

VIOLENCIA DE GÉNERO Y DOMÉSTICA .CUESTIONES SUSTANTIVAS ANTE EL JUZGADO DE GUARDIA

Teresa Peramato Martín

Fiscal Adscrita a la Fiscal de Sala contra la Violencia sobre la Mujer

RESUMEN

En el presente he seleccionado algunos de los problemas a que nos enfrentamos los Fiscales en los J. de Guardia en violencia de género y doméstica. Así, me referiré a la determinación de la víctima de violencia doméstica o de género cuando la relación que une a agresor/a y agredido/a es de noviazgo o de “amantes”, para determinar las características de una relación es de esa naturaleza, cómo acreditar su existencia y cómo actuar procesalmente ante la necesidad de practicar diligencias necesarias a tal fin. Además, acreditada la relación, se nos puede plantear la cuestión de si mujer agredida transexual es víctima de violencia de género o no, no sólo a los efectos de determinar qué juzgado es competente, sino también de reconocerle en su caso la asistencia integral a que tienen derecho las mujeres víctimas de esta violencia de conformidad con la L.O.1/04.

En el marco de la violencia doméstica, en cuanto a la consideración de los ascendientes, descendientes y hermanos a que se refiere el art. 173-2 del C.P. se han producido diversas posiciones por la FGE y la Jurisprudencia que es necesario analizar y recordar, por lo que también dedico un apartado a estas víctimas.

En segundo lugar trataré la aplicación de la dispensa del art. 416 de la L.E.Cr. Haré referencia a la determinación de los sujetos con derecho a la dispensa, a la discusión sobre si es necesario que la relación subsista en el momento de la declaración, con alusión a la posición de la Fiscalía y la avalada en el reciente Acuerdo de Pleno no jurisdiccional del TS de 24 de abril. Y por último a la necesidad de informar con claridad al sujeto sobre su derecho a la dispensa.

Trataré el delito de violencia habitual en cuanto a la aplicación de circunstancias agravantes específicas del art. 173.2 apartado 2º, cuando también se le imputa al autor alguno de los delitos de los arts. 153, 171-4 o 5 o 172-2 del C.P. y a la “incompatibilidad” del delito de violencia habitual con juicio rápido. Aludiré, también, a la doctrina del TS en relación a la concurrencia de varias de las circunstancias específicas de las previstas en el art. 148 del C.P.(delito de lesiones).

Otros temas a tratar son: la preceptividad de la pena de prohibición de aproximación en todos estos delitos; los dispositivos telemáticos y el delito de quebrantamiento. En relación a este último: “quebrantamiento consentido”; sobre la “participación” de la Víctima; diligencias de instrucción necesarias para poder formular escrito de acusación y la insuficiencia de la información que facilita el Registro Central de Víctimas de Violencia Doméstica y de Género a tales efectos; concurso medial con el delitos de los arts. 153, 171, 172, 173.2, cuando además concurren otras circunstancias agravantes específicas.

SUMARIO.

1.- Introducción. 2.- Determinación de la víctima de violencia de género: referencia a novios, “amantes”, homosexuales y transexuales: 2-I. *Novios*. 2II. *Amantes*. 2.IIIi. *Homosexuales y transexuales*. 3. determinación de la víctima en la violencia doméstica. 4- Aplicación del art. 416 de la L.E.Cr: 4.I- *Posición de la circular 6/11 de la FGE en relación a la determinación de los sujetos con derecho a la dispensa y sobre la necesidad o no de que subsista la relación en el momento de prestar declaración en las diversas fases del procedimiento*. 4II.- *Otra postura mantenida en algunas resoluciones*. 4.III. *Anteproyecto del código penal procesal*. 4.IV.- *Situación derivada del Acuerdo no Jurisdiccional del Pleno del TS de 24 de abril de 2013*. 4.V- *Necesidad de advertir a la denunciante de su derecho a no denunciar o al testigo de su derecho a no declarar y las consecuencias de no hacerlo*. 5- Delito de violencia habitual: 5.I- *Concurrencia de circunstancias agravantes específicas del art. 173.2 apartado 2º, cuando también se le imputa al autor alguno de los delitos de los arts. 153, 171-4 o 5 y 172-2 del C.P.* 5.II.- *Delito de violencia habitual y juicio rápido*. 6.- Del delito de lesiones del art. 148.C.P. cuando concurren varias circunstancias agravantes específicas del precepto que tienen correspondencia con circunstancias agravantes genéricas del art. 22 del mismo texto legal. 7- La pena de prohibición de aproximación. 8- De los dispositivos telemáticos de detección de proximidad. 9.- Delito de quebrantamiento de medida o pena de prohibición de aproximación: 9.I.- *La comisión de este delito con el consentimiento de la persona protegida por la pena o medida de prohibición de aproximación*. 9.II.- *La necesidad de contar en todo caso antes de formular acusación con los testimonios necesarios para acreditar las condiciones de la prohibición y su vigencia en el momento de la aproximación denunciada*. 9.III. *Calificación del delito de quebrantamiento como delito independiente en concurso medial con el delito de maltrato, amenazas leves, coacciones leves o violencia habitual, cuando además concurren otras circunstancias agravantes específicas*

1.- INTRODUCCIÓN

Existe la percepción de que la materia relativa a la violencia doméstica y de género no entraña dificultad alguna por la sencillez de los tipos penales en las que se suele manifestar mayoritariamente. Si embargo, la complejidad deriva no tanto de la configuración objetiva y subjetiva de los tipos penales, por otra parte, en algunos casos, más complejos de lo que a primera vista pudieran parecer –estoy pensando en el delito de violencia habitual-, sino por las peculiaridades de este tipo de violencia que influyen en la disposición de las víctima y otros testigos, también vinculados al agresor, para colaborar en la investigación y acreditación de los hechos.

Efectivamente la violencia sobre la mujer y la doméstica presentan características que la hacen bien diferente a otras: es una **violencia instrumental** y por ello **discontinua**, pues sólo será ejercida cuando el maltratador la considere “necesaria” para mantener su posición de dominio, manifestándose en ciclos en los que,

precisamente por ello, se alternan momentos de aparente “normalidad” con otros de insultos, empujones, amenazas y agresiones de diversa entidad.

Ahora bien, aquellos momentos violentos producen sus **efectos de manera permanente** en las personas que los padecen, generando en ellas un temor que influye directamente en su libertad y capacidad de decisión en el día a día y también en el curso del procedimiento penal; además, es una violencia que **afecta a la víctima no sólo en su integridad física o psicológica, sino también en otras dimensiones** como son social y económica, provocando aislamiento y dependencias que las hacen más vulnerables frente al agresor.

A esta dificultad hay que añadir que la mayoría de los delitos se cometen en la más absoluta intimidad del domicilio por lo que la posibilidad de que queden impunes es mucho mayor que en aquellos otros ajenos al entramado familiar.

El objeto del presente trabajo es abordar aquellas cuestiones de naturaleza sustantiva más problemáticas a las que nos enfrentamos los Fiscales en los Juzgados de Guardia. Hemos de tener en cuenta que estas cuestiones pueden plantearse ante los Juzgados de Violencia sobre la Mujer en las horas de audiencia y durante el servicio de guardia allí donde existe- en la actualidad sólo en Madrid, Barcelona, Sevilla y Valencia- y, también, en los Juzgados de Instrucción en funciones de Guardia, no sólo en materia de violencia doméstica sino también en violencia de género, cuando actúan en sustitución de los de Violencia sobre la Mujer, allí donde no se ha establecido el servicio de guardia de los juzgados especializados.

Ello supone que a las cuestiones sustantivas relativas a los tipos penales a las que me voy a referir y su problemática en la guardia, se tendrán que enfrentar no sólo lo Fiscales especialistas en violencia sobre la mujer sino todos los Fiscales que prestan sus servicios en los Juzgados de Instrucción.

Son numerosas las cuestiones de esta naturaleza que se han planteado y que se han venido resolviendo con la experiencia y la labor de la FGE en la emisión de Circules e Instrucciones. Pero sólo alguna de ellas podrán ser aquí tratadas, por lo que procuraré referirme a aquellas que considero más relevantes:

-Determinación de la víctima de violencia de género: referencia a novios, “amantes”, homosexuales y transexuales.

-Determinación de la víctima en la violencia doméstica

-Aplicación del art. 416 de la L.E.Cr.

- Delito de violencia habitual

- Delito de lesiones del art. 148 del C.P.

- Especial referencia a la pena de prohibición de aproximación

- De los dispositivos telemáticos de detección de proximidad

- Delito de quebrantamiento de medida o pena de prohibición de aproximación.

2-DETERMINACIÓN DE LA VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO Y DOMÉSTICA EN LAS RELACIONES AFECTIVAS: REFERENCIA A NOVIOS, “AMANTES”, HOMOSEXUALES Y TRANSEXUALES.:

2-I. NOVIOS

El art. 1 de la L.O. 1/04 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género tiene por objeto luchar 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.”

Por su parte el art. 173.2 del C.P. al regular el delito de violencia habitual se refiere a la que se ejerza 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,...

La L.O. 1/04 modificó el art. 153 del C.P. para regular en el primer párrafo el maltrato ocasional sobre la esposa, pareja o novia de una relación heterosexual presente o pretérita, quedando el segundo párrafo para sancionar aquel maltrato cuando la víctima es otra persona del círculo familiar no incluido en el párrafo anterior, pudiendo serlo, por tanto, el varón cónyuge o ex cónyuge, o miembro de la pareja o ex pareja, con o sin convivencia, en una relación heterosexual, o cualquiera de los miembros de la pareja o ex pareja en una relación homosexual.

Siguiendo igual sistemática se castigan las amenazas leves en los arts. 171- 4 y 5, si bien en relación a aquellos miembros de la familia que no sea la mujer de una relación afectiva heterosexual, sólo se sancionan las amenazas leves con armas. Por otro lado, el art. 172-2 del C.P., sanciona las coacciones leves como delito si la víctima es la mujer que mantenga o haya mantenido aquellos vínculos de afectividad con el imputado varón o una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

Cuando la relación entre agresor/a y víctima es o ha sido la de matrimonio no plantea problema alguno, pues en la práctica no es negada la misma y es fácilmente demostrable su existencia a través de las correspondientes certificaciones registrales.

Tampoco plantea problemas, ni a nivel de prueba ni en cuanto a su configuración, la relación análoga al matrimonio con convivencia, sin embargo, determinar qué ha de considerarse una relación análoga de afectividad *sin convivencia*, es decir, de **noviazgo**¹, sí ha planteado problemas diversos en la práctica judicial.

¹ Esta relación fue incluida en el CP en la reforma operada por la LO 15 de 2003 pues, como dice la Circular 4/2003 de la FGE “*Los novios pasan a ser incluidos pese a la discutible fórmula empleada por el legislador al señalar «personas unidas por una análoga relación de afectividad aún sin convivencia», a lo que se añade la supresión de la mención «de forma estable» que contenía el derogado art. 153.*”

No cabe duda, y así lo dice la Circular 6/2011 “Sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la Mujer”, que *“La relación de noviazgo es una relación afectiva socialmente abierta y sometida a un cierto grado de relatividad en cuanto a los caracteres que la definen, porque, entre otras modalidades, puede tratarse de una persona que mantiene relaciones amorosas con fines matrimoniales, o puede aludir a una persona que mantiene una relación amorosa con otra, sin intención de casarse y sin convivir con ella.”* Pero en todo caso *“Son relaciones que trascienden de los lazos de amistad, afecto y confianza y que crean un vínculo de complicidad estable, duradero y con cierta vocación de futuro; distinta de la relación matrimonial y “more uxorio”, en las que se despliegan una serie de obligaciones y derechos que a los novios no les vincula, y que también de las relaciones ocasionales o esporádicas, de simple amistad o basadas en un componente puramente sexual, o que no impliquen una relación de pareja”.*

El problema en la práctica viene dado por la necesidad de probar la existencia de esa relación de noviazgo cuando es negada por el/la imputado/a. La posibilidad de que esto ocurra es muy alta toda vez que de no existir relación de noviazgo entre agresor/a y agredida/o, no sólo se produciría una alteración competencial -en materia de violencia sobre la mujer-, sino que incidiría en el tipo penal aplicable: de existir la relación estaríamos, en los supuestos más comunes, ante un delito de maltrato del art. 153-1 o 2 del C.P., o ,si la víctima es una mujer en una relación heterosexual o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, ante un delito de amenazas leves del 171-4 o de coacciones leves del art. 172-2. De no existir esa relación sólo estaríamos ante hechos constitutivos de Falta (617 y 620 -2 del C.P.).

Partiendo de la relatividad a que se refiere la Circular en cuanto a los caracteres que definen esta relación, la apreciación de esas características puede ser más lasa o menos precisa que en otras relaciones más consolidadas. Así, la referencia a relaciones estables no ha de suponer, en todo caso, que se hayan de haber prolongado más allá de un determinado tiempo; sería imposible cifrar cual es el tiempo mínimo de relación para considerar a dos personas novios. Hay relaciones muy largas en el tiempo que se limitan a encuentros esporádicos o simplemente sexuales ajenas a cualquier afecto, que es lo determinante en una relación de noviazgo y, al contrario, existen relaciones afectivas intensísimas que en el momento en que se producen los hechos, son de muy corta duración, pero que si no se hubiera producido la violencia podrían haber durado mucho más, e incluso después de la violencia los integrantes de la pareja continúan en la relación.

Hablar de que ha de concurrir un cierto compromiso de estabilidad no quiere decir que el mismo se materialice en compromisos económicos. Exigir que tengan cuantas viviendas, o cuentas ahorro comunes, o hayan dado la entrada para la compra de la vivienda, es exigir a la relación de noviazgo mucho más de lo que se le exige a las parejas con convivencia e incluso casadas, que pueden carecer de bienes o cuentas comunes e, incluso, haber hecho capítulos matrimoniales dirigidos a tal fin (separación de bienes).

Lo que se ha de demostrar, en caso de que el denunciado/a niegue la relación de noviazgo, es la existencia de esa relación de afecto intensa y análoga a la de matrimonio, a través de la declaración testifical del círculo de familiares, amigos y personas del entorno de ambas; a través de correos electrónicos; sms; fotos; facturas de viajes en pareja,...

Ello supone que si durante la guardia se plantean esas dudas, la necesidad de comprobar tales extremos derivará necesariamente en la transformación del Juicio Rápido en Diligencias Previa de conformidad con el art. 798-2-2º de la L.E.Cr. a cuyo fin el Fiscal así lo habrá de solicitar, concretando las diligencias de instrucción que considere imprescindibles para acreditar la concurrencia o no de ese elemento objetivo.

Si el atestado ha sido remitido al Juzgado de Violencia sobre la Mujer, éste mantendrá la competencia para la práctica de esas diligencias. La duda sobre la existencia de esa relación no puede motivar hasta que se dilucide, un cambio competencial.

2II.- “AMANTES”

Más problemática ha sido la inclusión de las denominadas relaciones sentimentales paralelas, es decir la consideración de víctima de violencia de género o doméstica de aquella persona, mujer u hombre, que mantiene o ha mantenido una relación de **amantes** con su agresor/a

Superadas aquellas posiciones más radicales², la Circular antes referida nos recuerda que la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse en el sentido de entender a las mujeres vinculadas por esa relación al varón agresor como merecedoras de la protección dispensada en la L.O. 1/04; concretamente en la Sentencia 510/2009 de 12 de mayo³, el TS estimó, “... que lo decisivo para que la equiparación entre el matrimonio y situaciones análogas se produzca es “que exista un cierto grado de compromiso o estabilidad, **aun cuando no haya fidelidad** ni se compartan expectativas de futuro”. Quedando por tanto excluidas del concepto de “análoga relación de afectividad” las 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 los móviles del sujeto activo de la violencia sobre la mujer”. Y añade que “La protección penal reforzada que dispensan los citados preceptos no puede excluir a parejas que, pese a su formato no convencional, viven una relación caracterizada por su intensidad emocional”.

2.III.- HOMOSEXUALES Y TRANSEXUALES

No se plantea problema alguno en relación a las parejas homosexuales, pues como la Circular 4/05 de la FGE “Relativa a los criterios de aplicación de la ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género”, nos dice “... los Sres. y Sras. Fiscales aplicarán con carácter excluyente el apartado 1º del art. 153 CP cuando el sujeto pasivo sea mujer y el sujeto activo sea hombre y entre ambos exista o haya existido una relación

² Posturas que aludían a que el reconocimiento de estas relaciones a los efectos de la aplicación de la L.O.1/04 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia sobre la Mujer o como vínculo merecedor de la especial protección penal que se dispensa a la víctimas de violencia doméstica, sería tanto como legitimar la bigamia o el adulterio; o aquellas en las que se refiere a que en estos casos no existe “paz familiar que proteger, ya que, por definición, esta relación amorosa es extraconyugal y, en todo caso, podría ser paradójico que para proteger la paz familiar se protegiera mediante estos tipos penales a la amante de alguno de los cónyuges” (Dolz Lago, Manuel Jesús. La relación de “amantes” ¿queda incluida o no en los tipos de violencia de género? Bloj Jurídico de Sepín <http://blog.sepin.es/2013/05/la-dispensa-de-la-obligacion-de-declarar-de-las-victimas-de-la-violencia-de-genero-algunas-cuestiones/>

³ En el mismo sentido lo habían hecho las Sentencias de las Audiencias Provinciales de Las Palmas de Gran Canaria, Sección 1.ª, de 17 de febrero de 2006 ; A.P. de Valencia, Sección 2.ª, n.º 622, de 24 de octubre de 2006. Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 3.ª, de 23 de junio de 2006

afectiva de pareja, aún sin convivencia. El apartado 2º de dicho artículo será de aplicación al resto de las relaciones previstas en el art. 173.2 CP, incluidas las parejas homosexuales”

Cuestión diferente es la relativa a los Transexuales. La Circular 4/05 decía que “... la dicción legal del art. 1 LO 1/2004 implica que las parejas de un mismo sexo han quedado excluidas de su ámbito de especial protección,...sí será de aplicación a las parejas de distinto sexo formadas por **transexuales reconocidos legalmente** si el agresor es el varón y la víctima la mujer.”

Sin embargo, la práctica nos ha llevado de nuevo al estudio de la posibilidad de extender la aplicación del ámbito de protección de la L.O. 1/04 a estas mujeres, a fin de evitar la discriminación que supone no reconocerles ese estatus, cuando son víctimas de violencia por parte de sus parejas masculinas y no hayan podido acceder a la modificación de la mención de su sexo y nombre en el Registro Civil o, incluso, que pudiendo hacerlo no lo hayan hecho por las circunstancias que fueren, pero reunieran todos los presupuestos para ello.

Con posterioridad a la Circular 4/05, el 17 de marzo de 2007, entró en vigor la Ley 3/2007 de 15 de marzo, “reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas”, que permite a “*Toda persona de nacionalidad española, mayor de edad y con capacidad suficiente para ello,..solicitar la rectificación de la mención registral del sexo*”⁴ y estableció los requisitos legales que desde ese momento son exigibles para ello, suprimiendo el requisito de la cirugía de reasignación sexual, en el artículo 4:

“ a. Que le ha sido diagnosticada disforia de género.

La acreditación del cumplimiento de este requisito se realizará mediante informe de médico o psicólogo clínico, colegiados en España o cuyos títulos hayan sido reconocidos u homologados en España, y que deberá hacer referencia:

1. A la existencia de disonancia entre el sexo morfológico o género fisiológico inicialmente inscrito y la identidad de género sentida por el solicitante o sexo psicosocial, así como la estabilidad y persistencia de esta disonancia.

2. A la ausencia de trastornos de personalidad que pudieran influir, de forma determinante, en la existencia de la disonancia reseñada en el punto anterior.

b. Que ha sido tratada médicamente durante al menos dos años para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado. La acreditación del cumplimiento de este requisito se efectuará mediante informe del médico colegiado bajo cuya dirección se haya realizado el tratamiento o, en su defecto, mediante informe de un médico forense especializado.”

La cuestión que se planteó la Fiscalía venía referida a aquellas mujeres transexuales que no han llevado a cabo la rectificación registral del cambio de sexo en el Registro Civil, por que no pueden -son extranjeras- o por otras razones, pero que reúnen todos los presupuestos necesarios para ello. Entendió que nada impide al juez penal apreciar la concurrencia de los requisitos materiales que permitirían la efectividad del cambio en la certificación registral (artículo 4 de la ley 3/07), con independencia de que ésta se haya producido⁵, y concluyó que “*la mujer transexual que no haya acudido al*

⁴ Art. 1.

⁵ En este sentido ya se ha pronunciado la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Málaga (Rollo nº 206/10), a través de Auto dictado el día 3 de mayo de 2010, que resuelve que una cuestión de competencia planteada por un Juzgado de Violencia sobre la mujer para la tramitación e investigación de una denuncia interpuesta por una mujer transexual (originariamente varón), contra un hombre con el que mantenía una relación sentimental, correspondía al Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Málaga.

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”.

3. DETERMINACIÓN DE LA VÍCTIMA EN LA VIOLENCIA DOMÉSTICA.

Además del varón cónyuge o unido a la autora por una relación de análoga afectividad aún sin convivencia, en las relaciones heterosexuales, y cualquiera de los miembros del matrimonio o pareja en las homosexuales, puede ser víctimas de violencia doméstica los ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces **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, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados. Éstos son los términos utilizados por el legislador en la redacción dada en el art. 173.2 del C.P., al que se remiten los arts 153 y 171-5 del mismo texto legal.

La Circular 4/2003 de la FGE, de 30 de diciembre, “Sobre nuevos instrumentos jurídicos en la persecución de la violencia doméstica”, en relación a los descendientes ascendientes o hermanos nos **decía** no se exige “ningún requisito de convivencia con el agresor ya que la mención del precepto a «que con él convivan» se refiere en exclusiva a «los menores e incapaces» como se deduce de la separación de grupos que va efectuando el precepto detrás de cada expresión «o sobre»; en consecuencia, quedan incluidos aún cuando no mediara convivencia con el agresor los ascendientes o hermanos por afinidad e, igualmente, los descendientes incluso mayores de edad aun cuando al llevar vida independiente no convivieren con el agresor.”

Pese al criterio seguido por la Fiscalía, algunas Audiencias Provinciales en diversas resoluciones, así como el Tribunal Supremo en la Sentencia de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal nº 201/2007 de 16 de marzo, aplicaron un criterio distinto, entendiendo que para calificar los hechos como constitutivos de los delitos citados entre ascendientes, descendientes y hermanos por consanguinidad o afinidad debe concurrir el requisito de convivencia.

Ello hizo que se planteara ante la FGE la Consulta nº 1/2008 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 ocasional o habitual previsto en los artículos 153 y 173-2 del Código Penal, y concluyó que “En atención a las consideraciones que se han hecho en los anteriores apartados, se puede estimar, sin hacer una interpretación forzada, ya que tiene su acomodo tanto en sentido propio de sus palabras

Para ello se basa en que la prueba médico forense practicada permite determinar que el denunciante se encuentra intervenido quirúrgicamente de cambio de sexo y presenta “una identificación acusada y persistente con el sexo femenino”. Y que “desde el punto de vista conductual y emocional el denunciante está más cerca del género femenino que del masculino”. Tras reconocer la Sala que el denunciante carece de documento oficial acreditativo de su identidad (“que por otra parte no puede tramitar según manifiesta el interesado por carecer de nacionalidad española”), no aplicar al mismo la LO 1/2004, “supone desconocer una realidad social representada por un colectivo de personas que se identifican intensamente con el otro sexo; consideraciones que en definitiva conducen a la estimación de la cuestión de competencia planteada”

como en el espíritu y finalidad de la norma, que es más acorde con el propósito de prevención y represión de la violencia doméstica, sancionar más gravemente los casos que se producen en el marco de una comunidad familiar estable que no se basa únicamente en los meros vínculos de parentesco. Es en el ámbito de la convivencia entre hermanos, ascendientes y descendientes en el que cobra un auténtico sentido la protección del miembro más débil respecto del más fuerte y evitar así situaciones basadas en relaciones de dominación”.

Siguiendo esta posición, el TS se pronunció en la Sentencia 288/12 de 19 de abril, que estimando el Recurso de Casación dijo que *“la cuestión reside, por tanto, en dilucidar si en el caso de que la víctima del maltrato es ascendiente o descendiente del autor, debe concurrir la convivencia entre sujetos activo y pasivo. La dicción del art. 173.2, al que se remite el art. 153.2 C.P. no es, ciertamente, un ejemplo de claridad. Allí se contemplan varios grupos de sujetos pasivos: a) al que sea o hubiere sido “cónyuge” y a la persona que hubiese podido estar ligada al sujeto activo por “una análoga relación de afectividad”, y, en ambos casos, con atención exclusiva a tal vínculo, que opera “aun sin convivencia”. b) Los “descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad”. Y c) menores o incapaces que convivan con aquél o que guarden cierto tipo de relación de dependencia con el cónyuge o conviviente del mismo, a personas integradas de algún otro modo en el núcleo familiar y a las que por ser especialmente vulnerables estén internadas en algún centro.*

De los del apartado a) el legislador los considera sujetos pasivos “aun sin convivencia”; los comprendidos en el apartado c) necesitan que “convivan”, o se encuentren integrados en el núcleo de su “convivencia familiar”. De los del grupo b) nada se especifica, por lo que inevitablemente esa indefinición genera la duda de la necesidad de que la víctima “conviva” o se integre en el grupo de personas donde se desarrolla la “convivencia familiar”, y es bien sabido que no cabe hacer una interpretación extensiva de la norma en contra del reo.

Por ello, la alegación del Fiscal debe ser estimada, máxime cuando viene avalada por la STS de 16 de marzo de 2007, según la cual lo cierto es que la norma -que, no se olvide, pertenece al derecho punitivo- admite otra lectura más racional y menos extensiva de su radio de acción. Se trata de asociarla al inciso precedente (1) que incluye una categoría de personas, las más golpeadas por esta clase de hechos, que, en su caso, se persiguen aún sin que medie convivencia. Y, habrá que concluir que debido a ese dato estadístico, que además guarda estrecha relación con las profundas implicaciones psico-afectivas que generalmente conlleva tal clase de vínculos sentimentales, que determinan, además, un plus de exposición de la mujer en el caso de ruptura.

Tal modo de operar del legislador obliga a entender que en el supuesto específico de los “descendientes, ascendientes o hermanos” sí se requiere convivencia para que resulte de aplicación el precepto considerado y también el del art. 153 C. Penal.”

4- APLICACIÓN DEL ART. 416 DE LA L.E.CR.

El artículo 416.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que: *“Están dispensados de la obligación de declarar:*

1.º Los parientes del procesado en línea 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, así como los parientes naturales a que se refiere el número 3 del artículo 261.

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, consignándose la contestación que diere a esta advertencia”.

El Artículo 707-1 de la Ley procesal a su vez dispone: *“Todos los testigos que no se hallen privados del uso de su razón 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”.

La aplicación de estos preceptos ha planteado diversos problemas en la práctica que referiré a continuación haciendo alusión a la posición mantenida por la Fiscalía en la Circular 6/11 y la derivada del Acuerdo no jurisdiccional del Pleno del TS de 24 de abril de 2013

4.1- POSICIÓN DE LA CIRCULAR 6/11 EN RELACIÓN A LA DETERMINACIÓN DE LOS SUJETOS CON DERECHO A LA DISPENSA Y SOBRE LA NECESIDAD O NO DE QUE SUBSISTA LA RELACIÓN EN EL MOMENTO DE PRESTAR DECLARACIÓN EN LAS DIVERSAS FASES DEL PROCEDIMIENTO.

- **No tiene derecho a la dispensa los novios:** los artículos analizados no hacen referencia a las relaciones análogas al matrimonio sin convivencia, a diferencia de lo que ocurre en los tipos penales (173.2, 153, 174, 172 y 148-5) por lo que la doctrina y la jurisprudencia vienen limitando la aplicación de la dispensa a aquellas personas que mantienen una relación matrimonial con el imputado o una relación *more uxorio*. Como recuerda la Circular 6/11, *“esta posición había sido mantenida por la jurisprudencia, incluso con anterioridad a la reforma referida, al equiparar a la relación conyugal la de convivencia de hecho (Sentencia 134/07 de 22 de febrero).*

-En relación a los cónyuges y las personas unidas por una relación análoga con convivencia, la Fiscalía, en la Circular comentada entendió que quedan excluidos quienes **ya no son cónyuges** por haber disuelto el vínculo matrimonial **o ya no son parejas** por haber cesado la convivencia. Efectivamente, otra vez comparando la redacción de los tipos penales y la de los preceptos procesales, observamos que mientras en los primeros se incluyen a aquellas personas que fuesen o hubiesen sido cónyuges o pareja, en la norma procesal sólo se hace alusión al *“cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial”* al *“procesado”* por lo que en atención a la propia literalidad del precepto y a la finalidad de la norma (artículo 3.1 del Código Civil), quedarían excluidos quienes ya no mantienen la relación conyugal o de convivencia de pareja con aquél, entendiendo que el cese de ésta última, ha de ser voluntario y no consecuencia de una disposición judicial (prisión provisional o medida cautelar de prohibición de aproximación) que se haya impuesto en contra de la voluntad de la víctima.

En cuanto a los cónyuges, dado que estos lo son hasta que se disuelve el vínculo por divorcio o nulidad matrimonial, subsistiendo éste, aun cuando estuvieren separados de hecho o judicialmente, también subsiste la dispensa, de manera que podrían acogerse a ella los cónyuges separados. Ello parece lógico, como en la Circular se apunta, si se tiene en cuenta que entre los cónyuges separados subsisten también las obligaciones civiles derivadas de la unión, como el deber de respetarse y de ayudarse mutuamente (artículo 66 del Código Civil), el deber de asistencia mutua y en concreto la obligación de alimentos (artículo 142 y 143 del CC) e, incluso, se establece un orden de prelación en relación a la reclamación de alimentos, de manera que la demanda ha de dirigirse al cónyuge antes que a los descendientes, ascendientes o hermanos (artículo 144 del CC), obligaciones derivadas de la solidaridad que precisamente se erige como el fundamento de la dispensa.⁶

⁶ Sentencias 134/2007; 1208/07; 164/08; 294/09; 160/10; 459/10 y 94/10,...

Por ello la Circular en la Conclusión Duodécima, tras recordar que no están incluidas en la aplicación del art. 416 de la L.E.Cr las relaciones de noviazgo, establece que *“Tampoco lo están las relaciones conyugales extinguidas por divorcio ni las relaciones de pareja de hecho cuando, en el momento de declarar, ya se ha producido la ruptura de la convivencia por voluntad propia”*,

En cuanto a la cuestión de si es necesario que subsistan esas relaciones en el momento de prestar declaración el testigo, la Circular referida, por las mismas razones apuntadas, entendía que la relación ha de subsistir en aquel momento pues sólo si es así, se entenderá que existe el deber de solidaridad que justifica la dispensa. Exactamente en la Conclusión Decimotercera, dice que *“Para poderse acoger a la dispensa del art. 416 de la LECr, el vínculo familiar o de afectividad que una al imputado y víctima-testigo ha de concurrir en el momento en que es llamada a prestar declaración”*.

Por otra parte, la Fiscalía de Sala contra la Violencia sobre la Mujer siempre se ha manifestado en el sentido expuesto en la Circular y, además, ha propugnado en innumerables ocasiones la necesidad de un reforma de este precepto, que a tantas situaciones de impunidad nos aboca, al menos en el sentido de que no se le otorgue la dispensa a aquellas personas a que se refiere el precepto cuando son denunciante de los hechos.

4.II.- OTRA POSICIÓN MANTENIDA EN ALGUNAS RESOLUCIONES

Pese a la postura de la Fiscalía General del Estado antes analizada, aun siendo mayoritariamente seguida, se han planteando otras en los juzgados en base a dos Sentencias- 292/09 y 459/10-, en las que el TS entendió como fundamento de la dispensa no sólo la solidaridad familiar, sino también la intimidad de las personas, reconociendo el derecho a no declarar a aquellas incluso cuando no subsista la relación por haberse divorciado los cónyuges o haber cesado en la convivencia la pareja, por afectar los hechos, precisamente, a la intimidad de ésta.

4.III. ANTEPROYECTO DEL CÓDIGO PENAL PROCESAL

El Anteproyecto del Código Penal Procesal, acoge en el art. 370-1, una posición intermedia a las dos anteriores y así, extiende la dispensa al *“...cónyuge del encausado o la persona unida al mismo por una relación de hecho análoga al matrimonio, **aunque se haya extinguido el vínculo matrimonial o haya cesado la convivencia efectiva**”* y a *“Los parientes del encausado en línea recta, por consanguinidad o afinidad, y los colaterales, hasta el tercer grado por consanguinidad y hasta el segundo grado por afinidad”*. Pero añade un último apartado en virtud del cual dispone que *“La dispensa ...no regirá para quien hubiere formulado denuncia.”*

Valorando muy positivamente la excepción incluida en relación a quien hubiere formulado denuncia, la extensión de la dispensa a las personas que ya no mantienen vinculación afectiva con el encausado -ex cónyuges o ex parejas- rompiendo por tanto con el tradicional fundamento de la dispensa, la solidaridad, no parece adecuada, y puede colocar a la víctimas de esta específica violencia en un mayor nivel de desprotección pues, por múltiples razones de diferente índole, en numerosas ocasiones se acogen a esta dispensa cuando se les ofrece la posibilidad, perjudicando así su protección y propiciando un mayor nivel de impunidad.

4.IV.-POSICIÓN DERIVADA DEL ACUERDO NO JURISDICCIONAL DEL PLENO DEL TS DE 24 DE ABRIL DE 2013

Sin embargo, y una vez conocido el anteproyecto, el TS en el Acuerdo no jurisdiccional de 24 de abril de 2013 estableció que *“La exención de la obligación de declarar prevista en el art. 416.1LECRIM alcanza a las personas que están o han estado unidas por alguno de los vínculos a que se refiere el precepto. Se exceptúan:*

a) La declaración por hechos acaecidos con posterioridad a la disolución del matrimonio o cese definitivo de la situación análoga de afecto.

b) Supuestos en que el testigo esté personado como acusación en el proceso”

Obviamente, este criterio supone un cambio sustancial en relación a la posición mantenida en la C. 6/11 de la FGE lo que provocará sin duda un nuevo pronunciamiento de ésta al respecto.

4.V- NECESIDAD DE ADVERTIR A LA DENUNCIANTE DE SU DERECHO A NO DENUNCIAR O AL TESTIGO DE SU DERECHO A NO DECLARAR Y LAS CONSECUENCIAS DE NO HACERLO.

De forma muy breve y con remisión a lo establecido por la FGE en la Circular 6/11 ya referida, solo apuntar aquí que tanto en Instrucción como en el acto del Juicio Oral cuando en el testigo concurra alguna de las relaciones a que se refiere los arts. 416 y 707, debe ser informado con claridad del derecho a no declarar; la consecuencia de no haber sido advertido será diferente según la fase procesal en la que se haya omitido tal información:

a) Si el testigo no fue advertido en la fase de instrucción de su derecho a no declarar y en el Plenario se acoge a la dispensa: carece de toda validez la declaración prestada en la instrucción (Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo 385/2007 de 10 de mayo).

b) Si el testigo no fue advertido en la fase de instrucción y en el Plenario, advertido del contenido del art. 707 de la LECr opta por declarar y ratifica: la falta de advertencia en la primera declaración no producirá ningún efecto.

c) Si el testigo no fue advertido en la fase de instrucción y en el Plenario, advertido de su derecho, cambia la versión de los hechos: no podrá someterse a contradicción al amparo del art. 714 de la LECr lo dicho en juicio con lo manifestado previamente en instrucción, dado que la primera declaración es nula.

d) Si el testigo fue advertido en la fase de instrucción y voluntariamente presta declaración y en el Plenario se acoge a su derecho a no declarar: no se podrá introducir aquella primera declaración en virtud del art. 730 o 714 de la LECr (entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo 129/2009; 160/2001; 459/2010)

e) La testigo fue advertida en la fase de instrucción y voluntariamente presta declaración y en el Plenario opta por declarar habiendo sido advertida de la posibilidad

de no hacerlo, pero rectifica la primera declaración, que fue prestada con todas las garantías: se deberán someter a contradicción aquellas de conformidad con el artículo 714 de la LECr para que el Tribunal pueda ponderar la credibilidad que le merece cada una de ellas (Sentencia del Tribunal Supremo 952/2010 de 3 de noviembre).

5- DELITO DE VIOLENCIA HABITUAL

En relación a este tipo delictivo se plantean dos problemas en la práctica uno de carácter sustantivo y otro de estrategia en los juicios rápidos, que merecen ser objeto de tratamiento en este trabajo.

5.1- CONCURRENCIA DE CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES ESPECÍFICAS DEL ART. 173.2, APARTADO 2º, CUANDO TAMBIÉN SE LE IMPUTA AL AUTOR ALGUNO DE LOS DELITOS DE LOS ARTS. 153, 171-4 O 5 Y 172-2 DEL C.P.

Como sabemos, el delito de violencia habitual establece como agravantes específicas que determinarán la aplicación de la pena en su mitad superior, las mismas que se establecen como tales y con el mismo efecto en los delitos de malos tratos-art. 153 C.P.- de amenazas leves-art. 171.4 y 5- y coacciones leves-art. 172.2-, a saber, que el delito se perpetre en presencia de menores⁷, o utilizando armas⁸, o tenga 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 de este Código o medida cautelar de igual naturaleza.

El art. 173.2. el apartado 1 dispone que este delito será sancionado *“sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica”*

La cuestión es si la circunstancia agravante puede ser tenida en cuenta tanto para agravar el acto de violencia en concreto como para agravar el delito de violencia habitual, o por el contrario ello supondría una violación del principio *nom bis in idem*. La cuestión fue tratada en la Circular 4/03 de la FGE ya mencionada en la que se decía que *“Es evidente que una misma circunstancia no puede ser tenida en consideración dos veces para agravar dos diferentes delitos. Esta misma conclusión es predicable del concurso entre las lesiones del art. 148.1 en relación con el 147 y el maltrato habitual del art. 173”*

Sentado lo anterior, hemos de determinar en cual de esos tipos penales se ha de aplicar la circunstancia agravante. Obviamente si el acto violento en el que concurrió la circunstancia ya ha sido enjuiciado, el problema está resuelto: ya no se puede tener en

⁷ DE conformidad con la Circular 4/03 de la FGE, para apreciar la agravación los menores han de estar integrados en el círculo de sujetos del art.173.2 CP, *“pues la razón de la agravación estriba en la vulneración de derechos de los menores que presencian agresiones entre personas de su entorno familiar y educativo. Es decir, no se agravará la conducta cuando ésta se perpetre en presencia de menores de edad sin vinculación alguna con el agresor y el agredido (por ejemplo agresión entre cónyuges en la vía pública presenciada por menores transeúntes). Confirma esta interpretación el hecho de que las lesiones entre extraños no se agravan cuando se cometen en presencia de menores”*

⁸ En relación a esta agravación la Circular 4/03 dice que *“Por otra parte, el subtipo agravado consistente en la utilización de armas suscita la duda de si la agravación debe extenderse a las agresiones en las que se hubieren utilizado otros medios peligrosos. La respuesta negativa viene impuesta por el principio de legalidad.*

Cuando el legislador ha querido efectuar dicha extensión lo ha hecho expresamente, como sucede, sin ánimo exhaustivo, en los arts. 148, 180 y en el propio art. 153 al referirse a la amenaza leve con armas o medios peligrosos.”

cuenta para agravar el delito de violencia habitual. Ahora bien, si todos los actos de violencia que conforman el delito del art. 173.2 están pendientes de enjuiciamiento, es importante concretar a que figura delictiva se ha de aplicar la circunstancia. Las dos alternativas posibles, como dice la Circular, son reputar cometido un delito del art. 153 en modalidad agravada en concurso real con un delito del art. 173, o bien, a la inversa, estimar cometido un delito del art. 153 simple más un delito del art. 173 en su modalidad agravada. *“Existen argumentos que apoyan esta última opción: la específica mención «alguno o algunos» recogida en el art. 173 permite aplicar la agravación en este precepto. Asimismo ésa es la solución interpretativa que ofrece el principio de alternatividad del art. 8.4 CP.”* La Circular se decanta por esta aplicación: *“En consecuencia, no cabe aplicar el subtipo agravado más que en una de las infracciones, siendo preferible en la del art. 173.2 por aplicación de las reglas 1ª y 4ª del art. 8 CP.”*

Además la Circular contempló también la posible concurrencia de la agravante específica de armas en el delito de lesiones- 148.1 del C.P.- y en el delito de violencia habitual; en este caso la Circular en base al principio de alternatividad se decantó por la calificación a tenor del tipo básico del art. 173.2 en concurso con el 147 en relación con el art. 148. 1º CP.

Ahora bien, en el caso de que concurren varias de las circunstancias agravantes específicas, en uno o en varios de los actos violentos, una de ellas bastará para agravar el delito de violencia habitual y el resto podrán aplicarse a cada uno de los actos violentos en que hayan concurrido.

5.II.- DELITO DE VIOLENCIA HABITUAL Y JUICIO RÁPIDO.

Es cierto que de conformidad con el art. 795.1.2ª a) de la L.E.Cr. éste es un delito que puede ser objeto de instrucción y enjuiciamiento por el procedimiento para el enjuiciamiento rápido, sin embargo, será difícil agotar la instrucción en el trámite del art. 797 de la L.E.Cr.

La necesidad de practicar otras diligencias para poder acreditar la habitualidad en la violencia y, en su caso, cada uno de los actos de violencia física o psíquica en que aquella se hubiera concretado, nos llevará en la mayoría de las ocasiones a solicitar la transformación en Diligencias Previas para practicar aquellas que sean necesarias a tal efecto.

Pero ello no es óbice para que en muchas ocasiones nos planteemos la posibilidad de continuar por los trámites del juicio rápido en relación al último hecho, el que ha motivado el atestado que ha originado la incoación de la Diligencias Urgentes y así, evitar que con el transcurso del tiempo, que necesariamente requiere la adecuada investigación de la violencia habitual también denunciada o puesta al descubierto en el interrogatorio de la víctima, ponga en peligro el devenir de esa acusación, causando mayor desprotección a la víctima.

Ello no debe nunca suponer renunciar a la persecución del delito de violencia habitual por lo que, si consideramos necesario continuar por los trámites del Juicio Rápido en relación al último hecho, garantizando así la protección de la víctima por la celeridad de la respuesta penal, deberemos solicitar se deduzca testimonio de todo lo actuado y la incoación de Diligencia Previas por si los hechos fueren también constitutivos de un delito de violencia habitual. Así mismo, en nuestro escrito de acusación solicitaremos que por el Juzgado de lo Penal, se remita testimonio de la

Sentencia que se dicte para su unión a las D. P que se incoen para la investigación de aquél delito pues, si fuere condenatoria, podrá tenerse en cuenta para determinar en el nuevo procedimiento, si concurre o no el requisito de la habitualidad.

6.- DEL DELITO DE LESIONES DEL ART. 148..P. CUANDO CONCURREN VARIAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES ESPECÍFICAS DEL PRECEPTO QUE TIENEN CORRESPONDENCIA CON CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES GENÉRICAS DEL ART. 22 DEL MISMO TEXTO LEGAL.

El art. 148 que fue modificado por la L.O.1/04 de MPIVG, se erige como un subtipo agravado del de lesiones del art. 147 previendo la posibilidad de castigar éstas con la pena de prisión de dos a cinco años cuando, atendiendo al resultado causado o riesgo producido, se hubieren utilizado armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o salud, física o psíquica, del lesionado; si hubiere mediado ensañamiento o alevosía; si la víctima fuere menor de doce años o incapaz.; 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; si la víctima fuera una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

El problema es determinar si es en el caso de que concurren más de una de esas circunstancias y alguna de ellas se corresponda con circunstancias genéricas del art. 22 del C.P., si éstas pueden actuar como tales, incidiendo por tanto en la dosificación de la pena prevista en el art. 148 por aplicación del art. 66 del C.P.

Esto puede ocurrir cuando siendo la víctima la mujer en alguna relaciones a que se refiere la L.O.1/04 (148.4),es agredida por su pareja o expareja con armas o un objeto peligros (148.1) o con alevosía o enseñamiento (148-2).

Son dos las teorías al respecto:

1.- Que la concurrencia de varias de las circunstancias previstas para sancionar la infracción, no puede producir otro efecto que no sea el de tenerlas en cuenta para la dosificación de la pena dentro del parámetro previsto en el precepto- de 2 a 5 años, por impedirlo el art. 67 del C.P.⁹.

2.- Que una de ellas se tendrá en cuenta para aplicar el subtipo agravado del delito de lesiones, y el resto, si tienen esa correspondencia, deberán funcionar como circunstancias agravantes genéricas. La consecuencia punitiva, en tal caso, es bien distinta pues si no concurre atenuante alguna y concurren una o dos circunstancias agravantes, por aplicación del art. 66.3 del C.P. la pena a imponer sería de 3 años, 6 meses y 1 día de prisión a 5 años, y si concurren más de dos, podría imponerse la pena superior en grado, es decir, de 5 a 7 años y 6 meses de prisión. (66.4 del C.P.)¹⁰

⁹ “Las reglas del artículo anterior no se aplicarán a las circunstancias agravantes o atenuantes que la Ley haya tenido en cuenta al describir o sancionar una infracción, ni a las que sean de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no podría cometerse”.

¹⁰ Art. 66.3: Cuando concorra sólo una o dos circunstancias agravantes, aplicarán la pena en la mitad superior de la que fije la ley para el delito.

Art. 66.4: Cuando concurren más de dos circunstancias agravantes y no concorra atenuante alguna, podrán aplicar la pena superior en grado a la establecida por la ley, en su mitad inferior.

El TS de forma reiterada se ha venido manifestando a favor de la segunda de las posiciones enunciadas y así en la Sentencia 103/07 de 16 de febrero, en un supuesto en el que la mujer había sido atacada con un cuchillo por su pareja, entendió que **“La circunstancia 4ª, que ya no es necesaria para alumbrar el subtipo, ha de actuar como genérica, si queremos que las previsiones punitivas del legislador alcancen los objetivos pretendidos por éste, incorporando al hecho todo el desvalor de aquellos aspectos que normativamente han merecido un concreto reproche desvalorativo con su traducción en la pena.**

Si las circunstancias cualificativas o complementos típicos generadores de los distintos subtipos agravados no tuvieran su correspondencia en las circunstancias modificativas genéricas, resultarían consumidas en el subtipo mismo sin posibilidad de influir de forma reglada sobre la pena, sin perjuicio de que el tribunal de instancia las pueda considerar como circunstancias del hecho a efectos de individualizarla. Pero cuando tienen su equivalencia en el catálogo de circunstancias modificativas genéricas, debe acudirse a las mismas, pues ante la posibilidad formal de actuar como subtipos o como circunstancias modificativas, configurado ya el subtipo con otra cualificación, el art. 8-4º C.P. impone la necesidad de contemplar toda la energía o virtualidad punitiva que el legislador estableció.”

Siguiendo igual criterio, en la Sentencia 728/10 de 22 de julio, el TS matizó aún más: **“El art. 148 C.P. no tipifica un solo subtipo agravado del delito básico de lesiones del art. 147, sino varios subtipos agravados, cada uno con individualidad propia por los diferentes elementos típicos que cada uno requiere y que les diferencia de los demás.**

En el caso examinado, la sentencia subsume la acción de los acusados en el subtipo primero del precepto por la utilización de instrumentos, objetos y métodos peligrosos. Esta calificación, como se dice, ha sido aceptada tanto por la acusación como por la defensa, por lo que en este trámite casacional no puede ser cuestionada. El Tribunal sentenciador no ha aplicado el art. 148.2º C.P. (“si hubiera mediado ensañamiento o alevosía”) pero no ha obviado que la agresión se produjo de manera alevosa y, en consecuencia, valora también la concurrencia de este plus de antijuridicidad, sin duda alguna concurrente. Porque no merece el mismo reproche penal la agresión con instrumentos, medios o formas concretamente peligrosos para la salud en lo que podríamos decir una agresión cara a cara, permitiendo la defensa del atacado, que si esa agresión se produce, además, alevosamente, por sorpresa y de manera súbita e inesperada, impidiendo toda posibilidad de una reacción defensiva.

Es elemental que en este segundo escenario el mayor desvalor de la acción exige también un mayor reproche, de la misma manera que en un hipotético supuesto se aplicara, por ejemplo, el subtipo agravado de ser la víctima menor de doce años o incapaz (art. 148.3º), y, además, se hubiera ejecutado la acción con alevosía o con ensañamiento.

De tal manera que no podemos aceptar la aplicación del art. 67 C.P. que propugna el recurrido, porque, según lo que hemos expresado, el subtipo agravado del art. 148.1º no requiere para la tipicidad del hecho que éste se ejecute con alevosía, ni ésta es inherente a este concreto subtipo delictivo que, repítese, es autónomo del resto de los contemplados en el precepto”

Por último en la Sentencia 418/12 de 30 de mayo, recordó que **“...la doctrina de esta Sala (SSTS. 1348/2009, de 30 de diciembre y 246/2011 de 14 de Abril, entre otras) estima que la especificidad del art. 148 del Código Penal determina que cuando concurre la circunstancia agravatoria de alevosía, pero resulta inoperante por la concurrencia del subtipo del núm. 1º (empleo de armas o medios peligrosos) dicha circunstancia debe funcionar, para alcanzar toda la eficacia punitiva que el Legislador le atribuye en el Código, como agravante genérica.”.** Y añadió que **“No existe ninguna**

norma en el Código Penal, que, ante la estructura de un tipo cualificado mixto alternativo niegue a las circunstancias que resulten anodinas o innecesarias para alumbrar dicho subtipo, la posibilidad de actuar como agravantes genéricas si realmente se hallan simultáneamente previstas en el art. 22 del Código (STS 246 /2011 de 14 de Abril), por lo que no se puede compartir la tesis de que la alevosía se haya subsumido en el subtipo agravado de lesiones del art. 148.1 CP.

Como se dice en la STS. 789/2000 de 5 de mayo, la esencia del art. 148.1º y el fundamento de la agravación de la pena que previene el precepto radica en el resultado lesivo causado en la integridad de la víctima o en el riesgo producido según los instrumentos, armas, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o salud física o psíquica del lesionado. Ejecutar la agresión de manera alevosa no se encuentra necesariamente descrito en el tipo, pues es claro que el resultado lesivo ocasionado puede producirse realizando el ataque con alevosía, pero también sin que esta circunstancia concorra, como también es perfectamente posible efectuar la agresión alevosamente sin que sea de aplicación el subtipo agravado ante la ausencia de un resultado o riesgo especialmente grave para la víctima (SSTS. 155/2005 de 15 de febrero, 1348/2009 de 30 de diciembre , 728/2010 de 22 de julio y 246/2011 de 14 de Abril).

Procede, en consecuencia, sancionar la conducta del recurrente como delito de lesiones agravadas por el uso de armas de los arts. 147 1º y 148 1º del Código Penal con la concurrencia de la agravante genérica de alevosía del art 22 1º del mismo texto legal.”

De conformidad con la reiterada posición del TS al respecto, hemos de concluir que, cuando concurren dos o más circunstancias de las previstas en el art. 148 del C.P. y alguna o varias de ellas se correspondan con las genéricas, una se tendrá en cuenta para la construcción del tipo penal agravado y las demás como circunstancias agravantes genéricas, solicitando la pena que resulte por aplicación de las normas contenidas en el art. 66 del C.P.¹¹

7- LA PENA DE PROHIBICIÓN DE APROXIMACIÓN.

Como todos sabemos el art. 57.2 establece el carácter imperativo de la pena de prohibición de aproximación en los delitos a que se refiere el párrafo 1º cuando la víctima es alguna de las referidas en el art. 173.2 del C.P.

La jurisprudencia ha sido prácticamente unánime en este aspecto pues como dice la Circular 6/11 “sólo de forma tangencial había pronunciamientos que no discuten la imposición de la pena incluso contra la voluntad de la víctima (STS 69/2006 de 20 de enero; de 19-1-2007; de 28-9-2007; 172/2009 de 24 de febrero y de 20 de abril de 2007)”.

Si embargo, la STS de 769/2009 de 22 de octubre entendió que entre los delitos previstos en el art. 57.1, no se contempla el tipo penal del delito de maltrato en el ámbito familiar, pues, razonaba, aunque se incluya dentro del Título III del Libro II "De las lesiones" y el tan citado art. 57.1 y 2 disponga su aplicación, entre otros delitos, en el de "lesiones", esta aplicación se tendría que realizar cuando la conducta típica constituya realmente un delito de lesiones, pero no cuando la acción típica sancionada se integre exactamente en una acción de maltrato de obra a otro "sin causarle lesión", constitutiva de delito. Ello motivó que la Fiscalía de Sala emitiera un oficio a todos los Fiscales Jefes, el 16 de marzo de 2010, en el que se establecía, “con marcado carácter

¹¹ Por Sentencias del TS posteriores a las comentadas, se confirmaron otras en la que se apreció la concurrencia de alguna de aquellas circunstancias como genéricas en relación al delito de lesiones del art. 148.1 del C.P, sin discusión alguna al respecto: STS 840/12 de 30 de octubre; 729/12 de 25 de septiembre.

excepcional, ponderando las circunstancias del hecho, las personales del autor y la situación de riesgo de las víctimas, la posibilidad de no interesar la pena de alejamiento del art. 57-2 en los diferentes supuestos del art. 153-1 y 2 del mismo texto legal”.

A raíz de esta comunicación se hicieron otros pronunciamientos por el TS como el de la Sentencia 703/2010 de 15 de julio, en la que estimando el recurso del Ministerio Fiscal, entendió que el “zarandeo” era un maltrato de obra, condenando en consecuencia por un delito del art. 153 1 del C.P. al imputado e imponiendo la pena de prohibición de aproximación sin fundamentación o motivación alguna que justifique la imposición de esta pena, lo que debería haberse hecho de considerarse discrecional.

Por su parte la S.T.S. 1182/2010 de 29 de diciembre, en relación al bien jurídico protegido en el art. 153 del CP fue clara diciendo que *“... el tipo penal del maltrato previsto resulta homogéneo con el tipo de lesiones del art. 148.4 del mismo texto legal, distinguiéndose sólo, tal como se ha anticipado, en la no concurrencia de un resultado lesivo que conllevara tratamiento médico. La modalidad de la acción es la misma, la base de agravación por el parentesco también y, asimismo, se vulnera en ambos casos el bien jurídico de la integridad física o la salud de la víctima”.*

Teniendo en cuenta tales pronunciamientos, así como la STC 60/2010 de 7 de octubre y la Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo (Sala Cuarta) de 15 de septiembre de 2011 que avalaron la constitucionalidad y no vulneración del Convenio Europeo de Derecho Humanos, la Fiscalía en la Circular 6/11 se pronunció de nuevo diciendo que *“no puede sostenerse el carácter discrecional de la pena en los procedimientos de violencia sobre la mujer y doméstica (art. 57.2), por lo que los Sres. Fiscales deberán solicitar siempre la pena de alejamiento de conformidad con los parámetros establecidos en el art. 57.1 del CP.”*

8- DE LOS DISPOSITIVOS TELEMÁTICOS DE DETECCIÓN DE PROXIMIDAD.

-En virtud del Acuerdo entre el Ministerio de Justicia, el Ministerio del Interior, el Ministerio de Igualdad, el CGPJ y el Ministerio Fiscal de 8 de julio de 2009 se implantó el *Protocolo de actuación para el seguimiento por medios telemáticos de las medidas de alejamiento en materia de violencia de género.*

Este dispositivo se puede instalar para el control de la ejecución de las prohibiciones de aproximación impuestas no sólo como medida cautelar, a que se refiere exclusivamente el Protocolo, sino también cuando es impuesta como pena, pues aun cuando la Ampliación del Protocolo en este sentido está pendiente de firma, se está aplicando en la práctica a toda prohibición de aproximación impuesta para la protección de las víctimas de violencia de género, **pero solamente para proteger a estas víctimas y no a otras**¹².

Pese a la claridad del Protocolo al respecto, no en pocas ocasiones, los órganos judiciales acuerdan la instalación de estos dispositivos para proteger a otras víctimas, provocando problemas por las limitaciones protocolarias referidas y las de contratación del propio servicio del control de estos dispositivos.

¹² Ello pese a que todos participemos de la opinión de que la disponibilidad de tales mecanismos debería extenderse para la efectiva protección de todas las víctimas sin distinción, cuando valoradas las circunstancias concurrentes, se advierte que existe un riesgo de que sea nuevamente atacada en sus bienes jurídicos, y que ese riesgo pudiera eludirse con la aplicación de estos dispositivos.

Por ello, la Fiscalía de Sala se emitió un oficio a todos los Fiscales Delegados para las Secciones contra la Violencia sobre la Mujer recordando que *“La posibilidad de utilización de tales mecanismos fue ampliada, si bien con carácter excepcional hasta la firma de la modificación del Protocolo, pendiente a día de hoy, al control de penas de alejamiento pero, en cualquier caso, su aplicación viene limitada al control de las medidas cautelares o penas de alejamiento impuestas en protección de víctimas de violencia de género, quedando fuera de su ámbito de aplicación otras víctimas”*.

Cuando algún órgano judicial ha solicitado la instalación de estos dispositivos para víctimas de violencia doméstica u otras ajenas a la violencia de género, la Delegación de Gobierno ha venido contestando en el sentido de que Protocolo de actuación para el seguimiento de medios telemáticos de las medidas de alejamiento en materia de violencia de género, prevé su instalación exclusivamente para víctimas de este tipo de violencia.

-La implantación de estos dispositivos, por otra parte, ha generado incidencias diversas que, toda vez puede acordarse su instalación durante el servicio de guardia, debemos abordar aquí:

1.- La efectividad del sistema hace aconsejable que la distancia marcada en la medida o pena de prohibición de aproximación no sea inferior a 500 mts. La razón fundamental es que si aquella es menor, la eficacia de los protocolos de seguridad queda mermada por una razón tan simple como es el tiempo. Si se marcan distancias muy pequeñas las posibilidades de poner en marcha a la policía y de adoptar medidas de autoprotección por parte de las víctimas se ven disminuidas por la posibilidad de que el encuentro se produzca en menos tiempo.

2.- En caso de que existan varias víctimas a proteger (mujer e hijos) no es conveniente instalar un dispositivo por cada una de ellas, dado que el imputado o condenado tendría que portar tantos dispositivos como víctimas ; si tenemos en cuenta, además, que cada dispositivo del imputado consta de dos mecanismos, el transmisor de RF (TX) -brazalete o tobillera- y la Unidad 2 Trak, supone que el usuario debería portar dos dispositivos por cada víctima, llegando en ocasiones al absurdo de que no sea posible la instalación pues el número de brazaletes es superior a 4 y sólo se pueden instalar en muñecas y tobillos. Por otra parte, al tratarse de dispositivos radiofrecuencia, la instalación múltiple puede afectar a la adecuada gestión de alarmas y alertas.

Lo conveniente, cuando además de proteger a la víctima de violencia de género sea necesario extender la protección a otras personas -normalmente de su círculo familiar-, es que en la resolución judicial en la que se imponga la medida o pena queden claramente determinadas las zonas de exclusión fijas en relación a todas y cada una de las víctimas. Con la sólo instalación de un dispositivo, el Centro Cometa, que es el centro de gestión del dispositivo, configurará el radio de actuación en relación a cada una de las zonas de exclusión establecidas en el Auto o Sentencia, dando así protección a todas las víctimas con un solo dispositivo. Es cierto que la protección en zonas de exclusión móvil, sólo quedará protegida la víctima de violencia de género, pero al abarcarse con el mismo dispositivo tantas zonas de exclusión fija como considere necesarias el juez en relación a todas las personas a proteger- domicilio, lugares de trabajo o estudio u ocio, lugares más frecuentados,...- la efectividad es muy alta.

3.- En el caso de que el usuario (imputado/condenado) desobedezca las instrucciones que se le han dado para el adecuado funcionamiento del dispositivo de una forma contumaz, podría incurrir en un delito de desobediencia a la autoridad del art. 556 del C.P., si fueron requeridos expresamente para ello al notificarle la resolución en la que se acuerda la imposición; si rompiere el brazalete, además podría incurrir en un delito o falta de daños. Esta es la posición mantenida por la Fiscalía en la Circular 6/11 en la conclusión **Decimoséptima.-** *“En los supuestos en los que imputado/condenado no colabore de forma reiterada y contumaz con el adecuado funcionamiento del dispositivo electrónico de detección de proximidad o fracture el brazalete, podría incurrir en un delito de desobediencia del art. 556 del CP siempre y cuando haya sido requerido en forma de su obligación de respetar las normas de mantenimiento y funcionamiento y de colaborar en el cumplimiento de las mismas y haya sido apercibido que, de no hacerlo así, puede incurrir en el delito referido. Además en el caso de que fracture intencionadamente el brazalete, podría haber incurrido en un delito o falta de daños (art. 263 o 625 del CP)”*

En el Anteproyecto del C.P., tras mencionar en la Exposición de motivos a la Circular 6/11 y sus razonamientos, incluye tales conductas como una modalidad del delito de quebrantamiento y así dispone que: *“468.3. 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 de multa de seis a doce meses, salvo que los hechos estuvieran ya castigados con una pena más grave por alguna otra norma de este Código.”*

Tal regulación plantea problemas que fueron debidamente expuestos por la Fiscalía de Sala especializada al FGE. Así, dado que la imposición de un dispositivo electrónico, no es una pena ni una medida cautelar¹³, la conducta en que pueda incurrir un imputado o condenado para hacer ineficaz el dispositivo que le ha sido impuesto, no supone un incumplimiento de la medida o pena a no ser que, además, se acerque a la persona protegida. En tal caso, sólo esta última conducta constituiría un delito de quebrantamiento, mientras que las acciones llevadas a cabo para burlar la efectividad del dispositivo, podrían ser constitutivas de un delito de desobediencia, cuyo bien jurídico protegido es la eficacia de la función pública, e incluso un delito o falta de daños, cuando lo que se hace es fracturar el brazalete para desprenderse de él.

Por otra parte, el Anteproyecto finaliza disponiendo que tales acciones serán castigadas con la pena de 6 a 12 meses de multa *“salvo que los hechos estuvieran ya castigados con una pena más grave por alguna norma de este Código”*, resolviendo, de forma expresa, un aparente concurso de normas penales en base al principio de alternatividad.

Partiendo de la sistemática que se sigue, en nuestra opinión erróneamente, en el Anteproyecto, los hechos sólo podrían subsumirse en otros dos tipos penales: el delito de desobediencia, que viene castigado con una pena de 3 meses a 1 año de prisión o multa de 6 a 18 meses; o un delito de daños que vendría castigado con pena de 6 meses a 24 meses de multa, en el caso de que fuere un delito menos grave o de multa de 1 a 3

¹³ Por ello, el propio art. 48 del C.P. al regular la pena de prohibición de aproximación, dispone en el párrafo 4 que el juez o tribunal podrá acordar que su *“control se realice a través de aquellos medios electrónicos que lo permitan”* y el art. 64.3.2 de la L.O. 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, del mismo modo dispone que *“Podrá acordarse la utilización de instrumentos con la tecnología adecuada para verificar de inmediato su incumplimiento”*

meses si fuere sólo constitutivo de un delito leve, según la propia redacción del anteproyecto (art. 263.1)

Esta previsión determina la inutilidad de la inclusión de este tipo penal en el delito de quebrantamiento pues, los hechos, en la mayoría de las ocasiones, será también subsumibles en un delito de desobediencia o en un delito de daños menos graves (en atención al alto valor de estos dispositivos), en ambos casos sancionados con penas más graves, lo que determinaría que nunca vendría aplicable aquél.

9.-DELITO DE QUEBRANTAMIENTO DE MEDIDA O PENA DE PROHIBICIÓN DE APROXIMACIÓN.

En relación a este tipo penal hemos de tratar por su importancia dos cuestiones:

9-I.- LA COMISIÓN DE ESTE DELITO CON EL CONSENTIMIENTO DE LA PERSONA PROTEGIDA POR LA PENA O MEDIDA DE PROHIBICIÓN DE APROXIMACIÓN.

Tras posiciones oscilantes por parte del TS (STS 1156/05; 69/07; 10/07; 775/07), el 25 de noviembre de 2008 la cuestión fue abordada por el Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, a través del Acuerdo no Jurisdiccional en el que se acordó que "el consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad a efectos del art. 468 CP". A partir de la Sentencia que se dictó en el asunto que motivó la reunión (20/09) ha sido constante en tal sentido la postura al respecto del TS (39/09; 172/09; 349/09; 14710; 60/10; 268/10; 474710; 902/10; 1065/10; 9/11; 126/11; 192/11; 260/11; 1348/11; 1010/12 de 21 de diciembre)

En relación al consentimiento de la víctima a convivir o mantener contactos con el imputado o condenado de quien se le protege a través de la medida o pena de prohibición de aproximación, se ha planteado la posibilidad de imputar a esta como cooperadora necesaria en el delito de quebrantamiento.

Al respecto la STS 1156/05 ya decía que *“que considerar a la mujer, que consiente la convivencia con posterioridad a la imposición de la pena o de la medida, coautora por cooperación necesaria del delito de quebrantamiento, produciría unos efectos perversos que no es preciso razonar, al suponer una intromisión del sistema penal intolerable en la privacidad de la pareja cuyo derecho más relevante es el derecho a vivir juntos”*

En las conclusiones del Seminario de Fiscales Delegados en Violencia sobre la Mujer del año 2005¹⁴, refrendadas por el Fiscal General del Estado, cuando nos pronunciamos como regla general en el sentido de: *“1º. Cuando el Fiscal tenga conocimiento en las Diligencias en las que se acordó la medida cautelar de prohibición de aproximación o de comunicación, de que el agresor no está cumpliendo la medida de alejamiento o incomunicación adoptada, se deducirá en todo caso, testimonio por si los hechos fueren constitutivos de un delito de quebrantamiento del art. 468 C.P.*

De igual manera se solicitará la deducción de testimonio cuando en la ejecutoria (si las prohibiciones referidas hubieren sido impuestas por sentencia firme se apreciaran indicios de comisión del delito referido (quebrantamiento de pena).

¹⁴Celebrado en Madrid los días 15 y16 de noviembre, fueron publicadas LAS CONCLUSIONES en la Memoria de la Fiscalía General del Estado correspondiente al año 2006.

En ambos casos, se actuará de la manera referida, aún cuando mediara el consentimiento de la víctima, sin perjuicio de la valoración de los hechos en la instrucción.

2º. En tales casos, es decir, cuando el quebrantamiento se haya producido con el consentimiento de la víctima, no se procederá por el Fiscal a interesar la deducción de testimonio contra ésta por el delito del art. 468 ni como autora por inducción ni por cooperación necesaria, al entender que tal conducta no es subsumible en los apartados a y b del art. 28.2 del C.P.”

Una razón lógica para apoyar la no imputación del cónyuge, pareja o pariente que consiente el incumplimiento de la prohibición por la que se le protege respecto del agresor, es que si su colaboración fuera activa y para ayudar al preso o detenido a evadir la prisión o detención, el juez podría rebajarle la pena de prisión en un grado e, incluso, sólo castigarle por los daños, intimidación o violencia ejercidas, exonerándole por tanto de la pena a imponer por el delito de quebrantamiento (art. 470 del C.P.). Si una persona que ayuda a su cónyuge, pareja, ascendiente, descendiente o hermano a huir del Centro penitenciario o comisaría en el que se encuentra preso o detenido, puede quedar exonerado de pena por su colaboración en la comisión del delito de quebrantamiento, parece razonable y de sentido común que también pueda quedar exonerada si lo que hace es aceptar contactos con el imputado o condenado a quien se le ha impuesto a la prohibición de acercarse a ella misma y en su propia protección.

Se preguntaba la Fiscal de Sala contra la Violencia sobre la Mujer, Excma. Sra. D^a Soledad Cazorla, en las Jornadas de especialistas del año 2012¹⁵: *¿Cómo vamos a efectuar penalmente un tratamiento tan diferenciador y grave en sus consecuencias ante conductas típicas tan similares y, en todo caso pudiendo ser más reprochable la ayuda a la evasión que puede quedar exonerada de reproche penal por inexigibilidad de otra conducta?, y añadía “No olvidemos que la aplicación rigurosa de la Ley no tiene porque ser necesariamente formalista, sino adecuada a la finalidad y espíritu de la norma, sin que por ello, en todo caso, se vulnere el principio de legalidad que como representantes del Mº Fiscal, debe dominar nuestra actuación junto a la imparcialidad. Nunca el legislador que con la Ley Integral en su título IV, sobre normas de naturaleza penal, quería dar una respuesta firme y contundente contra el fenómeno de la violencia sobre la mujer, podía pensar que el mero consentimiento a la reanudación de la convivencia iba a “costar” además una sanción penal a la víctima. Por ello, considero que no hay impedimento legal para utilizar este tipo privilegiado a la participación en los quebrantamientos consentidos en base a una interpretación analógica “in bonam partem”.*

Trataba, además la Fiscal de Sala, la problemática relacionada con la participación en este tipo penal, para concluir que, en último caso, de realizarse alguna imputación a la víctima sería de aplicación el art. 65.3 del C.P., respuesta penal equivalente a rebaja en un grado que como otra alternativa prevé el legislador en el art. 470 para el cooperador pariente en la evasión de presos o detenidos.

9.II.- LA NECESIDAD DE CONTAR EN TODO CASO ANTES DE FORMULAR ACUSACIÓN CON LOS TESTIMONIOS NECESARIOS PARA ACREDITAR LAS CONDICIONES DE LA PROHIBICIÓN Y SU VIGENCIA EN EL MOMENTO DE LA APROXIMACIÓN DENUNCIADA.

¹⁵ Ponencia sobre éste y otros temas en las Jornadas de especialistas en Violencia sobre la Mujer , celebradas en Madrid, los días 8 y 9 de octubre de 2012

A.- Puede ocurrir que el Registro facilite información sobre la existencia de una medida cautelar acordada que no haya sido notificada al imputado; si bien esto puede darse, en más ocasiones, cuando las medidas cautelares se acuerdan al amparo del art. 544 bis de la L.E.Cr, que no exige la celebración de una comparecencia, también puede suceder en el supuesto de la orden de protección si el imputado, citado en forma, no comparece y se celebra, no obstante, la audiencia exigida en el párrafo 4º del art. 544 ter; en estas ocasiones puede dilatarse en el tiempo la notificación a aquél de la resolución en la que se le imponen las prohibiciones, al no encontrarse en la sede del juzgado en el momento de su adopción.

Pese a ello, el art. 13.1.b del R.D. 95/10 dispone que la inscripción en el registro de la medida ha de efectuarse en el plazo máximo de 24 horas siguientes a su adopción, por lo que puede ocurrir que, en el momento de proceder a su anotación, no se haya efectuado la notificación al imputado de esas medidas.

Cierto es que el art. 10.a del R.D. 95/10 dispone que se anotará- en el plazo de 24 horas -, entre otras cosas, la fecha de adopción y la de notificación al imputado, pero este último no es un campo de obligada cumplimentación, por lo que, si aquella no se ha notificado, el Secretario Judicial, en el máximo de aquél plazo, rellenará exclusivamente la primera fecha; por lo tanto, el registro puede darnos información sobre la existencia de una medida cautelar acordada y de la fecha de su adopción, aún cuando no se haya notificado al imputado, sin que aparezca ninguna anotación en relación a la falta de notificación.

Pero es que, además, puede haber sido notificada y no aparecer este dato, por no haberse procedido a su anotación. Ello nos lleva a la conclusión de que en el caso de que no aparezca la fecha de notificación no tenemos seguridad de que ésta no se haya efectuado.

Aun cuando tales situaciones se produzcan excepcionalmente, a juicio de la Fiscalía de Sala especializada, deberían adoptarse decisiones para garantizar una información registral concreta sobre las medidas que han sido notificadas y aquellas que no lo hayan sido. Una solución sería que no se procediera a la anotación de la medida hasta que ésta sea efectivamente notificada al imputado, pero esta alternativa nos privaría de información sobre medidas cautelares acordadas, aun cuando no hayan sido notificadas, de gran validez de cara a posteriores actuaciones, por lo que consideramos que no es conveniente retrasar la anotación de la medida hasta su notificación. La solución más adecuada, en nuestra opinión, es que por parte del/la Secretario/a Judicial, se anote como observación en el Registro la falta de notificación al imputado y haga contar la anotación de la notificación cuando ésta se produzca; para evitar errores al respecto sería conveniente que el propio sistema informático, de no anotarse la fecha de notificación, le pida automáticamente al Secretario que haga la observación correspondiente al respecto.

Ante tales situaciones, el Fiscal antes de formular escrito de acusación, deberá contar con los testimonios bastantes relativos a la resolución en virtud de la cual se ha acordado la medida cautelar así como certificación por parte del Secretario/a del Juzgado correspondiente sobre la fecha de notificación y vigencia de la medida a la fecha de los hechos.

B.-En ocasiones hemos tenido conocimiento de acusaciones formuladas por el Ministerio Fiscal en el Juzgado de Guardia, en el procedimiento de Juicio Rápido –art. 800.2 de la L.E.Cr-, por un delito de quebrantamiento, contando únicamente con la información del Registro Central de Víctimas de Violencia Doméstica y de Género.

La información del Registro, de gran utilidad sin duda, puede no responder a la realidad del momento en el que un individuo sea puesto a disposición judicial por un presunto delito de quebrantamiento de medida cautelar y ello, por que puede haberse acordado el cese u otras modificaciones de la medida cautelar y no haber sido anotadas esas nuevas circunstancias en el momento en el que se produjo la aproximación o comunicación, bien porque el hecho se produce en el plazo de las 24 horas que para la anotación del cese o modificación tiene el Secretario, o bien porque se hayan producido retrasos en la anotación.

Este problema ya fue advertido en el año 2007 por lo que en las Conclusiones del Seminario de Fiscales Delegados de Violencia de Género de ese año, se acordó que *“En relación a la figura del alejamiento, como pena o medida cautelar, se constata que el Registro Central no refleja con exactitud todas las resoluciones dictadas en orden a esta decisión judicial, y en algunos casos, aún figurando, no constan las fechas de inicio y la duración de la medida o pena acordada.*

En base a que los datos pueden no ser fidedignos, a los efectos de protección de la víctima y de conocer la situación real de los implicados en los delitos relativos a violencia contra la mujer, se recomienda una especial atención por parte del Ministerio Fiscal para evitar las posibles omisiones de dichos asientos en el Registro Central.”

Por ello, para formular acusación por este hecho, no será suficiente contar con la certificación registral ni con una certificación del Secretario Judicial del Juzgado de Guardia en el que se diga que según el Registro Central de Víctimas esta medida estaba vigente a la fecha de los hechos, siendo necesario solicitar en todo caso, se adjunte a la causa testimonio bastante del auto en el que se acordó la medida cautelar, así como los posteriores que hayan incidido sobre aquella, la certificación del Secretario Judicial del Juzgado donde se tramita el procedimiento sobre la notificación de la medida al imputado y de la vigencia de la misma a la fecha de los hechos.

C.- Esto nos lleva a la tercera cuestión a tener en cuenta también en las guardias ante el presunto quebrantamiento de una medida o pena de prohibición de aproximación: determinar **si la medida cautelar acordada durante la instrucción y hasta que finalice el procedimiento por resolución firme, continúa vigente una vez dictada la sentencia en primera instancia durante la tramitación de los eventuales recursos o hasta que aquella alcance la firmeza.**

El art. 69 de la L.O. 1/04 de MPIVG, dispone que *“Las medidas de este capítulo podrán mantenerse tras la sentencia definitiva y durante la tramitación de los eventuales recursos que correspondiesen. En este caso, deberá hacerse constar en la sentencia el mantenimiento de tales medidas”.*

En las Conclusiones de los Fiscales especialistas del año 2007, ya referidas se acordó que *“3.- En las conclusiones definitivas del juicio oral el Fiscal deberá interesar, si no lo ha solicitado previamente en el escrito de acusación, que para el caso de que se dicte sentencia condenatoria se acuerde durante la tramitación de los eventuales recursos el mantenimiento de las medidas cautelares que se hayan acordado.”*

Ahora bien, el problema se plantea en aquellos supuestos en los que el órgano sentenciador no hace pronunciamiento alguno sobre el mantenimiento o cese de la

medida cautelar, en los que la solución será distinta según nos hallemos ante una sentencia en primera instancia absolutoria o condenatoria.

Si aquella fuere absolutoria y el juez no hiciera pronunciamiento expreso sobre su mantenimiento, hemos de considerar que la medida pierde su vigencia, pues desaparece uno de los presupuestos para su adopción y mantenimiento (la existencia de indicios fundados de delito).

Sin embargo, si la sentencia es condenatoria y la medida cautelar se acordó hasta que el procedimiento finalice por sentencia firme, debemos entender que la medida subsiste hasta la firmeza de aquel, pues persisten los dos presupuestos necesarios para la adopción y mantenimiento de la medida cautelar (indicios fundados de la comisión de un delito e indicios objetivos de riesgo) y, además, existe un pronunciamiento judicial en tal sentido (la medida ya fue acordada hasta finalizar el procedimiento por resolución firme).

No obstante, para evitar que interpretaciones contrarias perjudiquen a la efectiva protección de la víctima, deberemos solicitar al órgano sentenciador que se pronuncie expresamente sobre su vigencia de conformidad con el art. 69 de la L.O.1/04.

Abordando precisamente este problema, el TC en la Sentencia 16/2012 de 13 de febrero, se pronunció en el siguiente sentido:

“En efecto, la orden de protección, de acuerdo con su naturaleza de medida cautelar, tiene como presupuesto, entre otros, la razonada previsión de un hecho punible a una persona determinada, pudiéndose mantener por el Juez en tanto en cuanto subsistan las condiciones que la han justificado, en el caso de los delitos de violencia doméstica ante la existencia de una situación objetiva de riesgo para la víctima (544.ter de la Ley de enjuiciamiento criminal). Por ello, esta medida está sometida al principio de variabilidad, como instrumental del proceso penal en curso, de tal modo que el órgano judicial debe dejarla sin efecto cuando se modifiquen las circunstancias que aconsejaron su imposición.

Y es incuestionable que el momento en que se procede por el Juez al pronunciamiento de una Sentencia absolutoria representa un acontecimiento relevante en el proceso, al desaparecer en principio los indicios incriminatorios contra el acusado, por lo que la consecuencia lógica ha de ser el levantamiento de la expresada medida de protección, máxime cuando dicha medida afecta a derechos y libertades del imputado también constitucionalmente protegidos. Por ello, el mantenimiento de la orden de protección en este supuesto de sentencia absolutoria se supedita por el legislador (art. 69 de la Ley Orgánica 1/2004), como hemos visto, a que se haga constar expresamente en dicha resolución, lo que requerirá un plus de motivación al órgano judicial, desde el canon de la proporcionalidad, para justificar las razones por las que se acuerda en tales circunstancias la prórroga de la medida”

La información del RCVVDG puede no ser completa pues pese haberse efectuado por el órgano sentenciador el pronunciamiento a que se refiere el art. 69 de la L.O.1/04, el/la Secretario/a Judicial, puede haber anotado la sentencia absolutoria o condenatoria sin hacer referencia alguna en el registro a aquel pronunciamiento.

Si la Sentencia es absolutoria, en el Registro no se cancelará automáticamente la medida cautelar hasta aquella devenga firme o le sea comunicada al registro su cese; de manera que si el cese no se anota, nos aparecerá como vigente una medida cautelar que no existe salvo pronunciamiento expreso al respecto.

Ello nos lleva a reiterar la necesidad de contar, antes de formular acusación, también en estos supuestos, con el testimonio de la resolución en la que se acordó la medida cautelar y de la sentencia absolutoria no firme a fin de comprobar si aquella continua o no vigente.

D.- El cuarto problema viene dado por el hecho de que la firmeza de la sentencia condenatoria en la que se haya impuesto un pena de aproximación y, en su caso de comunicación, no supone la ejecución inmediata de las mismas sino que será necesario que por parte del Juzgado de lo Penal (sentenciador o de Ejecuciones, según los casos) o Audiencia Provincial se haya procedido a requerir para el cumplimiento de dichas penas al condenado con todos los apercibimientos necesarios.

En el Registro, de conformidad con el art. 9 del R.D.95/10, entre otros datos, se ha de anotar el número y año de la ejecutoria (letra f); la pena o penas principales y accesorias, medida de seguridad y su duración y cuantía de la multa con referencia a su duración y cuota diaria o multa proporcional (letra h), la suspensión o la sustitución (letras k y l) y las fechas de remisión definitiva de las penas y su cumplimiento (letras ñ y q).

El hecho de que figure número de ejecutoria no significa, como es obvio, que se esté ejecutando la pena de prohibición de aproximación, pero, tampoco, el que figure en el Registro que el estado de la pena es activa, e incluso cuando en el registro se ha anotado la fecha de inicio y fin del cumplimiento de la pena está puede obedecer a errores; pero es que, además, la ausencia de esta última información no significa que no se esté ejecutando la pena.

Por todas esas razones, la información del RCVVDG no será suficiente para formular acusación por un delito de quebrantamiento por lo que, a fin de acreditar la ejecución de la pena en el momento de los hechos, tendremos que procurar que conste en la causa el testimonio de la sentencia y de la firmeza, del requerimiento efectuado al condenado y de la liquidación de la pena efectuada por el Sr. Secretario.

9.III. CALIFICACIÓN DEL DELITO DE QUEBRANTAMIENTO COMO DELITO INDEPENDIENTE EN CONCURSO MEDIAL CON EL DELITO DE MALTRATO, AMENAZAS LEVES, COACIONES LEVES O VIOLENCIA HABITUAL, CUANDO ADEMÁS CONCURREN OTRAS CIRCUNSTANCIAS GARAVANTES ESPECÍFICAS

Tras la reforma del C. P. operada por la L.O. 15/2003 se planteó el problema de si en estos supuestos era aplicable el concurso entre el delito del art. 468-2 con el subtipo cualificado de los arts. 153 o 173, o por el contrario estaríamos ante un concurso de normas del art. 8 del C.P..

La Circular 4/2003 de la FGE entendió que debía sostenerse que los subtipos agravados de los arts 153 o 173 excluyen condena separada del delito del art. 468-2 al encontrarnos ante concurso de normas a resolver a favor de los subtipos agravados en virtud del principio de especialidad (art. 8-1 del C.P.).

Cuando en las jornadas de especialistas del años 2006 se trató de nuevo este tema, en las Conclusiones de ese seminario, aprobadas por el FGE, se decantaron por la segunda opción y así se dijo que *“se considera más correcta, en base a la previsión contemplada en el artículo 8.1 y 8.3 del CP, cuando concorra 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 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”* y así, se concluyó que *“De conformidad con la Circular 4/2003 de 30 de diciembre, sobre nuevos instrumentos jurídicos en la persecución de la violencia doméstica, la concurrencia de varias circunstancias*

agravantes específicas del subtipo agravado (comisión del hecho en el domicilio común o de la víctima; cometer el hecho en presencia de menores, utilización de armas, o comisión del hecho quebrantando pena o medida cautelar), no producen otro efecto que el penológico, de concretar la pena a imponer dentro de la mitad superior.”

Con posterioridad el TS en la **Sentencia 613/2009 de 2 de junio de 2009, estimo el recurso- apoyado por el Ministerio Fiscal** - en un supuesto de agresión con armas y quebrantando una medida cautelar y señaló 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. *“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.”*

Por ello, en las Conclusiones de los Fiscales especialistas en el año 2009 aprobadas por el FGE se estableció, siguiendo ese criterio que” *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.)”*