

# NOVEDADES JURISPRUDENCIALES SOBRE VIOLENCIA DE GÉNERO

---

# Índice

---

Pág.






4. Cualquier agresión de un hombre a una mujer en una relación de pareja es constitutiva de violencia de género
7. ¿Cómo ha de medirse la distancia establecida en una orden de alejamiento?
9. Asesinato de un hijo en venganza de su madre
11. Criterios para la valoración de la declaración de las víctimas de violencia de género
13. Primera sentencia del TS en la que se aplica la agravante por razones de género
15. Maltrato de género previo: no se puede dudar de la veracidad en la declaración de la víctima
17. Agresión sexual en una relación de pareja
19. Delito de acoso: mensajes dirigidos a la expareja
21. Inhabilitación del ejercicio de la patria potestad en caso de intento de matar a la madre
23. Llamada perdida a víctima de violencia de género: ¿es quebrantamiento de condena si hay prohibición de comunicarse?
25. Propinar una bofetada a una hijastra constituye un delito de maltrato familiar
27. Quebrantamiento del alejamiento: consentimiento de la víctima
28. Resiliencia de la víctima de malos tratos



ADN descompone la actualidad  
para que conozcas todos  
sus matices

LEFEBVRE  
ADN

## El servicio de análisis de novedades para el asesor y el abogado, que te permite:

-  Conocer de forma continua la actualidad con diferentes niveles de profundidad y enfoques.
-  Comprender fácilmente todos los cambios, sus consecuencias y su aplicación práctica.
-  Saber cómo afectan estas novedades a tus clientes y qué ventajas pueden suponer para ellos.
-  Acceder a la información de forma cómoda y eficaz, desde cualquier dispositivo.
-  Con la garantía de calidad de Lefebvre.

ADN está diseñado para ser consultado en cualquier lugar de forma cómoda y fácil: desde tu teléfono, tu tableta, tu portátil o desde tu ordenador de sobremesa.



「 INFÓRMATE AHORA EN EL 91 210 80 00 」

# Cualquier agresión de un hombre a una mujer en una relación de pareja es constitutiva de violencia de género

TS 20-12-18, EDJ 657574

El Tribunal Supremo fija criterio en los casos de agresiones recíprocas sin lesiones en el marco de una relación de pareja o expareja.

## **Violencia de género: no exigencia de la intención de dominación o machismo como elemento subjetivo del tipo penal**

El Tribunal Supremo revoca la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza que confirmaba la absolución, decretada por el juzgado de lo penal, de una pareja en la que se habían agredido mutuamente hombre y mujer sin resultado de lesiones y sin mediar denuncia.

Según los **hechos probados**, la pareja inició una discusión a la puerta de una discoteca, sobre si debían marcharse a casa o, según quería la mujer, quedarse un rato más en la discoteca. En el curso de dicha discusión se agredieron recíprocamente, de manera que la encausada le propinó a él un puñetazo en el rostro y él le dio un tortazo con la mano abierta en la cara, recibiendo él una patada propinada por ella. No consta la producción de lesiones. Ninguno de los dos denuncia al otro.

El **juzgado** dictó sentencia absolutoria (posteriormente confirmada por la Audiencia), al entender que, como los hechos no tuvieron lugar en el ámbito fami-

liar, no resultaba de aplicación el CP art.153 -que tipifica las agresiones en el marco de una relación de pareja-. Según la **Audiencia**, se trató de un supuesto de agresión mutua que no se corresponde con el uso de la fuerza por el más fuerte contra el más débil, sino con una situación de enfrentamiento recíproco como resultado de la oposición de las dos personalidades enfrentadas. Por estas razones, se decidió aplicar al caso el CP art.147.3, que tipifica el maltrato de obra sin lesión, delito solamente perseguible mediante denuncia de parte agraviada, y al no existir dicha denuncia se decretó la absolución.

La cuestión principal que se debate en el presente caso es si, para entenderse cometidos los delitos tipificados en el CP art.153, se debe exigir la concurrencia de un dolo específico más allá de la acción material de maltrato o, al menos, un elemento subjetivo del injusto consistente en una **posición de dominio, desigualdad o discriminación** (en los términos de la Exposición de Motivos de la LO 11/2003 y del art.1 de la LO 1/2004).

## NOVEDADES JURISPRUDENCIALES SOBRE VIOLENCIA DE GÉNERO

La **posición de los tribunales** sobre esta cuestión puede resumirse en cuatro posturas:

1. Considerar que la mención de la LO 1/2004 art. 1 solo es una mera referencia a un elemento que no se valora como prueba en juicio, sino que es una **reflexión sobre el trasfondo** que hay en los hechos de violencia de género.
2. Considerar que dicho elemento se incorpora al Derecho positivo y que debe por ello ser **objeto de prueba** por la acusación que concurre la dominación o machismo para considerar el hecho constitutivo de violencia de género.
3. Considerar que se debe permitir al acusado acreditar que en la comisión del hecho **no concurrió ese ánimo** y que la conducta queda al margen de la relación de pareja o, mejor dicho, de un intento de dominar a la pareja.
4. Considerar que en los casos de agresiones mutuas en pareja hombre y mujer no se aplica el CP art.153, salvo que quede acreditado un **ánimo de dominación o machismo**.

El TS entiende que, en ningún caso, se exige como elemento del tipo del CP art.153.1 ese elemento subjetivo del injusto, ni cuando actúa un hombre en el maltrato a una mujer, ni tampoco cuando se trata de un acometimiento mutuo. Así, cuando alguna resolución exige que, en los casos de agresiones recíprocas en pareja o ex pareja, se adicione un elemento intencional o subjetivo de dominación o machismo, se está produciendo un **exceso en la exigencia de la prueba**, que no está requerido en el tipo penal.

Por ello, estima el recurso del Ministerio Fiscal, con base, entre otras, a las siguientes **conclusiones**:

- La **agresión mutua entre hombre y mujer** que sean pareja o ex pareja, de la que no se desprendan lesiones

objetivables, es una conducta claramente tipificada en el CP art.153.1 y 2. No existe base legal para degradar dicha conducta a delito leve del CP art.147.3.

- No se exige **ánimo de dominación o machismo** en la prueba a practicar. El “factum” solo debe reflejar un golpe o maltrato sin causar lesión para integrar la tipicidad y llevar a cabo el proceso de subsunción, sin mayores aditamentos probatorios. Los únicos elementos subjetivos van referidos a los elementos del tipo penal, no a otros distintos o al margen de la tipicidad penal.
- La **riña mutua** no puede suponer un beneficio penal para ninguno de los agresores.
- Cabe la aplicación del CP art.153.4, que permite al juez o tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, imponer la **pena inferior en grado**. Ello permitirá graduar la respuesta penológica al caso concreto, pero no absolver por la circunstancia de que exista agresión mutua y no se haya probado por la acusación el ánimo de dominación o machismo en el hombre.

- Es posible valorar supuestos de **legítima defensa**. Resulta viable que en caso de agresión recíproca pueda valorarse la opción de la concurrencia de la circunstancia modificativa de responsabilidad criminal de la legítima defensa, que podría dar lugar a una exención o atenuación de la pena, lo que queda al ámbito de la prueba de sus circunstancias en el juicio oral.

- No existe una **presunción de dominación** iuris et de iure, pero ello no es elemento del tipo penal del CP art.153. El hecho típico determina la objetividad del acto según la concurrencia de los elementos de la acción descrita en el tipo penal respectivo, lo que quedará en el ámbito de la prueba. Incluso en los casos en los que el acto de maltrato lo pudiera

## NOVEDADES JURISPRUDENCIALES SOBRE VIOLENCIA DE GÉNERO

iniciar la mujer a su pareja y el hombre respondiera con un acto de maltrato, igualmente podría existir un acto de dominación en el acto de la respuesta, pero ello no se exige tampoco, porque no es elemento del tipo. Y su ausencia no permite degradar el hecho a delito del CP art.147.3.

En consecuencia, se **condena** por los delitos del CP art.153.1 y 2, aunque imponiendo la pena inferior en grado: al hombre la pena de 6 meses de prisión con orden de alejamiento y sus accesorias, y a la mujer una pena de 3 meses con iguales accesorias y alejamiento.

### Nota

La sentencia cuenta con un voto particular que suscriben cuatro de los catorce magistrados del Pleno. En él se rechaza la condena por el delito del CP art.153.1 y se considera que hombre y mujer debieron ser condenados ambos como autores de un delito del CP art.153.2, al entender que las agresiones mutuas tuvieron lugar en un nivel de igualdad, en el que dos seres humanos, con independencia de los roles personales y sociales que cada uno pueda atribuir al otro, se enfrentan hasta llegar a la agresión física, teniendo como base una discrepancia sobre un aspecto intrascendente de su vida, discrepancia que pudiera haberse producido y tratado entre cualesquiera otras dos personas, sin implicar superioridad inicial de ninguna sobre la otra. En esas condiciones, los magistrados discrepantes señalan que la aplicación del CP art.153.1 al acusado varón resulta automática y mecánica, e implica una presunción en su contra relativa a la concurrencia del elemento objetivo que, según la doctrina del Tribunal Constitucional, justifica que la sanción sea diferente y más grave que la que correspondería al otro miembro de la pareja que ejecuta hechos de idéntica relevancia penal. Partir de la base de que concurre el elemento que justifica el trato desigual es contrario a la presunción de inocencia. Y hacer que el acusado responda, de modo automático y mecánico, de una característica de la conducta, necesaria para justificar la desigualdad

de trato, que no se ha probado en el caso, además, vulnera el principio de culpabilidad.

### Sentencias relacionadas

#### Requisitos para la aplicación del delito del CP art.153

- TCo auto 233/2004, EDJ 115623. Legitimidad constitucional de la norma que sanciona unas agresiones más graves con una mayor pena. Se admite un tratamiento diferenciado de supuestos de hecho iguales.
- TCo 59/2008, EDJ 48144. Constitucionalidad de la redacción del CP art.153 en su diferente ámbito penológico de los apartados 1 y 2.
- TCo 41/2010, EDJ 158755. El juez o tribunal debe permitir que el acusado pueda probar que en la comisión del hecho no concurre elemento intencional alguno constitutivo de la violencia de género. El acusado puede probar que hubo una intención distinta, o que los hechos y las circunstancias lo son al margen de un tratamiento de género, o de la desigualdad.
- TS 24-11-09, EDJ 288557. No toda acción de violencia física en el seno de la pareja del que resulte lesión leve para la mujer, debe considerarse necesaria y automáticamente como la violencia de género que castiga el CP art.153, sino sólo y exclusivamente cuando el hecho sea manifestación de la discriminación, de la situación de desigualdad y de las relaciones de poder del hombre sobre la mujer.
- TS 30-9-10, EDJ 226136. El empleo de violencia y la relación de convivencia colman las exigencias del tipo, con independencia de la motivación que anima al autor.
- TS auto 31-7-13, EDJ 176920. Exigencia de ánimo de dominación para la apreciación del delito del CP art.153.1. Se exige una particular intencionalidad de dominación o subyugación por parte del sujeto activo de la acción respecto de la víctima.

## ¿Cómo ha de medirse la distancia establecida en una orden de alejamiento?

TS 21-12-18, EDJ 661682

El TS considera que la medición de la distancia establecida en una orden de alejamiento debe hacerse como determine el juez y, en su defecto, en línea recta.



### Síntesis

#### Forma de medir la distancia fijada en la orden de alejamiento

Tras imponerse en vía penal, como medida cautelar durante la tramitación de la causa, la prohibición de acercarse a menos de 200 metros de la presunta víctima de **violencia de género**, el acusado fue localizado a una distancia de casi 113 metros en línea recta del domicilio de aquélla.

Sin embargo, el Juzgado de lo Penal absolvió al acusado del delito de **quebrantamiento** de medida cautelar al entender que aquél se encontraba a una **distancia** superior a 200 metros teniendo en cuenta el recorrido a realizarse por un viandante andando por la vía pública.

El Ministerio Fiscal interpuso recurso de apelación. Y la Audiencia Provincial desestimó el recurso al considerar que en la orden de **alejamiento** no se especificó el **tipo de medición**. Sentenció que la solución más favorable al acusado era una medición física compatible con la posibilidad real de un viandante de acercarse al domicilio de la víctima.

Contra dicha sentencia recurre en casación el Ministerio Fiscal por entender que la medición debe efectuarse siempre en línea recta. Y ello para conseguir la **máxima protección** de las víctimas de violencia



## NOVEDADES JURISPRUDENCIALES SOBRE VIOLENCIA DE GÉNERO

doméstica y de género.

El Tribunal Supremo reconoce que son innumerables las posibilidades que presenta la realidad, por lo que las **características concretas** de la medida de alejamiento podrán depender de las **peculiaridades** de cada caso. Entiende que debe ser el juez o tribunal que la acuerde quien ha de determinar las condiciones en las que debe cumplirse, de modo que se obtenga la seguridad de la víctima.

Por ello, la **distancia** establecida en una orden de alejamiento debe medirse en la forma en que determine la resolución judicial que acuerda la medida y, en su defecto, en línea recta. Razona al respecto que la medida en línea recta es más **segura**, no solo para la víctima, sino incluso para el autor de los hechos, al poder conocer sobre plano los lugares a los que no puede dirigirse por estar afectados por la prohibición. Además, el control sobre el cumplimiento de la medida se efectúa mediante **aparatos telemáticos** que miden en línea recta la distancia entre dos puntos.



### Cuestiones a recordar

#### Requisitos para estimar infringida la orden de alejamiento

Para considerar la **comisión del tipo penal** de quebrantamiento de condena o medida cautelar deben darse tres requisitos en la conducta del acusado (CP art.468):

- **requisito normativo:** previa existencia de una medida de **prohibición** de acercamiento y/o comunicación con la víctima acordada judicialmente;
- **requisito objetivo:** acción consistente en incumplir, infringir, **desobedecer** o desatender la medida cautelar; en concreto, aproximarse a la víctima o a su domicilio o al lugar en que se encuentre, o bien se dirija a ella remitiéndole mensajes o llamándola por teléfono, o a través de terceras personas.
- **requisito subjetivo:** conocimiento de la vigencia de la medida y **conciencia** de su vulneración (dolo típico).



# Asesinato de un hijo en venganza de su madre

## TS 8-1-19, EDJ 500223

El Tribunal Supremo confirma la condena por asesinato al padre que, ante la petición de divorcio de su esposa, apuñaló al hijo de ambos causándole la muerte.

### Confirmación de condena por el asesinato del propio hijo

El Tribunal Supremo resuelve, confirmándola, un recurso de casación interpuesto contra la sentencia del TSJ País Vasco que confirmó a su vez la de la AP Guipúzcoa, que condenó a un hombre por el asesinato de su hijo tras haberle solicitado su esposa, y madre del niño, el divorcio.

A estos efectos **se considera probado** que el condenado atacó al menor de forma sorpresiva; que le clavó un cuchillo en el corazón; y que las heridas le causaron un shock cardiogénico y un taponamiento cardíaco que le produjo la muerte.

Por otro lado, se ha evidenciado la indefensión del menor que, sin esperar un acto así de su propio padre, sin poder saber que su intención fuera matarlo, se fio de él para ir a la casa. Esta situación, junto con la propia forma de ejecución del mismo, denotan la **alevosía** que convierte el crimen en asesinato.

Asimismo, considera de especial gravedad que se dirigiera contra el propio hijo un acto de venganza sobre la madre, poniendo en evidencia el concepto de

posesión que el condenado tenía de ella, y manifestando también el autor una maldad y crueldad desmedida, pues con este pretendía causarle a su esposa el máximo dolor y hacerle sentir culpable de su actuación, lo que debe tener un reflejo en la **imposición de la pena**.



### Cuestiones a recordar

#### Circunstancias agravantes de la responsabilidad

##### Alevosía (CP art.22.1)

La alevosía se caracteriza fundamentalmente por el empleo de ciertos **medios, modos o formas de ejecución**: aquellos que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido.

##### Parentesco (CP art.23)

El parentesco es la única circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal de **carácter personal y mixto**, esto es, con una naturaleza ambivalente, ya que puede surtir tanto efectos atenuatorios como agravatorios de la responsabilidad criminal.

## NOVEDADES JURISPRUDENCIALES SOBRE VIOLENCIA DE GÉNERO

De acuerdo con ello, la existencia de una relación conyugal o análoga a esta, presente o pasada, entre el responsable del delito y la víctima, o que esta sea ascendiente, descendiente, hermano por naturaleza o adopción del autor del hecho, o de su cónyuge o conviviente, «puede» operar para agravar o atenuar la pena, «según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito cometido»

Son tres los **posibles efectos** que puede desplegar la circunstancia de parentesco:

- agravar la responsabilidad;
- atenuarla; o
- ser indiferente, por no influir en la misma. Esto último se deduce del carácter potestativo que para el juez tiene la apreciación de la circunstancia, teniendo en cuenta que el legislador utiliza la expresión «puede», reconociendo tanto la jurisprudencia como la doctrina que el tenor del precepto no obliga a estimar necesariamente la circunstancia como agravante o atenuante. El criterio y la motivación empleados por el juez para esta decisión son revisables en casación.



# Criterios para la valoración de la declaración de las víctimas de violencia de género

TS 6-3-19, Rec 779/18

El TS establece los criterios a tener en cuenta por el Tribunal en la valoración de la declaración de la víctima en el proceso penal.



## Síntesis

### Valoración de la declaración de la víctima en el proceso penal

La denunciante mantuvo una relación sentimental durante la cual fue **víctima de maltrato habitual**. Cada vez que su pareja ingería alcohol la insultaba, y en una ocasión llegó a propinarle dos puñetazos.

La **AP Palma de Mallorca** condenó al denunciado como autor de un delito del CP art.173. 2, a la pena quince meses de prisión, y como autor de un delito del CP art.153, a trabajos en beneficio de la comunidad, entre otras; en ambas penas el Tribunal apreció la atenuante analógica de embriaguez.

Ambas partes presentaron **recurso de casación por infracción de ley** ante el TS. El acusado argumentaba que los hechos deberían haber sido calificados como falta de lesiones y no como delito, además de error en la valoración de la prueba. La víctima se oponía a la aplicación del atenuante y solicitaba la inclusión de la responsabilidad civil y las costas olvidadas en la sentencia recurrida. El TS estima este último motivo, desestimando los demás de ambos recurrentes. Al primer motivo esgrimido por el condenado, el TS

contesta que en el contexto de la **relación de pareja** no puede producirse una atenuación de la penalidad por el consumo de alcohol, utilizándolo el autor del maltrato como si se tratara de un subtipo atenuado o rebajarlo a la consideración de falta. Lo que permite el CP es aplicar la **atenuante de embriaguez**, pero no rebajarlo a delito leve.

Respecto al segundo motivo, error en la valoración de la **prueba**, basada fundamentalmente en el **testimonio de la víctima**, el Tribunal contesta que declaración de la perjudicada tenía coherencia, detallando claramente los hechos, distinguiendo situaciones, discriminando los hechos que tenían lugar habitualmente de los que no, además de una evidente falta de propósito de perjudicar, sin ánimo de venganza o resentimiento que pudiera influir en la valoración de dicha declaración.

El TS, además, cita los **presupuestos en el análisis de la valoración** por el Tribunal de la declaración de la víctima:

1. **Seguridad en la declaración** ante el Tribunal por el interrogatorio del Ministerio Fiscal, letrado/a de la acusación particular y de la defensa.
2. **Concreción** en el relato de los hechos.

3. **Claridad expositiva** ante el Tribunal.
4. «**Lenguaje gestual**» de convicción: forma en que la víctima se expresa desde el punto de vista de los “gestos” con los que se acompaña en su declaración ante el Tribunal.
5. **Seriedad expositiva**, que aleja la creencia del Tribunal de un relato figurado, con fabulaciones, o poco creíble.
6. **Expresividad descriptiva** en el relato de los hechos.
7. **Ausencia de contradicciones** y concordancia del iter relatado de los hechos.
8. Ausencia de **lagunas** en el relato de exposición que pueda llevar a dudas de su credibilidad.
9. La declaración **no debe ser fragmentada**.
10. Debe desprenderse un **relato íntegro** de los hechos y no fraccionado, acerca de lo que le interese declarar y ocultar lo que le beneficie acerca de lo ocurrido.
11. Debe **contar** tanto **lo que** a ella y su posición **beneficia** como lo que le **perjudica**.

Por otro lado, el TS declara que la víctima además puede padecer una situación de temor o «**revictimización**» por volver a revivir lo sucedido al contarle de nuevo al Tribunal, tras haberlo hecho en dependencias policiales y en sede sumarial, por ello el Tribunal debe tener en cuenta:

- a) Dificultades que puede expresar la víctima ante el Tribunal por estar en un escenario que le recuerda los hechos de que ha sido víctima y que puede llevarle a signos o expresiones de temor ante lo sucedido que trasluce en su declaración.
- b) Temor evidente al acusado por la comisión del hecho dependiendo de la gravedad de lo ocurrido.
- c) Temor a la familia del acusado ante posibles represalias, aunque estas no se hayan producido u objetivado, pero que quedan en el obvio y asumible temor de las víctimas.
- d) Deseo de terminar cuanto antes la declaración.
- e) Deseo al olvido de los hechos.
- f) Posibles presiones de su entorno o externas sobre su declaración.



### **Cuestiones a recordar**

#### **Delito de maltrato habitual**

El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o **sobre persona** que esté o haya estado **ligada a él por una análoga relación de afectividad** aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres a cinco años y, en su caso, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.

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

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

(CP art.173.2)

# Primera sentencia del TS en la que se aplica la agravante por razones de género

## TS 26-2-19, EDJ 514444

La agravante de género no exige que haya intención de humillar, sino que la situación sea humillante.



### Síntesis

#### El TS no exige intención dolosa para aplicar la agravante de género

Son hechos probados que el acusado (ahora recurrente) y la víctima fueron **pareja sentimental** en su momento, rompiendo posteriormente su convivencia, si bien siguieron viéndose en alguna ocasión y mantuvieron relaciones sexuales. En la ocasión que ahora nos ocupa, tras la ruptura, viajando ambos en un vehículo, el acusado **obligó violentamente a la víctima** a hacerle una felación. Ese mismo día el autor llevó a la mujer a una caseta de campo, la insultó, propinó patadas y golpe y la obligó a realizar actos de naturaleza sexual mientras esta se negaba a todo ello y le pedía que no lo hiciera.

La AP de Valencia condenó al acusado por delito de **agresión sexual** en concurso con delito de **lesiones** a 7 años y medio de prisión, sin aplicar la agravante de género por considerar que **el ánimo del acusado era satisfacer sus deseos libidinosos pero no una dominación por razón de género**. Esta pena fue elevada a 9 años por el TSJ de Valencia, que sí apreció la agravante de género.

El Supremo **ratifica la sentencia** del TSJ de Valencia. En la sentencia confirmada también es condenado a 6 meses de prisión por **malos tratos en el ámbito familiar**.

El TS ha establecido que la agravante de género no exige una especial intención de humillar, sino que sea **fruto de una situación ya de por sí humillante**. De este modo, ha aplicado por primera vez el criterio sobre la agravante por razones de género (CP art.24.2) para determinados delitos, y establece que no exige un dolo -intención- específico de querer humillar sino que basta que la situación sea humillante.

Para estimar aplicable la agravante genérica es suficiente con que los hechos probados acrediten la relación típica prevista para los delitos de agresión sexual, de forma que el delito se entienda como **manifestación objetiva de la discriminación** característica de la conducta objeto del delito.

En el **aspecto subjetivo**, basta con ser consciente de tal relación unida a la voluntad de cometer el delito.

Es claro que, tanto el escenario que enmarca los hechos, como el comportamiento del encausado, implican objetivamente la **situación de machismo** origen de discriminación fruto de la cual son los actos atribuidos a este, relación y situación que, sin duda le constaba, y de las que se prevalió para el cumplir con su voluntad de agredir a la víctima menoscabando su libertad sexual.

## Notas

1) El Supremo recuerda que el legislador, cuando decidió elevar las penas al reformar el CP art.153.1 a conductas que son tanto causa como expresión de la **situación de desigualdad**, no exigía que el autor del delito actuara por motivos subjetivos como el de buscar la dominación, humillación o subordinación de la mujer. Considera, por consiguiente, que ciertos hechos son más graves por constituir una **manifestación específicamente lesiva de violencia y de desigualdad**.

2) El término "género" no se trata de una discriminación por razón de sexo. No es el sexo en sí de los sujetos activo y pasivo lo que el legislador toma en consideración con efectos agravatorios, sino el **carácter especialmente lesivo** de ciertos hechos a partir del ámbito de relación en el que se producen y del significado objetivo que adquieren como manifestación de una grave y clara desigualdad.

3) Con la introducción de la agravante genérica consistente en **cometer el delito por razones de género**, se pretende cumplir el compromiso internacional asumido por España en el Convenio Estambul el 11-5-2011, del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica.

## Sentencias relacionadas

**La aplicación de la agravante de género no requiere relación entre agresión y víctima (TS 19-11-18, EDJ 641935)**

El TS considera que la agravante de género debe aplicarse en todos los casos en que actúe contra la mujer **por el mero hecho de serlo**, aunque entre el autor del delito y la víctima no exista ningún tipo de relación.

Dicha agravante es **compatible** con la aplicación de la agravante de parentesco, que sí requiere que agresor y víctima tengan o hayan tenido relación de pareja.



## Cuestiones a recordar

### Agresiones por razones de género (CP art.22.4)

Las referencias a la discriminación por motivos relacionados con el sexo son variadas en este precepto: discriminación referente al sexo, orientación o identidad sexual de la víctima, así como por razones de género.

Mientras que la dualidad sexual atiende a los datos biológicos, los géneros responden a una **construcción cultural** (roles sociales).

También aquí se plantea la duda sobre si se debe optar:

- por una **interpretación subjetivante**, que aplicase esta agravante a toda agresión motivada;
- por un sentimiento íntimo de **menosprecio del autor** a una mujer o a una persona homosexual, bisexual o transexual por el hecho de serlo; o
- por una que restrinja su aplicación a las **agresiones sexistas**, que dolosamente buscan perpetuar;
- la idea de **dominación masculina** y discriminación secular contra mujeres y varones no heterosexuales (como en el caso de la sentencia JP Valencia 21-4-05, Proc 521/04, en un supuesto de trabajadora mujer y embarazada).

La **interpretación restrictiva** parece la más razonable, pues de no ser así, nos encontraríamos con el mismo problema ya señalado: tener que indagar en un proceso penal en las motivaciones últimas e íntimos sentimientos del encausado; y con un casi ineludible **concurso de leyes** con los supuestos tipificados de **violencia de género**. Así pues, los casos de violencia de género (CP art.153, 171.4, 172.2, 172 ter.2 y 173.2), no pueden ser objeto de agravación por entenderse cometidos «por razones de género» (CP art.67).

## Maltrato de género previo: no se puede dudar de la veracidad en la declaración de la víctima

TS 2-4-19, EDJ 549653



El TS ha establecido que no puede dudarse de la veracidad de la declaración de una víctima de violencia machista por el hecho de que se retrase en denunciar, dadas las particularidades de este tipos de delitos de pareja.



### Síntesis

**Ni un maltrato previo no denunciado ni el retraso en la denuncia puede conllevar a dudar de la víctima**

El TS ha sentado doctrina al estimar que no por haber existido **episodios previos de maltrato** no denunciados puede dudarse de la veracidad de la declaración de la víctima. En el mismo sentido se pronuncia para cuando la víctima se retrasa en denunciar los hechos en cuestión por las particularidades de este tipo de delitos.

En la sentencia de referencia se ponen de manifiesto una serie de cuestiones relativas a los casos de violencia de género y la forma en que se pronuncian los tribunales en torno a la **credibilidad de la víctima**.

Suele alegarse en los casos de violencia de género que el retraso de la víctima en denunciar conlleva la **duda acerca de su credibilidad**, cuestión que no debe tomarse en consideración, dado que se trata de supuestos con unas **connotaciones especiales** en donde generalmente la denuncia se dirige contra quien, habitualmente, es su pareja y el padre de sus hijos. Además, en muchas ocasiones, puede ser su sustento económico, por lo que las víctimas de violencia de género valoran todas estas circunstancias a la hora de decidirse sobre la denuncia.

La **declaración de la víctima** es convincente para el Tribunal. Incluso una testigo expone que la víctima se resistía a interponer la denuncia, lo que es indicativo de todo lo contrario de lo que defiende el recurrente, pues esta **reacción es habitual** en las víctimas de violencia de género al ser reacias, en principio, a denunciar por razones personales acerca de no saber qué va a ocurrir con ellas, la reacción posterior del agresor, si no tienen medios económicos, si van a poder subsistir, etc.

Esto **no se les puede volver en su contra** cuando tardan en denunciar, porque se sienten desacreditadas y difamadas por hacerlo, e incluso culpables, cuando la realidad es que son víctimas. Todo ello da lugar a una **doble victimización** que ha de evitarse, porque son víctimas del agresor en un primer lugar, que es su propia pareja, y lo son, también, del propio sistema en quien, a veces, no confían si no tienen la seguridad de que denunciar va a ser algo positivo para ellas.

Por todo esto, en los casos de violencia de género, el retraso en la presentación de la denuncia o la no denuncia de hechos violentos anteriores no es causa o motivo que permita hacer dudar de la realidad de los hechos objeto de la denuncia.

Igualmente, el Tribunal puede valorar los hechos sin que el retraso en tan solo un día en formular la denuncia conlleve **sospechas de falsedad en su contenido**, ya que son conocidas las difíciles circunstancias que las víctimas deben vivir a la hora de formular denuncias de este tipo, por lo que no desvirtúa o desnaturaliza la veracidad de sus declaraciones.

La mala relación existente en la pareja con motivo de los malos tratos anteriores, no lleva aparejada la duda permanente en la declaración de la víctima acerca de su credibilidad. Aunque el recurrente alegue inexistencia de malos tratos e insista en que ella le quiere perjudicar, estas **afirmaciones han de probarse**. Si no se entienden y no se prueban las razones de esta motivación de resentimiento que se alega, no podrán ser consideradas por el Tribunal al carecer de fundamento.

En este caso, el autor de la agresión a su pareja fue condenado por el Tribunal Supremo como autor criminalmente responsable de un delito de lesiones (CP art.147.1 y 148.4) y a la pena accesoria de prohibición de comunicarse por cualquier medio o acercarse a la víctima en una distancia inferior a 500 metros al declararse probado que la agarró de los brazos, y la golpeó en diversas partes del cuerpo causándole lesiones y la fractura de una pieza dental.



### **Cuestiones a recordar**

#### **Guía de buenas prácticas judiciales en apoyo a la violencia doméstica y de género**

La sentencia viene a resolver un tema muy cuestionado en materia de maltrato puesto que muchas víctimas y los colectivos que las representan se quejan de que algunos jueces no creen su versión y, ante la **ausencia de otros testigos**, dado que los malos tratos suelen ocurrir en la intimidad, archivan las denuncias, absuelven a los acusados o los condenan a penas inferiores. Para paliar este problema, el Congreso aprobó recientemente que la violencia machista sea una **especialidad jurídica** similar a la mercantil o la penal, con el fin de mejorar la formación de la judicatura en las particularidades de estos delitos, después de la insatisfacción ciudadana generada por sentencias como la de «la Manada».

El Grupo de Expertos y Expertas que asesora al **Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género** ha elaborado una guía de buenas prácticas judiciales relativa a la declaración de las víctimas en todas las fases del procedimiento (instrucción, enjuiciamiento y ejecución de la sentencia), así como a su participación en el mismo. Con la propuesta de las medidas contenidas en esta guía, referidas a **todas las víctimas** independientemente de su edad, el Observatorio da un nuevo paso en el cumplimiento del Pacto de Estado contra la Violencia de Género.



# Agresión sexual en una relación de pareja

## TS 21-5-19, EDJ 576931

El Tribunal Supremo analiza la concurrencia de la violencia e intimidación necesarias para que exista un delito de agresión sexual en la relación de pareja.

### Violación en las relaciones matrimoniales

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por el condenado autor de un delito de agresión sexual, con la agravante de parentesco, pues mediaba matrimonio entre él y la víctima, en concurso ideal con el delito de maltrato.

En dicho recurso se alega que existe **infracción de ley**, pues, si bien la víctima tiene lesiones que podrían integrar el delito de maltrato del CP 153.1 y 2, no se ha podido acreditar la violencia o intimidación que, como elemento del tipo, requiere la agresión sexual del CP art.178 y 179, dado que la relación fue consentida como relación dentro de la pareja.

El **Tribunal Supremo** considera, sin embargo, que concurre la violencia necesaria para integrar el delito de agresión sexual, dado que ha quedado probado que el recurrente:

- Exigió a la víctima tener relaciones sexuales y, ante su negativa, le dijo que era su obligación, agarrándola fuertemente de la cabeza para obligarla a hacerle una felación.
- Le propinó cabezazos y bofetones al tiempo que

le decía que no servía para nada y que se moviera o le daba un puñetazo.

Todo ello determinó a que la víctima se sometiera a su voluntad y la penetró vaginalmente. Ante estos hechos, no puede exigirse a la víctima un acto heroico de oposición férrea que determine un serio peligro a su integridad física.

Asimismo, la **relación de pareja** no otorga ningún derecho sobre la sexualidad del otro. El delito de violación en el seno de la pareja debe admitirse, por cuanto la libertad sexual de la mujer en esta situación, emerge igual que en cualquier otra. No cabe una relación sexual en pareja bajo la subyugación de las expresiones que constan en el relato de hechos probados, que describen el sometimiento de la víctima que consiguió el recurrente bajo la coerción de la fuerza.

Tampoco puede admitirse que exista un **error de prohibición**: en casos tan graves como este hay que deducir el pleno conocimiento de la antijuridicidad del hecho o, como mínimo, un alto grado de probabilidad sobre la conciencia de la ilicitud.

## NOVEDADES JURISPRUDENCIALES SOBRE VIOLENCIA DE GÉNERO

No puede admitirse bajo que el recurrente entendía que su pareja tuviera una especie de débito conyugal, como obligación de la mujer y derecho del hombre, por lo que, si se ejercen actos de violencia para vencer esa voluntad con la clara negativa de la mujer al acceso carnal, como aquí ocurrió, y consta en el hecho probado, ese acto integra el tipo del CP art. 178 y 179.

Por otro lado, el recurrente alega que se ha vulnerado su derecho a la **presunción de inocencia** (Const art.24.2), dado que las pruebas practicadas no determinan la existencia de dicha agresión y, en concreto, respecto a los restos biológicos encontrados en la víctima no se han tenido en cuenta el que en fecha anterior reciente el matrimonio hubiera mantenido relaciones sexuales consentidas.

El **Tribunal Supremo** considera, no obstante, que existe prueba de cargo suficiente para, desvirtuando la presunción de inocencia, dictar una sentencia condenatoria. Lo que, además, la Audiencia Provincial ha motivado y razonado correctamente en la sentencia recurrida.



## Delito de acoso: mensajes dirigidos a la expareja

### AP Madrid 22-7-19, EDj 680511

La Audiencia provincial de Madrid analiza si el envío de mensajes a la expareja por redes sociales con la finalidad de reanudar su relación constituye un delito de «stalking».

#### Envío masivo de mensajes a la expareja: acoso o coacciones.

La Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia que condenó al recurrente por un delito de acoso en el ámbito de la violencia de género (stalking) entendiendo que el mismo había cometido un delito simple de coacciones.

Tras su ruptura sentimental el acusado se dedicó, durante un periodo aproximado de 2 meses, a **enviar mensajes** por diversas vías a su expareja a fin de convencerla para que reanudara la relación con él.

La AP Madrid entiende que, aunque los numerosos mensajes del acusado pretendían imponer a la denunciante una reconciliación que ella no quería llevar a cabo, no queda probado que por dicha conducta la mujer alcanzara un grado de ansiedad y angustia significativo; ni que tuviera que tomar medicación para superarlo; alterándose gravemente el **desarrollo de su vida cotidiana** tal y como exige el delito de acoso.

Aunque es evidente el paralelismo con el delito de acoso del CP art.172 ter.1.2<sup>a</sup>, en este caso se trata de

un delito de coacciones del CP art.172.1 pues los del acusado pretendían imponer a su expareja una conducta que ella no quería realizar, cumpliéndose los **requisitos** de este delito:

- Una conducta violenta de contenido material o intimidativa ejercida contra el pasivo del delito, bien de modo directo o indirecto a través de cosas, e incluso de terceras personas. En este caso la reiteración de mensajes, pese a no ser contestados por la destinataria.
- El *modus operandi* encaminado a impedir hacer lo que la ley no prohíbe o efectuar lo que no se quiera, sea justo o injusto. Los mensajes se dirigen a forzar un encuentro o una reconciliación que la denunciante no quiere.
- La conducta ha de tener la intensidad de violencia necesaria para ser delito. En ese caso la reiteración y persistencia conducen a considerar que el número de mensajes enviados, merecen reproche penal.
- Animo tendencial consistente en un deseo de restringir la libertad ajena como se deriva de los verbos impedir y compeler. La remisión de los mensajes pretendía que la perjudicada reconsiderara la ruptura.

## NOVEDADES JURISPRUDENCIALES SOBRE VIOLENCIA DE GÉNERO

- Ilícitud del acto, examinado desde la normativa de la convivencia social y la jurídica que preside o debe regular la actividad del agente, conforme al cual el sujeto activo no ha de estar legítimamente autorizado para emplear violencia o intimidación.



### Cuestiones a recordar

#### Coacciones y acoso (CP art.172.1 y 172 ter)

- El que, sin estar legítimamente autorizado, impidiere a otro con violencia hacer lo que la Ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años o con multa de 12 a 24 meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados.
- Será castigado con la pena de prisión de 3 meses a 2 años o multa de 6 a 24 meses el que acose a una persona llevando a cabo de forma insistente y reiterada, y sin estar legítimamente autorizado, alguna de las conductas siguientes y, de este modo, altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana (CP art.172 ter):

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

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

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

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

# Inhabilitación del ejercicio de la patria potestad en caso de intento de matar a la madre

## TS 8-10-19, EDJ 702282

El TS impone como pena accesoria la privación del ejercicio de la patria potestad al padre condenado por tentativa de homicidio a la madre en presencia de los menores.



### Síntesis

#### Pena accesoria de privación de patria potestad

Tras el régimen de visitas, el padre fue a entregar a sus hijos menores a la madre. Por sorpresa, aquél la atacó con un cuchillo en **presencia de los niños** en la vía pública. El ataque cesó al intervenir de forma rápida un tercero que se percató de lo que estaba sucediendo, agarrando al agresor y separándole de la víctima. Así evitó que pudiera continuar la agresión y acabar con la vida de la víctima.

La AP Palencia dictó sentencia, confirmada por el TSJ Castilla y León, que consideraba suficiente en este caso la imposición de la pena de **alejamiento y prohibición de comunicación** respecto de los menores, sin más. Frente a ello, recurre la Fiscalía propugnando la imposición de la pena de inhabilitación especial de patria potestad.

El TS estima el recurso de la Fiscalía. Entiende que la gravedad de los hechos, cometidos en presencia de los hijos, merece **mayor reproche penal** que una simple pena de prohibición de aproximación o de comunicación. De lo contrario, no habría proporcionalidad. Por ello, se estima que la pena de inhabilitación en el ejercicio de la patria potestad es conforme a derecho y **ajus-**

**tada y proporcional** a la gravedad de los hechos.

Afirma el TS que el padre no puede reclamar el derecho a la patria potestad cuando su intención era dejar a los niños sin su madre, a sabiendas de que ello es una de las experiencias más traumáticas que puede sufrir un ser humano. Y más cuando esta muerte se habría producido por la agresión mortal causada por el propio padre de los menores.



### Cuestiones a recordar

#### Pena accesoria de privación de patria potestad

El ejercicio de la patria potestad tiene un carácter mixto ya que es al mismo tiempo:

- un **derecho** a estar con los descendientes; y
- una **obligación** hacia los descendientes para ayudarles en todo lo que marca el CC art.142.

Sin embargo, el derecho a ejercer la patria potestad decae ante actos graves cometidos por el titular de la patria potestad.

## NOVEDADES JURISPRUDENCIALES SOBRE VIOLENCIA DE GÉNERO

La **jurisprudencia penal** venía siendo reacia a la adopción de la pena de privación de la patria potestad, sin perjuicio de que en vía civil se pudiera acordar tal medida (TS 6-7-01; EDJ 25290, 12-11-18; EDJ 227772, 11-9-00; EDJ 25623).

Actualmente, sin embargo, se prevé la imposición de tal pena como accesoria siempre que exista una relación directa entre el delito cometido y la privación de la patria potestad, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación (CP art.55 y 56.1.3).

### Sentencias relacionadas

#### **Pena accesoria de inhabilitación del ejercicio de la patria potestad**

**Nexo entre el delito cometido y el daño al interés del menor**  
TS 30-9-15, EDJ 177782

El TS priva al condenado de la patria potestad respecto a la hija que tenía con la víctima e impone una pena de alejamiento de la menor. El hecho de haber presenciado la menor el ataque de su progenitor a su madre constituye un dato que acredita suficientemente el **nexo entre el delito y el perjuicio** para el desarrollo integral de la menor que se vería victimizada del hecho de mantener el padre la patria potestad y del derecho de visitas.

**Ataque frontal contra la integridad moral de la menor**  
TS 23-2-17, EDJ 11459

El TS acuerda la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad como pena accesoria porque entiende que el **comportamiento del condenado** tiene una relación directa con el ejercicio de la misma y de los deberes que implica. Además de un delito contra la madre de la menor, hay un ataque frontal contra la integridad moral de la menor y el equilibrado y armónico desarrollo de su personalidad, que hace impensable que se mantenga la patria potestad del padre

condenado, pues si bien la menor no presenció el **ataque** efectuado por su padre a su madre, porque éste tuvo lugar cuando ella estaba en el colegio, lo cierto es que si éste hubiera consumado su propósito, la menor hubiera llegado a su casa y encontrado el cadáver de su madre.

**Trauma psíquico causado al menor por la agresión causada a la madre**  
TS 26-6-17, EDJ 124821

El TS aplica la pena de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad al condenado. Éste ejecutó los actos de agresión a la madre de la menor en presencia de ésta, que no dejaba de gritar y llorar, habiendo sufrido lesiones causadas por el trauma psíquico. Además, el recurrente, al final de los actos agresivos llegó a colocar el destornillador en el cuello de la menor en actitud amenazante. Y no consta ningún dato que aconseje mantener la **relación entre el condenado y la menor** dentro de los términos propios de la relación característica de la patria potestad.

**Proporcionalidad de la pena de privación de la patria potestad a los hechos ocurridos**  
TS 24-4-18, EDJ 78772

La gravedad de los hechos ocurridos en **presencia de la menor** exige imponer una sanción proporcional a quien es capaz de acabar con la vida de la madre de la menor delante de ésta. Por ello, procede imponer la pena de privación de la patria potestad.

# Llamada perdida a víctima de violencia de género: ¿es quebrantamiento de condena si hay prohibi- ción de comunicarse?

TS 20-12-20, EDJ 765937

El TS considera que la llamada realizada al teléfono de una víctima de violencia de género por quien tiene prohibido comunicarse con ella, aunque no fuera atendida por ésta, constituye un delito de quebrantamiento de condena, siempre que quede registrada y sea posible saber quién la efectuó, ya que la víctima es consciente de la existencia de la llamada perturbadora de su tranquilidad y que amenaza su seguridad.



## Síntesis

### Quebrantamiento de la pena de prohibición de contactar con la expareja

Un hombre fue condenado por **delito de lesiones** en el ámbito de violencia de género a 9 meses de prisión, 2 años de privación del derecho a la tenencia y porte de armas y 2 años de prohibición de comunicarse y aproximarse a la víctima.

Posteriormente, fue condenado por el Juzgado de lo Penal a un año de prisión por un delito continuado de **quebrantamiento de condena**, con la agravante de reincidencia, tras haber llamado al teléfono de su expareja, pese a que tenía en vigor una prohibición de comunicar con ella por cualquier medio. La llamada no fue atendida por la mujer pero quedó registrada y fue posible saber quién la efectuó. Tras recurrir la sentencia en apelación, la Audiencia Provincial de Las Palmas confirmó dicha condena.

El condenado interpone recurso de casación ante el Tribunal Supremo al entender que el delito de

quebrantamiento de condena no se había consumado puesto que en la **llamada telefónica**, al no ser atendida por su expareja, no se entabló comunicación.

El TS entiende que la llamada perdida, cuando es posible **identificar la procedencia**, ya supone un acto consumado de comunicación. Y considera que supone un ataque a la seguridad y a la tranquilidad de la persona a la que se pretende proteger desde el momento en que ésta es consciente de la existencia de la llamada efectuada por aquella otra persona a la que se le ha impuesto una prohibición de comunicación.

Afirma el TS que el CP art.8.3 no exige un contacto, escrito o verbal, de **doble dirección**, por lo que no es preciso que encuentre respuesta. Tampoco se establecen límites mínimos al contacto, siendo suficiente con su existencia.

Por todo ello, el TS confirma la **sentencia condenatoria** por quebrantamiento de condena a la pena de un año de cárcel, al considerar realizada la llamada telefónica a la víctima pesando la prohibición de comunicación.

**Sentencias relacionadas**

**Llamadas telefónicas que quebrantan la pena de prohibición de comunicación con la víctima**

**Llamada no atendida por la víctima que supone comunicación prohibida  
AP Cádiz 11-7-18, EDJ 738540**

La AP declara que el hecho de efectuar una llamada poniendo en conexión ambos terminales supone un quebrantamiento de la prohibición de comunicación, aun cuando **la llamada no llegara a hacerse efectiva** al no atenderla la denunciante, pues la simple recepción en el terminal constituye un anuncio o un aviso que supone comunicación pues provoca la lógica inquietud en la víctima al sentir la presencia a través de la comunicación de la persona de la que se le quiere proteger.

**Llamada no atendida por la víctima que no supone comunicación prohibida  
AP Tarragona 22-6-09, EDJ 204081**

La AP establece que el delito quedó en grado de tentativa, pues a pesar de haber realizado el acusado todos los elementos necesarios que objetivamente hubieran debido producir el resultado típico, **no llegó a consumarse** en el caso concreto debido a que la denunciante decidió no descolgar el teléfono ni contestar las llamadas, y en segundo lugar, la única llamada que fue

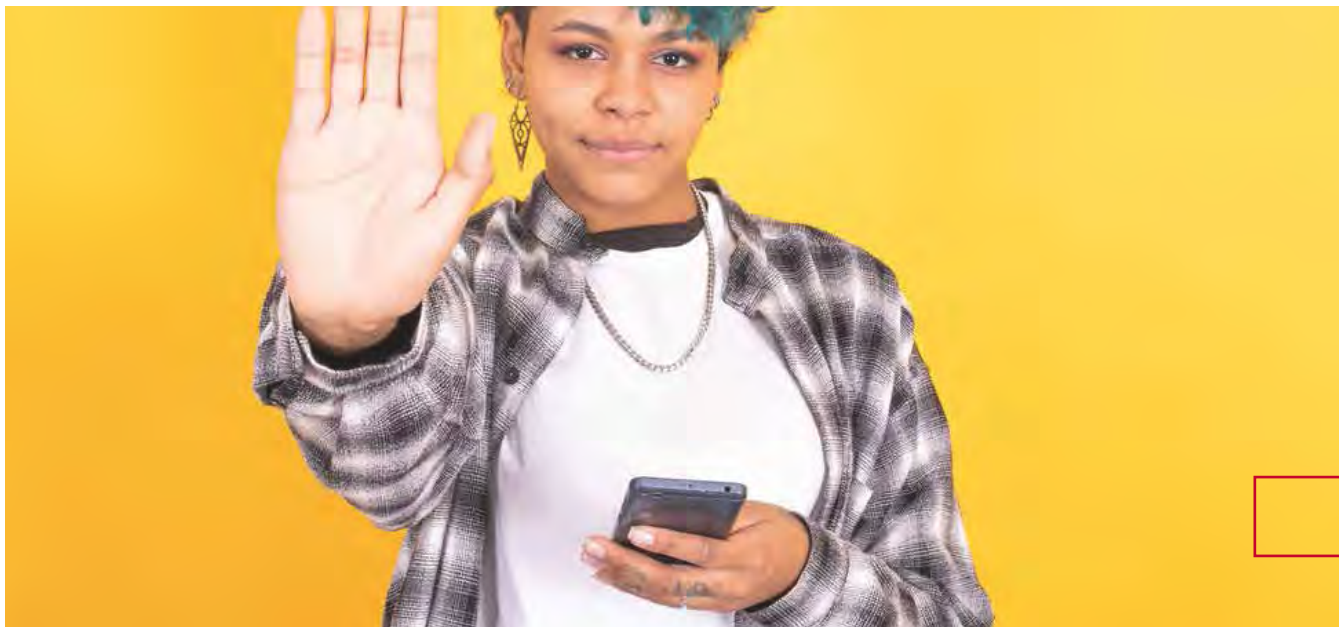
contestada lo fue por la madre de la denunciante, con lo cual no se ha llegado a producir la comunicación prohibida, a pesar de haberlo intentado el acusado.

**Llamadas al lugar del trabajo dando recados a la víctima  
AP Barcelona 28-11-07, EDJ 302309**

La AP considera que la acción del acusado culminó el delito continuado de quebrantamiento de medida cautelar por el que fue condenado, por cuanto en el auto por el que se impuso la prohibición de comunicación se especificó que la prohibición alcanzaba a todo tipo de vías, lo que significa que las insistentes llamadas al lugar de trabajo de la esposa dando "recados" para ella a sus compañeros, supuso la **comunicación con la mujer a través de terceros** y, consecuentemente, el quebrantamiento de la prohibición de comunicación con aquella.

**Llamadas realizadas desde otro teléfono distinto al del condenado  
AP Madrid 7-7-10, EDJ 173303**

La AP afirma que ha quedado probado que el acusado, teniendo una prohibición de comunicación con la denunciante, la vulneró en varias ocasiones mediante llamadas telefónicas o mensajes dirigidos a la misma, resultando indiferente que el **teléfono desde el que se realizó** esta actividad fuese el del acusado o el del hijo común.





# Propinar una bofetada a una hijastra constituye un delito de maltrato familiar

TS 8-11-15 EDJ 2015/201930

El padrastro que convive con los hijos de su pareja no se encuentra en el ejercicio de la patria potestad, por lo que los actos de violencia física ejercidos frente a éstos constituyen un delito de maltrato doméstico



## Síntesis

**El padrastro no está amparado por el derecho de corrección respecto a los hijos de su pareja**

El TS **casa y anula** la sentencia de la AP Barcelona que absolvió al acusado y le condena por un delito de maltrato en el ámbito familiar por propinar una bofetada a su hijastra, aunque no llegó a ocasionarle lesión (CP art.153.2).

El fallo sostiene que el padrastro, si bien mantiene una relación con la menor similar a la paternal, pues participa de modo activo en su educación, no ejerce la **patria potestad**, por lo que no puede ampararse en el derecho de corrección, que corresponde a su esposa.

En este sentido, la **violencia intrafamiliar** contra los menores integra un comportamiento de maltrato doméstico que consolida un patrón de dominación que excede de la conducta que en la época actual se considera socialmente adecuada.

Por ello, el TS **condena** al acusado a la pena de 28 días de trabajos en beneficio de la comunidad y privación del derecho de tenencia de armas por un año y un día.



## Cuestiones a recordar 1

**El derecho-deber de corrección de los padres: tratamiento por la jurisprudencia menor**

La patria potestad, concebida desde antiguo como un poder sobre los hijos ejercido por los padres, **evoluciona** hasta convertirse en un servicio de quienes detentan la patria potestad para con sus hijos; una función encomendada a los progenitores en beneficio del interés del menor.

No obstante, cuando el **exceso de corrección** es muy grave o se utiliza la violencia física sobre los menores, no se entiende que estas acciones o castigos tengan un fin educacional, faltando la debida proporcionalidad. En este sentido, moderación y proporcionalidad son dos elementos que deben ser ponderados teniendo como referentes las normas sociales, culturales o el momento histórico, además de la edad del menor (AP Sevilla 14-1-14, EDJ 2004/12461; AP Cantabria 12-01-05, EDJ 2005/1767).

Así, respecto a las conductas constitutivas de delito, como podría ser infligir un daño que requiriese tratamiento quirúrgico, no gozan del amparo del derecho de corrección, ya que una **agresión violenta** hacia un menor no puede estar justificada por el fin educativo, sin perjuicio, obviamente, de alegar otra causa de justificación como la legítima defensa (AP Madrid 30-9-05, EDJ 2005/ 182126; AP Jaén 22-1-09, EDJ 2009/7144).

Por el contrario, no hay extralimitación en el derecho de corrección por propinar un **bofetón** como hecho aislado, a consecuencia de la reacción insolente, irrespetuosa e irreverente del hijo

(AP Albacete 23-12-10, EDJ 2010/314208; AP Tarragona 22-3-12, EDJ 2012/65765; AP Valencia 8-4-11, EDJ 2011/160947).

La reforma del CC art.154 y 268 ha eliminado la referencia al derecho de corrección, aunque se pueda admitir su **existencia lógica**. La derogación de estas disposiciones, más que negar la existencia de un derecho de corrección, pretendieron seguramente limitar su alcance, sobre todo para evitar abusos que pudieran cometerse invocando tal derecho.

**Actualmente**, sigue habiendo un derecho de corrección, como parte de las facultades educativas, pero que permite llevar a cabo sólo hechos que afecten mínimamente, no ya a la salud o integridad -hechos que quedan por completo excluidos-, sino al mero bienestar personal -«es más que discutible que el mencionado derecho a corregir a los hijos implique que pueda pegárseles, que pueda aplicárseles castigos físicos» (AP Barcelona 19-9-05, EDJ 2005/319959)-, incluyendo **restricciones puntuales de libertad**, pero siempre que dichas medidas puedan justificarse desde un punto de vista educativo socialmente aceptable.



### **Cuestiones a recordar 2**

#### **Delito de maltrato en violencia de género y doméstica**

La conducta constitutiva de este **tipo penal** consiste en causar, por cualquier medio o procedimiento, menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito del tipo básico del CP art.147.1, esto es del CP art.147.2, o golpear o maltratar de obra sin causar lesión a la esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al agresor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

Se prevé una pena de **prisión** de 6 meses a 1 año o de trabajos en beneficios de la comunidad de 31 a 80 días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de 1 año y 1 día a 3 años; además,

cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta 5 años.

La pena es de prisión de 3 meses a 1 año o de trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 80 días y, en todo caso, de privación del derecho a la tenencia y porte de armas de 1 año y 1 día a 3 años, así como, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de 6 meses a 3 años cuando la **víctima** del delito es (CP art.173.2):

- descendiente, ascendiente o hermano por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente;
- menor o incapaz que con él conviva o que se halle sujeto a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente;
- persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar;
- persona que, por su especial vulnerabilidad, se encuentre sometida a custodia o guarda en centro público o privado.

Como **tipo agravado** se prevé la comisión del delito en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de privación del derecho a residir en determinados lugares (CP art.48) o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza. En este caso, las penas señaladas se impondrán en su mitad superior.

Como **tipo atenuado** se establece que, el juez o tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, puede imponer la pena inferior en grado.

# Quebrantamiento del alejamiento: consentimiento de la víctima

## TS 14-1-20, EDJ 504733

El Tribunal Supremo analiza la incidencia del consentimiento de la víctima cuando su agresor quebranta la prohibición de acercamiento.

### Consentimiento de la víctima en el incumplimiento del alejamiento

El Tribunal Supremo desestima el recurso interpuesto por el condenado a la prohibición de acercamiento a su pareja, impuesta por haberla amenazado de forma continuada.

El recurrente fue condenado por el **juzgado de violencia sobre la mujer** por un delito continuado de amenazas en el ámbito de la violencia de género, entre otras, a una pena de prisión con prohibición de aproximarse a una distancia inferior a 500 metros de la víctima, en su domicilio o en cualquier lugar en el que se encontrase, y a la prohibición de comunicar con ella, por un tiempo de 16 meses.

Declarada firme esta sentencia, desde ese mismo día se requirió al condenado el cumplimiento de las penas, si bien se acordó la **suspensión de la ejecución** de la pena privativa de libertad a **condición** de que:

- no delinquiera en el plazo de 2 años; y
- cumpliera con la prohibición de aproximarse a su pareja y con la de comunicarse con ella.

A estos efectos, fue expresamente advertido de que el incumplimiento supondría la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena de prisión, sin posibilidad de nueva prórroga.

No obstante, vigente el plazo de condena, el recurrente fue detenido en un hotel en el que se encontraba alojado con la víctima a la que tenía prohibido aproximarse.

En su recurso, el condenado argumenta que el **consentimiento de la víctima** ampararía una atenuante de acuerdo a criterios de diversas audiencias provinciales (AP Sevilla 27-5-14, EDJ 113876; AP Vizcaya 13-2-14).

Sin embargo, reiterando su línea jurisprudencial, el **Tribunal Supremo** considera que el consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad a efectos del CP art.468.2 (Acuerdo TS Pleno no jurisdiccional 25-11-08, EDJ 375476). El cumplimiento de la pena impuesta por un tribunal por la comisión de un **delito público** no puede quedar al arbitrio del condenado o de la víctima, ni siquiera en los casos en los que la misma se establezca para la protección de esta última. Esta conclusión parte de la necesidad de proteger a las víctimas de la violencia de género como un **interés colectivo indisponible**, que ha dado lugar un esquema legal orientado a tal fin.

### Sentencias relacionadas

#### Pena o medida de alejamiento: consentimiento de la víctima TS 29-1-09, EDJ 15146

En cuanto a la relevancia que pudiera tener el consentimiento de la esposa para la exclusión de este delito del CP art.468 en los casos de medida cautelar (o pena) contra el marido consistente en prohibición de alejamiento, el consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad a efectos de dicha norma. Todo ello con base en la idea clave de la irrelevancia en derecho penal del perdón de la persona ofendida por la infracción criminal, principio que solo tiene su excepción en los llamados delitos privados, que es cuando expresamente la ley penal así lo prevé.

# Resiliencia de la víctima de malos tratos

## TS 8-1-20, EDJ 500318

El TS introduce por primera vez el concepto de resiliencia de la víctima de violencia de género



### Síntesis

#### Resiliencia de la víctima de malos tratos físicos, psíquicos, y/o sexuales

El Tribunal Supremo ha **confirmado** la condena impuesta por la Audiencia Provincial de Ciudad Real a un hombre por maltratar de forma habitual a su pareja y obligarla a abortar contra su voluntad.

Se incorpora en esta novedosa sentencia un nuevo concepto, el de **la resiliencia de la víctima de malos tratos**, que consiste en que esta **asume el maltrato** mientras lo sufre y provoca que se retrase en denunciar los hechos de los que es víctima.

La resiliencia es la capacidad de los seres humanos para **adaptarse positivamente** a las situaciones adversas. Sin embargo, en estos supuestos de reiteración en el maltrato, se produce un sometimiento tan grave y eficaz que **la víctima lo llega a entender como normal**, lo que la lleva a no denunciar los hechos desde una posición de sometimiento psicológico al agresor, que anula su voluntad. La víctima no llega a percibir que es víctima, e incluso piensa que es, o puede ser, responsable de la situación de victimización que está sufriendo.

El agresor crea en la víctima un clima de terror, humillación, agresiones y sometimiento. **La resiliencia al maltrato provoca un retraso de la denuncia que, en modo alguno, puede imputársele a la víctima que ve aumentando el sufrimiento de la situación que padece.**

El Supremo entiende que estos casos son de tal grave-

dad que **la víctima se adapta** a los brutales malos tratos a los que fue sometida.

Este fenómeno es propio de los contextos de **victimización dentro de una relación de pareja**. Se enmarca por tanto en las agresiones que tienen lugar entre personas con un vínculo afectivo-familiar, nunca en situaciones de agresión por tercero desconocido sobre el que no pesa ninguna prevención o negativa a denunciar, así como nula relación de dependencia, ni emocional ni económica.

Este tema puede tener una gran importancia en casos de **maltrato físico o psíquico, o de abusos sexuales en entorno familiar** en donde el silencio se ha apoderado de la víctima, bien sea por la menor edad de los menores que están intimidados por el agresor, o por ser pareja del agresor con el que se convive. En ambos casos, el **silencio** de la víctima se convierte en un patrón de conducta de la persona agredida, que no se encuentra con suficiente fuerza como para denunciar la situación que está padeciendo.

#### Nota

Debe tenerse en cuenta en estas situaciones que, el entorno social, las condiciones materiales de vida de estas mujeres en situación de maltrato o abusos por parte de su pareja, la ausencia de **recursos** económicos, y también los recursos públicos en cuanto a **ayudas asistenciales, sociales, laborales y económicas** dificultan, y en la **mayoría de los casos** hacen inviable romper el silencio que les sirve como única protección frente al maltrato sufrido por las víctimas.

