BOLETÍN 5

Juezas y Jueces
para la Democracia

ACCESO A LA CARRERA JUDICIAL

PENAL
VOL. III

SEPTIEMBRE 2022

JURISTAS DE RECONOCIDA COMPETENCIA POR LA CATEGORIA DE MAGISTRADOS/AS

EDITADO EN MADRID POR JUEZAS Y JUECES PARA LA DEMOCRACIA

BOLETÍN PENAL VOL.III

SEPTIEMBRE 2022

SUMARIO

14

ANÁLISIS DE LA STS DE PLENO 389/2020, DE 10 DE JULIO SOBRE EL ALCANCE DE LA DISPENSA DE DECLARAR.

MARÍA DOLORES PARDEZA NIETO
Magistrada Suplente de la Audiencia Provincial de Zamora.

15

ABOGADOS CONDENADOS POR VIOLENCIA DE GÉNERO ASISTIENDO A LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA EN EL TURNO DE OFICIO DE ESTA ESPECIALIDAD. COMENTARIOS AL PROYECTO DE REFORMA DEL REGLAMENTO DE JUSTICIA GRATUITA.

VERÓNICA PÉREZ-OUTUMURO SOUTO
Exasesora técnica de Justicia, Igualdad y Derechos Digitales del Valedor do Pobo de Galicia, Abogada.

16

COMENTARIO A LA STS (sala V) 59/2020, DE 29 DE SEPTIEMBRE. LA CONDENA EN CASACIÓN, PREVIA ABSOLUCIÓN EN LA INSTANCIA, EN EL ÁMBITO DE UN DELITO MILITAR EN LA JURISDICCIÓN MILITAR.

JOSÉ ANTONIO RODRÍGUEZ SANTISTEBAN
Doctor en Derecho Penal y Política Criminal. Fiscal del Tribunal Militar Territorial 2º.

17

¿SON COMPATIBLES LA AGRAVANTE DE ALEVOSÍA Y APROVECHAMIENTO DEL LUGAR? COMENTARIO A LA SENTENCIA 412/2022 DE 27 DE ABRIL DE 2022.

MARÍA ADORACIÓN RUIZ RODRÍGUEZ
Abogada ICA de Talavera de la Reina.

18

TRANSMISIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL EN CASO DE FUSIÓN O ABSORCIÓN. ¿SEGUIRÁ ESPAÑA LOS PASOS DE FRANCIA? SENTENCIA DE LA SALA DE LO PENAL DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN DE 25 DE NOVIEMBRE DE 2020.

SANDRA S. SCHULLER RAMOS
LLM (LSE). Jueza sustituta adscrita al TSJ de la Comunidad Valenciana

19

LA DETERMINACIÓN DEL MALTRATO HABITUAL MEDIANTE LA JURISPRUDENCIA.

MONTSERRAT VILÀ ROURA
Abogada no ejerciente ICA de Gerona.

CONSEJO DE REDACCIÓN
Diego Gutierrez Alonso
Mariano López Molina
Julia Sauri Martín

COORDINACIÓN
Fátima Mateos Hernández

DISEÑO Y MAQUETACIÓN
Teresa Compairé

IMÁGENES
Pixabay
Freepik

EDITA
Juezas y Jueces para la Democracia

ISSN 2951-9330

14

ANÁLISIS DE LA STS DE PLENO 389/2020, DE 10 DE JULIO SOBRE EL ALCANCE DE LA DISPENSA DE DECLARAR

MARÍA DOLORES PARDEZA NIETO
Magistrada Suplente de la Audiencia Provincial de Zamora.

sumario

I. PLANTEAMIENTO.
II. SUPUESTO DE HECHO.
II. MOTIVOS DEL RECURSO DE CASACIÓN.
IV. VOTOS PARTICULARES.
V. CONCLUSIONES.
VI. JURISPRUDENCIA CITADA.

I. PLANTEAMIENTO

La sentencia que analizamos sienta un cambio importante de posición jurisprudencial respecto al derecho a la dispensa a declarar del artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuestión ya tratada en los Acuerdos de Pleno no jurisdiccional de 24 de abril de 2013 y 23 de enero de 2018. **El objeto de debate se centra en determinar y concretar si el testigo víctima se constituye en acusación particular y deja de ostentar esta posición si debe o no recobrar el derecho o está obligado a declarar**; lo que supone dejar sin efecto al punto 2 del Acuerdo de 23 de enero de 2018.

" El objeto de debate se centra en determinar y concretar si el testigo víctima se constituye en acusación particular y deja de ostentar esta posición si debe o no recobrar el derecho o está obligado a declarar"

II. SUPUESTO DE HECHO

El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 5 de Oviedo incoó Procedimiento del Jurado núm. 22/16 por delito de allanamiento de morada contra D. Gines y una vez concluso lo remitió al Tribunal del Jurado constituido en el ámbito de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Oviedo, que con fecha 29 de enero de 2018 dictó Sentencia núm. 41/2018.

Como consecuencia de desavenencias entre cónyuges, el marido se marchó del domicilio común, aunque volvía en ocasiones para ver a su hija o para llevarse ciertos enseres personales. Posteriormente, con ocasión de la interposición de la demanda de divorcio, la mujer le pidió que no volviera a la vivienda y le comunicó que había cambiado la cerradura. Poco tiempo después, el marido volvió a la vivienda y al comprobar efectivamente el cambio de cerradura, procedió a su vez a cambiar la misma accediendo a la vivienda, y tras marcharse, dejó una copia de la llave que abría la nueva cerradura en el buzón de la vivienda, cuestión que comunicó a su exmujer, quien acudió a denunciar tales hechos a la guardia civil.

La exmujer tras denunciar tales hechos se personó inicialmente en el procedimiento como acusación particular pero posteriormente presentó escrito manifestando su deseo de no continuar ostentando la acusación, aunque manifestando su disponibilidad cuando fuese llamada. En el juicio la magistrada-presidente no le concedió la posibilidad de acogerse a la dispensa del art. 416 LECrim, declaró sobre tales hechos y dicha declaración fue uno de los elementos probatorios que supusieron la condena del denunciado, como responsable de un delito de allanamiento de morada sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 6 meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena y al pago de las costas judiciales causadas.

Lo que ratificó la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias en su Sentencia de 5 de junio de 2.018.

III. MOTIVOS DEL RECURSO DE CASACIÓN

Frente a la misma se interpuso por Ginés Recurso de Apelación ante la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias que es desestimado, frente a la que se interpone Recurso de Casación, articulado en tres:

1º Al amparo del artículo 849.1 y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por entender que se ha infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter, que debe ser observada en aplicación de la Ley penal, en concreto articulo 416,1 LECrim., y el Art. 202.1 del C. P., por entender que ha existido error en la apreciación de la prueba, al no existir resolución judicial que atribuyera el uso y disfrute del domicilio conyugal a la esposa.

Considera que a su exmujer no se le concedió el derecho a no declarar al que se había acogido, siendo obligada a hacerlo en el acto del juicio oral en contra de su exesposo; declaración que ha de considerarse nula y que, en consecuencia, no puede ser tomada como prueba de cargo.

2º Por quebrantamiento de la forma, al amparo del número del art. 850.3 y 4 LECrim, e infracción de normas y garantías procesales del articulo 846 a), b) y c) reiterando error en la valoración de la prueba porque no existía resolución judicial que atribuyera el uso y disfrute del domicilio conyugal a la esposa; que ésta nunca fue informada ni en sede policial ni judicial del derecho que le otorga el artículo 416.1 de la ley procesal; y que en el juicio se acogió a su derecho a no declarar en contra del acusado, al haber sido cónyuge del mismo en el momento de los hechos, que no le fue permitido por la Magistrada Presidente, por lo que su declaración es nula y no puede ser tenida como prueba de cargo.

3º Por infracción de precepto constitucional, por el cauce del art. 5º.4 de la LOPJ en concreto articulo 24,1 y 2 de la CE en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva, que consagra el derecho a un proceso público con todas las garantías y el derecho a la presunción de inocencia.

Empieza el Tribunal Supremo por el estudio de la cuestión procesal acerca del contenido del derecho de dispensa a no declarar contra los parientes que se diseña en el art. 416.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

La testigo ya no era esposa del acusado cuando compareció en el plenario a prestar declaración y dándose además la circunstancia de que incluso a la fecha de comisión de los hechos objeto de enjuiciamiento ya se encontraban en trámites de divorcio, y que el procedimiento precisamente fue iniciado con su declaración. Ella trató de no prestar declaración, lo que no le fue permitido por la Magistrado Presidente Ella se había personado en las actuaciones judiciales como acusación particular, debidamente representada por procurador y defendida por letrado, si bien posteriormente, y antes de la celebración de la audiencia preliminar del artículo 31 LOTJ, renunció a tal condición.

La Audiencia Provincial razona que el día de la comparecencia al juicio oral, ya se había dictado Sentencia de divorcio, la dispensa de declarar ampara a quienes siguen mante-

niendo dicha relación de afectividad, no a quien han cesado en ella, por ello ampara a los matrimonios o quienes se encuentren en una situación análoga, pero no a quien se ha divorciado, porque entonces ya no existe el vínculo de familiaridad con el acusado que justifique una exención de la obligación de declarar del testigo.

Incluso a la fecha de comisión de los hechos objeto de enjuiciamiento ya se encontraban en trámites de divorcio y que el procedimiento precisamente fue iniciado con su denuncia, se considera que su testimonio ha de considerarse válido a efectos probatorios y por ello pudo ser valorado por los miembros del Tribunal de Jurado".

El Tribunal Superior de Justicia de Asturias desestima por los mismos argumentos que utiliza la Audiencia.

Así el Tribunal Supremo reitera que en el momento de la celebración del juicio oral no existía vínculo matrimonial entre el hoy recurrente y la que había sido su esposa ya que estaban divorciados y por tanto había cesado la relación de afectividad que la dispensa de declarar protege y por tanto la referida dispensa no alcanza a la que había sido esposa del condenado, aunque cuando ocurrieron los hechos ya estaban en trámite de divorcio.

La dispensa a declarar es un derecho del testigo, pero *no se corresponde con derecho alguno del acusado* (STS 130/2019 de 12 de marzo). Es un derecho procesal atribuido a quien no es parte procesal: un derecho de un tercero a no declarar. No existe un derecho del acusado a que sus parientes no declaren; sino un derecho de esos familiares a no ser compelidos a declarar También la STS 205/2018, de 25 de abril, reitera que el derecho a la dispensa tutela a esos terceros y no a las partes procesales.

"La dispensa a declarar es un derecho del testigo, pero no se corresponde con derecho alguno del acusado"

Considera el recurrente que, a pesar de que la denunciante había estado constituida en acusación particular, en el momento de declarar, en el juicio oral, había dejado de tener tal posición procesal, y, por consiguiente, tenía derecho a la dispensa concedida en el art. 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Debemos hacer constar que la perjudicada, tras denunciar los hechos, se personó en la causa como acusación particular, cesó casi 1 año después, manifestando su deseo de comparecer ante tales órganos judiciales cuando fuere citada, y no renunció a los derechos que le correspondiesen como perjudicada.

El primer Acuerdo Plenario sobre la dispensa a declarar del artículo 416 LECrim de 24 de abril de 2013, señala textualmente:

"La exención de la obligación de declarar prevista en el art. 416.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal alcanza a las personas que están o han estado unidas por alguno de los vínculos a que se refiere el precepto. Se exceptúan:

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

b) *los supuestos en que el testigo esté personado como acusación en el proceso".*

El segundo Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, es de fecha 23 de enero de 2018, sobre la dispensa de la obligación de declarar del art. 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal:

1.- *El acogimiento, en el momento del juicio oral, a la dispensa del deber de declarar establecida en el artículo 416 de la LECRIM, impide rescatar o valorar anteriores declaraciones del familiar-testigo, aunque se hubieran efectuado con contradicción o se hubiesen efectuado con el carácter de prueba preconstituida.*

2.- *No queda excluido de la posibilidad de acogerse a tal dispensa quien, habiendo estado constituido como acusación particular, ha cesado en esa condición".*

La dispensa está fundamentada para terceros unidos por lazos de sangre que no tiene relación con el proceso, que se encuentra en el dilema de perjudicar a su pariente, no para la víctima del proceso; la denunciante, es quien inicia el proceso penal, prestó declaración ante la Guardia Civil, como ante el Juzgado de Instrucción, activando las actuaciones penales. No tiene sentido conceder una dispensa a declarar, a quien pide protección.

Se refleja en los acuerdos de pleno y en STS 449/2015 de 14 de julio STS 400/2015 de 25 de junio referidas a cuando el testigo está personado como acusación particular.

Se recogen que, aunque la victima renuncie a las acciones civiles y penales contra su expareja, la convierte en exenta de la obligación de ser informada de su derecho a no declarar de acuerdo con el Pleno no jurisdiccional de Sala 24 de abril de 2013.

Así la STS 400/2015 de 25 de junio establece un derecho renunciable en beneficio de los testigos, pero no de los denunciantes espontáneos respecto de hechos que los han perjudicado y que acuden a la policía en busca de protección".

La cuestión es si la dispensa a declarar por los parientes del acusado alcanza a todo tipo de testigos o están excluidos los denunciantes por el delito que se está persiguiendo que además ejerce la acusación particular.

El momento que ha de tomarse en consideración para ver si concurre el parentesco y alcanza la dispensa es el de la declaración, lo que ocurra después no modifican tal facultad. No puede alegarse dispensa por hechos acaecidos con posterioridad a la disolución del matrimonio.

Se valida los argumentos de la Audiencia y TSJ No puede acogerse a la dispensa quien ha ostentado la posición de acusación particular, modificando el segundo apartado del Acuerdo de Pleno de 23/1/2018 cambiando así su jurisprudencia.

Las razones para el cambio de postura son los siguientes:

1 Atendiendo a la finalidad y fundamento de la norma: La dispensa del deber de declarar se justifica cuando hay vínculos de solidaridad entre el testigo y el acusado y en el derecho a proteger el ámbito familiar; aplicable a los terceros independientes del delito, dispensa que no puede amparar a la víctima del delito que activa con la denuncia el proceso penal, al ser posiciones incompatibles.

2 Es más claro en materia de violencia de género; la mujer que denuncia a su pareja no puede estar dispensada de la obligación de declarar, es incompatible. (siendo imprescindible su denuncia para activar el proceso.) STS 557/2016 de 23 de junio, STC 94/2010 de 15 de noviembre mantiene la falta de sentido de la dispensa cuando es la mujer la que se persona en la causa como acusación particular solicitando la imposición de penas graves a su marido.

3 Una tercera razón es considerar que cuando la víctima decide denunciar al agresor pese a no tener obligación de hacerlo (ex art. 261.1 LECrim) es porque ya no hay espacio para que se produzca una colisión entre el deber de declarar y las consecuencias en los vínculos familiares que existen entre el testigo y el acusado.

4 Entienden que presentada la denuncia por la víctima ya ha resuelto dicho conflicto, y una vez ha dado ese paso, ostentando a mayor abundamiento la posición de parte acusadora, no tiene sentido recobrar un derecho del que voluntariamente ha prescindido.

5 Se evita que el testigo-víctima pueda ser coaccionado a no declarar mediante el acogimiento a la dispensa.

6 Es que amparar que la exclusiva voluntad de la persona pueda determinar la posibilidad indefinida de acogerse a uno u otro status, no puede ser admisible,

7 Al tratarse la dispensa de una excepción, debe ser interpretada en sentido restrictivo, y solo en los casos que la fundamentan.

Su decisión es acorde a anteriores pronunciamientos como los de las **Sentencias TS. de 14 de julio y 25 de junio de 2.015** en el sentido de que no puede depender el status de la víctima de su exclusiva voluntad, que con la postura que se adopta se evitan posibles coacciones e intimidaciones, y que además tal estatuto debe ser robustecido

por una información adecuada en las Oficinas de Atención a las Victimas, siendo dicha interpretación, en suma, la que propugna el Convenio de Estambul.

IV. VOTOS PARTICULARES

Cuatro magistrados discrepantes que a través de tres votos particulares contrarios a la sentencia mayoritaria ponen de manifiesto la controversia que provocó la sentencia en cuestión

El del Magistrado Excmo. **D. Andrés Palomo** origina grietas en la conexión de la dispensa con su reconocimiento constitucional. Entiende que el voto mayoritario pretende evitar que en materias como el género la esposa que sea víctima sufra coacciones pero considera que la justificación que se da para el cambio jurisprudencial es insuficiente, y considera que con ello tampoco se evita que la víctima sea coaccionada, pues del mismo modo que puede ser coaccionada para que se acoja a la dispensa, puede hacerse para que la declaración tenga un contenido favorable al autor, y por ello entiende que no privar de validez y eficacia a las declaraciones emitidas con renuncia a la dispensa sería más eficaz para evitar coacciones que la fórmula que finalmente se arbitra.

El segundo voto particular es el emitido por el Magistrado Excmo. **D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina**, quien comparte la preocupación por buscar una solución al problema de las víctimas que denuncian y después se acogen al derecho a no declarar.

Le parecen todos ellos argumentos muy débiles. Así, considera que la denuncia tiene su sentido, aunque el denunciante haga uso de la dispensa. Son dos instituciones distintas y aunque el denunciante no declare puede haber prueba que permita la condena. No entiende porque el estatuto de la acusación particular tenga que ser el mismo durante todo el proceso, preguntándose que si desistiera de su acción acaso habría que obligarle a continuar siendo parte para que dicha posición no cambiara. Que no es cierto que el conflicto entre los vínculos familiares y el derecho de dispensa desaparezca con la denuncia o la acusación particular. Y, por último, que excluyendo la dispensa se puede eliminar la coacción sobre la víctima, pero las presiones pueden subsistir para obtener un testimonio favorable.

Entiende que la Sentencia mayoritaria no explica como sortear la reserva de ley derivada del reconocimiento constitucional de la dispensa. Las interpretaciones a los límites de un derecho constitucional deben ser restrictivas y no parece ser ese el criterio de la sentencia al establecer límites que no se deducen de la ley, haciendo un repaso de las últimas leyes y reformas legislativas que podían haber limitado la dispensa sin hacerlo.

Finalmente, dicho voto particular aduce que no se justifica suficientemente su afirmación de que una vez dado el paso de denunciar o constituirse en acusación particular no tiene sentido recobrar un derecho del que voluntariamente se ha prescindido, declarando que la dispensa es un derecho único que si se renuncia ya no se puede recuperar. No está conforme en la configuración de la dispensa como un derecho único para todo el proceso considerando que se trata de un derecho que nace cada vez que se llama al testigo a declarar según deduce de los artículos 416 y 707 LECrim.

"Por último, el tercer voto particular es el que emite el Magistrado Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García al que se adhiere el magistrado Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde"

Por último, el tercer voto particular es el que emite el Magistrado Excmo. **Sr. D. Antonio del Moral García** al que se adhiere el magistrado **Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde**. Se trata de un voto particular excelentemente armado y construido, como suele ser habitual en el autor. Considera que la Sala al cambiar de criterio no contribuye a generar certidumbres, y que para hacerlo es necesario un plus en forma de modificaciones legislativas o elementos novedosos que no aprecia. En cualquier caso, y para predicar con el ejemplo, manifiesta que tras argumentar a favor del voto particular, se ajustará al nuevo criterio y en el futuro será beligerante con nuevos cambios, aun cuando fuesen en el sentido que postula. Y justifica el porqué de su voto. Fue el ponente de la STS 205/18 que fijaba una posición abiertamente discrepante con la que ahora asume la mayoría, y aunque mantiene su opinión en coherencia con lo que anteriormente sostenía, en lo sucesivo se ajustará a lo que ahora asume la mayoría.

Considera que la víctima tiene derecho a cambiar de opinión, pero la Sala, al hacerlo, tiene el deber ante el justiciable de explicar concienzudamente porqué lo hace. Y él no ha encontrado esas razones. Dos son las líneas argumentales discrepantes con la opinión mayoritaria. En primer lugar, le parece que la anterior opinión estaba mejor engarzada con el alcance constitucional del derecho en juego para evitar el peligro de renuncias desinformadas de un derecho constitucional y que conminar a prestar declaración o poner en la tesitura de incurrir en falso testimonio o en desobediencia ahondará más en el conflicto. En segundo lugar, sobre la conveniencia de los cambios jurisprudenciales. Son necesarios, plausibles e imprescindibles, pero necesitados de una prudente autocontención por pura exigencia de la seguridad jurídica. A continuación, realiza una incisiva reflexión sobre la posición en que se deja al Ministerio Fiscal, que vio como en 2.018 no se acogían unos argumentos suyos perfectamente engranados, mientras ahora de soslayo si se acogen por la Sala, lo que le lleva a concluir que la decisión adoptada provoca confusión, al argüir argumentos que servirían para un mayor alcance al que sin embargo no se atreve a llegar.

Por lo demás reitera para mantener su posición los argumentos que ya se dieron en la STS 205/18, considerando que la sentencia mayoritaria orilla todas esas razones que entonces se dieron por válidas para analizar la cuestión, no analizando si resulta admisible la renuncia presunta a un derecho constitucional. En cuanto a la segunda línea argumen-

tal invoca la necesidad de estabilidad y claridad, y un cambio de la doctrina requiere una especial justificación que no halla en las razones esgrimidas para el cambio asumido.

Esta Sentencia está ya superada por la Ley Orgánica de Protección Integral a la infancia y a la Adolescencia frente a la violencia LO 8/2021 de 4 de junio, que reforma el artículo 416 del LECrim, que recoge esta jurisprudencia e introduce el ordinal 4º del artículo 416 de la LECrim que establece que no están dispensados, se exceptúan de la dispensa de la obligación de declarar cuando el testigo esté o haya estado personado en el procedimiento como acusación particular.

Y en el ordinal 5º establece también que no están exceptuados de esta dispensa cuando el testigo haya declarado durante el procedimiento cuando el testigo haya sido debidamente informado de su derecho a no hacerlo.

Sin embargo, la LOPIVI la modificación que hace de la dispensa de la denuncia de la LECrim sí que no menciona a las víctimas de violencia de género, simplemente dice que no será aplicable la dispensa cuando se trate de personas menores de edad o con discapacidad o necesidades de especial protección, para adaptarlo al Convenio de Lanzarote, pero sí que modifica estos ordinales 4º y 5º del 416 de la LECrim.

V. CONCLUSIONES

Se produce un cambio importante de posición jurisprudencial respecto al derecho a la dispensa a declarar del artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, este cambio de doctrina es bastante controvertido y no lleno de opiniones discrepantes, recogidas ya por los propios Magistrados en varios votos particulares.

Ocurre cuando confluyen la búsqueda de la verdad en el plenario con el derecho del testigo víctima a no ser obligado a declarar en contra de sus familiares.

Quedando todo zanjado con la Ley Orgánica de Protección Integral a la infancia y a la Adolescencia frente a la violencia LO 8/2021 de 4 de junio, que reforma el artículo 416 del LECrim.

VI. JURISPRUDENCIA CITADA

- STS 130/2019 de 12 de marzo.
- STS 205/2018, de 25 de abril.
- STS 449/2015 de 14 de julio.
- STS 400/2015 de 25 de junio.
- STS 400/2015 de 25 de junio.
- STS 557/2016 de 23 de junio.
- STC 94/2010 de 15 de noviembre.
- STS de 14 de julio de 2015.
- STS 25 de junio de 2.015.

15

COMENTARIOS AL PROYECTO DE REFORMA DEL REGLAMENTO DE JUSTICIA GRATUITA CON EL OBJETO DE **IMPOSIBILITAR QUE ABOGADOS CONDENADOS POR VIOLENCIA DE GÉNERO ASISTAN A LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA** EN EL TURNO DE OFICIO DE ESTA ESPECIALIDAD

Verónica PÉREZ-OUTUMURO SOUTO
Exasesora técnica de Justicia, Igualdad y Derechos Digitales del Valedor do Pobo de Galicia, Abogada.

Planteamiento

La Valedora do Pobo de Galicia recibió una queja de una asociación de mujeres que evidenciaba un problema: abogados condenados por delitos de violencia de género asistían a las víctimas en el Turno de oficio en la especialidad de violencia de género. Parece una paradoja, pero no son casos aislados.

El informe, remitido por la Valedora do Pobo de Galicia al Defensor del Pueblo, en síntesis, fue el siguiente:

- **Asunto:** en relación con la queja con informe adjunto remitidos por la Valedora do Pobo sobre el vacío legal en el caso de los abogados condenados por violencia y su permanencia en el turno especial en esta materia de violencia de género.

- **El punto de partida:** las víctimas de la violencia de género tienen el derecho a la asistencia jurídica, que ha de ser prestada por profesionales, abogados, de acuerdo con una serie de requisitos.

- **Artículo 20, Convenio de Estambul**. Servicios de apoyo generales.

"1. Las Partes tomarán las medidas legislativas u otras necesarias para que las víctimas tengan acceso a servicios que faciliten su restablecimiento. Estas medidas deberían incluir, en caso necesario, servicios como el asesoramiento jurídico y psicológico, la asistencia financiera, los servicios de alojamiento, la educación, la formación y la asistencia en materia de búsqueda de empleo."

- Calidad y transparencia, principios básicos de la Abogacía, pero que parecen pugnar con el hecho de que un abogado condenado como autor de un delito de violencia de género, incluso incurso en uno de estos procedimientos, pueda prestar su asistencia jurídica en el turno especializado de este ámbito, como pugna con la razón misma pues, así, difícil será concebir que el profesional actúe sin condicionamientos extraños, con la templanza necesaria. Y sin olvidar que la relación entre el abogado y su cliente ha de venir presidida por la necesaria confianza a la que alude ya el artículo 4 del Código Deontológico, presupuesto para el ejercicio de la profesión que se constituye como otro principio esencial, y que, en estas condiciones, el cliente, en principio víctima de la violencia de género, difícilmente podría prestarla.

Pero ¿es posible que se dé la situación que contemplamos? La realidad nos dice que sí y ello también resulta del estudio de la normativa correspondiente.

"Pero ¿es posible que se dé la situación que contemplamos? La realidad nos dice que sí y ello también resulta del estudio de la normativa correspondiente"

Los Colegios de la Abogacía, carecen de la capacidad normativa necesaria por lo que, lo más conveniente, es interesar de las instituciones correspondientes, que establezca la normativa oportuna que dé respuesta a lo que puede considerarse una laguna legal. En el sentido del ejercicio profesional con los menores, que se veda a los que tienen antecedentes por delitos relacionados. Recordemos que el artículo 13.5 de la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, tras su redacción dada por la Ley 26/2015 de 28 de julio, dispone "… Será requisito para el acceso y ejercicio a las profesiones, oficios y actividades que impliquen contacto habitual con menores, el no haber sido condenado por sentencia firme por algún delito contra la libertad e indemnidad sexual, que incluye la agresión y abuso sexual, acoso sexual, exhibicionismo y provocación sexual, prostitución y explotación sexual y corrupción de menores, así como por trata de seres humanos. A tal efecto, quien pretenda el acceso a tales profesiones, oficios o actividades deberá acreditar esta circunstancia mediante la aportación de una certificación negativa del Registro Central de delincuentes sexuales". Y que el Real Decreto 1110/2015 de 11 de diciembre vino a regular ese Registro Central de Delincuentes Sexuales.

Acaso lo que resultaría necesario para resolver el problema del que tratamos sería establecer un sistema similar en relación con la violencia de género, regulando la necesidad de que los profesionales relacionados con una intervención específica carezcan de estos antecedentes, poniendo en evidencia las quiebras del sistema a este respecto y la necesidad de articular un mecanismo legal para remediarlo.

El Defensor del Pueblo, recogiendo íntegramente el informe remitido por la Valedora do Pobo, tramitó la queja, culminando el procedimiento con una recomendación efectuada al Ministerio de Justicia con fecha 11 de octubre de 2021: "1. Que se garantice a las víctimas de violencia de género que son asistidas y representadas por letrados de los turnos de oficio especializados en esta área de los correspondientes colegios profesionales, un asesoramiento de calidad, sin que sea posible la participación en dicho servicio de abogados que hayan sido condenados por violencia de género y 2. Que se recoja la información necesaria y se adopten las medidas pertinentes para que se establezca normativamente y a nivel estatal dicho sistema de limitación al ejercicio profesional en el turno de oficio especializado en violencia de género, de manera que se regule expresamente la necesidad de que los profesionales del turno de oficio relacionados con una intervención específica en este ámbito carezcan de antecedentes penales en violencia de género."

Asumiéndola, dicho Ministerio publicó, ver su página web, un Proyecto de Real Decreto de modificación del Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita aprobado por el Real Decreto 141/2021 de 9 de marzo que pasaría a contener un nuevo artículo, **el 32 bis**, del siguiente tenor:

"Requisitos específicos para determinadas prestaciones del servicio de asistencia jurídica gratuita.

1. Los profesionales de la abogacía y la procura que presten servicio de asistencia jurídica gratuita en el turno de oficio especializado de víctimas de violencia de género no podrán contar con antecedentes penales por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral, la libertad e indemnidad sexual o la intimidad en el ámbito de la violencia sobre la mujer, salvo que los mismos se encuentren cancelados.

Asimismo, para prestar asistencia letrada, defensa y representación gratuita a víctimas de delitos de terrorismo y de trata de seres humanos, o a víctimas de cualquier delito cuando estas sean personas menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, los y las profesionales de la abogacía y la procura no podrán tener antecedentes penales por delitos cometidos, respectivamente, sobre cada una de las clases de víctimas anteriormente enumeradas, salvo que los antecedentes se encuentren cancelados.

2. Los requisitos establecidos anteriormente serán de obligado cumplimiento para todos los Colegios Profesionales de la Abogacía y la Procura, sin perjuicio de los requisitos complementarios que hayan establecido o puedan establecer las Comunidades Autónomas que han asumido competencias en materia de Administración de Justicia".

https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/Proyecto%20RD_Modificacion_RD_141-2021%20RAJG.pdf

El fundamento parece obvio, lo expresa la previa exposición contenida en ese Proyecto, "La presente reforma del Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita, aprobado por el Real Decreto 141/2021, de 9 de marzo, tiene como objetivo principal requerir un plus de exigencia a los profesionales de la Abogacía inscritos en el turno de oficio especializado en violencia de género con fundamento en las especificidades que presentan las víctimas de violencia de género lo que obliga a velar por ofrecerles una defensa legal que les permita alcanzar una relación de recíproca confianza que no pueda verse quebrantada, quebranto que se produciría si quien la ejerce cuenta con antecedentes penales por hechos de similar naturaleza respecto de aquellos de los que ha resultado víctima la beneficiaria de justicia gratuita".

Lo que propongo ahora es una reflexión acerca de si los términos de la reforma proyectada resultan suficientes como para garantizar esa finalidad que se persigue o, sería necesario establecer una cautela, que no afecta a la presunción de inocencia, como en otros supuestos ya está contemplado: la suspensión, de estos profesionales en el ejercicio de su función pública cuando son investigados en un proceso penal, o se dirija ya contra ellos una imputación formal, auto de procesamiento o similar, o se vean afectados por determinadas medidas cautelares.

Análisis

Partimos de un presupuesto, los profesionales, abogados y procuradores, que prestan su asistencia en el turno de oficio participan de una función pública, pues entronca directamente con el ejercicio de un derecho fundamental como es el derecho de defensa y vienen designados para ello, de acuerdo con la normativa, por Corporaciones que son de Derecho público.

Al respecto resulta ilustrativa la lectura de los dos primeros artículos del Estatuto General de la Abogacía Española aprobado por el Real Decreto 135/2021 de 2 de marzo. O del artículo 31.6, que dispone, *"La asistencia y defensa de quienes tienen derecho a la asistencia jurídica gratuita es una obligación de todos los profesionales de la Abogacía. No*

obstante, en aquellos Colegios que cuenten con un número suficiente de profesionales de la Abogacía, se podrá organizar el servicio con voluntarios."

Sin olvidar que la Ley 1/1996 de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, en la redacción dada por la Ley 2/2017 de 21 de junio establece,

"Artículo 1 párrafo segundo, El servicio de asistencia jurídica gratuita será obligatorio en los términos previstos en esta ley. Los Colegios profesionales podrán organizar el servicio y dispensar al colegiado cuando existan razones que lo justifiquen."
"Artículo 22 párrafo primero. Los Consejos Generales de la Abogacía Española y de los Colegios de Procuradores de los Tribunales de España y sus respectivos Colegios regularán y organizarán, a través de sus Juntas de Gobierno, los servicios obligatorios de asistencia letrada y de defensa y representación gratuitas, garantizando, en todo caso, su prestación continuada y atendiendo a criterios de funcionalidad y de eficiencia."

De interés también considero el siguiente párrafo de la STC 103/2018 de 4 de octubre,

"… De lo expuesto se desprende, con carácter general, que el ejercicio de la abogacía trasciende los legítimos intereses empresariales protegidos por el derecho a la libertad de empresa (art. 38 CE) y que la regulación legal de algunos aspectos del ejercicio de la profesión de la abogacía y la procura en España es una exigencia derivada de los artículos 17.3, 24 y 119 CE, pues, como dice la exposición de motivos de la Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de abogado y procurador de los tribunales, «estos profesionales son colaboradores fundamentales en la impartición de justicia, y la calidad del servicio que prestan redunda directamente en la tutela judicial efectiva que nuestra Constitución garantiza a la ciudadanía». Esta idea se reitera en el artículo 1 de dicha ley, que caracteriza a los miembros de la abogacía como «colaboradores en el ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, con el fin de garantizar el acceso de los ciudadanos a un asesoramiento, defensa jurídica y representación técnica de calidad»".

Colaboradores en el ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, con el fin de garantizar el acceso de los ciudadanos a un asesoramiento, defensa jurídica y representación técnica de calidad. Partícipes en el ejercicio de una función pública, por tanto.

Y, ¿por qué lo resalto? Pues para establecer una comparativa con otros profesionales que, desde distintos ámbitos, también lo hacen.

Jueces, diputados, senadores, funcionarios, por ejemplo, y menciono entonces el artículo 383. 1 y 2 de la LOPJ, el artículo 21.2 del Reglamento del Congreso de los Diputados, el artículo 22.6 del Reglamento del Senado, el artículo 98.3 del Estatuto Básico del Empleado Público, el artículo 384 bis de la Ley

"Y, ¿por qué lo resalto? Pues para establecer una comparativa con otros profesionales que, desde distintos ámbitos, también lo hacen"

de Enjuiciamiento Criminal, que, en una u otra medida, prevén la separación, suspensión, de estos profesionales en el ejercicio de su función pública cuando son investigados en un proceso penal, o se dirija ya contra ellos una imputación formal, auto de procesamiento o similar, o se vean afectados por determinadas medidas cautelares.

Claro que se ha discutido que ello, la privación del ejercicio de un derecho, antes de recaer una sentencia condenatoria por delito, encuentre amparo o armonice con las disposiciones constitucionales, compatibilice con la presunción de inocencia, pero tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo han tenido oportunidad de pronunciarse al respecto.

Por ejemplo en la STC de 21 de julio de 2020, ROJ STC 97/2020, que se refiere al artículo 384 bis de la ley procesal penal, en la que podemos leer, "… constató el tribunal, por lo que refiere al primero de estos derechos, que la medida de suspensión impuesta en el precepto impugnado "ha de afectar, precisa y exclusivamente, a los procesados y presos que lo hayan sido por aparecer -sin perjuicio de lo que resulte del juicio oral- como integrados o relacionados 'con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes', es decir, previa la 'imputación formal y provisional de criminalidad' [...] por delitos que conllevan 'un desafío mismo a la esencia del Estado democrático' [...]", de tal modo que "[l]a excepcional amenaza que esta actividad criminal conlleva para nuestro Estado democrático de Derecho justifica, sin duda, una medida provisional" como la controvertida, con la conclusión de que el supuesto contemplado en el artículo 384 bis bien podía ser visto por el legislador "como inconciliable con la permanencia del procesado por estos delitos en el desempeño de funciones o cargos públicos o, más sencillamente, como incompatible con la concesión de cualquier permiso de salida de prisión para la realización de actos concretos que supongan ejercicio de tal función o cargo"; en definitiva -añadió el Tribunal- "la regla enjuiciada no viene sino a prescribir, en negativo, uno de los 'requisitos' para el mantenimiento en el ejercicio de una función o cargo público, concretamente el no encontrarse en situación de prisión provisional como consecuencia del procesamiento" por tales delitos, "una condición, en suma, cuya legitimidad y proporcionalidad no la hace contraria al contenido de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 23.2 CE", FJ 6, razonamiento al que se refiere, asimismo, la STC 11/2020, FJ 8, donde se añade, en coherencia con lo transcrito, que "la exigencia de proporcionalidad se cumple en la configuración legal de los supuestos ante los que nace la restricción", de modo que "la exigencia de motivación de los actos aplicativos de la norma se proyecta únicamente sobre el juicio relativo a la existencia de sus presupuestos legales".

O en la STS de 2 de diciembre de 2020, ROJ STS 4192/2020, que analiza las disposiciones relativas del Estatuto de los funcionarios afirmando,

"… Por otra parte, la proporcionalidad de la medida desde el punto de vista temporal también resulta patente dada la estrecha vinculación entre los hechos investigados en el procedimiento penal y la relevancia pública del ejercicio de las potestades de inspección y liquidación de tributos, directamente relacionadas con los cometidos propios de su puesto de trabajo. Así resulta de la existencia de unos indicios de imputación sólidos que determinaron la medida de prisión provisional, y es necesario para salvaguardar intereses públicos de la más diversa índole, entre los que también debe mencionarse la apariencia

de probidad, pues como resalta la sentencia del Tribunal Constitucional 104/1995, de 3 de julio, “[...] [l]a conservación del funcionario en su puesto, una vez que existen indicios racionales de una cierta conducta con una primera apariencia delictiva, puede entrañar un peligro o riesgo para la función y su desdoro, y también dificultar la investigación judicial o administrativa de lo sucedido [...]”.

Conclusión

Las víctimas de violencia que acuden a los juzgados a denunciar son asistidas, y acompañadas, en el caso en que sean beneficiarias de justicia gratuita, de Letrados y Procuradores del turno especializado. No hay duda de que, como mínimo, la relación de recíproca confianza se quebrantaría de poseer el abogado antecedentes penales por violencia de género y, este hecho, fuese conocido, en algún momento del ínterin del proceso, por la víctima.

Pero, igual que resulta difícil concebir que cualquier ciudadano pudiera confiar, por ejemplo, en el ejercicio de una jueza o de un juez pendiente de ser enjuiciado por un delito de prevaricación, en la gestión de fondos públicos por parte de una funcionaria o funcionario pendiente de ser enjuiciado por un delito de malversación, después de que se consolidara contra ellos el indicio de criminalidad, lo es también, si cabe más, que una mujer víctima implicada en un procedimiento de violencia de género lo haga en un abogado que le asiste designado por el turno de oficio, no ya condenado como autor de un delito de violencia de género, sino simplemente investigado por este delito.

Y vemos que la legislación establece previsiones, para supuestos equiparables, que permiten remediar estas situaciones digamos que paradójicas.

En definitiva, entiendo que suponiendo el Proyecto al que me refiero un paso más en la dirección adecuada, en lo que respecta al tratamiento legal de la violencia de género, no obstante, resulta insuficiente, pues omite como vemos la regulación y respuesta para otros supuestos que bien pueden desencadenar el mismo efecto perjudicial que precisamente trata de prevenir. Sin que en verdad exista justificación para ello.

Fuentes consultadas:

- Página web de la Valedora do Pobo.
- Página web del Ministerio de Justicia.
- Informe Ordinario del Defensor del Pueblo 2021. (Área Justicia).

COMENTARIO A LA STS (SALA V) 59/2020, DE 29 DE SEPTIEMBRE. **LA CONDENA EN CASACIÓN, PREVIA ABSOLUCIÓN EN LA INSTANCIA, EN EL AMBITO DE UN DELITO MILITAR EN LA JURISDICCIÓN MILITAR**

16

José Antonio RODRÍGUEZ SANTISTEBAN
Doctor en Derecho Penal y Política Criminal
Fiscal del Tribunal Militar Territorial 2º

sumario

I. **INTRODUCCIÓN.**
II. **LA SENTENCIA.**
1. El relato fáctico de la sentencia recurrida.
2. Argumento de la recurrente.
3. Fundamento de la sentencia.
4. Voto particular.
III. **CONCLUSIONES.**
IV. **BIBLIOGRAFÍA.**

I. INTRODUCCIÓN

La STS (Sala V) núm. 59/2020, de 29 de septiembre, resuelve el recurso de casación interpuesto frente a una sentencia de absolución de un Sargento (Ismael) por el presunto delito de abuso de autoridad, en su modalidad de realizar actos de abuso sexual, previsto y penado en el artículo 47 del Código Penal Militar, en relación con el artículo 181.1º del Código Penal y de una Soldado (María Teresa), por un presunto delito relativo al ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas por los militares, en su modalidad de realizar actos de abuso sexual sobre otro militar en lugar afecto a las Fuerzas Armadas, previsto y penado en el artículo 49 del Código Penal Militar, en relación con el artículo 181.1º del Código Penal.

Esta sentencia tiene su importancia porque es la primera sentencia en el ámbito de la Jurisdicción Militar en la que se condena en Casación por parte del Tribunal Supremo cuando en la instancia los acusados habían sido absueltos, y por el análisis que se realiza en la misma, respecto la falta de consentimiento para que se dé el delito de abuso sexual.

II. LA SENTENCIA

1.- El relato factico de la Sentencia recurrida

La sentencia de instancia declara probado, en síntesis, que, durante una comisión de servicio de varios militares al Peñón de Alhucemas, en fecha el 17 de diciembre de 2017, el Sargento Ismael decide brindar junto a otros militares del Servicio de cocina por la proximidad de la Navidad, dejando la botella a las Soldados Teresa y María Teresa, las cuales toman algunos chupitos ya a solas en la cocina. A los pocos minutos el Sargento junto con otro soldado (Sergio) vuelve a la cocina y se las encuentran a Teresa y Mª Teresa visiblemente bebidas, motivo por el que las llevan a cuestas a su habitación (que era compartida) situada a unos quince metros dejándolas encima de cada una de sus camas vestidas con la ropa que tenían puesta (ropa deportiva), marchándose del lugar y encontrándose en el pasillo al Soldado Valentín que era pareja de Teresa indicándole lo que había ocurrido. Valentín contesta que “después iría a verlas” para proseguir a continuación su camino mientras que Sergio se dirigió a su habitación y el Sargento prosiguió su camino.

Pasados unos cinco minutos, el Sargento Ismael regresó a la habitación de Teresa y Mª Teresa para asegurarse de que estaban bien y que no había ningún problema. Llamó a la puerta, que estaba cerrada, se identifica como Sargento y desde el interior le dicen que pase. Al entrar en la habitación se encuentra a Soldado Teresa desnuda en “cuclillas” y con la cabeza entre las piernas de la Soldado Mª Teresa, que se encontraba recostada en la cama, semidesnuda manteniendo relaciones sexuales, y ante la imagen que observa permanece en la habitación con la puerta cerrada, durante unos 20 y 30 minutos, tiempo durante el cual el Sargento se unió a las relaciones sexuales que estaban manteniendo las dos.

Tras ello, toca a la puerta el soldado Valentín, ante lo cual María Teresa abre la puerta desplomándose sobre el Soldado Valentín que se encontraba fuera, volviendo a cerrar el Sargento Ismael la puerta de la habitación desde dentro con pestillo, ante lo que Valentín, después de dejar a María Teresa en el suelo, vuelve a golpear la puerta que tras unos segundos abre el Sargento Ismael entrando en la habitación Valentín procediendo en ese momento el Sargento a marcharse.

Valentín se dirige a la cama donde se encontraba tumbada Teresa tapada con un edredón y con síntomas de estar embriagada, procede a destaparla observando que ésta se encuentra completamente desnuda, con los ojos abiertos balbuceando, haciendo muecas y sonriéndose, mientras que la Soldado María Teresa se encontraba en el baño.

Teresa intenta levantarse varias veces de la cama cayéndose al suelo una de ellas golpeándose la cabeza y produciéndose una brecha en la ceja. Al observar Valentín que sangraba, procede a vestirla, con un pijama que encontró en la habitación, sin que Teresa ofreciera resistencia, para buscar al Capitán Enfermero, el cual se persona en la habitación a fin de atender a la Soldado Teresa encontrándola con una toalla en la cabeza, con síntomas de embriaguez, llorando y muy preocupada por sus hijos y por lo que pudieran pensar de ella. Procede a suturar la herida de la ceja, mostrándose Teresa en todo momento colaboradora ante las indicaciones que le realizaba el facultativo. Durante toda la tarde, y hasta bien entrada la noche, el Capitán Enfermero realiza controles intermitentes y cambia los apósitos a Teresa. A eso de las 21:00 h Teresa quedo dormida.

Al despertarse Teresa al día siguiente está magullada y no recordaba nada, cuando le cuentan lo sucedido rompe a llorar el enfermero la atiende y se activa el protocolo por posible acoso y presento la correspondiente denuncia por acoso.

Teresa estaba en tratamiento psiquiátrico con ansiolíticos por depresión cuando se produjo la ingesta de alcohol.

El Tribunal Militar Territorial 2º dictó sentencia en fecha 17 de octubre de 2019, en la que absolvía tanto al Sargento Ismael por el presunto delito de abuso de autoridad, en su modalidad de realizar actos de abuso sexual, previsto y penado en el artículo 47 del Código Penal Militar, en relación con el artículo 181.1º del Código Penal, como a la Soldado Mª Teresa, por un presunto delito relativo al ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas por los militares,

"Teresa intenta levantarse varias veces de la cama cayéndose al suelo una de ellas golpeándose la cabeza y produciéndose una brecha en la ceja. Al observar Valentín que sangraba, procede a vestirla, con un pijama que encontró en la habitación, sin que Teresa ofreciera resistencia"

en su modalidad de realizar actos de abuso sexual sobre otro militar en lugar afecto a las Fuerzas Armadas, previsto y penado en el artículo 49 del Código Penal Militar, en relación con el artículo 181.1º del Código Penal.

La Sala Segunda del Tribunal Supremo, en vía de casación y siendo ponente el ponente el Excmo. Sr. D. Fernando Pignatelli Meca, estima el recurso de la Soldado Teresa y, dicta segunda sentencia, esta vez condenatoria para el Sargento Ismael y la Soldado Mª Teresa.

Acerca de la exclusión de la imposibilidad de condenar a quienes fueron absueltos en la instancia se formuló voto particular discrepante por el Excmo. Sr D. José Alberto Fernández Rodera al que se adhirió el Excmo. Sr. D. Francisco Javier de Mendoza Fernández.

2.-Argumento de la recurrente

La recurrente alega diferentes motivos de casación, pero de todos ellos interesa aquí el de infracción de ley previsto en el artículo 849.1 de la LECr, por indebida inaplicación de los preceptos legales, considerándose, en síntesis, que de los hechos probados de dicha resolución judicial se concluye la realización de los elementos típicos del artículo 47 del Código Penal Militar en relación con el artículo 181.1 del Código Penal por lo que atañe al Sargento don Ismael y del artículo 49 del Código Penal Militar en relación con el artículo 181.1 del Código Penal por lo que concierne a la Soldado doña María Teresa.

3.-Fundamentos de la sentencia

La Sentencia parte sin modificar, ya que no es posible, ni uno sólo de los hechos declarados probados por Tribunal Militar Territorial 2º, y tal como señala la impugnada que concurren todos cuantos elementos para integrar tanto el delito relativo al ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas por los militares, en su modalidad de realizar actos de abuso sexual sobre otro militar en lugar afecto a las Fuerzas Armadas, del artículo 49 del Código Penal Militar, en relación con el artículo 181.1 del Código Penal, del que venía acusada la Soldado María Teresa , como el delito de abuso de autoridad, en su modalidad de realizar actos de abuso sexual sobre un subordinado, del artículo 47 del citado Código punitivo marcial, en relación igualmente con el artículo 181.1 del Código Penal, del que venía acusado el Sargento Ismael, si bien en uno y otro supuesto estima, en contra de las cuantas consideraciones lleva a cabo en el Quinto de los Fundamentos de Derecho de la resolución impugnada, que no concurre el consentimiento para llevar a cabo las relaciones sexuales por parte de la Soldado Teresa, consentimiento que, como la Sala sentenciadora asevera, «es el elemento que transforma una relación sexual lícita en ilícita, y en caso afirmativo, si el mismo adolece de algún vicio».

Pues bien, partiendo del relato de hechos probados de la sentencia impugnada no puede inferirse que la Soldado doña Teresa se hallara, desde que la tienen que coger y llevarla para su habitación, el resto de la tarde, y hasta bien entrada la noche, en la que el Capitán Enfermero realiza controles intermitentes y cambia los apósitos (como consecuencia del manifiesto estado de embriaguez, por el que se cae y se hace la brecha que necesita sutura) en condiciones de prestar voluntariamente un consentimiento no viciado, es

decir, válido, para mantener relaciones sexuales «como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes».

Señala la Sala que al momento de que con la Soldado Teresa mantuvieran relaciones sexuales la también Soldado María Teresa y el Sargento Ismael , no tuviera la primera «sus facultades anuladas», según declaran los Jueces *a quibus*, no comporta, a tenor de la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que pudiera la víctima emitir un consentimiento válido, o cuanto menos no viciado, para llevar a cabo las prácticas sexuales que realizó sobre la Soldado María Teresa o que sobre ella llevó a cabo el Sargento Ismael.

En este sentido, el elemento objetivo de contacto corporal o tocamiento impúdico o cualquier otra exteriorización o materialización con significante sexual, en principio sin que represente acceso carnal, que comporta el abuso sexual «puede realizarse tanto ejecutándolo el sujeto activo sobre el cuerpo del sujeto pasivo, como con maniobras que éste realice sobre el cuerpo de aquél, siempre que éstas se impongan a personas incapaces de consentir libremente», siendo lo cierto que en ambos casos Teresa se encontraba privada de sentido, pues aun cuando no se encontraba totalmente inconsciente, dentro de la expresión «privadas de sentido» del tipo legal se pueden integrar también aquellos supuestos factuales, en los que existe una disminución apreciable e intensa de las facultades anímicas que haga a la víctima realmente inerme a los requerimientos sexuales que se le realizan, al quedar prácticamente anulados sus frenos inhibitorios, por lo que la correcta interpretación de la dicha frase «privadas de sentido» que utiliza el apartado 2 del artículo 181 del Código Penal abarca aquellos supuestos, en que la perdida de conciencia no es total pero afecta de manera intensa a la capacidad de reacción activa frente a fuerzas externas que pretenden aprovecharse de la debilidad de la víctima.

La víctima, sin que se apreciara una extrema intensidad en el estado de embriaguez, se hallaba incapacitada para obrar según su voluntad, privada de cualquier capacidad de reacción eficaz frente a los abusos sexuales de que fue objeto, no siendo un supuesto en que la pérdida de conciencia aun cuando no fuera total afectaba de manera intensa a la capacidad de reacción activa frente a fuerzas externas que pretendían, y lograron, aprovecharse de su debilidad, pues se hallaba en un estado de aletargamiento, producido por la ingesta de alcohol y ansiolíticos y antidepresivos, que desembocó en una intensa dis-

“el elemento objetivo de contacto corporal o tocamiento impúdico o cualquier otra exteriorización o materialización con significante sexual, en principio sin que represente acceso carnal, que comporta el abuso sexual «puede realizarse tanto ejecutándolo el sujeto activo sobre el cuerpo del sujeto pasivo, como con maniobras que éste realice sobre el cuerpo de aquél, siempre que éstas se impongan a personas incapaces de consentir libremente»”

minución o merma de sus facultades intelectuales y volitivas y de sus frenos inhibitorios, quedando sin capacidad real de decisión.

Señala la Sala, corrigiendo al Tribunal Militar que se aprecia una severa afectación de la capacidad de autodominio del sujeto pasivo por consecuencia de la ingesta de alcohol y de antidepresivos y ansiolíticos, en la que existía una ebriedad al menos semiplena, con signos evidentes inmediatamente antes y después de ocurridos los hechos enjuiciados.

La Soldado doña Teresa exteriorizaba, signos inequívocos de la afectación causada por la ingesta de alcohol y de los consiguientes efectos psicosomáticos que la misma le ocasionó. No se exige para la integración del delito que la víctima esté absolutamente inerte.

La víctima, aun no sufriendo una ausencia total de conciencia, no era capaz de emitir un consentimiento válido y eficaz para mantener las relaciones sexuales de que se trata conforme a los criterios que, al respecto de dicha emisión, rigen en la actualidad en la sociedad.

Es evidente que la voluntad de la víctima «debe manifestarse de forma expresa o deducirse claramente de las circunstancias que rodean al hecho», lo que en el caso concreto no resulta en modo alguno del relato probatorio.

Teresa no se hallaba en condiciones de prestar un consentimiento válido, como libre ejercicio de la libertad sexual, ya que las condiciones que dicho consentimiento, para resultar eficaz por provenir de una decisión libre y voluntaria, ha de reunir deben ser establecidas según los criterios sociales que rijan al respecto, habiendo establecido el legislador, en el artículo 181.2 del Código Penal, la presunción iuris et de iure de que falta dicho consentimiento en los supuestos que contempla -entre los que se encuentra el que las personas sobre las que se ejecuten los abusos sexuales no consentidos «se hallen privadas de sentido»-, por resultar los mismos incompatibles con la consciencia y la libre voluntad de acción exigibles para autodeterminarse en el ámbito sexual, por lo que la víctima se encontraba impedida de comprender o actuar conforme a esa comprensión que determinaba la carencia de aptitud de saber y conocer la trascendencia y repercusión de las relaciones sexuales que mantuvo y que con ella mantuvieron, «sin lo cual no hay libre voluntad ni verdadero consentimiento», pues en un supuesto de embriaguez de la víctima de un abuso sexual -embriaguez que el relato de hechos

"Es evidente que la voluntad de la víctima «debe manifestarse de forma expresa o deducirse claramente de las circunstancias que rodean al hecho», lo que en el caso concreto no resulta en modo alguno del relato probatorio"

probados declara acreditada, aunque no haya quedado probado el grado e intensidad de la misma-, la jurisprudencia ha señalado, que no es un proceso sin ausencia total de conciencia, sino de pérdida o inhibición de las facultades intelectivas y volitivas, en grado de intensidad suficiente para desconocer o desvalorar la relevancia de sus determinaciones al menos en lo que atañen los impulsos sexuales trascendentes, sin que la frase «se hallen privadas de sentido», quiere decir que sea absoluta esa privación.

En el caso que examina la sentencia, las facultades intelectuales y volitivas y sus frenos inhibitorios quedaron mermados por el efecto del alcohol y los ansiolíticos y antidepresivos ingeridos -inmediatamente antes de los hechos era incapaz de andar por sí misma, debiendo ser transportada a su habitación y con posterioridad a ellos se hallaba con los ojos abiertos, balbuceando, haciendo muecas y sonriéndose, intentando levantarse varias veces de la cama en que se hallaba para terminar cayéndose al suelo, golpeándose la cabeza y produciéndose una brecha en la ceja-, por lo que se vio privada de capacidad de decisión y de obrar según su voluntad, privada de cualquier capacidad de reacción frente al abuso sexual, no estando en situación de oponerse al acceso sexual o de expresar una resistencia clara y precisa al mismo.

La privación de sentido en que se encontraba la víctima, en un estado incapaz de controlar lo que ocurría a su alrededor y de reaccionar contra quienes pretendían utilizar -y utilizaron- el mismo en su favor, dio lugar a que los condenados, con ánimo libidinoso, se aprovecharan de su estado de semiinconsciencia o aturdimiento y de su falta de capacidad de reacción, para que llevara a cabo sobre ella prácticas o actos atentatorios contra su libertad o indemnidad sexual susceptibles de ser calificados como legalmente constitutivos de sendos delitos de abuso sexual del artículo 181 del Código Penal.

4.-Voto particular

Se centra en explicar la razón por la que la sentencia ha de ser absolutoria en base a que:

a) La Sentencia dictada por el órgano judicial a quo es absolutoria, llegando a esa conclusión tras un pormenorizado razonamiento fruto de una laboriosa ponderación del acervo probatorio sometido a su atención.

b) la Sala Segunda, entre otras en la Sentencia de 28 de enero de 2020, precisamente en relación con un recurso de casación frente a Sentencia absolutoria respecto de delitos contra la libertad e indemnidad sexual, ha recordado que la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido un criterio restrictivo respecto de la revisión peyorativa de las sentencias absolutorias sin audiencia personal el acusado.

c) Partiendo del respeto a los hechos probados no ha quedado probado el acceso carnal como tipo de relación sexual mantenida entre el Sargento Ismael y las Soldados Teresa y María Teresa, ni que actos sexuales concretos se han mantenido entre ellos. Tampoco ha quedado probado el grado e intensidad del estado de embriaguez de las Soldados Teresa y María Teresa. Además, el Fundamento de Derecho Quinto de la Sentencia combatida en casación contiene una racional, lógica y coherente valoración de los elementos de juicio a disposición del Tribu-

nal, con el corolario de que no se puede probar que las relaciones sexuales que motivan el proceso se produjeron con ausencia de consentimiento por parte de la denunciante, y que existen serias dudas razonables para considerar plenamente probado que la víctima sufriera una pérdida o inhibición de sus facultades intelectivas y volitivas en grado de intensidad suficiente para desconocer o desvalorar la relevancia de sus determinaciones al menos en lo que atañe a los impulsos sexuales trascendentes, lo que conduce al in dubio pro reo.

III. CONCLUSIONES

a) La Sala V del TS se hace eco de la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que establece un criterio restrictivo respecto de la revisión peyorativa de las sentencias absolutorias sin audiencia personal el acusado, y que la consecuencia de esta doctrina, desde la perspectiva procesal de la técnica casacional, es que el motivo adecuado para la impugnación de sentencias absolutorias interesando que se dicte una segunda sentencia condenatoria es únicamente el de infracción de ley del artículo 849.1º de la LECrim, aplicándose en este caso.

b) El consentimiento es un elemento esencial del tipo para que se dé el delito contra la libertad e indemnidad sexual del artículo 181 del CP, siendo uno de los elementos más controvertidos y que ha de ser analizado caso por caso como se ha demostrado en este supuesto.

c) Se trata de una sentencia novedosa en el ámbito de la justicia militar en la que se aplican en delitos militares la jurisprudencia penal en materia de delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, con lo que se consigue una de las viejas aspiraciones de los penalistas militares como es lograr la complementariedad plena del Código penal militar.

d) Las Fuerzas Armadas no son más que un reflejo de la sociedad y casos como el que queda probado en esta sentencia es un buen ejemplo de ello.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ADÁN DOMÉNECH, F. Principios y garantías procesales, BOSCH, 2013.
- MILLÁN GARRIDO, A. Justicia Militar. REUS, 2017.
- ORTEGO PÉREZ, F. “La evolución jurisprudencial del derecho a la última palabra”, Revista Ius et Praxis, 2020. Vol. 26, nº 2. Pág. 320-332. Recurso electrónico: http://www.revistaiep.utalca.cl/wp-content/uploads/2020/08/Laevolucion-jurisprudencial-del-derecho-del-acusado-a-la-ultima-palabra.pdf, consultado el 1/6/2022.

VV. AA. El Código Penal Militar de 2015 Reflexiones y Comentarios, Tirant lo Blanch, 2017.

17

¿SON COMPATIBLES LA AGRAVANTE DE ALEVOSIA Y APROVECHAMIENTO DEL LUGAR? COMENTARIO A LA SENTENCIA 412/2022 DE 27 DE ABRIL DE 2022

María Adoración
RUIZ RODRÍGUEZ
Letrado del Ilustre Colegio de
Abogados de Talavera de la Reina

sumario

I. INTRODUCCION, II. AGRAVANTES DE ALEVOSIA Y DE APROVECHAMIENTO DEL LUGAR; III. COMENTARIO A LA SENTENCIA 412/2022 DE 27 DE ABRIL; IV. CONCLUSIONES; V. BIBLIOGRAFIA

I. INTRODUCCIÓN

No es cuestión baladí, ni la primera Sentencia de la Sala II del Tribunal Supremo en la que se discute la compatibilidad entre la agravante de alevosía y la de aprovechamiento del lugar, y es que en ocasiones y por el relato de hechos probados, en la manera en la que estos sucedieron han llevado a condenar por los hechos del delito que corresponda concurriendo ambas agravantes, alevosía y aprovechamiento del lugar.

Y es que a lo largo de la Jurisprudencia de la Sala II del Tribunal Supremo, como veremos en el epígrafe correspondiente, son numerosas las Sentencias en las que confluyen ambas agravantes y en las que se plantea la misma cuestión, ambas son compatibles o por el contrario la agravante de aprovechamiento del lugar debe entenderse absorbida por la agravante de alevosía.

Dediquémosle unas líneas a esta Sentencia y a hacer un repaso por Sentencias recientes y más antiguas en las que esta cuestión se plantea.

II. AGRAVANTES DE ALEVOSÍA Y APROVECHAMIENTO DEL LUGAR

Todos conocemos que ambas agravantes se ubican en el artículo 22, apartados 1º y 2º del Capítulo IV del Libro I de las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal.[1]

La alevosía, en nuestro derecho, tenemos conocimiento de ella en las Partidas de Alfonso X el Sabio y la misma se encontraba equiparada a la traición y diciéndose que "era la cosa peor y más vil que puede caer en el corazón de un hombre"[2]

Siempre unida a la protección a la vida, la Sala II del Tribunal Supremo tiene establecido que la propia esencia de la alevosía se encuentra en el desarrollo de una conducta agresora que, objetivamente, puede ser valorada como orientada al aseguramiento de la ejecución en cuanto tiende a la eliminación de la defensa, y, correlativamente, a la suspensión de eventuales riesgos para su aporte procedentes del agredido, lo que debe ser apreciado en los medios, modos o formas empleados, que en este caso son evidentes para asegurar el resultado y las nulas posibilidades de defensa, dado lo sorpresivo del acto del condenado ahora recurrente.[3]
En la agravante de aprovechamiento de lugar el propio precepto establece tres elementos que conforme la jurisprudencia de la Sala II del Tribunal Supremo no es necesario que confluyan; así esos tres elementos son lugar, tiempo o auxilio de otras personas, y basta con que confluya uno de ellos para apreciarla.[4]

1 Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal.

2 Las siete partidas de Alfonso X el Sabio, Partida VII, Titulo II ley I.

3 Sala del Tribunal Supremo en Sentencia 183/2018 de 17 abr. 2018, Rec. 10713/2017. Ponente Ilustre Sr. Don Vicente Magro Servet.

4 Sala del Tribunal Supremo en Sentencia 118/2002, de 4 de febrero.

En palabras de la Sentencia 907/2013 de 18 de noviembre de 2013 "Ese escenario implica un plus de facilidad para obtener el resultado buscado por el autor que decide aprovecharse de tales circunstancias y esos son los fundamentos de la agravación de responsabilidad del art. 22.2 del CP"

En principio, y en abstracto las circunstancias de aprovechamiento del lugar, del tiempo o de auxilio de otras personas son compatibles con la alevosía, si su concurrencia se proyecta más que sobre el debilitamiento de la defensa, en la facilitación de la impunidad.[5]

En cambio, **cuando se trata de un elemento que incide básica y esencialmente en la anulación de la capacidad defensiva de la víctima y solo secundaria y accesoriamente en un incremento de la probabilidad de impunidad ha de entenderse absorbido por la alevosía[6].**

III. COMENTARIO A LA SENTENCIA 412/2022 DE 27 DE ABRIL

Los hechos probados de la Sentencia relatan que tras haber decidido terminar la relación la víctima con el acusado y marcharse del domicilio que ambos compartían, éste tras varias horas de conversación logró convencerla para que volviera al domicilio común.

Una vez allí, y encontrándose la víctima bajos los efectos del alcohol, aprovechando el acusado su superioridad física y su indefensión al alcanzar la víctima, 1,74 gramos de albohol en sangre y no haber dormido la noche anterior, la agredió violentamente cuando estaba tumbada en posición horizontal, con el costado derecho hacia arriba, clavándole en la mama un arma blanca de una longitud aproximada de 50 cm. y menos de 1 cm de ancho, empleando fuerza suficiente como para atravesarle el tórax derecho, generarle una herida en el corazón atravesarle el diafragma, el riñón izquierdo y finalizar en la costilla 12ª, causándole la muerte tras una lenta hemorragia interna.

"cuando se trata de un elemento que incide básica y esencialmente en la anulación de la capacidad defensiva de la víctima y solo secundaria y accesoriamente en un incremento de la probabilidad de impunidad ha de entenderse absorbido por la alevosía"

5 STS 252/2007, de 8 de marzo, STS 843/2002 de 13 de marzo, STS 130/2009, de 10 de diciembre, STS 2047/2001 de 4 de Febrero.

6 Sala del Tribunal supremo en Sentencia 829/2017 de 15 de diciembre de 2017. Recurso 10382/2017. Ponente Ilustre Sr. Don Antonio del Moral García.

El acusado dejó a la víctima agonizar en el domicilio hasta que se produjo la muerte.

La Audiencia condenó como autor penalmente responsable de un delito de asesinato con alevosía, concurriendo las agravantes de aprovechamiento del lugar, parentesco y discriminación por razón de género.

El Tribunal Superior de Justicia estimo parcialmente el Recurso de Apelación interpuesto por la representación procesal del condenado, entendiéndole como autor penalmente responsable de un delito de asesinato alevoso concurriendo la agravante de parentesco y discriminación por razón de género, **y consideró que no concurría la agravante de aprovechamiento del lugar al entender el TSJ que la comisión del asesinato en el domicilio de la pareja forma parte de la alevosía doméstica.**

"El acusado dejó a la víctima agonizar en el domicilio hasta que se produjo la muerte"

La representación procesal del condenado interpuso Recurso de Casación ante la Sala II del Tribunal Supremo, al igual que hicieron los familiares de la víctima, como acusación particular, recurso al que se adhirió como acusación popular la Generalitat Valenciana los cuales alegaron como único motivo inaplicación de la agravante de aprovechamiento del lugar, prevista en el art. 22.2 del CP, y es que conforme su recurso el condenado realizó los hechos que resultaron probados atrayendo conscientemente a la víctima al domicilio, puesto que dicha vivienda le servía para cumplir con la amenaza lanzada la noche anterior, en la que le decía “me iré de este puto país de interesados, pero tranquila que te arrepentirás de todo” pues por una parte le permitía contar -tener preparado-, en dicho domicilio, el utensilio con el que le causó la muerte y, por otra, de igual manera, evitaba que pudieran acceder a dicha vivienda otras personas, después de haber matado a la víctima y antes de que lo tuviera todo preparado para huir de España, como tenía previsto y además le permitió hacer desaparecer las pruebas que le podían incriminar, como el utensilio utilizado para causar la muerte.

La Sala II analizando el motivo esgrimido por la acusación particular indica que consideran que *lo que se desprende es que el condenado tuvo la frialdad de urdir un plan para acabar con la vida de quien era su pareja sentimental, debido a que ella había decidido poner fin a esa relación, que se manifiesta con claridad a partir del referido mensaje de las 23,53 horas, y así lo da por probado la sentencia, cuando dice que la atrae al domicilio para cumplir con la amenaza del mismo, donde ya tenía preparado el utensilio con el que le causó la muerte.*

Continuando diciendo, que no es fácil deslindar cuando se entiende absorbida la agravante de aprovechamiento de lugar en la agravante de alevosía, y para ello la Sala II del Tribunal Supremo trae a colación, entre otras Sentencias, la que hemos comentado en el epígrafe anterior, la 829/2017 de Don Antonio del Moral García, para concluir diciendo que, **de dotar de sustantividad propia a la agravante de lugar,** en la medida que no cabe descartar que el domicilio fuera buscado como medio fundamental para asegurar la muerte, **estaríamos valorando doblemente, en perjuicio de reo, un mismo presupuesto fáctico, lo que, por contrario al principio non bis in ídem, no cabe que hagamos,** y esto ha de ser así, cualquiera que sea el atributo que añadamos a la alevosía (proditoria, sorpresiva o por desvalimiento), porque lo fundamental es la mayor impuni-

dad que deriva del mejor aseguramiento de haber ejecutado el delito tal como lo había planeado, valiéndose de ese medio elegido por el condenado, que es ese domicilio, en el que se aprovecha, además, de las desventajas en que se encuentra víctima.

En realidad, estamos ante una acción alevosa desde que se concibe, como lo evidencia el hecho de que el acusado acaba dando cumplimiento a la amenaza velada de muerte que la había dirigió el día de antes, y puesto que para su ejecución planifica varios pasos, todos ellos son fundamentales para su concreción, de manera que, **utilizado el domicilio en línea de debilitamiento de la defensa de la víctima,** aun cuando hubiera tenido, además, un efecto facilitador de la impunidad, esto queda relegado a un segundo término, perdiendo así su vigor a los efectos de una valoración propia, sino que **queda absorbido por la propia alevosía,** pues la finalidad primordial de convencer a la víctima para que acudiera al domicilio fue para ese mejor aseguramiento del premeditado hecho de matar, como queda reflejado en la parte del hecho probado en que se dice que atrajo *"conscientemente a María Rosa a su domicilio para, además de estar solos, por cuanto que dicha vivienda le permitía cumplir con la amenaza llevada a cabo en el mensaje a las 23,53 de la noche anterior "me iré de este puto país de interesados pero tranquila que te arrepentirás de todo"".*[7]

IV. CONCLUSIONES

Como hemos visto al explicar ambas agravantes y la jurisprudencia pivotante sobre las mismas, ambas a priori y de manera abstracta son compatibles, siempre y cuando concurrencia se proyecte más que sobre el debilitamiento de la defensa, en la facilitación de la impunidad.

En cambio, cuando se trata de un elemento que incide básica y esencialmente en la anulación de la capacidad defensiva de la víctima y solo secundaria y accesoriamente en un incremento de la probabilidad de impunidad ha de entenderse absorbido por la alevosía.

Además, en la Sentencia comentada añade que, de dotar de sustantividad propia a la agravante de lugar, en la medida que no cabe descartar que el domicilio fuera buscado como medio fundamental para asegurar la muerte, estaríamos valorando doblemente, en perjuicio de reo, un mismo presupuesto fáctico, lo que, es contrario al principio non bis in ídem.

V. BIBLIOGRAFÍA

- CENDOJ. Centro de documentación judicial
- Las Siete Partidas de Alfonso X El Sabio, Partida VII, Título II Ley I
- Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal

7 Sala del Tribunal Supremo Sentencia 412/2022, de 27 de abril de 2022. Ponente Ilustre Sr. Don Ángel Luis Hurtado.

18

TRANSMISIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL EN CASO DE FUSIÓN. ¿SEGUIRÁ ESPAÑA LOS PASOS DE FRANCIA? SENTENCIA DE LA SALA DE LO PENAL DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN DE 25 DE NOVIEMBRE DE 2020

Sandra SCHULLER RAMOS
LLM (LSE). Jueza sustituta
adscrita al TSJ de la
Comunidad Valenciana.

sumario

I. NTRODUCCION; II. CAMBIO DE DOCTRINA JURISPRUDENCIAL (REVIREMENT DE JURISPRUDENCE); III. ÁMBITO DE APLICACIÓN LIMITADO DE LA NUEVA DOCTRINA: RATIONE MATERIAE Y RATIONES TEMPORIS; IV. CONCLUSIONES; V. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

De acuerdo con la nueva doctrina establecida por el Alto Tribunal francés, la empresa absorbente o resultado de una fusión puede ser condena penalmente por los delitos cometidos por la empresa absorbida antes de fusión.

I. INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente, la jurisprudencia francesa había rechazado la responsabilidad penal de la sociedad adquirente por los actos cometidos por la sociedad adquirida antes de la operación de fusión o adquisición, en virtud de lo dispuesto en el artículo 121-1 del Código Penal francés. Dicho artículo, se decía, prohíbe un procedimiento penal contra la sociedad adquirente por actos cometidos por la sociedad adquirida antes de que ésta perdiera su existencia jurídica como consecuencia de una fusión. Esta interpretación del artículo 121-1 del Código Penal partía del hecho de que la fusión, que supone la disolución de la sociedad que se adquiere, le hace perder su personalidad jurídica y conlleva la extinción del proceso con arreglo al artículo 6 del *Code de procédure pénale*. Por tanto, la sociedad adquirente, una persona jurídica independiente, no podía ser perseguida por los actos cometidos por la sociedad adquirida. Se asimilaba la situación de una persona jurídica disuelta a la de una persona física fallecida.

II. CAMBIO DE DOCTRINA JURISPRUDENCIAL *(REVIREMENT DE JURISPRUDENCE)*

La sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal de Casación de 25 de noviembre de 2020[1], en una sentencia calificada por la doctrina francesa de histórica[2], elimina los obstáculos derivados de la personalidad distinta de las distintas entidades que intervienen en una fusión[3] y considera que, en los casos de fusiones entre sociedades anónima (sociétés anonymes) o simplificadas por acciones (sociétés par actions simplifiées), ***"la empresa absorbente puede ser condena penalmente al pago de una pena de multa o decomiso (confiscation) por los delitos cometidos por la empresa absorbida antes de fusión".***

En el caso examinado en esta resolución, la sociedad Intradis fue imputada por los daños causado por un incendio provocado por negligencia. Su matriz, la entidad Recall Franceet, y la filial Intradis, fueron absorbidas por Iron Mountain. La sociedad adquirente alegó que el artículo 121-1 del Código Penal francés se oponía a cualquier procedimiento contra la sociedad adquirente por actos cometidos por una persona jurídica distinta de ella.

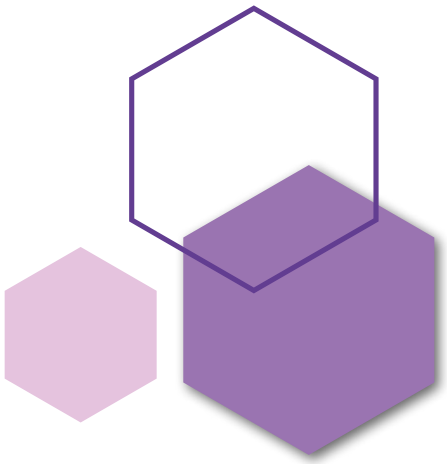
Según la doctrina tradicional de la *Cour de Cassation*, el artículo 121-1 del Código Penal[4], que establece que solo se es penalmente responsable de los propios actos (cuyo equivalente en nuestro CP puede encontrarse en el artículo 5), se opone a que la sociedad adquirente sea condenada por actos cometidos antes de dicha operación por la sociedad que está adquiriendo, disuelta por el efecto de la fusión. La Sala, sin embargo, desestimó el motivo, explicando que su interpretación anterior del artículo 121-1 del Código Penal partía de considerar que la fusión, al suponer la disolución de la sociedad que se adquiere y la pérdida de su personalidad jurídica, conlleva la extinción del proceso con arreglo al artículo 6 del *Code de procédure pénale*. Asimilaba la situación de una persona jurídica disuelta a la de una persona física fallecida. Plantea que este enfoque antropomórfico de la operación de fusión y absorción debe cuestionarse porque, en primer lugar, no tiene en cuenta la naturaleza específica de la persona jurídica, que puede cambiar de forma sin ser liquidada y, en cambio, no guarda relación con la realidad económica. Razona que una fusión por absorción implica la disolución de la sociedad que se adquiere, pero no implica su liquidación, sino que la actividad económica de la sociedad adquirida continúa en la sociedad absorbente, a la que se transfieren los activos y los contratos de trabajo.

El Tribunal fundamenta su decisión en la doctrina del **Tribunal Europeo de Derechos Humanos** expuesta en su sentencia de **1 de octubre de 2019** en la que, basándose en la continuidad económica entre la sociedad adquirida y la sociedad adquirente, considera que «**la sociedad adquirida no es realmente «otra» frente a la sociedad adquirente**" y, por tanto, que la imposición de una multa a la sociedad adquirente por actos restrictivos de la competencia cometidos antes de la fusión por la sociedad que se adquiere no afecta al principio de personalidad de las sanciones (CEDH, decisión de 24 de octubre de 2019, Carrefour France c. Francia, n.º 37858/14). Aplicando el mismo criterio, concluye que **"la continuidad económica y funcional de la persona jurídica implica que la sociedad adquirente no debe considerarse**

"El Tribunal fundamenta su decisión en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos expuesta en su sentencia de 1 de octubre de 2019 en la que, basándose en la continuidad económica entre la sociedad adquirida y la sociedad adquirente, considera que «la sociedad adquirida no es realmente «otra» frente a la sociedad adquirente"

distinta de la sociedad que se adquiere, de modo que el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos no se opone a que el artículo 121-1 del Código Penal se interprete en el sentido de que permite a la primera ser condenada penalmente por actos constitutivos de delito cometidos por la segunda antes de la operación de fusión-absorción" (§ 25).

La sentencia cita, asimismo, la STJUE de **5 de marzo de 2015**, que declara que la extinción de la responsabilidad tras la fusión estaría en contradicción con la propia naturaleza de la fusión, en la medida en que la fusión consiste en una transmisión de todos los activos de la sociedad adquirida a la sociedad adquirente tras una disolución sin liquidación.



"la continuidad económica y funcional de la persona jurídica implica que la sociedad adquirente no debe considerarse distinta de la sociedad que se adquiere"

Concluye que en caso de fusión comprendida en el ámbito de aplicación de la directiva aplicable a la fusión de sociedades anónimas (Directiva 78/855/CEE del Consejo, de 9 de octubre de 1978, sustituida por la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017), que haya dado lugar a la disolución de la sociedad de que se trate podrá, tras constatar que los hechos objeto del litigio son típicos, declarar a la sociedad adquirente culpable de dichos actos y condenarla a una multa o a un decomiso.

III. ÁMBITO DE APLICACIÓN LIMITADO DE LA NUEVA DOCTRINA

El cambio jurisprudencial, como indica la propia sentencia, está sujeto a límites:

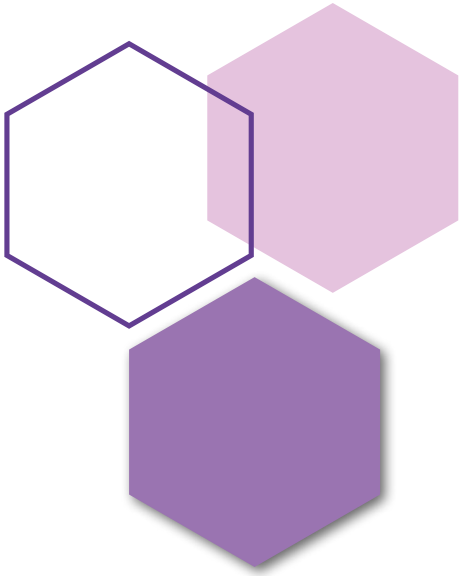
1) *Límite ratione materiae: fusión de sociedades anónimas*

En primer lugar, el Tribunal de Casación limita el tipo de pena que se puede imponer a la sociedad absorbente o resultado de la fusión en su sentencia de 25 de noviembre de 2020: solo se pueden imponer las penas de multa y decomiso, con exclusión, por tanto, del resto de penas aplicables a las personas jurídicas, de conformidad con los artículos 131 a 39 del Código Penal, a menos que la ley disponga otra cosa.
En segundo lugar, el cambio de criterio se aplica a las fusiones de sociedades anónimas[5]: la transferencia de responsabilidad penal de la sociedad que se adquiere a la sociedad adquirente sólo puede tener lugar en el caso de fusiones incluidas en el ámbito de aplicación de la Directiva relativa a la fusión de sociedades anónimas, en concreto, al artículo 19 de la Directiva 78/855/CEE del Consejo, de 9 de octubre de 1978, cuyo contenido se incorporó al artículo 19, apartado1,

de la Directiva 2011/35/UE, de 5 de abril de 2011, relativa a las fusiones internas de sociedades anónimas, que deroga la Directiva de 1978 (a su vez derogada por la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades). Declara que también es aplicable a las sociedades por acciones simplificadas (SAS), como Iron Mountain France SAS, ya que las SAS son sólo una categoría especial de sociedades anónimas y están sujetas, en la medida en que sean compatibles con las disposiciones especiales que les conciernen, a las normas relativas a las sociedades anónimas.

2) *Limitación ratione temporis: irretroactividad del cambio jurisprudencial*

El Tribunal declara que la nueva interpretación del artículo 121-1 del Código Penal constituye un cambio de la jurisprudencia en contra del reo y que, por tanto, no puede aplicarse a hechos cometidos con anterioridad. Lo impide el principio de previsibilidad jurídica derivado del artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos[6] y la jurisprudencia europea que considera que la aplicación retroactiva de un cambio imprevisible de jurisprudencia en contra del reo infringe el principio de legalidad penal, incluso en países regidos por el Derecho escrito (CEDH de 10 de octubre de 2006, *Pessino c. Francia,* N.º 40403/02, AJDA 2007. 1257). Así, bajo la interpretación dada hasta entonces del artículo 121-1 del Código Penal, se consideraba que la absorción de una sociedad no entrañaba un riesgo penal y, por ello, deben modularse los efectos del nuevo criterio. En consecuencia, declara aplicable la nueva interpretación **únicamente a las operaciones de fusión celebradas después del 25 de noviembre de 2020, fecha de la sentencia**.[7]
Ahora bien, el tribunal especifica que el cambio de criterio no tiene incidencia en los casos de fraude de ley, que es, precisamente el supuesto examinado. Declara así que **cualquiera que sea la fecha de la fusión, la sociedad adquirente puede ser considerada penalmente responsable** "**cuando el objetivo de la operación de fusión y absorción fuera eliminar la responsabilidad penal de la sociedad adquirida y, por lo tanto, constitutivo de fraude de ley**". Explica que la existencia de fraude de ley permite al juez imponer una sanción penal contra la sociedad adquirente cuando la operación de fusión tenía por objeto eludir la responsabilidad penal de la sociedad absorbida, con independencia de la implementación de la Directiva de 9 de octubre de 1978. Considera por tanto que su postura no era imprevisible. Por lo tanto, declara que la doctrina es aplicable también a las fusiones realizadas con anterioridad a la fecha de la sentencia[8].



"En consecuencia, declara aplicable la nueva interpretación únicamente a las operaciones de fusión celebradas después del 25 de noviembre de 2020, fecha de la sentencia"

IV. CONCLUSIONES

Podemos resumir el importante contenido de esta sentencia en las siguientes conclusiones:

1) La sentencia, siguiendo la línea marcada por el TJUE y el TEDH, abre la puerta a un **tratamiento diferente de las personas físicas y las personas jurídicas**[9], abandonando el enfoque formal antropomórfico, que es sustituido por un enfoque que atiende a la realidad económica que existe en una operación de fusión.

2) Entiende que, en caso de fusión, existe una continuidad económica y funcional entre la sociedad adquirente (absorbente) y la sociedad adquirida (absorbida). La empresa absorbida no es realmente "otra" respecto a la empresa absorbente.

3) La sociedad resultante de la fusión o absorción es penalmente responsable de los delitos cometidos por la empresa absorbida cuando se trata de una fusión/absorción[10]:

> **a)** De sociedades comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva del Consejo 78/855/CEE del Consejo, de 9 de octubre de 1978, relativa a la fusión de sociedades anónimas (**sociétés anonymes**), cuyo objeto se regula actualmente en la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades;
> **b)** Que se hayan concluido **después del 25 de noviembre de 2020**, en virtud del "principio de previsibilidad jurídica" contenido en el art. 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950.

4) La aplicación de la doctrina de la previsibilidad jurídica en estos términos supone que el alto tribunal francés, con abandono de su anterior postura, asume la doctrina del TEDH que extiende la irretroactividad en materia penal a una interpretación de la ley penal que vaya en contra del reo.

5) La sentencia, por tanto, viene a establecer tres nuevos principios[11]: a) El "principio general de transferencia de la responsabilidad penal de la sociedad absorbida a la sociedad absorbente en caso de fusión/absorción de sociedades anónimas". b) El principio general de responsabilidad penal de la sociedad absorbente por las infracciones cometidas por la sociedad absorbida si la fusión o absorción resulta ser fraudulenta. c) El principio general de previsibilidad jurídica en los cambios jurisprudenciales.

6) Atendida la letra del Código Penal español (en particular, el art. 130.2) y el sometimiento de nuestros tribunales a la jurisprudencia europea en los mismos términos que los de Francia, los criterios expuestos en la sentencia francesa resultan directamente aplicable en nuestro país. Hasta ahora, el Tribunal Supremo español no se ha pronunciado sobre la cuestión, por lo que habrá que esperar a la ocasión que los casos contra distintas entidades bancarias pueden brindarle para ver si sigue la línea marcada por su homólogo francés o, por el contrario, establece una línea interpretativa restrictiva del precepto español, siguiendo la postura adoptada por la Audiencia Nacional (Sección Cuarta), en el auto nº 246/2019, de 30 de abril de 2019[12]. Como ya adelantamos en anteriores publicaciones[13], la ausencia de una regulación satisfactoria para dar respuesta a la cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (art. 31 bis CP) y una legislación

procesal que dificulta la posibilidad de acuerdos o de adoptar otras medidas en materia de compliance (a diferencia de las vías previstas en otros países como Estados Unidos o Francia), pueden tentar a la búsqueda de soluciones voluntariosas, incluso con quiebra del principio de legalidad, en aras a evitar una pena de banquillo no justificada.

V. BIBLIOGRAFÍA

- GIUDICELLI-DELAGE, Geneviève: "La responsabilité pénale des personnes morales en France. La Chambre criminelle entre convictions européennes et malaise jurisprudentiel" en *Libro homenaje al profesor Luis Arroyo Zapatero: un derecho penal humanista,* Boletín Oficial del Estado, BOE, 2021. p. 283-294
- GUÍA DE LA AGENCIA FRANCESA ANTICORRUPCIÓN de 26/06/2019, versión actualizada en 2021.
- SCHULLER RAMOS, S..: "Análisis del art. 130.2 del Código Penal. Responsabilidad de la empresa adquirente por delitos cometidos por la adquirida. Continuidad patrimonial o económica de la empresa", La Ley Penal nº 155, marzo-abril 2022
- VIDALES RODRIGUEZ, C.: "La eficacia retroactiva de los cambios jurisprudenciales", Ed. Tirant Lo Blanch, 2001
- ZEROUKI-COTTIN, D.: "Revirement de jurisprudence et responsabilité des personnes morales: quand l'arbre (de la société absorbante) cache la forêt (de la reconnaissance du pouvoir normatif de la jurisprudence pénale)", RSC 2021. 525, 2021.

---

1 Cass. crim. 25 nov. 2020, pourvoi n. 0 18-86.955, publicado en Lettre de la chambre criminelle n. 0 5/2020

2 ZEROUKI-COTTIN, D.: "Revirement de jurisprudence et responsabilité des personnes morales: quand l'arbre (de la société absorbante) cache la forêt (de la reconnaissance du pouvoir normatif de la jurisprudence pénale)", RSC 2021. 525, 2021 y la abundante bibliografía que cita.

3 Guía de la Agencia Francesa Anticorrupción de 26/06/2019, actualizada en 2021, disponible en inglés, "Practical Guide 2021 - Private Sector Support Depar tment (D2AE)".

4 El art 121-1 CP francés dispone que "Nul n'est responsable pénalement que de son propre fait"

5 § 37

6 Según el artículo 7 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950:

"1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente, no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida.

2. "El presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas."

7 "Todo litigante debe poder saber, sobre la base de la redacción de la disposición pertinente, si es necesario mediante la interpretación que le den los tribunales y, en su caso, después de recurrir a un asesoramiento informado, qué actos y omisiones conllevan su responsabilidad penal y en qué pena incurre por este motivo" (§ 38) y CEDH de 10 de octubre de 2006, Pessino c. Francia, N.º 40403/02).

8 Sobre esta cuestión en nuestra doctrina, VIDALES RODRIGUEZ, C.: "La eficacia retroactiva de los cambios jurisprudenciales", Ed. Tirant Lo Blanch, 2001.

9 GIUDICELLI-DELAGE, G.: "La responsabilité pénale des personnes morales en France. La Chambre criminelle entre convictions européennes et malaise jurisprudentiel" en Libro homenaje al profesor Luis Arroyo Zapatero: un derecho penal humanista, Boletín Oficial del Estado, BOE, 2021. p. 283-294."

10 Guía Práctica 2021.

11 GIUDICELLI-DELAGE, G.: "La responsabilité pénale des personnes morales …"

12 La Audiencia Nacional declaró inaplicable el art. 130.2 CP a la fusión por absorción en virtud de la cual el Banco Santander adquirió el Banco Popular, por entender que, descartado el carácter fraudulento de la operación, no cabía extender la consideración de persona investigada al banco adquirente.

13 SCHULLER RAMOS, S.: "Análisis del art. 130.2 del Código Penal. Responsabilidad de la empresa adquirente por delitos cometidos por la adquirida. Continuidad patrimonial o económica de la empresa", La Ley Penal nº 155, marzo-abril 2022.

19

LA DETERMINACIÓN DEL MALTRATO HABITUAL MEDIANTE LA JURISPRUDENCIA

Montserrat VILÀ ROURA
Abogada no ejerciente ICA de Gerona

sumario

I. INTRODUCCIÓN. II. RELATO FÁCTICO DE LA SENTENCIA RECURRIDA. III. MOTIVOS DEL RECURSO DE CASACIÓN. IV. RESOLUCIÓN DEL RECURSO: STS, SALA PENAL, 684/2021, DE 15 DE SEPTIEMBRE. V. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

La Sala Penal del Tribunal Supremo se ve ante la necesidad de establecer un criterio unificador para calificar el delito de maltrato habitual y culpabilizar a los autores de este, a fin de evitar así las divergencias que hay ente los distintos operadores jurídicos. Lo hace mediante la Sentencia núm. 684/2021 de fecha 15 de septiembre de 2021, siendo el ponente el Ilustrísimo D. Vicente Magro Servet, en que fija doctrina con un abanico alfabético que contiene 27 reglas para delimitar dicho delito.

II. RELATO FÁCTICO DE LA SENTENCIA RECURRIDA

La Audiencia Provincial de la Coruña, Sección Primera, en fecha 22 de julio de 2020, dictó sentencia estableciendo como hechos probados, los siguientes:

El acusado, mayor de edad y con antecedentes penales no computables, mantuvo una relación sentimental con su pareja, durante dos años. Ambos convivieron con las dos hijas de la víctima. La relación entre los dos se deterioró poco a poco, afectada por la pérdida del trabajo y por el consumo cada vez más frecuente de alcohol y de cocaína por parte del primero, cosa que comportó que su actitud fuera cada vez más agresiva en el domicilio. Al inicio, el acusado empezó a controlar el tiempo que ella pasaba fuera de casa, a revisar su teléfono móvil, entre otras, para después reprocharle su situación personal y le llamaba “puta” y “borracha”. A veces lo hacía incluso delante de las hijas de esta, y estas defendían a su madre. Progresivamente, el acusado, además de insultarle, la amenazaba de muerte como “te voy a matar”, “te voy a rajar a ti y a tu hija mayor en una esquina” entre otras. Con todo ello creo un clima de temor que comportó que su pareja se negara a compartir dormitorio con él, el cual se instaló en el salón de la vivienda, siendo un lugar de uso exclusivo para él, manifestando que no sé iba del domicilio debido a que carecía de recursos económicos para ello. Además, se negaba a colaborar con las tareas del hogar y manifestaba sobre un posible suicidio, con lo que aumentaba el clima de terror en que vivía su pareja y las hijas de esta.

El 8 de septiembre de 2018 el acusado abandonó el domicilio por la mañana con el fin de ir a consumir alcohol y cocaína. Sobre las 19:30 su pareja se fue de casa con el propósito de ir a trabajar, dejando a una de sus descendientes sola en la vivienda, no obstante, le dijo a la hija que cuando volviera el acusado que la avisara. Sobre las 21:00, la hija menor le envió un mensaje de “WhatsApp” comunicándole lo que le había pedido su madre. La hija se encontraba en su habitación y el acusado entró en ella llevando unos rollos de cinta aislante. Y sin dejarla reaccionar, la agarró del pelo, la tumbó en la cama golpeándole la cabeza contra el cabecero y le arrebató el teléfono móvil. Acto seguido la arrastro hasta la cocina, diciéndole que “quería que lo viese a morir y que le quedase grabado”, cogiendo un cuchillo jamonero, apoyándolo al cuello de la menor. Nuevamente, la arrastró hacia la habitación de su pareja, donde la tiró en la cama y le puso otra vez el cuchillo en el cuello, amenazándola de muerte: procediendo a quitarle con fuerza el pijama y las bragas y la penetró sucesivamente por vía vaginal y anal, mientras la abofeteaba y la golpeaba. Luego procedió a arrastrar nuevamente a la menor en la cocina, donde le quitó también por la fuerza la parte de arriba de la vestimenta y la volvió a penetrar vaginalmente, y con el cuchillo le obligó a hacerle una felación. Acto seguido, la arras-

«La hija se encontraba en su habitación y el acusado entró en ella llevando unos rollos de cinta aislante. Y sin dejarla reaccionar, la agarró del pelo, la tumbó en la cama golpeándole la cabeza contra el cabecero y le arrebató el teléfono móvil. Acto seguido la arrastro hasta la cocina, diciéndole que "quería que lo viese a morir y que le quedase grabado", cogiendo un cuchillo jamonero, apoyándolo al cuello de la menor»

tro hasta la habitación donde la penetro por vía vaginal dos veces y le puso el cuchillo al cuello, causándole una herida incisa superficial en la región esternal. En ese momento la madre, al ver que su hija no respondía a sus llamadas telefónicas, regresó al domicilio, donde encontró al acusado en la cocina, desnudo y con un cuchillo, y a su hija menor, saliendo del dormitorio desnuda y llorando. Madre e hija salieron del domicilio para pedir auxilio, acto seguido compareció la policía y detuvieron al acusado, el cual amenazaba en suicidarse tirándose desde el piso.

El agresor sabía que la menor ya había sido víctima de un delito contra la libertad sexual, que aún padecía secuelas psicológicas y que se encontraba en tratamiento psicológico para ello. La menor y su madre aún siguen recibiendo asistencia médica por lo sucedido en el presente relato.

El acusado ya había estado condenado anteriormente, por dos delitos leves de amenazas en el ámbito familiar. Y en el momento de los hechos descritos, era consumidor habitual de alcohol y cocaína en unas cantidades que limitaban sus facultades intelectivas y volitivas.

La Audiencia lo condeno como autor responsable de un delito de maltrato habitual tipificado en el artículo 173.2 del Código Penal, con dos circunstancias agravantes y una atenuante, de un delito continuado de amenazas establecido en el art. 169. 2 del mismo precepto legal, con una circunstancia atenuante y de un delito continuado de violación del art. 179 del mismo cuerpo normativo, con dos circunstancias agravantes y una atenuante, y lo absolvió de un delito de lesiones. Imponiéndole, a su vez, en concepto de responsabilidad civil, al abono de 39.000 euros; 30.000 euros a la menor y 9.000 a la pareja, y la que se determine en ejecución para los servicios médicos del SERGAS.

Contra la misma sentencia se interpuso recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia por parte de los representantes procesales del condenado y de las dos víctimas, madre e hija. El tribunal desestimó el recurso interpuesto por la parte de la defensa y estimó el de la acusación particular, revocando la sentencia en un único sentido, de que la pena de prisión se extendiera a los 14 años, 3 meses y un día y no a 14 años como había dictado la Audiencia Provincial, duración extensiva a la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo, manteniendo el resto de los pronunciamientos de la resolución recurrido. Condenando al inculpado al pago de las costas procesales.

III. MOTIVOS DEL RECURSO DE CASACIÓN

La representación del procesado interpuso recurso de casación contra la sentencia dictada en segunda instancia, por motivos de infracción de ley e infracción de precepto constitucional, en concreto por haberse vulnerado los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE y a la presunción de inocencia del art. 24.2 y a un proceso con todas las garantías de conformidad al principio de legalidad y seguridad conforme el art. 9.3 de la CE. Asimismo, por la transgresión al principio in dubio pro reo en relación con los delitos de maltrato habitual y el de amenazas continuado. Y a su vez alego la infracción de la ley del art. 849.1 de la LECr relacionado con la vulneración de la tipicidad contenida en los dos delitos mencionados anteriormente, por su indebida inaplicación.

IV. RESOLUCIÓN DEL RECURSO: STS, SALA PENAL, 648/2021, DE 15 DE SEPTIEMBRE

El Tribunal Supremo en su fallo desestimó todos los motivos del recurso de casación, y en el Fundamento Jurídico Tercero es donde establece las características que describen el delito de maltrato habitual mediante un listado alfabético de 27 reglas, resumiéndolas en:

- **El bien jurídico protegido es la pacífica convivencia entre personas vinculadas por lazos familiares o por las estrechas relaciones de convivencia o afecto que establece el propio art. 173.2 del CP.**

- Referente a las pruebas incriminatorias; con la única prueba testifical de la víctima es suficiente para sustentar la condena del acusado, aunque no sea esta concreta en fechas, pero si sea repetitiva en los hechos. Si el Juez o Tribunal que actúa desde su inmediación la considera así, no se provoca indefensión al acusado. Su credibilidad es independiente de si presentó o no denuncias previas. De igual manera, no se tendrá en cuenta el resentimiento que pueda tener hacia su agresor, ya que se entiende normal que lo haya, debido al maltrato que ha sufrido por parte de este.

- **El delito de maltrato habitual en la violencia doméstica trata de impedir la vivencia hostil y vejatoria continua, pudiendo ser su manifestación física o psicológica.** Así mismo, se entiende que es consumado cuando se manifiesta de manera habitual y crea una convivencia insoportable para la víctima, la cual vive una situación de miedo, depresión y ansiedad, temiendo incluso por su vida. La conducta típica es la forma de actuar y de comportarse de manera habitual, en que la violencia está incesablemente presente, generando una situación duradera de dominación sobre las víctimas, impidiéndoles el libre desarrollo de su vida. Los actos de violencia que engloban el maltrato habitual se deben tener en cuenta todos, incluso los que hubieran sido ya enjuiciados. Se tiene que considerar que solo existe un delito de maltrato habitual con independencia a la pluralidad de sujetos pasivos afectados.

- La pena del delito es independiente y compatible con las demás sanciones que puedan corresponder a los diferentes delitos en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica sin que ello comporte la vulneración del principio *non bis in ídem*. Para

la individualización de la pena a imponer se tendrá en cuenta el número de sujetos pasivos afectados, la naturaleza y la frecuencia de los actos de violencia, así como el daño provocado por estos.

- **La habitualidad no requiere un número mínimo de hechos punibles,** denuncias o condenas previas que se tengan que sumar para alcanzar una determinada cifra. Lo categórico es el clima generado de superioridad y de dominio hacia la víctima, producto de una continuidad de actos de violencia psíquica o física, cuya repetición provoca la habitualidad.

- El autor no es un tercero ajeno a las víctimas, es o ha sido la pareja o un pariente directo de la víctima, que ejerce un clima de "insostenibilidad emocional" en la familia mediante su posición de dominante, que la adquiere a través de la violencia física, verbal y sexual, desarrollando una jerarquización de la violencia familiar y evitando que la víctima pueda salir del ciclo de violencia habitual que ha creado este.

- El sujeto pasivo puede ser una persona o varios individuos de la familia o de la relación sentimental, sometidos a una situación de miedo con resultado lesivo, emocional y/o físico por parte del agresor. Con la característica de que estas víctimas tardan mucho en denunciar los hechos que sufren y cuando lo hacen, se incrementa el riesgo de que los actos de maltrato sean de mayor gravedad hacia sus vidas o la de sus hijos, llamada violencia vicaria.

V. CONCLUSIÓN

Esta sentencia resulta muy interesante al establecer unos criterios uniformes de cómo se debe interpretar el delito de maltrato habitual, desde que fue introducido en nuestro CP en el precepto 173.2, 3 y 4 por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, y así evitar que se dicten resoluciones distintas sobre los mismos hechos y a su vez, prevenir cualquier indefensión a las partes de un proceso penal.

Lo más destacable de esta sentencia es que para determinar la habitualidad no aplica el criterio aritmético por el cual se requería un mínimo de tres actos de violencia, sino que es por el clima de dominación y desprecio.

Y a su vez, la existencia de un solo delito, con independencia al número de sujetos pasivos, así como su autonomía y compatibilidad con los diferentes delitos que se cometan contra bienes jurídicos individuales por los actos de violencia.

Así mismo, es necesario resaltar el valor probatorio de la declaración de la víctima como prueba de cargo suficiente, aunque sea la única. Y que el retraso en denunciar los actos de maltrato habitual es una característica propia de este tipo penal.

La violencia en el seno familiar es un delito terrible, desgarrador que se tiene que prevenir, detectar y evitar, protegiendo el bien jurídico que es la pacífica convivencia.

La unificación de criterios nos sirve para actuar todos de igual forma e intentar eliminar o paliar este maltrato atroz que sufren algunas mujeres y/o sus familiares.