO DISTRIBUIDOS POR C.C.A.A. DESARROLLO DE LA LEY:

A).-APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 416 LECR. EN LAS DISTINTAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS.



*Fiscalía General del Estado  
Fiscal de Sala  
Delegada contra la  
Violencia sobre la Mujer*

B).- DIVERSIDAD DE CRITERIOS EN TORNO AL ELEMENTO INTENCIONAL EN LOS DELITOS DE MALTRATO EN LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES EN LAS DISTINTAS CCAA.

4).-EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL EN MATERIA DE VIOLENCIA DE GÉNERO

### **1).- PROBLEMÁTICA EN TORNO A LOS INDULTOS**

El indulto es una institución que se caracteriza por la nota de la discrecionalidad, y viene regulada en la Ley de Gracia de 18 de junio de 1870, en cuyo articulado se recogen los requisitos que se exigen para su concesión: existencia de sentencia firme, que el penado se halle a disposición del Tribunal sentenciador y no sea reincidente, que no se cause perjuicio o daño a tercero y que la parte que haya resultado ofendida, sea oída con carácter previo a su posible concesión. Los motivos por los que se concede no pueden ser arbitrarios, ni obedecer a otras causas que no sean «razones suficientes de justicia, equidad o utilidad pública», como exige la ley que los regula.

De este modo, las razones para otorgar el derecho de gracia son, entre otras, adecuar las penas a nuevas exigencias sociales, matizar el excesivo rigor derivado del carácter abstracto de la ley, poner remedio a la injusticia que suponen ciertas situaciones del penado (por ejemplo, sufrir enfermedades terminales cumpliendo condena), corregir errores judiciales y reparar los perjuicios causados por las dilaciones indebidas del juez o por defectos del sistema carcelario. La ley no establece los supuestos en base a los cuales puede concederse el indulto, ya que meramente se limita a establecer como motivos razones de justicia, equidad y utilidad o conveniencia públicas, ya mencionadas. Tratándose de una medida excepcional que puede afectar a derechos fundamentales, los motivos de concesión de los indultos deben ser restrictivos, y la indeterminación de la ley, al no precisar los supuestos, debe corregirse mediante una muy concreta y detallada justificación, que debe constar en la motivación de los decretos de indulto, los cuales deben reflejar, de forma clara y



*Fiscalía General del Estado  
Fiscal de Sala  
Delegada contra la  
Violencia sobre la Mujer*

razonada, la conexión lógica entre la pena impuesta por la sentencia condenatoria y las razones que justifican el indulto, todo ello a la luz de los principios, reglas y finalidades constitucionales que sean de aplicación al caso.

En relación a la materia que nos ocupa, La Circular 1/2005 sobre aplicación de la reforma del Código penal operada por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, en su apartado XIII.-5.A., al regular la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena de prisión impuesta por la comisión de los delitos de los arts. 153 y 173.2, cuando se incumplan las obligaciones o deberes del art. 83.1, 1ª y 2ª, establece:

*“... En ocasiones el suspenso infringe las obligaciones o deberes que le fueron impuestos, con el consentimiento de quien fue la víctima de los hechos castigados por los arts. 153 y 173.2. Cuando así ocurre también suele presentarse la paradójica situación de tener que aplicar el art. 84.3, lo que da lugar a la revocación de la suspensión y al ingreso en prisión, contra la voluntad de la persona para cuya protección la ley prevé estas consecuencias. El choque del mandato legal con el deseo del titular del bien jurídico afectado genera en estas ocasiones un contexto extraño que obliga a los Fiscales a asumir una doble iniciativa que, aunque en principio pueda parecer contradictoria, constituye la única posibilidad de conjugar ambos.*

*En estos casos, los Sres. Fiscales, cumpliendo su misión constitucional de defender la legalidad, deben promover la observancia del art. 84.3, y, por tanto, han de instar la ejecución de la pena de prisión, previa revocación de la suspensión. Sin embargo, el estricto acatamiento de esta obligación no implica que la voluntad de la víctima tenga que ser siempre desoída.*

*Quando se produzca la situación a la que nos venimos refiriendo, los Sres. Fiscales valorarán con la máxima prudencia si las circunstancias del caso obligan a tomar en cuenta los argumentos expuestos por la víctima en contra de la ejecución de la pena. En caso afirmativo, aun cuando en virtud de lo dispuesto por el art. 84.3, deben interesar la revocación del beneficio y el cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta, si las circunstancias lo hacen necesario, pueden utilizar la facultad prevista en el art. 20 de la Ley de 18-6-1870 y proponer el indulto de la misma, y, con base en el art. 4.4 CP, la suspensión de su ejecución hasta que se resuelva la concesión o denegación del beneficio.*



*Fiscalía General del Estado  
Fiscal de Sala  
Delegada contra la  
Violencia sobre la Mujer*

¿Qué está sucediendo en la práctica? Según datos constatados se puede afirmar que, en términos generales, no se conceden indultos en materia de violencia de género, siendo el 15 % el porcentaje del total de peticiones que se tramitan, y en relación a ellas el grupo más numeroso de peticionarios lo constituyen los agresores condenados de nacionalidad de algunos de los países de Latinoamérica y los rumanos.

Recientemente sólo se han concedido 2 indultos que se ubicarían en el ámbito de la violencia intrafamiliar o doméstica: por un impago de pensiones en que la madre del menor había cedido la custodia y en el caso de una madre, que, ostentando la guarda y custodia del menor, se había dictado una pena de alejamiento respecto del hijo.

Como ejemplo, por algunos datos facilitados por los Fiscales Delegados de Violencia sobre la Mujer se conoce :

En Castellón se tramitaron 2 expedientes de indulto 1 en 2008 y otra en 2.009, oponiéndose el Fiscal a su concesión en ambas peticiones.

En Cádiz se tramitaron 7 peticiones, con informe desfavorable del Fiscal en la totalidad de los expedientes tramitados.

En Granada el número de peticiones alcanzó a 4. Todos ellos fueron desfavorables

En Córdoba 3 fueron los expedientes, de los que resultó un informe favorable en materia de Violencia domestica

En Reus se tramitaron 6 solicitudes, de los cuales sólo hubo un informe favorable.

En Canarias se tramitaron 8 expedientes, siendo desfavorables todos ellos salvo en un caso de un esquizofrénico que fue penado por un delito de violencia de género y un delito de incendio.

No obstante, también se conocen informes favorables a las peticiones de insulto en asuntos controvertidos.



*Fiscalía General del Estado  
Fiscal de Sala  
Delegada contra la  
Violencia sobre la Mujer*

En todos los expedientes de indulto se debe exigir el parecer de la parte ofendida y la cobertura de las responsabilidades civiles

### **CONCLUSIONES EN MATERIA DE INDULTO:**

- 1.- En todas las ocasiones conforme a lo establecido en los artículos 23.2 y 25 de la Ley de Indulto se establece la exigencia de oír al Fiscal y a la perjudicada.
- 2.- Se recuerda lo establecido en la Circular 1/2005 sobre aplicación de la reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre respecto de la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena de prisión impuesta por la comisión de los delitos de los arts. 153 y 173.2, cuando se incumplan las obligaciones o deberes del art. 83.1, 1ª y 2ª, antes referida.
- 3.- La consulta 1/94 de la FGE mantiene que el inicio de la tramitación de indulto no implica la suspensión y se atiende a una serie de coordenadas como la duración de la pena, la satisfacción de las responsabilidades civiles si es primera o no la petición sobre el mismo peticionario.
- 4.- En el caso de que un agresor condenado fuera reincidente, por haber sido penado previamente por un delito de violencia de género, se prohíbe expresamente informar favorablemente a la concesión del indulto. En el supuesto de que aún no se le pudiera considerar reincidente porque la sentencia condenatoria no hubiese alcanzado aún firmeza, se actuará con cautela, siendo prioritaria la seguridad de la víctima.



*Fiscalía General del Estado  
Fiscal de Sala  
Delegada contra la  
Violencia sobre la Mujer*

5.- Para ahondar en la especialización, sería conveniente, y siempre que por razones de servicio fuera posible- según criterio del Fiscal Jefe- que la Sección de Violencia sobre la Mujer, asumiera los informes preceptivos de la concesión o no del derecho de gracia.

## **2).- CUESTIONES DE INTERÉS:**

### **A).- ARTÍCULO 730 DE LA L.E.Cr.**

En las conclusiones del Seminario del año 2005 aprobadas por el FGE, y en relación al Derecho de Dispensa del artículo 416, se adoptó, entre otras, la siguiente conclusión:

*3.- Si la víctima se acoge a su derecho a no declarar, el Fiscal interesará la lectura de la declaración que hubiere realizado en fase de instrucción de conformidad con el art. 730 de la L.E.Cr. (que debió hacerse con asistencia del Letrado del imputado o habiendo sido citado a tal efecto y con el conocimiento por parte de la víctima de su derecho de dispensa recogido en el artículo 416 L.E.Cr.). Si por el Juez o Tribunal se denegara la lectura de dicha declaración, se hará constar la oportuna protesta y, a la vista de la sentencia, se valorará la conveniencia de interponer el correspondiente recurso.*

Esta posición que fue acogida por algunas Audiencias Provinciales, entre otras la de Madrid, ha sido totalmente desechada por el Tribunal Supremo en STS 27-1-09 y STS 10-2-08 en las que se niega que se puedan incorporar las declaraciones sumariales en el acto del juicio oral, por la vía del art. 730 L.E.crim basándose en que tal precepto no puede ser interpretado de forma extensiva, en tanto de una excepción se trata, y que presupone tal precepto que nos encontremos ante una declaración sumarial irreproducible, *“lo que no puede decirse que suceda cuando la falta de*



*Fiscalía General del Estado  
Fiscal de Sala  
Delegada contra la  
Violencia sobre la Mujer*

*declaración del testigo en el juicio oral es la legítima consecuencia del ejercicio por parte del testigo de su derecho reconocido por Ley, estando el testigo presente en las sesiones del juicio oral. Llamar a esto imposibilidad jurídica para la aplicación del art. 730 L.E.Cr es un recurso semántico que desvirtúa el precepto, se aparta de su fundamento, desnaturaliza su condición de excepción, y choca contra el legítimo ejercicio de lo diferente de declarar contra un pariente porque se opone al resultado que con ese ejercicio se pretende”.*

#### **CONCLUSIÓN RESPECTO AL ARTÍCULO 730 DE LA L.E.CR.**

Se acogen los argumentos esgrimidos en las Sentencias del TS referidas, por lo que se suprime la Conclusión referida del Seminario de Fiscales del año 2005 , reflejada al inicio de este apartado.

#### **B).- CONCURSO DE NORMAS O MEDIAL ENTRE EL MALTRATO DEL 153, AMENAZAS DEL 171 O COACCIONES DEL 174 EN RELACIÓN A LAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES DEL TIPO Y EL DELITO DE QUEBRANTAMIENTO.**

De nuevo se plantea el problema de si es posible acusar separadamente por un delito del 153-1 y 3 del C.P. cuando el delito se haya cometido con arma, en presencia de menores o en el domicilio de la víctima y además quebrantando una medida cautelar o pena de prohibición de aproximación a la víctima. En las Conclusiones del año 2006 acordamos que *“Dadas las discrepancias de criterio se considera más correcta, en base a la previsión contemplada en el artículo 8.1 y 8.3 del CP, cuando concurra el quebrantamiento de una de una pena del art. 48 CP o de medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza, la postura sustentada por la Circular*





*Fiscalía General del Estado  
Fiscal de Sala  
Delegada contra la  
Violencia sobre la Mujer*

*4/2003, con lo que se evita un supuesto de "non bis in idem". Todo ello sin perjuicio, como dispone dicha Circular, de que si la circunstancia que atrae el subtipo agravado fuera constitutiva de delito de tenencia ilícita de armas o de allanamiento de morada, se aprecie un concurso de delitos entre la figura agravada de los arts. 153, 171, 172 o 173 CP y el respectivo delito de tenencia o de allanamiento."*

Efectivamente la Circular 4/03 de la F.G.E. al respecto se manifestó en siguientes términos:

*"Si el agresor, con ocasión del incumplimiento de la medida, comete alguna infracción penal contra alguna de las personas mencionadas en el art. 173-2 del C.P. se suscita el problema del posible concurso entre el delito del art. 468-2 con el subtipo cualificado de los arts. 153 o 173. debe sostenerse que los subtipos agravados de los arts 153 o 173 excluyen condena separada del delito 468-2 estando pues ante un concurso de normas a resolver a favor de los subtipos agravados en virtud del principio de especialidad ( art. 8-1 del C.P.)".*

Pues bien en una nueva **STS 613/2009 de 2 de junio de 2009** se decanta por un concurso entre ambas infracciones; El supuesto analizado en esta sentencia es el de una agresión con armas y quebrantando una medida cautelar; el recurrente apoyado por el Fiscal que es quien desarrolla el motivo, señala que en el caso de que concurren varias de las circunstancias descritas de forma disyuntiva en el art. 153, bastará una de ellas para integrar el subtipo y la otra (quebrantamiento de medida) se penará separadamente. El TS resuelve diciendo *que "Estaríamos por tanto, no en un concurso de normas, sino en un supuesto **concurso medial**, encontrándose ambas infracciones en relación de medio a fin"*.

*"No cabe duda que el quebrantamiento de la condena efectuado por el acusado, aproximándose a la mujer de la que estaba separado, lo fue para llevar a cabo el maltrato descrito y apreciado. Resultó así objetivamente necesario, dándose lugar con ello al concurso medial previsto en el art. 77 C.P."*



*Fiscalía General del Estado  
Fiscal de Sala  
Delegada contra la  
Violencia sobre la Mujer*

### **CONCLUSIÓN RESPECTO DEL CONCURSO**

En el caso de que concurren varias de las circunstancias descritas de forma disyuntiva en el art. 153, 171 o 174 del C.P. que pudieran constituir un delito independiente ,se aplicarán las normas del concurso medial previsto en el artículo 77 del C.P. (Quebrantamiento de condena o medida cautelar , allanamiento de morada y tenencia ilícita de armas)

### **C).- SOBRE LAS NOTIFICACIONES EN LAS DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN**

Dado el incremento progresivo de las Diligencias de Investigación que, en materia de violencia sobre la Mujer, se están produciendo en las distintas Fiscalías de España, se hace necesario establecer unas pautas de actuación, en orden a asegurar la eficaz protección de la víctima.

### **CONCLUSIÓN RESPECTO DE LAS NOTIFICACIONES:**

Cuando se incoen diligencias preprocesales o de investigación de conformidad con el art. 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y 773-2 de la L.E.Cr , en atención a la peculiaridad de los delitos relativos a la violencia de genero y en aras a no incrementar el riesgo al que se hallan sometidas las víctimas de tales delitos es conveniente tomar las precauciones necesarias en relación a las citaciones y notificaciones que se deban hacer a aquellas en el curso de tales diligencias y procurar evitar que tales actos se hagan a través de telegrama o correo oficial que puedan ser interferidos por el presunto agresor poniendo así en peligro a la víctima. Para evitar tales riesgos, será aconsejable efectuar tales actos a través de vía telefónica ( al teléfono móvil particular de aquella o a su teléfono del trabajo ) levantando al efecto diligencia de constancia o a través de las



*Fiscalía General del Estado  
Fiscal de Sala  
Delegada contra la  
Violencia sobre la Mujer*

unidades de las policías locales o autonómicas (Unidad de Prevención, Asistencia y Protección contra los malos tratos a la mujer -UPAP); los agentes de tales Unidades deberán hacer tales comunicaciones de paisano y en los lugares y horarios que sean adecuados para evitar aquellos riesgos a cuyo fin en el oficio que a estos se curse se harán constar las prevenciones que los agentes han de tomar para la entrega de la citación o notificación.

### **3).-GRUPO DE TRABAJO DISTRIBUIDOS POR C.C.A.A. DESARROLLO DE LA LEY:**

#### **A).-APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 416 LECR. EN LAS DISTINTAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS.**

El Derecho de dispensa contemplado en el artículo 416 de la LECr. en virtud del cual la víctima puede acogerse a su derecho a no declarar contra su agresor constituyó uno de los objetos de debate que se llevó a cabo en el primer Seminario de Fiscales especialistas celebrado en el año 2005, ya que, entonces, se puso de manifiesto que dificultaba extraordinariamente la consecución de una sentencia condenatoria cuando la víctima se acogía a este derecho.

Ello trajo consigo que redactáramos unas conclusiones que, en su mayor parte, se encuentran vigentes, salvo la modificación, ya reflejada, en relación al artículo 730 LECr., que ya hemos expuesto en otro apartado.



*Fiscalía General del Estado  
Fiscal de Sala  
Delegada contra la  
Violencia sobre la Mujer*

Quizás sea conveniente recordarlas, con la modificación ya expuesta:

*1.- En fase de instrucción el Fiscal interesará que, con carácter previo al inicio de la prueba, se instruya a la víctima sobre el contenido del artículo 416 de la LECr. antes de prestar la declaración (aunque sea denunciante)*

*-El derecho de dispensa previsto en el citado precepto asiste a los cónyuges y a las parejas unidas por análoga relación de afectividad, siempre que ésta sea estable y con convivencia.*

*-Están excluidos los ex-cónyuges y aquellas parejas que han finalizado su relación de afectividad, así como los novios, al no ser tal relación análoga a la de matrimonio.*

*2.- En fase de juicio oral, es preciso que se instruya de nuevo a la víctima del derecho de dispensa del artículo 416 de la L.E.Cr. Si no se llevare a cabo, el Fiscal lo interesará expresamente y, si el Juez o Tribunal acordara no hacerlo, se hará constar la correspondiente protesta a efectos de recurso.*

*3- Si, en cualquiera de las fases del procedimiento, la víctima se acoge a su derecho a no declarar, el Fiscal podrá interesarse por los motivos que le inducen a ello, a fin de descartar que tal posición se deba a motivos espureos, cuidando que todo lo que alegue quede reflejado en el acta.*

Pese al contenido de estas Conclusiones la práctica nos enseña que por múltiples y variadas razones las víctimas se acogen a tal dispensa en fase de instrucción y fundamentalmente en el juicio oral, lo que supone una carencia de prueba y absoluciones en la mayoría de los casos enjuiciados.

Por ello, esta Fiscalía de Sala se ha mostrado partidaria de plantear una modificación del precepto que tendría como objeto ajustar el derecho procesal a la realidad que gira en torno a la violencia sobre la mujer y que se pudiera extender a la violencia doméstica: en aquellos supuestos en que la víctima ha dado inicio a la tramitación del procedimiento judicial, a través de la interposición de la denuncia, (y por tanto ostenta la doble condición de denunciante y víctima) poniendo en marcha el mecanismo de protección, parece incompatible que posteriormente- en cualquiera de las fases del



*Fiscalía General del Estado  
Fiscal de Sala  
Delegada contra la  
Violencia sobre la Mujer*

procedimiento penal- pueda acogerse al derecho a no declarar, sustrayendo al Fiscal de la prueba de su testimonio tan necesaria en estos delitos.

Algunas SSTs han reflejado este argumento: STS de fecha 12 de julio de 2007 y Auto de inadmisión en Recurso 716/2008 de fecha 29-01-2009, todavía no consolidadas.

La realidad muestra que la aplicación del artículo 416 no es uniforme en los distintos juzgados y Tribunales del territorio español. Pero, como se verá a continuación, no sólo dentro de una misma Comunidad Autónoma existen diferencias entre las distintas provincias que la integran, sino que, incluso en una misma provincia, o en una misma ciudad, los criterios de aplicación del derecho de dispensa, pueden variar entre los distintos juzgados o entre los juzgados y las Audiencias.

Este es el panorama:

### **PAIS VASCO:**

En **ALAVA**, este derecho se atribuye a toda mujer que tenga vínculo matrimonial o de análoga afectividad con el agresor, con independencia de que el vínculo matrimonial o análogo se encuentre o no roto. En el plenario, cuando la víctima se acoge a este derecho, los Fiscales solicitan la lectura de su declaración sumarial ex artículo 730 LECR, pero los jueces no lo admiten alegando que la misma ya consta en las actuaciones.

En **VIZCAYA**, se concede este derecho a aquellas mujeres, ya sean esposas o parejas de su agresor, que convivan, cuyo vínculo no haya roto, al tiempo de su declaración en el juicio oral. No distinguen entre víctima denunciante o no.

En **GUIPÚZCOA**, La Fiscalía solo admite la dispensa cuando la relación al tiempo de prestar declaración, la relación no se encuentra rota, es decir, exigimos que el vínculo esté vigente. Cuando se acoge a este derecho, solicitamos lectura de su declaración sumarial ex artículo 730 y se lee.



*Fiscalía General del Estado  
Fiscal de Sala  
Delegada contra la  
Violencia sobre la Mujer*

La Fiscalía en relación a la dispensa, solo la admite si la víctima no ha sido denunciante, ya que en estos casos, consideramos que al denunciar, renunció tácitamente a este derecho a no declarar.

Los jueces no comparten esta interpretación jurisprudencial.

### **ANDALUCÍA:**

Por regla general la víctima que denuncia puede acogerse al 416 LECr en todas las provincias a excepción hecha de un Juzgado de lo Penal de **MÁLAGA** y otro de **SEVILLA**. Las Audiencias de estas dos provincias mantienen ambas posturas dependiendo de la Sección que conozca del asunto. La Sección Territorial de la Fiscalía de Linares , considera no aplicable el art. 416 en estos supuestos.

En relación a la situación afectiva en la que se encontraba en el momento de los hechos denunciados o en el momento que presta la declaración de que se trate. En **GRANADA, ALMERÍA, HUELVA Y JAÉN**, por regla general se tiene en cuenta la situación afectiva en el momento de producción de los hechos. (En **JAÉN** no se admite la dispensa cuando en el momento de la declaración se trata de parejas de hecho cuya relación sentimental está rota y no existió previa convivencia) En **CÓRDOBA**, se tiene en cuenta el momento en que presta declaración la víctima. En **MÁLAGA Y CÁDIZ** se siguen ambas posturas y en **SEVILLA**, los jueces de Instrucción tienen en cuenta el momento de los hechos, pero en el momento del juicio oral, el órgano enjuiciador tiene en cuenta para valorar o no la aplicación del art. 416 LECr , la situación afectiva en ese momento.



*Fiscalía General del Estado  
Fiscal de Sala  
Delegada contra la  
Violencia sobre la Mujer*

### MADRID:

En la Fiscalía de **MADRID** cuando la víctima ha acudido voluntariamente a denunciar a las dependencias de la policía o ha solicitado la intervención policial en su propio auxilio o ha solicitado orden de protección ya no se puede acoger a la dispensa pues renunció a su derecho a no denunciar y ha provocado el procedimiento en su propia. Esta postura fue acogida por algunos Juzgados de Violencia sobre la Mujer ( 2,3,6,9) y en algunos Juzgados de lo Penal, habiéndose interpuesto recurso contra aquellas resoluciones en los que se les ofrecía tal posibilidad a las testigos víctimas denunciantes, si se nos había producido indefensión tanto contra Sentencias absolutorias dictadas en los Juzgados de lo Penal como contra resoluciones de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer; en estos momentos sólo existen dos resoluciones de la Sección 26ª de la A.P. de Madrid de 30 de septiembre de 2009 y 7 de noviembre de 2009 en las que se acoge la postura. De la Fiscalía.

### LA RIOJA:

Respecto del art. 416 en **LA RIOJA** se aplica aunque la mujer sea denunciante pues es testigo. Se extiende a todos los supuestos (matrimonio, pareja de hecho y novios). Es suficiente que se acredite una relación sentimental aunque sea de noviazgo. En los supuestos de divorcio o cese de la relación se atiende al momento en que se producen los hechos y no al del juicio oral.



*Fiscalía General del Estado  
Fiscal de Sala  
Delegada contra la  
Violencia sobre la Mujer*

### **GALICIA:**

- a) No se distingue entre testigo denunciante y no denunciante.
- b) Respecto a quien fue pareja de hecho del imputado, de haber cesado la relación no se hace instrucción del contenido del artículo por entender que no le comprende la dispensa. Como excepción, el juzgado de lo Penal nº 1 de **LUGO**, sigue el criterio opuesto.
- c) el momento que se considera para valorar la dispensa generalmente es el de la declaración.

### **ASTURIAS:**

- a) Se aplica la dispensa también al testigo denunciante, sin que se haya planteado formalmente la cuestión, por lo que a fecha de hoy no me constan pronunciamientos judiciales expresos sobre ello.
- b) Respecto a quien fue pareja de hecho de imputado, generalmente no se hace instrucción del contenido del artículo 416 por entender que no le comprende la dispensa, por desaparición de la relación personal.
- c) Con carácter general, aunque con excepciones, para valorar la operatividad de la dispensa se atiende al momento en que se presta el testimonio

### **EXTREMADÚRA:**

En **BADAJOS** tanto en el Juzgado de Violencia como en el Juzgado de lo Penal y la Audiencia se hace el ofrecimiento a los cónyuges y a las parejas de hecho, no a los novios. En el primer caso sólo decaería el derecho en casos de divorcio y en el segundo cuando la relación no estuviese vigente al tiempo de prestar declaración.





*Fiscalía General del Estado  
Fiscal de Sala  
Delegada contra la  
Violencia sobre la Mujer*

En **CACERES** tanto el Juzgado de Instrucción con funciones de Juzgado de Violencia sobre la mujer, como en el Juzgado de lo Penal. Se ofrece la dispensa tanto a cónyuges como a parejas de hecho, no así a los novios.

La Audiencia hace el ofrecimiento de dispensa si la relación está vigente al momento de prestar declaración, incluso en el caso de los cónyuges aunque no haya existido resolución en procedimiento civil relativo a la separación o divorcio.

La Audiencia Provincial ha acogido la tesis del Auto del TS de 22 de enero de 2009, de modo que considera que en el caso de que una mujer acuda voluntariamente a denunciar un hecho relativo a la violencia sobre la mujer, se entiende que ha renunciado a ese derecho de dispensa y por no debe serle hecho tal ofrecimiento.

### **BALEARES:**

En los Juzgados de violencia sobre la mujer de forma general informan siempre a las víctimas o perjudicadas del contenido del mismo, que además ya aparece impreso en las declaraciones.

Por otro lado y salvo excepciones, cuando las declaraciones tienen lugar en el Juzgado de Guardia no se le apercibe del contenido del artículo 416 del CP. Y por regla general en los Juzgados penales se atiende al momento de la declaración para efectuar en su caso la aplicación del mencionado artículo.

### **NAVARRA:**

En Navarra, el 416 se aplica cuando en el momento de la declaración continúan la relación sentimental; respecto de las agresiones mutuas se castigan a ambos por delito.



*Fiscalía General del Estado  
Fiscal de Sala  
Delegada contra la  
Violencia sobre la Mujer*

### **VALENCIA:**

Las tres provincias la aplican tanto al cónyuge como a la persona que mantiene una relación análoga de afectividad con convivencia.

La dispensa queda entendida en las tres provincias, para cónyuge y persona que convive de manera análoga, en el momento de cometerse los hechos, aunque algún Juzgado especializado les permite acogerse a la dispensa aún cuando la relación análoga haya finalizado.

### **CATALUÑA:**

En la Comunidad Autónoma de Cataluña, el hecho relativo al inicio del proceso penal por decisión voluntaria de la víctima formulando denuncia expresa, no es apreciada por los distintos Juzgados de Violencia contra la Mujer, Juzgados de lo Penal o bien Audiencias Provinciales, en orden a excluir la aplicación de la dispensa de la obligación de declarar.

El derecho contenido en el citado artículo 416 de la LECr., se advierte en todas las declaraciones que prestan, tanto a las víctimas unidas por vínculo matrimonial como a aquellas que mantienen relaciones análogas de afectividad con convivencia.

En **GERONA Y LÉRIDA**, sin embargo en las relaciones matrimoniales, se advierte a las víctimas de este derecho hasta la sentencia de divorcio, mientras que en **TARRAGONA Y BARCELONA**, cuando existe separación de los cónyuges, la víctima no tiene la facultad de acogerse a la dispensa. En todos los casos el momento de apreciación de la concurrencia o no de la dispensa lo es, cuando se presta la declaración.



*Fiscalía General del Estado  
Fiscal de Sala  
Delegada contra la  
Violencia sobre la Mujer*

### **MURCIA:**

Con algunas excepciones, en los juzgados de lo Penal de **MURCIA** se informa del derecho a los matrimonios o relaciones análogas con convivencia. No se informa en caso de divorcio ni relación ya cesada, atendiendo en este último caso, en cuanto al cese de convivencia, al momento en que se presta la declaración. La Sala, en algunas ocasiones, y tras recurso del Fiscal, ha acogido este criterio y ha ordenado la declaración de la víctima.

### **CASTILLA LA MANCHA:**

En todas las provincias se ofrece la dispensa del artículo 416 a las parejas de hecho que continúan siéndolo en el momento de prestar declaración en el juicio oral, no así a las que han dejado de serlo.

No se efectúa distinción dependiendo de si han sido o no denunciantes.

### **CANTABRIA:**

Se aplica el derecho de dispensa a todas las parejas (cónyuges y parejas de hecho), exigiendo que en el momento de prestar declaración se mantenga la relación.

### **ARAGÓN:**

Se aplica el derecho de dispensa a todas las parejas (cónyuges y parejas de hecho), exigiendo que en el momento de prestar declaración se mantenga la relación.



*Fiscalía General del Estado  
Fiscal de Sala  
Delegada contra la  
Violencia sobre la Mujer*

### CASTILLA-LEÓN:

En **VALLADOLID** no presenta problemas la aplicación del artículo 416 L.E.Cr. En **SORIA y LEÓN**, se admite la excusa también en el caso de exconyuges. En **AVILA, PALENCIA Y SALAMANCA**, se admite la excusa en todos los casos, incluyéndose los novios, exnovios, y exconyuges

### CANARIAS:

En **LAS PALMAS**, se aplica el derecho de dispensa a todas las parejas, incluso aunque se haya producido ruptura de la relación afectiva; no así a las parejas que se encuentran divorciadas. Los Juzgados de lo Penal y la Sección 5ª de **SANTA CRUZ DE TENERIFE** se informa a las víctimas del derecho si al tiempo de recibir declaración a la víctima son todavía pareja.

### CONCLUSIÓN EN TORNO AL ARTÍCULO 416 L.E.Cr.

Se mantienen las Conclusiones del Seminario del año 2005, excepción hecha de la relativa al artículo 730 LECr.( como hemos expuesto anteriormente) en tanto el Tribunal Supremo no unifique doctrina en relación a esta controvertida cuestión.



*Fiscalía General del Estado  
Fiscal de Sala  
Delegada contra la  
Violencia sobre la Mujer*

## **B).- EXIGENCIA DEL ELEMENTO INTENCIONAL EN LOS DELITOS DE MALTRATO EN LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES**

Desde el año 2007 existe la corriente jurisprudencial que apunta por degradar a falta el hecho si no se prueba por la acusación el elemento intencional de la dominación del hombre sobre la mujer y la relación especial de subordinación que se derivan de los hechos probados. O, en los casos de denuncias mutuas por lesiones recíprocas entre los miembros de la pareja o ex- pareja cuando son contendientes y se agreden mutua y recíprocamente, se concluye que existe una igualdad de armas, excluyendo el supuesto de la violencia machista y trasladando la conducta a una mera falta.

Esta cuestión ya fue abordada por la **Circular de la Fiscalía General del Estado 4/2005, de 18 de julio**, *relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género* ya se ocupó de esta cuestión, decantándose por una postura clara, en el sentido de que la LOMPICVG parte de que *“en las agresiones físicas o morales a la mujer **está latente** ese sentimiento de superioridad en la pareja del que aquéllas no son sino una forma de expresión”* y añade, *“el objeto de la LOMPIVG es la protección de la mujer frente a las agresiones sufridas como consecuencia de una relación afectiva de pareja, por tanto, en los supuestos, ciertamente excepcionales, en que el hecho no traiga su causa precisamente de esa específica relación, pues se habría producido aún cuando la misma nunca hubiera existido (v.gr. cuando la conducta agresiva se inscribe en el contexto de una mala relación empresarial o laboral entre los miembros de una pareja extinguida hace años, etc.) la tutela especial de esta Ley no será aplicable.*



*Fiscalía General del Estado  
Fiscal de Sala  
Delegada contra la  
Violencia sobre la Mujer*

Esta cuestión que debería haber quedado resuelta tras la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 59/08 de 14 de mayo de 2008, no lo ha sido y nos encontramos con idéntica situación respecto de la diversidad de pronunciamientos judiciales dependiendo del territorio donde se dicten.

Esta es la situación:

#### **PAÍS VASCO:**

En **ALAVA**, no se exige por parte de los tribunales, elemento intencional expreso, se considera que toda agresión de hombre sobre mujer es delito del artículo 153 CP, no se exige prueba de ánimo de dominación o ánimo machista. En **GUIPÚZCOA**, La Juez de VM dictó varias resoluciones donde vino exigiendo el especial animo tendencial de dominar. La Fiscalía recurrió en distintas ocasiones y la Sala nos dio la razón, indicando que en caso de ausencia de dominación, se procederá conforme a la ponderación penológica del párrafo 4º del artículo 153 CP. En **VIZCAYA**, no se exige el elemento tendencial de dominación del hombre sobre la mujer. La Sala con competencias exclusivas (la 6ª) no lo exige nunca, solo existe una sentencia de 15 de julio de 2009 de la Sección 1ª donde la sala condena por falta un supuesto de agresión de hombre sobre mujer donde no existe el especial ánimo de dominación.

#### **ANDALUCÍA:**

En **HUELVA Y GRANADA**, cuando existe mutua agresión entre los miembros de la pareja o expareja, se está condenando por delito. En **CÁDIZ**, en los supuestos antes mencionados, se está condenando por falta, confirmado por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial que es la que



*Fiscalía General del Estado  
Fiscal de Sala  
Delegada contra la  
Violencia sobre la Mujer*

conoce de los asuntos de violencia de género. En **ALMERÍA, JAÉN, CÓRDOBA, MÁLAGA Y SEVILLA** se condena por delito con alguna excepción que se encuentra pendiente de recurso.

En relación a la exigencia del elemento intencional, en ninguna de las provincias a excepción de **JAÉN** en que si se está sometiendo a prueba en la totalidad de los delitos de violencia de género.

#### MADRID:

En **MADRID** en numerosa ocasiones tanto la Sección 26ª como la 27ª de la A.P. se han pronunciado en el sentido de no ser tal elemento intencional exigencia de los tipos penales requiriendo estos solamente que se de la relación presente o pretérita de matrimonio o de análoga afectividad aún sin convivencia ente el imputado y la mujer víctima por lo que no se exige que se tenga que probar que la agresión , amenaza o coacción se cometa para dominar o ejercer o mantener una situación de deominio<sup>9</sup>, relación de poder o de desigualdad

#### LA RIOJA:

En cuanto al elemento intencional en **LA RIOJA** solo se ha dictado por el Juzgado de lo Penal nº 2 una sentencia en que se condeno en una agresión mutua por falta.

#### GALICIA:

En relación a las agresiones mutuas, se aplica con carácter general el artículo 153 del Código Penal, salvo el Juzgado de lo penal nº 1 de **LUGO** y la Audiencia Provincial de **LA CORUÑA**, que en ausencia de situación de superioridad del varón sobre su pareja, aplican el artículo 617 del Código para ambos.



*Fiscalía General del Estado  
Fiscal de Sala  
Delegada contra la  
Violencia sobre la Mujer*

### **ASTURIAS:**

Con carácter general no se estima que los tipos penales específicos incorporen tal requisito, por lo que no se exige su prueba.

En los casos de agresiones mutuas en los que no se aprecie una situación de desequilibrio entre hombre y mujer, se aplica el artículo 153 1 y 2 respectivamente. Como excepción, un Juzgado de lo Penal del territorio, aplica para ambos el párrafo segundo.

### **EXTREMADÚRA:**

En **BADAJOS**, no se exige la concurrencia de ningún tipo de elemento subjetivo ni circunstancia objetiva de dominación, de modo que en el caso de que existan agresiones recíprocas se penan como delitos de violencia de género y doméstica respectivamente. En **CACERES** no se exige ningún tipo de elemento subjetivo o circunstancia objetiva de dominación para aplicar los tipos y en el caso de agresiones recíprocas se penan como delitos de violencia de género y doméstica respectivamente.

### **VALENCIA:**

La Audiencia de **ALICANTE**, no requiere la prueba del requisito de superioridad, de la discriminación ni relación de poder del hombre sobre la mujer. Se presupone en dichos delitos. La Audiencia de **VALENCIA Y CASTELLÓN** exigen la prueba de la intencionalidad en estos delitos para considerarlos como tales, en caso contrario condenan por Falta.





*Fiscalía General del Estado  
Fiscal de Sala  
Delegada contra la  
Violencia sobre la Mujer*

### CATALUÑA:

La exigencia por los distintos órganos judiciales, del elemento intencional, relativo a una específica situación de dominación del hombre hacia la mujer, en los preceptos relativos a violencia de género, es dispar en la comunidad autónoma catalana. Mientras que en **LÉRIDA Y TARRAGONA**, la aplicación de los distintos artículos mencionados, no requiere de ningún requisito salvo el establecido en el propio tipo penal, en **GERONA**, esta situación de dominio si se requiere en los malos tratos habituales. De esta manera en los casos de riña mutua en el territorio de las tres provincias los órganos judiciales condenan por delito a ambos miembros de la pareja.

En **BARCELONA** desde hace tiempo, las sentencias dictadas por la Sección 20 de la Audiencia Provincial, exclusiva en materia de violencia de género, vienen manteniendo que las agresiones mutuas entre miembros de una pareja (matrimonio o situación análoga), suponen una situación de igualdad entre ambos, que excluye el dominio y el poder del hombre sobre la mujer, con la consiguiente degradación de la conducta a falta de lesiones del artículo 617 del Código Penal. Los Juzgados de lo Penal se han hecho eco de esta jurisprudencia, aplicándola en sus resoluciones, salvo excepciones.

### MURCIA:

Los Juzgados de lo Penal condenan por delito, no por falta. Sólo existe una sentencia reciente del Juzgado de **CARTAGENA**, que condena por falta. Se encuentra pendiente de resolver por la Audiencia el recurso que el fiscal ha interpuesto contra ella.



*Fiscalía General del Estado  
Fiscal de Sala  
Delegada contra la  
Violencia sobre la Mujer*

### **CASTILLA LA MANCHA:**

En supuestos de agresiones mutuas, en todas las provincias, salvo **GUADALAJARA**, se condena por delito.

### **CANTABRIA:**

En la totalidad de los órganos jurisdiccionales existe una tendencia clara a exigir el elemento intencional en los delitos de maltrato, así como a degradar el hecho a falta en el caso de agresiones recíprocas.

### **ARAGÓN:**

En ninguna de las tres provincias se exige prueba respecto del elemento intencional. Respecto de las agresiones mutuas, en la totalidad de las provincias se condena sistemáticamente por delito a ambos miembros de la pareja.

### **CASTILLA-LEÓN:**

En **LEÓN**, se exige dicho elemento intencional para la aplicación de los tipos penales. En el resto de provincias, no se exige tal elemento intencional para la aplicación de los diversos tipos penales.

### **CANARIAS:**

Respecto del elemento intencional en alguna ocasión aislada el Juzgado de lo Penal lo ha exigido, habiéndose recurrido la Sentencia por el Fiscal, aunque la postura general es su no exigibilidad.



*Fiscalía General del Estado  
Fiscal de Sala  
Delegada contra la  
Violencia sobre la Mujer*

Respecto de las agresiones recíprocas, se condena por delito en términos generales. Tan sólo un Juzgado de **SANTA CRUZ DE TENERIFE** (del total de 7 Juzgados) degrada el hecho a falta.

### **CONCLUSIÓN RESPECTO DEL ELEMENTO INTENCIONAL Y LAS AGRESIONES MUTUAS**

Se mantiene el criterio de la Circular de la FGE 4/2005 de 18 de julio, *relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, ya expuesto al inicio del apartado, en el sentido de considerar que *“en las agresiones físicas o morales a la mujer **está latente** ese sentimiento de superioridad en la pareja del que aquéllas no son sino una forma de expresión”*.

Respecto de las agresiones mutuas entre ambos miembros de la pareja, se mantendrá la calificación jurídica de los delitos de maltrato del art. 153 1º y 2º respectivamente.

No se degradará el hecho falta, y menos aún con carácter previo a la celebración del juicio oral para lograr una sentencia de conformidad.

### **4).-EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL EN MATERIA DE VIOLENCIA DE GÉNERO DESDE EL AÑO 2005. ASPECTOS SUSTANTIVOS Y ASPECTOS PROCESALES.**

En esta Fiscalía de Sala se hace un seguimiento minucioso de las resoluciones judiciales de la Sala Segunda del Tribunal Supremos en relación a la materia sobre violencia de género. En relación a las materias de interés (quebrantamiento consentido de pena o medida cautelar; derecho



*Fiscalía General del Estado  
Fiscal de Sala  
Delegada contra la  
Violencia sobre la Mujer*

de dispensa; elemento intencional) no podemos concluir, como sería deseable, que tras haber transcurrido más de cuatro años desde la entrada en vigor de la L.O. 1/04, se hayan resuelto por el Tribunal Supremo las cuestiones preocupantes que ya expresamos en el primer Seminario del año 2005. Los distintos pronunciamientos que se producen en el seno de la Sala Segunda pueden suscitar una sensación de inseguridad jurídica, que- con las modificaciones respecto de anteriores Conclusiones que se reflejan en este documento- nos obligan a mantener nuestras posiciones hasta que exista jurisprudencia consolidada que resuelva definitivamente alguna cuestión.

Seguidamente se reflejan los distintos pronunciamientos de la Sala 2ª en relación a los diversos apartados:

**RESPECTO A LOS QUEBRANTAMIENTOS DE PENAS O MEDIDAS CAUTELARES.**  
**PROHIBICIÓN DE APROXIMACIÓN A LA VÍCTIMA. (Art. 57.2 en relación con 48 y 468 del Cº Penal)**

A finales del año 2008, en reunión del pleno no jurisdiccional de la Sala II, celebrado el 25 de noviembre de 2008, se acordó que **“el consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad a efectos del art. 468 C.P”**.

La primera sentencia – posterior al pleno- que trata la cuestión en relación a un delito continuado de quebrantamiento de medida cautelar, es **la STS de 29 de enero de 2009** La decisión mayoritaria del Tribunal rechaza el recurso del condenado en la instancia afirmando que fue bien aplicado tal precepto sustantivo con el sustento del precitado pleno. No obstante, un voto particular mantiene una postura enfrentada al de la mayoría: Pone en duda la minoría de los magistrados *“la irrelevancia absoluta del consentimiento independientemente de las condiciones en las que el mismo fue emitido”... “la sentencia de la Audiencia ha presumido la incapacidad de consentir de la esposa”*.



*Fiscalía General del Estado  
Fiscal de Sala  
Delegada contra la  
Violencia sobre la Mujer*

El camino de la jurisprudencia en este extremo se viene andando sin ya demasiados sobresaltos habiendo tenido ocasión de pronunciarse en otros supuestos y en el sentido del ya citado pleno de noviembre del 2008.

La STS de 30 de marzo de 2009 en su F 2º resuelve la infracción de ley por la vía del art. 849 nº 1 de LECrim. en relación al quebrantamiento de medida cautelar aseverando el obligado cumplimiento de resolución impuesta por la autoridad judicial *“salvo resolución judicial legalmente fundada o concesión del indulto, pero sin que, en ningún caso, pueda quedar al arbitrio de los particulares afectados”*. En esta sentencia de forma inequívoca y contundente se afirma que el criterio de 26 de septiembre de 2005 sobre la reanudación de la convivencia y sus atipicidades, *“ya ha sido abandonada por esta Sala”*.

Así mismo STS de 24 de febrero de 2009 vuelve a hacer referencia a la relevancia que pudiera tener el consentimiento de la mujer en los casos de medida cautelar o pena, sosteniendo que ello no excluye la punibilidad en base a la idea clave al interés público en el cumplimiento de las decisiones firmes de los Tribunales, cuya obligatoriedad reconoce el art. 118 de la C.E. *“No cabe, por tanto, aceptar que el acuerdo del acusado y la víctima pueda ser bastante para dejar sin efecto el cumplimiento de la sentencia condenatoria”*

La STS de 8 de junio de 2009 se casa la sentencia de instancia que había absuelto al acusado en un supuesto incumplimiento de medida cautelar, de acuerdo con la tesis mantenida por la STS de 26 de septiembre de 2005. Nuevamente se hace hincapié en base a la sentencia de 19 de enero de 2007 que es obligado el cumplimiento de la resolución judicial *“lo que es una lógica exigencia del Estado de Derecho y, por supuesto de los principios de legalidad y de seguridad jurídica, cuya efectividad quedaría abolida si dicho cumplimiento quedase al*



*Fiscalía General del Estado  
Fiscal de Sala  
Delegada contra la  
Violencia sobre la Mujer*

***arbitrio de las personas obligadas***". El hecho enjuiciado partía de que la medida cautelar de prohibición de aproximación recaía en ambos sujetos de la pareja sentimental, manteniéndose por el Tribunal casacional que ***"es patente que ambos, al incumplir voluntariamente la citada resolución judicial, incurrieron en el tipo penal del art. 468.2 CP."***

La reciente STS de 13 de julio de 2009 se refiere nuevamente al incumplimiento de una orden de alejamiento, y respecto de el supuesto concluye: ***"La voluntad de la víctima debe reputarse irrelevante"*** dando cuatro razones básicas:

*a) El bien jurídico protegido es el principio de autoridad y además no cabe disponer por parte de la víctima de bienes jurídicos como la vida y la integridad corporal, si se entendiera que la razón última de la medida es la protección de estos bienes.*

*b) El consentimiento de la víctima no permite exonerar de responsabilidad penal a quien comete un hecho perseguible de oficio.*

*c) El derecho penal sobre violencia de género tiene unas finalidades que no se pueden conseguir si se permite a la víctima dejar sin efecto decisiones acordadas por la autoridad judicial en su favor.*

*d) La práctica diaria nos enseña que los consentimientos se prestan en un marco intimidatorio innegable, en el que la ex- pareja se conoce demasiado bien y utiliza para lograr la aceptación del otro artimañas engañosas, cuando no el recursos a sentimientos fingidos o falsas promesas.*



*Fiscalía General del Estado  
Fiscal de Sala  
Delegada contra la  
Violencia sobre la Mujer*

**.- EN CUANTO A LA DISPENSA A NO DECLARAR COMO TESTIGO. ART. 416 DE LA L.E.Cr.**

Antes de reflejar las últimas Sentencias de la Sala 2º, se recogen los siguientes Autos de Inadmisión:

a) En los supuestos del art. 416 L.E.crim. *“... la Ley hace prevalecer el respeto a la relación familiar directa sobre el fin de descubrir la verdad real para el castigo de quienes delinquieron, preservando el más absoluto de los secretos..... Dicha dispensa no imposibilita de plano la testifical en cuestión, sino que la somete al previo apercibimiento a no declarar contra el procesado... quien en caso de decidir declarar vendrá obligado a decir la verdad.”*

Nº Recurso 432/2005., fecha 27-10-05

b) Entre las personas amparadas por la dispensa (adecuando la interpretación del art. 416 L.E.crim. a la realidad social) ha de incluirse hoy en día a aquellos que mantienen vínculos de afectividad análogos al matrimonio.

*“ ... Ahora bien, cuando es la propia víctima quien formaliza la denuncia en forma espontánea y para obtener protección personal, no es aplicable el art. 416 L.E.crim. que contiene una causa de justificación para aquellos que nieguen su testimonio. Dicho de otra manera: el art. 416.1 L.E.crim., establece un derecho renunciabile en beneficio de los testigos pero no de los denunciantes espontáneos “*

Nº Recurso 716/2008., fecha 29-01-2009

c) Este tercer auto de inadmisión mantiene que la convivencia MORE UXORIO se sigue asimilando al matrimonio a los efectos del 416.1 L.E.crim. y aclara una cuestión más de las dispares interpretaciones que se venían haciendo al supeditar la excepción a declarar *“a que la situación de*



Fiscalía General del Estado  
Fiscal de Sala  
Delegada contra la  
Violencia sobre la Mujer

*pareja persista al tiempo del juicio*” en base a tales argumentos el motivo no prosperó ya que “No solo consta que los hechos se descubrieron al personarse los policías en el lugar en el que sucedieron ... sino que la víctima mostró a continuación su voluntad de denunciar, haciéndolo así, ante quien declaró como denunciante.

Nº Recurso 1145/2008, , fecha 12-2-09

La STS de 20 de febrero de 2008 se refiere a un supuesto de delito contra la salud pública. No obstante, en relación al derecho de dispensa establece: *“la prueba de cargo... ha sido la declaración de la testigo de la que se retractó en el juicio oral. Se trata de una testigo que mantenía y mantiene al tiempo del juicio oral, una relación de afectividad con el acusado y no fué advertida de la obligación de no declarar”*. Insiste y aclara el Tribunal Supremo....” .*“Así como no es preceptivo realizarlo (el derecho a la dispensa) respecto a la persona que acude a la policía en demanda de auxilio, si que es necesario realizarlo cuando, conocida la “noticia criminis”, se indague el delito”*

La STS de 20 de enero de 2009 el recurrente fue condenado en la instancia por delito de lesiones, amenazas y detención ilegal. La pareja sentimental del acusado, según el recurrente, no fue debidamente informada en el juicio oral de la dispensa del art. 416.1 L. E.Crim., sin que lo solicitara el Mº Fiscal, a pesar de que intereso la apreciación de la agravante de parentesco. Dice la sentencia *“ las declaraciones prestadas contra el procesado por los parientes que señala la Ley, sin la advertencia prevista en la L.E.crim, en cuanto no han sido prestadas con todas las garantías, deben reputarse nulas y no pueden utilizarse validamente como prueba de cargo por la vía del art. 714 L.E.crim.”*. Pero la dispensa solo es aplicable si la relación existe en el momento de prestar la declaración, pues sólo en estas condiciones se produce la colisión entre el deber de declarar y las consecuencias de los vínculos familiares y de solidaridad que unen al testigo con el acusado.” (En igual sentido STS de 8 de Abril de 2008)”





*Fiscalía General del Estado  
Fiscal de Sala  
Delegada contra la  
Violencia sobre la Mujer*

La STS de 10 de febrero de 2009 se refiere a la condena en la instancia por agresiones sexuales de un padre contra su hija menor; la denuncia del recurrente era sobre que la sentencia condenatoria se ha basado única y exclusivamente, como prueba de cargo, en las declaraciones sumariales de la hija del acusado, la cual no testificó en el acto del juicio oral, acogiéndose a la dispensa a no declarar. La menor denunció a su padre y declaró en fase sumarial contra él. No obstante su conclusión es que no ha existido prueba de cargo al no poderse valorar la declaración sumarial. Así afirma el Tribunal *“No haber hecho uso de la dispensa en la declaración sumarial no impide su ejercicio posterior en cuanto mecanismo de solución de un conflicto entre deberes que bien puede subsistir y plantearse de nuevo en otra declaración, ni entraña renuncia a optar por la abstención de declarar como testigo en el Juicio Oral”*

La STS de 26 de marzo de 2009 trata de delitos de violencia sobre la mujer, malos tratos habituales, amenazas, quebrantamiento de medida cautelar con absolución de agresiones sexuales. El fundamento jurídico II aborda el tema dando un giro a anteriores interpretaciones jurisprudenciales, de tal manera que pudiera entenderse que habiendo existido un vínculo origen de la exoneración de declarar, es indiferente que ya no exista en el momento de declarar en el Juicio Oral, ya que nos dice esta sentencia: *“... Pero 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”*.

SOBRE EL ELEMENTO INTENCIONAL EN LOS DELITOS DE LOS ARTS. 153.1, 171.4 Y 172.2 DEL CODIGO PENAL.



*Fiscalía General del Estado  
Fiscal de Sala  
Delegada contra la  
Violencia sobre la Mujer*

La Circular nº 4/2005 "Relativa a los criterios de Aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género ", en la que en su apartado sobre la función interpretativa de la citada Ley, nos expresa que el enfoque de la ley es "entender que en las agresiones físicas o morales a la mujer esta latente ese sentimiento de superioridad en la pareja del que aquellas no son sino una forma de expresión". Por ello, había que entender en base al art. 1.1. de la L.O.V.G que "la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, están implícitas en la violencia que el hombre ejerce sobre la mujer que es o ha sido su pareja".

La STS de 25 de enero de 2008, la citada resolución en base al art. 1.3 de la L.O.V.G se adentra en ese especial ánimo del que hablamos, concluyendo: " En suma se pretende imponer una situación de sumisión en contra de las convicciones de nuestra sociedad, en que la relación de pareja se rige por criterios de igualdad, tolerancia y respeto mutuo". Se inclina, por lo tanto el Tribunal Supremo en que es exigible que en estas situaciones se acredite la situación de dominio, "intencionalidad en el actuar del sujeto activo".

La STS de 6 de abril de 2009, establece: : "Por lo demás, los hechos describen una plural agresión, con resultado de traumatismos que no serían técnicamente calificables de lesiones ex art. 147 y 148 C.P., que tuvieron como víctima a la conviviente y como escenario el domicilio en común. Así, es claro que concurre el supuesto del art. 153 CP. Y no el art. 617 del mismo texto penal, que comprendería todos los elementos típicos caracterizadores de la conducta enjuiciada".



*Fiscalía General del Estado  
Fiscal de Sala  
Delegada contra la  
Violencia sobre la Mujer*

La STS de 12 de Mayo de 2009 recoge que cuando “la acción cuando la ofendida es la esposa del autor se eleva desde la condición de simple falta contra las personas del art. 617 CP. A la categoría de delito”.

La STS de 8 de junio de 2009 dice “ Si llegamos a la conclusión de que, en el presente caso, no consta que la conducta del acusado causante de las lesiones leves sufridas por su compañera... se produjeran en el contexto propio de las denominadas conductas “machistas”, de tal modo que por ello no procediera, respecto de él, configurar su conducta como constitutiva de un delito del art. 153.1 CP., resultaría un auténtico contrasentido calificar la agresión de la mujer causante de las lesiones de su compañero como constitutiva de un delito del art. 153.2 CP”.

Madrid, Diciembre de 2009

Soledad Cazorla Prieto  
Fiscal de Sala Delegada de Violencia sobre la Mujer