

RESUMEN JURISPRUDENCIAL

Resumen sentencias dictadas por la Sala de lo Penal del TS de 1 de enero a 31 de diciembre de 2022.

CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL

Alevosía.

STS 412/2022 de 27 de abril (STS 1645/2022 -ECLI:ES:TS:2022:1645).

Recuerda el tribunal que “[e]sta circunstancia, por su definición contenida en el artículo 22.1 del Código Penal, consiste en ejecutar el hecho empleando medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurar el resultado, sin riesgo para el actor que pueda proceder de la defensa por parte del ofendido.

Sobre esta configuración normativa, la Sala ha declarado que concurre la circunstancia de la alevosía cuando no existe posibilidad alguna de defensa para la víctima como consecuencia de la manera de desplegarse la agresión. Se ha contemplado cuando se sorprenda al agredido tras ocultarse al acecho o mediante una emboscada, o porque se ataca súbita, inesperada y repentinamente a una persona confiada que no espera el ataque (SSTS 1193/1997, de 6 de octubre; 1144/1997, de 27 de septiembre o 369/2004, de 11 de marzo). Así, hemos contemplado la situación de indefensión, sin riesgo para el atacante, en aquellos supuestos en los que la víctima se encuentra dormida al momento de desplegarse el ataque (SSTS 1811/2002, de 28 de octubre o 738/2003, de 27 de mayo), o cuando el sujeto activo entra subrepticamente en el lugar en el que se encuentra su víctima y se arroja sobre ella sin ser oído, particularmente si dormitaba (SSTS 1475/1997, de 2 de diciembre, 1608/2003, de 28 de noviembre o 117/2013, de 12 de febrero) o, en general, en todos aquellos supuestos en los que se trata de un ataque rápido y por sorpresa (SSTS 1144/1997, de 27 de septiembre o 369/2004, de 11 de marzo).

De entre los innumerables modos que entrañan una plena desactivación de la defensa que pueda oponer la víctima, la Sala ha recogido también todos aquellos en los que se aprovecha un acorralamiento de la víctima, propiciado por el número de atacantes (STS 1153/1997, de 24 de septiembre), por el marco físico en el que se desarrolla la acción (SSTS 541/2008, de 22 de septiembre o 1352/2003, de 21 de octubre) o por la carencia por parte del asaltado de armas y otros instrumentos adecuados para repeler el ataque (STS 747/2013, de 10 de octubre).

Pues bien, aun admitiendo que un ataque repentino, súbito e inesperado no sea, automáticamente, sinónimo de alevosía, lo que sí decimos es que es regla general, que aquí consideramos extensible; en todo caso, y sin perjuicio de lo que más adelante digamos al tratar el recurso de casación de la acusación

particular sobre la circunstancia de que el acusado lograra atraer a la víctima al domicilio, es relevante para apreciar dicha agravante la situación de total indefensión ante el ataque que acaba con su vida, y esto es algo que se da por probado en la sentencia de instancia, cuando, refiriéndose en el hecho 8º a la agresión del acusado, dice que "aprovechando su superioridad física y la indefensión de la víctima - quien había ingerido bebidas alcohólicas hasta alcanzar aproximadamente 1,74 gramos de alcohol en sangre y que no había dormido la noche anterior por haber estado de fiesta en DIRECCION002 - la agredió violentamente cuando estaba tumbada en posición horizontal[...]"

Y así lo consideramos, porque difícilmente puede esperar no ya quien se encuentra confiada, sino con una merma de sus facultades tan notable como la que resulta de una ingesta tan elevada de alcohol, unida al hecho de no haber dormido toda la noche anterior, que tenga la más mínima posibilidad de algún tipo de defensa con cierto éxito, que es lo que precisa la circunstancia para su apreciación".

STS 615/2022 de 22 de junio (STS 2625/2022 -ECLI:ES:TS:2022:2625).

Recuerda el TS que para apreciar la alevosía es necesario, en primer lugar, un elemento normativo consistente en que se trate de un delito contra las personas. En segundo lugar, que el autor ejecute los hechos empleando medios, modos o formas que han de ser objetivamente adecuados para asegurar el resultado, precisamente mediante la eliminación de las posibilidades de defensa, sin que sea suficiente el convencimiento del sujeto acerca de su idoneidad. En tercer lugar, que el dolo del autor se proyecte no sólo sobre los medios, modos o formas empleados, sino también sobre su significado tendente a asegurar la ejecución y a impedir la defensa del ofendido, eliminando así conscientemente el posible riesgo que pudiera suponer para su persona una eventual reacción defensiva de aquél. Y, en cuarto lugar, como consecuencia, que se aprecie una mayor antijuridicidad en la conducta derivada precisamente del modus operandi, conscientemente orientado a aquellas finalidades, (STS nº 1866/2002, de 7 noviembre). Tras aludir a las modalidades de alevosía (de traición; emboscada y convivencial o doméstica), entiende que del "relato fáctico resulta, como elementos objetivos, la llevanza de un cúter de grandes dimensiones, 15 cms., oculto entre sus ropas; la relación de confianza existente que propicia la llegada a casa y que ambos pudieran ir juntos en el coche; y la sorpresa en el ataque en el cuello, clavando el cúter. La afirmación sobre la concurrencia de la alevosía es razonable en cuanto comporta la selección de un medio de agredir que facilita la consecución del resultado sin riesgo para el agresor y sin que la víctima pudiera defenderse por sí misma o con la ayuda de terceras personas. Así resulta de hecho y las inferencias son razonables".

STS 887/2022 de 10 de noviembre. STS 4134/2022 - ECLI:ES:TS:2022:4134

El TS aprovecha para recordar la doctrina en cuanto a esta agravante:

“los parámetros que deben observarse en la apreciación de esta agravante que cualifica la causación de la muerte o su tentativa en asesinato, a saber:

1.- La alevosía como circunstancia constitutiva del delito de asesinato radica en la inexistencia de probabilidades de defensa por parte de la persona atacada.

2.- Los tipos de alevosía son:

Alevosía proditoria, alevosía súbita o inopinada, llamada también "sorpresiva", alevosía de desvalimiento y alevosía convivencial.

3.- Debe valorarse.

a.- El punto de vista objetivo (Mayor antijuridicidad) en la conducta del autor por medio de una conducta agresora que, objetivamente, puede ser valorada como orientada al aseguramiento de la ejecución, en cuando tiende a la eliminación de la defensa.

*b.- El punto de vista subjetivo, (Mayor culpabilidad) en cuanto el dolo del autor en su mecánica comisiva se proyecta no sólo **sobre** la utilización de los medios, modos o formas empleados, sino también sobre su tendencia a asegurar la ejecución y su orientación a impedir la defensa del ofendido, eliminando así conscientemente el posible riesgo que pudiera suponer para su persona una eventual reacción defensiva de aquél.*

4.- La eliminación de toda posibilidad de defensa de la víctima que la alevosía exige ha de ser considerada desde la perspectiva de su real eficacia, y es compatible con intentos defensivos nacidos del propio instinto de conservación, pero sin eficacia verdadera contra el agresor y la acción homicida.

5.- La alevosía -la elección de una forma que tienda a eliminar las posibilidades de defensa- ha de referirse a la agresión contemplada como un todo y no a sus últimos eslabones.

6.- Suele afirmarse que actúa con alevosía en quien "obra a traición y sobre seguro". Se enfatiza, así, el ánimo tendencial del sujeto, cuya acción homicida está filtrada por ese propósito más reprochable de obrar sobre seguro.

7.- Se trata de una inferencia del elemento intelectual que se puede deducir de las circunstancias concurrentes en la comisión que permite al juez o Tribunal la inferencia de ese dolo específico de cometer el delito con una intención dirigida a evitar o reducir las posibilidades de defensa, lo que se deduce por inferencia.

8.- En este tipo de casos puede apreciarse, por ejemplo, la intención del autor de evitar la huida de la víctima, asegurando la ejecución, como podría darse en un disparo por la espalda huyendo la víctima.

9.- La alevosía no requiere que la eliminación sea efectiva, bastando la idoneidad objetiva de los medios, modos o formas utilizadas y la tendencia a

conseguir tal eliminación, lo que a su juicio supone que la alevosía no se excluye en los casos de intento de defensa cuando es funcionalmente imposible y se debe a la reacción instintiva de quien no tiene escapatoria frente a la eficacia de un ataque ejecutado sobre seguro.

10.- La eliminación de toda posibilidad de defensa de la víctima que la alevosía exige ha de ser considerada desde la perspectiva de su real eficacia, y es compatible con intentos defensivos nacidos del propio instinto de conservación, pero sin eficacia verdadera contra el agresor y la acción homicida.

No desnaturalizaría la concurrencia de la alevosía el hecho de que la víctima se hubiera defendido de alguna manera, lo que no podría ser utilizado para evitar su apreciación si la agresividad desplegada, o el aseguramiento en la acción fueran circunstancias concurrentes. Por ello, aunque sea una circunstancia agravante calificada por la existencia de un aseguramiento del delito y una anulación de la defensa, operará también cuando concorra una "reducción de la defensa", por lo que aunque la víctima se hubiera defendido de alguna manera, ello no obstaculizará matemáticamente la construcción de la alevosía; es decir, no se trata de que se exija la absoluta anulación de las posibilidades de defensa se anulan o dificultan, por lo que habrá que apreciarlo caso por caso.

11.- En la alevosía sorpresiva el carácter sorpresivo de la agresión lo que suprime es la posibilidad de defensa, pues quien no espera el ataque difícilmente puede prepararse contra él y reaccionar en consecuencia, al menos en la medida de lo posible.

12.- La alevosía por desvalimiento consiste en el aprovechamiento de una especial situación de desamparo de la víctima, como acontece en los casos de niños de corta edad, ancianos debilitados, enfermos graves o personas inválidas, o porque se hallaran accidentalmente privadas de aptitud para defenderse: persona dormida, drogada o ebria en la fase letárgica o comatosa.

13.- En la proditoria o la traición destaca como elemento esencial el abuso de confianza o de una situación confiada en el que actúa el sujeto activo respecto al pasivo que no teme, dada la relación o la situación de confianza existente, una agresión como la efectuada.

14.- Se ha admitido en ocasiones una modalidad especial de alevosía convivencial basada en la relación de confianza proveniente de la convivencia, generadora para la víctima de su total despreocupación respecto de un eventual ataque que pudiera tener su origen en acciones del acusado (SSTS 1284/2009, 10 de diciembre y 86/1998, 15 de abril). Se trataría, por tanto, de una alevosía doméstica, derivada de la relajación de los recursos defensivos como consecuencia de la imprevisibilidad de un ataque protagonizado por la persona con la que la víctima convive día a día.

En este caso ha habido una evidente indefensión en la víctima, como se desprende de los hechos probados lo que le permitía al recurrente asegurar el crimen, solo interrumpido por la eficaz intervención de tercero.

El recurrente se presenta en el lugar donde sabía que estaba la víctima. Fue con la intención de matarle y con instrumento hábil para ello y para evitar cualquier defensa de la víctima. Sabía que estaría sola, presentándose con una maleta que, inevitablemente le hace generar la confianza de que la visita no tiene por fin agresión alguna y, súbitamente, en tal actitud de portar la maleta, se abalanza sobre la víctima, la derriba y la sitúa en una dependencia diferente, colocándose a horcajadas sobre ella e iniciando un ataque dirigiendo cuchilladas a su cuello, que inevitablemente iba a ser mortal, luego frustrado por la presencia de un testigo. Resulta evidente la concurrencia de la alevosía.

La circunstancia de que se alegue por el recurrente de que la víctima había sufrido actos de acoso previos no puede impedir la concurrencia de la alevosía. Ello, por sí mismo, permitiría que un acosador previo a su víctima pudiera matarla cuando quisiera sin concurrir nunca un asesinato por la alevosía sosteniendo una especie de que el acoso supone un "aviso de que lleve cuidado", lo que no es posible admitir. Es insostenible esa pretensión excluyente de la alevosía.

La existencia de actos de acoso previo de una persona a su posible víctima no desnaturaliza un asesinato cuando éste se perpetra. Es decir, un acto o varios de acoso a la víctima no supone un "cheque en blanco" para excluir la alevosía cuando se perpetra el crimen, como si se tratara de una especie de "aviso" del acosador a su víctima de que esté preparada por cuanto en cualquier momento puede acercarse a acabar con su vida, con una pretensión excluyente de la alevosía por la supresión del carácter sorpresivo del ataque con el que es causa la muerte, o queda ésta en grado de tentativa.

El asesinato por concurrir alevosía puede existir aun en el caso de actos de acoso previo, porque la alevosía concurre al momento de cometerse el delito no en periodos o instantes previos. Y el acoso no puede anular el carácter sorpresivo de la alevosía como una especie de exigencia a la víctima de que esté en alerta por que sospeche que el autor del acoso la puede matar".

STS 934/2022 de 30 de noviembre. STS 4471/2022 - ECLI:ES:TS:2022:4471

El condenado por un delito de asesinato del artículo 139.1 con la agravante de parentesco del artículo 23 y discriminación por razón de género del artículo 22.4 y como autor de un delito de profanación de cadáveres del artículo 526 todos del Código Penal, interpuso recurso de casación entre otros motivos por indebida aplicación del artículo 139 e inaplicación del artículo 138 del Código Penal, al considerar indebidamente aplicada la denominada **alevosía convivencial**. El Tribunal haciéndose eco del informe del Fiscal concluye que no parece que la valoración llevada a cabo por el Tribunal Superior de Justicia sea irracional o poco acertada. Considerando la complejidad física de víctima y

acusado, la relación habida entre ambos y su convivencia en una misma habitación de reducidas dimensiones (que impedía que Matilde pudiera siquiera representarse semejante agresión por parte del acusado), dado también que el acusado propinó un golpe que le causó una fractura en la mandíbula a Matilde, imposibilitando toda defensa por su parte para alcanzar, siquiera mínimamente, a defenderse de dos puñaladas, mortales de necesidad, propinadas de forma envolvente y a muy escasa distancia de la víctima, por la espalda, no cabe sino concluir que el actuar de Hipólito fue alevoso. Se aseguró primero de que Matilde no podría defenderse y después la mató...el apuñalamiento se produjo, como hemos dicho, encontrándose Hipólito y Matilde en la referida habitación (la que contenía muebles varios, entre otros una cama en el centro), hallándose Matilde al fondo de la habitación, junto a una pared esquinada y en la parte más alejada de la puerta. Tras haber sido repentinamente, de forma súbita e inopinada, golpeada por Hipólito en la cara, hallándose Matilde con la mandíbula fracturada y aprovechándose aquél de que la mujer había quedado seriamente herida y dolorida, con la finalidad de que Matilde no tuviera posibilidad de defenderse ni de evitar la agresión, hallándose frente a frente y muy próximos, con movimientos envolventes de su brazo, y sucesivamente, Hipólito asestó dos puñaladas en la espalda a Matilde.

STS 960/2022 de 15 de diciembre. STS, a 15 de diciembre de 2022 - ROJ: STS 4631/2022.

El TS entiende que, en atención a las circunstancias concurrentes en la ejecución de los hechos, búsqueda de un lugar apartado, de noche y disparo con a corta distancia, permiten inferir racionalmente que los autores buscaron de propósito unas condiciones de ejecución que impidieron a la víctima toda posibilidad de defensa, por lo que la acción fue alevosa y su calificación jurídico-penal conforme a derecho.

En efecto, como recuerda la STS 117/2019, de 6 de marzo, esta Sala ha reiterado en numerosas resoluciones los requisitos de la circunstancia agravante de alevosía, que son los siguientes:

- (i) Un elemento normativo en cuanto que esta circunstancia sólo puede proyectarse a los delitos contra las personas;
- (ii) Un elemento objetivo que radica en el "modus operandi", que el autor utilice en la ejecución medios, modos o formas que han de ser objetivamente adecuados para asegurarla mediante la eliminación de las posibilidades de defensa, sin que sea suficiente el convencimiento del sujeto acerca de su idoneidad;
- (iii) Un elemento subjetivo consistente en que el dolo del autor se proyecte no sólo sobre la utilización de los medios, modos o formas empleados, sino también sobre su tendencia a asegurar la ejecución y su orientación a impedir la defensa del ofendido, eliminando así conscientemente el posible riesgo que pudiera suponer para su persona una eventual reacción defensiva de aquél. Es

decir, el agente ha de haber buscado intencionadamente la producción de la muerte a través de los medios indicados, o cuando menos, aprovecharla situación de aseguramiento del resultado, sin riesgo y

(iv) Y un elemento teleológico, que impone la comprobación de si en realidad, en el caso concreto, se produjo una situación de total indefensión.

Para que exista alevosía no es imprescindible que de antemano el agente busque y encuentre el modo más idóneo de ejecución, sino que es suficiente que se aproveche en cualquier momento y de forma consciente de la situación de indefensión de la víctima (STS 750/2016, de 11 de octubre) y dentro de esa categorización general se vienen distinguiendo distintas posibilidades. Se admite la alevosía por emboscada o acechanza, la súbita o sorpresiva y la alevosía por desvalimiento, pero, al margen de calificaciones y según se recuerda extensamente en la STS 299/2018, de 19 de junio, la circunstancia agravante de alevosía se aplica a todos aquellos supuestos en los que por el modo de practicarse 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 el agredido, es decir la esencia de la alevosía como circunstancia constitutiva del delito de asesinato, (art. 139.1) o como agravante ordinaria en otros delitos contra las personas (art. 22.1), radica en la inexistencia de probabilidades de defensa por parte de la persona atacada, por más que pueda ser compatible con intentos defensivos ínsitos en el propio instinto de conservación (STS. 13.3.2000).

STS 980/2022 de 21 de diciembre. STS 4688/2022 - ECLI:ES:TS:2022:4688

El Tribunal Supremo recuerda al respecto que" el mayor desvalor de la acción alevosa se funda en la ventaja ejecutiva que proporciona al acusado el medio por él elegido para acabar con la vida de su oponente. De ahí que la agravación no necesite como presupuesto aplicativo la absoluta inmovilización de la víctima, la ausencia de toda capacidad de movimiento físico por parte de quien, en ese momento y en una situación de notoria desigualdad, está siendo objeto de un ataque directamente encaminado a privarle de la vida"-vid. SSTS 814/2020, de 5 de mayo; 721/2021, de 24 de septiembre; 34/2022, de 19 de enero; 421/2022, de 28 de abril-.

La eliminación de toda posibilidad de defensa, como presupuesto objetivo de apreciación de la alevosía, reclama una valoración normativa de las posibilidades situacionales de las que disponía la víctima para desplegar una defensa mínimamente eficaz. Lo que resulta compatible con intentos defensivos de autoprotección frente al ataque que, al tiempo, carecen de toda idoneidad para poner en peligro la vida o la integridad física del agresor y evitar la acción homicida -vid. STS 218/2022, de 9 de marzo-.

En el caso, los hechos no solo describen un ataque súbito o inesperado sino también que la víctima, la Sra. X, no se defendió, lo que obliga a inferir, de

forma necesaria, que no contó con ninguna posibilidad situacional para hacerlo....

Y es obvio que tanto el modo de ejecución empleado como la ventaja comisiva obtenida fueron abarcados por el dolo del autor. No es necesario para ello que concurra una suerte de previa preparación o premeditación que determine el plan de acción ni, tampoco, es incompatible con una previa secuencia en la que la víctima y victimario hubieran mantenido una discusión verbal, como parece sugerir el recurrente.

La alevosía debe valorarse atendiendo al marco global en el que se desenvuelve la acción. Por lo que puede ser apreciada desde el momento en que se constata que el autor de forma consciente se aprovecha de aquellas condiciones, formas o circunstancias de producción objetivamente adecuadas para asegurar el resultado contra la vida, eliminando las posibilidades de defensa de la víctima.

STS 988/2022 de 20 de diciembre. STS 4689/2022 - ECLI:ES:TS:2022:4689

El recurrente condenado por un delito de asesinato del artículo 138.1, en grado de tentativa, arts. 16 y 62 del Código Penal, con las agravantes de parentesco y discriminación por razón de género de los artículos 23 y 22.4 del Código Penal, interpuso recurso de casación alegando indebida apreciación de alevosía doméstica entendiéndola que debe ser absorbida por el plus de penalidad de la violencia de género. Así mismo niega la existencia de un ánimo de matar sino de lesionar.

En relación con la alevosía, el TS recuerda que “[a] partir de esa definición legal, la jurisprudencia de esta Sala ha exigido para apreciar la alevosía, en primer lugar, un elemento normativo consistente en que se trate de un delito contra las personas. En segundo lugar, como requisito objetivo, que el autor utilice en la ejecución medios, modos o formas que han de ser objetivamente adecuados para asegurarla mediante la eliminación de las posibilidades de defensa, sin que sea suficiente el convencimiento del sujeto acerca de su idoneidad. En tercer lugar, en el ámbito subjetivo, que el dolo del autor se proyecte no sólo sobre la utilización de los medios, modos o formas empleados, sino también sobre su tendencia a asegurar la ejecución y su orientación a impedir la defensa del ofendido, eliminando así conscientemente el posible riesgo que pudiera suponer para su persona una eventual reacción defensiva de aquel. Y en cuarto lugar, que se aprecie una mayor antijuridicidad en la conducta derivada precisamente del *modus operandi*, conscientemente orientado a aquellas finalidades (SSTS 271/2018 de 6 de junio; 636/2019 de 19 de diciembre, y las que en ellas se citan); 25/2009, de 22 de enero; 37/2009, de 22 de enero; 172/2009, de 24 de febrero; 371/2009, de 18 de marzo; 854/2009, de 9 de julio; 1180/2010, de 22 de diciembre; 998/2012, de 10 de diciembre; 1035/2012, de 20 de diciembre; 838/2014, de 12 de diciembre; 110/2015, de 14 de abril; 253/2016 de 32 de marzo; 658/2021, de 3 de septiembre; o 23/2022, de 13 de enero).

Recordábamos en la STS 23/2022, de 13 de enero, rememorando a su vez la STS 253/2016, de 31 de marzo, que en lo que concierne a las modalidades, instrumentos o situaciones de que se vale el agente para asegurar el resultado excluyendo toda defensa y el consiguiente riesgo para su persona, esta Sala ha distinguido tres supuestos de asesinato alevoso: la llamada alevosía proditoria o traicionera, si se ejecuta el homicidio mediante trampa, emboscada o a traición del que aguarda y acecha. La alevosía sorpresiva, caracterizada por el ataque súbito, inesperado, repentino e imprevisto. Y la alevosía por desvalimiento, en la que el agente se aprovecha de una especial situación y desamparo de la víctima que impide cualquier reacción defensiva, como cuando se ataca a un niño o a una persona inconsciente.

...No cualquier supuesto en que se produce una reacción defensiva -ya inútil- de la víctima, porque se percata del ataque, quiebra la alevosía. Hemos dicho de manera reiterada (entre otras SSTS 626/2015 de 18 de octubre; 51/2016 de 3 de febrero; 118/2017, de 23 de febrero; 16/2018, de 16 de enero; 604/2019, de 5 de diciembre; 0682/2020, de 11 de diciembre), que la eliminación de toda posibilidad de defensa que la alevosía exige ha de ser considerada desde la perspectiva de su real eficacia, y es compatible con intentos defensivos nacidos del propio instinto de conservación, pero sin capacidad verdadera de surtir efecto contra el agresor y su acción.

En este caso, el acusado aprovechó la ventaja inicial que marcó una irrecuperable pérdida de capacidad de reacción de la víctima, y, tras no conseguir su propósito letal con esos primeros pinchazos, consolidó la asimetría en los sucesivos acometimientos, sin dejar espacio a un movimiento defensivo de ella mínimamente eficaz. Así se desprende del relato de hechos probados al concretar la secuencia final. La presencia de los hijos menores intentando mediar en ayuda su madre una vez la misma pudo salir de la habitación, no hizo a Gerónimo desistir de su propósito. Pues aún en esa situación de exacerbada inferioridad en la que se encontraba quien ya estaba herida tras haber recibido varios pinchazos, intentó darle el golpe de gracia seccionándole el cuello, por más que su propósito se viera frustrado, entre otras razones, gracias a la asistencia que de inmediato recibió ella.

La decisiva superioridad inicialmente buscada, base de la alevosía, condicionó toda la secuencia agresora que se prolongó más allá de los primeros golpes, sin que se produjera un cambio sustancial de escenario que hubiera propiciado un reequilibrio de fuerzas capaz de quebrar aquella.

Todo ello sin obviar que la relajación de quien se encuentra al resguardo en el sosiego del que es su domicilio, acompañado de una persona con la que ha mantenido una relación afectiva, y en la confianza de que también se encuentran en el domicilio los hijos menores, nos conecta con lo que, en terminología acuñada por algunas resoluciones de esta Sala, se ha llamado alevosía convivencial o doméstica, para nominar la que deriva del quebranto de la atmósfera de confianza que rige en el propio hogar. Una modalidad de

alevosía sorpresiva en la que la relajación de los recursos defensivos viene impulsada por la imprevisibilidad de un ataque protagonizado por la persona con la que la víctima convive día a día (STS 299/2018, de 19 de junio). Como recordaba la sentencia 59/2021, de 27 de enero, evocando la cita de la STS 527/2012, de 20 de junio, en la que se lee que "esta Sala ha admitido en ocasiones una modalidad especial de alevosía convivencial basada en la relación de confianza proveniente de la convivencia, generadora para la víctima de su total despreocupación respecto de un eventual ataque que pudiera tener su origen en acciones del acusado (SSTS 16/2012, 20 de enero; 1284/2009, 10 de diciembre y 86/1998, 15 de abril). Se trataría, por tanto, de una alevosía doméstica, derivada de la relajación de los recursos defensivos como consecuencia de la imprevisibilidad de un ataque protagonizado por la persona con la que la víctima convive día a día".

Se trata de una modalidad en la que la indefensión de la víctima se asienta en el clima de confianza normalmente inherente a la convivencia, con la consiguiente despreocupación sobre eventuales ataques provenientes de aquellos con los que se decide cohabitar y la consiguiente desactivación de los mecanismos de alerta. Aspecto este último que refuerza aun en mayor medida el carácter alevo del ataque enjuiciado

Agravante de discriminación por razón de género.

STS 412/2022 de 27 de abril (STS 1645/2022 -ECLI:ES:TS:2022:1645).

En esta ocasión el TS trae a colación la STS 650/2021, de 20 de julio, en la que, en su fundamento de derecho 15º, dice lo siguiente: "[...] hemos declarado que la igualdad de género, como valor que debe ser objeto de especial protección, determinará una mayor culpabilidad cuando se ejecuta una acción típica que tenga connotaciones con la subcultura machista y vulnere la paridad. Sin embargo, por las razones ya expuestas, la agravación no supone que cualquier conducta típica sea siempre merecedora de exacerbación punitiva si lesiona bienes jurídicos de una mujer y la comisión del delito se hubiera desplegado por un hombre, sino que su operatividad dependerá de que el sujeto activo perpetre el delito bajo una demostración grave y arraigada de desigualdad y con proyección de una pretendida supremacía machista, que trascienda la previsión del tipo penal al que pretende aplicarse. Como recuerda la STS 707/2018, de 15 de enero de 2019, esta Sala Segunda del Tribunal Supremo ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la aplicación de la agravante genérica de actuar por razones de género, como lo hizo en las sentencias 420/2018 y 565/2018, y estimó entonces que la circunstancia modificativa es aplicable en todos aquellos supuestos en los que, no estando expresamente contemplado en la descripción típica, se actúa con motivos o móviles de discriminación basados en la dominación del hombre sobre la mujer, por considerarla el autor un ser inferior, despreciando y vulnerando su derecho a la igualdad. Basta esa manifestación objetiva de discriminación para resultar aplicable la agravante genérica, siempre que, como elemento subjetivo

exigible, el sujeto activo tenga consciencia de tal desprecio y acompañe ese conocimiento a la voluntad de cometer el delito (STS 99/2019, de 26 de febrero)".

STS 615/2022 de 22 de junio (STS 2625/2022 -ECLI:ES:TS:2022:2625).

La Sentencia de instancia se basó para su apreciación en "la incapacidad de soportar la decisión adoptada por su pareja de romper definitivamente sus relaciones". La sentencia de la apelación reitera el argumento y añade "la insistencia reiterada del acusado en reiniciar una relación que la víctima había dado por finalizada, sin respetar la voluntad", reseñando en el hecho las comunicaciones por vía de mensajería telefónica, incluido a un pariente para que intercediera en la reanudación. "Esa insistencia y falta de aceptación de una voluntad exteriorizada lleva al acusado a actuar en la forma expresada anunciado que haría lo que él quisiera, manifestación similar a la fórmula estereotipada del "conmigo o con nadie", típico de este tipo de situaciones y a las que se refieren las sentencias para evidenciar las razones de género que son el presupuesto de la agravación declarada concurrente y con las que se pretende evaluar si el desvalor del delito aumenta cuando la víctima, además del daño sufrido en el bien jurídico que el tipo penal protege, sufre la agresión porque el sujeto activo le atribuye factores diferenciales que desprecia, de modo que la apreciación de la agravante procede siempre que se comete un delito despreciando los valores constitucionales que amparan el respeto a la voluntad manifestada y encubre una falta de respeto hacia un colectivo al que se desprecia y concurrirá, aun cuando ninguno de sus integrantes resulte directamente lesionado por el comportamiento típico. En otros términos la circunstancia agravatoria se construye para la defensa de unos valores comunes de respeto y de convivencia, superadores de la concreta situación descrita en el hecho probado".

STS 23/12 de 13 de enero (STS 14/2022-ECLI:ES:TS:2022:14).

En relación a la agravante de discriminación por razón de género, tras reproducir la doctrina sentada en anteriores sentencias, el TS también insiste en que "[l]a 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 subordination 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 o en la 444/2020, de 14 de septiembre) 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 fácticas concurrentes y del contexto relacional de agresor y víctima, no limitado al ámbito conyugal o de pareja, no lo impone así 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”.

También se insiste en la diferencia entre las agravantes de parentesco y de género y su compatibilidad.

En relación con los hechos objeto de enjuiciamiento, entiende justificada la aplicación de esta agravante pues, “[e]l de la pareja es uno de esos ámbitos en el que tradicionalmente han operado marcados estereotipos de género que atribuyen a la mujer un papel de subordinación y dependencia respecto del varón, relegándola a tareas esencialmente domésticas, que resultan infravaloradas. Las expresiones que el acusado profirió a su compañera como prolegómeno de la agresión, menospreciando su trabajo, imputándole el mantener relaciones sexuales con terceros o reprochándole la desatención de las tareas que tradicionalmente se han atribuido a la mujer en las relaciones de pareja, como el hacer la comida, reproducen claramente esos tradicionales roles de dominación. Patrones que el agresor conscientemente asume como propios, en su expresión más extrema, cuando acto seguido intenta disponer de su vida, lo que otorga a esta acción la consideración de un acto de subyugación machista, que confiere un plus respecto a los elementos de tipificación del asesinato, distintos de los que sustentan la agravación de parentesco, y que prestan soporte sobrado a la agravante discutida.

STS 62/2022, de 27 de enero (STS 247/2022 -ECLI:ES:TS:2022:247)

La Sentencia de primera instancia condenó al acusado por un delito de asesinato concurriendo la agravante de discriminación por razón de género, pero, en apelación, el TSJ estimó parcialmente el recurso al entender que no concurría la agravante referida. Los hechos probados se basan en que el acusado estaba vigilando y al acecho en la zona en la que sospechaba que se encontraba su ex pareja, que la encontró de madrugada y le recriminó, gritando y fuera de sí "que estaba por Donostia de fiesta", llamándole "puta", y "zorra", arremolinándose gente a su alrededor por el espectáculo que generó dicho incidente y que poco tiempo después, volvió a encontrarla conversando con otro chico, ante lo cual emprendió una veloz carrera y, tomando impulso, le propinó a este un fuerte puñetazo en la cabeza, con el puño cerrado; al recibir el golpe en el cráneo sufrió lesiones de tal gravedad que cayó desplomado al suelo, golpeándose su cabeza contra el mismo. Tras varias intervenciones murió.

La acusación particular y la acusación popular formalizaron sendos motivos por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECRIM, al entender que el rechazo por parte del recurso de apelación de la concurrencia de la agravante de género que sí había reconocido la sentencia de instancia comporta una indebida inaplicación del artículo 22.4 del Código Penal.

El TS en el FJ 13, tras analizar la evolución legislativa que ha experimentado el art. 22 .4 del CP. razona que “[p]uesto que en el presente supuesto se declara probado que Fulgencio sufrió el ataque por la voluntad del agresor de discriminar y despreciar a Martina por razones de género, lo que el recurso suscita al discutir si debe o no apreciarse la agravación en el delito de homicidio, es si la circunstancia modificativa se sustenta en un derecho del sujeto pasivo a no ser despreciado y discriminado mediante la actuación delictiva, o si por el contrario la agravación tiene el fin general de proteger los mandatos constitucionales de igualdad contenidos en los artículos 10, 13.1 y 14 de la CE.

Se trata de evaluar si el desvalor del delito aumenta cuando la víctima, además del daño sufrido en el bien jurídico que el tipo penal protege, sufre la agresión porque el sujeto activo le atribuye factores diferenciales que desprecia, o si, por el contrario, la agravación y el mayor desvalor de la acción responden a factores supraindividuales, de modo que procedería la apreciación de la agravante siempre que se comete un delito despreciando los valores constitucionales que amparan la singularidad de determinados colectivos, aun cuando ninguno de sus integrantes resulte directamente lesionado por el comportamiento típico, esto es, que la circunstancia agravatoria se construye para la defensa de unos valores comunes de respeto y de convivencia.”, y concluye que la cuestión debe resolverse en favor de la primera de las tesis.

“La doble exigencia establecida por el legislador supone que el delito cometido tiene que venir impulsado por razones de discriminación y que el comportamiento enjuiciado entrañe un concreto desprecio de los elementos diferenciales que el sujeto activo asigna a la víctima, de modo que la agravación resulte inaplicable cuando el autor actúa por motivos racistas o de discriminación, pero la acción no se despliega contra ninguno de los que integran el colectivo que resulta atacado.

Consecuentemente, no sería apreciable la agravación cuando el sujeto pasivo de la actuación delictiva no sufre directamente las consecuencias derivadas de la exclusión, como acontecería si el delito consiste en prender fuego a un establecimiento que es propiedad de una empresa dedicada al alquiler de locales, cuando el pirómano actúa por motivos racistas y reacciona ante la actividad que, tiempo atrás, pudo realizar un determinado colectivo en ese establecimiento.

Los valores de antirracismo, exclusión del antisemitismo y, en general, de tolerancia ideológica o religiosa ,son valores esenciales de nuestra convivencia, por lo que su protección penal está plenamente justificada y se abordó

mediante la incorporación en el Código Penal de la exacerbación punitiva que la circunstancia agravante comporta, si bien, para no vulnerar los postulados de seguridad jurídica y taxatividad de la norma penal, la aplicación de la agravación exige de la existencia de un hecho delictivo en el que la víctima tenga la condición contemplada en la norma penal.”

En relación con la agravante de discriminación por razón de género, incluida en el precepto por la reforma perada por la L.O. 1/2015, dado que el legislador no ha plasmado de manera expresa la exigencia de que el comportamiento se proyecte concretamente sobre la víctima, diferenciándose en ello del resto de discriminaciones agravatorias, el TS se plantea si el legislador introdujo una modificación de las exigencias para este supuesto, y su respuesta es negativa pues,

- La exposición de motivos no refleja un cambio de paradigma para este supuesto, antes al contrario, atribuye a la discriminación por razones de género un contenido distinto a la discriminación por razón de sexo, pero con un fundamento y unas exigencias de operatividad semejantes.
- Porque no se aprecian elementos que perfilen el desvalor de esta discriminación de manera distinta al resto de supuestos contemplados en el artículo 22. 4.ª del Código Penal.
- Porque el mantenimiento de la estructura descriptiva de la agravante tampoco invita a pensar que la aplicación de la discriminación por razones de género pueda operar de manera distinta a como lo hacen el resto de los supuestos agravatorios, cuando todos ellos exigen que la discriminación impulsora de la actuación delictiva se proyecte sobre la víctima. Una idea que se ha reforzado a partir de la reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, para la protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, que ha incluido la aporofobia o la exclusión social como motivo discriminatorio, sin describir ningún cambio sobre las exigencias de aplicación de los nuevos supuestos.
- Concluye por ello el TS diciendo que “todas las discriminaciones contenidas en el artículo 22.4.ª del Código Penal exigen de la existencia de un hecho delictivo en el que la víctima tenga la condición contemplada en la norma penal, y que, si bien la mención del último inciso expresa que la agravación se aplicará con *independencia de que tales condiciones o circunstancias concurren efectivamente en la persona sobre la que recae la conducta*, esto no supone que el legislador haya dejado de exigir que el autor proyecte su desprecio sobre el sujeto pasivo de la acción delictiva. El artículo 22. 4.ª del Código Penal sigue exigiendo que la motivación que impulsa el delito esté referida a determinadas condiciones que atribuye a la víctima, si bien aclara que, a efectos de aplicar la agravación, resulta irrelevante que estas circunstancias sean realmente concurrentes o que se hayan atribuido a la

víctima de forma errónea o ficticia, subrayando así que no será necesario realizar un juicio probatorio sobre la concurrencia de tal condición.

Teniendo en cuenta que el artículo 22.4.^a del Código Penal exige que el autor haya impulsado el delito por proyectar su discriminación sobre la víctima, el TS entiende que se impone la necesidad de aclarar lo que debe entenderse por víctima del delito, a cuyo fin, tras analizar el concepto de víctima de la L.4/2015 del estatuto de la víctima del delito, dice que la ampliación a las víctimas indirectas que se hace en dicha ley, lo es a efectos de definir su estatuto pero que, no puede ser susceptible de interpretación extensiva para su operatividad en preceptos penales sancionadores; en consecuencia desestima el motivo.

STS 887/2022 de 10 de noviembre. STS 4134/2022 - ECLI:ES:TS:2022:4134

El TS recuerda la doctrina sentada al respecto:

1.- La agravante de género del art. 22.4 CP pueda aplicarse también aisladamente si el ataque se hace a una mujer con la que el sujeto activo no tiene ninguna relación de pareja o ex pareja, pero se pueda desprender de la prueba practicada que se ha realizado el ilícito penal con actos que implican dominación del hombre hacia una mujer por el hecho de ser mujer. (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 351/2021 de 28 abr. 2021, Rec. 10643/2020).

2.- Como ya dijimos en nuestra STS 1177/2009, de 24 de noviembre, interpretando preceptos penales específicos de género, se comete esta acción cuando la conducta del varón trata de establecer o mantener una situación de dominación sobre la mujer colocando a ésta en un rol de inferioridad y subordinación en la relación, con grave quebranto de su derecho a la igualdad, a la libertad y al respeto debido como ser humano en sus relaciones sentimentales.

3.- El fundamento de la agravante se ubica en la mayor reprochabilidad que supone que el autor cometa los hechos contra una mujer por el mero hecho de serlo y en actos que implican, o llevan consigo, actos que evidencian un objetivo y fin de sentirse superior a la misma entendemos que no puede existir una exclusión por la circunstancia de que entre el sujeto activo y pasivo del delito no exista una previa relación sentimental, tanto actual o pasada. Porque el ilícito penal que se cometa se asienta sobre la consideración de un trato desigual, precisamente por su diferente sexo, y en este supuesto, diferencia por razón de ser la víctima mujer, pero sin el aditamento de que sea pareja del agresor, o su ex pareja, sino esencial y únicamente por ser mujer, y en el entendimiento para el agresor de la necesidad de sumisión y obediencia, que lleva a sentir a la víctima ser una pertenencia o posesión en ese momento del agresor, llegando a desconocerse las condiciones de igualdad que entre todos los seres humanos debe darse y presidir las acciones de los unos para con los otros. Con ello, a los elementos ya expuestos de dominación y machismo en el

acto ilícito penal añadimos el de la desigualdad en los actos que lleva consigo el sujeto activo del delito sobre su víctima.

4.- Con la inclusión de esta agravante, se amplía la protección de los derechos de las mujeres frente a la criminalidad basada en razones de género. Esto es, delitos que se agravan por constituir una manifestación específicamente lesiva de violencia y de desigualdad y dominación del hombre sobre la mujer.

5.- El fundamento de las agravaciones recogidas en este apartado 4º reside en el mayor reproche penal que supone que el autor cometa los hechos motivados por sentirse superior a uno de los colectivos que en el mismo se citan y como medio para demostrar además a la víctima que la considera inferior. Se lleva a cabo una situación de subyugación del sujeto activo sobre el pasivo, pero sin concretarse de forma exclusiva el ámbito de aplicación de la agravante sólo a las relaciones de pareja o ex pareja, sino en cualquier ataque a la mujer con efectos de dominación, por el hecho de ser mujer. Esta es la verdadera significación de la agravante de género. (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 136/2020 de 8 May. 2020, Rec. 10621/2019).

6.- Recordemos que el Convenio de Estambul, que es el germen de la introducción de esta agravante, señala en su art. 2º que "El presente Convenio se aplicará a todas las formas de violencia contra las mujeres, incluida la violencia doméstica, que afecta a las mujeres de manera desproporcionada".

a.- Violencia contra las mujeres: Debe destacarse que el art. 3, a) del Convenio de Estambul señala que "Por violencia contra las mujeres" se deberá entender una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y designará todos los actos de violencia basados en el género que implica no pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada".

b.- Violencia contra la mujer por razón de género. En el art. 3 c) se recoge que Por "violencia contra la mujer por razones de género" se entenderá toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada.

c.- Sanción de los tipos penales. Construido el citado Convenio en razón a la violencia que se ejerce sobre las mujeres debemos destacar, y es clave para ello, el art. 43 del Convenio que señala que los delitos previstos en el presente Convenio se sancionarán con independencia de la relación existente entre la víctima y el autor del delito.

7.- No puede aplicarse la agravante de género ni la circunstancia mixta de parentesco como agravante respecto de aquellos tipos penales que ya prevén entre sus elementos que necesariamente exista o haya existido entre víctima y autor esta relación, como ocurre con los delitos recogidos en los artículos

148.4º, 153.1, 171.4, 172.2, pues en otro caso estaríamos vulnerando la prohibición *non bis in idem*.

El ámbito de aplicación de la agravante de dominación por razones de género extravasa las relaciones conyugales o de pareja. En cuanto a los delitos sobre los que puede operar, siempre que su configuración lo permita, en principio no habrá que establecer más exclusiones que la de aquellos que incluyan en su descripción típica factores de género. (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 571/2020 de 3 Nov. 2020, Rec. 10427/2020)

8.- *La agravante de género debe aplicarse en todos aquellos casos en que haya quedado acreditado que el autor ha cometido los hechos contra la víctima mujer por el mero hecho de serlo y con intención de dejar patente su sentimiento de superioridad frente a la misma; es decir, en aquellos casos en que se cometió el hecho por esa motivación, que atenta contra el principio constitucional de igualdad.*

9.- *La concurrencia de una circunstancia de agravación exige de un aditamento, que en el caso de la de dominación 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.*

10.- *Cuando la agravante de género se introduce en una relación de pareja, generalmente se refiere a actos de control o de humillación. Por los primeros, el sujeto activo del delito controla la forma de vestir de la mujer, sus relaciones sociales, sus gustos y preferencias, incluso su autonomía económica, habiendo casos de retirada de su documentación como modo de controlar sus movimientos, y cuando nos estamos refiriendo a actos de humillación, el maltratador desprecia a la mujer por el hecho de serlo, le dice que no sirve para nada, y otras expresiones similares. Pero que concorra con una relación de pareja, no quiere decir que no sea compatible con la agravante de parentesco, como ha pronunciado ya esta Sala Casacional de manera reiterada.*

En los delitos fuera de la relación de pareja, que habitualmente son los de índole sexual, perpetrados entre desconocidos, la agravante de género se configura en la actuación del agente cosificando a la mujer, de tal forma que se cometen actos de humillación de naturaleza sexual. (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 571/2020 de 3 nov. 2020, Rec. 10427/2020).

11.- *La agravante de género, ya lo hemos dicho y repetimos en palabras que ahora tomamos de la STS420/2018, de 25 de septiembre, hace referencia a las características biológicas y fisiológicas que diferencian los hombres de las mujeres, mientras que el género se refiere a aspectos culturales relacionados con los papeles, comportamientos, actividades y atributos construidos socialmente que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de*

hombres (Convenio de Estambul, art. 3.c). (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 23/2022 de 13 Ene. 2022, Rec. 10303/2021).

12.- El fundamento de la agravación de género radica en la situación de discriminación hacia la mujer basada en la intención de dominación del hombre sobre la mujer, al considerarlo el autor como un ser inferior, sin derechos, y sin legitimidad para un comportamiento propio y desconectado del hombre. (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 666/2021 de 8 Sep. 2021, Rec. 10277/2021).

13.- La concurrencia de una circunstancia de agravación exige de un aditamento, que en el caso de la de dominación 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. (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 509/2021 de 10 Jun. 2021, Rec. 10756/2020).

14.- Su fundamento trae causa del mayor reproche que resulta respecto a quien comete cualquier delito por "razones de género", como plasmación de un entendimiento que se sustenta en la existencia de prejuicios relativos a la superioridad del género masculino respecto al femenino y, en consecuencia, al papel de subordinación que se reserva a las mujeres respecto de los hombres, hasta llegar a entendimientos meramente "despersonalizadores" o "cosificadores" de aquéllas, relación de desequilibrio o sometimiento que el autor procura con su conducta delictiva afianzar o mantener, llanamente incompatible con nuestra Constitución y los principios que la identifican. (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 325/2022 de 30 Mar.2022, Rec. 5849/2021)."

STS 980/2022 de 21 de diciembre. STS 4688/2022 - ECLI:ES:TS:2022:4688

En relación a este motivo el alto Tribunal sostiene que "[l]a valoración jurídico-penal de todo comportamiento humano viene marcado por diferentes secuencias que permiten, además, graduar tanto el injusto -del total de la antijuridicidad proyectada- como la propia culpabilidad y, con ello, el reproche. Por tanto, la proyección externa de lo que se piensa cuando actúa como factor motivacional de una determinada conducta típica puede adquirir relevancia normativa. Porque puede hacer que aquella resulte más grave -por aumentar su lesividad, al negar otros bienes jurídicos de especial dignidad constitucional, como, en el caso, la igualdad-. O porque se intensifique el reproche por la mayor culpabilidad del autor -al patentizar una mayor intención de desprecio a la norma de protección-.

En el caso, la sentencia identifica motivación discriminatoria en la conducta del recurrente porque el jurado declaró probado que este agredió a la Sra. Fátima "

por ser mujer y con la intención de dejar patente su sentimiento de superioridad y dominación sobre la misma" (sic). Y estos elementos, nuclearmente precisados en el apartado de hechos probados, fundan suficientemente el juicio normativo de agravación contenido en la sentencia.

En efecto, el mayor reproche radica en que la acción proyecta una concepción del género femenino basado en el prejuicio de corte culturalista y patriarcal por el que se atribuye a la mujer un rol de sujeción y, por tanto, de menores posibilidades para ejercer con plena libertad sus opciones vitales. Entre estas, desde luego, la deponer fin a una relación personal, emocional o sentimental sencillamente cuando lo considere oportuno, sin temer la reacción proyectiva de dominación de la pareja masculina.

El género es una construcción social que configura imaginarios relacionales y actitudinales atribuyendo determinados roles en atención, precisamente, a la condición de hombre o de mujer. Pero la existencia de distintos géneros y, con ellos, la diferenciación de papeles, comportamientos, actividades y atribuciones no puede justificar ni servir para que dichos marcadores de diferenciación se conviertan en factores motivacionales de victimización del género femenino ni para estatuir prejuicios discriminatorios.

Cuando la violencia se proyecta sobre una mujer por el hecho de serlo o preponderantemente afecta más a las mujeres estamos, tal como se precisa en el artículo 3 c) y d) del Convenio de Estambul, delante de indicadores claros de discriminación por género que convierten a la acción en más grave y, además, a la conducta del autor en más reprochable.

La creación por parte del recurrente de un clima de violencia y humillación hacia la fallecida durante la convivencia y su insistencia conminatoria para que retornara al domicilio familiar bajo el vacío compromiso de que no volvería a pegarla, patentizan una intención final de negar el derecho de la Sra. Fátima a ejercer su autonomía personal libre de violencia o de miedo a sufrirla. Intención que se proyectó en la causación de su muerte.

Agravante de parentesco. Relaciones de afectividad.

STS 147/2022 de 17 de febrero (STS 578/2022 -ECLI:ES:TS:2022:578)

El condenado lo fue por los delitos de hurto, quebrantamiento de condena y amenazas del art. 169.2 del C.P...

El único motivo del recurso es por inaplicación del art. 23 del C.P. En los hechos probados se dice que existió una relación afectiva entre el condenado y la víctima: tenían un hijo común de un año y habían sido pareja durante cinco años.

El TS estima el recurso y sostiene que "En el hurto (vid. Art. 268 CP) y en el quebrantamiento de condena no puede jugar esa circunstancia con ese sentido agravatorio. De hecho, no la reclamaron las acusaciones. Sí que puede operar

en el delito de amenazas en cuanto se ha ubicado la conducta en el art. 169.2 CP que no contempla como elemento típico ni factor de agravación esa especial relación. Es apreciable, por tanto, la agravante genérica del art. 23 que ha de provocar la imposición de la pena en su mitad superior: art. 66.1.3º CP (al menos un año y tres meses de prisión).

Las razones para excluir la circunstancia ofrecidas, tanto por el Juzgado (auto de aclaración) como por la Audiencia, no son aceptables:

a) El Juzgado de lo Penal evoca una vieja jurisprudencia, ya superada, que excluía la agravación cuando no persistía un vínculo afectivo o estaba muy deteriorado. Desde el momento en que en 2003 se asimiló a la relación matrimonial vigente, la condición de ex cónyuge es inviable esa exégesis restrictiva. Por lo demás, su apreciación no queda confiada al arbitrio del juzgador. Si concurren sus elementos es de obligada aplicación. Que otra persona haya sido objeto de amenazas iguales no desvanece la mayor antijuricidad propiciada por el distinto sujeto pasivo: la madre de su hijo, con la que había mantenido una relación afectiva prolongada, lo que le obligaba a un mayor respeto.

b) La Audiencia maneja una redacción del art. 23 ya derogada. Desde la reforma de 2003 el art. 23 CP habla de persona que esté o haya estado ligada de forma estable por igual relación de afectividad. La ex pareja está expresamente contemplada. No es necesario acudir a la analogía (una analogía que estaría prohibida al ser *in malam partem*) para hacer aplicable el precepto.

STS 744/2022 de 21 de julio. (STS, a 21 de julio de 2022 - ROJ: STS 3233/2022).

El TS reitera la diferencia entre la agravante de parentesco y las relaciones de efectividad contenidas en los tipos penales del art. 153 y 173.2 del C.P. y así recuerda que “[n]uestra jurisprudencia ha expresado que no toda relación afectiva o sentimental es asimilable al matrimonio a los efectos del artículo 23 del Código Penal y que no cabe extender por analogía el concepto de relaciones de análoga afectividad del artículo 153 y concordantes, al artículo 23, porque constituiría una aplicación analógica de la norma, en contra del reo, prohibida por el principio de legalidad.

El artículo 23 del Código Penal dispone que «Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente».

Una construcción normativa que nos ha permitido destacar que en supuestos de relaciones de pareja carentes del vínculo matrimonial, el artículo 23 exige

algo más que los artículos 153 y concomitantes (148.4, 171.4, 172.2 y 173.2 CP) del Código Penal: en primer lugar, porque al introducirse como nota específica que en la relación afectiva concorra una estabilidad análoga a la matrimonial, se viene a exigir un cierto compromiso de permanencia de futuro a la pareja que, sin perjuicio de la imposibilidad de una generalización absoluta, no suele ser predicable de las relaciones de noviazgo, caracterizadas precisamente por la voluntad de confirmar un sentimiento y una compatibilidad que inviten a evolucionar hacia un compromiso; en segundo término, porque la circunstancia genérica no se preocupa de precisar que la falta de convivencia no excluye la agravación, como sí se cuidan de indicar los preceptos modificados en 2004 con la ley de protección integral contra la violencia de género.

Con ello, hemos subrayado que es más reducido el círculo de sujetos comprendidos en el artículo 23 del Código Penal que aquellos que están involucrados en las relaciones de pareja objeto de especial punición en los artículos 153 y concomitantes del Código Penal, pues, como decíamos en la STS 79/2016, de 10 de febrero, en estos últimos supuestos «se aplica una penalidad reforzada a las agresiones que tengan como víctima a la mujer, en el ámbito o como consecuencia de una relación afectiva, por estimar el Legislador, justificadamente, que estas conductas comportan un mayor desvalor por incorporar un componente atávico de dominación del hombre sobre la mujer. Pero la circunstancia genérica de parentesco, sin perjuicio de que en ocasiones pueda aplicarse también en delitos de género como las agresiones sexuales, tiene un sentido diferente y un ámbito más amplio, aplicándose con carácter general tanto a los delitos que tengan a las mujeres como víctimas como a los que cometan éstas, y tanto en su condición de agravante como en su condición de atenuante, en función de la naturaleza de los delitos. Esta amplitud, y doble bilateralidad, hacen improcedente extender con carácter general a las relaciones ordinarias de noviazgo, de escasa duración y sin convivencia, la aplicación de la circunstancia mixta de parentesco, que además permanecería vigente incluso después de que la relación se hubiese extinguido». En el mismo sentido nos pronunciamos en la STS 81/2021, de 2 de febrero de 2021”.

STS 960/2022 de 15 de diciembre. STS, a 15 de diciembre de 2022 - ROJ: STS 4631/2022.

Entre los motivos de casación, uno de los condenados (son tres por matar a la pareja sentimental de uno de ellos) se alega aplicación indebida del art. **23 del C.P.** El recurrente manifiesta que la relación sentimental no ha quedado probada. El TS tras referirse a la prueba testifical que refiere la existencia de esa relación de afectividad, recuerda que “en los delitos contra la vida y la integridad física el parentesco entre el responsable y la víctima es una circunstancia que agrava la responsabilidad penal y esa relación se produce cuando están o han estado unidos por una relación matrimonial o por una relación análoga a la conyugal pero, en este último caso, no basta cualquier

relación afectiva, sino una relación caracterizada por la estabilidad, por lo que se exige que esa relación tenga una intensidad y persistencia en el tiempo de cierta entidad (STS496/2016, de 9 de junio y 937/2012, de 28 de noviembre).

En esa misma dirección, en la STS 70/2016, de 10 de febrero, se recuerda que la doctrina de esta Sala ha aplicado la circunstancia mixta de parentesco en su condición de agravante a las relaciones de análoga efectividad, en supuestos de relaciones dotadas de cierta estabilidad y con convivencia "more uxorio", al menos parcial. Por ejemplo STS 547/2015, de 6 de octubre (convivencia los fines de semana, y delito cometido en la vivienda común), STS 838/2014, de 12 de diciembre, (convivencia como pareja de hecho, durante varios meses, cometiéndose el delito en la intimidad del domicilio de la pareja), STS 59/2013, de 1 de febrero, (relación de pareja estable, de una duración superior a tres años), STS 972/2012, de 3 de diciembre, (relación afectiva consolidada, con convivencia durante varios años), STS 792/2011, de 8 de julio, (utilización de un domicilio común durante aproximadamente seis meses), STS 436/2011, de 13 de mayo, (relación sentimental estable durante años, con convivencia los últimos cinco meses), STS 1053/2009, de 22 de octubre (convivencia "more uxorio", durante varios años, que la víctima quería finalizar), etc. En esa misma sentencia se declara que en relaciones de noviazgo puede apreciarse también esta circunstancia agravante, pero únicamente respecto de aquellas relaciones sentimentales en las que concurra o haya concurrido un componente de compromiso de vida en común dotado de cierta estabilidad, que suele manifestarse por un inicio de convivencia, al menos parcial, y un grado de afectividad semejante y generador de una vinculación familiar.

En este caso y según se argumentó en la sentencia de apelación (FJ 4.2) se dan las circunstancias exigibles para apreciar la agravante porque la relación que unía al autor y a la víctima "era de larga duración, 10 años, con convivencia aun cuando fuera parcial en el domicilio que había encima de la casa de la hermana de la fallecida, tratándose de una relación pública que no se ocultaba y que provocó incluso el enfado del hermano de la fallecida, que no la aceptaba".

Legítima defensa

STS 980/2022 de 21 de diciembre. STS 4688/2022 - ECLI:ES:TS:2022:4688

El Tribunal Supremo después de descartar la ausencia de prueba y la arbitrariedad por parte del tribunal sentenciador en cuanto al descartar la existencia de una agresión ilegítima previa a la actuación del acusado, recuerda que el fundamento constitucional de la legítima defensa debe situarse en la necesidad de proteger tanto bienes jurídicos individuales como, también, la prevalencia del Derecho. La Constitución se encarga de modular la interacción de los derechos fundamentales, estableciendo limitaciones razonables que permitan su coexistencia, además de establecer, en algunos supuestos, estándares de preferencia o de prioridad que, en caso de conflicto, actúan como criterios de identificación de cuál de ellos debe prevalecer.

Ocupando el derecho a la vida que garantiza el artículo 15 CE una posición destacada y preferencial.

A este respecto, valga citar el artículo 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, por el que se prohíbe todo homicidio intencional, estableciéndose como excepción, en el apartado segundo, solo el empleo de la violencia cuando sea absolutamente necesaria para asegurar la defensa de una persona contra una agresión ilegítima.

Dicho fundamento social y constitucional de la legítima defensa, comporta la fijación de un rígido programa de condiciones.

La primera, que actúa, a su vez, como presupuesto, reclama la existencia de una situación de agresión ilegítima por parte de un tercero que el defensor no haya, además, co-configurado de manera activa o relevante.

Agresión ilegítima previa o coetánea que ha de reunir, también, determinadas notas cualificantes como su actualidad, su antijuricidad y una significativa "tasa" de intensidad o de adecuación. En efecto, la agresión, como desencadenante del proceso defensivo, debe permitir observar o identificar en el agredido un peligro actual y no evitable de otro modo que mediante la acción defensiva racional y proporcionada. Para ello, la agresión debe presentarse en términos sincrónicos y, además, no solo debe amenazar con provocar un desvalor del resultado, sino que debe incorporar, también, un desvalor de la propia acción.

Notas constitutivas que, en modo alguno, cabe observar en el caso que nos ocupa.

La inexistencia de agresión ilegítima normativamente relevante impide no solo el rechazo de la eximente sino también de cualquier fórmula de exención incompleta o analógica. Como se destaca con claridad en la doctrina de esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, la justificación completa o incompleta de la defensa reclama como "prius" indispensable la identificación de una agresión ilegítima que satisfaga las exigencias normativas. Sin esta no puede activarse ninguna fórmula subsidiaria de atenuación -vid. SSTS 97/2022, de 9 de febrero, 111/2019, de 5 de marzo, 738/2016, de 5 de octubre-.

Atenuante de confesión y de reparación.

STS 415/2022 de 28 de abril (STS 1589/2022 -ECLI:ES:TS:2022:1589).

ATENUANTE DE CONFESIÓN.

El recurrente alude a la prontitud con que se presentó en dependencias policiales y reconoció los hechos, "pero no se nos indica qué contribución de relevancia aportó para la investigación de esos hechos, cuando sucede que ese reconocimiento lo realiza cuando difícilmente había posibilidad de ocultar el delito, que ya había sido denunciado, del que tenía conocimiento la autoridad policial y de su eventual participación en él por parte de condenado"; comparte

el TS la opinión de la Letrada de los Servicios Jurídicos del Gobierno de Cantabria, cuando dice que "ese reconocimiento inicial no fue sino la admisión de lo inevitable. Cuando fue al cuartel y dijo: "he hecho algo", era ya una obviedad pues ya estaba perfectamente identificado a través de otras pruebas sin necesidad de su confesión y desde un momento anterior a que confesase y ya no tenía ninguna posibilidad de ocultar el crimen habiendo testigos directos. Se trata de una confesión de la evidencia ya descubierta que carece de valor atenuatorio".

Recuerda el tribunal la la STS 438/2021, de 20 de mayo que con cita de otras - SSTS508/2009, de 13-5; 1104/2010, de 29-11; 318/2014, de 11-4; 541/2015, de 18-9; 643/2016, de 14-7; 165/2017, de 14-3; 240/2017, de 5-4; 114/2021, de 11-2,- en la que "partiendo de que la razón de la atenuante no estriba en el factor subjetivo de pesar y contrición, sino en el dato objetivo de la realización de actos de colaboración a la investigación del delito"... "destaca como elemento integrante de la atenuante, el cronológico, consistente en que el reconocimiento de los hechos se verifique antes de que el inculpado conozca que es investigado procesal o judicialmente por los mismos. En el concepto de procedimiento judicial se incluye la actuación policial (SSTS. 21.3.97 y 22.6.2001), que no basta con que se haya abierto, como se decía en la regulación anterior, para impedir el efecto atenuatorio a la confesión, sino que la misma tendrá la virtualidad si aún no se había dirigido el procedimiento contra el culpable, lo que ha de entenderse en el sentido de que su identidad aún no se conociera. La razón de ser del requisito es que la confesión prestada, cuando ya la Autoridad conoce el delito y la intervención en el mismo del inculpado, carece de valor auxiliar a la investigación, y es que, como decíamos en STS 131/2010, de 18 de enero de 2010 "la confesión supone necesariamente una revelación veraz de lo que el destinatario de ella desconoce, y no puede confundirse con la posición de quien se limita a aceptar lo evidente, reconociendo lo obvio, o anticipando lo inmediatamente inevitable".

ATENUANTE DE REPARACIÓN DEL DAÑO.

El condenado antes del J.O. había depositado 500 €. La sentencia de instancia denegó la aplicación de la atenuación con mención a una jurisprudencia del alto Tribunal que niega los efectos de tal atenuante a cualquier consignación que suponga el abono de una mínima cantidad, y atendiendo a que la cantidad a cubrir en concepto de responsabilidad civil, por el daño causado, asciende a más de 192.000 euros, por lo que entendió que el pago no fue más que "una actuación cosmética dirigida a permitir alegar una atenuante sin que ello responda a un verdadero esfuerzo reparador", porque, "la cantidad consignada es ínfima en relación a la deuda surgida y no permite satisfacer ni mínimamente a las víctimas".

El TS, rechaza también este motivo y recuerda la STS 87/2022, de 31 de enero: "..., la atenuante precisa de una actuación objetiva y personal del acusado, normalmente integrada por el resarcimiento o por la minoración de los

perjuicios materiales derivados de la acción que se enjuicia. En todo caso, no puede reconocerse fuerza atenuatoria de la responsabilidad a aquellos actos que únicamente se orienten a buscar la impunidad, esto es, cuando la reparación se instrumentaliza para evitar que el perjudicado pueda denunciar el delito e impulsar así la declaración de responsabilidad del sujeto activo, pues la previsión normativa claramente refleja que la reparación debe ser en cualquier momento del procedimiento. Por otro lado, hemos expresado además que la reparación debe ser suficientemente significativa y relevante, pues no se trata de conceder efecto atenuatorio a acciones ficticias, que únicamente pretenden buscar la minoración de la respuesta punitiva sin contribuir de modo eficiente y significativo a la efectiva reparación del daño ocasionado (SSTS 2068/2002, de 7 de diciembre; 1346/2009, de 29 de diciembre; ó 861/2021, de 11 de noviembre, entre muchas otras)".

Atenuantes como muy cualificadas.

STS 615/2022 de 22 de junio (STS 2625/2022 -ECLI:ES:TS:2022:2625).

La consideración de una atenuación como muy calificada requiere que los presupuestos de la atenuación excedan de la consideración normal de sus efectos en la culpabilidad o en la situación descrita en el hecho probado que refleje un menor merecimiento de pena. Toda atenuación de la responsabilidad penal supone un menor merecimiento de pena y esa consideración puede ser graduada en su intensidad en función de su cualificación. Un ejemplo nos puede servir en la argumentación. En la atenuante de dilaciones indebidas, los efectos propios de la atenuación presuponen una "dilación extraordinaria e indebida". La expresión "extraordinaria" implica una graduación de la dilación, de manera que puede existir una dilación indebida no extraordinaria que no merece la atenuación, y una consideración de extraordinaria cuyos efectos son los previstos como propios de la atenuación. La consideración de muy calificada requiere que la dilación indebida sea algo más que la extraordinaria de una dilación indebida. En el resto de las atenuantes la cualificación debe ir referida a una graduación intensa de los presupuestos de la atenuación, ocasionando un perjuicio medible en el merecimiento de pena, superior al propio de la atenuación. El hecho probado debe reflejar esa consideración de intensidad especial, extraordinaria, que permita medir el distinto merecimiento de pena en función del perjuicio sufrido por la concurrencia en el hecho del presupuesto de la atenuación con la intensidad que merece su especial consideración en función de la menor culpabilidad en el hecho o la compensación debida al perjuicio producido.

En cuanto a la atenuante de reparación del daño, las sentencias dictadas parten de la concurrencia de la atenuación atendiendo al ingreso realizado para satisfacer las responsabilidades económicas derivadas del delito, pero señalan que el fundamento de la reparación no es exclusivamente económico, sino que es preciso atender a otras variantes como el reconocimiento de la vigencia de la norma y el esfuerzo en la reparación, extremo sobre el que no se ha

desplegado actividad probatoria y el hecho probado nada declara al efecto, sin que sirva de elemento de acreditación la manifestación contenida en el recurso sobre la dedicación laboral del acusado, como empleado de una cadena de supermercados y la aportación económica realizada, pues, indudablemente, toda aportación económica es relevante, pero es preciso ponerla en relación con las posibilidades para constatar el esfuerzo que debe ser valorado.

AUTORÍA. COAUTORIA.

STS 960/2022 de 15 de diciembre. STS, a 15 de diciembre de 2022 - ROJ: STS 4631/2022.

La recurrente aduce aplicación indebida de los arts. 28 y 29 del C.P., entendiéndose que de acreditarse los hechos debería haber sido condenada como cómplice. El TS rechaza este motivo y recuerda que “[l]a jurisprudencia (entre otras muchas SSTS 1242/2009, de 9 de diciembre; 170/2013, de 28 de febrero; 761/2014, de 12 de noviembre; 604/2017, de 5 de diciembre; 265/2018, de 31 de mayo ; 607/2019, de 10 de diciembre ; o 22/20, de 28 de enero) ha entendido que para que la ejecución conjunta pueda ser apreciada, no es preciso que todos y cada uno de los intervinientes en esa fase ejecutiva procedan a llevar a cabo la conducta prevista en el verbo nuclear del tipo. La coautoría requiere un elemento subjetivo consistente en un acuerdo respecto de la identidad de aquello que se va a ejecutar, el cual puede ser previo y más o menos elaborado, o puede surgir incluso de forma simultánea a la ejecución, precisándose sus términos durante ésta, siempre que las acciones de cada interviniente no supongan un exceso imprevisible respecto a lo aceptado tácitamente por todos ellos, pues en ese caso respondería individualmente. Y, además, superando las tesis subjetivas de la autoría, es precisa una aportación objetiva y causal de cada coautor, orientada a la consecución del fin conjuntamente pretendido. No es necesario que cada coautor ejecute por sí mismo los actos que integran el elemento central del tipo, pues cabe una división del trabajo, sobre todo en acciones de cierta complejidad, pero sí lo es que su aportación lo sitúe en posición de disponer del condominio funcional del hecho. De esta forma todos los coautores, como consecuencia de su aportación, dominan conjuntamente la totalidad del hecho delictivo, aunque no todos ejecuten la acción contemplada en el verbo nuclear del tipo. La consecuencia es que entre todos los coautores rige el principio de imputación recíproca que permite considerar a todos ellos autores de la totalidad con independencia de su concreta aportación al hecho.

La coautoría exige sólo una realización o ejecución conjunta del hecho típico, que los autores sumen conscientemente sus actos en función de una finalidad objetiva común manifestada en los hechos. Difícilmente se puede afirmar la existencia de complicidad cuando el *factum* declara de forma expresa que los acusados se concertaron para dar muerte a la víctima y acudieron todos ellos al lugar en que se produjo el hecho y quemaron después el cadáver.”

ANIMUS NECANDI

STS 615/2022 de 22 de junio (STS 2625/2022 -ECLI:ES:TS:2022:2625).

Tras recordar la doctrina relativa al dolo de matar (SSTS 368/2012 y 669/2019) en el sentido de que cuando existen datos sugestivos de que ese dolo pudiera haber concurrido y el autor del hecho lo niega, debe obtenerse por inducción a partir de los hechos, teniendo en “consideración dos hechos objetivos como hechos básicos en la prueba de indicios: de un lado, la clase de arma utilizada y, de otro, el lugar de cuerpo elegido para el mencionado golpe, que ha de ser una zona vital, como la cabeza o el tronco, donde se albergan órganos cuya lesión puede determinar la pérdida de la vida humana (SSTS 261/2012, de 2 de febrero; 554/2014, de 27 de marzo; 565/2014, de 27 de marzo)”, o “hacia zonas corporales particularmente sensibles y con afectación de órganos y vías sanguíneas de vital importancia, habiendo quedado acreditado el riesgo vital de las lesiones sufridas por el perjudicado y existiendo, además, una repetición en la agresión con arma blanca, cuya potencialidad lesiva es indudable (STS 1157/2006, de 10 de noviembre)”, análisis que nos permitirá afirmar que el “autor actuó con conciencia del riesgo que creaba para la vida de la víctima, y a pesar de ello ejecutó su acción, ...(SSTS 13 de febrero de 2002 y 16 de mayo 2004)”. En este supuesto el TS afirma que “la utilización de un instrumento hábil para la causación de la muerte, un cúter; la dirección del golpe, al cuello de la víctima; la realización de la acción en un lugar descampado; y la exteriorización de los motivos "me ha jodido la vida" y del deseo, "ojalá que se muera", permiten afirmar, con lógica y racionalidad, que la intención del acusado era la de conseguir la muerte de la víctima”.

STS 415/2022 de 28 de abril (STS 1589/2022 -ECLI:ES:TS:2022:1589).

El condenado había cortado los tubos y manguitos del circuito del frenado del coche en el que después viajaron las víctimas. El recurrente alega que no tuvo intención de matar y que debería ser condenado por un delito de daños.

El Tribunal de instancia razón al respecto que el condenado “tenía a su alcance otras acciones dañosas igualmente útiles para esa finalidad, de más sencilla realización y que no generaban riesgo de accidentes potencialmente mortales: pinchar o deshinchar las ruedas, romper faros, retrovisores o lunas, echar azúcar en el depósito de gasolina, etc. En cambio, el acusado optó por cortar los tubos o latiguillos del circuito de frenado, un desperfecto no visible desde el exterior, que creaba un riesgo de accidente de consecuencias potencialmente mortales que él no podía ignorar (sobre este punto del peligro creado habrá que volver) y que le exigía una dinámica ejecutiva mucho más complicada, pues precisaba proveerse previamente de instrumentos de corte adecuados para vencer el blindaje de los tubos, acceder a una zona relativamente recóndita de los vehículos (la parte interior del paso de rueda, según entendemos), localizarlos conductos en cuestión y en esa postura forzada e incómoda ejercer la fuerza necesaria para seccionarlos. Demasiadas molestias solo para causar un daño o una inmovilización de los automóviles que podía haber producido más fácilmente sin riesgo para las usuarias. Incluso aunque el

propósito directo del acusado hubiera sido el que afirma, puesto que sabía de mecánica del automóvil lo suficiente para cortar los latiguillos del freno, también tenía que saber que esa acción generaba un evidente peligro de accidente si el vehículo se ponía en marcha en esas condiciones". El recurrente alegó que su acción no entrañaba el riesgo porque al poner en marcha el vehículo en esas circunstancias se enciende el testigo. El Tribunal además de poner en duda la eficacia de ese sistema a los efectos de enervar el riesgo, recuerda que "los mecanismos de defensa (con los que pueda contar el sujeto pasivo) no neutralizan ni el dolo del autor ni la operatividad de la mecánica comisiva desplegada por aquél" (STS 477/2006) y así concluye el TS que el dolo atribuible al acusado fluye de forma evidente al analizar el acervo probatorio aportado y practicado con las debidas garantías en el acto del juicio oral en los términos que han sido analizados. Actuó cuanto menos con dolo eventual al tener conciencia de que con su actuación estaba poniendo en serio peligro la vida de las usuarias de los vehículos.

STS 803/2022 de 6 de octubre (STS 3663/2022 - ECLI:ES:TS:2022:3663)

El TS, recuerda que "el delito de homicidio exige en el agente conciencia del alcance de sus actos, voluntad en su acción dirigida hacia la meta propuesta de acabar con la vida de una persona, dolo de matar que, por pertenecer a la esfera íntima del sujeto, solo puede inferirse atendiendo a los elementos del mundo sensible circundante a la realización del hecho y que según reiterada jurisprudencia (ss. 4.5.94, 29.11.95, 23.3.99, 11.11.2002,3.10.2003, 21.11.2003, 9.2.2004, 11.3.2004), podemos señalar como criterios de inferencia:

- 1) Las relaciones que ligan al autor y la víctima, "también están las circunstancias personales de toda índole, familiares, económicas, profesionales, sentimientos y pasionales" (STS. 17.1.94).
- 2) La personalidad del agresor, "decidida personalidad del agente y el agredido" (STS. 12.3.87).
- 3) Las actitudes o incidencias observadas o acaecidas en momentos procedentes al hecho, si mediaron actos provocativos, palabras insultantes, amenazas de males y repetición en su pronunciamiento.
- 4) Manifestaciones de los intervinientes durante la contienda, "palabras que acompañaron a la agresión (STS.3.12.90) y del agente causante tras la perpetración de la acción criminal.
- 5) Dimensiones y características del arma empleada y su idoneidad para matar o lesionar, "medios e instrumentos empleados en la agresión" (STS. 21.2.87).
- 6) Lugar o zona del cuerpo hacia donde se dirigió la acción ofensiva, con apreciación de su vulnerabilidad y de su carácter más o menos letal, "las modalidades de ataque, el ímpetu del mismo y las regiones contra las que se

dirige, no todas ellas ostentan la misma fuerza de convicción, y así la naturaleza del arma y la zona anatómica sobre la que se ejercita la acción tienen al igual que la potencialidad del resultado letal un valor de primer grado" (STS. 13.2.93).

Pero si bien la mayoría de la jurisprudencia esta circunstancia de las zonas de las heridas coincide en considerarlo el argumento más concluyente del ánimo que mueve al agresor, "las zonas sobre las que se produce la incisión ponían en riesgo la vida de la víctima y revelaban un ímpetu homicida

Que por sí mismo es idóneo para producir el resultado, no cabe sino delito de homicidio frustrado.

h) Conducta posterior observada por el infractor, ya procurando atender a la víctima, ya desatendiéndose del alcance de sus actos, alejándose del lugar, persuadido de la gravedad y transcendencia de los mismos (ss.4.6.92).

Estos criterios que "ad exemplum" se describen no constituyen un sistema cerrado o "numerus clausus", sino que se ponderan entre sí para evitar los riesgos del automatismo y a su vez, se contrastan con menos elementos que puedan ayudar a informar un sólido juicio de valor, como garantía de una más segura inducción del elemento subjetivo. Esto es, cada uno de tales criterios de inferencia no presentan carácter excluyente sino complementario en orden a determinar el conocimiento de la actitud psicológica del infractor y de la auténtica voluntad impetuosa de sus actos, más allá del simple propósito de causar lesiones" (STS. 9.6.93) no son extrañas otras de signo contrario, "el hecho de que las heridas fuesen susceptibles de causar la muerte no quiere decir que nos encontramos ante un inequívoco e indiscutible "ánimo de matar" (ss. 13.6.92 y 30.11.93).

g) Insistencia y reiteración de los actos atacantes, "duración, número y violencia de los golpes" (ss. 6.11.92,13.2.93), continuación del acometimiento hasta la propia vía pública (ss. 28.3.95); pero que es matizado por la misma jurisprudencia en el sentido de poderse inferir la existencia de ánimo de matar en el caso de herida poco profunda, pero como recuerdan las ss. 14.7.88 y 30.6.94, cuando el autor realiza un comportamiento que por sí mismo es idóneo para producir el resultado, no cabe sino delito de homicidio frustrado.

h) Conducta posterior observada por el infractor, ya procurando atender a la víctima, ya desatendiéndose de alcance de sus actos, alejándose del lugar, persuadido de la gravedad y transcendencia de los mismos (s.4.6.92).

Estos criterios que "ad exemplum" se describen no constituyen un sistema cerrado o "numerus clausus", sino que se ponderan entre sí para evitar los riesgos del automatismo y a su vez, se contrastan con menos elementos que puedan ayudar a informar un sólido juicio de valor, como garantía de una más segura inducción del elemento subjetivo. Esto es, cada uno de tales criterios de inferencia no presentan carácter excluyente sino complementario en orden a

determinar el conocimiento de la actitud psicológica del infractor y de la auténtica voluntad impetuosa de sus actos.”

STS 887/2022 de 10 de noviembre. STS 4134/2022 - ECLI:ES:TS:2022:4134

El recurrente entre los motivos del recurso aduce por la vía del art. 849.2 LECrim., la indebida aplicación del art. 139.1 y 16 y 62 del C.P., alegando ausencia de ánimo de matar al concurrir el desistimiento. El TS rechaza el motivo de plano pues, el motivo planteado exige la cita de los documentos literosuficientes en que se basa y no se hace cita de ningún documento. No obstante, añade que no cabe el desistimiento que sostiene el recurrente ya que fue sorprendido en su acción por una mujer que penetró en la oficina lo que permitió a la víctima pedirle a esa mujer que llamase a la Guardia Civil, zafarse del acusado y escabullirse hasta el exterior y, “[e]l recurrente abandona el lugar al ser consciente de que estaban llamando a la guardia civil, pero sin hacer nada para aminorar las consecuencias de su acto, ni desistir de él por su voluntad, sino que lo hace por la intervención de terceros.

Así, en este caso no se produce un desistimiento eficaz, por cuanto el recurrente deja a la víctima con el resultado del grave ataque propinado por él mismo, y sin adoptar ningún mecanismo de ayuda que tienda a minimizar o reparar los efectos de su ataque interrumpido por la acción de la testigo. El autor no reclama que los terceros ayuden a la víctima, sino que después de su brutal ataque se marcha del lugar dejando herida a la víctima. El recurrente no sale a la calle a reclamar ayuda o llamar a una ambulancia, sino que, simplemente, huye de allí.”

El TS recuerda la doctrina en torno al desistimiento:

“Sobre el "desistimiento eficaz" hemos reseñado en la sentencia del Tribunal Supremo 637/2019 de 19 dic.2019, Rec. 1877/2018 que:

"Esta Sala ha tratado sobre el desistimiento en varias resoluciones. Así, podemos recordar que en la sentenciade esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 671/2017 de 11 oct. 2017, Rec.10297/2017 apuntamos que:

"Esta Sala Casacional, en Acuerdo Plenario de 15 de febrero de 2002, ha analizado, en referencia al artículo 16.2del Código Penal, lo que se ha venido a considerar una especie de excusa absolutoria, diseñada por el legislador, como todas las de su clase, por razones de política criminal.

Subraya al efecto la exigencia de la "voluntariedad", que define su esencia dogmática, y a continuación, 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 (Sentencia de esta Sala nº 28/2009 de 23 de enero).

Aquel acuerdo había sido recogido en la Sentencia de este Tribunal nº 446/2002 de 1 de marzo, que estimó el desistimiento pese a que el acusado en el curso de una discusión con su mujer, sacó del bolsillo una navaja de 12 centímetros y se la clavó en el cuello y que "a continuación, ante los gritos y sangre que manaba de la herida salieron ambos de la casa pidiendo auxilio a los vecinos, quienes llamaron a la ambulancia y a la Guardia Civil".

Se consideró que no obstante estimar que la herida, dado el instrumento y la parte afectada era suficiente y apta para provocar la muerte, extremo en el que no hubo discusión, dada la conducta inmediatamente posterior del procesado, saliendo a la calle y reclamando auxilio, patentiza que su dolo inicial, claramente homicida, se cambió cuando apareció como inminente la muerte, desapareciendo aquella intención homicida y reclamando un auxilio que fue eficaz. Se calificó el comportamiento del acusado de desistimiento activo y se penó por delito de lesiones.

En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 124/2018 de 15 Mar. 2018, Rec.10573/2017 se hace constar que:

"El fundamento segundo de la STS 671/2017, de 1 de octubre, desarrolla in extenso la justificación del nuevo criterio doctrinal:

"El Código Penal, en su artículo 16, en relación con el 62, define como tentativa el comportamiento caracterizado, en lo objetivo, por:

- a) realización de "hechos exteriores", es decir no meramente internos;*
- b) que implican comienzo de "directa" ejecución, es decir, no preparatorios, de un supuesto típicamente penal, buscado en el plan del autor y que suponen un riesgo para el bien jurídico que el tipo penal protege;*
- c) que "objetivamente" esos actos son potencialmente causantes del resultado del tipo, sin que baste, por tanto, la convicción subjetiva de la posibilidad de tal causación, si ex ante y objetivamente no podía ocurrir, y*
- d) que ese resultado no se produzca".*

"Subjetivamente se requiere una resolución en el autor referida a la consumación del delito, sin la cual no concurriría el tipo del injusto de la tentativa".

"Ahora bien, a esos elementos ha de unirse un último requisito negativo: que el autor no haya evitado la consumación, porque en tal caso la responsabilidad penal, por la tentativa del hecho tipificado cuya ejecución dio comienzo, no sería exigible conforme a lo dispuesto en el artículo 16.2 del Código Penal".

En la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 77/2017 de 9 Feb.2017, Rec. 1816/2016 se añade que:

"Mientras el ciclo del delito se encuentra abierto, porque el sujeto activo de la infracción no ha practicado todos los actos que han de producirlo, cabe que pueda éste concederse a sí mismo una causa excluyente de la pena por medio de una espontánea conducta de arrepentimiento traducido en el desistimiento de su acción voluntaria. Cabe incluso que cuando se han practicado todos los actos que han de originar el delito, sin tener todavía realidad, siguiendo por tanto abierta la vida de la infracción, se conceda también jurídicamente otra exclusión de la penalidad siempre que la conducta de retroacción sea activa y eficaz, originándose así el denominado técnicamente arrepentimiento activo, que juega de forma distinta de la tentativa acabada, antigua frustración, aunque guarden entre sí elementos comunes. El culpable tiene intención de evitar el resultado lesivo y practica una conducta activa y eficaz para evitar ese resultado."

Pero en este caso no concurre una espontánea conducta de arrepentimiento traducido en el desistimiento de su acción voluntaria, sino que se marcha del lugar, huyendo porque sabía que le habían sorprendido perpetrando el crimen, y que la policía iba a llegar en breve. Lo que hace es, en consecuencia, "huir", pero no "desistir" que no es lo mismo, ni mucho menos.

Por ello, no deben confundirse los escenarios de la "huida" con las alegaciones del desistimiento del art.16.2 CP, porque huir del lugar cuando una persona es sorprendida encaja en la tentativa después de haber perpetrado los actos dirigidos a acabar con la vida de la víctima.

Destaca también en este debate la mejor doctrina que el desistimiento puede ser:

- 1.- Desistimiento pasivo del autor (desistimiento propiamente dicho).*
- 2.- Desistimiento activo del autor (arrepentimiento activo).*
- 3.- Desistimiento activo de los partícipes.*

El desistimiento activo del autor, para que produzca efectos extintivos de la responsabilidad criminal, es necesario que tenga lugar durante el desarrollo del iter criminis, y en todo caso, antes de la consumación. De lo contrario, el arrepentimiento, una vez consumado el delito, sólo dará lugar a la aplicación de las atenuantes del art. 21.4.º y 5.º del CP. Y es que, en efecto, el desistimiento exige el "detenimiento" del sujeto activo del delito en la consumación final del mismo y su interrupción "voluntaria", porque, técnicamente, no puede construirse el desistimiento con el delito consumado, ya que en su caso podría dar lugar a atenuantes de confesión o de reparación del daño causado, pero nunca la vía del art. 16.2 CP.

Criterios en orden a apreciar el desistimiento del art. 16.2 CP.

Con ello, vemos que los presupuestos que se exigen para la viabilidad exculpatoria del desistimiento son:

1.- *Requisitos del acto de desistimiento:*

a.- "voluntariedad", que define su esencia dogmática. La voluntariedad del desistimiento, apunta la doctrina, representa la nota esencial del mismo, de tal manera que sólo cuando pueda afirmarse que el desistimiento ha sido voluntario la conducta típica, antijurídica y culpable del autor del delito intentado quedará impune. Incluso se añade que para que el desistimiento merezca ese perdón es necesario que no esté coaccionado, tratándose, además, de un desistimiento meritorio, lo cual sólo ocurrirá cuando sus motivos merezcan el reconocimiento del ordenamiento jurídico.

¿Cuándo será involuntario e impedirá su eficacia?

a.- *Circunstancias sobrevenidas:*

El desistimiento será involuntario destaca la mejor doctrina, cuando la renuncia a proseguir la ejecución responda a circunstancias sobrevenidas que impidan la continuación del plan trazado por el autor; cuando se haya producido un relevante incremento de las dificultades; y cuando los motivos del desistimiento ejercieron tal influencia en el proceso de formación de la voluntad que no permitieron otra elección.

b.- *Imposibilidad de continuar la ejecución.*

No son encuadrables dentro de la órbita del desistimiento todos aquellos supuestos en los que se desiste de acción por la imposibilidad de continuar con aquélla, ya sea ésta real o no cierta (por ejemplo: todos los casos en los que no es posible la apertura de puertas, cerraduras o candados, por no ser bastantes los instrumentos utilizados para ello, o porque su utilización incrementaría el tiempo del hecho, y consiguientemente el riesgo), es decir, supuestos en los que concurre una imposibilidad física y material de continuar con la acción, y sea ésta real, o como si era percibida por los sujetos como tal, aunque fuere incierta. En estos supuestos, el desistimiento no sería voluntario.

c.- *El autor cree erróneamente que el objetivo delictivo se consiguió y cesa de continuar.*

Tampoco tienen acogida, bajo la órbita del desistimiento, los supuestos en los que el agresor deja de golpear a la víctima en la creencia de que ya ha conseguido su propósito: tal situación nos llevaría al campo del error, y en consecuencia de la tentativa inacabada (36), pero en ningún caso estaríamos ante un desistimiento voluntario.

2.- *La "eficacia" de la conducta que detiene el "iter criminis". No es válido cualquier desistimiento, sino solo el que es eficaz para detener la conducta delictiva.*

3.- *Requiriendo que sea el propio autor del delito el que impida la consumación del delito.*

Y, con ello, dos notas:

a) *la voluntad del autor y*

b) *la efectividad de su comportamiento para causar la no producción del resultado, que objetivamente debería haber causado su comportamiento precedente.*

El Código Penal, en su artículo 16, en relación con el 62, define como tentativa el comportamiento caracterizado, en lo objetivo, por:

a) *realización de "hechos exteriores", es decir no meramente internos;*

b) *que implican comienzo de "directa" ejecución, es decir, no preparatorios, de un supuesto típicamente penal, buscado en el plan del autor y que suponen un riesgo para el bien jurídico que el tipo penal protege;*

c) *que "objetivamente" esos actos son potencialmente causantes del resultado del tipo, sin que baste, por tanto, la convicción subjetiva de la posibilidad de tal causación, si ex ante y objetivamente no podía ocurrir, y*

d) *que ese resultado no se produzca".*

4.- *Se trata de un arrepentimiento "activo", o acciones positivas tendentes a neutralizar los actos ejecutivos totalmente realizados, impidiendo con ello la producción del resultado, y la suficiencia de los meros actos omisivos, de interrupción de la ejecución del ilícito, para permitir la aplicación del repetido artículo 16.2 del Código Penal.*

5.- *No parece adecuado el tener que remontarnos a la calificación como "acabada" o "inacabada" de la tentativa homicida que aquí se enjuicia y, partiendo de ella, determinar el grado de exigencia aplicable al autor para poder afirmar la presencia del "desistimiento" del artículo 16.2.*

6.- *Si la causa directa de la no producción del resultado mortal no fue otra que la voluntaria interrupción por el agresor de los actos que hubieran podido causar la efectiva muerte de su víctima ha de considerarse concurrente el desistimiento, aunque omisivo, que exime de la responsabilidad por homicidio, aunque proceda la condena por las eventuales lesiones producidas.*

7.- *No puede utilizarse la tesis de la "tentativa acabada" para describir si puede haber, o no, desistimiento eficaz.*

8.- *Debe acudirse como criterio evaluable a la indudable voluntariedad del comportamiento omisivo unida a la evidente efectividad del mismo en orden a la evitación del resultado consumativo de la infracción, para afirmar con la necesaria solvencia la justificación y procedencia, en este caso, de la exención de responsabilidad penal por el delito intentado de homicidio.*

9.- *En el artículo 16.2 se describe la figura del desistimiento con gran amplitud y con vigencia para los dos tipos de tentativa, acabada o inacabada.*

Cuando el texto penal no distingue para aplicar el desistimiento no debemos distinguir.

10.- *Mientras el ciclo del delito se encuentra abierto, porque el sujeto activo de la infracción no ha practicado todos los actos que han de producirlo, cabe que pueda éste concederse a sí mismo una causa excluyente de la pena por medio de una espontánea conducta de arrepentimiento traducido en el desistimiento de su acción voluntaria.*

11.- *Cabe incluso que cuando se han practicado todos los actos que han de originar el delito, sin tener todavía realidad, siguiendo por tanto abierta la vida de la infracción, se conceda también jurídicamente otra exclusión de la penalidad siempre que la conducta de retroacción sea activa y eficaz, originándose así el denominado técnicamente arrepentimiento activo.*

12.- *Teoría de la política criminal o del premio. La ley ha querido crear un motivo para que, en vista de la exención de la pena, el autor desista de su hecho, lo que constituye un claro objetivo de la política criminal.*

13.- *El desistimiento necesariamente ha de ser definitivo y no equivaler a un simple aplazamiento o suspensión del iter criminis, para su reanudación posterior cuando se den circunstancias más propicias.*

14.- *Se exige espontaneidad o "propio impulso", o que responda a una voluntad movida de forma autónoma.*

15.- *Pleno no jurisdiccional de la Sala II del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2002:*

"La interpretación del art. 16.2.º CP que establece una excusa absolutoria incompleta, ha de ser sin duda exigente con respecto a la voluntariedad y eficacia de la conducta que detiene el iter criminis, pero no se debe perder de vista la razón de política criminal que inspira, de forma que no hay inconveniente en admitir la existencia de la excusa absolutoria tanto cuando sea el propio autor el que directamente impiden la consumación del delito, como cuando desencadena o provoca la actuación de terceros que son los que finalmente lo consiguen".

Este tema, en cualquier caso, ya fue analizado por el TSJ, ya que apunta que "nada hay que indique que es el apelante quien desiste bajo su propia voluntad de la acción. Al contrario, la huida, que no desistimiento, tiene que ver con la aparición de un tercero, sin que pueda aceptarse, por inverosímil, la tesis de que es esta aparición la que hace recapacitar al autor de los hechos sobre las consecuencias de la acción, significado que en absoluto pretendió reparar el daño causado, sino que se dio a la fuga."

Y añade que:

"No hay suspensión voluntaria de la acción, de lo que, en el presente caso, ni los hechos probados de la sentencia apelada, ni de lo acreditado en autos ni en el plenario, se extrae el menor indicio favorable a las tesis del recurso, siendo evidente que lo que se produjo en realidad es la huida del agresor, y no una suerte de recapacitación a propósito de la aparición de una tercera persona. Huida que toma como referente temporal el verse descubierto en la acción y la petición de auxilio de la víctima, para provocar su posterior evasión del lugar de los hechos. En definitiva, que no es el apelante quien decide suspender el curso de la agresión, ni tampoco lo hace cuando se presenta otra persona en el lugar de los hechos. La acción no se paraliza por un proceso reflexivo, sino por una interferencia de la acción que parte de la presencia de una tercera persona y de la propia víctima al solicitar ayuda".

En cuanto al *animus necandi* recuerda que la STS 191/2016 de 8 Mar. 2016, Rec. 10822/2015 en cuanto a los criterios de inferencia para colegir el dolo de matar: las relaciones previas entre agresor y agredido; el comportamiento del autor antes, durante y después de la agresión, lo que comprende las frases amenazantes, las expresiones proferidas, la prestación de ayuda a la víctima y cualquier otro dato relevante; el arma o los instrumentos empleados; la forma en que se materializa la acción homicida; y en general cualquier otro dato que pueda resultar de interés en función de las peculiaridades del caso concreto (SSTS. 57/2004 de 22-1; 10/2005, de 10-1; 140/2005, de 3-2; 106/2005, de 4-2; 755/2008, de 26-11; 140/2010, de 23-2; 29/2012, de 18-1; y 1035/2012, de 20-12)."

STS 988/2022 de 20 de diciembre. STS 4689/2022 - ECLI:ES:TS:2022:4689

En cuanto al *animus necandi*, el TS concluye que "[l]a intensidad de los golpes y su dirección hacia zonas que albergan órganos vitales, las características del arma empleada, o la propia secuencia de los acontecimientos no permiten otra inferencia que la del discutido *animus necandi*. Inferencia que además se ve reforzada por las expresiones con las que el acusado exteriorizó su afán. La alusión a que no se iba a ir con otro mientras le clavaba por primera vez a Mariana el cuchillo de 15 cm. de hoja en el pecho izquierdo, no solo evidencia una motivación de dominio machista, idónea para sustentar la agravación del artículo 22.4, sino también inequívoco propósito de acabar con su vida.

DELITO DE ACOSO Y HOSTIGAMIENTO

Acoso y stalking. diferencias

STS 61-22 de 26 de enero (STS157/2022- ECLI:ES:TS:2022:157)

Tras exponer el TS el iter legislativo por el que se regularon ambos delitos y aludir a la STS 324/2017, de 8 de mayo, razona que "tanto en el delito de hostigamiento del art. 172 ter, como en el de coacciones del art. 172 CP

concurrir los elementos fácticos intimidatorios, generadores del ataque a la libertad de otro; ahora bien, en el primero de ellos se precisan esos elementos mediante la mención a una serie de conductas consideradas intrusivas de la libertad, pero se precisa algo más, de ahí que podamos hablar de un caso de homogeneidad descendente, dado que el elemento intimidación ha de darse en ambos, por cuanto que el segundo delito contiene los extremos fácticos intimidatorios como el primero, si bien éste, además, precisará de alguno más para su apreciación. Son delitos que se encuentran en el mismo capítulo del CP, relativo a las coacciones, afectando, por lo tanto, al mismo bien jurídico, y el delito de coacciones se puede considerar un tipo residual, que da cobertura a los ataques a la libertad individual que no la encuentran en otros tipos más específicos (principio de especialidad).

...es doctrina consolidada de este Tribunal, como elemento fundamental para apreciar el delito que nos ocupa, que la acción del sujeto activo suponga un constreñimiento antijurídico de la voluntad del sujeto pasivo; a partir de aquí, en función de la intensidad se venía distinguiendo entre el delito y la falta (en la actualidad delito leve); pero, asimismo, al tratarse de un delito circunstancial, es preciso distinguir, dentro de la intensidad más baja, qué actuación será de la suficiente entidad para integrar el delito leve y cuál ni siquiera llegue a tal, por no pasar de una simple molestia o contrariedad, con lo que nos adentramos en un delicado terreno debido a las valoraciones circunstanciales de cada caso, pero que lo serán menos si encontramos alguna guía para su objetivación.

...un seguimiento del condenado sobre su exmujer, que, en modo alguno, se puede considerar pacífico, pues es a escasos metros de ésta, con ánimo de amedrentarla y doblegar su voluntad, siguiéndola así durante 10 minutos, desde el colegio hasta el gimnasio al que se dirigen madre e hija, donde permanece a la espera de que saliera, hasta que llegaron los agentes de la Ertzaintza, y no abandonando el lugar hasta que fue requerido por éstos.

Como decimos, esta manera de producirse los hechos son reveladores de un atosigamiento, impropio de quien, como se dice el recurso, solo caminó por la calle con la idea de ver a su hija, que iba acompañada por la madre; porque, de haberse limitado a esto, y si es cierto que solo pretendía verla y encontraba algún obstáculo porque se lo impidiera la madre, debería acudir a los cauces legales para conseguirlo, pero no acudir a las vía de hecho, pues no estaba legitimado para perseguirla y presionarla como la presionó, ya que, con tal modo de proceder, la estaba obligando a hacer algo que no quería, que es, precisamente, lo que sanciona el delito de coacciones del art. 172 CP, de todo lo cual era consciente el acusado y siéndolo, sin embargo, no cesó en su actitud hasta que la policía le requirió para ello.

No podemos compartir, como se alega en el recurso, que no esté acreditado el dolo del acusado, pues tal alegación solo se entiende a costa de confundir, cuando no identificar, el dolo del autor con el móvil de su acción, y es que, aun admitiendo que los motivos que le llevaran a actuar como actuó, fueran por el

deseo de ver a su hija, ello no implica que no fuera consciente de que estaba persiguiendo a su exmujer y que, pese a serlo, tuvo la voluntad de perseguirla y la siguió, que en eso se concreta el dolo del autor.

Acoso y hostigamiento. Reiteración de conductas. Alteración grave la vida cotidiana. Subtipo agravado.

STS 628/2022 de 23 de junio (STS 2682/2022 -ECLI:ES:TS:2022:2682).

Reiteración de conductas.

En relación con el delito de acoso y hostigamiento, tras recordar que se trata de un delito contra la libertad, el TS nos dice en esta Sentencia que “[e]l tipo objetivo exige la realización insistente y reiterada de los actos que se consideran de hostigamiento, que son los enumerados en el tipo. No basta con actitudes aisladas, transitorias o incidentales. Lo que exige el tipo es un patrón de comportamiento que puede ser desarrollado a través de la reiteración de uno de esos actos o de la ejecución de varios diferentes (STS nº 324/2017, de 8 de mayo: "La reiteración de que habla el precepto es compatible con la combinación de distintas formas de acoso"), siempre que en conjunto pueda decirse que la conducta es insistente y reiterada.

Alteración grave de la vida cotidiana de la víctima.

El tipo objetivo exige, además, que con la ejecución insistente y reiterada de las conductas que describe, se altere gravemente el desarrollo de la vida cotidiana de la víctima. Es necesario constatar, pues, que, como consecuencia de la conducta del autor, la víctima se ha visto compelida a modificar su vida cotidiana de una forma que pueda calificarse como grave.

No basta con constatar que la conducta es de tal naturaleza que provocaría o podría provocar una alteración grave de la vida cotidiana de la víctima. El legislador bien pudo configurar así el delito, exigiendo solamente la potencialidad de los actos para causar esa alteración. Pero, según la ley, es necesario que tal alteración haya tenido lugar.

Por lo tanto, será preciso establecer los actos de hostigamiento, la reiteración de los mismos, la alteración de la vida cotidiana y el nexo causal entre ambos.

A estos efectos ha de valorarse en el caso concreto, en primer lugar, la capacidad objetiva de los actos de hostigamiento o acoso para alterar la vida de una persona media; esa conducta debe ser objetivamente capaz de provocar temor, intranquilidad o limitación de la libertad de la víctima, hasta el punto de explicar razonablemente la alteración provocada. Y, en segundo lugar, ha de acreditarse la relación causal entre aquellos actos y la alteración de la cotidianidad de la víctima, en un análisis racional de todas las circunstancias concurrentes.

El tipo subjetivo exige en el autor el conocimiento de la capacidad de su conducta para alterar los hábitos cotidianos de la víctima. Ordinariamente, podrá afirmarse que esa capacidad la tiene cualquier persona con una formación media y con sus capacidades generales de comprensión no alteradas”.

Al analizar el caso, el TS dice que “recibir un alto número de llamadas en un espacio de tiempo relativamente corto o la reiteración de desplazamientos pasando frente a su domicilio, unidos al incidente ocurrido el día 7 de agosto¹, suponen una molestia para la víctima. Pero no necesariamente implican una alteración de su cotidianidad. Si así fuera, bastaría con la ejecución de los hechos, sin que el tipo exigiera la alteración del desarrollo de la vida cotidiana.

No se quiere decir con ello que la víctima esté obligada a hacer algo para evitar el acoso. Lo que se juzga es la conducta del autor, teniendo en cuenta sus efectos. Pero es necesario que, entre estos, haya provocado una alteración grave de la vida cotidiana de la víctima.

El TS estima el recurso pues “[l]a posición del Tribunal de apelación, perfectamente comprensible, es, sin embargo, excesivamente rígida” y acudiendo al complemento de los hechos probados en la fundamentación jurídica de la sentencia del Juzgado de lo Penal que recoge que los actos de acoso comenzaron en junio, cuando el acusado no aceptó la ruptura de la relación sentimental; se mencionan las numerosas llamadas; que se presentaba cada día en su lugar de trabajo; que se paraba con frecuencia frente a su casa mirando al balcón: que para ir a casa del acusado no necesitaba pasar por la casa de la víctima; **que dejó de ir a trabajar varios días; que muchos días no salía de casa por no ir sola;** y que el día 7 de agosto tuvo lugar el incidente que se describe en el apartado de hechos probados. El TS considera así que se describen como debidamente acreditadas, modificaciones significativas de su cotidianidad, especialmente las referidas a la necesidad de dejar de ir a trabajar algunos días y a no atreverse a salir sola, que pueden considerarse como efectos razonables del acoso y calificarse como graves para cualquier persona media.

Subtipo agravado.

En cuanto a la agravación contenida en el párrafo segundo del art. 172 ter del C.P., a remitirse al art. 173.2 del C.P. no se trata exclusivamente de una agravación por razón de género, pues en el citado apartado se sitúan en posición de igualdad y con las mismas consecuencias penológicas a distintas víctimas, y solo en algún caso se trata de posibles supuestos de violencia de género. Lo cual no impide tener en cuenta, junto a las demás circunstancias del caso, la concurrencia de aquellos supuestos en el momento de la individualización de la pena. Además, ha de señalarse que, como decíamos en

¹ El condenado acudió a la puerta del domicilio de la víctima cuando salió en compañía de unos amigos la agarró del brazo y le dijo que ella no iba a ninguna parte.

la STS nº 554/2017, de 12 de julio, "Hay que recordar que la introducción de tal delito en el Código Penal, viene, además, a ser una consecuencia del Convenio del Consejo de Europa para prevenir y combatir la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, firmado en Estambul el 11 de Mayo de 2011 que obligaba a los Estados parte --entre ellos España-- de incriminar tal delito stalking/acoso como así se acordaba expresamente en el art. 34 de dicho Convenio".

DELITO DE MALTRATO ART. 153 DEL C.P.

Tipo subjetivo del injusto en el delito del art. 153 CP no requiere ánimo de dominación. Declaración de la víctima.

STS 204/2022 de 8 de marzo (STS 1400/2022 -ECLI:ES:TS:2022:1400).

Valor de la declaración de la testigo-víctima.

El recurrente alegó que "los razonamientos a través de los cuales ha alcanzado el Tribunal su convicción no son bastantes, desde el punto de vista racional y lógico, para justificar la suficiencia de la condena. No existió ningún testigo de la supuesta agresión. Sólo existe la versión de la madre, que es un testigo de referencia y que se limitó a contar en el plenario lo que su hija le había narrado. Los hechos -sigue alegando la defensa-tuvieron lugar "...el día 19 de marzo de 2.016 y el día 21 no presentaba ningún resto de hematomas. (...) La forense Dra. Pura asiste a la denunciante el mismo día 19 de marzo y aprecia un hematoma en el muslo y entiende que podía ser de ese día o de un día o dos antes". En definitiva, existen versiones contradictorias y no hay ningún dato que refuerce la credibilidad de la denunciante."

El TS además de poner de relieve que "la declaración de la víctima -que en el presente caso cuenta con elementos objetivos de corroboración, más allá del testimonio de referencia que ofreció la madre de Virginia - sí puede tener, en determinadas circunstancias y bajo estrictos parámetros valorativos, entidad incriminatoria suficiente para enervar el derecho a la presunción de inocencia" recuerda que "la declaración de la víctima tiene, en relación con los hechos proclamados como probados, el valor que esta Sala y la jurisprudencia constitucional atribuyen al testimonio de la víctima (cfr. SSTS 850/2007, 18 de octubre; 1137/2004, 15 de octubre y SSTC 201/1989, de 30 de noviembre, FJ 4; 173/1990, de 12 de noviembre, FJ 3; 229/1991, de 28 de noviembre, FJ 4; 64/1994, de 28 de febrero, FJ 5, entre otras muchas)" y que "esa idoneidad potencial de la declaración de la víctima ha de pasar el filtro, en cada caso concreto, de la valoración del Tribunal sentenciador. Su alto valor incriminatorio "... 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" (cfr. SSTs 467/2020, 21 de septiembre; 648/2020, 20 de diciembre; 589/2019, 28 de noviembre; 305/2017, 27 de abril; 789/2016, 20 de octubre y 636/2015, 27 de octubre, por citar algunos de los numerosos precedentes en este sentido).

El tipo penal del art. 153 del C.P. no requiere ánimo de dominación.

En cuanto a la indebida aplicación del art. 153.1 del CP, otro de los motivos esgrimidos, el TS recuerda que "la sentencia del Pleno de esta Sala núm. 677/2018, 20 de diciembre, después de un minucioso examen de la doctrina constitucional y de algunos precedentes, apuntábamos que "...en modo alguno quiso el legislador adicionar una exigencia de valoración intencional para exigir que se probara una especial intención de dominación del hombre sobre la mujer. Ello iba ya implícito con la comisión del tipo penal contemplado en los arts. 153, 171 y 172 CP al concurrir las especiales condiciones y/o circunstancias del tipo delictivo. La situación en concreto de mayor o menor desigualdad es irrelevante. Lo básico es el contexto sociológico de desequilibrio en las relaciones: eso es lo que el legislador quiere prevenir; y lo que se sanciona más gravemente aunque el autor tenga unas acreditadas convicciones sobre la esencial igualdad entre varón y mujer o en el caso concreto no puede hablarse de desequilibrio físico o emocional". Añadíamos entonces: "...sin que ello exija que cuando se trate de una agresión de hombre a su pareja o expareja, o agresión mutua de los mismos, el elemento intencional de esa dominación o machismo se constituya como una exigencia a incluir en los hechos probados como un dolo específico no exigido por el tipo penal en modo alguno. Construir, pues, un elemento subjetivo del tipo en el art. 153.1 CP donde no lo hay, supone exacerbar la verdadera intención del legislador para llevar al tipo penal un fundamento extraído de la Exposición de Motivos de una norma legal. En consecuencia, en ningún caso se ha exigido como elemento del tipo del art. 153.1 C.P. ese elemento subjetivo del injusto, pero ni cuando actúa un hombre en el maltrato a una mujer -ni tampoco cuando se trata de un acometimiento mutuo- se exige el ánimo de dominación para poder fundamentar una condena por el art. 153.1 CP cuando el sujeto activo sea un hombre".

Concluíamos proclamando que "...si el legislador hubiera querido incluir en las conductas del art. 153 CP un determinado "animus" en el tipo penal, lo hubiera hecho. Pero no lo hizo, por lo que su exigencia probatoria queda fuera del tipo penal".

La misma doctrina que inspira esta línea de razonamiento, que ratificó lo que ya había apuntado la STS856/2014, 26 de diciembre, ha sido acogida, entre otros precedentes, por la STS 217/2019, 25 de abril y el ATS 24 junio 2020.

En el presente caso, el contexto sociológico de dominación, más allá de su irrelevancia en los términos que hemos apuntado supra, fluye del relato de hechos probados. Se trata de una agresión impulsada por la sospecha de

infidelidad. Sólo así puede entenderse el pasaje en el que se señala que "... cuando Virginia bajó de su casa Luis Miguel le preguntó si había estado con otro hombre a lo que ella contestó que no, ello motivó una discusión durante la cual Luis Miguel le dio un puñetazo a Virginia en una pierna"

Delito maltrato. Compatibilidad de los tipos agravado y atenuado contenidos en el art. 153.3 y 4 del CP

STS 72/2022 de 27 de enero (STS 501/2022 -ECLI:ES:TS:2022:501)

El TS recuerda la sentencia 915/2021, de 24 de noviembre, en la que se declaró que la aplicación del tipo agravado del art. 153.3 del CP no excluye con carácter general la degradación en la respuesta penal que autoriza el art. 153.4 del CP. La propia dicción del precepto avala tal conclusión al referirse sin excepción a "los apartados anteriores".

En el caso examinado "[e]l Juzgado de lo Penal toma en consideración, ... la comisión de los hechos en presencia del menor, hijo común del acusado y de la víctima, circunstancia que ya había motivado la aplicación del art. 153.3 CP. Sin embargo, no ha sido esta circunstancia la que ha determinado la no aplicación del art. 153.4 CP. Junto a ello, el juzgador de instancia se refiere a la intensidad del empujón propinado y a la ausencia de circunstancia alguna que implicara una reducción sustancial en el desvalor de la conducta realizada por el acusado. Tampoco ha excluido la aplicación del citado precepto por incompatibilidad con el tipo contemplado en el art. 153.3 CP.

Y efectivamente, del contenido del hecho probado no se infiere ninguna circunstancia concurrente en el Sr. D. Gustavo o en la realización del hecho que aconseje la aplicación del tipo contemplado en el art. 153.4 CP.

Lejos de ello, aun cuando el acusado careciera de antecedentes de violencia de género, el hecho de la agresión por la que el recurrente empujó violentamente a la víctima, que es su expareja, se produjo en el seno de un trato vejatorio continuado.

Según refiere el hecho probado la actitud hostil del acusado frente a su pareja no se trata de un hecho aislado, sino que el mismo viene profiriendo frente a ella insultos y expresiones desde hace muchos años, lo que también le ha merecido la condena por delito comprendido en el art. 173.4 CP

Es cierto que no se produjo resultado lesivo alguno. Consecuencia de ello es la condena por el tipo comprendido en el art. 153.1 CP.

Y aunque el hecho probado describa una sola acción agresiva, la misma fue acompañada de nuevos insultos y expresiones vejatorias.

No se identifica, en definitiva, ninguna circunstancia personal del autor o concurrente en la realización del hecho, que pudiese neutralizar la entidad del hecho que se ha declarado probado.

En todo caso, la Audiencia Provincial ha tomado en consideración las circunstancias alegadas por el recurrente, como la no constatación de resultado lesivo como consecuencia del empujón y la carencia de antecedentes de violencia de género, para imponerle la pena de trabajos en beneficio de la comunidad en lugar de la pena de prisión impuesta por el Juzgado de lo Penal y, además en el mínimo legal”.

LESIONES PSÍQUICAS

STS 778/2022 de 29 de septiembre. STS 3401/2022 - ECLI:ES:TS:2022:3401

La Sección Segunda de la audiencia provincial de Vizcaya condenó al acusado como autor de un delito de asesinato, un delito de abandono de menores, un delito de maltrato habitual y de 2 delitos de lesiones psíquicas. Según los hechos probados el acusado después de acabar con la vida de su esposa abandonó el domicilio familiar dejando a sus dos hijas de cuatro y dos años junto al cadáver de la madre en el interior del domicilio dejando la puerta de la casa abierta y colocando una cuna de viaje para impedir que pudiera cerrarse. Además de la referencia a la violencia habitual en el relato de los hechos probados también se dice que una de las hijas presentó afección psicológica asociada a estrés postraumático con relevante afección cognitiva, emocional y conductual de mal pronóstico. La otra menor presentó mutismo y otras afectaciones emocionales y comportamentales subsecuentes a estrés postraumático, con pronóstico incierto y se añade que en la actualidad siguen recibiendo terapia. El Tribunal Superior de Justicia desestimó el recurso del acusado que interpuso recurso de casación alegando indebida aplicación de los artículos 147.1 y 148.3 del C.P. y, alternativamente inaplicación del artículo 771 del Código Penal por no aplicarse el concurso ideal con el delito de asesinato.

El Tribunal Supremo estima el recurso en base a los siguientes fundamentos:

“El artículo 147.1 del CP exige, para considerarla incluidas en el mismo, que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico, precisando a continuación que la simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento.

La jurisprudencia ha entendido que es necesario que el tratamiento sea prescrito por un médico como necesario para la curación, lo que excluye los casos en los que un determinado tratamiento sea prescrito por otros profesionales. Decíamos en la STS nº 1017/2011, de 6 de octubre, citada por la STS nº 376/2017, de 24 de mayo, que “el tratamiento psicológico impuesto por el psicólogo clínico, a pesar de su importancia y de sus posibles efectos beneficiosos para aquel a quien se aplica, no puede identificarse a efectos penales con el tratamiento médico o quirúrgico exigido por el tipo, pues en la interpretación que del mismo ha realizado la doctrina y la jurisprudencia (SSTS. 1406/2002 de 27 de julio; 55/2002 de 23 de enero; 2259/2001 de 23 de noviembre, entre otras), se señala como uno de los requisitos el que la

prescripción sea realizada o establecida por un médico como necesaria para la curación. Por ello el tratamiento psicológico no estará incluido en la mención legal, salvo que haya sido prescrito por un médico, psiquiatra o no, pues en eso la Ley no distingue y constituyen cuestiones organizativas ajenas al marco legal. Lo relevante es que la prescripción del tratamiento efectuado lo sea por un médico o lo encomiende a los profesionales en la materia objeto del tratamiento (SSTS. 355/2003 de 11.3, 625/2003 de 28.4, 2463/2001 de 19.12), o psicólogos para la aplicación de la correspondiente terapia, en aquellos casos en que éstos están facultados para prestarla y sea más conveniente para el paciente”. En sentido similar, entre otras, STS 1400/2005, de 23 de noviembre y STS 899/2009, de 18 de setiembre.

Es irrelevante si el tratamiento prescrito se siguió o no por el lesionado; o si fue ejecutado por médicos o se encomendó a otros profesionales. También lo es si se prescribió efectivamente o si, con posterioridad, un médico certifica su necesidad para la sanidad.

Lo decisivo, pues, es que un médico establezca que un determinado tratamiento era objetivamente necesario para la sanidad, dadas las características de las lesiones. Ordinariamente ello se alcanza mediante la correspondiente prueba pericial, salvo en aquellos casos excepcionales en los que la naturaleza de las lesiones permita al profano establecer la necesidad del tratamiento sin discusión alguna.

2. En el caso, no se declara probado que se prescribiera un tratamiento determinado por parte de un médico, recogiendo exclusivamente que las menores recibieron terapia. En la fundamentación jurídica se hace referencia a la pericial de los psicólogos forenses y a otra pericial de otra psicóloga que las trató.

Pero no hay referencia alguna a que, en algún momento, un médico prescribiera un tratamiento o sostuviera desde la posición del perito que, dadas las lesiones apreciables, un concreto tratamiento era necesario para la sanidad. Tampoco es posible, sin acudir a una prueba pericial médica, deducir incontestablemente, de los datos objetivos relativos a las lesiones, esa necesidad”.

DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL.

Agresión sexual. Valoración de la declaración de la víctima

STS 93/2022 de 9 de febrero (STS 444/2022 -ECLI:ES:TS:2022:444)

Pese a reconocer el TS que no procede efectuar en este momento un nuevo análisis de la prueba que ha sido practicada, y que esta Sala no ha presenciado, con la finalidad de efectuar una nueva valoración de la misma que no es procedente recoge los argumentos de la Audiencia Provincial y del TSJ

en cuanto al análisis y valoración de la prueba testifical que son de gran interés:

"... la Audiencia de forma detallada el testimonio de la víctima en relación al delito de maltrato habitual y a los cuatro delitos ocasionales de lesiones. Esta valoración ha sido revisada por el Tribunal Superior de Justicia, quien a su vez ha comprobado y explicado la prueba valorada por la Audiencia estimando que "en pocos casos como el que ahora pende de nuestra revisión la declaración inculpatoria de la denunciante puede verse rodeada de tantos elementos de corroboración, no por periféricos menos significativos, que forman con ella un cuadro armónico y en su conjunto inequívoco, a saber: a) el testimonio de los agentes policiales que acudieron al domicilio de la pareja y encontraron a Estíbaliz en la patética situación que describieron en juicio, llegando a ver el palo roto de la fregona; b) la corroboración objetiva de las lesiones de la víctima por los partes de asistencia facultativa y el posterior informe médico-forense de sanidad, que consignan estigmas lesivos congruentes en naturaleza, data y localización con el mecanismo de las agresiones, incluida la sexual, que relata la denunciante, y algunos tan significativos -y estremecedores- como las numerosas quemaduras de cigarrillo en miembros superiores e inferiores; c) el informe pericial de la unidad forense especializada, que describe el caso de la denunciante como un supuesto paradigmático de violencia de género en la pareja."

El Tribunal Superior de Justicia por su parte, avala estos razonamientos. Sobre el hecho de que la denunciante no relatara en el momento de la primera intervención policial la agresión sexual sufrida pocos días antes, expresa de forma razonable que ello "es algo perfectamente explicable, como acertadamente señala la sentencia de instancia, en el contexto de una relación prolongada de violencia de género en la pareja, en la que esa agresión no era desde la perspectiva de la víctima sino un episodio más del maltrato sufrido, y acaso no el vivido subjetivamente como el más grave; lo que explica que solo al necesitar asistencia sanitaria por la lesión anal producto de ese episodio lo mencionara ante los facultativos que la atendieron, manteniendo desde entonces una versión persistente al respecto."

Comprueba y confirma también el rechazo que el Tribunal de instancia ha realizado del testimonio ofrecido por la Sra. Gloria relacionado con uno solo de los hechos, "al juzgar la escasa credibilidad que ofrece una repetición textual de las mismas palabras en las declaraciones sucesivas de la testigo, como si en cada ocasión estuviera reproduciendo una versión previamente aprendida."

Finalmente explica que "un conocimiento, siquiera superficial, de la violencia de género en la pareja hace perfectamente explicable que la víctima ocultara a su familia de origen el calvario que venía sufriendo a manos del acusado; silencio perfectamente congruente con los sentimientos de vergüenza, autoinculpación y "acomodación paradójica" a la violencia que experimentan las víctimas de una violencia prolongada en la relación."

STS 883/2022 de 10 de noviembre. STS 4141/2022 - ECLI:ES:TS:2022:4141

El recurrente alega entre otros motivos de casación, la mayoría sin fundamentación por lo que son rechazados de plano, considera insuficiente la prueba de cargo negando a la **declaración de la víctima denunciante** el valor probatorio que se le reconoce en la sentencia.

El TS aduce que, como ocurre con frecuencia en delitos de esta clase, es la única prueba de cargo que puede considerarse directa, en cuanto emana de un testigo presencial de los hechos, aunque, al tiempo, sea la víctima de los mismos.

En cuanto a las contradicciones a las que se refiere el recurrente el Tribunal Supremo señala que, el día y la hora de los hechos no se refieren a hechos relativos a los elementos el tipo y en cuanto a “la introducción de aspectos fácticos nuevos en el curso de sucesivas declaraciones, nada tiene de extraño, pues se puede explicar en la precisión progresiva del recuerdo o en la forma de ser interrogado quien declara. De otro lado, no puede contraponerse, a estos efectos, como hace el recurrente, la relación de hechos que extienden los agentes de policía al inicio del atestado con las precisiones que hace la víctima en su denuncia”. En el caso además existieron elementos corroboradores (declaración de la persona que iniciaba una relación con el condenado). El TS sostiene que la motivación de la sentencia es razonable pues, “[e]s razonable concluir en esa forma cuando se dispone de una declaración de la víctima que no viene determinada por motivos espurios, que es verosímil y continuada en el tiempo en sus aspectos sustanciales, y que viene corroborada por las declaraciones de las personas a las que de modo inmediato se comunicó lo sucedido. Frente a ello no es bastante para desacreditarla el que la víctima se mantuviera en la misma vivienda esa noche, pues ello puede encontrar explicación en su deseo de mantenerse junto a su hija. Así se explica en la sentencia recurrida al decir que “respondía a tener a su hija en el domicilio y al miedo a perderla si se iba del mismo”.

Agresión sexual, lesiones, amenazas, detención ilegal. Valoración de la prueba testifical.

STS 156/2022 de 23 de febrero (STS 711/2022 -ECLI:ES:TS:2022:711)

En relación con el triple test reiterado por la jurisprudencia para valorar la credibilidad del testigo víctima -persistencia en sus manifestaciones, elementos corroboradores (verosimilitud), ausencia de motivos de incredibilidad diferentes a la propia acción delictiva-, el TS recuerda que “[n]o se está definiendo con ello un presupuesto de validez o de utilizabilidad, sino meras orientaciones que han de ser ponderadas en tanto constituyen herramientas que ayudan a acertar en el juicio. Son 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, que cuando falte una o varias, la prueba ya no pueda ser valorada y, ex lege, por ministerio de la ley

(prueba legal negativa) -o de la doctrina legal en este caso- se considere insuficiente para fundar una condena. Ni lo uno ni lo otro. Es posible no conferir capacidad convictiva de forma razonada a la declaración de una víctima (porque se duda del acierto de su reconocimiento, v.gr), pese a que ha sido persistente, congruente y coherente; cuenta con elementos periféricos que parecerían apuntalarla; y no se ha identificado ningún motivo espurio que ponga en entredicho su fiabilidad; y, según los casos, también es perfectamente imaginable que una sentencia condenatoria tome como prueba esencial la única declaración de la víctima huérfana de elementos corroboradores de cierta calidad, que ha sido fluctuante por ocultar inicialmente datos o por cambios o alteraciones en las diferentes declaraciones; y pese a identificarse una animadversión dilatada en el tiempo entre víctima y acusado, siempre que el Tribunal analice cada uno de esos datos y justifique de forma convincente y racionalmente compatible por qué, a pesar de ellos, no tiene dudas sobre la realidad de los hechos y la autoría (aunque no es lo más frecuente, tampoco es insólito encontrar en los repertorios supuestos de este tenor)".

Agresión sexual. Valoración declaración víctima.

STS 240/2022 de 16 de marzo (STS 980/2022 -ECLI:ES:TS:2022:980).

El condenado lo fue entre otros delitos por el de agresión sexual y en el recurso de casación pone en cuestión la valoración de la prueba.

El TS reitera los argumentos esgrimidos en la sentencia recurrida, en concreto el hecho de "*que no exista parte de lesiones características (sí de erosiones y hematoma local leve en cara lateral del cuello) de este delito no significa que no se perpetrara. El acusado está condenado por un delito de lesiones en el marco de violencia de género, que no se recurre. Por otra parte, el tipo exige, además de la ausencia de consentimiento sexual de la víctima, la concurrencia de violencia o intimidación. Y sólo puede declararse la existencia de un marco intimidatorio grave, inminente y bastante para doblegar la voluntad (anulando su capacidad de reacción) de quién ha sido controlada mientras se divierte en una reunión de amigos en el cercado, asaltada violentamente en su domicilio cuando disfrutaba de su intimidad en compañía de un tercero, retenida en su vivienda contra su voluntad ... y conducida posteriormente a la casa de la abuela del agresor ... , y encerrada en una habitación para tener acceso carnal con ella por vía vaginal (independientemente de que afirme que no hubo eyaculación). La sentencia apelada describe la existencia de un "clima de terror y miedo en el que, sin duda, atendiendo a la agresividad del acusado, en evitación de males mayores, mantuvo relaciones sexuales, sin capacidad alguna para oponerse a ellas, y por ello, con una voluntad totalmente anulada". Como se dice en la doctrina jurisprudencial, resulta suficiente una resistencia seria y razonable, sin necesidad de que sea heroica, bastando el no de la víctima; de modo que lo verdaderamente definidor de la infracción es la actitud violenta, agresiva, amenazadora e indiscutiblemente criminal del violador".*

En cuanto a la valoración de la declaración de la víctima, el TS reitera que la "idoneidad potencial de la declaración de la víctima ha de pasar el filtro, en cada caso concreto, de la valoración del Tribunal sentenciador. Su alto valor incriminatorio *"... 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"* (cfr. SSTS 4672020, 21 de septiembre; 648/2020, 20 de diciembre; 589/2019, 28 de noviembre; 305/2017, 27 de abril; 789/2016, 20 de octubre y 636/2015, 27 de octubre, por citar algunos de los numerosos precedentes en este sentido).

La mejor muestra de la falta de animadversión de la víctima respecto de su agresor es que la propia Clemencia no cooperó inicialmente con la investigación *"...no facilitando su exploración médico forense (...). Su actitud se explica por la propia parte en el acto del juicio y en el Juzgado de instrucción (miedo) y consta en el informe pericial psicosocial (lo he querido mucho; no quería que entrara en prisión, me da pena; hasta el punto de no identificar la agresión sexual padecida con una violación porque no fue completa)"*.

Sobre la persistencia incriminatoria de su testimonio, baste transcribir un fragmento del FJ. 5.2 de la sentencia dictada en apelación: *"... desde el inicio, ante la Policía Nacional el día 7 de abril de 2019, en el Juzgado de Instrucción el día 10 siguiente y en el plenario, mantiene cómo encontrándose en su morada, el acusado la asaltó, sin que mediara consentimiento; la retuvo contra su voluntad durante varias horas, trasladándola a la otra vivienda dónde la agredió sexualmente. Consta en el escrito de impugnación presentado por el Ministerio fiscal la transcripción de sus manifestaciones a lo largo del proceso. No se trata de apreciar la repetición de una lección aprendida sino de la constancia sustancial de las diversas declaraciones; de forma concreta y coherente, manteniendo la necesaria conexión lógica entre sus diversas partes.*

La Sala tampoco puede identificarse con la tesis de que la víctima que se constituye en acusación particular pierde su credibilidad a la hora de evocar los sucesos que le llevaron a la denuncia. En efecto, hemos dicho que *"...la indiferencia respecto del desenlace del proceso no es un presupuesto 'sine qua non' para proclamarla credibilidad de un testigo. Se puede ser exquisitamente imparcial en la narración de los hechos y, al mismo tiempo, interesar la condena del imputado. De hecho, nuestro sistema procesal autoriza a la víctima a convertirse, más allá de una distante portadora de la 'notitia criminis', en verdadera parte acusadora, ejerciendo la acusación particular con el fin de obtener la condena del acusado, sin que ello elimine la validez de su testimonio. Así lo ha entendido la jurisprudencia de esta Sala, que una y otra vez, recuerda que la lógica animadversión de la víctima derivada del hecho*

criminal es irrelevante para poner en duda su versión en cuanto no resulta de causas de resentimiento ajenas al delito" (cfr., por todas, SSTS 786/2015, 4 de diciembre; 511/2012, 13 de junio y 238/2011, 21 de marzo)".

En la sentencia se analizan otros aspectos relativos a otros delitos por los que el recurrente fue condenado, así, en relación con el delito de allanamiento de morada, el TS dice que "carece de sentido sostener que por el hecho de disponer de una llave de acceso -que, por cierto, no fue utilizada- o incluso por haber sido titular de algún derecho sobre ese inmueble, el acusado podía acceder cuando quisiera y como quisiera a su interior".

Agresión sexual. Valoración de prueba testifical.

STS 325/2022 de 30 de marzo (STS 1177/2022 -ECLI:ES:TS:2022:1177).

De nuevo se cuestiona la valoración de la prueba testifical de la víctima y también en esta ocasión, el TS insiste en que "el solo testimonio de quien se presenta como víctima resulta apto, bajo ciertas circunstancias, para enervar el derecho fundamental a la presunción de inocencia", ahora bien, "...si siempre la valoración probatoria ha de venir presidida por la cautela, la unicidad de la prueba de cargo imponga o refuerce la necesidad de ponderar con detalle los aspectos que conforman esta fuente única de información probatoria. A estos efectos, ya desde antiguo este Tribunal Supremo ha venido destacando que en el trance de valoración del testimonio único, deberá ponderarse su credibilidad subjetiva, --cuidando de reparar en la posible existencia de móviles o propósitos espurios que pudieran estar animando el testimonio; y ponderando también las cualidades personales del testigo vinculadas a su capacidad de percepción--; su credibilidad objetiva, --que tomará en cuenta la solidez y persistencia de su relato--; y analizando, por último, el posible concurso de elementos objetivos, en tanto ajenos a la sola voluntad del testigo de cargo, que pudieran corroborar, al menos, ciertos aspectos colaterales o periféricos del relato (ya que no los nucleares pues, en tal caso, no estaríamos, en realidad, ante un testimonio único). Estos tres elementos o parámetros valorativos han venido a conformar lo que la práctica forense conoce ya, por economía en el lenguaje, como "triple test". Sin embargo, aunque creemos que se trata de un expediente útil en el marco de la valoración probatoria, no deben ser maximizados sus efectos, ni mucho menos aún debe incurrirse en una especie de "valoración taxonómica" de la prueba, compartimentándola en tres (o más) "requisitos", ni analizarse cada uno de aquellos parámetros como condiciones de posibilidad al efecto de que el testimonio único pueda(o no pueda) enervar el derecho fundamental a la presunción de inocencia, de tal manera que "si y solo si "cuando concurren aquellos se producirá este efecto; y cuando alguno falta no será, en cambio, posible reputar enervado el derecho fundamental a la presunción de inocencia. Lo explicaba, por ejemplo, nuestra sentencia número 69/2020, de 24 de febrero: <<una prueba testifical, aunque sea única y aunque emane de la víctima, puede ser apta para desactivar la presunción de inocencia. El clásico axioma *testis unus testis nullus* fue

felizmente erradicado del moderno proceso penal (STS 584/2014). Ese abandono no acarrea ni una relajación del rigor con que debe examinarse la prueba, ni una debilitación del *in dubio*. Es secuela y consecuencia de la inconveniencia de encorsetar la valoración probatoria en rígidos moldes legales distintos de las máximas de experiencia y reglas de la lógica.

... 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. Eso es excusa para degradar 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 excepcionar principios esenciales.

La palabra de un solo testigo, sin ninguna otra prueba adicional, puede ser suficiente en abstracto para alcanzarla 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.

No es de recibo un argumento que basase la necesidad de aceptar esa prueba única en un riesgo de impunidad como se insinúa en ocasiones, al menos aparentemente, al abordar delitos de la naturaleza del aquí enjuiciado en que habitualmente el único testigo directo es la víctima. Esto recordaría los llamados *delicta excepta*, y la inasumible máxima "*In atrocissimis leviores coniecturae sufficiunt, et licet iudici iura transgredi*" (en los casos en que un hecho, si es que hubiera sido cometido, no habría dejado "ninguna prueba", la menor conjetura basta para penar al acusado). Contra ella lanzaron severas y justificadas críticas los penalistas de la Ilustración. La aceptación de esa premisa aniquilaría la presunción de inocencia como tal. La añeja Sentencia del TS americano que a finales del siglo XIX habló, por primera vez en aquella jurisdicción, de la presunción de inocencia -caso Coffin v. United States-, evocaba un suceso de la civilización de Roma que es pertinente también ahora recordar. Cuando el acusador espetó al Emperador diciendo "... si es suficiente con negar, ¿qué ocurriría con los culpables?; recibió esta réplica: "Y si fuese suficiente con acusar, ¿qué le sobrevendría a los inocentes?".

La testifical de la víctima, así pues, puede ser prueba suficiente para condenar. Pero es exigible una motivación fáctica reforzada que muestre la ausencia de fisuras de fuste en la credibilidad del testimonio. En ese marco de referencia encaja bien el triple test que se establece por la jurisprudencia para valorar la fiabilidad del testigo víctima -persistencia en sus manifestaciones, elementos corroboradores, ausencia de motivos de incredibilidad diferentes a la propia acción delictiva-. No se está definiendo con esa tríada de características un presupuesto de validez o de utilizabilidad. Son orientaciones que ayudan a acertar en el juicio. Son 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.

Ni lo uno ni lo otro.

Es posible que no se confiera capacidad convictiva de forma razonada a la declaración de una víctima (porque se duda del acierto de su reconocimiento, v.gr), pese a que ha sido persistente, cuenta con elementos periféricos que parecerían apuntalarla y no se ha identificado ningún motivo espurio que ponga en entredicho su fiabilidad; y, según los casos, también es perfectamente imaginable que una sentencia condenatoria tome como prueba esencial la única declaración de la víctima ayuna de elementos corroboradores de cierta calidad, que ha sido fluctuante por ocultar inicialmente datos o por cambios o alteraciones en las diferentes declaraciones; y pese a detectarse una animadversión dilatada en el tiempo entre víctima y acusado, siempre que el Tribunal analice cada uno de esos datos y justifique por qué, pese a ellos, no pueden albergarse dudas sobre la realidad de los hechos y su autoría (aunque no es lo más frecuente, tampoco es insólito encontrar en los repertorios supuestos de este tenor)>>.

Descendiendo al caso en concreto, en cuanto a la persistencia en la incriminación, su valoración "no debe confundirse con la exigencia de reiteración mimética, en todo idéntica a sí misma, en las diferentes oportunidades en las que la testigo tuvo ocasión de declarar. Antes, al contrario, una literal reproducción de lo acontecido, más impresionaría como la mera repetición de un relato aprendido. No es lo mismo persistir que repetir. El propio modo en el que se desarrolla los diferentes interrogatorios puede producir resultados formalmente distintos, aunque en absoluto necesariamente contradictorios, como aquí ha sucedido.

En cuanto a la actitud posterior de la víctima a la ejecución de los hechos-que "no se personara con urgencia a demandar asistencia médica ni se dirigiese tampoco con inmediatez a presentar la correspondiente denuncia, acudiendo, sin embargo, a la mañana siguiente a su centro de trabajo- el TS sostiene que "no es dable exigir a quien puede haber sido víctima de sendos graves delitos,

tales como los que aquí se describen en el relato de hechos probados, que de forma inmediata o sin solución de continuidad proceda a su denuncia, casi como un "acto reflejo", so pena de cuestionar, en otro caso, la veracidad de su declaración. No lo es ni en el marco de enjuiciamiento de esta clase de delitos, relacionados con la violencia de género y/o con la libertad e indemnidad sexual, ni en el de ningunos otros. Resulta perfectamente razonable que, en particular cuando no existe riesgo vital, la visita al correspondiente centro médico se demore; o que se posponga también, durante un período más o menos extenso, la presentación de la denuncia, tomándose la víctima, normalmente aturdida, --"en estado de shock", señaló aquí uno de los agentes de policía--, un razonable período de tiempo para tratar de sobreponerse a lo sucedido o reflexionar acerca de sus siguientes pasos. Nada puede sorprender, en consecuencia, que acudiera Julia aquella mañana su centro de trabajo. Fueron, precisamente, sus compañeros, observando el lamentable estado en el que Julia se encontraba, quienes resolvieron demandar la presencia policial".

Por último, en cuanto al alegato del recurrente de que las relaciones sexuales fueron consentidas el TS hace la siguiente reflexión: "...las relaciones sexuales descritas en el relato de hechos probados sin apenas solución de continuidad con las brutales agresiones de las que Julia fue víctima, y atendiendo al cuadro lesivo que ésta presentaba como consecuencia de las mismas, es claro que la probabilidad de que aceptara de forma libre mantener relaciones sexuales en tal contexto, --cuando, nuevamente conforme proclama el factum, tenía una costilla rota y ni siquiera era capaz de abrir la boca debido al dolor mandibular que padecía- -, resulta despreciable, siendo que, aunque en el devenir de dichas "relaciones" no se produjeran actos físicamente violentos (golpes), las mismas se desarrollaron en el marco de una innegable situación intimidatoria, inequívocamente lesiva de la libertad sexual de aquélla".

Agresión sexual: valoración de la prueba testifical.

STS 417/2022 de 28 de abril (STS 1737/2022 -ECLI:ES:TS:2022:1737).

En primera instancia el acusado fue condenado por un delito de injurias leves continuado; otro de coacciones continuadas; otro de detención ilegal; otro de amenazas; otro de agresión sexual, otro de violencia habitual y fue absuelto por los delitos de agresión sexual intentado por lo que también fue acusado. En segunda instancia fue revocada la condena por los delitos de detención ilegal y de agresión sexual y modificó las penas impuestas por el resto de delitos.

La recurrente es la acusación particular y los motivos alegados son desestimados. Lo que conviene resaltar de esta sentencia- además del estudio que hace de las funciones que le corresponden al TSJ en el recurso de apelación en cuanto a la "revaloración de la prueba- es que la testifical de la víctima, puede ser prueba suficiente para condenar, por más que resulte exigible una motivación fáctica reforzada que muestre la ausencia de fisuras de fuste en la credibilidad del testimonio. En ese marco de referencia encaja bien el triple test que venimos estableciendo para valorar la fiabilidad del testigo

víctima -persistencia en sus manifestaciones, elementos corroboradores, ausencia de motivos de incredulidad derivados de causas ajenas a la propia acción delictiva-. Sin embargo, también nos hemos cuidado de advertir que no se está definiendo con esa tríada de características un presupuesto de validez o de utilizabilidad. Son orientaciones que ayudan a acertaren el juicio. Son puntos de contraste que no se pueden soslayar. Pero eso no significa que cuando se cubran lastres 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 (en este sentido, y por todas, nuestra sentencia número 570/2021, de 30 de junio)".

Por otra parte, el tribunal entendió que, en este caso, la inexistencia acreditada de lesiones específicas de agresiones sexuales refuerza, en términos de razonabilidad, las dudas referidas a la ausencia del consentimiento.

Delito contra la libertad sexual en el matrimonio.

STS 544/2022 de 1 de junio (STS 2192/2022 -ECLI:ES:TS:2022:2192).

El Ministerio Fiscal interpuso recurso de casación por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º LECrim, por indebida inaplicación del delito continuado de abusos sexuales con penetración concurriendo la circunstancia típica de prevalimiento toda vez que el Tribunal Superior absolvió al acusado del delito de abuso sexual continuado por el que había sido condenado el acusado en la instancia (se trata de un matrimonio de 86 y 82 años casados desde 1962).

De la sentencia se deduce que el Fiscal consideró que la esposa se sometió a la voluntad sexualmente codificadora del acusado a consecuencia del marco de sujeción y humillación creado durante los largos años de convivencia matrimonial y que fue la situación de prevalimiento sufrida y buscada por el victimario la que determinó la voluntad de la víctima, por lo que el consentimiento para mantener relaciones sexuales no puede considerarse libre, sino viciado. En su opinión, los accesos carnales se producían a consecuencia de *“una voluntad que estaba sometida y doblegada por los continuos malos tratos y por el temor a contrariar a su marido, lo que, en definitiva, determinó, según se declara probado, que la Sra ... se convirtiera en una persona sumisa”*.

El tribunal estima parcialmente el recurso al entender que el prolongado maltrato que el acusado dispensó a la su mujer creó el clima de superioridad medial necesario, como fórmula de prevalimiento, para obtener de esta, en claro desprecio a su libertad sexual, el consentimiento para mantener las relaciones que le requería.

Tras recordar la doctrina sobre el prevalimiento (SSTS 785/2007 de 3 de octubre; 708/2012, de 25 de septiembre; 957/2013, de 17 de diciembre;

834/2014, de 10 de diciembre, 675/2016, de 22 de julio y 187/2020, de 20 de mayo) el TS sostiene que “[l]a violencia y, sobre todo, los estados de violencia, sin perjuicio de sus concretas manifestaciones lesivas, desdignifican a la víctima sometiéndola al imperio del victimario. Lo que explica, en numerosos supuestos, que durante años se soporte una situación que desde fuera del conflicto se percibe como extremadamente insoportable”. Y añade que “[e]l hecho de que D^a S. haya mantenido durante tantos años la convivencia con el recurrente “a pesar de no existir ningún impedimento legal ni de otra índole que lo impidiera” -como aduce el Tribunal Superior a modo de argumento confirmatorio de su tesis de la aceptación compartida y voluntaria de roles, también sexuales, dentro de la relación matrimonial- lo que confirma es la existencia de un estado de sujeción consecuente al proceso de continua victimización sufrido”.

“Insistimos. La "docilidad" no puede ser interpretada ni como aceptación ni como un natural desarrollo de la relación matrimonial sino como un evidente indicativo de la particular lesividad que debe atribuirse a dichas situaciones de *terror doméstico* prolongado en el tiempo. En el caso, el marco de dominación y cosificación desplegado por el Sr. Pérez privó a la Sra. Martín de la capacidad de reacción y de autoprotección necesaria para emanciparse de su victimario.

El no decir “no” en este tipo de situaciones no equivale, ni mucho menos, a consentimiento válido, como previene el artículo 181.3 CP. Lo que, por otro lado, responde al mandato del artículo 36.2 del Convenio del Consejo de Europa para la prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 10 de mayo de 2011, por el que se exige que "el consentimiento (sexual) debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes".

Se basa así el TS en la “exigencia consentimiento pleno y libre, como presupuesto para todo tipo de relación sexual entre dos personas, que no puede excluirse o modularse a la baja en atención a construcciones culturales, ideológicas o religiosas”, y tras aludir al art. 42 del Convenio de Estambul, refiere que “[t]ambién nuestro sistema constitucional de derechos fundamentales, basado en la preeminencia de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, rechaza radicalmente toda concepción contractualista del consentimiento sexual dentro del matrimonio, de tal modo que por contraerlo se presuma que se presta un consentimiento automático y perpetuo para mantener relaciones sexuales. Los derechos a la autonomía corporal y a la libertad sexual no pueden quedar suspendidos o limitados cuando se contrae matrimonio.

Como tampoco la fuerza configurativa y vinculante de los valores constitucionales y los derechos fundamentales puede quedar hibernada o suspendida porque al tiempo de contraer matrimonio -en el caso, 1962- los

rasgos de la institución matrimonial respondieran a dicha concepción, como parece sugerir el Tribunal Superior”.

Señala el TS que, el acusado “no puede ampararse en la tradición para cosificar y negar la libertad de la persona con la que se casó. Entre otras [y poderosas] razones porque lo tradicional no se convierte, por solo dicha razón, en legítimo y en constitucionalmente compatible. Y porque, en consecuencia, el Sr. P. estaba obligado a ajustar su precomprensión de las relaciones personales a las exigencias indeclinables de igual consideración y respeto al otro que conforman la "reserva de conocimientos" elementales para desenvolverse en una sociedad conforme a los valores constitucionales”

Utiliza el alto tribunal en esta resolución el concepto de “deber de civilidad”, “[l]o que se traduce en un modo de comportarse de forma razonable. La Constitución pluralista es, por ello, compatible con la exigencia razonable de deberes de atención, cuidado y diligencia que faciliten el respeto a los valores fundacionales compartidos” y que “solo puede ceder solo cuando situacionalmente se identifiquen factores o condiciones personales o culturales que impiden o dificultan significativamente activarlo”.

Por ello, “para evaluar si una conducta debe ser o no reprochada cuando se invoca que su autor estaba convencido de su licitud debe identificarse si pudo conocer la ilicitud si se hubiera esforzado suficientemente en el conocimiento de las razones públicas que regulan el conflicto concreto.

En el caso analizado, pese a la edad del acusado, -noventa años-, y a su “concepción de la relación matrimonial, marcada, según apunta el Tribunal Superior, por el contexto socio-cultural-ideológico en el que se ha desenvuelto como ciudadano, no identificamos ninguna razón que le dispensara de los deberes más elementales de civilidad como lo son tratar con dignidad a su cónyuge” e identificar si esta consentía plena y libremente los contactos sexuales que le requería.

Teniendo en cuenta el relato de hechos probados (se produjeron las relaciones sexuales a requerimiento del victimario y a las que la Sra. accedía “de mala gana”, como se precisa en la sentencia de instancia, “para no contrariar a su marido”).

Agresión sexual y otros delitos. Valoración de la prueba testifical de la víctima.

STS 550/2022 de 2 de junio (STS 3325/2022 - ECLI:ES:TS:2022:3325)

Recuerda el TS en esta sentencia, otra vez, la doctrina a tenor de la cual una prueba testifical, aunque sea única y aunque emane de la víctima, puede ser idónea para desactivar la presunción constitucional de inocencia. “El clásico axioma *testis unus testis nullus* fue felizmente erradicado del moderno proceso penal (por todas, STS584/2014). Eso es compatible con las afirmaciones

jurisprudenciales de que en esos casos ha de reforzarse el nivel de motivación. Pero el dato de que la prueba fundante de la condena sea esencialmente un testimonio, el de la víctima, no viene repelido por la presunción de inocencia. La palabra de un testigo, sin ninguna otra prueba adicional, puede ser suficiente en abstracto para alcanzar la convicción subjetiva. Ya, en concreto, 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. Se necesita una exposición convincente de las razones por las que se le otorga crédito.

En los casos de "declaración contra declaración" (puntualicemos que normalmente no aparecen 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 sostiene en lo esencial sobre una única declaración ha de redoblarse el esfuerzo desmotivación fáctica de forma que se muestre la ausencia de fisuras de fuste en la fiabilidad del testimonio.

Agresión sexual. Cláusula Romeo y Julieta (183 Quater del C.P. en su anterior redacción)

STS 750/2022 de 14 de septiembre. STS, a 14 de septiembre de 2022 - ROJ: STS 3325/2022

La Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Vizcaya condenó al acusado como responsable de un delito de abuso sexual cometido en mujer menor de edad y como autor de un delito de maltrato y fue absuelto de otros dos delitos de maltrato del delito de injurias leves y de un delito de abuso sexual por el que también era acusado. El Tribunal Superior de justicia desestimó el recurso de apelación y el condenado recurrió en casación aludiendo entre otros la indebida aplicación del artículo 14.3 del Código Penal en relación con el 183.1 y 3 del mismo texto legal y también, indebida aplicación del artículo 183 quater del Código Penal.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación, y después de rechazar el primer motivo de los referidos al entender que el error de prohibición no puede ser presumido en beneficio del acusado y recordar la doctrina recogida en la. SSTs 322/2019 de 19 de junio y 672/2022 de 1 de julio, entra a analizar la alegada inaplicación del artículo 183 quater.

El recurrente para justificar la aplicación de dicho precepto trae a colación unas comunicaciones cruzadas por Instagram en las que se alude a la personalidad de ambos, a conversaciones con amigos de edades similares, el lenguaje soez que emplean el al tratar temas de contenido sexual, la existencia de un contexto común a la hora de analizar relaciones sexuales convirtiéndolas en un simple divertimento o juegos intrascendencia... el Tribunal Supremo entiende que tales documentos no son más que unas declaraciones personales que no

evidencian su realidad en cuanto a la veracidad de lo que transmiten, sino la realidad de su existencia, y no permiten acreditar el presupuesto fáctico del grado de madurez y de su similitud entre acusado y víctima. Y recuerda que “, la excusa prevista en el art, 183 quater precisa de la concurrencia de unos presupuestos de aplicación difusos, proximidad de autor y víctima en la edad y el grado de desarrollo y madurez. En la STS 672/2022, de 1 de julio, con apoyo en la Circular de la Fiscalía General del Estado, 1/2017, dijimos que la esencia del art. 183 quáter CP radica en saber si, en el caso concreto y dentro de las amplias franjas de edad orientadoras (menor edad y juventud), las diferencias entre autor y víctima entrañan una explotación de la vulnerabilidad de esta última que implique una clara situación de abuso.

En lo que concierne a menores de edad, como recuerda el Comité de los Derechos del Niño, el término "madurez" hace referencia a la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado. Los niveles de comprensión no van ligados de manera uniforme a la edad cronológica. La información, la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales y el nivel de apoyo contribuyen al desarrollo de la capacidad del niño. Por ese motivo, tienen que evaluarse mediante un examen caso por caso.

La Instrucción 2/2006, de 15 de marzo, sobre el Fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores abordó el concepto madurez: "la inexistencia de una *communis opinio* en la materia certifica el fracaso de estos intentos de precisar en abstracto y con carácter general la edad cronológica a partir de la cual puede un menor ser considerado maduro. Ello lleva a la necesidad de integrar este concepto jurídico indeterminado valorando todas las circunstancias concurrentes en cada caso, partiendo de que la capacidad general de los menores no emancipados es variable o flexible, en función de la edad, del desarrollo emocional, intelectual y volitivo del concreto menor y de la complejidad del acto de que se trate."

(...)

La existencia de un concepto de juventud aplicable al art. 183 quáter CP, conforme se ha señalado, no impide que pueda contemplarse una subdivisión en el marco de los jóvenes adultos que abarque, por un lado, al mayor de 18 y menor de 21 y, por otro, al comprendido entre los 21 y 24 años. En este último tramo -en el que las diferencias de edad son ostensibles- las exigencias de comprobación de la similitud de desarrollo y madurez habrán de ser evidentemente mayores, de forma que la aplicación de la excepción en tales supuestos devendrá excepcional."

En el caso, el relato fáctico nada se dice sobre la concurrencia del presupuesto de aplicación. Antes al contrario, la edad de la víctima, 13 años, y la del acusado, 21, evidencia una diferencia sustancial de edad, que resulta confirmada por el propio comportamiento del autor de los hechos, con actuaciones de sometimiento a la víctima que le produjeron lesiones

constatadas pericialmente y por lo miembros de la fuerza policial que actuó para impedir la situación que trascendía de los hechos. Las periciales practicadas en el juicio oral, aun destacando la indefensión de la víctima, señala la relevancia de la diferencia de edad y la distinta conformar personal del acusado y la víctima, por la diferencia de edad.”

DELITO DE QUEBRANTAMIENTO.

Concurso maltrato y quebrantamiento.

STS 214/2022 de 9 de marzo (STS 922/2022 -ECLI:ES:TS:2022:922).

La sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Manresa y confirmada por la Audiencia Provincial de Barcelona condena a D. Ambrosio como autor de un "delito consumado de malos tratos contra ex mujer en domicilio de ésta y quebrantando medidas cautelares" previsto en el art. 153.1 y 3 CP. El Ministerio Fiscal entiende que concurriendo dos circunstancias de las contenidas en el art. 153.3 CP que permiten la aplicación del subtipo agravado, además, el acusado debería haber sido condenado por un delito de quebrantamiento de condena previsto en el art. 468.2 CP.

Para estimar el recurso el TS plantea dos hipótesis:

- Primero, supuesto de agresión perpetrada por el acusado hubiera tenido lugar fuera del domicilio de la víctima y quebrantando la medida cautelar de prohibición de acercamiento, concurriría unidad de acción tanto en su vertiente natural como en su vertiente jurídica. El hecho de que se quebrantara la medida de alejamiento al tiempo que se cometía el delito de maltrato y que, por ello, se agravara éste, impediría que aquella circunstancia se valorara nuevamente para postular una punición autónoma como delito de quebrantamiento de condena del art. 468 CP. El desvalor del hecho quedaría totalmente cubierto con la aplicación de sólo una de dichas normas penales haciendo innecesaria la aplicación de las demás. En otro caso se conculcaría el principio "non bis in ídem". Consecuentemente con ello podríamos concluir que nos encontraríamos ante un concurso de normas a resolver conforme a lo dispuesto en el art. 8.3CP. En consecuencia, siendo más amplio el precepto comprendido en el art. 153.3 CP, debería absorber al contemplado en el art. 468.2 CP. (recuerda las SSTS 303/2018 de 20 de junio y 1151/2019 de 17 de noviembre).
- Segundo, aquel en el que el acusado, quebrantando una condena de prohibición de acercamiento a su expareja, atacó a ésta con un cuchillo. En la STS 613/2019 de 2 de junio, se consideró que, si concurren varias de las circunstancias descritas de forma disyuntiva en el art. 153, bastará una de ellas para integrar el subtipo y la otra (quebrantamiento de medida) se penará separadamente. Se consideró, no obstante, que se trataba de un concurso medial ya que "el quebrantamiento de la condena efectuado por el acusado, aproximándose a la mujer de la que estaba separado, lo fue para

llevar a cabo el maltrato descrito y apreciado. Resultó así objetivamente necesario, dándose lugar con ello al concurso medial, previsto en el art. 77 del CP".

- Por último, en la sentencia núm. 39/2020, de 6 de febrero, contempló un caso en el que el acusado, quebrantando una medida cautelar de prohibición de aproximación y comunicación, había sido condenado como autor de un delito continuado de quebrantamiento de medida cautelar (arts. 468.2 y 74 CP), en concurso real con un delito de amenazas del art. 171.4 y 5 CP. En este supuesto considerábamos que nos encontrábamos "ante dos escenarios distintos desde el punto de vista punitivo, ya que: a.- El quebrantamiento continuado se integra con tales actos reiterados de envíos de 63 mensajes con orden de prohibición, b.- La amenaza con orden de prohibición se separa de los anteriores por tener autonomía típica propia. De no ser así, se fomentaría la impunidad de todas las infracciones de la orden de alejamiento cometidas por el ahora recurrente distintas a aquella en que, además, profirió amenazas contra su ex pareja, o bien de la propia amenaza si ésta se quisiera subsumir en el art. 468.2 CP, lo que no es posible técnicamente.
- "A diferencia de los casos anteriores, otra posibilidad que, como en el caso actual, sí permitiría la aplicación del concurso de delitos y que no vulneraría la prohibición de vulneración del principio del non bis in ídem sería el caso de un supuesto del art. 153.1 CP donde concurre la vulneración de la prohibición de comunicación, o la orden de alejamiento, y, además, otra circunstancia del subtipo agravado del apartado 3º del art. 153 CP, como la de perpetrarlo en presencia de menores, con armas o en el domicilio común o de la víctima, por lo que teniendo en cuenta que el quebrantamiento de una medida cautelar impuesta en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 está tipificada como delito autónomo -y agravado respecto de su tipo básico, en el artículo 468.2 del Código Penal- lo que surge es que cuando en la conducta subsumible en el artículo 153.1 del Código Penal se aprecia, además de un quebrantamiento de una medida cautelar del artículo 48 del mismo texto legal, una o más de las restantes tres circunstancias previstas en el artículo 153.3 del Código Penal antes citadas, cualquiera de las cuales, dada su enumeración alternativa, permitirían la aplicación del subtipo agravado en art. 153.3 CP en el apartado 1º, y ello permite la vía de la posibilidad de configurar dicho subtipo agravado con alguna o más de ellas y proceder a la punición por separado del delito de quebrantamiento de medida cautelar, lo que no conllevaría vulneración del principio non bis in ídem."

En el caso examinado, estamos ante un hecho en el que concurren dos circunstancias agravatorias claramente diferenciadas. Ninguna de las normas, art. 153.3 o art.468.2 CP, es suficiente para aprehender por completo el desvalor total y absoluto del hecho.

Además, las circunstancias recogidas en el art. 153.3 CP que provocan el efecto agravatorio vienen referidas de forma disyuntiva o alternativa, no copulativa. De manera que la sola concurrencia de una de ellas determina la apreciación del subtipo agravado.

Además, estamos, además, ante un concurso real. Los hechos se desarrollaron sucesivamente en dos fases. Como apuntábamos más arriba, el Juez de lo Penal ha concluido, y la Audiencia ha confirmado, que el acercamiento del recurrente a la víctima no fue el medio comisivo para causar las lesiones porque el acusado primero incumplió la orden judicial y la voluntad de generar las lesiones surgió en un momento posterior.

Quebrantamiento y elemento subjetivo

STS 127/2022 de 14 de febrero (STS 551/2022 -ECLI:ES:TS:2022:551)

Los hechos que motivaron la condena en primera instancia consistieron en que estando vigente una prohibición de aproximación, el acusado, fue sorprendido por agentes de la policía en un portal del inmueble cercano al domicilio de su expareja por unas vecinas que sorprendieron al mismo en el interior de su domicilio al que había penetrado con intención de sustraer los efectos de valor que allí se encontraran.

La Sección 26ª de la A.P. de Madrid estimó el recurso de apelación y absolvió a condenado por el delito de quebrantamiento al considerar que pese a que el encausado fue sorprendido atentando contra la propiedad en la misma calle donde residía su ex compañera sentimental y, por tanto, dentro de la zona de exclusión fijada judicialmente “ es evidente -dijeron los jueces "a quibus"- que la intención del mismo no era quebrantar el mandato judicial sino apoderarse de los efectos de valor que encontrara en los domicilios cuyas llaves poseía por su trabajo en una agencia inmobiliaria”.

El TS estima el recurso de casación y anula la sentencia de la A.P. pues, “[e]n el delito de quebrantamiento de condena, el autor ha de conocer los términos de la prohibición, y quebrantarla, sabiendo que lo hace, es decir, concurre el elemento cognoscitivo, en tanto que conoce el núcleo de la prohibición, y el elemento volitivo, pues, a pesar de ello, traspasa los límites que le vienen fijados como estructura de la prohibición.

Es indiferente cuál es el motivo que le anima a romper con la barrera de exclusión; en suma, son indiferentes para el derecho penal los móviles que animen al sujeto activo a realizar esta conducta, incluido si quiere o no poner en peligro la integridad física de la persona protegida por la medida, pues el caso es que en tal peligro se fundamenta la prohibición. Basta, pues, con que, con su acción, se dirija a incumplir la orden de alejamiento, que es el núcleo de su prohibición.

Según reiterada jurisprudencia de esta Sala Casacional, el tipo delictivo (art. 468.2 del C.P.) está integrado por los siguientes elementos: a) la existencia de una resolución judicial que imponga una pena o una medida cautelar al acusado; b) el conocimiento de dicha pena o medida por parte del acusado; c) el incumplimiento de la meritada pena o medida por su parte, de forma consciente y voluntaria.

La acción es tan punible si el acusado traspasó la línea de prohibición, para ir a robar a una casa, como si lo fue con otra intención. Así, pues, no pueden añadirse elementos subjetivos del injusto, donde el Código Penal no los precisa para la consumación delictiva.

Quebrantamiento y vigencia de medidas cautelares (art. 69 LO 1/2004)

STS 171/2022 de 24 de febrero (STS 878/2022 -ECLI:ES:TS:2022:878) .

El recurso de casación fue inadmitido, no obstante el TS entendió que la sentencia dictada en apelación, avala el pronunciamiento absolutorio recogido en la instancia y hace suyo el discurso del Juzgado de lo Penal: "...el acusado dijo que se le notificó la sentencia absolutoria, que su abogado le dijo que tras la sentencia absolutoria la orden ya no existía y que no entendió lo que ponía la sentencia respecto de la vigencia; que el mismo día llamó a su ex pareja y que lo hizo por la hija, que el funcionario que le notificó la sentencia absolutoria le dijo que hasta que pasasen cinco días la sentencia no era firme y la medida continuaba vigente, que al cabo de cuatro días llamó a su pareja por el tema de la salud de la niña". "...no quedó probada la intención de aquel con las llamadas, teniendo en cuenta la errónea creencia en cuanto a la vigencia de la medida cautelar tras la sentencia absolutoria" y concluye que "aun en el caso en el que el recurso hubiera estado formalizado con otra perspectiva, el pronunciamiento absolutorio resulta irrefutable. En efecto, la Audiencia Provincial considera que, en ningún caso, el acusado pudo haber cometido el delito de quebrantamiento de medida cautelar, no ya por un error de tipo sobre la vigencia de la prohibición de aproximarse o comunicarse con su expareja, sino porque el régimen jurídico de esa medida cautelar y los términos en que fue redactado el fallo de la sentencia abonan la idea de su definitiva pérdida de vigencia.

...Debe tenerse en cuenta el contenido del art. 69 de la LO. 1/04 del que se infiere claramente que el plazo de vigencia de las medidas cautelares referidas en los arts. 61 a 67 de la misma LO (entre las que se encuentra la orden de protección acordada conforme a lo dispuesto en el art. 544 ter LECrim.) impuestas durante la tramitación del procedimiento finaliza con la sentencia definitiva, aunque pueden mantenerse tras la misma y durante la tramitación de los eventuales recursos que correspondiesen, haciéndolo constar en la propia sentencia"

En este caso, en la sentencia absolutoria de fecha 30 de enero de 2018 (definitiva) no se acordó el mantenimiento de las medidas cautelares durante la

tramitación de los eventuales recursos, es más se dice que quedaban sin efecto, no pudiendo entender una decisión implícita de mantenimiento de las medidas cautelares por la simple inclusión en el fallo de una orden de cancelación que se dio al LAJ del Juzgado, porque la vigencia de la medida cautelar no está en relación con la firmeza de la sentencia”.

Está fuera de cualquier duda que la ultravigencia de las medidas cautelares de protección de la víctima en los delitos de violencia de género ofrece un instrumento jurídico de singular valor para evitar que la mujer que ha sufrido las vejaciones impuestas por una relación de dominación que de expuesta al riesgo de verse de nuevo violentada en su integridad física y en su propia dignidad personal. En aquellas ocasiones en que la orden de protección haya sido acordada durante la fase de investigación de un proceso en el que, sin embargo, la sentencia no haya adquirido firmeza, el legislador ha previsto la posibilidad de prolongar la vigencia de ese cuadro de protección. Sin embargo, para que el mensaje imperativo llegue sin distorsiones a su destinatario es indispensable que la sentencia -absolutoria o condenatoria- haga explícita, sin margen para la duda, la vigencia del requerimiento formulado en su día. Así se desprende con nitidez del art. 69 de la LO 1/2004, según el cual "las medidas de este capítulo podrán mantenerse tras la sentencia definitiva y durante la tramitación de los eventuales recursos que correspondiesen. En este caso, deberá hacerse constar en la sentencia el mantenimiento de tales medidas".

...consecuentemente, al no haberse acordado expresamente en la repetida sentencia de fecha 30 de enero de 2018 que las medidas cautelares se mantenían vigentes durante la tramitación de los eventuales recursos, perdieron vigencia el mismo día del dictado de aquella resolución”.

Quebrantamiento de medida cautelar. Mensaje incorporado a una red social no bidireccional.

STS 553/2022 de 2 de junio (STS 2329/2022 -ECLI:ES:TS:2022:2329).

²La estructura típica de este delito no incluye ningún añadido vinculado al propósito de menoscabar la intimidad de la persona favorecida por la medida de protección dictada con carácter cautelar. Pero tampoco se resiente el juicio de tipicidad por el hecho de que el mensaje que quebranta la prohibición de comunicarse con la expareja se incorpore a una red social que desborda la comunicación bidireccional entre el denunciado y la víctima. Las redes sociales -Google+ o cualquiera otra más activa y extendida- no pueden servir de escudo para incorporar mensajes que, amparados en la generalidad de una u otra reflexión, escondan un recordatorio a una persona protegida por decisión jurisdiccional. Lo verdaderamente determinante no es -frente a lo que alega la defensa- que los «pensamientos o reflexiones» deban entenderse como simples enunciados que no están dirigidos a una persona concreta, sino que esas palabras, una vez contextualizadas, tengan un destinatario respecto del

² Resumen incorporado por el propio Tribunal Supremo en la base LOTUS

que existe una prohibición judicial de comunicación y que su contenido llegue a su conocimiento. Es evidente que ese destinatario ha de dibujarse de forma inequívoca, sin necesidad de un esfuerzo interpretativo que convierta artificialmente un enunciado general en un mensaje concebido como vehículo para una comunicación proscrita por el órgano jurisdiccional. Y para que el quebranto de esa prohibición adquiera relevancia penal es suficiente con que, de una u otra forma, el mensaje incorporado a una red social alcance su objetivo y tope con su verdadero destinatario. El carácter multitudinario del uso de las redes sociales y la multiplicación exponencial de su difusión, lejos de ser un obstáculo que debilite el tipo subjetivo -esto es, el conocimiento de que esas palabras van a llegar a la persona protegida refuerza la concurrencia del dolo. El autor sabe o se representa que ese mensaje que quebranta la prohibición puede alcanzar, por una u otra vía, a su destinatario. De ahí que la Sala no comparta el velado reproche que se formula a la denunciante por el hecho de no «...haber bloqueado la comunicación con el acusado». La persona en cuyo favor se ha dictado una medida cautelar que incluye la prohibición de comunicarse no asume la obligación de desconectarse de canales telemáticos o redes sociales anteriormente activos, de suerte que la omisión de esta medida pudiera influir en el juicio de subsunción. Es, por el contrario, el investigado el verdadero y único destinatario de la prohibición y el que ha de adoptar todas las medidas indispensables para que esa comunicación bidireccional no vuelva a repetirse.

DELITO DE AMENAZAS.

Amenazas. Delito de mera actividad.

STS 137/2022 de 17 de febrero (STS 678/2022 -ECLI:ES:TS:2022:678) .

“...la configuración típica de la amenaza como una infracción de mera actividad en la que no caben fórmulas imperfectas de consumación, toda vez que conceptualmente no es separable acción y resultado, reclama una correlación tempo-espacial concluyente entre la emisión y la recepción de la expresión amenazante por la persona a quien se dirige o por algunas a las que se refiere el artículo 169 CP.

Relación que puede darse no solo cuando las condiciones recepticias del destinatario son inmediatas sino también cuando por el contexto de producción el emisor abarca que el receptor trasladará la amenaza al destinatario, representándose la eficacia de ese marco recepticio mediato.

No es lo mismo anunciar o relatar a un tercero una intención de amenazar a otro, sin asegurarse el marco de receptividad, que amenazar de forma directa y recepticia a quien, a consecuencia de ello, ve alterada su percepción de seguridad personal. La tipicidad de la amenaza penalmente relevante exige distinguir entre el relato que se hace a una persona sobre la intención de causar un mal a otra, con la que no tiene vínculos personales -relato sobre la amenaza futura a un tercero, podríamos denominarla- y la propia y genuina

amenaza, mediante la que, anunciando un mal, se lesiona directamente el sentimiento de seguridad de la persona receptora de la misma.

La primera no es penalmente relevante a salvo que situacionalmente quien la emite se haya asegurado un marco de receptividad eficaz que permita que llegue al destinatario.

Insistimos: el delito de amenazas exige una relación de consecuencias necesarias entre emisión y lesión del bien jurídico que resulte previsible, eficaz y abarcada por el dolo del agente.

4. En el caso, los hechos declarados probados precisan que cuando el recurrente manifestó al Sr. Gabriel, profesor del Instituto donde acuden los hijos comunes, las expresiones que se recogen en el apartado de hechos probados, lo hizo con la expresa intención de atemorizar y amedrantar a la Sra. Tatiana. Lo que presupone que el Sr. Apolonio se representó finalmente el marco de receptividad, en particular que el profesor Sr. Gabriel, receptor directo, trasladaría las expresiones proferidas a la destinataria indirecta, la Sra. Tatiana. Como, en efecto, aconteció en los términos que se describen en los hechos probados.

Amenazas leves dirigidas a persona protegida con medida cautelar de prohibición de comunicación, llevadas a cabo a través de tercero. Aplicación del subtipo agravado.

STS 328/2022 de 31 de marzo (STS 1366/2022 -ECLI:ES:TS:2022:1366).

El acusado fue condenado por un delito de amenazas leves del art. 171.4 del C.P. por haber manifestado a su hija menor en una conversación telefónica que la iba a aterrara a ella y a su madre. La condenada tenía vigente la prohibición de aproximación y comunicación con la madre de la menor.

Recurren tanto el condenado como la acusación particular

El TS 139/2022, de 27 de enero que: <<El delito de amenazas, de mera actividad, se consuma con la llegada del anuncio a su destinatario, y su ejecución consiste en la conminación de un mal con apariencia de seriedad y firmeza, sin que sea necesario la producción de la perturbación anímica que el autor persigue, de manera que basta con que las expresiones utilizadas sean aptas para amedrentara la víctima.

Son sus caracteres generales:

1º) Una conducta del agente integrada por expresiones o actos idóneos para violentar el ánimo del sujeto pasivo, intimidándole con la comunicación de un mal injusto, determinado y posible, de realización más o menos inmediata, que depende exclusivamente de la voluntad del sujeto activo; 2º) es un delito de

simple actividad, de expresión o de peligro, y no de verdadera lesión, de tal suerte que si ésta se produce actuará como complemento del tipo; 3º) que la expresión o acto de dicho propósito por parte del agente sea serio, firme y creíble, atendiendo a las circunstancias concurrentes; 4º) que estas mismas circunstancias, subjetivas objetivas, doten a la conducta de la entidad suficiente como para merecer una contundente repulsa social, que fundamente razonablemente el juicio de la antijuridicidad de la acción y la calificación como delictiva (STS50/2015, de 2 de noviembre)>>.

3.- En el caso, y siempre tomando como base intangible el relato de hechos probados que se contiene en la sentencia impugnada, el hecho cierto es que las expresiones proferidas por el acusado, en el curso de la conversación telefónica que mantuvo con su hija menor, el pasado día 11 de mayo de 2017, tras recriminar a ésta que no hubiera asistido al entierro del hermano del acusado y responderle la niña que no tenía dinero, resultan claramente aptas para colmar las exigencias típicas que acaban de ser expuestas. Así, señaló: *"tú madre para putear sí que tiene, igual que he enterrado a mi hermano, te voy a enterrar a ti y a tu madre"*. De este modo, más allá de la intranquilidad o desasosiego que la recepción de dichas expresiones pudiera haber provocado en doña Constanza, lo cierto es que las mismas anunciaban la causación de un mal, solo dependiente de la voluntad del acusado, de un modo serio y creíble, y con aptitud potencial para lesionar el bien jurídico protegido por esta figura penal."

La Acusación particular estima que debió aplicarse el subtipo agravado de cometerse el hecho quebrantando una medida cautelar: el TS desestima el motivo pues no comprende el razonamiento del J. Penal y de la A.P. que en síntesis sostuvieron que *"no estamos ante uno de esos supuestos de comunicación indirecta, en que "el padre llama a la hija y le pide que diga algo a la madre"* y que el hecho no es equiparable a cuando *"se utiliza a una persona interpuesta para emitir mensajes directamente dirigidos"* a la protegida.

Y explica el TS que no los comprende "habida cuenta de que o bien el acusado "asumió" que su mensaje amenazante sería transmitido por su hija a la víctima, doña Constanza, como fluye, además, con naturalidad del relato mismo de los hechos probados, consideración en la que se asienta la condena como autor de un delito de amenazas leves en el ámbito de la violencia de género (artículo 171.4); o bien ni lo procuraba, ni pudo valorarlo como altamente probable, en cuyo supuesto, en efecto, no habría vulnerado la prohibición que le fue cautelarmente impuesta, pero tampoco cometido el delito de amenazas previsto en el artículo 171.4. Dicho de otra manera: si el dolo, directo o eventual, abarcaba la circunstancia de que su hija, menor de edad, transmitiría a la madre la amenaza proferida por él, lo que así se proclama en las resoluciones impugnadas y justifica su condena como autor de un delito de amenazas leves en el ámbito de la violencia de género; forzoso es concluir también, a nuestro parecer, que, igualmente, el dolo hubo de abarcar de manera forzosa la vulneración de la medida cautelar que le prohibía comunicar

con Constanza , con independencia de que fuera dicho quebrantamiento su directo y/o exclusivo propósito. En efecto, como hemos tenido oportunidad de señalar, recientemente en nuestra sentencia número127/2022, de 14 de febrero: <<En el delito de quebrantamiento de condena, el autor ha de conocer los términos de la prohibición, y quebrantarla, sabiendo que lo hace, es decir, concurre el elemento cognoscitivo, en tanto que conoce el núcleo de la prohibición, y el elemento volitivo, pues, a pesar de ello, traspasa los límites que le vienen fijados como estructura de la prohibición.

Es indiferente cuál es el motivo que le anima a romper con la barrera de exclusión; en suma, son indiferentes para el derecho penal los móviles que animen al sujeto activo a realizar esta conducta, incluido si quiere o no poner en peligro la integridad física de la persona protegida por la medida, pues el caso es que en tal peligro se fundamenta la prohibición. Basta, pues, con que, con su acción, se dirija a incumplir la orden de alejamiento, que es el núcleo de su prohibición>>.

El aquí acusado conocía, sin duda, la vigencia de la medida cautelar que le prohibía comunicar de cualquier modo con doña Constanza, tal y como se afirma en el relato de hechos probados de la sentencia impugnada. Pese a ello, protagonizó los hechos que igualmente se describen en el factum, refiriendo a la hija común que su madre sí tenía dinero para "putear", y que las iba enterrar a las dos, como acababa de enterrar a su hermano. En esas circunstancias, no es que, tanto el Juzgado de lo Penal como la Audiencia Provincial, al pronunciar su condena atribuyendo al acusado un delito de amenazas en el ámbito de la violencia de género, considerasen acreditado que el acusado era conocedor de que su hija transmitiría a doña Constanza la mencionada amenaza o, al menos, de la alta probabilidad de que tal comunicación se produjera, aceptándola; es que, además, dicho conocimiento fluye con naturalidad del relato de los hechos probados, en la medida en que la expresión amenazante se profirió con una inequívoca destinataria, no ante cualquier tercero, sino precisamente ante la hija que ambos tenían en común, que contaba entonces quince años de edad, y que, como el propio acusado reconoce en su recurso, convivía a la fecha con su madre. Incurrió así en un delito de amenazas leves en el ámbito de la violencia de género, por el que debe ser condenado, con aplicación del subtipo agravado consistente en haber proferido las amenazas con vulneración, también dolosa, de la medida cautelar que le impedía comunicar con doña Constanza...

En resolución: si el acusado hizo llegar dolosamente a quien fue su pareja un mensaje de contenido amenazante, no puede negarse, a la vez, que le hiciera llegar, también dolosamente, un mensaje. Lo sustantivo (el mensaje) precede a lo adjetivo (su contenido) y éste presupone aquél. Y ese proceso completo de comunicación, que le resulta objetiva y subjetivamente imputable al acusado, colma, a nuestro parecer, las exigencias del quebrantamiento de la medida cautelar que opera aquí como supuesto agravado del delito de amenazas.

El recurso se estima.

Amenazas. No absorción. Homicidios. Dolo de matar al menos eventual.

STS 527/2022 de 27 de mayo (STS 2194/2022 -ECLI:ES:TS:2022:2194) .

Comparte el TS con el TSJ que "[l]as frases pronunciadas por el acusado eran indudablemente amedrentadoras para su destinataria. No hace falta consultar un diccionario para saber que la expresión coloquial "con los pies por delante" significa "estando muerto"; y, en el contexto de la discusión, con la exigencia de la propiedad del vino, la frase "algo va a pasar" se entiende fácilmente como "algo malo te voy a hacer". El anuncio de un mal futuro, antijurídico y dependiente de la voluntad del autor es así transparente en ambos casos."

Tales actuaciones exceden con mucho de lo que puede permitirse en los cánones de conducta sociales, ya que evidentemente suponen para cualquiera una limitación de su libertad de actuación, y atenta contra el derecho al sosiego y la tranquilidad personal en el desarrollo normal y ordenado de la vida, bien jurídico protegido por el delito de amenazas leves...

Es precisamente el contexto en que las amenazas se producen lo que ha llevado a su consideración como leves. Así lo expresa el Tribunal Superior de Justicia el que expone que el hecho de que "la segunda expresión fuera muy genérica y que ambas, en el momento de pronunciarse en el calor de la ira, tuvieran una credibilidad relativamente pequeña (...) explica que se hayan considerado como amenazas leves del artículo 171.4, y no como amenazas graves del artículo 169, pese a la gravedad objetiva del atentado contra la vida anunciado poco veladamente en la primera y a la condicionalidad de la segunda."

Recuerda el TS que las amenazas son susceptibles de quedar absorbidas por otros delitos, normalmente homicidio y lesiones, cuando primero se profieren y después sin solución de continuidad se ejecuta el mal anunciado...cuando todo el desvalor de la conducta se integra en el delito final, el cual por ello consume toda la antijuridicidad de la acción. Sin embargo, deben pensarse separadamente cuando entre las amenazas y el delito contra la vida o la integridad física exista una separación temporal suficiente para considerarlos acciones distintas, cada una de ellas con su propio contenido de injusto independiente de la otra.

Citando la Sentencia núm. 774/2012, de 25 de enero recuerda también que "esta Sala tiene declarado, STS 1188/2010, 30-12, que la amenaza presupone que el mal generado no ha comenzado a efectuarse, cuando por el contrario, la amenaza tiene lugar en unidad de acción con el comienzo de ejecución a la misma y este por sí mismo es punible (por ejemplo tentativa de homicidio o lesiones), solo puede configuraron concurso de normas que se resuelve quedando absorbidas las amenazas en el delito intentado (SSTS677/2007, 20 de julio, 180/2010, 10 de marzo), esto es el ánimo de lesionar absorbería las

amenazas proferidas en el mismo momento de la agresión, en virtud de las reglas de especialidad y absorción del art. 8.1 y 3 CP y no por el concurso de delitos. Supuesto que sería el de las amenazas que se producen al mismo tiempo que la agresión física".

En el caso enjuiciado, la amenaza proferida por el acusado no siguió el acto atentatorio contra la vida que se estaba amenazando causar, sino que se produjo una separación temporal suficiente entre ambos, de manera que se conforman como acciones distintas, cada una de las cuales con su propio contenido de injusto independiente de la otra.

STS 415/2022 de 28 de abril (STS 1589/2022 -ECLI:ES:TS:2022:1589).

El recurrente fue condenado como autor de un delito de amenazas condicionales por las expresiones proferidas, exhibiendo el cuchillo, durante la ejecución de los hechos a dos amigas que se encontraban en el domicilio. El condenado aduce que no debió ser condenado por este delito porque debieron entenderse las amenazas absorbidas por el delito de asesinato o, en todo caso, que sea castigado con la pena mínima.

El TS desestima el motivo porque se trata de "dos acciones distintas, cada una de ellas constitutiva de delito, por sí misma, a penar por los criterios de un concurso real de delitos, por lo que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 73 CP habrán de ser castigados por separado.

No negamos que el condenado generase un clima de terror entre las mujeres que habitaban la vivienda, pero el que así fuera no es suficiente para dejar de individualizar conductas, y de la misma manera que las proferidas sobre la fallecida quedan absorbidas por el asesinato, en la medida que se pueden considerar inherentes a su propia dinámica comisiva, las dirigidas a las otras dos compañeras de piso adquieren su propia sustantividad y solo podemos decir, compartiendo palabras traídas de la sentencia recurrida, que "cuestión diferente es que al existir dos sujetos pasivos de las amenazas pudiera haberse apreciado la concurrencia de dos delitos, pero esta cuestión no ha sido planteada por ninguna de las acusaciones personadas ni se cita en el escrito de recurso".

En los hechos probados consta que "el acusado se dirigió exhibiendo el cuchillo a ellas y les dijo que no quería hacerles daño, que se quitasen, ante lo que Carlota y Clara se encerraron en su cuarto"...En cualquier caso, si lo que pretende el recurrente es que se suprima que el acusado exhibió el cuchillo, es irrelevante, porque de lo que no queda duda es que se dirigió a las dos mujeres portándolo y profiriendo unas palabras lo suficientemente amenazadoras como para que éstas creyeran como real lo que les decía el acusado, como lo evidencia el hecho de que se encerraran en su cuarto, quedando así consumado el delito"

Diferencia entre amenazas graves (169.2 CP) y leves (171.4 CP).

STS 567/2022 de 8 de junio (STS 2314/2022 -ECLI:ES:TS:2314).

Tras recordar las sentencias 396/2008, de 1 de julio, y 593/2003 de 16 de abril, en cuanto a la definición del delito de amenazas y sus caracteres generales, sostiene que “la relación que mantiene el artículo 169.2 (amenazas no condicionales), con las distintas modalidades previstas en el artículo 171, más tiene de cuantitativa que de cualitativa, en el sentido de que, compartiendo, en lo sustancial, los elementos, ya definidos, que configuran al delito de amenazas, unas y otras figuras se perfilan o distinguen en atención a la intensidad, más o menos grave, de la amenaza proferida. Al respecto, en la ya referida sentencia número 396/2008, de 1 de julio, dejábamos señalado también: “Este delito es inminentemente circunstancial, debiendo valorarse la ocasión en que se profiera, personas intervinientes, actos anteriores, simultáneos y sobre todo posteriores al hecho material de la amenaza”. Y añadíamos también: “Se trata, en definitiva, de un delito de los que mayor relativismo presenta, por lo que debería atenderse a las circunstancias concurrentes. El dolo del tipo de amenaza no condicional resulta del propio tenor de las frases utilizadas y de la forma y momento en que son proferidas en el ámbito de las relaciones entre autor y víctima, que los hechos probados reflejan (SSTS. 57/2000 de 27.1, 359/2004 de 18.3).

Así las cosas, la gravedad de la amenaza no puede venir determinada de forma exclusiva o mecánica por el significado del mal que se anuncia “... en la medida en que unas mismas palabras, la advertencia de unos mismos males, posibles, determinados y dependientes de la voluntad del sujeto activo, pueden, merecen, en unos casos, en atención a las circunstancias convergentes, la calificación de graves; y en otros, de leves.

“Partiendo de las consideraciones anteriores, la circunstancia de que, en el caso, algunas de las amenazas que integraron la infracción continuada se hicieran con empleo de un instrumento peligroso (cogiendo el acusado, en una ocasión, un cuchillo de cocina mientras las profería; y, en otro, advirtiendo con hacerlo), ni la de que consistieran, de modo más o menos explícito, en causar la muerte de la víctima (“te voy a cortar el cuello”, “te rebano”, “te voy a llevar por delante aunque vaya a la cárcel”) no resultan, por sí mismas, suficientes para dar razón a la recurrente. Ya hemos señalado que el artículo 171.5 del Código Penal alude a la existencia de amenazas leves “con armas o instrumentos peligrosos”, lo que, aunque evidentemente no excluye que, utilizados éstos, las amenazas puedan reputarse graves, tampoco lo determina. En cuanto al significado puramente semántico de las expresiones proferidas, unas y las mismas pueden ser reputadas, graves o leves, en atención no al temor, más o menos acusado, que pudieran provocar en la víctima, sino “al perfil cualitativo de la amenaza que habrá que extraerse de una serie de datos antecedentes y concurrentes en el caso”.

STS 744/2022 de 21 de julio. (STS, a 21 de julio de 2022 - ROJ: STS 3233/2022).

En relación con la alegación relativa a que los hechos no cabe integrarlos en el delito continuado de amenazas graves, sino que a lo sumo podrían ser constitutivos de un delito continuado de amenazas leves previsto en el artículo 171.4 del Código Penal, el Tribunal Supremo tras recordar la doctrina reiterada en cuanto a las notas características que configuran el delito de amenaza³ recuerda también que “que el delito de amenazas es una infracción circunstancial, en el sentido de que la diferencia para que los hechos se califiquen de graves o constitutivos de una infracción leve del artículo 171 del Código Penal, es consecuencia de los elementos que rodean la acción, así como de la entidad y seriedad de las palabras o actos ejecutados y el temor que infundan al sujeto pasivo, es decir, de la menor gravedad de los males anunciados y de la menor seriedad y credibilidad de las expresiones conminatorias (STS 292/2012, de 11 de abril).

En relación a los hechos analizados el Tribunal Supremo desestima el motivo en atención a que las amenazas proferidas por el recurrente arrancaron en un contexto de ruptura de la pareja y denotaron una actitud de dominación sobre la mujer lo que la sentencia proclama al sancionar también al acusado como autor de un delito de violencia habitual. “En ese contexto de dominio machista, que patentiza un claro riesgo para la denunciante de sufrir un efectivo atentado contra su vida o contra su integridad personal, el acusado reforzó el amedrentamiento con un comportamiento frecuente y obsesivo, incorporando además amenazas, también plurales, de desplegar contra ella una violencia intensa, fuertemente lesiva y de imposible evitación. En esta situación de acoso, el acusado incrementó la intimidación expresando que enfrentarse a él iba a desencadenar una reacción incontrolable de agredirle de manera feroz. Le expresó incluso que le dejaría sin dientes a golpes, e hizo la ostentación de que, como agente de un cuerpo policial armado, manejaba las bases de datos de la policía y era capaz de hacer un seguimiento de su residencia o de cualquier localidad a la que se desplazara y del hotel en el que se alojara. Esta actitud y circunstancias fueron claramente dirigidos a desestabilizar profundamente a la denunciante, infundiéndole un terror que no podía evitar,

³ 1.º) El bien jurídico protegido es la libertad de la persona y el derecho que todos tienen al sosiego y a la tranquilidad personal en el desarrollo normal y ordenado de su vida; 2.º) Se trata de un delito de simple actividad, de expresión o de peligro, y no de verdadera lesión, de tal suerte que si ésta se produce actuará como complemento del tipo; 3.º) El contenido o núcleo esencial del tipo es el anuncio en hechos o expresiones, de causar a otro un mal que constituya delito de los enumerados anteriormente; anuncio de mal que ha de ser serio, real y perseverante, de tal forma que ocasione una repulsa social indudable; 4.º) El mal anunciado ha de ser futuro, injusto, determinado y posible que depende exclusivamente de la voluntad del sujeto activo y produce la natural intimidación en el amenazado; y 5.º) El dolo específico consiste en ejercer presión sobre la víctima, atemorizándola y privándola de su tranquilidad y sosiego, dolo indubitado, en cuanto encierra un plan premeditado de actuar.

pues el acusado nunca condicionó el contenido de sus amenazas a que la víctima observara un comportamiento concreto, sino que la intimidación derivaba de la irrefrenable e inevitable animosidad del acusado”.

DELITO DE REVELACIÓN DE SECRETOS

STS 147/2022 de 17 de febrero (STS 578/2022 -ECLI:ES:TS:2022:578)

El TS recuerda que la acción típica del artículo 197.2 del C.P. exige que el acceso haya permitido tomar efectivo contacto con datos personales sensibles incorporados al fichero y, en la eventualidad de que se trate de meros datos personales reservados, que se acredite una consecuencia negativa añadida y distinta a la mera toma de conocimiento de la información. En todo caso, la configuración del delito exige que el relato fáctico plasme que existió un acceso a datos personales, sin que el mero acceso a un fichero integre la acción delictiva.

El cuanto a la agravación específica para hechos perpetrados por la autoridad o por un funcionario público, señala que el artículo 198, pese a reflejar que la agravación es aplicable a la autoridad o funcionario público que cometa el delito previsto en el artículo anterior, viene exclusivamente referido a las conductas típicas previstas en el artículo 197 del C.P.

DELITO DE DETENCIÓN ILEGAL.

Detención ilegal. Elementos tipo

STS 417/2022 de 28 de abril (STS 1737/2022 -ECLI:ES:TS:2022:1737).

El TS recuerda que “el bien jurídico protegido del delito de detención ilegal resulta ser, en efecto, la libertad personal y, en particular, dentro de ésta como género, la libertad ambulatoria. Se trata, sí, de actos coactivos, en tanto se realizan contra la voluntad (o prescindiendo de la voluntad) de la persona encerrada o detenida. Dicha libertad ambulatoria aparece cercenada cuando se obliga a la víctima a permanecer en un determinado sitio cerrado (encerrar) o se le impide moverse en un espacio abierto (detener). Eso sentado, y como explican, por todas, nuestras sentencias números 49/2018, de 30 de enero; STS 641/2021, de 15 de julio; y últimamente 295/2022, de 24 de marzo: <<Este delito se proyecta desde tres perspectivas. El sujeto activo que dolosamente limita la deambulación de otro, el sujeto pasivo que anímicamente se ve constreñido -o físicamente impedido- en contra de su voluntad, y por último el tiempo como factor determinante de esa privación de libertad, aunque sea evidente que la consumación se origina desde que la detención se produce.

En definitiva, el tipo descrito en el artículo 163 CP, es un delito que se caracteriza por la concurrencia de los siguientes elementos:

1º El elemento objetivo del tipo consistente en la privación de la libertad deambulatoria de la persona, tanto encerrándola físicamente como

deteniéndola, es decir, impidiendo su libertad de movimientos, sin que sea preciso entonces un físico "encierro".

2º El elemento subjetivo del tipo, el dolo penal, consiste en que la detención se realice de forma arbitraria, injustificada, siendo un delito eminentemente intencional en el que no cabe la comisión por imprudencia.

Y en cuanto al elemento subjetivo, el dolo no puede confundirse con él móvil. El dolo es la conciencia y voluntad de privar al sujeto pasivo de su libertad de movimientos, de realizar el tipo objetivo que es, de acuerdo con el pretexto que lo define, encerrar o detener a otro, bastando con que el acusado tenga una idea clara de la ilicitud de su conducta.

El elemento subjetivo de este delito no requiere que el autor haya obrado con una especial tendencia de desprecio a la víctima diversa de lo que ya expresa el dolo, en tanto conocimiento de la privación de libertad deambulatoria de otra persona.

Consecuentemente, comprobada la existencia del dolo, ningún propósito específico se requiere para completar el tipo subjetivo y, por lo tanto, la privación de libertad reúne todos los elementos del tipo, siendo irrelevante los móviles pues el tipo no hace referencia a propósitos ni a finalidades comisivas.

La finalidad concreta perseguida por el sujeto activo es un elemento subjetivo que no forma parte de la figura del artículo 163, que sólo requiere como tal elemento subjetivo el dolo que es necesario en toda clase de delitos dolosos, consistente en haber actuado-encerrar o detener-con el conocimiento de con este comportamiento se está privando efectivamente a la persona ofendida de la libertad deambulatoria".

STS 295/2022 de 24 de marzo (STS 1159/2022 -ECLI:ES:TS:2022:1159)

El recurrente alega que a la vista de las pruebas practicadas no concurren los elementos del tipo del art. 163.1 del C.P.

Al respecto el TS recuerda la doctrina establecida en la SSTS 641/2021 de 15 de julio y 49/2018 de 30 de enero:

“Su forma comisiva está representada por los verbos nucleares de "encerrar " o "detener" que representan actos injustamente coactivos para una persona, realizados contra su voluntad o sin ella, afectando a un derecho fundamental de la misma cual es el de la libertad deambulatoria consagrada en el art. 17.1 CE. Libertad que se cercena injustamente cuando se obliga a una persona a permanecer en un determinado sitio cerrado ("encierro") o se le impide moverse en un espacio abierto ("detención"). En ambos casos, se priva al sujeto pasivo de la posibilidad de trasladarse de lugar según su voluntad y se limita ostensiblemente el derecho de deambulación en tanto se impide de alguna manera el libre albedrío en la proyección exterior y física de la persona humana.

Este delito se proyecta desde tres perspectivas. El sujeto activo que dolosamente limita la deambulación de otro, el sujeto pasivo que anímicamente se ve constreñido -o físicamente impedido- en contra de su voluntad, y por último el tiempo como factor determinante de esa privación de libertad, aunque sea evidente que la consumación se origina desde que la detención se produce.

En definitiva, el tipo descrito en el artículo 163 CP, es un delito que se caracteriza por la concurrencia de los siguientes elementos:

1º El elemento objetivo del tipo consistente en la privación de la libertad deambulatoria de la persona, tanto encerrándola físicamente como deteniéndola, es decir, impidiendo su libertad de movimientos, sin que sea preciso entonces un físico "encierro".

2º El elemento subjetivo del tipo, el dolo penal, consiste en que la detención se realice de forma arbitraria, injustificada, siendo un delito eminentemente intencional en el que no cabe la comisión por imprudencia...

Y en cuanto al elemento subjetivo, el dolo no puede confundirse con él móvil. El dolo es la conciencia y voluntad de privar al sujeto pasivo de su libertad de movimientos, de realizar el tipo objetivo que es, de acuerdo con el pretexto que lo define, encerrar o detener a otro, bastando con que el acusado tenga una idea clara de la ilicitud de su conducta.

El elemento subjetivo de este delito no requiere que el autor haya obrado con una especial tendencia de desprecio la víctima diversa de lo que ya expresa el dolo, en tanto conocimiento de la privación de libertad deambulatoria de otra persona.

Consecuentemente, comprobada la existencia del dolo, ningún propósito específico se requiere para completar el tipo subjetivo y, por lo tanto, la privación de libertad reúne todos los elementos del tipo, siendo irrelevante los móviles pues el tipo no hace referencia a propósitos ni a finalidades comisivas.

La finalidad concreta perseguida por el sujeto activo es un elemento subjetivo que no forma parte de la figura del artículo 163, que sólo requiere como tal elemento subjetivo el dolo que es necesario en toda clase de delitos dolosos, consistente en haber actuado-encerrar o detener-con el conocimiento de con este comportamiento se está privando efectivamente a la persona ofendida de la libertad deambulatoria.

Por ello, como hemos dicho en SSTS 1010/2012 de 21 diciembre, y 622/2013 del 17 julio, no debe confundirse con el móvil "pues en tanto que el primero es único e inmediato, el segundo es plural y mediato, (amistad, afinidad ideológica, etc.) de modo que mientras no se incorpore el móvil o animo especial al tipo de injusto, no tendrá ningún efecto destipificador y sólo podrá

moverse en el ámbito de las atenuantes o agravantes genéricas o específicas que le recojan (SSTS. 380/97 de 25.3, 1688/99 de 1.12, 474/2005 de 17.3).

Ahora bien, el tipo penal del art. 163 del Código Penal no hace referencia a propósitos ni a finalidades comisivas, por tanto, son irrelevantes los móviles (SSTS.1075/2001 de 1.6, 1627/2002 de 8.10, 137/2009 de 10.2). Consiguientemente, no es menester para la comisión de este delito un dolo específico o un elemento subjetivo del injusto bastando con que el acusado tenga una idea clara a la ilicitud de su conducta. (SSTS. 1964/2002 de 25.11, 135/2003 de 4.2) esto es, el dolo del autor consiste en tener conocimiento de la privación de libertad del sujeto pasivo con independencia de cuales sean los móviles o ulteriores intenciones del agente -que en su caso pueden dar lugar a los concursos correspondientes (robo con violencia, agresiones sexuales, allanamiento de morada...)-, de la misma forma que la detención admite varias formas comisivas, no requiriendo, necesariamente fuerza o violencia (STS. 53/99 de 18.1) ya que dada la amplitud de los términos en que se expresa el art. 163.1 está permitido cualquier medio comisivo (STS. 1045/2003 de 18.7) incluido el intimidatorio (STS. 1536/2004 de 20.12), y los procedimientos engañosos (STS. 8.10.92) e incluso el de broma (SSTS. 367/97 de 19.5, 1239/99 de 21.7).

Detención ilegal. Concurso real.

STS 633/2022 de 23 de junio (STS 2504/2022 -ECLI:ES:TS:2022:2504).

“Con relación a la privación de libertad en el curso de la ejecución del plan delictivo, la doctrina de esta Sala distingue dos alternativas típicas: una, el concurso de normas o concurso aparente de delitos, cuando la privación de libertad no excede de la ordinaria que puede considerarse connatural o concomitante para la ejecución del delito proyectado. Otra, el concurso de delitos en los demás supuestos. Dentro de esta fórmula concursal se distingue, a su vez, entre el concurso medial si la privación de libertad excede de ese mínimo indispensable, pero es instrumental con el delito proyectado. Y el concurso real cuando: primero, existe una pluralidad de personas detenidas pues la medialidad solo cabe apreciarla con una de las detenciones; segundo, cuando la detención está desconectada medialmente del delito-fin convirtiéndose en un objetivo autónomo y diferente; tercero, cuando la prolongación de la detención desborda de manera manifiesta lo funcionalmente "necesario" -vid. SSTS 711/2021, de 21 de septiembre, 356/2021, de 29 de abril-.

En todo caso, y como precisamos en la STS 740/2021, de 30 de septiembre, "la regla fundamental para conocer si estamos ante un concurso de delitos o de normas ha de ser necesariamente una valoración jurídica por la cual, si la sanción por uno de los dos delitos fuera suficiente para abarcar la total significación antijurídica del comportamiento punible, nos hallaríamos ante un concurso de normas; y en el caso contrario ante un concurso de delitos". La distinción siempre reclamará una valoración normativa de las concretas

circunstancias concurrentes en la que el elemento cronológico ocupa un papel destacado, pero ni mucho menos determinante. También deben sopesarse circunstancias específicas como la forma en que la privación de libertad se ejecutó, en particular el grado de intensidad alcanzado, y el momento concreto en que se inició y finalizó -vid. entre muchas, STS 322/2020 de 17 de junio”.

“La funcionalidad entre la privación de libertad y los delitos que puedan venir favorecidos por esta debe medirse atendiendo a parámetros objetivos de idoneidad ex ante. En modo alguno puede identificarse aquella atendiendo a la simple voluntad del victimario de privar la libertad de un tercero para favorecer un plan criminal temporalmente ilimitado e improvisado”.

El “aprovechamiento sobrevenido, situacional, oportunista para cometer delitos sobre la persona encerrada ni permite que estos absorban la antijuricidad de la lesión del bien jurídico de la libertad ambulatoria ni, tampoco, que se module el reproche mediante fórmulas concursales mediales. La detención, en el caso, se convirtió en un objetivo autónomo y diferente a los otros delitos cometidos”

DELITO DE VIOLENCIA HABITUAL.

Violencia habitual. Habitualidad del tipo penal.

STS 303/2022 de 24 de marzo (STS 1114/2022 -ECLI:ES:TS:2022:1114).

En este caso el Juzgado de lo penal condeno al acusado como autor de un delito leve de injurias y acciones[sic] injustas en el ámbito de la violencia de género y le absolvió del delito de violencia habitual y de los delitos de maltrato y de amenazas por los que había sido acusado. La sentencia fue confirmada en apelación. La acusación particular interpuso recurso por, entre otros motivos, indebida inaplicación de los arts. 173.2 y 153 .2 del C.P.

La recurrente sostiene que “es una mujer que vive lejos de su entorno de familia y amistades, en un cuartel de la Guardia Civil de una localidad pequeña donde estaba destinado su esposo, sin trabajo y que durante su matrimonio viene soportando insultos, vejaciones y humillaciones como: "eres un inútil, no vales para nada, eres una mantenida, que no trabajas, estás loca", que, en su opinión, demuestran la existencia de un maltrato psicológico sistemático y una atmósfera de dominación, que conllevó un daño psicológico para la víctima, tanto por la reiteración como porque quien profiere estos insultos es su marido al que le une un relación de afectividad. Daño que, además, en el presente caso provocó un trastorno que ha precisado tratamiento psiquiátrico, farmacológico y psicológico, tal como recogen también los hechos probados”,

Sin embargo. El TS, basándose en los hechos probados, desestima la impugnación pues, “ [e]l relato de hechos que sustenta la misma afirma " Gerónimo y Tarsila han mantenido una relación matrimonial con convivencia teniendo en común una hija menor de edad.

Son hechos probados que Gerónimo, durante su relación matrimonial, se ha dirigido a Tarsila diciendo: "eres una inútil, no vales para nada, eres una mantenida, que no trabajas, estás loca."

Son hechos probados que Tarsila ha estado diagnosticada de un trastorno que ha precisado que tratamiento psiquiátrico, farmacológico y psicológico".

Es decir, describe una serie de expresiones proferidas por el acusado que se reputan injuriosas, entendiéndose que los restantes incidentes que se enjuiciaron como eslabones de la cadena de maltrato denunciada, no habían quedado probados. No se especifica si tales frases respondieron a un incidente aislado, o se repitieron en más de una ocasión. La condena por un solo delito de injurias, sin más especificación, abunda en esta última tesis, quedando vedada una interpretación extensiva por vía de integración del relato de hechos probados en perjuicio del reo.

El *factum* que nos vincula no permite construir sobre el mismo la habitualidad conformadora de ese ambiente de hostigamiento, dominación y terror que el tipo previsto en el artículo 173.2 CP reclama. Ni siquiera puede afirmarse así utilizando como engarce el trastorno que padece Tarsila, porque si bien se declaró probada su existencia, no su vínculo causal con el comportamiento del acusado, sin que el único episodio que se constató como realmente producido, sea suficiente para sustentar la inferencia que de viabilidad a esa conclusión."

Recuerda el TS que, "[e]ntre otras muchas, la STS 665/2019, de 14 de enero de 2020, condensó la doctrina de esta Sala sobre el tipo cuya aplicación se reclama Y como decíamos en la misma, el delito de maltrato habitual en el ámbito familiar previsto el artículo 173.2 CP, castiga la ejecución de actos de violencia física o psíquica perpetrados de forma asidua sobre sujetos comprendidos en el ámbito familiar o cuasi familiar, con los que se convive o concurre una vinculación personal persistente. Actos que, desde una perspectiva de conjunto, generan una situación de dominio o de poder sobre la víctima que menoscaba su dignidad, lo que da lugar a un injusto específico que rebasa el correspondiente a cada una de las acciones individuales que integran el comportamiento habitual.

El precepto de que se trata ha suscitado ya abundante jurisprudencia que ha resaltado que el bien jurídico protegido en el delito de malos tratos habituales del artículo 173.2 CP, es la dignidad de la persona y su derecho a no ser sometida a tratos inhumanos o degradantes en el ámbito de la familia, protegiéndose al tiempo, de esta forma, la paz en el núcleo familiar como bien jurídico colectivo (SSTS 474/2010 de 17 de mayo; 889/2010 de 19 de octubre; 1154/2011 de 10 de noviembre; 168/2012 de 14 de marzo y 66/2013 de 25 de enero). Aspecto éste que quedó reforzado tras la reforma operada por la LO 11/2003, que situó los malos tratos habituales entre los delitos de torturas y contra la integridad moral, y los sancionó de modo agravado respecto del tipo básico, principalmente en atención a las características propias del ámbito familiar en el que se producen. Además, los límites del bien jurídico se

ampliaron, pues eliminó como exigencia la convivencia en los supuestos de relaciones de afectividad análogas a las de los cónyuges y se amplió expresamente el abanico de posibles sujetos pasivos del delito a las personas que, por su especial vulnerabilidad, se encuentren sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados.

La violencia física y psíquica a que se refiere el tipo es algo distinto de los concretos actos violentos o vejatorios aisladamente considerados, y el bien jurídico es mucho más amplio y relevante que el mero ataque a la integridad, quedando afectados fundamentalmente valores inherentes a la persona y dañado el primer núcleo de toda sociedad, el familiar (entre otras SSTS 645/99 de 29 abril; 834/2000 de 19 de mayo; 927/2000 de 24 de junio; 1161/2000 de 26 de junio; 164/2001 de 5 marzo; 105/2007 de 14 febrero; 1050/2007 de 20 de diciembre; 716/2009 de 2 de julio; 192/2011 de 18 de marzo; STS 765/2011 de 19 de julio; STS 782/2012 de 2 de octubre; STS 1059/2012 de 27 de diciembre; 66/2013 de 25 de enero; 701/2013 de 30 de septiembre; 981/2013 de 23 de diciembre ó 856/2014 de 26 de diciembre).

Se trata de un tipo con sustantividad propia que sanciona la consolidación por parte de sujeto activo de un clima de violencia y dominación; de una atmósfera psicológica y moralmente irrespirable, capaz de anular a la víctima e impedir su libre desarrollo como persona, precisamente por el temor, la humillación y la angustia inducidos. Un estado con autonomía propia y diferenciada, que se vertebra sobre la habitualidad, pero en la que los distintos actos que lo conforman sólo tienen el valor de acreditar la actitud del agresor.

Por ello ha dicho de manera reiterada esta Sala que el maltrato familiar del artículo 173 CP se integra por la reiteración de conductas de violencia física y psíquica por parte de un miembro de la familia en relación a las personas que el precepto enumera, con independencia de la consideración típica que merezcan como hechos aislados. Lo relevante es que creen, por su repetición, esa atmósfera irrespirable o el clima de sistemático maltrato al que ya nos hemos referido.

La habitualidad, que necesariamente debe darse en el ejercicio de la violencia dentro del ámbito de las relaciones familiares, es una exigencia típica que ha originado distintas corrientes interpretativas. La jurisprudencia de esta Sala se ha apartado de la que vinculaba la habitualidad con un número de acciones violentas, que por establecer un paralelismo con la habitualidad que describe el artículo 94 CP a afectos de sustitución de penas, se fijó en más de dos, es decir, a partir de la tercera acción violenta. Gana terreno y se consolida en la doctrina de esta Sala la línea que considera que lo relevante no es el número de actos violentos o que estos excedan de un mínimo, sino la relación entre autor y víctima, más la frecuencia con que ello ocurre, esto es, la permanencia del trato violento, de lo que se deduce la necesidad de considerarlo como delito autónomo.

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, son prueba de aquella, aunque no la única vía para su acreditación (entre otras SSTS 765/2011 de 19 de julio; 701/2013 de 30 de septiembre; 981/2013 de 23 de diciembre; 856 /2014 de 26 de diciembre; 232/2015de 20 de abril; 328/2016 de 20 de abril; 305/2017 de 27 de abril; 247/2018 de 24 de mayo; 27/2019 de 24de enero”).

STS 572/2022 de 8 de junio (STS 2444/2022 -ECLI:ES:TS:2022:2444).

En esta sentencia se reitera y explica la doctrina ya reiterada sobre el delito de violencia habitual y así especifica que:

- el bien jurídico que protege el artículo 173.2 C.P. 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. Se trata es de impedir 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.
- Ante ello, es precisa la 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 ídem, 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.
- Su forma de manifestación puede ser física, pero, también, psicológica, y debe tomarse también en consideración de naturaleza de delito autónomo.
- 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 (cláusula de salvaguardia del concurso de delitos del artículo 173.2in fine CP.) Así, el art. 173 es compatible con la sanción separada de los distintos hechos violentos ejercidos sobre la víctima.
- 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.

- 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 evaluar los 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.

DELITO DE IMPAGO DE PENSIONES.

Impago de pensiones; conocimiento por el sujeto activo de la resolución judicial.

STS 419/2022 de 28 de abril (STS 1736/2022 -ECLI:ES:TS:2022:1736) .

Según los Hechos Probados, por Auto de Medidas Provisionales de 20 de abril de 2016, se impuso al acusado la obligación de satisfacer la cantidad de 200 euros mensuales en concepto de alimentos para su hija menor de edad. Por sentencia dictada por el mismo Juzgado en fecha 16 de diciembre de 2016, estando el acusado en rebeldía, se estableció que el acusado debía satisfacer la suma de 300 euros mensuales. Por sentencia de 13 de febrero de 2018 se redujo la pensión de alimentos a la cantidad de 150 euros. Desde el mes de mayo de 2016 hasta enero de 2018 el acusado no satisfizo ninguna cantidad.

El acusado fue condenado como autor de un delito de impago de pensiones, condena conformada por la A.P. La representación procesal del condenado interpuso recurso de casación alegando indebida aplicación del art. 227.1 del Código Penal, pues no tuvo conocimiento de la existencia de la sentencia dictada en rebeldía.

El TS estima el recurso ante el laconismo en el relato de los hechos, parte del fundamento jurídico segundo de la sentencia del Juzgado de lo Penal que añade a la escueta redacción de hechos probados que: *“(el acusado) tuvo conocimiento de la resolución judicial que le impuso la pensión de 200 euros mensuales, como él mismo reconoció, no así de la sentencia que elevó la cantidad a 300 euros, pues en ese procedimiento no compareció y fue declarado en rebeldía, por lo que no se ha acreditado que conociera que tenía que satisfacer dicho importe”*. Debe así quedar sentado, entre los elementos fácticos de los que obligadamente deberemos aquí partir, que no ha sido probado que el acusado conociera la existencia del procedimiento civil (en el que no compareció, siendo declarado en rebeldía), que concluyó con el dictado de la sentencia de fecha 16 de diciembre de 2016.

Por su parte e la Sentencia dictada en apelación, se afirmó que: *“resulta irrelevante el hecho de que inicialmente la pensión alimenticia se establezca como medida provisional conforme al procedimiento regulado en el artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, constando, a la vista de la resolución posterior, que se interpuso el oportuno procedimiento matrimonial dentro del plazo de un mes y que sustituyó la pensión o medida provisional, evidenciando que el acusado dejó de satisfacer la pensión alimenticia -coincidimos con la primera instancia que dolosamente- desde la primera obligación”*. Así pues, el auto que establecía las medidas provisionales al que el factum de la resolución impugnada se refiere fue dictado por el procedimiento previsto en el artículo 544 ter de la LECrim.

Por ello tras recordar que los elementos del delito del art. 227 del C.P.⁴ tratándose de un delito de naturaleza esencialmente dolosa, el conocimiento por el sujeto activo de la resolución judicial que impone la obligación posteriormente incumplida, resulta un elemento indispensable para la perfección de esta figura delictiva. En el caso analizado en este recurso, el procedimiento civil posterior se entabló, dando así lugar al mantenimiento de las medidas acordadas inicialmente, procedimiento civil que concluyó con sentencia de fecha 16 de diciembre de 2016. Sin embargo, en la resolución dictada por el Juzgado de lo Penal, que en sus aspectos fácticos la recurrida hace propia, se proclama también que no puede tenerse por probado que el acusado conociera la existencia de este procedimiento civil posterior, que se siguió en su rebeldía; ni, en consecuencia, que tuviese conocimiento de la vigencia y correlativa exigibilidad de la pensión judicialmente establecida.

Reconociendo como cierto que el acusado no satisfizo la pensión de alimentos establecida en favor de su hija menor entre los meses de mayo de 2016 y enero de 2018, el TS entiende que solo a partir del momento, indeterminado conforme se ha dejado dicho, en que el acusado viniera en conocimiento de la resolución judicial que le imponía el pago de dicha pensión, podrían empezar a computarse los plazos que, como elemento típico, se incluyen en el artículo 227.1 del Código Penal (dos meses consecutivos o cuatro no consecutivos). La incertidumbre que resulta respecto al momento en el que el acusado conoció la existencia de la resolución judicial que le imponía la pensión de alimentos tan referida, a partir de los hechos que la sentencia impugnada considera probados, solo puede ser despejada en la forma que resulta más beneficiosa

⁴ a) que una resolución de naturaleza judicial establezca la obligación de prestación económica, y que dicha resolución sea dictada dentro de los procesos a los que el tipo penal hace referencia (aprobando un convenio o en los de separación, divorcio, nulidad, sobre filiación o sobre alimentos, en este caso circunscrito a los exigidos a favor de hijos); b) la realidad de la no realización del pago de esa prestación, en los tiempos y cuantía que el tipo penal refleja; c) la posibilidad de que dicho pago pueda ser realizado por el obligado (in necessitate nemo tenetur), sin que, sin embargo, se requiera una situación de necesidad por parte del que tiene derecho a la prestación ni que se derive para éste perjuicio alguno diverso del de la no percepción de la prestación, tratándose de un delito de mera inactividad; y d) el conocimiento de la resolución judicial unido a la voluntad de no realizar el pago, cuya voluntad se estima ausente en los supuestos de imposibilidad de hacer efectiva la prestación, lo que le aleja del reproche de delito que instaure la prisión por deudas.

para aquél, lo que determina, a fortiori, la estimación de su recurso, en la medida en que el factum no proporciona elementos suficientemente descriptivos para colmar las exigencias típicas del delito de que se trata.

Pese a ello el TS efectúa el siguiente razonamiento de gran interés:

No cabe la menor duda de que en nada obsta a lo anterior la existencia inequívoca de la obligación (civil) que pesaba sobre el acusado de satisfacer la pensión de alimentos judicialmente establecida en favor de su hija menor. Como tampoco de que, tal y como afirma en su sentencia el Tribunal provincial, el incumplimiento de la referida obligación por parte de uno de los progenitores, crea una situación de riesgo para el menor que puede conducir a una situación de desamparo efectivo. También es evidente que el acusado, conociera o no la existencia (la vigencia) de la resolución judicial que le imponía satisfacer en favor de su hija la referida pensión de alimentos, no podía ignorar que, efectivamente, tenía una hija menor y que la misma demandaba la satisfacción de determinadas necesidades de naturaleza económica, de cuya financiación el acusado se desentendió durante un prolongado período de tiempo. Son consideraciones, sin embargo, que desbordan el campo propio (y necesariamente estricto) de la valoración jurídico penal de su conducta.

DAÑO MORAL.

STS 437/2022 de 4 de mayo (STS 1644/2022 -ECLI:ES:TS:2022:1644).

En esta sentencia, el TS insiste en que no existe obligatoriedad de ajustarse el juez penal al baremo de tráfico en delitos dolosos ya que este baremo está enfocado para hechos de la circulación y no para el resto de los delitos donde se puede fijar una indemnización; el baremo de tráfico no es vinculante para hechos de carácter doloso.

El daño moral debe medirse atendiendo a las circunstancias del caso concreto, atendiendo, por un lado, al relato de hechos probados, donde se puede describir esa realidad de lo ocurrido y el "precio del dolor" sufrido por las víctimas mientras lo estaban siendo.

Recuerda el Tribunal que, cuando de indemnizar los daños morales se trata, los órganos judiciales no puede disponer de una prueba que les permita cuantificar con criterios económicos la indemnización procedente, por tratarse de magnitudes diversas y no homologables, de tal modo que, en tales casos, poco más podrán hacer que destacar la gravedad de los hechos, su entidad real o potencial, la relevancia y repulsa social de los mismos, así como las circunstancias personales de los ofendidos y, por razones de congruencia, las cantidades solicitadas por las acusaciones (véanse SS.T.S. de 20 de diciembre de 1.996 y 24 de marzo de 1.997).

A la hora de valorar el daño moral en el caso enjuiciado (los acusados fueron condenados por un delito contra la integridad moral del art. 173.1 del C.P. ,

entre otros) además del *precio del dolor por lo sufrido el día de los hechos y por lo sufrido al recordar los hechos con el miedo a su repetición*, fija el TS, tres tesis complementarias:

- 1.- La tesis del daño moral irreversible:
- 2.- La tesis del antes y el después.
- 3.- La tesis de la declaración de impacto de la víctima.

PROFANACIÓN DE CADÁVERES.

STS 934/2022 de 30 de noviembre. STS 4471/2022 - ECLI:ES:TS:2022:4471

En cuanto a la alegada indebida aplicación del artículo 526 del Código Penal, **delito de profanación de cadáveres**, el Tribunal Supremo entiende necesario antes de resolver el motivo hacer una “crónica de la jurisprudencia, al efecto de conocer cómo hemos resuelto casos similares al ahora enjuiciado”:

En la STS 20/2016, de 26 de enero, en un caso en que la acusada, después de haber matado a una persona, intentó deshacerse del cadáver, para lo cual llevó a cabo una maniobra de trocear el cuerpo para sacarlo de la vivienda, "de modo que con algo muy cortante y con dientes de sierra le amputó por completo la pierna derecha e igualmente le produjo otras heridas en la zona genital. Por alguna razón, la acusada, cambió de opinión y decidió quemarlo, para lo cual abrió el abdomen, sacando parte de las vísceras, que dejó en la bañera, e introdujo en el interior del cuerpo papeles de periódico rociados con un líquido inflamable. También intentó quemar otras zonas del cuerpo, aplicando directamente fuego, y produciendo en el cadáver quemaduras de tercer grado, en el hemitórax derecho, el hombro, el muslo derecho así como el cráneo, pómulo y partes de la cara y de la oreja derecha". Posteriormente, se encontró el cadáver amordazado y en avanzado estado de descomposición en una habitación de la vivienda donde vivía con la acusada.

En esta resolución judicial, se recuerda la doctrina resultante de la STS 178/2013, de 29 de enero, en la que, citando que el art. 526 CP sanciona a quien "faltando al respeto debido a la memoria de los muertos..., profanare un cadáver o sus cenizas...", señala que el diccionario de la lengua española (DRAE) define el verbo "profanar" "bajo dos únicas acepciones: 1) tratar algo sagrado sin el debido respeto o aplicarlo a usos profanos; 2) deslucir, desdorar, deshorrar, prostituir o bien hacer uso indigno de cosas respetables.

La STS 70/2004, de 20 de enero, apunta hacia dos elementos concurrentes en este ilícito: un acto de profanación de un cadáver, y que tal acto de profanación ha de hacerse faltando al respeto debido a la memoria de los muertos, no precisándose aquí del ánimo de ultraje que sí se exige, en cambio, a los daños en las urnas funerarias, panteones, lápidas o nichos.

La mayor parte de la doctrina viene entendiendo que el tipo delictivo que examinamos no exige un específico elemento subjetivo del injusto, añadido al dolo concurrente en toda clase de delitos dolosos. La falta de respeto objetivo, simple mención en la definición legal del bien jurídico protegido, debe vincularse al valor que la sociedad confiere a un cadáver en cuanto cuerpo de una persona fallecida. Adquiere así un marcado componente objetivo, independientemente de la voluntad última de quien ejecuta el acto de profanación.

En efecto, añadimos nosotros, que la mención de faltar a la memoria de los muertos apunta a sus recuerdos a su personalidad, pero nada tiene que ver con la profanación de su cadáver, que es de lo que aquí tratamos, por lo que tal elemento objetivo es el que debe preponderar en este tipo de acciones, donde la falta de respeto más que a su memoria es a sus restos mortales, o a sus cenizas, conforme al tipo penal que interpretamos, y no tanto a la referida memoria como un aspecto que sustancialmente atiende a su recuerdo.

Para que pueda entenderse afectado el bien jurídico, el acto de profanación ha de revestir cierta entidad, como asimismo se desprende del segundo requisito, a saber, la mencionada falta de respeto, a la que va irremediabilmente concatenado.

La segunda acción típica -profanar un cadáver o sus cenizas- es la que ha de centrar nuestra atención, concibiéndose como aquel acto de deshonra o menosprecio directamente dirigido sobre el cuerpo sin vida de una persona, según apuntaban la citada STS núm. 70/2004 y la núm. 1036/2007.

Ciertamente, el fallo constituido por la STS 1068/2010, de 2 de diciembre, descartaba el delito de profanación de cadáveres ante un intento de descuartizar el cuerpo de la víctima, sin perjuicio de valorar tal circunstancia bajo un mayor reproche penal a la hora de individualizar la pena correspondiente al hecho previo de haberle dado muerte. Y es que el legislador, lejos de acoger un criterio cerrado que delimite "a priori" lo que debemos entender por profanación penalmente punible, opta en todos estos casos -también en el del art. 526 Código Penal- por ofrecer un concepto más amplio o difuso, cuya concreción deja en manos del juzgador, que será quien a través de los perfiles que presente el supuesto enjuiciado, es decir, atendidas las circunstancias concurrentes, determine si ha existido un acto de profanación que lesiona el respeto debido a la memoria de los muertos. En todo caso, deberán describirse en el hecho histórico aquellas acciones determinantes del acto de profanación. El estudio de la cuestión requiere, pues, del análisis caso a caso. Sólo en función de sus concretas características podrá determinarse si existió un acto de profanación que, por su entidad, vulnera el respeto requerido por los ciudadanos sobre sus congéneres fallecidos.

También es necesario confrontar este tipo penal con la figura del autoencubrimiento, es decir, con la conducta por la que el partícipe en un delito trata de ocultar o eliminar los vestigios de la infracción cometida, bien porque

podrían sacar a la luz su comisión, bien porque habrían de mostrar su participación en la misma. Al efecto, decíamos en la STS núm. 497/2012, de 4 de junio, siguiendo a las SSTs núm. 600/2007, de 11 de septiembre, y 671/2006, de 21 de junio, y por referencia a otras anteriores como la STS de 05/02/1990, que el autoencubrimiento es, en términos generales, impune, salvo en el caso de que los actos practicados por el autoencubridor constituyan por sí mismos un nuevo delito, por lo que para decidir la absorción por el primer delito de la acción que pretende encubrirlo habrá de estarse de nuevo a los matices del caso. También se refería la STS 671/2006 a los llamados "actos copenados", es decir, actos cuya sanción penal ya está comprendida en la pena principal, de forma que lo menos queda absorbido en lo más por progresión delictiva. Ahora bien, añadía que "la consunción de una norma sólo puede admitirse cuando ninguna parte injusta del hecho queda sin respuesta penal, debiendo acudir en otro caso al concurso de delitos". Así, el principio de absorción delictiva (art. 8.3ª CP) únicamente podrá aplicarse cuando el precepto penal más complejo consuma al otro más simple, lo cual solamente podrá admitirse cuando ninguna parte injusta del hecho quede sin respuesta penal, pues en otro caso deberá acudir al concurso de delitos.

En efecto, el art. 8.3 CP recoge la fórmula "lex consumens derogat legi consumptae", lo que significa que el injusto material de una infracción acoge en sí cuantos injustos menores se sitúen respecto de ella en una relación cuantitativa de inferioridad, como el homicidio que absorbe las lesiones producidas para causarlo. Y lo mismo con respecto a los actos preparatorios y ejecutivos previos a la consumación. También se admite la consunción respecto de la ocultación de pruebas del delito efectuada por sus propios autores, que la STS 671/2006 expresamente relacionaba con la inhumación ilegal del cadáver en supuestos de homicidio y asesinato. Se acoge así la teoría del autoencubrimiento impune (STS181/2007, de 7 de marzo).

La STS 650/2021, de 20 de julio, sienta la siguiente doctrina: La jurisprudencia de esta Sala ha destacado la grave dificultad que hay para distinguir entre un concurso de leyes o normas y un concurso de delitos, particularmente cuando se trata de examinar si se produjo la absorción de un delito más simple en otro de mayor complejidad (art. 8.3 CP).

Para estos supuestos hemos dicho que sólo cabe el impreciso criterio de evaluar si la aplicación de una norma cubre la totalidad de la significación antijurídica del hecho. Cuando así ocurra nos encontraríamos ante un concurso de normas, para el que el artículo 8.3 del Código Penal preceptúa que el injusto material de una infracción acoge en sí los injustos que se sitúen respecto de ella en una relación cuantitativa de inferioridad. Una consunción impune que se admite también respecto de determinados actos ejecutivos previos a la consumación o, incluso, respecto de la ocultación de las pruebas del delito que puedan efectuar los propios autores. Por el contrario, cuando no sea así, la jurisprudencia proclama que habrá un concurso real o ideal de delitos, esto es, existirá una concurrencia de infracciones penales en aquellos supuestos en los

que, para abarcar toda la significación antijurídica de lo que se ha realizado, deba acudir al castigo del comportamiento conforme a las dos leyes en juego.

Desde esta consideración, la teoría del autoencubrimiento impune sostiene que no puede ser apreciado como delito independiente aquel que se perpetra con la única pretensión de esconder y disimular la acción delictiva anterior, sin transgredir otros bienes jurídicos distintos del que ya ha sido atacado.

En el supuesto enjuiciado en dicha resolución judicial, según el factum de la misma, el acusado enrolló el cuerpo de una mujer en un edredón o manta y lo introdujo en el maletero del vehículo. Tras conducir a una sima que conocía, en sus proximidades y ante la imposibilidad de acercarse más al vehículo al barranco, arrastró el cadáver al menos 15 metros, para lanzarlo después al fondo de la sima con la esperanza de que cayera tan profundo que no pudiera ser encontrado.

La sentencia referida entendió que, con ello, su comportamiento no revela una falta de respeto de tal entidad que desborde la antijuridicidad abarcada por el tipo penal homicida y las exigencias funcionales del autoencubrimiento

La STS 499/2020, de 8 de octubre, trata de un caso en que el acusado, faltando al respeto que merecía la memoria de la fallecida, procedió con un cuchillo a cortar el cuerpo de una mujer, en varias partes, colocándolas en bolsas de basura que trasladó, esparció y abandonó en diversas zonas boscosas de los alrededores de Girona.

Este es un caso más parecido al nuestro.

El Tribunal Supremo rehabilitando la sentencia dictada por el Tribunal del Jurado en el ámbito de la Audiencia Provincial de Girona, el 18 de octubre de 2017, en relación a los pronunciamientos relativos al delito de profanación de cadáveres, condenó por el referido art. 526 del Código Penal.

La STS 408/2018, de 18 de septiembre, contempla un hecho en que, tras el reiterado maltrato que se perpetra sobre un bebé de forma despiadada y ante el grado de indefensión que tiene el sujeto pasivo en estos casos, tras morir, la acusada con el ánimo de profanación del cadáver de su propio hijo, llega a ocultarlo, envolverlo en una manta y arrojarlo asesinado a unos matorrales; hecho -se dice en dicha resolución judicial- absolutamente despiadado y reprochable en una madre que merece la proporcionalidad del reproche punitivo que ya se ha concedido por la sentencia del TSJ.

En esta resolución judicial se analiza la acción típica -profanar un cadáver o sus cenizas-, concibiéndose como aquel acto de deshonra o menosprecio directamente dirigido sobre el cuerpo sin vida de una persona, según apuntaba la STS 1036/2007. Para solventar las dudas que generaba el antiguo art. 340 del CP de 1973, el Texto actual amplía el objeto material, siguiendo el derecho

penal alemán, por cuanto las cenizas merecen idéntico respeto y protección. En todo caso se precisa que, como consecuencia de este comportamiento, se falte al respeto debido a la memoria de los muertos y se acepta, en consecuencia, la condena por un delito de profanación de cadáveres.

Con la expresión de faltar al respeto a los muertos se objetiva, en cambio, tal elemento del tipo, de manera que las actuaciones de violación o profanación concretamente ejecutadas habrán de ostentar la significación objetiva de faltar al respeto, muestra del reflejo psicológico que ha de causar en la conciencia colectiva la acción de violar un enterramiento o de profanar un cadáver. Se trata, en definitiva, de una restricción del tipo objetivo desde el bien jurídico protegido, al que de modo inusual alude explícitamente la norma, concretada en el requisito de que la acción de violación y/o profanación ostenten la significación objetiva de faltar al respeto.

Nos remitimos a nuestra anterior precisión acerca de lo que debe entenderse por memoria de los muertos. En efecto, el bien jurídico común a todo el art. 526 CP es la ofensa al sentimiento de respeto que inspira en la comunidad social el cuerpo de las personas fallecidas, por lo que presenta un marcado carácter sociológico-social. Sujeto pasivo es, bajo este punto de vista, la propia sociedad, en tanto que titular de ese sentimiento colectivo. Consecuentemente, si a pesar de realizar la conducta típica no se produce dicho efecto, el hecho no será punible.

Pero en todo caso, nuestro legislador, lejos de acoger un criterio cerrado que delimite "a priori" lo que debemos entender por profanación penalmente punible, opta en todos estos casos -también en el del art.526 CP- por ofrecer un concepto más amplio o difuso, cuya concreción deja en manos del juzgador, que será quien a través de los perfiles que presente el supuesto enjuiciado, es decir, atendidas las circunstancias concurrentes, determine si ha existido un acto de profanación que lesiona el respeto debido a la memoria de los muertos. En todo caso, deberán describirse en el hecho histórico aquellas acciones determinantes del acto de profanación. El estudio de la cuestión requiere, pues, del análisis caso a caso. Sólo en función de sus concretas características podrá determinarse si existió un acto de profanación.

...para la aplicación del tipo penal aplicado (el art. 526), el dolo exigido en este delito requiere que el sujeto haya actuado con el conocimiento de la profanación del cadáver y además con la conciencia y voluntad de faltar al respeto debido al cuerpo de la víctima con el acto concreto que ha de calificarse de profanación.

EJERCICIO DE LA ACCIÓN CIVIL.

Renuncia a la acción civil que no fue prestada de forma libre. Art. 112 de la LECrim.

STS 926/2022 de 30 de noviembre (STS 4470/2022 - ECLI:ES:TS:2022:4470).

La acusación formuló recurso de casación contra la Sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Pontevedra entre otros motivos por infracción de ley del art. 849.1 de la LECrim, al entenderse infringidos los arts. 106 a 112 de la LECrim.

La recurrente discrepa con la decisión de la Audiencia rechazando la reclamación por ella efectuada, al entender que renunció a ejercitar las acciones civiles en la comparecencia efectuada el día 12 de febrero de 2019 en la Secretaria del Juzgado, en la que perdonó al acusado, manifestando que no quería seguir adelante con la denuncia prestada en la Guardia Civil, y solicitando que se dejara sin efecto la orden de protección acordada en su día por el Juzgado de Instrucción núm. 3 de Villagarcía de Arousa.

Explica que, aunque ello fue así, pocos días después, el 26 de febrero, compareció nuevamente en el Juzgado manifestando su deseo seguir con las actuaciones y que se mantuviese la orden de protección acordada. Además, se personó en los autos con abogado ejerciendo acusación particular. Entiende que la renuncia efectuada quedó sin efecto teniendo en cuenta que es una víctima de delito de violencia de género, y presentaba dependencia emocional hacia su pareja que le hacía ser vulnerable, tal y como recoge la sentencia de instancia al señalar que «está claramente dominada por esa relación sentimental, de la que trató de desengancharse con tratamiento psicológico e incluso hasta la actualidad tratamiento mental en el CIM, XXX no es una víctima de un robo o un delito de lesiones víctima de violencia de género».

La Audiencia, confirmando el pronunciamiento efectuado por el Juzgado de lo Penal, ha considerado que la renuncia expresa de la ofendida al ejercicio de la acción civil, conlleva su extinción desde ese momento, careciendo por ello de relevancia la comparecencia que la recurrente y su abogada realizaron ante el Letrado de la Administración de Justicia el día 26 de febrero de 2019 retractándose de la previa renuncia efectuada.

El Ministerio Fiscal ante esta Sala apoya el motivo, estimando que aun cuando la inicial renuncia fuera expresa, no fue terminante, conforme impone la Ley Procesal, ya que la víctima ha actuado como acusación particular en el procedimiento con pleno ejercicio de sus derechos, como lo demuestran la presentación de su escrito de conclusiones provisionales, la comparecencia en estrados en el acto de la vista mediante su propio Letrado, ejercitando en dicho acto sus funciones como tal, interesando y evacuando la práctica de prueba y elevando finalmente sus conclusiones a definitivas, entre las cuales se incluía un resarcimiento económico. Entiende en consecuencia que tal actuar es inequívocamente contrario a la renuncia efectuada, y muestra su pleno interés en el ejercicio tanto de la acción penal como de las acciones civiles derivadas de la agresión.

El TS recuerda que, aun ejercitada dentro del proceso penal, la pretensión civil no pierde su naturaleza y se rige por los principios propios de esta rama procesal, entre los que se encuentra el dispositivo y los que son consecuencia del mismo, como el de renunciabilidad que establecen los arts. 106 y siguientes LECrim y el de reserva para ejercitarla en un procedimiento civil una vez concluido el de naturaleza penal, que previene el art. 112 LECrim (vid. STS 25/2022, de 14 de enero) y que para que la renuncia a las acciones civiles tenga una efectividad extintiva, debe ser formal, expresa y terminante, que no deje lugar a duda sobre su claridad y contundencia, acerca de cuál fue la voluntad del denunciante (vid. STS 872/2016, de 28 de abril y 681/2012 de 20 de septiembre).

Igualmente hemos dicho que la renuncia a las acciones civiles es un acto de disposición de los derechos que le competen al titular de la acción, exteriorizándose en una manifestación de voluntad libre, clara, manifiesta e inequívoca, que de ningún modo puede parecer afectada por alguno de los vicios que anulan una manifestación de voluntad realizada (vid. STS. 578/2000, de 7 de abril).

Conforme señala la doctrina, el consentimiento, como expresión externa de la voluntad, es manifestación de origen subjetivo, más allá de las motivaciones externas u objetivas que lo mueven.

Existirá vicio del consentimiento cuando este no se haya realizado con libertad e intención, lo que determinará su nulidad.

En relación al caso analizado, el TS considera “indudable que el consentimiento manifestado por la perjudicada el día 12 de febrero de 2019, renunciando al ejercicio de la acción civil, no fue prestado libremente, sino que estaba viciado por el estado psíquico en que se encontraba desde la primera agresión, por lo que ya pidió ayuda el día 26 de enero de 2019, habiendo precisado asistencia psicológica continuada. Se trataba de una mujer de 18 años, con una situación de dependencia emocional claramente dominada por esa relación sentimental.

Asimismo, como indica el Ministerio Fiscal, la renuncia no fue terminante. Tan solo catorce días después, el día 26 de febrero de 2019, XXX compareció nuevamente en el Juzgado solicitando reanudar su actuación procesal. Se personó en las actuaciones como Acusación Particular y formuló escrito de conclusiones provisionales que mantuvo tras la celebración del juicio al que compareció asistida de Letrado reiterando su reclamación. Todo ello denota un indudable interés en el ejercicio tanto de la acción penal como de las acciones civiles derivadas de la agresión que sufrió el día 25 de enero de 2019.

No se trata de un ejercicio desleal o abusivo del derecho. Y, en el mismo sentido expuesto por el Ministerio Fiscal, partiendo del hecho probado que contiene todos los datos fácticos, no se produce indefensión alguna ni quiebra del derecho a la tutela judicial efectiva del condenado, pues el escrito de

acusación presentado por la representación procesal de la víctima incluyó la suma reclamada, 430 euros por los daños físicos padecidos el día 25 de enero de 2019, por lo que la cuestión suscitada redonda en una cuestión estrictamente jurídica y de carácter estrictamente civil.

Además, este pronunciamiento es acorde y responde claramente al espíritu de la modificación normativa operada mediante la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, en vigor desde el pasado día 7 de octubre de este año, que introduce la figura de la revocación de la renuncia de la acción civil cuando los efectos del delito fueran más graves de lo previsto inicialmente.

De este modo, la citada Ley, en la Disposición Final Primera Dos, añade un nuevo segundo párrafo al art. 112 LECrim, pasando el hasta entonces segundo párrafo al tercer lugar, con el siguiente tenor literal: «No obstante, aun cuando se hubiera previamente renunciado a la acción civil, si las consecuencias del delito son más graves de las que se preveían en el momento de la renuncia, o si la renuncia pudo estar condicionada por la relación de la víctima con alguna de las personas responsables del delito, se podrá revocar la renuncia al ejercicio de la acción civil por resolución judicial, a solicitud de la persona dañada o perjudicada y oídas las partes, siempre y cuando se formule antes del trámite de calificación del delito».

DISPENSA. VALORACIÓN DE LA PRUEBA TESTIFICAL DE LA VÍCTIMA.

STS 656/2022 de 29 de junio (STS 2701/2022 -ECLI:ES:TS:2022:2701).

La sentencia dictada por la A.P. es del año 2019 y fue condenado el acusado por un delito de agresión sexual y otro de maltrato.

El condenado interpuso recurso de casación por vulneración de derechos fundamentales del artículo 852 de la LECRIM, por la lesión a un proceso con todas las garantías al haberse omitido la dispensa legal del artículo 416 de la LECRIM, toda vez que la denunciante era la ex mujer del denunciado.

El TS, tras recordar que “[n]uestro ordenamiento jurídico impone la obligatoriedad de colaborar con la Justicia a aquellos que tengan conocimiento de circunstancias o extremos que puedan servir para el esclarecimiento de los hechos que son objeto de un proceso penal (arts. 410 y 702 LECRIM)” dice que este es un **deber general que se exceptiona** para los testigos que mantienen determinados vínculos de parentesco o de relación con el sujeto pasivo de la acción penal, y manifiesta que esta “[s]e encuentra actualmente excluida en aquellos supuestos en los que el testigo “esté...personado en el procedimiento como acusación particular”, lo que recoge expresamente en el artículo 416.1.4.^a de la LECRIM a partir de la reforma introducida por la LO 8/2021, de 4 de junio. Sin embargo, aun cuando la norma es posterior a la sentencia de

instancia y a que el recurrente formulara su recurso, tampoco puede eludirse que la actual delimitación normativa del derecho recoge la que era nuestra doctrina jurisprudencial. Al tiempo del enjuiciamiento, una tradicional y estable jurisprudencia proclamaba que el testigo tiene la obligación de declarar cuando ejercita la acción penal en el mismo procedimiento, puesto que en tales supuestos resultaría contrario al principio de *no ir en contra de los propios actos* que alguien pudiera activarlos mecanismos de la Administración de Justicia y al mismo tiempo pretender obstaculizar su realización.”

A continuación, subraya que “cualquier limitación de un derecho de reconocimiento constitucional debe ser objeto de una interpretación restrictiva, nuestra jurisprudencia sostenía que la facultad de abstenerse se recuperaba tan pronto como el testigo desistiera de su pretensión punitiva. Así lo reflejó la Sala en su Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de 28 de enero de 2018, en cuyo punto 2 establecía que: *“No queda excluido de la posibilidad de acogerse a tal dispensa (art. 416 LECRIM) quien, habiendo estado constituido como acusación particular, ha cesado en esa condición”*, posicionamiento que se sustentó en la reciente sentencia del TS 205/2018, de 25 de abril. Sin embargo, por sujeción al principio de tutela de las víctimas frente al delito y frente a cualquier tipo de extorsión que pueda derivarse del ejercicio tuitivo de la acción penal, nuestra más reciente jurisprudencia modificó el posicionamiento de la Sala y en la Sentencia de Pleno de la Sala Segunda 389/2020, de 10 de julio, recogimos el posicionamiento que actualmente se impone el art. 416.1.4.^a de la LECRIM, excluyendo el derecho de dispensa para aquellos testigos-parientes que *hayan estado personados en el procedimiento como acusación particular* en cualquier momento, aun cuando ya no ejerciten la acción penal” y concluye diciendo que “el derecho de dispensa es una facultad reconocida al testigo y en el presente supuesto, pese a ser parte en la causa en cuanto víctima que ejerce la acción penal, no ha interpuesto impugnación ninguna contra la actuación del órgano de enjuiciamiento y su resolución, sin que el recurrente pueda erigirse legitimado para la defensa de derechos ajenos. Por otro lado, al momento del enjuiciamiento, la testigo ejercía la acción penal, supuesto en el que la jurisprudencia de esta Sala excluía de forma indudable la facultad que analizamos, en los mismos términos que hoy recoge el propio artículo 416 de la LECRIM”.

VALORACIÓN DE LA PRUEBA TESTIFICAL.

El TS reproduce la doctrina sentada en relación a la declaración de la víctima como posible prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia, incluso aunque fuese la única prueba disponible, lo que es frecuente que suceda en casos de delitos contra la libertad sexual, porque al producirse generalmente con absoluta clandestinidad, se dificulta la concurrencia de otra prueba diferenciada (SSTC 229/1991, de 28 de noviembre; 64/1994, de 28 de febrero y 195/2002, de 28 de octubre, así como SSTS 339/2007, de 30 de abril; 187/2012, de 20 de marzo; 688/2012, de 27 septiembre; 788/2012, de 24 de octubre; 469/2013, de 5 de junio; 553/2014, de 30 de junio o 355/2015, de 28 de

mayo, entre muchas otras). Hace referencia otra vez a triple test y a que, *"La deficiencia en uno de los parámetros no invalida la declaración, y puede compensarse con un reforzamiento en otro, pero cuando la declaración constituye la única prueba de cargo, una deficiente superación de los tres parámetros de contraste impide que la declaración inculpatoria pueda ser apta por sí misma para desvirtuar la presunción de inocencia"*. STS 355/2015 de 28 de mayo).

Resumen sentencias dictadas por la Sala de lo Civil del TS de 1 de enero a 30 de junio de 2022.

CUSTODIA.

STS 228/2022 de 28 de marzo.

En la sentencia de apelación se estimó el recurso y se acordó la custodia compartida; el progenitor había sido condenado por un delito leve de vejaciones injustas.

El TS razona que toda vez que los antecedentes deberían haber sido cancelados de conformidad con el art. 136 del C.P., dicha condena no es óbice para acordar la custodia compartida, además de que la madre se mostró conforme con un amplio régimen de vistas.

STS 404/2022 de 18 de mayo.

Los progenitores se encontraban separados en un procedimiento de mutuo acuerdo desde el año 2015 en el que se estableció la Guardia y custodia a favor de la madre y un amplio régimen de visitas a favor del otro progenitor. En virtud de una denuncia formulada por la madre se dictó sentencia de 20 de febrero de 2017 absolviendo al progenitor de los delitos imputados e igualmente fueron archivadas otras diligencias previas tramitadas ante el juzgado de violencia sobre la mujer, todo ello en 2017. El 24 de febrero de 2017 la actora promueve la demanda de divorcio en la que solicita que se eleven a definitivas las medidas acordadas en el procedimiento de esa separación, pero suprimiendo las visitas paternales intersemanales. El padre se opuso a tales medidas y solicitó la custodia compartida ampliando la pernocta del domingo de semanas alternas, de manera que la estancia de los progenitores con su hija sea igualitaria. El juzgado de violencia sobre la mujer acordó la guarda y custodia compartida de la hija menor que proponía el demandado. interpuesto recurso de apelación la audiencia provincial estimó el recurso acordando mantener las medidas pactadas y sancionadas en sentencia de separación, al no encontrar motivo alguno que justifique el cambio en el sistema de guarda. el padre interpuso recurso de casación que fue apoyado por el Ministerio Fiscal al entender que se había vulnerado la doctrina del Tribunal Supremo que consagra el interés del menor como principio básico que determina la adopción de la guarda y custodia compartida con infracción de lo dispuesto en el artículo 92 del Código Civil, del artículo 31 de la Convención de

los Derechos del Niño, artículo 39 de la Constitución española y arts. 2 y 11.2 de la LOPJM.

El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación en base a los siguientes fundamentos:

- El interés superior de los menores exige adoptar la mejor solución posible para que la ruptura de la unión entre los padres no produzca efectos negativos en los hijos, y puedan éstos disfrutar de una racional adaptación a la nueva situación sin detrimento de sus personalidades en formación.
- La guarda y custodia compartida no es una medida excepcional, sino normal e incluso deseable, en tanto en cuanto permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aún en situaciones de crisis, siempre que ello sea factible y en cuanto lo sea.
- La custodia compartida se halla, pues, condicionada, como todas las medidas referentes a los a los niños y niñas, a la satisfacción de su primordial interés, y es reputada abstractamente beneficiosa, en tanto en cuanto: 1) se 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.
- Como pautas a valorar para acordarla hemos fijado las siguientes: 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
- para establecer el régimen de custodia compartida, no se exige un acuerdo sin fisuras entre los progenitores, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo de los menores, así como unas habilidades para el diálogo que se deben suponer concurrentes (sentencias 545/2016, de 16 de septiembre; 559/2016, de 21 de septiembre; 23/2017, de 17 de enero, entre otras), sin que la existencia de desencuentros propios de la crisis de convivencia justifique per se, que se desautorice este específico régimen de comunicación. Sería preciso que existiese prueba de que dichas diferencias o enfrentamientos afectaran de modo relevante a los hijos menores, causándoles un perjuicio (sentencia 433/2016, de 27 de junio).

En el caso en concreto, el Tribunal razona que “[e]n contra del criterio de la sentencia recurrida, consideramos que ha habido un cambio de circunstancias derivado de la edad de la niña, que no alcanzaba, al firmarse el convenio regulador, los dos años de edad, mientras que, en el próximo mes de agosto, cumplirá nueve años, así como también por la circunstancia de que el padre ha

sido absuelto de la comisión de un delito de violencia sobre la mujer, que impedía disfrutar del régimen de custodia compartida o fijarlo en su momento”.

STS 803/2022 de 6 de octubre (STS 3663/2022 - ECLI:ES:TS:2022:3663)

El recurrente que fue condenado por un delito de homicidio en grado de tentativa entre otros motivos alegó vulneración del derecho a la presunción de inocencia alegando que en la declaración de la víctima no concurren las notas que deben dotar al testimonio de credibilidad, por ausencia de incredibilidad subjetiva, al obedecer su denuncia a un ánimo de resentimiento y venganza, persistencia en la incriminación, por las contradicciones en las que incurrió a lo largo del procedimiento, y por falta de verosimilitud, porque en la descripción de las lesiones existen diferencias entre el informe del Hospital que la atendió el mismo día de la agresión y el informe del Médico Forense emitido dos días después, sugiriendo la posibilidad de que las lesiones se las hubiese causado la propia víctima.

El alto tribunal razona que “[l]a declaración de la víctima es prueba bastante para enervar la presunción de inocencia, sobre todo en casos como la violencia de género o delitos de contenido sexual donde, al cometerse en la intimidad y aislamiento de testigos, puede impedir la corroboración periférica, pero ello debe exigir que la motivación de la sentencia se “redoble” y se concreten los datos de esa declaración de la víctima y su confrontación con la del acusado” y que “[e]l 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

En el caso objeto de recurso, el tribunal reitera que “debemos entender que las víctimas *no declaran contra nadie ni tan siquiera contra el acusado*, sino que se enraíza el contenido de su declaración en lo que ocurrió el día de los hechos, y sin efectuar un ámbito de la declaración en contra del investigado, o acusado, sino narrando los hechos tal cual ocurrieron, por lo que no se puede concebir que la declaración de la víctima lo sea contra el acusado, sino que es neutral en torno al contenido de lo que realmente ocurrió, y que al respecto pueden existir matices concretos con respecto a lo que declaró desde un principio en la sede policial hasta la declaración en el acto del juicio oral, pero lo que evalúa en este caso el Tribunal de instancia con su inmediación es el análisis conjunto de la declaración de la víctima para ver si efectivamente concurren los presupuestos del *triple test* que ha exigido la jurisprudencia y la valoración de la víctima acerca de su consistencia y persistencia, así como su verosimilitud, atendiendo a parámetros tales como el lenguaje gestual la forma en que se expresa y el convencimiento que traslada al tribunal que celebra el juicio con la ventaja de la inmediación.

Además hemos hecho referencia en esta sala a lo que denominamos la *declaración progresiva de la víctima* (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 2/2021 de 13 Ene. 2021, Rec. 891/2019) en el sentido de que la víctima puede ir introduciendo matices a lo largo de su declaración que sean

complementarios, pero sin que la declaración progresiva de la misma pueda entenderse como contradicciones relevantes para hacer dudar de lo que está relatando la misma con relación a los hechos de los que fue víctima.

RÉGIMEN DE VISITAS

STS SALA I 625/2022 de 26 de septiembre. STS 3402/2022 - ECLI:ES:TS:2022:3402

En la sentencia de primera instancia se ha atribuido la Guardia y custodia en exclusiva a la madre y se estableció un régimen de visitas a favor del padre a ejecutar en el momento que saliera del centro penitenciario, consistente en dos visitas semanales a desarrollar en el punto de encuentro familiar. La sentencia de la audiencia provincial dictada en apelación desestimó íntegramente el recurso interpuesto por la madre del menor. se interpone recurso de casación alegando vulneración el artículo 9.1 y 3 en relación al 18.1.1 de la Convención de los Derechos del Niño cómo artículo 3 de la misma convención, carta europea de Derechos del Niño en 1992 la capítulo dos de la Ley Orgánica 8/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia que establece que la vida y el desarrollo del menor se ha de desarrollar en un entorno libre de violencia primando el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir de conformidad con el artículo 94, 154 y 158.4 del Código Civil así como artículos 65 y 66 de la L.O.1/2004 y 39 de la Constitución española.

El objeto del proceso es la determinación de si procede ratificar o suspender el régimen restrictivo de comunicación del demandado con su hija, que cuenta actualmente con cuatro años de edad, en función de que ha sido condenado por delitos de violencia de género contra la madre de la niña, con la circunstancia agravante de reincidencia, y sus deficiencias para asumir el rol de padre, todo ello en aplicación del principio primordial de interés y beneficio de la menor que rige en el ámbito del derecho de familia.

En resumen en el año 2018 se habían incoado diligencias urgentes contra el padre en las que se había acordado la prohibición de aproximación y de comunicación a la madre del menor y se le había pedido a esta la Guardia y custodia estableciendo un régimen de visitas a favor del padre de 3 horas sábados alternos en el punto de encuentro. estas medidas fueron ratificadas por auto de 12 de junio de 2018 y en la vista del procedimiento principal tanto el progenitor como el Ministerio fiscal propusieron un régimen de visitas de ampliación progresiva siglos informes del punto de encuentro fueran más favorables. el 5 de marzo de 2019 el padre demandado fue condenado por sentencia firme como autor de un delito continuado de quebrantamiento de condena, un delito de maltrato del artículo 153.1 y 3 del C.P., y un delito continuado de amenazas leves del artículo 171.4, concurriendo los dos últimos la agravante de reincidencia imponiéndole entre otras penas las correspondientes de prohibición de aproximación que según liquidación de condena quedaría extinguida el 17 de mayo de 2025. el padre había sido

anteriormente condenado por un delito de amenazas leves y un delito de maltrato en el ámbito de la violencia de género. el 14 de marzo de 2019 se editó en auto acordando la suspensión del régimen de visitas de la hija menor al haber ingresado el padre en prisión para el cumplimiento de la condena, hasta que se dictara resolución en contraria teniendo en cuenta el dictamen pericial sobre habilidades parentales del condenado y valoración de su estado psiquiátrico e idoneidad del régimen acordado en el acto de la vista celebrada en febrero de 2019.

En el recurso de casación el Ministerio Fiscal interesó la estimación del recurso al entender que el interés superior del mejor menor exige la suspensión del régimen de visitas del padre con la hija.

El Tribunal Supremo desestima íntegramente el recurso interpuesto por el padre: aduce el Tribunal Supremo la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictada el 18 de febrero de 2014, en el caso Fernández Cabanillas contra España en la que proclamó que el TEDH reitera, a modo de premisa, que el disfrute de la compañía mutua por padres e hijos constituye un elemento fundamental de la "vida familiar" en el sentido del artículo 8 del Convenio (véase, entre otras, Saleck Bardi c. España, nº 66167/09, § 50, 24 de mayo de 2011, y R.M.S. c. España, nº 28775/12, § 68, 18 de junio de 2013)».

Entiende el TS que "[l]a falta de madurez y competencia de los niños y de las niñas inherentes a las limitaciones propias de la edad, la ausencia de recursos con los que cuentan para solventar situaciones desfavorables en las que pueden verse inmersos, los sitúan, en no pocas ocasiones, en una posición de especial vulnerabilidad, que constituye campo abonado para sufrir abusos, maltratos y lesiones en sus derechos fundamentales, o, incluso, para ser instrumentalizados, en su perjuicio, en los conflictos intersubjetivos entre adultos, dentro de los cuales alcanzan especial significación aquellos en los que se encuentran inmersos sus progenitores.

Es necesario, por consiguiente, preservar a los menores a la exposición de situaciones de riesgo cara a una deseada inserción futura en el mundo de los adultos, sin repercusiones peyorativas provenientes de las situaciones vividas. Todo ello sin perder además la perspectiva de que los niños y las niñas son titulares de derechos, no simples personas objeto de protección jurídica, y, como tales, indiscutibles beneficiarios de todos los derechos humanos (STC 99/2019, de 18 de julio, FJ 5).

El menor, como individuo en formación, precisa pues de una protección especial, en tanto en cuanto tiene una personalidad en desarrollo que es necesario preservar. En este sentido, el art. 2.2, apartados d) y e) de la LO 1/1996, de protección jurídica del menor, establece, como manifestaciones de dicho interés, «promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad»; «minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro»; así como la «preparación del tránsito a la edad adulta e independiente».

En definitiva, quien no puede, por su edad, defenderse por sí mismo, ni velar por sus intereses, transfiere tal función a las instituciones públicas y privadas, para garantizar que aquellos sean debidamente respetados, y siempre, además, previa audiencia de los menores con suficiente juicio, para no ser postergados de las decisiones que más directamente les afectan.

Manifestación de lo expuesto la constituye la intervención preceptiva del Ministerio Fiscal en los procedimientos judiciales y administrativos para cuidar de dichos intereses (art. 749 LEC); o la posibilidad de la fijación de medidas de oficio por parte de los tribunales de justicia, como excepción a los principios dispositivo y de aportación de parte, conformadores de los pilares esenciales sobre los que se sustenta el edificio del proceso civil (arts. 158 CC y 752 LEC).

En el contexto expuesto, no puede extrañar que rija, como verdadero principio de orden público (SSTS 258/2011, de 25 de abril; 823/2012, de 31 de enero de 2013; 569/2016, de 28 de septiembre y 251/2018, de 25 de abril, así como SSTC 178/2020, de 14 de diciembre FJ 3 o 81/2021, de 19 de abril, FJ 2), la regla primordial del interés y beneficio de los menores en la adopción de las medidas personales y patrimoniales que les afecten.

En este sentido, las SSTC 64/2019, de 9 de mayo, FJ 4; 178/2020, de 14 de diciembre, FJ 3; 81/2021, de 19 de abril, FJ 2 y 113/2021, de 31 de mayo, FJ 2, subrayan que «[e]l 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». Y las SSTC 64/2019, de 9 de mayo, FJ 4, y 113/2021, de 31 de mayo, FJ 2, estiman, por su parte, que «es uno de sus valores fundamentales, y responde al objetivo de garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la convención», con referencia a la Convención sobre los Derechos del Niño de Nueva York.

La utilización de la expresión «consideración primordial» significa que dicho principio no está al mismo nivel que el de los otros intereses concurrentes, sino superior y preferente para resolver los supuestos de colisión o conflictos de derechos en el que el menor pueda hallarse inmerso y que no sean susceptibles de recíproca satisfacción.

(...) pueden concurrir circunstancias que justifiquen la limitación de tal régimen de comunicación o su suspensión, en tanto en cuanto un régimen de visitas impuesto resulte perjudicial para el interés superior de los menores, pues las medidas que deben adoptarse al respecto «son las que resulten más favorables para el desarrollo físico, intelectual e integración social del menor» (STS 170/2016, de 17 de marzo).

Esta Sala, en sentencia 680/2015, de 26 de noviembre, ha declarado que: «[...] se establece como doctrina jurisprudencial que el juez o tribunal podrá suspender el régimen de visitas del menor con el progenitor condenado

por delito de maltrato con su cónyuge o pareja y/o por delito de maltrato con el menor o con otro de los hijos, valorando los factores de riesgo existentes». En el mismo sentido, ya se había pronunciado anteriormente esta Sala en la sentencia 54/2011, de 11 de febrero.

Por su parte, el art. 94 III del CC norma que la autoridad judicial podrá limitar o suspender el régimen de visitas «si se dieran circunstancias relevantes que así lo aconsejen o se incumplieran grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial», sin perjuicio de las prevenciones específicas que establece su párrafo IV, en los supuestos de proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos, o cuando se adviertan la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género, sin perjuicio de establecer un régimen de visita, comunicación o estancia en resolución motivada, en el interés superior del menor, previa evaluación de la situación de la relación paterno-filial, cuestión que abordaremos a continuación.

...En el contexto reseñado se mueve este proceso, en el que la parte recurrente en casación, con criterio compartido por el Ministerio Fiscal, en su función institucional de velar por el interés superior de los menores, considera contrario a dicha regla de orden público mantener el régimen de comunicación fijado, restrictivamente, por la sentencia de la audiencia provincial.

A los efectos decisorios del presente recurso hemos de partir de los condicionantes siguientes, que serán objeto de su particular desarrollo: los episodios reiterados de violencia de género en los que incurrió el demandado, su desinterés parental con respecto a la menor, su patología psiquiátrica y dificultades de control de los impulsos, su reticencia a los tratamientos, así como la falta de madurez de la niña para asumir los contactos programados con su progenitor y enfrentarse a las carencias del demandado en el desempeño del rol de padre. Todo ello, además, dentro del marco tuitivo en el que se desenvuelve la protección del menor en los supuestos de violencia del que son expresión los arts. 92 y 94 del CC.

4.1 Los episodios de violencia de género

En este caso, no ofrece duda que el padre ha sido condenado, con la aplicación de la circunstancia agravante de reincidencia, por incurrir en episodios de tal naturaleza contra la madre de la niña, lo que implica un desprecio por la persona más importante en la vida de la menor, en una situación que además no se encuentra superada, como consta en el informe psicológico elaborado, del que resulta que el demandado reacciona de manera verbalmente violenta hacia la madre de la niña, mostrando patente, actual y persistente rechazo hacia ella. Su problemática de pareja se halla enquistada y su modelo de comportamiento previo incide peyorativamente en la asunción del rol paterno, con riesgos para la menor por la desfiguración inducida a la que

puede verse afectada sobre la consideración y estima que tiene sobre su madre.

La Resolución de 6 de octubre de 2021 del Parlamento Europeo sobre el impacto de la violencia de pareja y derecho de custodia de mujeres y los niños, subraya en su apartado i) «que toda forma de violencia incluida la violencia presenciada contra un progenitor o una persona allegada, ha de ser considerada tanto en el plano jurídico como en la práctica una violación de derechos humanos y acto contra el interés superior del menor».”

(...)el interés del menor se ha considerado como bien constitucional, lo suficientemente relevante para motivar la adopción de medidas legales que restrinjan derechos y principios constitucionales (SSTC 99/2019, de 18 de julio, FJ 7; 178/2020, de 14 de diciembre FJ 3; y 81/2021, de 19 de abril, FJ 2), toda vez que ha de prevalecer, en el juicio de ponderación de los derechos fundamentales en conflicto. Desde esta perspectiva, «toda interpretación de las normas que procuran el equilibrio entre derechos, cuando se trata de menores de edad, debe basarse en asegurar el interés superior del menor» (STC 64/2019, de 9 de mayo, FJ 4).

En este marco tuitivo, el art. 2.2 c) de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, señala que, a los efectos de determinar el interés superior del menor, es preciso ponderar «la conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia».

STC 106/2022 DE 13 DE SEPTIEMBRE. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA EL ART. 94.4 Y 5 Y 156 DEL CC (REFORMA OPERADA POR LA L. 8/2021 Y RD-L 9/2018)

En esta sentencia se resuelve el recurso de inconstitucionalidad planteado por el grupo parlamentario VOX en relación al artículo 94-4 y 5 del Código Civil y al artículo 156 del mismo texto legal. Se trata de una sentencia interpretativa que avala la constitucionalidad de dichos preceptos. La sentencia no se dicta por unanimidad y existe un voto concurrente firmado por 3 de sus miembros. A continuación, se van a resumir tanto la sentencia como el voto concurrente por la importancia de este al encontrarnos precisamente ante una sentencia interpretativa.

SENTENCIA.

En el recurso de inconstitucionalidad se plantearon las ss. cuestiones:

(a) en primer lugar si los arts. 39, 24.1 y 117.3 CE atribuyen al poder judicial una facultad de supervisión, como límite constitucional añadido a la libertad de configuración del legislador de la regulación del régimen de visitas y estancias de los menores con sus padres;

(b) en segundo lugar, si la regulación impugnada supone la privación por disposición legal a un progenitor de los derechos de visita y estancia y lesionan la efectividad del mandato de velar por el interés del menor;

(c) en tercer lugar, si quebranta el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) la expresión “incurso en un proceso penal iniciado” que se contiene en el párrafo cuarto del art. 94 CC;

(d) si contraviene el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley y la reserva de ley orgánica atribuir al órgano judicial del orden jurisdiccional civil la valoración de la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género;

e) y, por último, si atribuir en determinadas circunstancias a un progenitor la decisión de que los hijos menores de edad reciban atención y asistencia psicológica informando previamente al otro progenitor vulnera el art. 117 CE en relación con el art. 39 CE.

El tribunal tras recordar su doctrina sobre el derecho de visitas, comunicaciones y estancias, analizar el interés superior en los tratados internacionales, así como la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa al derecho de relacionarse como elemento esencial de la vida familiar y al interés superior como criterio prevalente en la determinación del régimen de visitas y de comunicación, entra a analizar cada uno de los motivos expuestos en el recurso.

A) En relación a la pretendida facultad judicial de supervisión entendida como límite constitucional añadido a la libertad de configuración del legislador en el régimen de visitas y estancias, el tribunal descarta que del artículo 39 CE resulte la constitucionalidad de ese específico límite al legislador teniendo en cuenta que el legislador ha de establecer una regulación que garantice los derechos fundamentales de las personas menores de edad entre las que se encuentra el derecho a la vida y a la integridad física y moral que la norma trata de preservar, lo que puedes hacer no solo con acciones positivas o de promoción sino también estableciendo prohibiciones o límites.

B) En cuanto a la efectividad del principio del interés superior del menor, el Tribunal sostiene que la redacción del párrafo cuarto del art. 94 CC, en modo alguno contraviene el art. 39 CE, ni la doctrina que lo interpreta ni tampoco los convenios internacionales que le sirven de pauta interpretativa. “En efecto, el precepto no priva de modo automático al progenitor del régimen de visitas o estancias como afirman los recurrentes, sino que atribuye a la autoridad judicial la decisión sobre el establecimiento o no de un régimen de visitas o estancias o la suspensión del mismo, incluso en los supuestos en los que un progenitor esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos o cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de

indicios fundados de violencia doméstica o de género, en la que se comprende también “la violencia que con el objetivo de causar perjuicio o daño a las mujeres se ejerza sobre sus familiares o allegados menores de edad” (apartado 4 del art. 1 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género —en adelante LOVG—, introducido por la disposición final décima de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio), por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia (art. 1.1 LOVG). Así resulta claramente si en la lectura del párrafo cuarto no se omite su inciso tercero, que atribuye en todo caso la decisión relativa al establecimiento o no de un régimen de visitas, comunicación y estancias a la autoridad judicial, que deberá motivarla en atención al interés del menor.

Ciertamente en alguno de los supuestos referidos en los dos primeros incisos del párrafo cuarto, será la valoración de la gravedad, naturaleza y alcance que el delito investigado tenga sobre la relación paterno o materno filial, su carácter doloso o imprudente, la persona o personas directamente afectadas por el mismo, o las concretas circunstancias del caso, las que normalmente revelarán si el interés del menor impone que se suspendan de modo absoluto, o se restrinjan o no, las relaciones del menor con alguno de los progenitores o con ambos.

Esa decisión, frente a lo que afirman los recurrentes, se atribuye por el párrafo cuarto del art. 94 CC exclusivamente a la autoridad judicial en los casos en que así lo estime necesario o conveniente en resolución motivada en el interés superior del menor podrá optar por no privar al progenitor del régimen de visitas y estancias, o adoptar medidas “menos radicales”.

Por todo ello, puede concluirse que el párrafo cuarto del art. 94 CC, carece del automatismo que predicen los recurrentes y no predetermina legalmente la privación del régimen de visita o estancia a ninguno de los progenitores. Es la autoridad judicial la que tomará la decisión de suspender, de restringir o no el régimen de visitas y estancias, y lo deberá hacer guiada por la finalidad de velar por el interés del menor (art. 39 CE). A tal fin, el precepto impugnado no limita la posibilidad de que el órgano judicial valore la gravedad, naturaleza y alcance del delito que se atribuye a un progenitor o a ambos, ni su incidencia en la relación paterno o materno filial, su carácter doloso o imprudente, la persona o personas directamente afectadas por el mismo, así como las concretas circunstancias del caso. De este modo, a diferencia de lo que afirman los recurrentes, el precepto impugnado faculta a la autoridad judicial para que pondere entre otras las consecuencias irremediables que el trascurso del tiempo de duración de la instrucción puede tener para las relaciones entre el niño y los progenitores que no viven con él (por todas, STEDH Saleck Bardi c. España, § 52), el carácter provisional de la condición de investigado en un proceso penal, así como, su deber de adoptar medidas eficientes y razonables para proteger a los niños de actos de violencia o de atentados contra su

integridad personal. Dichas medidas, desde luego, pueden ocasionar la pérdida de los derechos dimanantes de la patria potestad si el interés superior del menor, que puede incluir la seguridad de la víctima, no se puede garantizar de ninguna otra forma (art. 45 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011).”

C) En cuanto a la seguridad jurídica, el Tribunal concluye que no existe vulneración del principio de seguridad jurídica del art. 9.3 CE. Los recurrentes basaron su alegación en la expresión “incurso en un procedimiento penal iniciado” que se contiene en el párrafo cuarto del art. 94 CC pues parece dar a entender que cabe la posibilidad de que el progenitor se halle incurso en un proceso penal no iniciado, o que el legislador trate de excluir de su aplicación los supuestos en que solo conste presentada denuncia o querrela, sin que aún se haya resuelto sobre su admisión. Añade que no existe un concepto legal que describa la situación de “estar incurso en un proceso penal”. Sin embargo el alto Tribunal entiende que “la naturaleza de las medidas restrictivas de derechos contenidas en la norma cuestionada y su interpretación sistemática, permite afirmar que si la autoridad judicial decidiera la suspensión del régimen de visitas, respecto del progenitor denunciado o querrellado que hubiera sido imputado por cualquiera de los delitos que el párrafo cuarto del art. 94 CC señala, habrá de hacerlo mediante una resolución motivada, en la que valore la relación indiciaria del progenitor con los hechos delictivos que han dado lugar a la formación del proceso penal.

D) También el TC entiende que no existe vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE) y de la reserva de ley orgánica (arts. 81.1 y 122 CE). Los recurrentes basan esta reclamación en que el precepto cuestionado, al atribuir a la jurisdicción civil el pronunciamiento acerca de la existencia de indicios de delito en lugar de a la jurisdicción penal, que es a la que —a su juicio— le corresponde de modo “ordinario” por su vinculación “natural” con el objeto del litigio, ha vulnerado el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE), y al hacerlo mediante ley ordinaria, ha menoscabado el principio de reserva de ley orgánica (arts. 81.1 y 122 CE) modificando sin rango suficiente lo previsto por la Ley Orgánica del Poder Judicial (arts. 9.2 y 3, y 89 bis.2 LOPJ). El TC rechaza que cuando el art. 94.2 atribuye al juez del orden jurisdiccional civil valorar si de las alegaciones de las partes y de las pruebas practicadas resultan indicios fundados de violencia doméstica o de género, como circunstancia a tomar en consideración para privar o suspender el régimen de visitas o estancias, vulnera el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley y el principio de reserva de ley orgánica pues, el juez civil, debe tomar en consideración la existencia de indicios de violencia doméstica o de género a los efectos de adoptar una decisión sobre el régimen de estancias, comunicaciones y visitas, no supone la atribución de competencia al juez de primera instancia distinta de la que tiene en este ámbito y menos aún menoscaba la competencia propia del orden jurisdiccional penal. El precepto recurrido, ni modifica el marco de atribución de

jurisdicción y competencia que diseña con carácter general la L.O.P.J. a los juzgados de primera instancia e instrucción (arts. 85, 87.1 LOPJ) o de violencia sobre la mujer (arts. 87 ter.1 a 4 LOPJ), ni tan siquiera dicho marco queda afectado por la regulación impugnada. Es por ello que carece de sustento la pretendida vulneración del derecho al juez predeterminado por la ley (art. 24.1 CE). Tampoco se vulnera el principio de reserva de ley orgánica (arts. 81.1 y 122.1 CE), no solo porque el precepto recurrido no efectúa una atribución del conocimiento de asuntos al juez de primera instancia distinta a la que ya tenía, sino porque además la reserva de ley orgánica (art. 122.1 CE), no se proyecta a la fijación de las reglas fundamentales de la competencia, material y territorial, al bastar que tales reglas vengan establecidas por una ley en sentido estricto (STC 93/1988, FJ 4), y que no se excepcione frontalmente o contradiga “el diseño que de los distintos órdenes jurisdiccionales haya establecido la ley orgánica” (STC 128/2018, FJ 3).

E) En cuanto a la pretendida vulneración del artículo 117 de la Constitución en relación al 39 por atribuir en determinadas circunstancias a un progenitor la decisión de que los hijos o hijas reciban atención y asistencia psicológica (art. 156 CC), los recurrentes aducen que al omitir la intervención del órgano judicial se produce una privación automática de la patria potestad. el tribunal desestima esta propuesta en base a lo aducido en el fundamento tercero en relación al interés superior del menor pero además reprocha los recurrentes el que no hayan cumplido debidamente con el deber de colaborar con la justicia del tribunal mediante un pormenorizado análisis de las graves cuestiones que plantean.

VOTO CONCURRENTE.

Los magistrados que firman el voto concurrente comienzan haciendo referencia a que tanto el voto particular como el voto concurrente, como decía Francisco Tomás y Valiente, es “una ventana abierta al exterior por la que el tribunal hace públicas sus propias dudas” y que, si los votos particulares son relevantes siempre por poner de manifiesto esas dudas, cuando nos encontramos ante una sentencia interpretativa como es el caso, el voto particular que discrepa de la interpretación sostenida por la mayoría del pleno es particularmente importante, por lo que, el voto particular es fundamental pues, a pesar de concordar con el fallo desestimatorio al entender que la norma impugnada no incurre en ninguna causa de inconstitucionalidad, discrepan de la línea argumentativa principal que lleva la mayoría alcanzar el fallo. Los magistrados concurrentes manifiestan qué puede haber más de una interpretación constitucional de una ley y más de una aproximación distinta al juicio de inconstitucionalidad. La sentencia de la mayoría entiende que hay una interpretación constitucional de la norma impugnada y que solo esa interpretación permite salvar la constitucionalidad de la norma y llegar a un fallo desestimatorio, pero, a juicio de estos magistrados, existe otra interpretación apoyada en la perspectiva de género que la sentencia ignora completamente

obviando de esta manera la razón que llevó al legislador a la aprobación del artículo segundo de la ley 8/2021.

Tras aludir al Pacto de Estado contra la violencia de género y al Real Decreto ley 9/2018, discrepan del juicio de la mayoría al haberse obviado totalmente a la mujer como si nada tuvieran que ver las medidas adoptadas con la protección de las madres de los niños y niñas víctimas de la violencia de género. Recuerdan que la reforma legislativa se realizó con el objetivo de abordar una dimensión muy concreta de la violencia contra las mujeres. Obviarlo supone privar de visibilidad a las mujeres que, siendo madres, viven situaciones de violencia ejercida por sus parejas o exparejas y padres al tiempo de sus hijos e hijas. La sentencia no introduce en la reflexión el elemento esencial que mediatiza esa relación y qué es la violencia contra la mujer. El principio feminista de que “lo que no se nombra no existe” es una exigencia universal que el feminismo particulariza para las mujeres e integra en su reivindicación de la igualdad como un elemento de importancia. En la sentencia no se interioriza con más que se cite el Pacto de Estado. No se nombra la violencia sobre la mujer. No se considera que las medidas controvertidas tienen por finalidad no solo la protección de los hijos e hijas sino también las de sus madres. Por lo que rechazan la argumentación de la sentencia acordada por la mayoría del pleno. Los magistrados concurrentes entienden que la argumentación racional a la que se ha de acudir para legitimar el uso del derecho exige que quien argumenta asuma la condición del sujeto jurídico de las mujeres, lo que supone asumir que las normas tienen o pueden tener efectos diversos sobre las personas en virtud del sexo de estas últimas. Aluden a la perspectiva de género en el examen de la constitucionalidad de los preceptos cuestionados lo que hubiera exigido analizar porqué y cómo las medidas cuestionadas afectan en particular a las relaciones de poder entre un padre y una madre que, encontrándose en una situación de violencia, tienen hijos o hijas en común con los que despliegan una relación propia que mediatiza la que tienen entre ellos como pareja o expareja. Incluso los magistrados opinan que, acudiendo a criterios de argumentación clásicos también se podría haber llegado a una fundamentación distinta. Para sostener esta conclusión hacen un análisis de la evolución legislativa⁵ y jurisprudencial⁶ precedente a la ley 8/2021, así como al Pacto de Estado de 2017, para concluir que la modificación normativa sometida a juicio de constitucionalidad surge en el contexto de un desarrollo legislativo y jurisprudencial que va atribuyendo una naturaleza propia y específica, pero siempre dentro de las medidas para atajar la violencia machista, a la violencia ejercida contra los hijos e hijas de una pareja en la que también la madre sufre violencia. Resulta claro de esa

⁵ Desde la aprobación de la Ley Orgánica 1/2004, pasando por el convenio de Estambul por la reforma del Código Civil del año 2013, aluden también a la legislación civil especial de Cataluña, Navarra, Aragón y País Vasco, al dictamen de la CEDAW en el asunto Ángela González Carreño, a la Ley Orgánica 8/2015 que modificó el artículo 1-2 y 65 y 66 de la Ley Integral de violencia de género como a la ley 4/2015 del Estatuto de la víctima del delito que modificó el artículo 544 ter de la LEcrim

⁶ STS Sala de lo Civil de 26 de noviembre de 2015 (Rec. Nº 36/2015)

evolución legislativa que lo que pretende el legislador es incrementar la protección de los menores y de sus madres, precisando de forma paulatina el alcance de las relaciones parentales en ese contexto.

Los magistrados concurrentes discrepan de la argumentación del pleno relativa al párrafo en el que hacen constar que la redacción dada por la ley no priva de modo automático al progenitor del régimen de visitas o estancias, sino que atribuye a la autoridad judicial la decisión sobre el establecimiento o no del régimen de visitas o la suspensión del mismo incluso en los supuestos en los que un progenitor esté incurso en un procedimiento penal iniciado o cuando la autoridad judicial advierta de las alegaciones de las partes o de las pruebas practicadas la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. De manera que razonan los magistrados la sentencia sostiene que el margen del juzgador abarca la posibilidad de limitar las relaciones y derechos parentales o no hacerlo en función de las circunstancias del caso porque solo de este modo es posible asegurar el interés superior del menor. No están de acuerdo con esta argumentación los magistrados concurrentes que entienden que por la evolución normativa descrita el legislador tiende a reducir el margen de apreciación del órgano judicial para imponer progresivamente medidas más restrictivas del mantenimiento de las relaciones parentales en aplicación de un principio de precaución y de protección que no es ajeno a la garantía del interés superior del menor buscando así preservar además la integridad física y moral de sus más. Los magistrados concurrentes entienden que cuando uno de los progenitores está en curso en alguno de los procedimientos por violencia doméstica o de género referidos en el precepto o se hallan en el procedimiento civil indicios de haber incurrido en esos delitos, “la regla general será la suspensión del régimen de visitas estancias y comunicaciones y solo de manera excepcional podrá la autoridad judicial acordar tales estancias visitas y comunicaciones, a través de una resolución judicial en la que se justifique adecuadamente cuáles son las razones, basadas en el interés superior del menor coma que motivan el apartamiento de la regla general, tras llevar a cabo una valoración adecuada de la relación paterno filial. “La voluntad del legislador, por tanto, no permanece ajena a la protección de la mujer. La conexión de la norma con el pacto de Estado resulta manifiesta. Y la literalidad de la disposición apunta a la existencia de una regla general, restrictiva de los derechos parentales de quien está incurso en un procedimiento por ejercer violencia machista, que puede admitir excepciones, pero que ha de ser taxativamente aplicada por el órgano judicial. Como bien afirma la sentencia en el FJ 3, ni el art. 39 CE, ni el art. 117.3 CE, ni el art. 24.1 CE, “vedan que el legislador pueda dictar una regulación general por la que determine la resolución que deba adoptarse, en relación con las estancias y visitas, en los procedimientos civiles y penales modulando de este modo la capacidad decisoria de los órganos judiciales”. Y el legislador opta, dentro de su margen constitucional de actuación y la libertad regulatoria que se le reconoce, por establecer una regla general a la definición del régimen de relaciones

parentales en supuestos de violencia machista o de sospecha de que pudiera estarse dando violencia machista en el entorno familiar.”

Tras reiterar las reformas anteriores de los artículos 65 y 66 de la Ley Integral, en este voto los magistrados entienden que “ [l]a lectura del artículo 94, párrafo cuarto CC que realiza la sentencia aprobada por la mayoría dando a entender que no modula en modo alguno la discrecionalidad judicial a la hora de establecer regímenes de estancias, visitas y comunicaciones en casos de violencia de género o violencia doméstica, neutraliza por completo la finalidad que dicha norma está llamada a cumplir, y que ha justificado su incorporación al ordenamiento jurídico, y la convierte en completamente innecesaria, por cuanto no aportaría nada adicional en relación con la realidad jurídica preexistente. En otras palabras, el efecto de una interpretación del precepto como la que formula la sentencia aprobada por la mayoría equivaldría, a efectos prácticos, a una anulación del mismo consiguiente a su declaración de inconstitucionalidad, lo que constituye una clara contradicción entre la argumentación y el fallo”

En cuanto al superior interés del menor los magistrados discrepantes en cuanto a la fundamentación de la sentencia insisten en que la necesidad de preservar el interés superior del menor como fin de la norma no se enfoca tanto hacia la preservación de sus relaciones familiares como hacia la protección de las personas menores de edad de las graves y nocivas consecuencias que para su vida, integridad física inmaterial y para el libre desarrollo de su personalidad derivan de la exposición a conductas de violencia de género y machistas, opción legislativa que encuentra, a juicio de dichos magistrados, pleno amparo constitucional no solo en la libertad de configuración del legislador y en el artículo 39 de la Constitución sino también y de manera prioritaria en la protección de los derechos fundamentales a la vida e integridad física y moral de las personas menores de edad y a la garantía del libre desarrollo de su personalidad. Reiteran, además, que el precepto tiene por finalidad proteger a las mujeres víctimas de la violencia de género de actos y conductas dirigidos a causarle daño a través de sus hijos e hijas menores en los términos expuestos en el artículo 1-4 de la L.O. 1/2004, finalidad que encuentra fundamento en el artículo 15 y 39.2 de la Constitución y que es coherente con las obligaciones asumidas por el Estado español al firmar y ratificar el Convenio de Estambul. Concluyen poniendo en evidencia que “[l]a deliberada omisión en la sentencia de toda referencia a la violencia de género en general y a la violencia vicaria en particular constituye una auténtica invisibilización de estas realidades desgraciadamente presentes de manera notoria en nuestra sociedad, invisibilización que resulta particularmente incomprensible en lo que se refiere a la violencia vicaria, que claramente se sitúa en el origen y fundamento del precepto examinado, y que se ha cobrado ya la vida de cuarenta y siete niños y niñas desde el año 2013, en que comenzaron a recopilarse datos relativos a esta particular clase de violencia. La invisibilización de la violencia de género, que constituye la manifestación más grave de la desigualdad entre mujeres y hombres supone también ignorar por completo que el principio de igualdad

entre mujeres y hombres, como regla hermenéutica general, ha de integrarse y observarse en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas (art. 4 de la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres).”