

RESUMEN JURISPRUDENCIAL TRIBUNAL SUPREMO 2021

Resumen sentencias dictadas por la Sala de lo Penal del TS de 1 de enero a 31 de diciembre de 2021

Aspectos procesales:

Declaración testigo víctima.

STS 2/2021 de 13 de enero (Roj: STS 64/2021 - ECLI:ES:TS: 2021:64). El TS analiza de nuevo la declaración de la testigo víctima en este caso en relación a una delito de agresión sexual en el ámbito de la pareja y recuerda que la existencia de contradicciones, de matices en las declaraciones de la víctima no son determinantes para dudar de la veracidad de su testimonio y, en cuanto a la violencia habitual por el que fue condenado el recurrente, desestima el recurso al entender que el agresor creó “un clima de “insostenibilidad emocional” en la familia mediante el empleo de una violencia psicológica de dominación llevada a cabo desde la violencia física, verbal y sexual, por la que ejerce esa dominación que intenta trasladar a los miembros de la familia y lo consigue de facto, tal y como consta en el resultado de hechos probados”. En cuanto a la agresión sexual entre cónyuges hace un recorrido por la doctrina sentada por el propio tribunal en relación con la inexistencia del débito conyugal.

STS 125/2021 de 11 de febrero Roj: STS 600/2021 - ECLI:ES:TS: 2021:600. El TS reitera que “la denuncia es un acto meditado, que cuesta a la víctima llevarlo a cabo, como ha dicho esta Sala Casacional con reiteración, y que desde luego no disminuye la credibilidad de la víctima ese retraso en denunciar, en el caso unos dos meses, puesto que los elementos que produce en la personalidad de la víctima añaden un sufrimiento añadido, difícilmente superable, lo que genera que se retrase, habitualmente, la presentación de denuncia.” Y concluye que la iniciación de los trámites de divorcio, adjudicación provisional de bienes gananciales, o el comienzo de una nueva relación sentimental, no pueden servir para que la denunciante, por estos mismos hechos, pierda credibilidad

STS 309/2021 de 12 de abril. Roj: STS 1318/2021 - ECLI:ES:TS: 2021:1318. El TS otra vez incide en que la declaración de la víctima puede fundar una sentencia condenatoria sin lesión de la presunción de inocencia, pero es exigible en ese caso un redoblado esfuerzo de motivación, así dice que “el hecho de que la prueba esencial fundante de la condena sea básicamente un testimonio, el de la víctima, es compatible con la presunción de inocencia”.

Están superadas épocas en que se desdeñaba esa prueba única (testimonium unius non valet), considerándola insuficiente por "imperativo legal" y no como conclusión emanada de la valoración libre y racional de un Tribunal. Esa evolución no es una concesión al defensismo o a unas ansias de seguridad que repelerían la impunidad de algunos delitos. Esa idea no puede servir de excusa para devaluar la presunción de inocencia. Las razones de la derogación de esa regla hay que buscarlas en el sistema de valoración racional de la prueba y no en un pragmatismo defensivo que obligase a relativizar o debilitar principios esenciales. La palabra de un solo testigo, sin ninguna otra prueba adicional, puede ser suficiente en abstracto para alcanzar la convicción subjetiva. Ahora bien, la exigencia de una fundamentación objetivamente racional de la sentencia hace imposible fundar una condena sobre la base de la mera "creencia" en la palabra del testigo, a modo de un acto ciego de fe. En los casos de "declaración contra declaración" (normalmente no aparecen esos supuestos de esa forma pura y desnuda, despojada de otros elementos), se exige una valoración de la prueba especialmente profunda y convincente respecto de la credibilidad de quien acusa frente a quien proclama su inocencia. Cuando una condena se basa en lo esencial en una única declaración testimonial ha de redoblar el esfuerzo de motivación fáctica. Así lo sostiene nuestra jurisprudencia a semejanza de la de otros Tribunales de nuestro entorno (por todos, doctrina del BGH). La testifical de la víctima, puede ser prueba suficiente para condenar, aunque sea exigible una motivación fáctica reforzada que muestre la ausencia de fisuras de fuste en la credibilidad del testimonio. Aquí la sentencia reviste su pronunciamiento de una especial y convincente explicación que, además, queda totalmente blindada -aunque eso resulte innecesario y casi anómalo en casación- con el visionado del plenario mediante la grabación y la percepción por ese método -que no sustituye la inmediación-, entre otras pruebas, de ese testimonio, detenido, convincente, preñado de detalles, que refleja un sentimiento más bien de pesar e incluso intento de explicación o comprensión, en las antípodas de cualquier vestigio vindicativo. Frente a él la pobreza de la negativa del acusado (a veces monosilábica), que choca frontalmente en algunos puntos con otros testimonios de terceros, carece de potencialidad convictiva". El triple test para valorar la fiabilidad del testigo víctima "son orientaciones que ayudan a acertar en el juicio, puntos de contraste que no se pueden soslayar. Pero eso no significa que cuando se cubran las tres condiciones haya que otorgar "por imperativo legal" crédito al testimonio. Ni, tampoco, en sentido inverso, que cuando falte una o varias, la prueba ya no pueda ser valorada y, ex lege, por ministerio de la ley -o de la doctrina legal en este caso-, se considere insuficiente para fundar una condena.

STS 351/2021 de 28 de abril (STS 1732/2021 - ECLI:ES:TS:2021:1732).

En esta sentencia en la que se incide en la valoración de la declaración de la testigo víctima (STS309/21), en la “indefensión aprendida y despersonalización que ha inducido en la víctima mediante la progresión de su maltrato habitual” en relación a los atentados a la libertad sexual de la víctima a los efectos de calificarlos como de agresión sexual; en la imposibilidad de aplicar la continuidad delictiva recordando la doctrina sentada en las SSTS 351/2018, de 11 de julio, 463/2006, de 27 de abril y 305/2017, de 27 de abril y en la doctrina reiterada sobre los presupuesto y naturaleza de la agravante de parentesco y compatibilidad con la agravante de género.

STS 753/2021 de 7 de octubre, Roj: STS 3704/2021 - ECLI:ES:TS:2021:3704

En el F.J. 3º se dice que “la declaración de la víctima no es prueba indiciaria sino prueba directa y ha sido admitida como prueba de cargo tanto por la doctrina del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional (cfr. por todas, SSTC 201/89, 173/90 y 229/91). Esto no quiere decir que la existencia de esa declaración se convierta por sí misma y automáticamente en prueba de cargo suficiente, pues, como todas, está sometida a la valoración del Tribunal sentenciador.

Así el Tribunal Supremo parte de que las declaraciones de la víctima no son asimilables totalmente a las de un tercero, por ello cuando el Tribunal Constitucional respetando, con buen criterio, el ámbito de exclusividad de la potestad jurisdiccional penal constitucionalmente atribuidos a jueces y tribunales ordinarios, señala que la declaración de la víctima o denunciante puede ser prueba hábil para desvirtuar la presunción de inocencia, incumbiendo su valoración al tribunal sentenciador, ello no significa, desde luego, que con dicha declaración quede automáticamente desvirtuada la presunción de inocencia, en el sentido de que se invierta la carga de la prueba, dándose ya por probada la acusación e incumbiendo al acusado desvirtuar su presunta presunción de certeza de la acusación formulada, sino únicamente que dicha prueba no es inhábil a los efectos de su valoración como una prueba más, por el tribunal sentenciador, el cual debe aplicar obviamente, en esta valoración, criterios de razonabilidad que tengan en cuenta la especial naturaleza de la referida prueba.

Testigos de Referencia:

La STS 753/2021 citada en el apartado anterior, recuerda que “la doctrina de este Tribunal sobre el testimonio de referencia puede ser uno de los actos de prueba en los que fundar una decisión condenatoria. Pero, como se ha declarado reiteradamente, se trata de un medio que puede despertar importantes recelos o reservas para su aceptación sin más como medio apto para desvirtuar la presunción de inocencia.

Partiendo de esta base hemos dicho que la validez probatoria del testigo de referencia se halla condicionada por la plenitud del derecho de defensa, de modo que, en la medida en que el recurso al testigo de referencia impidiese el examen contradictorio del testigo directo, resultaría constitucionalmente inadmisibile, pues en muchos casos supone eludir el oportuno debate sobre la realidad misma de los hechos, además de con llevar una limitación obvia de las garantías de inmediación y contradicción en la práctica de la prueba (SSTC217/1989, de 21 de diciembre; 97/1999, de 31 de mayo; 209/2001, de 22 de octubre; 155/2002, de 22 de julio; y 219/2002, de 25 de noviembre).

Esta es también la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH de 19 de diciembre de 1990, caso Delta; de 19 de febrero de 1991, caso Isgrò; y de 26 de abril de 1991, caso Asch).

Tal como textualmente afirmamos en la STC 155/2002, de 22 de julio, de un lado, incorporar al proceso declaraciones testificales a través de testimonios de referencia implica la elusión de la garantía constitucional de inmediación de la prueba al impedir que el Juez que ha de dictar Sentencia presencie la declaración del testigo directo, privándole de la percepción y captación directa de elementos que pueden ser relevantes en orden a la valoración de su credibilidad (STC 97/1999, de 31 de mayo; en sentido similar, SSTC 217/1989, de 21 de diciembre; 79/1994, de 14 de marzo; 35/1995, de 6 de febrero y 7/1999, de 8 de febrero).

De otro, supone soslayar el derecho que asiste al acusado de interrogar al testigo directo y someter a contradicción su testimonio, que integra el derecho al proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE (específicamente STC 131/1997, de 15 de julio; en sentido similar, SSTC 7/1999, de 8 de febrero y 97/1999, de 31 de mayo) y que se encuentra reconocido expresamente en el párrafo 3 del art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos como una garantía específica del derecho al proceso equitativo del art. 6.1 del mismo (STEDH de 19 de diciembre de 1990, caso Delta).

El recurso al testigo de referencia ha de quedar limitado, por lo tanto, a aquellas situaciones excepcionales de imposibilidad real y efectiva de obtener la declaración del testigo directo y principal (SSTC 79/1994, de 14 de marzo; 68/2002, de 21 de marzo; 155/2002, de 22 de julio y 219/2002, de 25 de noviembre).

Por ello si el valor del testimonio de referencia es el de prueba complementaria para reforzar lo acreditado por otros elementos probatorios o bien el de una prueba subsidiaria para ser considerada solamente cuando es imposible acudir al testigo directo porque se desconozca su identidad, haya fallecido, o por cualquier otra circunstancia que hará imposible su declaración testifical.

No obstante, la testifical de referencia si puede formar parte del acervo probatorio en contra del reo, siempre que no sea la única prueba de cargo sobre el hecho enjuiciado y siempre con independencia de la posibilidad o no de que el testigo directo puede deponer o no en el juicio oral. El testigo de

referencia podrá ser valorado como prueba de cargo -en sentido amplio- cuando sirva para valorar la credibilidad y fiabilidad de otros testigos -por ejemplo testigo de referencia que sostiene sobre la base de lo que le fue manifestado por un testigo presencial, lo mismo o lo contrario, o lo que sostiene otro testigo presencial que si declara en el plenario-, o para probarla existencia o no de corroboraciones periféricas -por ejemplo, para coadyuvar a lo sostiene el testigo único-.

Ello no obsta, tampoco, para que el testigo de referencia pueda valorarse, como cualquier otro testigo, en lo que concierne a hechos objeto de enjuiciamiento que haya apreciado directamente, dado que el testimonio de referencia puede tener distintos grados, según que el testigo narre lo que personalmente escuchó y percibió -auditio propio- o lo que otra persona le comunicó -auditio alieno- y en algunos de percepción directa, la prueba puede tener el mismo valor para la declaración de culpabilidad del acusado que la prueba testifical directa -SSTC. 146/2003, 219/2002, 155/2002, 209/2001-."

Posibilidad de recurrir la sentencia la víctima no personada:

STS 251/2021 de 17 de marzo. Roj: STS 1228/2021 - ECLI:ES:TS:2021:1228. El TS estima el recurso del Ministerio Fiscal pues, ningún obstáculo existe, y ese parece ser el designio del Legislador, para que una víctima de violencia de género, disconforme con el resultado de una sentencia en la que no ha estado personada, pueda recurrirla, todo ello sin perjuicio de los límites que puedan derivarse de su personación tardía en orden a la práctica de nuevas pruebas, planteamiento de cuestiones nuevas, etc., ya que lo que no puede admitirse es que una intervención procesal tardía pueda tener como efecto la retroacción de actuaciones o el planteamiento de peticiones o excepciones que puedan menoscabar los legítimos derechos de la defensa.

Aspectos sustantivos.

Anuimus necandi

STS 418/21 de 10 de mayo. Roj: STS 2171/2021 - ECLI:ES:TS:2021:2171. Analiza la doctrina sobre los criterios básicos y complementarios, no excluyentes, para la determinación del ánimo homicida.

Alevosía

STS 59/2021 de 27 de enero. Roj: STS 458/2021 - ECLI:ES:TS:2021:458.

En esta ocasión el TS confirmó la condena por delito de asesinato con la agravante de discriminación por razón de género. En cuanto a la concurrencia de la alevosía recuerda que concurre en todos aquellos supuestos en los que por el modo de llevarse a efecto la agresión quede de manifiesto la intención

del agresor de cometer el delito eliminando el riesgo que pudiera proceder de la defensa que pudiera hacer la víctima; que el núcleo de la alevosía se encuentra en el aniquilamiento de las posibilidades de defensa; o bien en el aprovechamiento de una situación de indefensión, cuyos orígenes son indiferentes. “Resumiendo, hay alevosía si el autor busca directamente que la víctima no pueda defenderse, o si se aprovecha de una situación en que tal circunstancia es consustancial con la imposibilidad de defensa. Lo primero si utiliza armas que, por su potencialidad, impidan naturalmente cualquier defensa del ofendido; o si lleva a cabo el ataque de forma proditoria, o con emboscada, o bien de manera sorpresiva. Lo segundo, si el autor se aprovecha de la situación de desvalimiento de la víctima, o de un ambiente en que naturalmente la persona que va a ser atacada se encuentre totalmente desprevenida”. STS 100/21 de 5 de febrero. Roj: STS 438/2021 - ECLI:ES:TS:2021. En esta ocasión el tribunal recuerda que no existe incompatibilidad entre la agravante genérica de alevosía (art. 22.1 CP) y el tipo agravado de lesiones (art. 148.1 CP) y que el empleo de armas o instrumentos peligrosos es perfectamente concebible sin una actuación alevosa y, a la inversa, la agresión alevosa no tiene por qué conllevar el empleo de tales armas. El tipo agravado de lesiones a que se refiere el art. 148.1 del CP presenta una neta significación instrumental, basada en la peligrosidad objetiva del medio empleado. Por el contrario, la alevosía implica una estrategia comisiva que busca, ante todo, el aseguramiento de la ejecución (cfr. STS 850/2007, 10 de octubre). Así mismo recuerda la doctrina sobre la aplicación de la agravante genérica de alevosía cuando concurre alguna otra de las específicas del art. 148 del C.P., en concreto la STS 103/2007, 16 de febrero, que resolvió este problema en los siguientes términos: “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 acudir a las mismas, pues ante la posibilidad formal de actuar como subtipos o como circunstancias modificativas, configurado ya el subtipo con otra cualificación, el art. 8.4º CP impone la necesidad de contemplar toda la energía o virtualidad punitiva que el legislador estableció”

STS 320/2021 de 21 de abril. Roj: STS 1406/2021 - ECLI:ES:TS:2021:1406.

Esta sentencia recuerda la doctrina sobre la compatibilidad de la alevosía con el dolo eventual, “no hay ninguna incompatibilidad ni conceptual ni ontológica en que el agente trate de asegurar la ejecución evitando la reacción de la víctima --aseguramiento de la ejecución-- y que al mismo tiempo continúe con la acción que puede tener como resultado de alta probabilidad la muerte de la

víctima, la que acepta en la medida que no renuncia a los actos efectuados”, es más, “aun concurriendo dolo eventual, cabe apreciar la hiperagravación del art. 140.1º CP, con mayor razón habrá de mantenerse así, si hablamos de dolo directo. La jurisprudencia es abundante, y de ella transcribiremos una extensa cita que traemos de la muy reciente STS 701/2020, de 16 de diciembre de 2020, que, si bien es referida al asesinato de un menor de 16, es plenamente aplicable al presente caso, porque lo fundamental de ella es su doctrina de que la condición de la víctima de ser menor de esa edad, en nuestro caso, persona especialmente vulnerable por razón de enfermedad o discapacidad del art. 140, tiene su base en un fundamento jurídico distinto a los propios del art. 139, lo que descarta ese bis in idem, y más bien habrá que hablar de un bis in altera, que hace posible la aplicación de ambas agravaciones”... En cuanto a la finalidad perseguida por el legislador el Tribunal recuerda que “la redacción del tipo hipercualificado del art. 140.1.1 del CP es el resultado de una política criminal orientada a la protección de los menores de edad y de las personas más vulnerables por padecer alguna discapacidad física o mental...[n]o todas las víctimas desvalidas están incluidas en esa previsión agravada. Son perfectamente imaginables supuestos paradigmáticos de desvalimiento y que, sin embargo, no son encajables en el art. 140.1.1ª del CP. Piénsese, por ejemplo, en la persona dormida, embriagada o narcotizada que, en atención a ese estado, carece de toda capacidad de reacción defensiva. La agravación que el legislador contempla en ese precepto no es la que corresponde, siempre y en todo caso, a la muerte alevosa por desvalimiento. No toda víctima de un asesinato ejecutado sobre seguro, con esta modalidad de alevosía por desvalimiento, ha sido sobreprotegida hasta el punto de incluir su muerte entre los supuestos de singular agravación”.

STS 367/2021 de 30 de abril. Roj: STS 2177/2021 - ECLI:ES:TS:2021:2177.

Desestima íntegramente el recurso de casación en todos sus motivos resultando de interés la argumentación referida el relativo a la inaplicación de la atenuante 21.4 del C.P. y la desestimación del motivo encauzado por infracción de ley que reprocha que la Sentencia vulnera el principio non bis in idem al aplicar indebidamente la cualificación del asesinato por alevosía (139.1 CP) y también la hiper-agravación del mismo por especial vulnerabilidad de la víctima en la muerte de Victorino (140.1.1 CP). En cuanto a la vulneración del principio non bis in idem, el Tribunal recuerda las SSTS de 18-7-2019, 678/2020, de 11 de diciembre, 367/2019, de 18 de julio, 520/2018, de 31 de octubre, STS 700/2018, de 9 de enero, STS 716/2018, de 16 de enero, STS 367/2019, de 18 de julio, STS 129/2020, de 5 de mayo, STS 180/2020, de 19 de mayo, STS 678/2020, de 11 de diciembre, STS 701/2020, de 16 de diciembre, para concluir que se trata de un diverso fundamento para la aplicación de tal precepto que agrava el delito de asesinato; por un lado, un hecho cualificado como tal delito de asesinato, y de otro, una mayor protección a un tipo de

víctimas, como ocurre en el caso enjuiciado. Son dos bases diferentes para dos agravaciones diferentes: no hay bis in ídem sino un legítimo bis in altera.

STS 418/21 de 10 de mayo. Roj: STS 2171/2021 - ECLI:ES:TS:2021:2171.

Además de analizar la doctrina sobre los criterios básicos y complementarios, no excluyentes, para la determinación del ánimo homicida, en relación a la alevosía recuerda que no puede excluirse por la existencia de una discusión previa o de una acción mínima de defensa, y aludiendo a la STS 247/2018 de 24 May. 2018, Rec. 10549/2017 insiste en la necesidad de valorar su concurrencia con una perspectiva de género. Por otra parte, incide de nuevo en los presupuestos de la atenuante de reparación del daño (21.5 CP): Aunque la propia ley prevé como supuesto de atenuación de la responsabilidad la disminución del daño y, por lo tanto, su reparación parcial, ha de tratarse en todo caso de una contribución relevante (STS núm. 601/2008, de 10 de octubre; 668/2008, de 22 de octubre; 626/2009, de 9 de junio; y 251/2013, de 20 de marzo, entre otras), para lo que ha de tenerse en cuenta el daño causado y las circunstancias del autor". Señala el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 268/2016 de 5 de abril de 2016, Rec. 1343/2015 que: "Hemos de tener presente que la atenuante resulta operativa como ordinaria, cuando se reparan parcialmente los daños o perjuicios causados a la víctima, aunque también es cierto que la reparación parcial ha de ser relevante y notoria, y no meramente simbólica". Y añade "[n]os encontramos ante una condena por tentativa de asesinato en un hecho de gravedad. Se trata de una condena por delito de asesinato en grado de tentativa del artículo 139.1º, con alevosía y con una consignación insuficiente claramente, lo que lleva a la desestimación en base a lo expuesto. Incluso en los delitos contra la vida, como en este caso de violencia de género la reparación del daño puede plantear problemas, en este caso muchos más, dada su evidente insuficiencia". Por último analiza y sintetiza la doctrina sobre el desistimiento activo, subrayando la exigencia de la "voluntariedad", que define su esencia dogmática, y la "eficacia" de la conducta que detiene el "iter criminis", requiriendo que sea el propio autor del delito el que impida la consumación del delito, o bien que desencadene la actuación de terceros, si éstos son finalmente los que lo consiguen.

STS 462/2021 de 27 de mayo. Roj: STS 2172/2021 - ECLI:ES:TS:2021:2172.

Analiza la compatibilidad entre la alevosía y la agravante de especial vulnerabilidad del art. 140-1 -1ª del C.P. para concluir que la circunstancia de ser la víctima persona desvalida no impide que esa situación de desvalimiento pueda atraer la concurrencia de la alevosía si esta situación es creada, forzada o agravada que el sujeto de la acción de matar y así se refleja en el hecho probado. En el caso analizado, en los hechos probados si se refiere el conocimiento de la situación de desvalimiento, pero nada dice respecto de ese

aprovechamiento, antes, al contrario, lo niega al expresar que no creó ni empleó mejor modo, forma o medio para producir una supuesta indefensión por lo que estima el motivo y condena al recurrente como autor de un homicidio del art. 138 del C.P. con la agravante del art. 140.1-1ª.

STS 717/2021 de 23 de septiembre. Roj: STS 3566/2021 - ECLI:ES:TS:2021:3566

En el F.J. Segundo, esta sentencia recuerda que la jurisprudencia “ha destacado que la alevosía no exige de la efectiva eliminación de toda manifestación de defensa, sino con que basta que los medios, modoso formas utilizados tengan idoneidad para producirla y que se desplieguen con esa tendencia, lo que supone que no falta la alevosía cuando concurren intentos de defensa y es funcionalmente imposible obtenerla porque los intentos defensivos son una mera reacción instintiva de quien no tiene escapatoria frente a la eficacia de un ataque ejecutado sobre seguro (STS 895/2011, de 15 de julio). Hemos proclamado que la alevosía no debe ser contemplada desde un plano formal que excluya su concurrencia por la infructuosa reacción auto protectora de la víctima (SSTS 5 de mayo de 2020 o 418/2020, de 21 de julio), de modo que la acreditación de señales de defensa no es incompatible con su existencia, pues una cosa es la defensa del ofendido y otra la actividad para su mera autoprotección, que en nada compromete la integridad física de agresor, ni le pone en ninguna clase de riesgo (cfr. SSTS 25/2009, 22 de enero y 37/2010, 22 de enero)”

Ensañamiento

STS 59/2021 de 27 de enero. Roj: STS 458/2021 - ECLI:ES:TS:2021:458.

En cuanto al ensañamiento, recuerda los dos elementos que configuran esta circunstancia. Uno objetivo constituido por una forma de actuar que supone un aumento del dolor o sufrimiento de la víctima. Y otro subjetivo, consistente en que el autor debe ejecutar, de modo consciente y deliberado, unos actos que ya no están dirigidos de modo directo a la consumación del delito, sino al aumento del sufrimiento de la víctima (STS 1554/2003, de 19 de noviembre). Es preciso, pues, que el sujeto se proponga aumentar el dolor o sufrimiento de la víctima, o bien que perciba su causación y, aceptándola, continúe con esa forma de ejecución. “La agravante trata de sancionar es la producción tanto de un sufrimiento innecesario, cometido deliberadamente (que es su elemento subjetivo), como el lujo de males en su ejecución (que constituye su requisito objetivo), pero llegando a tal grado en tales exigencias que el ataque se caracterice normativamente por un designio inhumano”.

STS 398/2021 de 10 de mayo. Roj: STS 1884/2021 - ECLI:ES:TS:2021:1884.

Analiza la agravante de ensañamiento y concluye que no basta la reiteración de puñaladas de forma compulsiva si la pericial forense desmiente que de ese acto se derive un incremento del dolor o del padecimiento de la víctima y así sostiene el Tribunal que “[l]a reiteración de puñaladas y que no se haya identificado ninguna mortal por sí misma permite al Jurado llegar a la conclusión que plasma la proposición antes transcrita. Pero es una deducción demasiado abierta; no es concluyente si se atiende al informe vertido por dos expertos, los forenses, que conjuntamente realizaron la autopsia. Al explicarla en el plenario y ser preguntados sobre ese extremo - ¿sufrió la víctima? - uno (Dr. Víctor Manuel) dijo: "Creo que no, porque murió enseguida";... "ni se enteran, ni les duele" -apostilló instantes después-... Ante la insistencia sobre ese punto de otra parte -la acusación no pública- responderá más rotundamente y ya en términos asertivos: "no sufrió"; "perdió el conocimiento muy pronto". Su colega y compañera de informe, se mostró más dubitativa, pero tampoco afirmó nada que permita sostener de manera concluyente (que es lo que exige un hecho perjudicial para el acusado) el ensañamiento: con criterios científicos -explicó- no se puede responder al interrogante sobre su sufrimiento precedente al fallecimiento. No es algo que pueda valorarse en este supuesto con las evidencias de que se dispone; no se puede afirmar de manera indudable que se produjese un sufrimiento que pueda catalogarse de excesivo, un derroche de padecimiento.

Imputación objetiva

STS 265/2021 de 24 de marzo. STS 1105/2021 - ECLI:ES:TS:2021:1105.

Recuerda el TS la esencia de la teoría de la imputación objetiva radica en la idea de que el resultado lesivo debe serle imputado al acusado siempre cuando dicho resultado sea la consecuencia o realización de un peligro jurídicamente desaprobado creado por aquél, pues si la víctima no se hubiera encontrado en la situación creada por el autor, no se hubiera producido el resultado que finalmente tuvo lugar. Y como quiera que es incuestionable que en el caso examinado fue el acusado quien con su actuación previa dio lugar a la situación de peligro a que se vio sometida la mujer, y que la acción de ésta para liberarse de tan acuciante situación no estuvo motivada por otras causas, resulta incontestable la relación de causalidad directa e inmediata con las lesiones sufridas por la misma y, por ello, que el acusado debe responder por el resultado lesivo de la integridad física de la víctima. En cuanto al delito de incendio, el TS incide en que “el delito de incendio no es un delito de peligro concreto, en sentido estricto, pues en realidad la naturaleza de este tipo delictivo debe configurarse como de peligro hipotético o potencial, a medio camino entre el peligro concreto y el peligro abstracto. En estas modalidades

delictivas de peligro hipotético o potencial, también denominadas de peligro abstracto concreto o delitos de aptitud, no se tipifica en sentido propio un resultado concreto de peligro, sino un comportamiento idóneo para producir peligro para el bien jurídico protegido. En estos supuestos la situación de concreto peligro no es elemento del tipo, pero sí lo es la idoneidad del comportamiento realizado para producir dicho peligro".

STS 505/2021 de 10 de junio. Roj: STS 2897/2021 - ECLI:ES:TS:2021:2897.

Recuerda el TS en esta sentencia que, en los llamados delitos de resultado, para solucionar los problemas de causalidad, la doctrina acude al concepto de imputación objetiva, entendiendo que hay tal relación de causalidad cuando el sujeto, cuya responsabilidad se examina, con su comportamiento origina un riesgo no permitido, o aumenta ilícitamente un riesgo permitido, y es precisamente en el ámbito de ese riesgo donde el resultado se produce. Para mayor argumentación trae a colación la STS 353/2011 de 9 de mayo, con referencia a la Sentencia número 449 /2009, de 6 de mayo, que asume como generalizado el criterio de que, cuando se trata de delitos de resultado, el mismo es imputable al comportamiento del autor si éste crea un riesgo, jurídicamente desaprobado, y de cuyo riesgo el resultado es su realización concreta. En el caso el TS entiende que puede acudir al concepto de imputación objetiva, entendiendo que hay relación de causalidad siempre que la conducta activa u omisiva del acusado se pueda considerar como condición sin la cual el resultado no se habría producido conforme a la tradicional doctrina de la equivalencia de condiciones o *conditio sine qua non*. Relación que se establece conforme a criterios naturales que proporcionan las reglas de la ciencia o de la experiencia, estableciéndose después, mediante un juicio de valor, las necesarias restricciones acudiendo a la llamada imputación objetiva, que existe cuando el sujeto, cuya responsabilidad se examina, con su comportamiento origina un riesgo no permitido o aumenta ilícitamente un riesgo permitido, y es precisamente en el ámbito de ese riesgo donde el resultado se produce. Se entiende que no se ha rebasado ese ámbito cuando dicho resultado se perfila como una consecuencia normal o adecuada conforme a un juicio de previsibilidad o probabilidad. Todo ello sobre la hipótesis de que normalmente ese concreto resultado se corresponde con esa determinada acción u omisión y no a otra causa diferente, imprevisible o ajena al comportamiento del acusado.

Lesiones graves

STS 521/2021 de 30 de junio. Roj: STS 2697/2021 - ECLI:ES:TS:2021:2697.

El recurrente aduce indebida aplicación del art. 149.1 e indebida inaplicación del art. 147 o 152 C.P.; el TS recuerda que "la imputación subjetiva del

resultado a título de dolo (eventual), cuando de lesiones se trata, lo mismo que sucede en el ámbito propio del dolo directo, no demanda que el sujeto activo se represente y acepte, por altamente probable, el resultado exacto y concretamente producido (la lesión específica y particularmente causada, el tratamiento médico que demandara o las secuelas resultantes para la víctima a la fecha del alta médica), siendo bastante, en el marco normativo perfilado por el artículo 149.1 del Código Penal, con que dicha representación abarque la alta probabilidad de una grave lesión, apta, en el caso que ahora nos ocupa, para integrar uno de aquellos delitos (pérdida o inutilidad de un órgano o miembro principal, de un sentido..., o una grave deformidad)...Cualquier persona normalmente constituida desde el punto de vista psíquico, es capaz de comprender que la brusca presión sobre el cuello de su víctima puede llegar, incluso, a provocarle la muerte. Y desde luego, cuando así no suceda, graves lesiones, consecuencia, ya de la sección de los vasos sanguíneos, ya de los elementos que conforman las vías respiratorias, ya de la brusca y sostenida interrupción o disminución del flujo de oxígeno que llega al cerebro. De este modo, solo podemos respaldar ahora las conclusiones alcanzadas por el Tribunal Superior, confirmando, a su vez, la valoración realizada al respecto por la Audiencia Provincial, en el sentido de que cuando Clemente , resolvió presionar con violencia el cuello de Claudia , muy probablemente no persiguiera de modo directo la causación de las lesiones que finalmente le provocó, pero, sin duda, hubo de contemplar la alta probabilidad de que tal desenlace se produjera, lo que no le inhibió de persistir en su conducta, con aceptación o indiferencia respecto de la eventualidad de dicho resulta.”

Maltrato del art. 153-1 y delito leve del art. 147.4 C.P.

STS 902/2021 de 19 de noviembre. Roj: STS 4219/2021 - ECLI:ES:TS:2021:4219.

En esta resolución se analiza un recurso contra una sentencia que condenó por un delito leve del 147.14 del C.P. en relación con una agresión mutua por un hombre y una mujer que habían mantenido una relación sentimental. El TS desestima el recurso interpuesto por el Fiscal pues, si bien “[l]a jurisprudencia, de forma unánime, ha excluido que sea necesario un elemento subjetivo consistente en la intención del autor de dominar, subyugar, humillar o menospreciar a la víctima, por considerarla un ser inferior. Basta que los hechos presenten esas características... aunque se trate de supuestos excepcionales, si los hechos aparecen total y absolutamente alejados de las relaciones de pareja, que es donde, según la doctrina y jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de esta Sala, se manifiesta la inserción de la conducta del varón en una pauta cultural generadora de gravísimos daños a sus víctimas dotando así a su acción de una violencia mucho mayor que la que su acto

objetivamente expresa (en este sentido STC 59/2008), la agravación perdería su justificación, y resultaría inaplicable el artículo 153 CP.

De esta misma forma se venía a reconocer parcialmente en la STS nº 677/2018, dictada por el Pleno de esta Sala, cuando decía que " Se entiende que los actos de violencia que ejerce el hombre sobre la mujer con ocasión de una relación afectiva de pareja constituyen actos de poder y superioridad frente a ella con independencia de cuál sea la motivación o la intencionalidad, aunque en casos concretos podría correr de cargo de quien lo alega que el acto de dominación no existe, por ser el hecho en sí mismo cuestión ajena a un acto de maltrato del art. 153 CP ".

Estas precisiones jurisprudenciales, aunque no autoricen a exigir un elemento subjetivo consistente en la intención de dominación o de subyugación de la mujer, ni tampoco a considerar necesario probar que en el caso concreto ese elemento de dominación caracterizaba la relación, no permiten prescindir de que el hecho ha de tener lugar en el marco de la relación de pareja entre el hombre y la mujer. Es decir, cuando el hecho nada tenga que ver con la relación de pareja en la que el artículo 153 residencia la agravación penológica, tal precepto no será aplicable.

Así ocurre en el caso. La descripción de la relación habida entre los dos acusados, resulta escasa y está constituida exclusivamente por el empleo de un término, que puede ser excesivamente genérico; que admite precisiones, y que es insuficiente en realidad para establecer que aquella relación era análoga en afectividad a la propia de esposa y esposo, pues solamente se dice que habían mantenido una relación de noviazgo que había finalizado dos años atrás. A ello únicamente se añade que la discusión, que inmediatamente degeneró en violencia física, se produjo porque ella, al verlo pasar, le reclamó la entrega de una mochila que él portaba, alegando que era de su madre. Es cierto que una tal reclamación, como causa de la discusión, podría tener alguna relación con su anterior noviazgo, pero nada se dice acerca de ello, y no puede descartarse que la posesión de la mochila, cuyo origen y fecha de inicio se ignoran, pudiera deberse a múltiples razones, en nada relacionadas con aquella relación, o, dicho de otra forma, totalmente alejadas e independientes del contexto de la relación de pareja. Si se atiende a los datos objetivos contenidos en el relato fáctico, ha de concluirse que la agresión mutua no ha tenido lugar en el ámbito de la relación de pareja, aunque estuviera ya finalizada desde tiempo atrás.

En conclusión, aunque, según la doctrina de la Sala, el tipo no requiere un especial elemento subjetivo consistente en la intención de dominación, sin embargo, exige que la agresión se produzca en el contexto de la relación de pareja. Esta puede ser actual o pasada, pero siempre será necesario que los hechos tengan lugar dentro de ese contexto. Si este extremo puede ser excepcionalmente excluido, el artículo 153 resultará inaplicable".

Maltrato y amenazas (ejecución progresiva)

STS 332/2021 de 22 de abril. Roj: STS 1714/2021 - ECLI:ES:TS:2021:1714.

El recurrente, entre otros motivos, cuestionó la punición por separado de los delitos de maltrato del artículo 153 CP y de amenazas del artículo 171 CP "pues se lleva a cabo en una unidad de acto, no existiendo distancia temporal, existiendo un claro concurso de leyes que debe absorberse por el delito más grave". El tribunal, sin embargo, no apreció exceso de punición o infracción del principio de prohibición del bis in ídem, principio que resulta claro cuando se identifica una relación de concurso de normas en la que la misma acción sirve de presupuesto objetivo de dos o más infracciones. En estos supuestos, debe acudirse como mecanismo neutralizador al artículo 8 CP, donde se establecen reglas de preferencia entre los tipos en liza, ya sea atendiendo a criterios de especialización o a criterios cuantitativos relacionados con la mayor gravedad de las penas previstas. Pero también debe activarse cuando, a partir de los hechos declarados probados, se aprecia que los hechos justiciables se sitúan en una relación de ejecución progresiva de tipo consuntiva. Y ello concurre cuando las amenazas se profieren de forma sincrónica, simultánea, a una acción agresiva constitutiva de delito. En estos supuestos, las expresiones objetivamente amenazantes carecen de entidad típica para lesionar de forma autónoma el bien jurídico protegido por el tipo de amenazas que, no lo olvidemos, es el sentimiento de seguridad. En un contexto de acometimiento que desemboca, sin solución de continuidad, en una agresión con resultado de lesiones se produce una suerte de efecto consuntivo en términos de progresión delictiva - artículo 8. 3º CP-. Por lo que el delito de maltrato debe absorber las expresiones amenazantes que puedan proferirse en los instantes previos o simultáneos a la agresión", teoría no aplicable al caso en el que las expresiones amenazantes se profieren por el recurrente una vez cesó en la agresión. "Las expresiones proferidas lesionaron de forma autónoma y desligada de la ejecución del delito de maltrato el bien jurídico protegido: el sentimiento de seguridad. El mismo contexto de producción no es suficiente en este caso para identificar unidad normativa".

STS 892/2021 de 18 de noviembre. Roj: STS 4252/2021 - ECLI:ES:TS:2021:4252

El Tribunal en esta sentencia razona que "si admitiéramos esta tesis de la absorción existiría el mismo reproche penal en las conductas en las que existe maltrato de género solo que aquellas otras, como la aquí analizada, en la que además del maltrato de género existen unas amenazas proferidas y declaradas probadas por el juzgado de lo penal y mantenidas por la Audiencia Provincial, tratándose, como lo son de bienes jurídicos distintos los que tutelan.

Es preciso entender, de forma apriorística, que el desvalor de las dos acciones de maltrato y amenaza no pueden tener el mismo reproche del Estado de derecho que el desvalor de una sola acción, aplicando la tesis del tribunal de apelación de la absorción". Tras recordar la doctrina del TS sobre el delito de amenazas (SSTS 49/2019 de 4 de febrero; 983/2004 de 12 de julio,...) concluye que "[e]sta relación de consunción, más que en ningún otro supuesto concursal, impone que el examen entre los tipos penales que convergen en la subsunción se verifique, no en abstracto, desde una perspectiva formal, sino atendiendo a las acciones concretas desarrolladas por el acusado, puesto que las soluciones de consunción no admiten un tratamiento generalizado. Mediante este principio encuentran solución, tanto los casos en que al tiempo que se realiza un tipo penal se realiza simultáneamente otro delito -hecho acompañante- y aquellos otros en los que se comete un segundo delito con el fin de asegurar o aprovecharse de los efectos de un delito previo -hecho posterior impune o acto copenado-.

En este caso, como acertadamente dice el Fiscal, no cabe la absorción resuelta por la sentencia, porque los delitos protegen bienes jurídicos no contemplados en el delito que se señala como absorbente. El artículo 153.1 CP se incluye, como hemos dicho, en el título del Código Penal de las lesiones, los malos tratos que contempla son los malos tratos físicos: el que "golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión". Estos malos tratos no incluyen los ataques al honor (vejeciones o injurias leves) ni los ataques a la libre determinación de la voluntad (las amenazas). La condena por el delito del artículo 153.1 CP a la pena señalada en el mismo, no sanciona el desvalor de las conductas contra el honor y la libertad que son constitutivas de los delitos de los artículos 169.2 y 173.4 CP ". Para reforzar su argumentación trae a colación la STS 271/2019 de 29 Mayo en la que se mantiene este criterio señalando que:

"En el relato de hechos probados además del maltrato físico consistente en tirarla del pelo, dándole un puñetazo en el ojo e intentando asfixiarla con las correas de la mochila, hechos admitidos por el recurrente, le manifestó una serie de expresiones en diversas circunstancias diciéndole: "que la iba a matar, que la llevaría al monte y la descuartizaría, obligándola a arrodillarse y amenazándola con cortarle la cabeza y con quemar la cabeza y descuartizarla y enterrarla en la huerta".

El bien jurídico es diverso, y por tanto, en modo alguno la conducta del acusado puede quedar absorbida por el delito de maltrato, que hace referencia a un comportamiento físico de agresión que produce o puede producir lesiones, de carácter físico o psíquico por la acción de golpear o maltratar de obra. En consecuencia, el motivo no puede prosperar."

Presencia de menores

STS 478/2021 de 2 de junio. Roj: STS 2256/2021 - ECLI:ES:TS:2021:2256.

El recurso de casación fue interpuesto por la Fiscal, contra la sentencia de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Tarragona que estimó en parte el recurso interpuesto contra la del Juzgado de lo Penal 1 que había condenado al acusado como autor de un delito de maltrato en el ámbito de la violencia de género agravado por haberse cometido en presencia de menores, previsto y penado en el artículo 153 1 y 3 del CP. La Audiencia Provincial revocó la aplicación del subtipo agravado de perpetración en presencia de menor del apartado 3º del artículo 153 CP, y apreció el subtipo atenuado del apartado 4º del mismo artículo 153, con el correspondiente reflejo en la penalidad aplicada. La Audiencia se basó en que por entender que no podía considerarse probado que la menor hubiera advertido el desenlace de los hechos, pues "en el caso, no se describe ni se aporta información o elemento alguno en la sentencia de instancia que permita conocer que la menor, de cuatro años de edad, que se encontraba dentro del coche en disposición ya de ser llevada por su padre, estuviera mirando a sus padres justamente cuando se produjo esa acción tan puntual como lo es una patada en la espinilla, a la altura del tobillo, que además se producía fuera del coche, y en esa parte del cuerpo. Cuando menos, surge la duda de que en esas circunstancias pudiera ver la acción. En la sentencia no se dice, a título de ejemplo, que la niña verbalizara algo relacionado con el hecho, ni no relacionado tampoco, o que llorara, o, en fin, algún signo que permita identificar que fue sometida a un estrés injustificable como consecuencia de la conducta. El TS revoca esta sentencia y repone el pronunciamiento del J. de lo Penal aplicando la doctrina contenida en la sentencia 188/2018, de 18 de abril, del Pleno de esta Sala, en cuanto a entender "la expresión "en presencia" no ha de interpretarse en el sentido de que los menores han de hallarse físicamente delante de las personas que protagonizan la escena violenta, de modo que el menor pueda tener una percepción visual directa de ellas. La interpretación estrictamente literal del vocablo como "estado de la persona que se halla delante de otra u otras o en el mismo sitio que ellas" (diccionario de la RAE) vaciaría en gran medida de contenido la función y los fines de la norma, llegando a hipótesis absurdas de desprotección normativa de los menores. Y ello porque en muchos casos no se hallan dentro de la habitación de sus ascendientes o de las personas que realizan las escenas violentas, pero escuchan y son plenamente conscientes de lo que está sucediendo, percatándose tanto de las expresiones verbales que contienen un componente agresivo o violento, como del ruido que es propio de un golpe o de otra agresión." Y concluía "La interpretación del término "en presencia" no puede pues restringirse a las percepciones visuales directas, sino que ha de extenderse a las percepciones sensoriales de otra índole que posibiliten tener conciencia de que se está ejecutando una conducta agresiva de hecho o de palabra propia de una escena de violencia. Y es que en tales supuestos es patente que el menor resulta directamente afectado de forma muy negativa en su formación y desarrollo personal, en su maduración psico-

social y en su salud física y mental. Y concluye "se está ante un supuesto normativo en el que el método de interpretación gramatical debe complementarse con el funcional o teleológico a la hora de obtener el sentido de la expresión "en presencia de menores", ya que de no operar así el precepto resultaría desactivado en la esencia de su funcionalidad, al quedar desprotegidos numerosos supuestos relevantes de victimización de menores de edad (cuando no tienen acceso al dormitorio de la pareja; o se encuentran atemorizados a la hora de acudir al cuarto donde se ejecuta la acción violenta; o simplemente cuando tienen dificultades de visión; etcétera)." En relación al caso, el TS concluye que lo relevante es que la niña se encontraba en condiciones físicas y locativas idóneas para advertir de cualquiera de las formas posibles los hechos. Y a partir de ese dato, expresamente reflejado en los hechos probados, lo lógico es inferir que efectivamente la menor se percató de lo ocurrido.

Agravante específica de comisión del delito en el domicilio común o de la víctima.

STS 915/2021 de 24 de noviembre. Roj: STS 4544/2021 - ECLI:ES:TS:2021:4544

El alto Tribunal no comparte el criterio de la A.P. "que justifica la existencia del tipo agravado del art. 153.3 del CP, en lo que afecta a la ejecución en el domicilio común, en la "...mayor facilidad comisiva", de suerte que sólo sería aplicable en aquellas ocasiones en las que se dificulta a la víctima "...para solicitar ayuda de terceros" o cuando se produce la violación del espacio de intimidad domiciliar por quien "...carece de título de acceso a la vivienda".

Tiene razón, sin embargo, la Audiencia Provincial cuando recuerda la necesidad de que ninguna circunstancia agravatoria -ya sea de carácter genérico o se integre entre los elementos del tipo- sea aplicada desde parámetros puramente objetivos que distancien al intérprete de los presupuestos que legitiman la aplicación del derecho penal.

Una valoración de la agravante incorporada al art. 153.3 del CP que explicara su aplicación a partir de un significado puramente locativo nunca podría ser avalada por esta Sala. De hecho, si la agravación consistente en que la agresión se ejecute en el "domicilio común o en el domicilio de la víctima" se hiciera depender de una dimensión espacial, vinculada a un simple escenario, se quebrantarían elementales principios impuestos por el derecho penal de la culpabilidad, ajeno a cualquier trasnochada evocación de un sistema de responsabilidad objetiva.

Sin embargo, esa agravación no puede tampoco asociarse -frente al criterio de la Audiencia Provincial- a la facilidad comisiva que otorga a su autor. De hecho, el Código Penal contempla agravaciones genéricas que abarcarían ese desvalor. La aplicación del tipo agravado no es ajena a la intensificación del

injusto en aquellos casos en los que el autor ejecuta la acción de menoscabo de la integridad física en el espacio de convivencia que puede haber definido una relación afectiva durante más o menos tiempo. El domicilio común representa algo más que una referencia locativa cuando la agresión tiene como protagonistas a quienes han desarrollado un proyecto de convivencia. El domicilio común es el espacio en el que víctima y agresor han compartido los actos cotidianos que definen su propia existencia. Es el lugar que transmite la seguridad de una rutina compartida que se ve inesperadamente quebrantada por la agresión. En definitiva, cuando la acción violenta se ejecuta en el mismo escenario doméstico que durante algún tiempo ha delimitado las fronteras de exclusión frente a terceros, el impacto emocional que sigue a las agresiones físicas o psíquicas, es mucho más intenso”.

El TS además recuerda que la STS 27/2019, 24 de enero en la que se razona que "... con esa agravación se presta una tutela reforzada al ámbito de privacidad de la víctima sancionando de forma más rigurosa el plus de antijuridicidad y victimización que supone que el ataque o la agresión se lleve a cabo en el espacio de privacidad de la víctima, en el lugar donde desarrolla su vida cotidiana, en su más señalado reducto de intimidad”.

En la primera de estas resoluciones, la Sala no es ajena al riesgo de una interpretación del tipo agravado ajeno a su fundamento. Decíamos entonces que "...han de excluirse del ámbito de la agravación por razones tanto teleológicas como estrictamente literales los supuestos en que el maltrato se lleva a cabo en un inmueble que, siendo propiedad de víctima o familiares, no constituye su domicilio ni siquiera transitorio o de temporada; o en un lugar de estancia meramente esporádica o puntual (la habitación del hotel, v. gr.). No es que se quiera administrativizar el concepto de domicilio del art. 153.3, (vid. STS 731/2013, de 7 de octubre); pero sí exigir que estemos ante un lugar de desarrollo más o menos estable de la propia vida personal”. (en el mismo sentido, las SSTs 737/2007, 13 de septiembre 290/19, 31 de mayo y 325/19, 20 de junio).

STS 1011/2021 de 20 de diciembre de 2021. Roj: STS 4920/2021 - ECLI:ES:TS:2021:4920.

En cuanto al fundamento de la agravación el TS en esta sentencia dice que “[n]o es solo un problema de mayor indefensión (que puede no concurrir) o vulnerabilidad; o de facilidad para alcanzar la impunidad (que puede aparecer también en otros espacios solitarios); o de una invasión, no buscada pero presente, de la privacidad (lo que sucedería solo si el agresor es ajeno a la vivienda). Es algo distinto: la ley lanza el mensaje de que, si el maltrato a esas personas cercanas merece un severo reproche, éste ha de incrementarse cuando se realiza en el ámbito doméstico, en el ámbito en que la víctima debiera sentirse más protegida, y donde, sin embargo, puede llegar a ser más

vulnerable. No es necesario un dolo reduplicado, o una intención específica por parte del autor. Basta con que conozca que está perpetrando la agresión en la morada de la víctima...no es necesario un plus que se superponga a la mera constatación de que la agresión se produce en el domicilio de la víctima.

Amenazas a través de persona interpuesta.

STS 1008/2021 de 20 de diciembre. Roj: STS 4919/2021 - ECLI:ES:TS:2021:4919

El TS tras recordar que, "...[e]l sujeto pasivo del que debe predicarse la relación exigida en los tipos especiales vendrá determinado por ser el destinatario de la amenaza, no por ser quien la presencia o sirve de intermediario para que llegue a su destino. El sujeto pasivo del delito es el titular del bien jurídico protegido, es decir, la persona amenazada, pues a ésta pertenece la libertad afectada, a través del comportamiento amenazador" afirma que "[e]n modo alguno, el delito de amenazas exige la presencia del amenazado cuando se profiere; ni siquiera del sujeto pasivo especial recogido en el art. 171.4: esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad...Así y en relación al objeto de este recurso, en la sentencia 303/2018, los mensajes amenazantes son enviados a una íntima amiga de su ex pareja, para que llegaran a ésta; y la sentencia de esta Sala, destaca que fue una amiga de la víctima quien recibió el WhatsApp con las amenazas hacia la denunciante y que la conducta se realizó con el fin de que la amenaza llegara a conocimiento de la víctima; por lo que opta, al tratarse de un solo hecho (no se declaran probadas más amenazas ni más quebrantamientos de la prohibición de comunicación) por entender aplicable el art. 171.4 y 171.5, frente al art. 468.2 por razones de especialidad. Pero en momento alguno, se cuestiona la necesidad de la presencia de la destinataria de las amenazas, para la correspondiente subsunción en el tipo especial del art. 171.4.... En autos, las expresiones amenazantes van dirigidas a la esposa, aunque se utilice como instrumento o canal de comunicación al ascendiente por afinidad del autor, que era la persona, según los hechos probados, con quien hablaba el condenado en la instancia para comunicarse con su esposa, como medida precautoria de ésta para evitar el contacto incluso telefónico mientras durase la crisis matrimonial. Y al margen de la perturbación que al ascendiente por afinidad le origine la amenaza que como emisario se le comunica, al afectar también a su familia y las consecuencias que ello conlleve en la subsunción jurídica (potencial concurso que dirimiría el principio de mayor gravedad), no es destinatario de esas conminaciones y respecto del cual no existe dolo directo en el autor de perturbar su sosiego o libertad; sino que se expresan "con ánimo de perturbar el ánimo de la Sra. Merino y coartar su libertad".

Al no ser necesaria la simultaneidad de la emisión y recepción, cabe perfectamente amenazar a una persona utilizando como vehículo a cualquier otra persona de su entorno familiar o personal para que la transmita al destinatario. Y, en esos casos, cuando la persona vehicular transmite al amenazado la expresión del mal futuro el delito se ha consumado. Aquí, el ascendiente por afinidad es el mero portador de las amenazas, como lo puede ser el móvil, el servicio de correos o la red. Consecuentemente, el sujeto pasivo, conforme resultan declarados los hechos probados, es la esposa, la titular del derecho a la libertad y seguridad, puesto en peligro y que el bien jurídico procura tutelar con la incriminación de esta conducta. De modo que efectivamente, al tratarse de la esposa, habrá que estar a la modalidad especial del art. 171.4 CP; donde el delito ha resultado consumado, pues la acción global del autor, que contempla y domina la transmisión del mal al sujeto pasivo, se ha completado cuando el instrumento la hace llegar íntegra al sujeto pasivo; y acredita la circunstancia de la interposición de la denuncia al día siguiente de ocurrir...”.

Violencia Habitual.

STS 682/2021 de 13 de septiembre. Roj: STS 3507/2021 - ECLI:ES:TS:2021:3507

En relación a la posibilidad de valorar hechos por los que el acusado fue condenado con anterioridad a los efectos de apreciar la violencia habitual en esta Sentencia el TS recuerda que "...la habitualidad debe entenderse como concepto criminológico-social, no como concepto jurídico-formal por lo que será una conducta habitual la del que actúa repetidamente en la misma dirección con o sin condenas previas, ya que éstas actuarían como prueba de la habitualidad, que también podría demostrarse por otras más" (SSTS 701/2013, 30 de septiembre; 1044/2009, 3 de noviembre, entre otras).

STS 684/2021 de 15 de septiembre. Roj: STS 3374/2021 - ECLI:ES:TS:2021:3374

En esta sentencia se describen las características de la violencia habitual:

" a.- Con el maltrato habitual el bien jurídico que directa y específicamente protege el artículo 173.2 del Código Penal es la pacífica convivencia entre personas vinculadas por los lazos familiares o por las estrechas relaciones de afecto o convivencia a las que el propio tipo se refiere.

b.- En la mayoría de ocasiones, la única prueba con entidad suficiente para sustentar la condena del acusado será precisamente el testimonio de la víctima, por lo que no puede prescindirse de la misma, bajo pretexto de alegato de la duda de que la declaración de la víctima no puede operar como única prueba para sustentar una condena, como ya ha declarado esta Sala. Nos movemos, entonces, en el terreno de la valoración de la prueba, que nos lleva

al respeto del principio de inmediación, que no tiene alcance en sede casacional. La declaración de la víctima es prueba de cargo bastante a analizar por el juez o Tribunal que actúa desde su atalaya infranqueable de la inmediación.

c.- Mediante el maltrato habitual se ejerce un clima de "insostenibilidad emocional" en la familia mediante el empleo de una violencia psicológica de dominación llevada a cabo desde la violencia física, verbal y sexual, por la que ejerce esa dominación que intenta trasladar a los miembros de la familia y lo consigue de facto.

d.- Mediante el maltrato habitual el autor de este delito ejerce y pone de manifiesto el mensaje que pretende trasladar a los miembros del núcleo familiar mediante una subyugación psicológica que pone de manifiesto mediante el ejercicio de la violencia.

e.- El maltratador habitual desarrolla, así, con su familia un mensaje claro y diáfano de la que podríamos denominar jerarquización de la violencia familiar.

f.- Se sanciona la misma habitualidad, por cuanto supone un plus de reprochabilidad penal por una conducta típica, antijurídica, culpable y punible cuya perversidad se exterioriza por la reiteración, que es lo que le dota de autonomía frente a los actos individuales que conforman la habitualidad y sin que de ello pueda inferirse un atentado a la prohibición del bis in idem, al tratarse de una manifestación autónoma que el propio texto penal considera de forma independiente a cada una de las formas en las que se manifiesta esta actitud violenta.

g.- Se refleja, así, por la doctrina que el maltrato habitual en la violencia doméstica es un delito autónomo cuyo bien jurídico protegido es la integridad moral de la víctima, tratando de impedir la vivencia en un estado hostil y vejatorio continuo. Y, lo que es importante, su forma de manifestación puede ser física, pero, también, psicológica, pudiendo causar, incluso en algunos casos, más daño a las víctimas el psicológico que el físico, por cuanto aquél puede que ni tan siquiera lleguen a percibir que están siendo víctimas, lo que agrava más el hecho de la no denuncia en muchos casos y la permanencia en el tiempo del maltrato psicológico que puede afectar, y de gravedad, a la psique.

h.- Además, en lo que atañe a la relación concursal entre el delito de maltrato habitual del artículo 173.2 CP y los delitos de maltrato individual del artículo 153.1 CP, recuerda la doctrina que el delito del artículo 173.2 CP mantiene su autonomía respecto de los eventuales tipos que puedan resultar de los actos violentos que repetidos constituyen su sustrato y esencia. Véase la cláusula de salvaguardia del concurso de delitos del artículo 173.2 in fine CP. Así, el art. 173 es compatible con la sanción separada de los distintos hechos violentos ejercidos sobre la víctima.

i.- La autonomía delictiva del artículo 173.2 CP respecto de los actos violentos habituales que lo integran radica en el bien jurídico protegido. El delito del

artículo 173.2 CP se consuma cuando la actuación se manifiesta de manera habitual y determina la creación de una convivencia insoportable para la víctima, la cual vive y respira en una situación de miedo, depresión y ansiedad, temiendo, incluso, por su vida, todo lo cual implica un claro desconocimiento, por parte del acusado, de la dignidad personal de la mujer.

j.- La conducta que se sanciona en el art. 173.2 es distinta de las concretas agresiones cometidas contra esas personas, lo que se corresponde con el inciso final del precepto, que establece la pena para la violencia habitual 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 conducta típica viene, pues, integrada por una forma de actuar y de comportarse de manera habitual en la que la violencia está constantemente presente, creando una situación permanente de dominación sobre las víctimas, que las atemoriza impidiéndoles el libre desarrollo de su vida. Tal forma de actuar se traduce y se manifiesta en distintos actos agresivos, de mayor o menor entidad, pero siempre encuadrados en aquel marco de comportamiento.

k.- En los casos de maltrato habitual que se prolonga a lo largo del tiempo puede haber concreción, o no, de fechas, y puede ser difícil que la víctima o víctimas las recuerden con detalle, ya que pueden referir el estado permanente del maltrato, pero en la mayoría de los casos se trata de una conducta repetitiva, lo que no provoca indefensión.

l.- La habitualidad no es un problema aritmético de número mínimo de comportamientos individualizados que han de sumarse hasta alcanzar una determinada cifra. Menos aún puede exigirse un número concreto de denuncias. Responde más a un clima de dominación o intimidación, de imposición y desprecio sistemático que los hechos probados describen de forma muy plástica y viva.

ll.- La apreciación de ese elemento de habitualidad no depende de la acreditación de un número específico de actos violentos o intimidatorios. Lo determinante es crear una atmósfera general de esa naturaleza, que trasluzca un afianzado instrumento de superioridad y de dominio hacia la víctima, lo que sería producto de una reiteración de actos de violencia psíquica o física de diversa entidad, a veces nimia, pero cuya repetición provoca esa situación que permite hablar de habitualidad.

m.- La habitualidad, así configurada, responde a un concepto criminológico-social más que jurídico-formal. Será conducta habitual la del que actúa repetidamente en la misma dirección con o sin condenas previas, que de existir, hay prueba de aquella, aunque no la única vía para su acreditación.

n.- El maltrato habitual genera la existencia de un solo delito aun cuando ese clima habitual violento pueda afectar a varios de los sujetos pasivos mencionados en el precepto y sin perjuicio, claro está, del concurso real que pueda trazarse con los distintos delitos que contra bienes jurídicos individuales se hayan podido cometer en ese contexto relaciona. La pluralidad de sujetos

afectados, insistimos, no transforma la naturaleza unitaria del delito del artículo 173.2 CP en tantos delitos homogéneos como personas mencionadas en el tipo hayan soportado directamente el clima habitual de violencia creada por el autor.

ñ.- El tipo del artículo 173.2 CP se aproxima a la categoría de los delitos de estado en los que se crea un resultado antijurídico que no aparece vinculado a una concreta identidad del sujeto pasivo, mediante la generación de un clima habitual de violencia, sujeción y dominación que se proyecta sobre todos los que, con independencia de su número, hayan quedado encerrados, valga la expresión, en dicho círculo. Resultado, por tanto, diferenciado de aquellos que se deriven de las específicas acciones de violencia psíquica o física contra una o varias de las concretas personas afectadas.

o.- Con el maltrato habitual se ejerce un ambiente infernal e irrespirable que envolverá la convivencia", a partir de los actos de violencia o cosificación dirigidos en el tiempo "sobre el mismo o diferentes sujetos pasivos de los previstos en el precepto", resultando incluso indiferente que algunos de tales actos hubieren sido ya enjuiciados.

p.- El número de personas directamente afectadas por dicho clima violento duradero, como la frecuencia con que se reiteren los actos de violencia, la naturaleza concreta de los comportamientos, o el daño que los actos de dominación puedan irradiar a los demás integrantes de la unidad familiar, servirán como parámetro para evaluarlos indicadores de antijuridicidad de la acción y el alcance de la culpabilidad del responsable. Datos todos ellos que deberán ser tomados en cuenta para la individualización de la pena a imponer.

q.- El maltrato habitual se configura con unas características de especial crueldad en el autor que en el círculo de su propio hogar familiar ejerce un maltrato prolongado, y que aunque se desdobra en actos aislados de hechos que pueden conllevar, individualmente considerados, una penalidad reducida, la reiteración en esos hechos provoca un doble daño en la víctima, tanto físico si se trata de agresiones causando lesión o sin causarlas, o en expresiones con rango de maltrato psíquico, por afectar a la psique de las víctimas, no solo las expresiones que se profieren, sino el maltrato físico habitual viniendo del autor del que vienen los hechos, que no se trata de un tercero ajeno a las víctimas, sino de la pareja de la víctima, o el padre de las mismas, como aquí ocurre, lo que agrava el padecimiento de las víctimas de violencia de género y doméstica.

r.- El maltrato habitual produce un daño constante y continuado del que la víctima, o víctimas tienen la percepción de que no pueden salir de él y del acoso de quien perpetra estos actos, con la circunstancia agravante en cuanto al autor, de que éste es, nada menos, que la pareja de la víctima, lo que provoca situaciones de miedo, incluso, y una sensación de no poder denunciar.

s.- En el maltrato habitual puede que el silencio haya sido prolongado en el tiempo hasta llegar a un punto en el que, ocurrido un hecho grave, se decide, finalmente, a denunciar por haber llegado a un límite a partir del que la víctima

ya no puede aguantar más actos de maltrato hacia ella y, en ocasiones, también, hacia sus hijos.

t.- El retraso en denunciar la víctima los actos de maltrato habitual no pueden ser tenido en cuenta para minimizarla credibilidad de la declaración de la víctima por las propias características de este tipo penal en el que el silencio de las víctimas se manifiesta como una de las más relevantes, lo que agrava el resultado lesivo emocional y físico de las víctimas al final de este recorrido de maltrato.

u.- Ello va unido a que cuando la víctima se decide a denunciar, o a querer romper su relación ante el carácter insoportable del que se ejerce sobre ella y sus hijos se incrementa el riesgo de que los actos de maltrato pasen a un escenario de "incremento grave del riesgo de la vida de la víctima", ya que si ésta decide comunicar la necesidad de una ruptura de la relación, o le denuncia por esos hechos, el sentimiento de no querer aceptar esa ruptura el autor de los mismos provoca que pueda llegar a cometer un acto de mayor gravedad, y que puede dar lugar, incluso, a actos de la denominada violencia vicaria.

v.- En el maltrato habitual la inexistencia de denuncias previas no es entendible como una declaración no cierta o inexacta, o que la víctima falta a la verdad, ya que la existencia de denuncias previas no es un requisito sine qua non exigido en la valoración de la prueba de la víctima en el delito de malos tratos.

x.- Que la víctima se decida, al final, a denunciar los malos tratos habituales tras un hecho de gravedad, no altera su credibilidad, y es obvio que la relación que mantengan no sea buena, y más aún cuando tras la convivencia, o durante ella, ha habido malos tratos. Pero ello no tiene por qué conllevar a que en la declaración de la víctima se entienda que siempre y en cualquier circunstancia existe una duda acerca de su credibilidad. No puede alegarse que ello es por resentimiento, y no quiere decir que la víctima mienta, sino que el resentimiento existe de cualquier modo, pero por esa existencia del maltrato, lo que no debe llevarnos a dudar de que lo que declara acerca de un hecho concreto sea incierto.

y.- La redacción del art. 173.2 CP que sanciona la mera conducta habitual del maltrato como tipo penal autónomo tiene una específica misión de impartir un mayor reproche penal a una conducta tan execrable como lo es el maltrato reiterado.

z.- La relación de "sometimiento psicológico" que provoca el maltrato, y que puede plasmarse en secuelas graves psíquicas, determina la paralización de tomar decisiones libres a la víctima, ya que la víctima no es consciente de que esté siendo victimizada, porque la dominación y subyugación del autor del delito de maltrato permite conseguir que la víctima no pueda salir del ciclo de la violencia habitual que ejerce el autor".

STS 834/2021 de 29 de octubre. Roj: STS 4024/2021 - ECLI:ES:TS:2021:4024

Reitera el “abecedario de la violencia habitual” recogido en la anterior y profundiza en los elementos del tipo penal del art. 173.2 del C.P.

Delitos contra la libertad sexual.

STS 785/2021 de 15 de octubre. Roj: STS 3862/2021 - ECLI:ES:TS:2021:3862

En esta sentencia se recuerda que el art. 181.1 CP, castiga como responsable de abuso sexual a "el que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona", y recuerda que en la STS 20/2021, de 18 de enero de 2021, ya se dijo que "Solo una cuestión más, pese a que ya ha obtenido respuesta tanto en la sentencia de primera instancia como en la de apelación, como es la relativa a la falta de concurrencia del elemento subjetivo del delito, pues en el recurso se vuelve a insistir, en este caso, "que sería el obtener una satisfacción sexual en el tocamiento", que se niega en el recurso que se diera, puesto que, aun cuando pudiéramos asumir tal aseveración (lo que no es posible desde el momento que en los hechos probados se habla del "claro ánimo libidinoso" del acusado), es absolutamente irrelevante de cara a definir el delito por el que se condena, porque el recurrente confunde el móvil de la acción con el dolo del autor, que este no cabe negar en modo alguno, habida cuenta que el acusado, consciente de la indebida conducta sexual que desplegaba, quiso llevarla a cabo sobre las tres menores, con lo cual, esto es, de manera consciente y voluntaria, por lo tanto dolosamente, cubrió los elementos precisos para definir el delito, con independencia de los motivos que le llevaran o dejaran de llevar a ello".

Por lo tanto, descrito en los hechos probados actos por parte del acusado de evidente contenido sexual sobre sus dos hijos, es suficiente para llenar el tipo, de ahí que el motivo relativo a la queja por la condena de los delitos de abuso sexual deba ser rechazada".

Acoso y perspectiva de género.

STS 843/2021 de 4 de noviembre. Roj: STS 4045/2021 - ECLI:ES:TS:2021:4045

En esta sentencia el TS reflexiona sobre la necesidad de aplicar la perspectiva de género en los casos de acoso y hostigamiento relacionados con la violencia de género (art. 172 ter 2 del C.P.) y en concreto a la hora de valorar la “alteración grave de la vida cotidiana” que exige dicho tipo penal “por esa elevación en la psique de la víctima de la posibilidad de ejecución de actos más graves que los meros de acoso” y, concluyó que en el caso analizado se alteró “gravemente la vida cotidiana de la víctima, dada la objetividad y capacidad para hacerlo de alterar su vida de forma notable al referirse a una constante

presión que solo concluye cuando se presenta la denuncia". En el FJ Quinto se dice expresamente que "Se ha expuesto con anterioridad que estos supuestos del art. 172 ter.2 CP en cuanto a acoso en relación de ex pareja debe contemplarse con perspectiva de género. Y ello, porque tras esta relación de ex pareja es donde surge la apreciación del elemento subjetivo que encierra la conducta del autor, aunque no se exige en el tipo penal del art. 172 ter.2 CP, de una específica intención concreta de dominación, y la objetivación tanto de los actos de acoso, cuya entidad y relevancia permitirán derivar la alteración grave de la vida de la víctima en el contexto en el que se produzcan, que es lo que ocurre en este caso, ya que se trata de un contexto de previa ruptura donde el autor no la acepta y esta es la causa eficiente de sus actos de acoso dirigidos específicamente, y con significado causal, a conseguir el efecto que pretende, como es que la víctima vuelva con él, pese a haberle manifestado ella su deseo de ruptura.

El autor pone en la vida de la víctima todo un elenco de conductas destinadas a que ella perciba el mensaje de que "o acepta regresar o no cesará en el acoso". Con ello, se traslada a la víctima que la única forma de no estar ni ser acosada es la de ceder a las pretensiones del autor.

En cualquier caso, es importante destacar la diferencia que en estos casos debe tener el "estar o ser acosada" con la de "sentirse acosada", ya que solo la primera es válida para la configuración del delito, por cuanto el tipo penal se configura solo desde la objetivación [sic] de los actos de acoso, no de la sensación de la víctima de serlo, - aunque la entidad de los actos no sea grave-, ya que en casos de personas muy susceptibles podrían sentirse acosadas ante mínimos y aislados actos de acoso que no reúnan el requisito de la persistencia y seriedad de los actos. La cuestión es, pues, no de lo que se siente, sino si se trata de actos de acoso susceptibles de integrar la conducta penal del art. 172 ter CP.

Además, habida cuenta que este delito se implantó en el derecho anglosajón, y de ahí se incorpora a nuestro ordenamiento jurídico por la LO 1/2015 de 30 de marzo, debemos recordar que los anglosajones destacan la esencia en estos casos de dos cuestiones básicas, a saber:

a.- Whether or not the stalker intends to frighten, intimidate or threaten someone does not matter, as long as the stalker knows that such behavior could cause a reasonable person to feel frightened, intimidated or threatened.

No importa si el acosador tiene la intención de asustar, intimidar o amenazar a alguien, siempre que sepa que tal comportamiento podría hacer que una persona razonable se sienta asustada, intimidada o amenazada.

b.- Stalking is a "course of conduct," meaning it involves repeated, continuous behavior. Unwanted behaviors may not seem that alarming if considered separately as single incidents, but when the pattern of behaviors is considered altogether and over time, stalking becomes apparent and alarming.

El acecho es un "curso de conducta", "o comportamiento" lo que significa que implica un comportamiento continuo y repetido. Los comportamientos no deseados pueden no parecer tan alarmantes si se consideran por separado como incidentes únicos, pero cuando el patrón de comportamientos se considera en conjunto y con el tiempo, el acecho se vuelve aparente y alarmante.

Aquí radica la clave del acoso, porque no se exige el elemento intencional en el acosador, sino si sus actos integran y tienen entidad para constituir un acoso penal. Y, en segundo lugar, es clave la continuidad del comportamiento, que se configura con que los actos sean reiterados, lo que se colige de los hechos probados de la sentencia en este caso... el componente de afectación a la vida cotidiana de la víctima que es elemento del tipo se evidencia desde esa objetivación de los actos capaces de provocar esa reacción en la víctima que tenga como consecuencia que altere sus hábitos de conducta por el miedo que integra el no saber la siguiente reacción o paso del acosador. Ello se eleva en los casos de violencia de género; de ahí, la necesidad de tener que enfocar el acoso de la pareja o ex pareja con perspectiva de género como mantenemos. Porque solo desde este enfoque se puede entender el drama que sufre la víctima acosada que sabe que el origen del acoso data de ese sentimiento de posesión del acosador sobre su víctima.

Porque solo desde esa posición de dominación se lleva a cabo el acto de acoso en los casos de ex pareja que desea regresar con quien no quiere voluntariamente regresar a esa relación anterior."

Delito de quebrantamiento

La STS 42/2021 de 21 de enero. Roj: STS 155/2021 - ECLI:ES:TS:2021:155.

En esta sentencia se analiza la continuidad delictiva en el delito de quebrantamiento.

Recordando la doctrina sentada en la STS 846/17, deja sin efecto la continuidad delictiva en el delito de quebrantamiento pues, "los mensajes de audio enviados lo fueron, de forma ininterrumpida, en un lapso de tiempo de 19 minutos, (entre las 14,25 y las 14'44 horas del día 9/6/2018) sin que, por tanto, se hubiera producido esa reposición de la situación jurídica dispuesta por la orden de privación de comunicación que permita calificar de típica, una nueva conducta de quebrantamiento de medida, con cada uno de los mensajes de audio remitidos. De ahí el disenso con la resolución recurrida Nos encontramos ante una unidad de acto, un acotado y breve intervalo de tiempo, en el curso del cual se mantiene la comunicación, dentro de un espacio temporal de 19 minutos, aunque fuere con ofensivo discurso interrumpido en tres tramos, pero sin ruptura en la situación de inseguridad o desasosiego originada; y por tanto, desde la consideración normativa que debemos analizar, un solo acto comunicativo."

STS 584/2021 de 1 de julio. Roj: STS 2743/2021 - ECLI:ES:TS:2021:2743

En esta ocasión se analiza el consentimiento de la víctima en el incumplimiento de la medida cautelar o pena de prohibición de aproximación y recuerda que *“aunque la prohibición de acercamiento a la víctima es una pena o medida cautelar que se adopta por razones de seguridad en beneficio de la supuesta víctima para la protección de su vida y de su integridad física, el bien jurídico protegido directamente por el delito es el principio de autoridad. El incumplimiento de una orden emanada de un órgano jurisdiccional, atenta contra el correcto funcionamiento de la administración de justicia y conlleva una vulneración de la obligación que a todos incumbe de cumplir las sentencias y resoluciones de los juzgados y tribunales, que viene establecida en el artículo 118 de la CE. Esa es la razón por la que el delito de quebrantamiento de condena se incluye sistemáticamente en el Título relativo a los delitos contra la Administración de Justicia y por la que esta Sala en el Pleno no jurisdiccional de 25/11/2008 acordara que el consentimiento de la víctima no es un factor de exclusión de la punibilidad (STS 14/2010, de 28 de enero, 39/2009, de 29 de enero, entre otras muchas).*

A partir de esta afirmación resulta evidente que es irrelevante para la conformación típica de la conducta que los mensajes dirigidos a la persona protegida no fueran amenazantes o insultantes ya que el contenido de los mensajes o comunicaciones podrá ser relevante para graduar la gravedad de la conducta y la pena, pero no para excluir la tipicidad.

También es irrelevante que la destinataria de la medida no tuviera bloqueado el WhatsApp. El delito de quebrantamiento de condena no precisa de acciones de la víctima dirigidas a impedir la comunicación ya que basta la orden judicial para que sea cumplida. Y, además, la falta de bloqueo del servicio de mensajería puede deberse a muchos factores y no puede interpretarse sin más como una forma de consentimiento de la víctima y, aunque así se entendiera, resulta obligado reiterar que el consentimiento es irrelevante (SSTS 748/2018, de 14 de febrero y 661/2020, de febrero, entre otras muchas).

STS 682/2021 de 13 de septiembre. Roj: STS 3507/2021 - ECLI:ES:TS:2021:3507

También en esta sentencia se abunda sobre la ineficacia del consentimiento de la víctima en el delito de quebrantamiento y, así, se dice que *“[n]egar la eficacia del consentimiento de la mujer -razonábamos en el primero de esos precedentes, STS61/2010- no es, en modo alguno, propugnar una limitación de su capacidad de autodeterminación. Tampoco implica condicionar el ejercicio del derecho al libre desarrollo de su personalidad. Los efectos psicológicos asociados a la victimización de la mujer maltratada, hacen aconsejable negar a ésta su capacidad para disponer de una medida cautelar de protección que no se otorga, desde luego, con vocación de intermitencia, afirmando o negando su*

validez y eficacia en función de unos vaivenes afectivos que, en la mayoría de los casos, forman parte de los síntomas de su propio padecimiento.

De ahí que resulte especialmente arriesgado aceptar en términos jurídicos situaciones de derogación material-pese a la vigencia formal de la orden judicial de alejamiento-, originadas por la aceptación, expresa o tácita, por la mujer maltratada de contactos reiterados con su agresor. Es indudable que la mujer puede ejercer su derecho a la reanudación de la convivencia. Precisamente, en ejercicio de esa facultad que sólo a ella incumbe, deberá comparecer voluntariamente ante el órgano judicial competente e instar del Juez la consiguiente resolución que, una vez valoradas las circunstancias concurrentes, podrá dejar sin efecto el obstáculo para el restablecimiento de la comunicación y la convivencia.

En consecuencia, el hecho de que la víctima aceptara con anterioridad a su muerte contactos episódicos con el acusado en nada diluye la antijuridicidad de la conducta sancionada en el art. 468 del CP. De hecho, la trágica muerte de Sonsoles por los golpes propinados por Modesto es el mejor ejemplo de la conveniencia de no banalizar la vigencia y operatividad de medidas de alejamiento que buscan alzar barreras de protección frente a comportamientos de dominación celopática.

En el escrito de impugnación del recurso, el Letrado de la acusación particular enriquece esta argumentación subrayando que el hecho de que la víctima consintiera el acercamiento de su agresor debe valorarse desde la perspectiva de unas relaciones marcadas por los malos tratos, tanto físicos como psicológicos, que condujeron a una evidente pérdida de autoestima y que restaba a Sonsoles capacidad para disponer de una medida cautelar de protección con vocación de permanencia, como es la orden de alejamiento.”

Atenuante de confesión

STS 75/2021 de 28 de enero. Roj: STS 235/2021 - ECLI:ES:TS:2021:235.
Desestima el recurso de casación por inaplicación del art. 20.1 CP o, de forma subsidiaria, indebida inaplicación del art. 21.1 en relación con el artículo 68 del mismo texto legal y por inaplicación del art. 21.4 del C.P. En cuanto a la atenuante de confesión el tribunal recuerda que los requisitos integrantes de la atenuante de confesión son los siguientes: 1º Tendrá que haber un acto de confesión de la infracción. 2º El sujeto activo de la confesión habrá de ser el culpable. 3º La confesión habrá de ser veraz en lo sustancial. 4º La confesión habrá de mantenerse a lo largo de las diferentes manifestaciones realizadas en el proceso, también en lo sustancial. 5º La confesión habrá de hacerse ante la autoridad, agente de la autoridad o funcionario cualificado para recibirla.

STS 367/2021 de 30 de abril. Roj: STS 2177/2021 - ECLI:ES:TS:2021:2177.
En relación con la atenuante de confesión el TS entiende que no concurren

“elementos de confesión que contribuyan al esclarecimiento de la investigación y con resultado útil para la instrucción sumarial. La confesión encuentra hoy su fundamento en razones de política criminal, en la medida que ahorra esfuerzos de investigación y facilita la instrucción de la causa”.

Atenuante de reparación del daño.

STS 953/2021 de 2 de diciembre. Roj: STS 4538/2021 - ECLI:ES:TS:2021:4538

Además de recordar que la atenuante exige una reparación relevante y apreciar que no lo es, en el caso analizado, la resultante de un concreto pacto en el convenio regulador en relación al total establecido en la sentencia, dice que el cumplimiento de lo que son sus estrictas obligaciones respecto de sus hijos le disculpe del abono íntegro de la indemnización.

Agravante de parentesco y de género

STS 59/2021 de 27 de enero. Roj: STS 458/2021 - ECLI:ES:TS:2021:458.

En esta sentencia se reitera su doctrina sobre la compatibilidad de las agravantes de parentesco y de discriminación de género y de los presupuestos que han de concurrir para su apreciación.

STS 81/2021 de 2 de febrero. Roj: STS 241/2021 - ECLI:ES:TS:2021:241.

Estima el recurso en cuanto a la indebida aplicación de la circunstancias de parentesco por cuanto “una relación común de noviazgo, ya finalizada, que se prolongó durante nueve meses sin convivencia en ningún momento, no determina la aplicación de la circunstancia mixta de parentesco, en su condición de agravante, aun cuando los jóvenes hayan llegado a mantener durante la misma relaciones sexuales, sin perjuicio del efecto que pueda producir en el ámbito de los comportamientos descritos en el art 153 CP, y concordantes”.

STS 114/2021 de 11 de febrero. Roj: STS 457/2021 - ECLI:ES:TS:2021:457.

En esta Sentencia el TS incide en la compatibilidad de la agravante de género con la agravante de parentesco

STS 569/2021 de 30 de junio. Roj: STS 2786/2021 - ECLI:ES:TS:2021:2786.

El TS estimó el recurso de casación interpuesto por el condenado por indebida aplicación de la agravante de parentesco (23 C.P.) pues la declaración en los hechos probados de “una relación sentimental hacía pocos meses”, “resulta insuficiente para afirmar de forma consistente la estabilidad que requiere la ley. Nada se dice acerca de las características, finalidades, compromisos o proyectos anexos a la relación, aspectos que pueden ser relevantes a aquellos

efectos. Es cierto que en la sentencia de apelación se hace referencia a que la víctima declaró que la discusión que existió entre ellos se debió a que él quería que lo acompañara a Almería a lo que ella se negó hasta que se casaran. Pero, además de que se trata de una parte de su declaración que no ha sido incorporada al hecho probado, sería insuficiente para considerar acreditado que el proyecto de vida en común alcanzaba nivel suficiente para apreciar la estabilidad en una relación con afectividad análoga a la del matrimonio, que, como hemos dicho, exige el artículo 23 CP. Por lo tanto, ha de concluirse que la consignación en el hecho probado de la existencia de una relación sentimental entre dos personas, en el caso por un tiempo cercano a dos meses, sin más aditamentos, es insuficiente como base fáctica para apreciar la agravante de parentesco”.

STS 999/2021 de 16 de diciembre. Roj: STS 4599/2021 - ECLI:ES:TS:2021:4599

Recuerda el TS que "...el término 'género' que titula la Ley y que se utiliza en su articulado, pretende comunicar que no se trata de una discriminación por razón de sexo. No es el sexo en sí de los sujetos activo y pasivo lo que el legislador toma en consideración con efectos agravatorios, sino -una vez más importa resaltarlo- el carácter especialmente lesivo de ciertos hechos a partir del ámbito relacional en el que se producen y del significado objetivo que adquieren como manifestación de una grave y arraigada desigualdad. La sanción no se impone por razón del sexo del sujeto activo ni de la víctima ni por razones vinculadas a su propia biología. Se trata de la sanción mayor de hechos más graves, que el legislador considera que lo son por constituir una manifestación específicamente lesiva de violencia y de desigualdad" (STS 99/2019, 26 de febrero)" y que "... la concurrencia de una circunstancia de agravación exige de un aditamento, que en el caso de la de discriminación por razones de género se concreta en una base fáctica que permita deducir que el comportamiento de quien agrede cuenta con el plus de antijuridicidad que conlleva el que sea manifestación de la grave y arraigada desigualdad que perpetúa los roles asignados tradicionalmente a los hombres y las mujeres, conformados sobre el dominio y la superioridad de aquellos y la supeditación de éstas. No requiere la agravante de un elemento subjetivo específico entendido como ánimo dirigido a subordinar, humillar o dominar a la mujer, (así lo hemos dicho en la STS 99/2019) pero sí que objetivamente, prescindiendo de las razones específicas del autor, los hechos sean expresión de ese desigual reparto de papeles al que es consustancial la superioridad del varón que adquiere así efecto motivador. Todo ello determinado a partir de las particulares circunstancias que rodean los hechos y del contexto relacional de agresor y víctima, no limitado al ámbito conyugal o de pareja, desde luego no lo impone el precepto (artículo 22.4 CP), sino a todos aquellos en los que se

conciten hombres y mujeres, y sean susceptibles de reproducir desiguales esquemas de relación que están socialmente asentados. Por ello bastará para estimarse aplicable la agravante genérica que el hecho probado de cuenta de tales elementos que aumentan el injusto, porque colocan a la mujer víctima en un papel de subordinación que perpetúa patrones de discriminación históricos y socialmente asentados; y en lo subjetivo, que al autor haya asumido consciente y voluntariamente ese comportamiento que añade el plus de gravedad.

El de las relaciones sexuales es claramente uno de estos ámbitos en el que tradicionalmente han operado marcados estereotipos de **género** que relegaban a la mujer a la procreación, o a la condición de mero objeto de placer. Ahora bien, no todo delito contra la libertad sexual perpetrado por un varón sobre una sobre una mujer será tributario de la agravación, pues además de ese ámbito relacional es necesario que las circunstancias que rodean los hechos, revelen que se trata de un acto de dominio machista. Circunstancias que podrán ser de toda índole, en cuanto rebasen los elementos de tipicidad de la modalidad aplicada, sea la básica o alguna de las agravadas, en todo caso huyendo de supuestos de doble incriminación. Sin la pretensión de elaborar un catálogo exhaustivo, habrá de colocarse el foco, en la especial vinculación entre agresor y víctima, en las expresiones proferidas, el carácter especialmente denigratorio las prácticas desarrolladas, el número de actores, el simbolismo de determinados actos, entre otros" (STS 444/2020, 14 de septiembre).

Para ilustrar la razones por las que en esta ocasión entiende que no concurre la agravante, el Tribunal cita algunos supuestos que si han justificado la aplicación (SSTS 687/2021, 15 de septiembre; 661/2021 y 662/2021 ambas de 8 de septiembre) y concluye que "ni su dejación [del acusado] en el cumplimiento de los deberes de asistencia que llegó a asumir ante los facultativos y que justificó el alta médica de la víctima después de su intento de autolisis, ni la falsa escenificación de un doble suicidio por amor, sirven de respaldo fáctico para la agravación que se postula. La relación de superioridad del autor sobre la víctima es la que ha dado vida al tipo agravado previsto en el art. 140.1.1 delCP, en el que se castiga con mayor pena aquellos casos en los que la víctima sea especialmente vulnerable por razón de una enfermedad.

No existe en el factum elemento alguno sobre el que construir la prevalencia que define la agravante de género que reivindica el recurrente. El juicio histórico apunta que "...el acusado apuñaló a Coral, causándole la muerte, sin importarle los años que había durado su relación de pareja, y siendo consciente de la situación de debilidad tanto física (pues en ese momento pesaba unos 38 kilos) como anímica (por la fuerte depresión que sufría y la medicación que estaba tomando) de su esposa, lo que le facilitó la ejecución de la acción".

El tiempo de duración de la relación convivencial a la que se pone término con el homicidio o la situación de debilidad física o anímica producida por una enfermedad, tienen una incuestionable traducción jurídica en términos

punitivos, pero no pueden encajarse en la agravante de género a que se refiere el art. 22.4 del CP.”

Reparación del daño

STS 418/21 de 10 de mayo. Roj: STS 2171/2021 - ECLI:ES:TS:2021:2171. Además de analizar la doctrina sobre los criterios básicos y complementarios, no excluyentes, para la determinación del ánimo homicida, en relación a la alevosía recuerda que no puede excluirse por la existencia de una discusión previa o de una acción mínima de defensa, y aludiendo a la STS 247/2018 de 24 May. 2018, Rec. 10549/2017 insiste en la necesidad de valorar su concurrencia con una perspectiva de género. Por otra parte, incide de nuevo en los presupuestos de la atenuante de reparación del daño (21.5 CP): Aunque la propia ley prevé como supuesto de atenuación de la responsabilidad la disminución del daño y, por lo tanto, su reparación parcial, ha de tratarse en todo caso de una contribución relevante (STS núm. 601/2008, de 10 de octubre; 668/2008, de 22 de octubre; 626/2009, de 9 de junio; y 251/2013, de 20 de marzo, entre otras), para lo que ha de tenerse en cuenta el daño causado y las circunstancias del autor". Señala el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 268/2016 de 5 de abril de 2016, Rec. 1343/2015 que: "Hemos de tener presente que la atenuante resulta operativa como ordinaria, cuando se reparan parcialmente los daños o perjuicios causados a la víctima, aunque también es cierto que la reparación parcial ha de ser relevante y notoria, y no meramente simbólica". Y añade "[n]os encontramos ante una condena por tentativa de asesinato en un hecho de gravedad. Se trata de una condena por delito de asesinato en grado de tentativa del artículo 139.1º, con alevosía y con una consignación insuficiente claramente, lo que lleva a la desestimación en base a lo expuesto. Incluso en los delitos contra la vida, como en este caso de violencia de género la reparación del daño puede plantear problemas, en este caso muchos más, dada su evidente insuficiencia". Por último analiza y sintetiza la doctrina sobre el desistimiento activo, subrayando la exigencia de la "voluntariedad", que define su esencia dogmática, y la "eficacia" de la conducta que detiene el "iter criminis", requiriendo que sea el propio autor del delito el que impida la consumación del delito, o bien que desencadene la actuación de terceros, si éstos son finalmente los que lo consiguen.

STS 953/2021 de 2 de diciembre, Roj: STS 4538/2021 - ECLI:ES:TS:2021:4538

Se analiza en esta ocasión la cuantificación de las indemnizaciones en delitos dolosos para recordar que el "Baremo", que ha sido tomado en la práctica judicial como parámetro orientativo cuando se trata de fijar indemnizaciones civiles en el orden penal, aunque no nos movamos en el ámbito de la circulación viaria, la concesión de cantidades superiores al baremo en los

casos de delitos dolosos, máxime en supuestos especialmente traumáticos y violentos, se ha reconocido reiteradamente por la jurisprudencia de esta Sala (SSTS 772/2012, de 22 de octubre, y 799/2013, de 5 de noviembre ó 580/2017 de 19 de julio, entre otras).

Prescripción de la responsabilidad civil derivada del delito de impago de pensiones

STS 364/21 de 29 de abril (STS 1711/2021 - ECLI:ES:TS:2021:171).

En relación con la prescripción de la responsabilidad civil derivada del impago de pensiones en esta sentencia se incorpora una interesante discusión sobre los aspectos de la prescripción penal y civil concluyendo que no juega para esa obligación el régimen de prescripción de la responsabilidad civil nacida de delito, sino el específico de esa obligación que lleva a un plazo de cinco años en el derecho común y tres en el derecho civil catalán. Ni tampoco el régimen de sujetos obligados civilmente de los arts. 118 y ss. CP. “No parece tesis asumible que las pensiones que debía el ahora recurrente hubiesen prescrito al cumplirse tres años de su nacimiento; (¡incluso que esa extinción hubiese sido proclamada por el Juez de familia ante la reclamación!); y que, sin embargo, al interponerse una denuncia, fuese cual fuese el tiempo transcurrido, se produjese un insólito efecto resurrección de las pensiones ya fenecidas, de obligaciones extinguidas por prescripción. Item más, si se configura como delito permanente, y se han ido sucediendo reiterados impagos, todas las pensiones de los últimos quince años (situándonos en el régimen anterior a la reforma de 2015) volverían a ser exigibles. Aunque el Juzgado de familia las hubiesen declarado civilmente prescritas, por haberse reclamado previamente ante él. Aunque el argumento gramatical dista de ser inequívoco, puede significarse, a mayor abundamiento, que el art. 227.3 CP habla de pensiones adeudadas y no impagadas. No se adeudan las ya prescritas”.

Acumulación de penas accesorias.

STS 809/2021 de 21 de octubre. Roj: STS 3893/2021 - ECLI:ES:TS:2021:3893

En esta ocasión el TS tras recordar que el mecanismo de la acumulación previsto en el artículo 76CP solo debe activarse respecto a penas privativas de libertad en la medida en que otros tipos de penas que hayan podido imponerse no impiden, por su naturaleza y contenido afflictivo, su ejecución simultánea con las primeras -vid. por todas, SSTS 279/2019, 909/2014- y aludir a su finalidad es corregir los excesos punitivos que pudieran resultar de la aplicación estricta del modelo de acumulación matemática, en los FFJJ 6 a 8 sostiene “con relación a las penas privativas de derechos que, contempladas en el artículo 48CP, pueden o deben imponerse como accesorias, ex artículo 57 CP, cuando la persona responsable resulte condenada por alguno de los delitos que en

este precepto se precisan, debe recordarse que, además de su contenido ontológicamente retributivo, adquieren, también, una finalidad comunicativa y pragmática específica como es la de proteger a la víctima del delito del riesgo de nuevos ataques por parte del victimario.

En este sentido, debe recordarse que el Estado, por la vía del Convenio Europeo de 1950 -artículos 2, 3 y 8- y del más específico sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011 -vid. artículo 53-, asume obligaciones positivas de efectiva protección de la seguridad de la víctima, debiendo procurarles espacios de indemnidad personal -vid. SSTEDH, caso Opuz c. Turquía, de 9 de junio de 2009, caso Civek c. Turquía de 13 de noviembre de 2014, caso Talpis c. Italia, de 2 de marzo de 2017; STC 68/2010-.

Pero, además, de la diferente funcionalidad entre las penas privativas de libertad y las privativas de derechos o de prohibiciones que justifican un tratamiento cumulativo diferenciado, estas responden a presupuestos de individualización también distintos.

En efecto, sin perjuicio del nomen iuris que reciben en el artículo 57 CP tales penas no comparten los rasgos constitutivos de la accesoriedad penológica. Además de que, como regla general, su imposición resulte facultativa, incluso en los supuestos especiales de preceptividad, su duración no viene determinada por la de la pena principal privativa de libertad. Esta actúa como marco temporal de referencia solo para identificar el arco de duración total de las penas de privación de derechos y prohibiciones de comunicación o aproximación-de uno a diez años más a la duración de la pena privativa de libertad fijada si el delito es grave o de uno a cinco años más si el delito es menos grave-.

Lo que supone que el tribunal debe individualizar el concreto alcance temporal de dichas penas para lo que debe tomar en cuenta, de manera especialmente significativa, los factores de riesgo o las necesidades de protección que concurran -vid. STJUE, Asuntos acumulados C-483/09 y C-1/10, caso Gueye y Salmerón, de 11 de septiembre de 2011-.

Por ello, el juicio de merecimiento de la nueva pena privativa de libertad por una suerte de injusto global resultante de la acumulación no parece fácilmente trasladable a las penas "accesorias" del artículo 57 CP. Su merecimiento no se ve afectado por este nuevo juicio jurídico-penal de desvalor que afecta a las penas privativas de libertad. Su reajuste, adaptando su duración a la nueva pena global privativa de libertad, no solo comprometería el principio de intangibilidad de la sentencia, sino que afectaría de manera no justificada a los propios fundamentos de su imposición.

Parece claro que cuando el legislador previno la preceptiva imposición de algunas de las penas privativas de derechos contempladas en el artículo 48 CP, en caso de condena por alguno de los delitos a los que se refiere el

artículo 57 CP, ordenando su cumplimiento simultáneo, contempló, también, situaciones de concurso real.

Cada delito, objeto de condena, obliga a establecer penas aflictivas de derechos pues sirven también como mecanismos de protección efectiva de la víctima. Lo que comporta como consecuencia que la suma de los periodos fijados por cada delito es la que debe determinar el marco temporal de ejecución.

La comisión de varios delitos que lesionen bienes jurídicos como la integridad física, la vida, la libertad o la seguridad de las personas merecedoras de una especial protección, presta fundamento a un juicio propio de merecimiento respecto del tiempo total de las penas accesorias impuestas.

9. Además, no cabe obviar la no improbable circunstancia de que el víctima haya sido condenado por varios delitos cometidos contra víctimas diversas. En este caso, si bien las razones axiológicas y constitucionales de la acumulación de penas privativas de libertad pueden justificar una nueva pena global privativa de libertad, nada justifica, sin embargo, que se conforme también una única pena global de prohibición de aproximación y/o de comunicación, privando a cada víctima de su específico marco temporal de protección fijado en sentencia.

En estos supuestos, la conservación de marcos temporales independientes de ejecución de las respectivas penas accesorias constituye una exigencia convencional de protección que no puede eludirse.

10. Sentado lo anterior, y con relación al caso, el reajuste pretendido por el recurrente carece de todo fundamento”

Resumen sentencias dictadas por la Sala de lo civil del TS en el año 2021.

Custodia compartida

STS 175/2021 de 29 de marzo. Roj: STS 1226/2021 - ECLI:ES:TS:2021:1226.

El Juzgado de Primera Instancia otorgó la custodia a la madre, pero en la resolución de la apelación la A.P. de Cáceres acordó la custodia compartida. En contra del criterio del Juzgado, la Audiencia considera que el interés y beneficio de la menor se concilia mejor con el establecimiento de un régimen de comunicación de tal clase, bajo el razonamiento de que una situación de tensión o desencuentro entre los progenitores no tiene que influir en relación con la menor. Se sostuvo que, con respecto al procedimiento penal pendiente por delito de vejaciones injustas y maltrato psíquico en el ámbito de la **violencia de género**, no había condena penal, sólo indicios racionales de delito, y que no se habían adoptado medidas cautelares. El resultado de dicho procedimiento no tenía que influir en las relaciones padre e hija. En definitiva,

se concluyó que la regla general es la custodia compartida, por la que además se inclina el informe psicosocial. Durante la sustanciación del recurso de casación, se dictó por el Juzgado de lo Penal sentencia condenando a padre como autor de un delito de maltrato habitual del art. 173.2.3 del CP. El Ministerio Fiscal, en atención al interés preferente de la menor, solicitó que el recurso de casación fuera estimado. El TS hace un *“breve recorrido normativo sobre la incidencia de la violencia doméstica en los pronunciamientos sobre la custodia de los menores”* tanto en el derecho común como en el foral y sintetiza la doctrina de la Sala sobre la guardia y custodia compartida [la custodia compartida se halla condicionada al interés y beneficio de los menores y es reputada abstractamente beneficiosa, en tanto en cuanto: 1) la custodia compartida fomenta la integración del menor con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia; 2) Se evita el sentimiento de pérdida; 3) No se cuestiona la idoneidad de los progenitores; 4) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio de los menores. No se trata de una medida excepcional. Se pretende acercar al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar a los padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental. Son criterios determinantes para enjuiciar su procedencia: la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. A continuación, se adentra en el caso y manifiesta que *“no nos encontramos ante un supuesto de meras desavenencias entre los progenitores con típicos desencuentros propios de su crisis matrimonial. Tampoco ante excesos verbales, en incidentes puntuales y aislados, que no afectan al interés superior de la menor de disfrutar de una custodia como la debatida en este proceso, sino ante un patrón de conducta prolongado en el tiempo, que constituye una expresión inequívoca de desprecio y dominación del demandado sobre la actora, que trasciende al demérito de la misma delante de la hija común, con palabras directamente dirigidas a la menor sobre la valoración que su padre tiene de su madre, claramente vejatorias y manifiestamente dañinas para el ulterior desarrollo de la personalidad de la pequeña. El padre proyecta sobre la menor su problemática de pareja y un comportamiento constitutivo de violencia doméstica elevado a la condición de delito. Así resulta claramente de la declaración de hechos probados de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal, que impone además al demandado una orden de alejamiento con respecto a la recurrente. Es, por ello, que las circunstancias expuestas y el mal pronóstico de coparenting, es decir la*

forma en que los padres deben coordinar el cuidado de los hijos, en un régimen de máxima colaboración como es el propio de la custodia compartida, determina que no se considere procedente el fijado por la sentencia dictada por la Audiencia Provincial”.

STS 413/2012 de 13 de mayo. Roj: STS 2000/2021 - ECLI:ES:TS:2021:2000.

En este caso el Juzgado de Familia otorgó la custodia de la menor a la madre y la S.A.P. en resolución del recurso de apelación acordó un régimen de custodia compartida basándose en que el padre se encontraba incurso en un proceso penal por delito de lesiones, sin que presente los elementos propios de una situación de violencia de género, considerando que la conducta es subsumible en un delito de lesiones previsto y penado en el art. 153.1 CP; ii) que viene referido a un suceso acaecido el 26 de enero de 2018, admitido y aislado que no impidió que desde la separación de hecho en marzo de 2018, ambos progenitores acordaran una guardia y custodia compartida, que se ha desarrollado con normalidad; iii) que cuando se presenta la demanda el 22 de julio de 2018 no se refiere ningún maltrato, y en la contestación se indica que se presentó una previa demanda de divorcio de mutuo acuerdo, que se archivó por no ratificarse la esposa y madre, en la que ambos pactaron una custodia compartida; iv) de la exploración de la hija menor -que entonces tenía 15 años- resulta que manifestó que le gustaría estar con ambos progenitores; vi) que no se ha cuestionado la capacidad de los progenitores para ejercer una custodia responsable, ni tampoco la aptitud del padre para ejercer tal cometido, ni la vinculación afectiva con sus hijas. El Ministerio Fiscal interpuso recurso de casación por infracción del art. 92.7 del CC y el art. 11 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia sobre la mujer, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011. Se cita como doctrina jurisprudencial la exteriorizada en las sentencias 36/2016, de 4 de febrero, y 350/2016, de 26 de mayo. Se argumenta que, en el caso enjuiciado, el régimen de custodia compartida no es el más favorable para la menor, la existencia de un procedimiento abierto por un delito de violencia de género muestra la clara situación de falta de respeto y dominación de un progenitor sobre el otro, que no puede sino mostrar la imposibilidad de que un sistema de custodia compartida pudiera llegar a buen puerto. El TS estima el recurso pues, “[e]n el caso presente, resulta que el demandado no ha sido simplemente denunciado por violencia de género, mediante la atribución de unos hechos que debieran ser objeto de investigación para determinar su existencia y realidad, sino que se encuentra, en términos del mentado precepto, incurso en un proceso penal en condición de investigado y con respecto al cual el juez de Violencia de Género n.º 1 de Córdoba dicta auto de 19 de noviembre de 2019, en el que aprecia indicios de criminalidad con respecto a la comisión por su parte del delito del art. 153.1 del CP, por haber agredido a la que entonces era su mujer.

No nos hallamos, por lo tanto, ante una simple denuncia, sino que la formulada se ha visto corroborada por una resolución judicial, que le da crédito y consistencia, tras la práctica de las oportunas diligencias previas penales, cuyo objeto radica precisamente en determinar la naturaleza y circunstancias del hecho y las personas que en él hayan participado conforme al art. 777.1 Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECr). En dicha resolución, entiende también el juez de violencia de género, que no existen pruebas suficientes sobre la comisión de los otros hechos imputados al demandado, toda vez que los mismos se han desarrollado en un ámbito estrictamente privado, como los supuestos de abusos sexuales, amenazas y vejaciones denunciadas, así como por la circunstancia de no querer declarar las hijas del matrimonio (art. 416 LECr), por lo que no existían más indicios que la declaración de la denunciante. Y si bien el informe de la UVIVG, continúa dicho auto, acepta que la dinámica de la relación estudiada es de disfuncionalidad, no se revelan consecuencias específicas de una situación de violencia sobre la mujer en el ámbito de pareja mantenida y continuada. No obstante, se refiere a un contexto de control, donde se encuentra inserto el incidente de 26 de enero de 2018, y de celos que han puesto fin a la relación... En definitiva, no nos hallamos ante una simple denuncia, sino ante un auto de atribución de un hecho delictivo, tras culminar la correspondiente investigación judicial, y constatar la existencia de indicios racionales de criminalidad de haber atentado contra integridad física de la que entonces era su esposa, en un contexto de control y relaciones disfuncionales. La demandante formula escrito de acusación contra el demandado, en el que postula contra él una condena por un delito del art. 153.1 del CP, con solicitud de imposición de una pena de prisión de un año y prohibición de comunicarse y acercarse a ella a una distancia de 500 metros durante 3 años. Igualmente, el Ministerio Fiscal, regido por los principios de imparcialidad y legalidad, solicitó la condena del demandado por dicho delito”.

STS 372/2021 de 31 de mayo. Roj: STS 2255/2021 - ECLI:ES:TS:2021:2255.

También en este caso el Fiscal interpuso recurso de casación frente a la sentencia dictada en apelación por la A.P. de Córdoba que revocó la de primera instancia acordando la guarda y custodia compartida, por infracción del art. 92.7CC. La A.P. entendió que procedía la custodia compartida en atención a que “i) que el padre se encontraba incurso en un proceso penal por delito de lesiones, sin que presente los elementos propios de una situación de violencia de género, considerando que la conducta es subsumible en un delito de lesiones previsto y penado en el art. 153.1 CP; ii) que viene referido a un suceso acaecido el 26 de enero de 2018, admitido y aislado que no impidió que desde la separación de hecho en marzo de 2018, ambos progenitores acordaran una guardia y custodia compartida, que se ha desarrollado con normalidad; iii) que cuando se presenta la demanda el 22 de julio de 2018 no

se refiere ningún maltrato, y en la contestación se indica que se presentó una previa demanda de divorcio de mutuo acuerdo, que se archivó por no ratificarse la esposa y madre, en la que ambos pactaron una custodia compartida; iv) de la exploración de la hija menor -que entonces tenía 15 años- resulta que manifestó que le gustaría estar con ambos progenitores; vi) que no se ha cuestionado la capacidad de los progenitores para ejercer una custodia responsable, ni tampoco la aptitud del padre para ejercer tal cometido, ni la vinculación afectiva con sus hijas. El TS estimó el recurso de casación pues, el demandado se halla incurso en un proceso penal en condición de investigado y con respecto al cual el juez de Violencia de Género n.º 1 de Córdoba dictó auto en el que aprecia indicios de criminalidad con respecto a la comisión por su parte del delito del art. 153.1 del CP, por haber agredido a la que entonces era su mujer. “No nos hallamos, por lo tanto, ante una simple denuncia, sino que la formulada se ha visto corroborada por una resolución judicial, que le da crédito y consistencia, tras la práctica de las oportunas diligencias previas penales, cuyo objeto radica precisamente en determinar la naturaleza y circunstancias del hecho y las personas que en él hayan participado conforme al art. 777.1 Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECr)”.

STS 729/2021 de 27 de octubre. Roj: STS 4022/2021 - ECLI:ES:TS:2021:4022

Tras desestimar el recurso por infracción procesal se estima el recurso de casación basado en dos motivos de casación por la vía el art. 477.2.3º LEC., en los que se denunció infracción del art. 97.2 CC, invocando que el interés de los menores es contrario a la guarda y custodia compartida que se acuerda en la sentencia de apelación porque existe una conflictividad entre los progenitores que la impide, conflictividad que queda manifestada en las sentencias condenatorias del padre por violencia de género.

El TS recuerda (FJ Séptimo) que el interés superior del menor es la consideración primordial a la que deben atender todas las medidas concernientes a los menores "que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos", según el art. 3.1 de la Convención sobre los derechos del niño y que el art.2 LOPJM recoge algunos de los criterios generales que pueden servir para interpretar y aplicar en cada caso el interés del menor. En particular, el art. 2.2.c) LOPJM menciona "la conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia".

“Es reiterada la doctrina de la sala en el sentido de que, si bien en abstracto la custodia compartida es un sistema beneficioso para los menores, la medida que en cada caso se adopte sobre la guarda y custodia debe estar fundada en el interés del concreto menor. Así lo recalca el art. 92 CC, modificado por la disposición final segunda de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia... La existencia de desencuentros propios de la crisis de convivencia no justifica per

se que se desautorice el sistema de custodia compartida. Pero la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que, pese a la ruptura efectiva de los progenitores, se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad (sentencias 545/2016, de 16 de septiembre; 559/2016, de 21 de septiembre; 23/2017, de 17 de enero; y 318/2020, de 17 de junio).

El interés del menor es la suma de varios factores que tienen que ver con las circunstancias personales de sus progenitores, las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura, y con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del menor (sentencia 318/2020, de 17 de junio). Como dice en su informe el fiscal, la falta absoluta de entendimiento entre los padres es un factor de riesgo que llega a su máxima expresión cuando uno de ellos es condenado por delitos contra el otro cónyuge de los que se citan en el art.92.7 CC...La sala, en aplicación de este precepto, ha rechazado la procedencia de custodia compartida en las sentencias 350/2016, de 26 de mayo (que tiene en cuenta el auto de incoación de procedimiento abreviado y la influencia de los hechos enjuiciados en las condiciones en que debe ejercerse la custodia); 23/2017, de 17 de enero(que tiene en cuenta que la condena por amenazas en el ámbito familiar, con prohibición de comunicación, impide la posibilidad de diálogo); 175/2021, de 29 de marzo (que tiene en cuenta la condena por maltrato y el mal pronóstico en la forma en que los padres deben coordinarse para el cuidado de los hijos); y 31/2021, de 31 de mayo (que aprecia los indicios de criminalidad que resultan del auto de un juzgado de violencia y que son incompatibles con una relación razonable que permita el intercambio fluido de información y consenso exigidos por la jurisprudencia para adoptar la custodia compartida)."