

Trabajo Fin de Máster

DICTAMEN ELABORADO POR

LEONORA IVOVA BOZHANOVA

**CON OBJETO DE ANALIZAR LA DISPENSA EN
LOS DELITOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO Y
SUS EFECTOS**

Directora

VANESA MARTÍ PAYÁ

Facultad de Derecho

2021

ABREVIATURAS

- Art.: artículo
- LECrim: Ley de Enjuiciamiento Criminal
- CP: Código Penal
- STS: Sentencia del Tribunal Supremo
- SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial

ÍNDICE

I.	OBJETO DEL DICTAMEN	1
II.	ANTECEDENTES DE HECHO	1
III.	CUESTIONES JURÍDICAS PLANTEADAS	3
1.	CUESTIONES SUSTANTIVAS	3
2.	CUESTIONES PROCESALES.....	3
IV.	NORMATIVA APLICABLE	4
V.	FUNDAMENTOS JURÍDICOS	5
1.	CUESTIONES SUSTANTIVAS	5
1.1.	La violencia de género: concepto, contenido y evolución normativa.....	5
A)	En qué se diferencia de los delitos de violencia doméstica.....	7
1.2.	Penas aplicables	10
A.	Delito de lesiones	11
B.	Sobre la aplicación de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.....	14
C.	Delito de amenazas.....	20
2.	CUESTIONES PROCESALES.....	24
2.1.	La dispensa en la LECrim y su aplicación.....	24
2.2.	El valor probatorio de la declaración de la víctima	34
A.	La testifical de la víctima como única prueba de cargo	38
D.	CONCLUSIONES.....	40
I.	BIBLIOGRAFÍA	42
II.	JURISPRUDENCIA.....	43

Dictamen jurídico que, a petición de la Universidad de Zaragoza, emite Leonora Ivova Bozhanova, alumna de Segundo Curso del Máster de acceso a la Abogacía de la Universidad de la Zaragoza sobre “La dispensa en los delitos de violencia de género”, con fecha 3 de diciembre de 2021.

I. OBJETO DEL DICTAMEN

El objeto del presente dictamen es asesorar y orientar a mi cliente sobre la viabilidad de la denuncia interpuesta por ella por un delito de violencia de género frente a su pareja. Se analizará si resulta procedente alguna circunstancia modificativa de la responsabilidad penal y si la conducta de mi representada puede perjudicarle, al mismo tiempo que se valorará la posibilidad de poder hacer uso de la dispensa (tanto por su parte como por la de un familiar testigo de los hecho) dado que teme que, de no hacerlo, pueda verse afectada por la ira de su pareja y ello le cause problemas en su vida cotidiana tanto a ella como a su hija menor de edad.

II. ANTECEDENTES DE HECHO

En fecha 1 de septiembre de 2021 acude a este despacho profesional Doña Lucia Lorente Sanz con el fin de recibir asesoramiento jurídico tras el acontecer de los hechos ocurridos con su pareja Don Miguel López Duarte y que han desencadenado la situación objeto de controversia.

PRIMERO.- Con carácter previo es importante mencionar que mi patrocinada, Doña Lucia Lorente Sanz, convivía con su pareja (sin haber contraído matrimonio, ni ser pareja de hecho) desde hacía siete años en el domicilio sito en Plaza San Francisco número 14, escalera izquierda, 3ºD, de Zaragoza, siendo pareja desde hace nueve años y naciendo de dicha relación una hija de 6 años de edad.

SEGUNDO.- Como cualquier otra pareja, tenían enfados y discusiones que siempre conseguían resolver de manera pacífica a través de diálogo. Sin embargo, al comenzar a convivir estas discusiones empeoraron notoriamente, adquiriendo una duración mayor y en las que se elevaba el tono y el grado de agresividad donde ambos se insultaban y amenazaban llegando, en ocasiones, a agredirse mutuamente pero sin llegar a interponer denuncia ninguna de las dos partes.

Esta situación se calma con la noticia del embarazo de mi representada pero al poco tiempo de nacer la menor comienzan nuevamente las fuertes discusiones entre ambos, que mantienen igualmente en presencia de la menor y la situación se agrava. Don Miguel desarrolla un carácter más agresivo llegando, en ocasiones, a provocar la controversia sin motivo aparente. Y a pesar de que las discusiones son ocasionales, se mantienen en el tiempo llegando con el paso de los años a ser cada vez más habituales en su rutina diaria, llegando a alcanzar un nivel insostenible en los meses de verano del año 2021.

Destacar, en primer lugar, los hechos ocurridos el 22 de junio donde, en una de esas discusiones, Don Miguel agarró fuertemente del brazo a Doña Lucia mientras ella le rogaba que le soltara y al hacerlo le propinó un fuerte empujón, haciendo que esta cayera al suelo y se diera un fuerte golpe contra uno de los muebles de la cocina. Como consecuencia de esta caída, Doña Lucía sufrió diversas lesiones que necesitaron una primera consulta médica – destacando entre ellas varios hematomas en hombro, brazo y espalda – sin embargo no fue precisa una segunda asistencia médica ni la lesión impidió el desarrollo de cualquier actividad cotidiana. Tras el incidente, Don Miguel le pidió sinceras disculpas a su pareja en repetidas ocasiones y Doña Lucía las aceptó, manteniendo su relación y su convivencia como habían hecho hasta el momento.

Durante varias semanas se mantiene un ambiente tranquilo en el domicilio hasta el día 28 de julio, día en el que se iba a celebrar una comida familiar con Don Arturo, padre de Don Miguel. Durante el desarrollo de la misma y por motivos que no es necesario exponer al caso, la pareja mantuvo una fuerte discusión y, en esta ocasión, Doña Lucía agarró un rodillo de cocina en la mano y se acercó a Don Miguel gritándole “te voy a hacer la vida imposible”, “te voy a matar”, momento en el que Don Miguel agarró el rodillo y le propinó un golpe con la mano abierta en la cara, motivo por el que a Doña Lucía comenzó a sangrarle la ceja. Don Arturo, que se encontraba en la casa, al escuchar los gritos y el golpe se acercó a la cocina (lugar en el que tenían lugar los hechos) y vio a mi representada con la ceja sangrando, pero no fue testigo directo del desarrollo de los acontecimientos.

Como consecuencia de las lesiones causadas Doña Lucía precisó de dos puntos de sutura. Y tras la salida del hospital, decide interponer denuncia contra Don Miguel, informando de los hechos ocurridos (observando los mismos agentes el golpe en la ceja)

e indicando que tiene fotos de hematomas causados en otras agresiones, audios y videos donde se escucha y se puede ver cómo el denunciado le agrade y amenaza.

TERCERO.-La denuncia es recibida en el Juzgado de Instrucción n.º 4 de Zaragoza que inicia las correspondientes diligencias en las que se acuerda: a) la declaración de ambos sujetos; b) recabar el historial penal del denunciado y c) se decreta su libertad provisional sin fianza con la obligación de comparecer ante el órgano jurisdiccional, fijar su domicilio y notificar los cambios del mismo durante la sustanciación del proceso. Además, se cita como testigo para prestar declaración el día 23 de septiembre de 2021 al padre del acusado, Don Arturo López, que había presenciado el último enfrentamiento entre la pareja.

CUARTO.- Estando así las cosas, Doña Lucía acude a este despacho profesional con el fin de ser asesorada sobre la viabilidad de la denuncia y sobre la posibilidad de poder hacer uso de la dispensa dado que teme que, de no hacerlo, pueda verse afectada por la ira de su pareja – con quien se ha reconciliado – y que ello le cause problemas en su vida cotidiana tanto a ella como a su hija menor de edad.

III. CUESTIONES JURÍDICAS PLANTEADAS

En relación con los antecedentes de hecho expuestos se plantearon las siguientes cuestiones jurídicas:

1. CUESTIONES SUSTANTIVAS

1.1. La violencia de género: concepto, contenido y evolución normativa

A) En qué se diferencia del delito de violencia doméstica

1.2. Penas aplicables

A) Delito de lesiones

B) Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal

b.1. Consumo de alcohol

b.2. Comisiones de actos de violencia de género en presencia de menores.

C) Delito de amenazas

2. CUESTIONES PROCESALES

2.1. La dispensa: regulación y aplicación en la LECrim

- A) Doña Lucía, la víctima del delito de violencia de género.
- B) Don Arturo, el testigo y padre del denunciado.
- C) Efectos de la dispensa

2.2.El valor probatorio de la declaración de la víctima

- B) La testifical de la víctima como única prueba de cargo

IV. NORMATIVA APLICABLE

En la realización del presente dictamen se han aplicado los preceptos normativos que a continuación se detallan:

- Declaración Sobre la Eliminación de Violencia sobre la Mujer de Naciones Unidas:
 - Art. 1
 - Art. 2
- Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.
 - Art. 1.1.
- Código Penal
 - Art.21
 - Art. 147
 - Art. 148
 - Art. 153
- LECrim
 - Art.410
 - Art. 416
 - Art. 544 ter

V. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. CUESTIONES SUSTANTIVAS

1.1. La violencia de género: concepto, contenido y evolución normativa

El concepto de violencia de género comienza a utilizarse en el siglo XIX para hacer referencia a un tipo nuevo y concreto de maltrato. La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979, definió este concepto y en 1993 se produjo una ampliación del mismo, quedando definido en el art.1 de la Declaración sobre la eliminación de violencia sobre la mujer de Naciones Unidas como *“todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada”*.

Por su parte, el art.2 de la mencionada declaración, amplía todos los actos que se deben incluir y calificar como conductas violentas contra la mujer, estableciendo que se entenderán como tales *“a) La violencia física, sexual y psicológica que se produzca en la familia, incluidos los malos tratos, el abuso sexual de las niñas en el hogar, la violencia relacionada con la dote, la violación por el marido, la mutilación genital femenina y otras prácticas tradicionales nocivas para la mujer, los actos de violencia perpetrados por otros miembros de la familia y la violencia relacionada con la explotación; b) La violencia física, sexual y psicológica perpetrada dentro de la comunidad en general, inclusive la violación, el abuso sexual, el acoso y la intimidación sexuales en el trabajo, en instituciones educativas y en otros lugares, la trata de mujeres y la prostitución forzada; c) La violencia física, sexual y psicológica perpetrada o tolerada por el Estado, dondequiera que ocurra”*.

Y será con la *Declaración y Plataforma de Acción de Beijing* adoptada por las Naciones Unidas el 15 de septiembre de 1995, cuando se reconozca de forma expresa que la violencia contra las mujeres es también *“una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre hombres y mujeres, que han conducido a la dominación de la mujer por el hombre, la discriminación contra la mujer y a la interposición de obstáculos contra su pleno desarrollo. La violencia contra la mujer a lo largo de su ciclo vital dimana especialmente de pautas culturales, en particular de los efectos*

perjudiciales de algunas prácticas tradicionales o consuetudinarias y de todos los actos de extremismo relacionados con la raza, el sexo, el idioma o la religión que perpetúan la condición inferior que se asigna a la mujer en la familia, el lugar de trabajo, la comunidad y la sociedad.”

En nuestro país, es la *Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*¹ el instrumento que incorpora esta clase de conductas y supuestos caracterizados por un lado, por la condición del sujeto pasivo (que se trate de una mujer) y, por otro lado, por el ámbito dentro del que debe sufrir las agresiones (ámbito de pareja); suponiendo un gran avance para la sociedad, al dar la posibilidad a la mujer víctima de maltrato en pareja denunciar a su agresor (hecho innovador debido a la aceptación social de violencia dentro de las relaciones de pareja como una forma de mantener el rol masculino de superioridad y el rol de debilidad femenino), consiguiendo imponerle un castigo y proporcionándole al mismo tiempo mecanismos de defensa que se adapten a su situación.

Dicha norma es aprobada por unanimidad en el parlamento y su promulgación responde a dos objetivos centrales: en primer lugar, conseguir la igualdad entre hombres y mujeres eliminando la discriminación sufrida por estas debido al modelo social históricamente establecido y, en segundo lugar, eliminar la violencia hacia las mujeres, minimizando los casos paulatinamente. Para conseguir este segundo objetivo, se optó en primer lugar, por ofrecer una mayor protección penal a las víctimas. Esta protección, apunta la doctrina², consiste en un endurecimiento de las penas, incorporando en el Código Penal tipos agravados de violencia en la pareja. Se castigan con una pena superior los malos tratos, las lesiones, las amenazas y las coacciones leves en los casos en los que la víctima haya sido o sea esposa o mujer que haya estado ligado a su agresor por una análoga relación de afectividad, aún sin convivencia.

Además, de nuevo con el fin de alcanzar este segundo objetivo de minimizar los casos de violencia de género y debido a las características peculiares que reviste este tipo de delito, el Título V de la ley reconoció la necesidad de crear los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, como órgano judicial especializado dentro del orden penal de los jueces

¹Se trata de una ley necesaria ya que previamente se carecía de una herramienta capaz de identificar el problema y ofrecer una especial protección a la mujer cuando esta sufre agresiones dentro del ámbito de pareja, siendo este un marco específico de aplicación.

²BOLDOVA PASAMAR, M. A. y RUEDA MARTÍN, M.ª Á.: *Consideraciones político-criminales en torno a los delitos de violencia de género*. Atelier, Barcelona, 2006, p.17.

de instrucción³, para conocer de forma exclusiva y excluyente de casos de violencia de género al mismo tiempo que se formaba a aquellos jueces que estuvieran al frente de dichos órganos. Sin embargo, a pesar de ser algo innovador y una iniciativa global que ofreciera soluciones a todos los factores y efectos que genera esta clase de delitos, la presente ley no produjo los resultados esperados ni consigue dar respuesta al problema de manera eficaz⁴.

En lo que atañe al presente caso, la conducta de Don Miguel es subsumible en un delito de violencia de género pues, a pesar de no ser matrimonio, la norma recoge que las relaciones análogas a esta también tienen cabida. No obstante, a la vista de lo expuesto en los antecedentes de hecho, se pueden distinguir dos conductas penalmente castigables claramente diferenciadas.

Por un lado, la agresión de Don Miguel a Doña Lucía propinándole un golpe con la mano, concretamente con la mano abierta en la cara, lo que le causó lesiones en la ceja que precisaron puntos de sutura, siendo constitutiva de un delito de violencia de género, por el que mi mandante presenta la denuncia de la que trae causa este dictamen. Por otro lado, las amenazas vertidas por Doña Lucía a Don Miguel, gritando “*te voy a matar*” o “*te voy a hacer la vida imposible*” con un rodillo en la mano, que podrían entenderse incluidas como violencia doméstica puesto que es un acto que tiene lugar en el ámbito del hogar y la ejerce un familiar contra otro, siendo relevante la condición de familiares entre ambos y no el género del agresor y de la víctima.

A) En qué se diferencia de los delitos de violencia doméstica

Para empezar, debemos aclarar el porqué del uso del término “género” cuando se habla de violencia sobre la mujer. Dicho término se ha utilizado de manera cotidiana para hacer referencia a las diferencias entre hombre y mujeres, tanto sociales como culturales, basándose en el sexo que, a su vez, se centra exclusivamente en las

³Este órgano jurisdiccional presenta una serie de características propias. Se trata de un órgano ordinario unipersonal (juzgado de instrucción) pero especializado (conoce, por lo general, de casos de violencia de género y las personas que lo componen poseen una formación específica).

⁴Esto es así, porque para que la lucha contra la violencia de género sea efectiva se debe empezar por la educación. Es necesario que se establezca una educación que elimine los roles asociados a los diferentes género y se base en la igualdad. De este modo, se pondrá fin a la creencia de superioridad masculina y de subordinación femenina que caracteriza nuestra sociedad. Utilizar el derecho penal para castigar y combatir este problema no resulta suficiente ya que a pesar de incluir nuevas agravantes y de aumentar las penas impuestas para este tipo de delito, el número de casos no disminuye, al igual que tampoco lo hace el número de homicidios en pareja. Por lo tanto, el derecho penal no es capaz de dar una solución efectiva a este problema, sino que lo que se hace a través de su aplicación es buscar un autor que pueda responder por el mismo.

diferencias biológicas entre ellos. Cuando se habla de la violencia de género, supone, por tanto, un reconocimiento de la violencia ejercida por hombres sobre las mujeres, entendiendo, en estos casos, que el género del agresor y de la víctima son determinantes⁵. No obstante, podría considerarse poco apropiado este término puesto que la violencia también puede ser ejercida en sentido contrario (mujer agrede a marido) y, esta clase de conducta, no entraría dentro de la norma aludida y, por tanto, no les sería de aplicación cuando el concepto “género” podría abarcar a ambos. De hecho, esta ley excluye de la condición de sujetos pasivos a los hombres y, al mismo tiempo, solo les reconoce a ellos la condición de sujeto activo. Por lo que la duda de si la acción típica puede ser llevada a cabo por una mujer es resuelta en el art.1.1 de la *Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*⁶ que establece que solo se aplicará cuando la violencia sea ejercida por el hombre sobre la mujer en una situación de desigualdad⁷.

En conclusión, la violencia de género es aquella ejercida por el hombre hacia la mujer con la que mantiene o ha mantenido una relación sentimental, pudiendo compartir o no domicilio y cuyo origen se encuentra en las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres. Se puede manifestar de varias formas siendo los tipos más frecuentes los siguientes:

- Violencia física: busca causar daños físicos en la víctima, como moratones, contusiones, quemaduras, o cualquier otra forma que tenga efectos sobre la integridad física del sujeto pasivo.
- Violencia psicológica: puede consistir en amenazas, insultos, humillaciones, desprecio, etc., que son comportamientos que desvalorizan a la víctima, disminuyendo su autoestima y otorgándole mayor capacidad de control al maltratador.
- Violencia sexual: este tipo de violencia incluye la privación de decidir libremente si se quiere mantener relaciones sexuales con su agresor o no.

⁵KOGAN, L. “Género- Cuerpo- Sexo: apuntes para una sociología del cuerpo.” *Debates en sociología*. Nº18, 1993, p.36

⁶Art.1.1: *La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre estas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia.*

⁷BOLDOVA PASAMAR, M. Á. Y RUEDA MARTÍN, Mª A.: *Consideraciones político-criminales en torno a los delitos de violencia de género*. Atelier, Barcelona, 2006, p. 22.

Por lo tanto, sea cual sea la forma de ejercer la violencia, en el caso de violencia de género lo que queda claro es que la acción debe estar dirigida al género femenino y debe ser ejercida por un hombre, dándose en una situación de superioridad.

Una vez identificado su contenido, no debemos confundir el término “violencia de género” con otros que *a priori* pueden parecer sinónimos pero que hacen referencia a situaciones semejantes pero con distintos sujetos pasivos y delitos diferentes. Es lo que sucede con el término de “violencia doméstica”; término con el que nos referimos a las formas de abuso y violencia dentro de las relaciones familiares pero, en este caso, el sujeto pasivo, es decir, la persona que sufre la violencia, puede ser cualquiera que conviva y forme parte de la unidad familiar (con independencia del género); pudiendo sufrirla, por tanto, mujeres y hombres, niños y personas adultas, ascendientes y descendientes.... Esto significa que la violencia familiar no se dirige exclusivamente frente a una mujer sino hacia un ser vulnerable del hogar, principal diferencia con la violencia de género en la que la víctima es únicamente la mujer que mantiene una relación sentimental con su agresor⁸. Resumiendo, las principales diferencias entre la violencia de género y la doméstica radican en que:

- El sujeto agresor, en el caso de violencia de género, puede ser solo el hombre hacia la mujer; mientras que en el caso de violencia doméstica el sujeto pasivo y el sujeto activo puede indistintamente un hombre o una mujer.
- La víctima, en el caso de violencia género, es la pareja de agresor; mientras que, en el caso de violencia doméstica, puede serlo cualquier persona que conviva dentro de la unidad familiar (un menor, una persona mayor, el esposo, etc.)

Conocer estas diferencias es fundamental para la comprensión del presente caso ya que hay varias situaciones claramente diferenciadas que pueden dar lugar a dudas. Cuando Don Miguel agrede a Doña Lucía, se observa que se cumplen los requisitos necesarios para poder hablar de un caso de violencia de género y, por tanto, tomarse las acciones legales que se consideren necesarias para salvaguardar el bienestar psicológico e integridad física de la víctima. En cambio, cuando Doña Lucía amenaza con un rodillo a su pareja Don Miguel, estamos ante una conducta que

⁸ CORSI, J. *La violencia de género hacia las mujeres como problema social. Análisis de las consecuencias y factores de riesgo*. Formación de profesionales. Consultado el 11 de noviembre de 2021.

podría incluirse dentro de un delito de amenazas siendo este último víctima de violencia doméstica, hecho que podría darle motivos para interponer denuncia por tales acontecimientos.

Por todo ello, es fundamental conocer las diferencias entre ambos conceptos antes de analizar las conductas típicas de cada uno de los sujetos y ver si procede o no la imposición de una pena por las mismas.

1.2.Penas aplicables

Tal y como se ha hablado hasta el momento, la conducta cometida por Don Miguel se encuadra dentro del ámbito de la violencia de género. Para determinar la pena hemos de identificar en qué precepto del Código Penal encaja su conducta pues, la violencia de género que el acto de violencia ejercido esté castigado en nuestro Código Penal, por lo que comprenderá:

- Los delitos de homicidio y sus formas (art. 138 y ss.)
- Aborto (art. 144 y ss.)
- Los delitos de lesiones (art. 147 y ss.)
- Detenciones ilegales y secuestros (art. 163 y ss.)
- El delito de amenazas (art. 169)
- El delito de coacciones (art. 172 y ss.)
- Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual (art. 178 y ss.)

Todos estos tipos penales exigen que el agresor sea un hombre y que la víctima sea una mujer que estuviere o hubiera estado ligada a él por una relación de pareja no siendo necesaria la convivencia. Como se comprueba, no estamos ante la introducción o creación de nuevos delitos concretos y exclusivos dentro de la violencia de género, sino que estamos ante infracciones penales preexistentes que se pueden transformar, que son susceptibles de adquirir, la condición de delitos de violencia de género si se dan las condiciones expuestas. A continuación se analizarán los que corresponden a las conductas cometidas en el asunto objeto del presente dictamen.

A. Delito de lesiones

En este delito el bien jurídico protegido es la salud y la integridad física y psíquica del sujeto pasivo. La acción típica consiste en una lesión producida por cualquier medio o procedimiento que menoscabe este bien jurídico y se encuentra regulado en el art. 147 CP en el que se establece lo siguiente:

“1. El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado, como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de tres meses a tres años o multa de seis a doce meses, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico.

2. El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión no incluida en el apartado anterior, será castigado con la pena de multa de uno a tres meses.

3. El que golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, será castigado con la pena de multa de uno a dos meses⁹.

4. Los delitos previstos en los dos apartados anteriores sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal”.

Ante los hechos ocurridos en este supuesto, nos encontramos ante un delito de lesiones que precisó una primera asistencia médica para aplicar los puntos de sutura, pero no requirió más asistencia que esta. Por lo tanto, *a priori*, podemos deducir que estamos ante un delito de lesiones que se encuadra en el apartado segundo del art. 147 CP, siendo aplicable una pena de multa. Sin embargo, el art.148.4ºCP precisa que las lesiones del art.147.1 CP *“podrán ser castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado o*

⁹ Cuando este delito de maltrato de obra, sin causar lesiones, se produzca en el ámbito familiar o la víctima sea una de las personas mencionadas en el art. 153 apartado primero del mismo código (esposa, persona de análoga relación de afectividad, etc.) nos encontramos ante un delito básico de malos tratos. En estos casos, el hecho de que no quede probada la existencia de lesiones que se mencionan en la denuncia carece de trascendencia ya que el delito de maltrato de obra precisa esta ausencia para que pueda apreciarse, siendo el bien jurídico protegido en este caso la dignidad de las personas y no su salud o integridad física.

riesgo producido: Si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia”.

Doña Lucía y Don Miguel no eran marido y mujer pero sí eran pareja, relación que se encuadra dentro de este artículo bajo el concepto de “análoga relación de afectividad”. Por ende, este sería el precepto aplicable al caso.

La cuestión que se puede debatir a este respecto, gira en torno a la asistencia médica y la aplicación de puntos de sutura. Al suceder todo en una primera consulta puede parecer que se trata de una primera asistencia pero la jurisprudencia ha aclarado que la aplicación de puntos de sutura se considera un tratamiento médico o quirúrgico y no una mera primera asistencia facultativa. Así lo encontramos en la STS (Sala Segunda) 519/2016, de 15 de Junio de 2016:

“Se plantea en esta censura casacional, si el empleo de "steri-strips" o puntos de aproximación con cinta autoadhesiva, desborda el concepto de primera asistencia e integra el de tratamiento médico-quirúrgico que determinaría la calificación como delito de lesiones, y no simple falta de lesiones. Aunque nuestra jurisprudencia no ha sido en el pasado uniforme, en el tiempo actual puede detectarse una tendencia hacia la consideración de tales puntos de aproximación como tratamiento médico o quirúrgico. Así lo afirmaba ya inicialmente, la STS 1441/1999 y seguidamente la STS 1481/2001 de 17 de julio , nos enseña que el uso de esparadrapo para mantener unidos los bordes de la herida es un procedimiento equivalente y sustitutivo de los tradicionales puntos de aproximación, y así es porque lo empleado no fue un simple apósito para preservar a la herida del contacto con el aire u otros agentes externos, sino un medio técnico de fijación (esparadrapo de sutura), menos cruento en su aplicación, pero de efecto equivalente al cosido y, como éste, necesario para procurar la correcta cicatrización. De este modo, lo realizado fue un acto médico que, inmediato a la producción de la herida, no se agotó en sí mismo -como sucedería en el caso de la "primera asistencia"- sino que prolongó sus efectos de manera estable a lo largo de un periodo de tiempo: el necesario para producir la regeneración y soldadura de los tejidos dañados por un corte -en el caso

enjuiciado- de cinco centímetros. Así, hay que afirmar que la zona traumatizada estuvo siendo tratada, es decir, mantenida médicamente, mediante una presión estable, en unas condiciones que ella sola, de no ser por esa clase de actuación, no habría podido alcanzar”.

Por lo tanto, a pesar de que no se especifique qué tipo de puntos recibió Doña Lucía al acudir a la primera consulta médica el 28 de julio, el simple hecho de que los recibiera para su tratamiento y correcta curación supone un tratamiento médico y no solo una primera asistencia facultativa; ya que este hecho prolonga el tiempo de curación para la regeneración de los tejidos y la correcta curación de la lesión. Con esto, podemos concluir que será de aplicación el art. 148 CP respecto a la lesión recogida en el art. 147.1º CP; teniendo como consecuencia que en lugar de solicitar por esta parte una pena de multa pueda pedirse una pena privativa de libertad para el señor Don Miguel de entre dos a cinco años. Además, la jurisprudencia establece que es indiferente que haya mediado una segunda asistencia de retirada de puntos dado que el tratamiento médico o quirúrgico, consiste en la aplicación de los puntos, no es compatible con el de la primera asistencia. Y así lo vemos reflejado en la STS (Sala Segunda) 610/2017, de 12 de septiembre de 2017:

“Como indicábamos en la STS 389/2014 de 12 de mayo, si la aproximación de los bordes de una herida para favorecer la soldadura de los tejidos es una operación susceptible de realizarse en un solo acto, lo que cura realmente es la permanencia del cosido ejerciendo esa acción a lo largo de cierto tiempo, de manera que la intervención facultativa mantiene su actividad terapéutica durante todo ese periodo, en el que lesión resulta tratada quirúrgicamente, aun cuando deba hablarse de cirugía menor (STS 321/2008, de 6 de junio). Y tal criterio de proyección de la actividad terapéutica durante la permanencia de las grapas (aun en el supuesto de que no requieran ser retiradas ulteriormente) o de los adhesivos de aproximación, confirma la existencia de tratamiento más allá de la de primera asistencia; muy especialmente cuando además de procurar la soldadura de los tejidos, tratan de minimizar la cicatriz”.

B. Sobre la aplicación de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal

En los hechos descritos se ha reconocido que el Sr. Miguel consumía alcohol en determinadas ocasiones y estas solían coincidir con las situaciones en las que se producían las agresiones.

b.1. El consumo de alcohol

El consumo de alcohol y la violencia son dos fenómenos íntimamente relacionados siendo uno de los principales factores de riesgo en casos de violencia de género (cuestionándose incluso, en ocasiones, si el alcohol puede ser causa directa de este tipo de violencia) pues incrementa la frecuencia y la gravedad de los actos de este tipo. Se considera que están relacionados por diferentes motivos y es que, el consumo de alcohol afecta directamente a las funciones cognitivas y físicas, además de reducir el autocontrol. Por lo que los individuos que lo consumen son menos capaces de controlar sus emociones y sus impulsos¹⁰. Es por esta razón que dentro del Código Penal se haya regulado como eximente completa y circunstancia atenuante de responsabilidad penal.

En cuanto a la eximente completa, el art. 20.2 CP determina que “*2.º El que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión*”. Sin embargo, no podemos considerar en el caso en que nos encontramos que el consumo de alcohol por parte del Don Miguel sea calificado como eximente completa de su responsabilidad por las acciones cometidas contra Doña Lucía ya que en ningún caso se trataba de una intoxicación plena que le impidiera comprender su comportamiento o la situación violenta que estaba desarrollando.

En este sentido, la SAP de Santa Cruz de Tenerife 570/2020, de fecha 22 de mayo de 2020, establece detalladamente cómo debe aplicarse esta atenuante

¹⁰OMS: *Violencia infligida por la pareja y alcohol*. 2006, Consultado el 24 de febrero de 2021.

concreta *“Ha dicho el TS que “el mero consumo o la mera adicción a esas sustancias no implica, por sí mismo, atenuación alguna. Para ello sería necesario que la adicción pudiera considerarse grave y que se acreditara algún efecto causal en relación con el delito cometido o bien que quedara probada la existencia de alguna perturbación mental relevante a consecuencia de la adicción. En definitiva, la exclusión total o parcial o la simple atenuación de estos toxicómanos ha de resolverse en función de la imputabilidad, o sea de la incidencia de la ingestión de la droga en sus facultades intelectivas y volitivas del sujeto y esa afectación de la capacidad de culpabilidad del acusado ha de constar suficientemente probada (STS 27 de enero de 2009). Señala la Jurisprudencia, de forma reiterada, que aunque el Código no menciona la necesidad de que las facultades intelectivas y volitivas del sujeto resulten alteradas, éstas deben estarlo, puesto que el fundamento de la atenuante reside en que afecta a la imputabilidad del sujeto”*. En el presente caso se trata de un consumo esporádico¹¹ a pesar de que en ocasiones coincidiera con las agresiones; no siendo este hecho suficiente para su aplicación, porque es necesario que se trate de una adicción grave.

En lo que atañe la circunstancia atenuante prevista en el art 21 CP, podríamos plantearnos que la contraparte defienda su aplicación ya que el consumo de alcohol estaba presente en el momento en el que se producían las agresiones pero no llegaba a influir de forma completa en el estado de consciencia del sujeto. Sin embargo, tampoco es posible aplicarla dado que, tal y como establece la STS (Sala Segunda) de 6 de marzo de 2019 *“En el contexto de la relación de pareja no puede producirse una atenuación de la penalidad por el consumo de alcohol, utilizándolo el autor de maltrato físico o psíquico como si se tratara de un subtipo atenuado, o rebajarlo a la consideración de falta”*. Por este motivo, en el presente caso se ha de aplicar el tipo penal sin ninguna clase de modificación por dicha circunstancia.

En conclusión, no cabría aplicar ninguna circunstancia modificativa de la responsabilidad por consumo de alcohol.

¹¹ De hecho no todas las agresiones y discusiones entre ambos sujetos se produjeron bajo la influencia de sustancias alcohólicas sino que muchas de ellas no estaban relacionadas con su consumo.

b.2.) Comisión de actos de violencia de género en presencia de menores

En este punto del dictamen, se analizan, por un lado, las consecuencias que tiene para los menores presenciar actos de violencia de género entre sus progenitores y, por otro lado, la agravante recogida en el art. 153.3 CP en relación con ello.

De los hechos descritos se comprueba que la hija de ambos sujetos ha estado presente en los actos violentos en los que mi representada ha sido víctima por parte de su pareja y padre de la menor. Este hecho supone un riesgo para el bienestar psicológico de la menor, pudiendo llegar a ocasionar problemas en su desarrollo psicosocial y personal como, por ejemplo, tendencia a tener conductas agresivas y antisociales o conductas de miedo e inhibición. Cabe destacar las principales consecuencias que esta exposición puede tener distinguiendo entre la exposición directa e indirecta:

- Exposición directa:
 - Consecuencias físicas: alteraciones del sueño, la alimentación, retraso en el desarrollo motor, etc.
 - Alteraciones emocionales: ansiedad, depresión, baja autoestima, etc.
 - Problemas cognitivos: retraso en el lenguaje, fracaso escolar, etc.
 - Problemas de conducta: falta de habilidades sociales, agresividad, inmadurez, etc.
- Exposición indirecta:
 - Debido a la situación física y emocional que sufren las madres pueden llegar a desatender las necesidades básicas de los menores, lo que puede causar en ellos sentimiento de abandono.
 - Desde el punto de vista del agresor, puede desarrollar incapacidad de establecer una relación cálida y afectuosa con sus hijos lo que desemboca en problemas de vinculación afectiva y de relaciones de apego.

Además, los menores pueden llegar a sufrir las mismas conductas que la madre víctima de violencia de género como pueden ser el estrés, irritabilidad, descargas agresivas etc.¹². Todos estos perjuicios hacia los menores se encuentran

¹²ORDOÑEZ FERNÁNDEZ, M.: “Las víctimas invisibles de la violencia de género”. *Revista clínica de medicina de familia*, vol. 5, número 1, 2021, p. 32

recogidos por ejemplo en la STS (Sala de lo Penal) 188/2018 de fecha 18 de abril de 2018 que establece lo siguiente:

“La presencia de los hijos e hijas en episodios de violencia del padre hacia la madre, supone una experiencia traumática, produciéndose la destrucción de las bases de su seguridad, al quedar los menores a merced de sentimientos de inseguridad, de miedo o permanente preocupación ante la posibilidad de que la experiencia traumática vuelva a repetirse. Todo lo cual se asocia a una ansiedad que puede llegar a ser paralizante y que desde luego afecta muy negativamente al desarrollo de la personalidad del menor, pues aprende e interioriza los estereotipos de género, las desigualdades entre hombres y mujeres, así como la legitimidad del uso de la violencia como medio de resolver conflictos familiares e interpersonales fuera del ámbito de la familia”.

Todo ello supone la pertinencia de aplicar una agravante concreta al caso y que encontramos en el art. 153 apartado tercero CP donde se establece que *“Las penas previstas en los apartados 1 y 2 se impondrán en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza”* .

La aplicación de este precepto fue debatida en cuanto a si la presencia de menores debía interpretarse en el sentido literal de la palabra, es decir, tenían que ver con sus propios ojos cómo se producía la agresión o no. Esta cuestión fue aclarada en la precitada sentencia en la que se fijó que el término “en presencia de menores” debía interpretarse de la siguiente manera:

“Si esa es la finalidad de la norma, es claro que sólo se puede cumplimentar su objetivo exacerbando la pena en el caso en que el menor se percate o aperciba de la situación de crispación o de enfrentamiento familiar por cualquiera de los medios sensoriales con que pueda cerciorarse de los hechos. Sin que para ello sea preciso que los vea de forma directa por estar delante de los protagonistas de

la escena violenta, sino que puede conocerla de forma sustancial a través de su capacidad auditiva y de otros medios sensoriales complementarios que le den perfecta cuenta de lo que está realmente sucediendo.

Por consiguiente, la expresión "en presencia" no ha de interpretarse en el sentido de que los menores han de hallarse físicamente delante de las personas que protagonizan la escena violenta, de modo que el menor pueda tener una percepción visual directa de ellas. La interpretación estrictamente literal del vocablo como «estado de la persona que se halla delante de otra u otras o en el mismo sitio que ellas» (diccionario de la RAE) vaciaría en gran medida de contenido la función y los fines de la norma, llegando a hipótesis absurdas de desprotección normativa de los menores. Y ello porque en muchos casos no se hallan dentro de la habitación de sus ascendientes o de las personas que realizan las escenas violentas, pero escuchan y son plenamente conscientes de lo que está sucediendo, percatándose tanto de las expresiones verbales que contienen un componente agresivo o violento, como del ruido que es propio de un golpe o de otra agresión.

La interpretación del término "en presencia" no puede pues restringirse a las percepciones visuales directas, sino que ha de extenderse a las percepciones sensoriales de otra índole que posibiliten tener conciencia de que se está ejecutando una conducta agresiva de hecho o de palabra propia de una escena de violencia. Y es que en tales supuestos es patente que el menor resulta directamente afectado de forma muy negativa en su formación y desarrollo personal, en su maduración psico-social y en su salud física y mental”

Por lo tanto, el término en “presencia de menores”, no debería ni puede limitarse únicamente a la percepción visual directa, sino que se amplía esta interpretación a cualquier otra percepción como puede ser el hecho de escuchar los gritos y las discusiones entre los padres, los golpes o las caídas, etc., que no es necesario que los vean directamente para entender lo que está ocurriendo entre los progenitores. Esto es, que aunque los menores no estén presentes en la agresión, con el simple hecho de escucharla, sería de aplicación la agravante. Los

parámetros que se establecen para la aplicación de esta agravante son los siguientes:

- La expresión en presencia de menores debe incluir tanto los supuestos en los que el menor presencia los hechos visualmente como aquellos en los que a pesar de no ser así, lo percibe de cualquier modo en el momento que se desarrollan y es consciente del acto de violencia.
- No se exige presencia física o visual, el término “cualquier modo” puede ser no visual.
- Se considerara que el maltrato ha tenido lugar en presencia de menores cuando el hecho ocurra en el domicilio común de la pareja o en el domicilio de la víctima.
- Se permite la agravación de la pena en su mitad superior.
- Se busca agravar la pena cuando los actos se realizan en presencia de menores sobre todo cuando la violencia se ejerce por los progenitores y que además los menores son también sujetos pasivos del delito al ser testigos de la violencia que se ejerce ante ellos¹³.

De hecho, la reiterada *STS (Sala de lo Penal) n° 188/2018* fue clave para determinar la aplicación del término analizado hasta ahora. No obstante, cabe destacar que encontramos resoluciones de la jurisprudencia menor de fecha anterior a la misma que aplicaban el concepto del mismo modo como es el caso de la *SAP de Madrid, n° 291/2018 de 16 de abril de 2018*, que determinó que sí se aplicaría esta agravante al haber tenido los hechos lugar ante la presencia de una menor de cinco meses de edad que se encontraba en el mismo domicilio cuando ocurrió la agresión:

“En el presente caso, la menor tenía 5 meses de edad; los hechos ocurrieron en un lugar cerrado, como es un domicilio (el del acusado); y la menor estaba presente, con la consiguiente posibilidad de ser contemplado el episodio violento por la menor, sin que a ello obste, que según la víctima, madre la menor, esta si bien estaba presente, “no reacciono de ninguna manera”, pues es claro que con ello no solo la

¹³MAGRO SERVET, V. “A vueltas con la violencia de género, versus violencia familiar. Último pronunciamientos del Tribunal Supremo”, *La ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*. N.º 146, 2020, pág. 19

menor estaba presente, encajando así los hechos en la literalidad del supuesto típico del art. 153.3 CP (“en presencia de menores”), sino que además se acredita la afectación del bien jurídico protegido (el desarrollo de la personalidad del menor en el ámbito familiar y protección integral de la familia, arts. 10 y 39 CE), ya que el hecho violento pudo ser contemplado por la menor, con la siguiente afectación al desarrollo de la personalidad”.

Por lo tanto, a pesar de la corta edad de la menor, el tribunal considera que se produce un perjuicio en su desarrollo y al encontrarse en el domicilio del acusado, su padre, se aplicaría de igual modo la presente agravante.

Es por ello que debemos concluir que esta agravante sí sería aplicable en nuestro caso ya que la hija común de ambos, al estar presente en el domicilio familiar en el momento en el que tuvieron lugar los hechos (y no en una ocasión sino en repetidas ocasiones ya que Doña Lucía fue víctima del delito durante años, incluso lo fue previamente a nacer su hija y las discusiones y enfrentamientos entre ellos empeoraron tras el nacimiento de la menor).

C. Delito de amenazas

De los hechos relatados se dependen indicios suficientes y evidencias que indican el uso de violencia en la relación de pareja. En el presente asunto, ambos sujetos realizan acciones que podrían estar penalmente castigadas. Don Miguel, como ya se ha dicho, causó una lesión facial a Doña Lucía después de que esta lo hubiera amenazó con un rodillo en la mano profiriendo frases como “te voy a hacer la vida imposible” o “te voy a matar”, sin llegar a agredirle. La conducta realizada por mi representada podría encuadrarse en un delito de amenazas recogido en el art. 169 CP¹⁴ y subsumirse dentro del grupo de delitos de violencia doméstica ya que en este caso, es Doña Lucía quien ejerce la acción

¹⁴ El art. 169 CP establece que: “El que amenazare a otro con causarle a él, a su familia o a otras personas con las que esté íntimamente vinculado un mal que constituya delitos de homicidio, lesiones, aborto, contra la libertad, torturas y contra la integridad moral, la libertad sexual, la intimidad, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, será castigado: 1.º Con la pena de prisión de uno a cinco años, si se hubiere hecho la amenaza exigiendo una cantidad o imponiendo cualquier otra condición, aunque no sea ilícita, y el culpable hubiere conseguido su propósito. De no conseguirlo, se impondrá la pena de prisión de seis meses a tres años. Las penas señaladas en el párrafo anterior se impondrán en su mitad superior si las amenazas se hicieron por escrito, por teléfono o por cualquier medio de comunicación o de reproducción, o en nombre de entidades o grupos reales o supuestos. 2.º Con la pena de prisión de seis meses a dos años, cuando la amenaza no haya sido condicional”.

típica y el sujeto pasivo de esta conducta es Don Miguel. Sin embargo, se trata de un delito difícil de probar salvo por la propia declaración de Don Miguel y la testifical de Don Arturo.

La conducta típica en el delito de amenazas es el anuncio de la comisión de un mal en el futuro, serio y real al sujeto pasivo, que causa una perturbación en el ánimo de quien la recibe o le afecta en su libertad de decidir. Las amenazas pueden ser condicionales o no condicionales y la diferencia entre unas y otras es de gran importancia. En las amenazas condicionales cabe distinguir entre aquellas en la que el mal que se anuncia constituye un delito incluido dentro de los enumerados en el art. 169 CP, y aquellas en las que el mal anunciado no constituya delito, reguladas en el art.171 CP. Estas últimas solo serán castigadas si son condicionales y la condición no consista en una conducta debida. Las amenazas no condicionales, consisten exclusivamente en el anuncio de un mal futuro, es decir, se profiere un mal sin exigir nada a cambio que impida que la persona que recibe la amenaza desista de su actuación, como ocurre en el caso de las amenazas condicionales.

En el caso que nos ocupa, las amenazas vertidas por mi mandante al denunciado son amenazas condicionales que afectan a uno de los delitos recogidos en el art. 169 CP ya que, cuando enuncia “te voy a matar”, se alude a una acción que, en caso de ejercerse, sería constitutiva de un delito de homicidio. Por ello, es necesario analizar si en las circunstancias en las que mi representada vierte tales afirmaciones, estas han causado temor en su agresor, afectando al bien jurídico protegido que es su tranquilidad y su libertad de decidir. Es decir, hay que valorar si la amenaza es lo suficientemente seria y creíble porque, de no ser así, el bien jurídico no se vería afectado.

Al respecto, la STS 322/2006, Sala de lo Penal, de fecha 22 de marzo de 2006, establece en su fundamento jurídico segundo algunas consideraciones que se deben tener en cuenta en el delito de amenazas determinando cuáles son sus características principales y los elementos que deben figurar para considerar que estamos ante este tipo de delito:

“El delito de amenazas se comete por el anuncio consciente de un mal futuro, injusto, determinado y posible, con el único propósito de crear

una intranquilidad de ánimo, inquietud o zozobra en el amenazado, pero sin la intención de dañar materialmente al sujeto mismo (STS. 593/2003 de 16.4), siendo el bien jurídico protegido la libertad y la seguridad, es decir "el derecho que todos tienen al sosiego y a la tranquilidad personal en el desarrollo normal y ordenado de su vida" (STS. 832/98 de 17.6). Dicho delito, tipificado en los arts. 169 a 171 se caracteriza, según reiterada jurisprudencia (SSTS. 268/99 de 26.2; 1875/2002 de 14.2.2003 ; auto TS. 1880/2003 de 14.11, 938/2004 de 12.7) por los siguientes elementos: Son sus caracteres generales:

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

2º) es un delito de simple actividad, de expresión o de peligro, y no de verdadera lesión, de tal suerte que si ésta se produce actuará como complemento del tipo;

3º) que la expresión de dicho propósito por parte del agente sea serio, firme y creíble, atendiendo a las circunstancias concurrentes;

4º) que estas mismas circunstancias, subjetivas y objetivas, doten a la conducta de la entidad suficiente como para merecer una contundente repulsa social, que fundamente razonablemente el juicio de la antijuricidad de la acción y la calificación como delictiva.

Se trata de un delito de los que mayor relativismo presenta, por lo que deberá atenderse a las circunstancias concurrentes (STS. 983/2004 de 12.7). El dolo del tipo de amenaza no condicional resulta del propio tenor de las frases utilizadas y de la forma y momento en que son proferidos en el ámbito de las relaciones entre autor y víctima, que los hechos probados reflejan (SSTS. 57/2000 de 27.1 y 359/2004 de 18.3).

Las expresiones “te voy a hacer la vida imposible” o “te voy a matar” vertidas por Doña Lucía no pueden considerarse suficientes para afectar a la tranquilidad de Don Miguel ya que no estamos ante un propósito que pueda interpretarse firme, serio y creíble por ser potencialmente esperado un comportamiento agresivo que lleve a cabo el mal amenazado. Es más, podría decirse que sucede lo opuesto, tales afirmaciones tienen lugar al inicio de una fuerte discusión entre ambas partes (siendo estas discusiones frecuentes y en las que, en ocasiones anteriores, Doña Lucía fue incluso agredida) y en el momento en el que Doña Lucía las vierte, el Sr. Miguel le agarra fuertemente del brazo y le arrebató el rodillo. Mi representada no busca causar una intranquilidad en Miguel, sino que lo que se pretende es evitar volver a ser agredirla nuevamente, protegerse a sí misma, sin conseguirlo ya que en ese mismo instante su pareja le da una fuerte golpe en la cara con la mano abierta. Además, posteriormente tampoco ha llevado a cabo ninguna de las acciones ni ha agredido de ningún modo a Don Miguel, sino todo lo contrario, únicamente ha interpuesto denuncia contra él para poner fin a la situación de la que era víctima.

Podría incluso plantearse que Doña Lucía estaba actuando en legítima defensa agarrando el rodillo toda vez que no era la primera vez que ambos tenían una fuerte discusión que terminara con una agresión física sobre ella (bien ya sea como esta vez que recibe un golpe que le causó una lesión o bien como veces anteriores en las que a causa de fuerte empujones caía al suelo y sufría contusiones y hematomas varios). En este caso Doña Lucía agarra el rodillo y le dice que “le va a matar” antes de que Miguel le agreda; sin embargo, no es necesario que el agredido espere a recibir el primer golpe para demostrar que está actuado para defenderse, lo único que hace falta es que sus acciones supongan reacciones inmediatas a la acción de lesión del bien¹⁵. Por lo tanto se puede decir que nos encontramos ante un caso de legítima defensa preventiva, es decir, busca evitar agresiones futuras.

En definitiva, podemos concluir que aunque Don Miguel denunciara los hechos ocurridos y pueda demostrar con la declaración testifical de su padre que Doña Lucía le amenazó, este hecho no sería suficiente para acreditar la comisión de

¹⁵CELESTE LEONORDI, M. y SCAFATI. E: “Legítima defensa en casos de violencia de género.” *Intercambio*, N°18, 2018, p.4

este tipo de delito ya que no se cumplen con los requisitos de seriedad, firmeza y credibilidad de que Doña Lucía vaya a llevar a cabo las acciones que enuncia con la amenaza, ni se ve perjudicado el bien jurídico protegido.

Además, queda suficientemente probado que Doña Lucía actuó bajo el miedo de ser agredida nuevamente por su pareja y que la acción realizada constituye un acto de legítima defensa para evitar que el acto se llegue a cometer, es decir, que le vuelva a lesionar. Por ende, se puede decir que obra bajo estado de necesidad, puesto que busca evitar un mal propio, sin causar ella la situación de necesidad intencionalmente y el mal causado en este caso. Únicamente trata de evitar ser agredida, lo que le eximiría de responsabilidad penal, por estos hechos.

2. CUESTIONES PROCESALES

2.1. La dispensa en la LECrim y su aplicación

En el Capítulo V, del Título V del Libro II de la LECrim se encuentra el art.416, que prevé una dispensa de la obligación de declarar para determinadas personas. El apartado primero del mencionado artículo recoge de forma expresa los sujetos que están dispensados¹⁶ de la obligación de declarar, estableciendo lo siguiente:

“Están dispensados de la obligación de declarar:

1. Los parientes del procesado en líneas directa ascendente y descendente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil. El Juez instructor advertirá al testigo que se halle comprendido en el párrafo anterior que no tiene obligación de declarar en contra del procesado; pero que puede hacer las manifestaciones que considere oportunas, y el Letrado de la Administración de Justicia consignará la contestación que diere a esta advertencia”.

La cuestión que se plantea al hablar de la dispensa es cuál es su fundamento y cuál es la finalidad de su regulación ya que podría suponer un obstáculo a la hora de perseguir el delito. A este respecto, la jurisprudencia se ha pronunciado destacando la STS

¹⁶ Dispensar, según la RAE, es “eximir de una obligación, o de lo que se quiere considerar como tal”.

1947/2007, de 22 de febrero de 2007 (n.º de recurso 10712/2006), en la que se argumenta que:

“Tiene por finalidad resolver el conflicto que se le puede plantear al testigo entre el deber de decir la verdad y el vínculo de solidaridad y familiaridad que le une con el procesado. Esta colisión se resuelve con la dispensa de declarar, que es igualmente válida para el testigo en quien concurre la condición de víctima del delito del que se imputa al inculpado. Puede ser una situación infrecuente pero no insólita. La víctima puede sobrevalorar el vínculo de afecto y parentesco que le une al victimario, que el legítimo derecho a declarar contra él. Es una colisión que debe resolverse reconociendo el derecho a la víctima de decidir libremente, en ejercicio de su autodeterminación en uno u otro sentido”.

Por lo tanto, la dispensa se basa en los vínculos familiares que hay entre las personas que pueden hacer uso de la misma y a la solidaridad que puede existir entre ellas dada su estrecha relación y así proteger al investigado y a su vez la intimidad en el ámbito familiar, evitando perjudicarlo; siendo esta la finalidad principal. Sin embargo, este fin entra en conflicto con determinadas situaciones en las que el testigo que protege a su pariente oculta hechos e impide el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia que es lo que ha ocurrido principalmente en las situaciones de violencia de género.

En un momento inicial se cuestionaba el momento que debía tenerse en cuenta para determinar si solo era aplicable a la relación conyugal o también se podía aplicar a las relaciones análogas de afectividad y, aunque esto ya se ha aclarado en el propio precepto, su redacción originaria no lo contenía. Al respecto, el Tribunal Supremo, estableció inicialmente que para poder ser aplicable la dispensa, debía de existir convivencia marital entre la pareja en el momento de presentarse la declaración. Este requisito era exigible porque era en ese momento donde surgía la controversia entre decir la verdad o guardar fidelidad a su pareja¹⁷. Posteriormente este criterio se modificó y se estableció que podría acogerse a la dispensa aunque hubiera cesado el vínculo matrimonial o afectivo, siempre y cuando este no se hubiera roto antes de que se

¹⁷STS 1947/2007, Sala de lo Penal de 22 de febrero de 2007, N.º Resolución. 134/2007

cometieran los hechos delictivos¹⁸. Otro cambio posterior, reconocía que no se exigía relación temporal del vínculo, es decir, se admitía la dispensa tanto si estaban unidos en ese preciso momento por una relación de afectividad, como si se hubiera roto y el vínculo fuera pasado.

La modificación más reciente, y que afecta directamente al presente caso, es la prevista en la *Ley Orgánica 8/2021, de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia* y recogida en la STS (Sala de lo Penal) 2493/2020 de 10 de julio de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:2493) que introdujo un cambio sustancial en torno a la dispensa, tal y como ya apuntaban los *Acuerdos del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2013 y de 23 de enero de 2018*. En estos acuerdos se debatía sobre la duda interpretativa entorno a la aplicación de la dispensa ya que en los casos de violencia de género la prueba elemental de cargo es la de la víctima-testigo.

Hasta la mencionada sentencia, se afirmaba que el derecho a la dispensa alcanzaba a la mujer o ex mujer del agresor, aun cuando ella hubiese denunciado y se hubiese constituido como parte, si luego dejaba de serlo (como se ha explicado en líneas anteriores). Esta nueva redacción del art.416.1 LECrim establece que si la mujer se ha personado como acusación particular, aunque luego abandone la acusación, no puede acogerse a la dispensa. Este cambio lo justifica la doctrina¹⁹ con los siguientes argumentos:

1. Por resultar incompatible que la mujer que interpone una denuncia contra su pareja y a la vez agresor, se le otorgue a la vez el derecho a la dispensa, pues se entiende que una vez que ha interpuesto denuncia se ha renunciado a ese derecho.

¹⁸ STS 292/2009 , Sala de lo Penal, 26 marzo de 2009: *por lo que respecta al momento en que debe darse ese vínculo origen de la exoneración de la obligación de declarar, se ha reconocido especial trascendencia a las circunstancias del caso y al fundamento que en las mismas justifica la aplicación del art. 416.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Si, conforme a aquéllas, la solidaridad es el único fundamento, nada obsta la exigencia de colaboración mediante la prestación del testimonio si, al tiempo de reclamársela, no existe el vínculo que la justifica. Pero la ruptura de la afectividad subsiguiente al cese de la convivencia no puede impedir que el llamado como testigo se acoja a la exención si la declaración compromete la intimidad familiar bajo la cual ocurrieron los hechos objeto de enjuiciamiento.*

¹⁹ LARRAURI, E.: “¿Castigar al agresor o proteger a la víctima? Una crítica feminista a la Sentencia del Tribunal Supremo 389/2020 de 10 de julio”. *InDret, Revista para el análisis del derecho*. N°4, 2020, p.14

2. Por entender que una vez que se ha decidido denunciar al agresor, se han roto los vínculos familiares con él y, por tanto, no hay conflicto que justifique acogerse al derecho de la dispensa.
3. Para evitar, que si existe la posibilidad de acogerse a la dispensa y no declarar contra su agresor, este le coaccione para hacerlo y de este modo defenderlo.

El hecho que justifica la posibilidad de negar el derecho de acogerse a la dispensa a la mujer que se ha constituido como acusación particular, viene a prevenir también la negación de declarar una vez que se ha denunciado. Aunque en la sentencia se haga mención del caso en el que la mujer se constituyó como acusación particular, la argumentación íntegra se refiere también a la denuncia, y así se observa al afirmar que el derecho a la dispensa es incompatible con la denuncia. Así lo podemos ver en el fundamento jurídico octavo de la STS (Sala de lo Penal) 2493/2020 de 10 de julio de 2020:

*“En estos casos, la dispensa a la obligación de colaborar con la Justicia, carece de fundamento, y así lo hemos declarado en multitud de resoluciones judiciales. No tiene sentido conceder una dispensa a declarar, a quien precisamente declara para denunciar a su agresor”*y undécimo *“es incompatible con la posición del denunciante como víctima de los hechos, máxime en los casos de violencia de género en donde la mujer denuncia a su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, debiendo naturalmente atribuirle la comisión de unos hechos que revisten los caracteres de delito. Y en algunos, es imprescindible su contribución procesal para que pueda activarse el proceso. Pretender que la denunciante pueda abstenerse de declarar frente a aquel, es tanto como dejar sin contenido el propio significado de su denuncia inicial”*.

Por lo tanto, debemos diferenciar dos casos. El primero de ellos hace referencia a la víctima que ha sido además de víctima, testigo de los hechos, y denuncia por ellos; y, por otro lado, encontramos el caso del testigo que no ha sido víctima de los hechos ni es por tanto denunciante. La dispensa del art. 416 LECrim está pensada para este segundo caso, por ejemplo, un pariente que ha presenciado los hechos pero no los sufre y no quiere declarar puesto que con su declaración compromete su relación con la persona con la que mantiene vínculos. Es decir, la dispensa tiene sentido ser aplicada respecto

del testigo que no es víctima y sufre un dilema moral entre poner de manifiesto lo ocurrido, pudiendo así perjudicar a su familiar, o no perjudicarlo. Pero no tiene sentido su aplicación una vez que se ha interpuesto la denuncia por parte de la víctima ya que, con el hecho de interponer la denuncia, ya se ha roto ese vínculo y se ha perjudicado a ese familiar, y por ese mismo motivo se ha iniciado el proceso penal. De esta manera, la mujer que denuncia a su pareja no puede estar dispensada de la obligación de declarar ya que este reconocimiento se considera incompatible con la propia denuncia que ha formalizado.

En el caso que nos ocupa, encontramos ambas situaciones: por un lado, Doña Lucía, mi representada y víctima que interpone denuncia contra su agresor; y, por otro lado, Don Arturo, el padre de Don Miguel como testigo de los hechos.

A. Doña Lucía, la víctima del delito de violencia de género

A la vista de lo expuesto y teniendo en cuenta que mi patrocinada se ha personado ya como acusación particular, la nueva regulación aplicable en torno al derecho a la dispensa impide que Doña Lucía pueda beneficiarse del misma porque constituirse como tal conduce a una renuncia irreversible.

En cualquier caso, cabría plantear a la víctima hasta qué punto le hubiera resultado beneficioso poder acogerse a la dispensa, protegiendo de este modo al agresor y dando como resultado que este hubiera quedado impune y sin asuma responsabilidad alguna por los hechos ocurridos.

Para no causar indefensión a la víctima hemos de acudir al art. 544 LECrim, que en el apartado ter²⁰ reconoce que el juez instructor debe dictar orden de protección para las víctimas de violencia género en los casos en los que existan indicios fundados para la comisión de un delito contra la vida, la integridad física o moral, libertad sexual o resulte una situación objetiva de riesgo para la víctima que requiera la adopción de alguna de las medidas de protección reguladas en este art.544 LECrim.

²⁰Art. 544 ter LECrim: *1. El Juez de Instrucción dictará orden de protección para las víctimas de violencia doméstica en los casos en que, existiendo indicios fundados de la comisión de un delito o falta contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el artículo 173.2 del Código Penal, resulte una situación objetiva de riesgo para la víctima que requiera la adopción de alguna de las medidas de protección reguladas en este artículo.*

Esta orden de protección confiere a las víctimas un estatuto integral de protección que comprende tanto medidas cautelares del orden civil y penal, como aquellas otras medidas de asistencia y protección social. Las medidas del orden penal pueden consistir en la prohibición de acercarse a la víctima, residir en determinado lugar o comunicarse con la misma, sus familiares o personas unidas a ella²¹. Por otro lado, las medidas civiles que se pueden acordar son la guarda y custodia en caso de que haya menores, la suspensión de la patria potestad y suspensión del régimen de visitas y la atribución del uso de la vivienda²².

En el presente caso y para no causar indefensión a mi representada se solicitarán las medidas penales de prohibición de acercarse a ella, a sus familiares y a su domicilio, además de la prohibición de comunicarse con ella o familiares de cualquier modo, junto con las medidas civiles de guarda y custodia de la hija menor más la atribución, por el momento, de la vivienda familiar para ambas. De este modo, se conseguirá que Doña Lucía pueda declarar libremente contra su agresor, puesto que se le ofrecen medios de protección para que a pesar de hacerlo no pueda verse desprotegida ni amenazada por él.

B. Don Arturo, el testigo y padre del agresor

De la narración de los hechos se desprende que Don Arturo, padre de Don Miguel, fue testigo de los mismos. Ante tal circunstancia, resulta conveniente analizar si concurren todos los requisitos para que declare como testigo y, principalmente, si resultaría beneficioso para defender los intereses de mi representada que lo haga.

A este respecto, la jurisprudencia ha proporcionado dos criterios para valorar si la declaración de un testigo es necesaria o no en un proceso penal. Estos dos criterios son el de pertinencia y relevancia y así, entre otras, la *STS (Sala Segunda) 392/2018, de 26 de julio de 2018* establece que:

“Por la primera se exige una relación entre las pruebas y el objeto del proceso. La relevancia presenta un doble aspecto, el funcional,

²¹MENDOZA CALDERÓN, S.: “Hacia un derecho penal sin fundamentación material del injusto: la introducción del nuevo artículo 153 del Código Penal” Rueda (dir), Atelier, Barcelona, 2006, p. 122

²²GALDEANO SANTAMARÍA, A.: “Medidas cautelares en violencia de género: servicio de guardia.” Consultado el 3 de diciembre de 2021.

relativo a los requisitos formales necesarios para la práctica y desarrollo de la prueba y de la impugnación; y el material, relativo a la potencialidad de la prueba denegada con relación a una alteración del fallo de la sentencia (STS 136/2000). (...) Dos son los elementos a valorar al respecto: la pertinencia, propiamente dicha, y la relevancia de la prueba propuesta: «pertinencia» es la relación entre las pruebas propuestas con lo que es objeto del juicio y constituye «themadecidendi»; «relevancia» existe cuando la no realización de tal prueba, por su relación con los hechos a que se anuda la condena o la absolución u otra consecuencia penal relevante pudo alterar la Sentencia en favor del proponente, pero no cuando dicha omisión no haya influido en el contenido de ésta, a cuyo tenor el Tribunal puede tener en cuenta el resto de las pruebas de que dispone, por ello ha de ser necesaria, es decir que tenga utilidad para los intereses de defensa de quien la propone, de modo que su omisión le cause indefensión, y ha de ser posible, en atención a las circunstancias que rodean su práctica”²³.

En el caso que nos ocupa estos dos requisitos se cumplen ya que: a) la declaración de Don Arturo es un medio pertinente al existir relación entre la testifical y el objeto del proceso porque con ella se podrá demostrar que los hechos realmente ocurrieron; y, b) es relevante porque, de no declarar, podría causar indefensión a Doña Lucía, dicho de otro modo, su declaración podría beneficiar los intereses de mi representada teniendo en cuenta que habitualmente los delitos de violencia de género se caracterizan por producirse en el ámbito de la vida privada de la parejas, donde no suele haber más testigos que la propia víctima, siendo este uno de los motivos que disuaden a las víctimas de denunciar²⁴.

El hecho de que en la última agresión sufrida y denunciada por Doña Lucía se produjera en presencia de un testigo es relevante, ya que no es solo ella la única testigo de los hechos ocurridos. Es sabido que Don Arturo estuvo presente en el salón de la casa en la que tuvieron lugar los hechos y, aunque inicialmente no se

²³STS (Sala Segunda) 392/2018, de 26 de julio de 2018, nº de recurso 955/2017

²⁴Bosch Fiol, Esperanza: “La Violencia de Género: de cuestión privada a problema social”. *Intervención Psicosocial*, 2000, Vol. 9, N.º 1, Págs.: 7-19

encontrara presente en la misma habitación de la discusión mantenida por la pareja, fue perfectamente escuchada y, de hecho, tras escuchar el golpe, se acercó al lugar de los hechos y vio como Doña Lucía tenía la ceja ensangrentada. Es por, ello que esta parte considera fundamental su citación como testigo y su declaración en este proceso. Sin embargo, la situación en la que se encuentra Don Arturo es complicada, puesto que a pesar de tener una buena relación con Doña Lucía, la parte denunciada es su hijo y ello puede generar controversia.

En circunstancias normales, si se llamase a declarar a Don Arturo como testigo, estaría obligado de concurrir al llamamiento judicial para declarar. Y, en caso de no hacerlo, podría incurrir en una multa cuya cantidad oscilaría entre los 200 y los 5000 €; si persistiera en su negativa de concurrir cometería un delito de obstrucción a la justicia tipificado en el art. 463.1 CP, y si se resistiese a declarar, podría también ser perseguido por el delito de desobediencia grave a la autoridad, tal y como establece el art.420 LECrim. Además del hecho de que todos los testigos tienen la obligación de decir la verdad y, en caso de no hacerlo, incurrirían en un delito de falso testimonio, que está castigado, según el art.458 CP, con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de tres a seis meses.

Sin embargo, y a pesar de ello, cabría plantearse si Don Arturo pudiera efectivamente hacer uso de la dispensa pues, a pesar de que el art. 410 LECrim exige la obligación de concurrir al llamamiento judicial para declarar una vez haya sido citado, el precitado art. 416 LECrim sí que parece ofrecerle esta posibilidad. A este respecto interesa destacar el en el voto particular formulado por el Magistrado Don Antonio Del Moral García²⁵ en cuanto a la interpretación de dicho precepto:

“El art.416 LECrim supone el desarrollo en el ámbito del proceso penal de un derecho de rango constitucional proclamado en el art.24 CE. Es un derecho procesal atribuido -posiblemente sea el

²⁵Voto particular que formula el Excmo. Sr. Magistrado d. Antonio del Moral García a la sentencia recaída en el recurso de casación nº 2428/2018 y al que se adhiere el Excmo. Sr. Magistrado d. Pablo Llarena Conde.

único supuesto-, a quien no es parte procesal: un derecho de un tercero a no declarar”.

Es un derecho que tutela a esos terceros y no a las partes procesales. No existe un derecho del acusado a que sus parientes no declaren; sino un derecho de esos familiares a no ser compelidos a declarar (vid STC 94/2010, de 15 de noviembre). Esta consideración es esencial para no desviarnos de la recta interpretación del art.416 LECrim. Con lenguaje calderoniano apuntaba la STS de 26 de noviembre de 1973 el fundamento de la previsión: sortear la colisión entre la voz de la sangre y el deber ciudadano de colaborar con la justicia. Con esa idea conecta una nutrida serie de pronunciamientos de esta Sala. (...).

La dispensa está prevista en nuestro ordenamiento, a semejanza de muchos otros, como fórmula o válvula de escape que se brinda a la persona con fuertes vínculos afectivos con reconocimiento legal (matrimonio o situación asimilada; filiación, relación de consanguinidad) para eludir el conflicto entre esos lazos que presionan para no perjudicar de ninguna forma al pariente, menos aun provocando directa o indirectamente su condena penal y probable privación de libertad; y el imperativo legal de declarar la verdad sobre todo lo que se le pregunte en un proceso penal, bajo la amenaza de sanción penal (delito de falso testimonio) y con la fuerza de un previo juramento (o promesa) legal. El legislador (y, antes, el constituyente), con buen sentido, considera conveniente un mecanismo de equilibrio que pasa por levantar en esos casos el deber general de todo ciudadano de declarar. Y no hace distinciones según se sea víctima o persona no afectada por el delito objeto de esclarecimiento o enjuiciamiento (sin perjuicio de que en el art.263 LECrim encontramos alguna asimetría en la regulación de ese tema en sede de denuncia, frente a la testifical del art.416 LECrim)”.

Don Arturo, en su condición de tercero llamado a declarar por presenciar los hechos, deberá ser informado de este derecho a no declarar contra su hijo para

no perjudicarle (ya que con su declaración podría provocar que fuera condenado a una pena que le prive de libertad además de suponer la ruptura de lazos familiares) y podrá libremente decidir si quiere acogerse al mismo o, por el contrario, prefiere declarar²⁶. En cuyo caso, habrá de decir la verdad (a pesar de ser familiar) pues, de lo contrario, el declarante podría llegar a incurrir en un delito de falso testimonio para así proteger al familiar implicado.

C. Los efectos de la dispensa

Los efectos que tiene acogerse a la dispensa son diversos. Antes de la modificación del citado precepto en 2021, el principal efecto de la dispensa, respecto a la declaración de la víctima, era la falta de su declaración, lo que podía implicar la absolución del acusado si esta era la única prueba existente pues resultaba esencial para la acreditación de los hechos.

Entre otros problemas, el hecho de acogerse a la dispensa imposibilita la aplicación del art. 710 LECrim, que faculta a la lectura a instancia de cualquier de las partes de las diligencias sumariales que no puedan ser reproducidas en el acto del plenario. Se elimina, de este modo, la posibilidad de valorar las declaraciones anteriores del testigo y así lo determina el acuerdo del pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de fecha 23 de enero de 2018, que recoge literalmente:

“El acogimiento, en el momento del juicio oral, a la dispensa del deber de declarar establecida en el art. 416 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”.

Esto es relevante en el delito de violencia de género, pero también lo es en otros tipos de delitos comunes, ya que en los supuestos en los que se decida libremente declarar por parte de un familiar o testigo del investigado, esta declaración constituiría un elemento probatorio crucial. Si finalmente el testigo decide abstenerse de declarar, este hecho deberá ser respetado por el tribunal hasta el punto de no poder tener en cuenta la valoración sumarial de cualquier otra

²⁶Se trata de una decisión libre que ha de tomar el propio llamado a declarar. Siendo una situación delicada la que nos encontramos en este procedimiento, puesto que no se podrá hacer nada que doblegue su voluntad y le obligue a declarar contra su hijo.

declaración anterior al mismo, además el hecho de no haberse acogido a la dispensa al declarar en el sumario, no implica la imposibilidad de hacerlo en un momento posterior, llegado el juicio oral, que es donde realmente se puede considerar prueba formal con valor probatorio. En consecuencia, resulta imposible valorar cualquier declaración sumarial perdiendo esta su posible valor probatorio.

En este orden de cosas, Don Arturo podrá decidir en cualquier momento del proceso si decide declarar contra su hijo por los hechos que ocurrieron en la fecha de autos. Y si en un primer momento decide declarar, podrá cambiar de opinión después y acogerse al derecho a la dispensa y no declarar contra su hijo en el acto del juicio oral. Este hecho tendría como consecuencia la imposibilidad de ser interrogando por la parte demandante y que no pudieran leerse las declaraciones anteriores hechas contra Don Miguel, además de quedar como único medio de prueba la declaración de la víctima, Doña Lucía.

2.2. El valor probatorio de la declaración de la víctima

Como ya hemos comentado en varias ocasiones, el delito de violencia de género es un delito muy ligado a la intimidad del hogar en la que muchas veces la posición de víctima coincide con la de único testigo del delito. Cuando esto sucede, el Tribunal Supremo ha establecido una serie de criterios orientativos para valorar la declaración de la víctima. En concreto, la *STS (Sala de lo Penal) 678/2019, de 6 de marzo de 2019*, establece los siguientes presupuestos a tener en cuenta en el análisis de la valoración de la declaración de la víctima por parte del tribunal:

- Seguridad en la declaración a la hora de contestar a las preguntas realizadas por el Ministerio Fiscal y letrados tanto de la acusación como de la defensa.
- Concreción en el relato de los hechos ocurridos que son el objeto de la causa.
- Claridad expositiva ante el tribunal.
- Lenguaje gestual de convicción.
- Seriedad expositiva que aleja la creencia del tribunal de un relato figurado, con fabulaciones y poco creíble.
- Expresividad descriptiva en el relato de los hechos ocurridos.
- Ausencia de contradicciones y concordancia del *iter* relatado de los hechos.
- Ausencia de lagunas en el relato de exposición que pueda llevar a dudas.
- La declaración no debe ser fragmentada.

- Debe desprenderse un relato íntegro de los hechos y no fraccionado acerca de lo que le interese declarar y oculta lo que le beneficia acerca de lo ocurrido.
- Debe contar tanto lo que a la posición de la persona que declara le beneficia como todo aquello que le perjudica.

Se trata de una lista extensa de requisitos que puede suponer una victimización secundaria de la víctima por volver a revivir lo sucedido al contarlo una y otra vez por lo que deben ser matizados y tener en cuenta otros factores como pueden ser:

- Dificultades que puede expresar la víctima ante el tribunal por recordar los hechos de los que ha sido víctima.
- Temor evidente al acusado por la comisión del hecho dependiendo de la gravedad de lo ocurrido.
- Temor a la familia del acusado por posibles represalias.
- Deseo de terminar la declaración con la mayor brevedad.
- Deseo de olvidar los hechos.
- Posibles presiones de su entorno o externas sobre su declaración.

Si la declaración de Doña Lucía cumple con estos requisitos y parámetros podrá ser tomada como prueba de cargo única ya que como indica la sentencia mencionada anteriormente *“cumpliría con los consabidos requisitos de credulidad subjetiva y objetiva, persistencia en la incriminación y existencia de corroboraciones periféricas, respecto a los hechos que son constitutivos del delito de maltrato habitual y de maltrato”*. En este caso, Doña Lucía ha sido víctima de violencia de género durante varios años y esto podría generar dudas sobre la credibilidad de su declaración y levantar cuestiones sobre por qué no denunció o hizo algo por frenar esta situación antes. Pues bien, la *STS (Sala de lo Penal) n° 247/2018, de 24 de mayo de 2018*, se pronuncia sobre cómo debe interpretarse esta tardanza de las víctimas para interponer denuncia. En ella se establece el motivo por el que se produce esta tardanza o este retraso a la hora de interponer denuncia y se fija por qué este hecho no debe llevar aparejada consigo una falta de credibilidad:

“El maltrato habitual produce un daño constante y continuado del que la víctima, o víctimas tienen la percepción de que no pueden salir de él y del acoso de quien perpetra estos actos, con la circunstancia agravante en

cuanto al autor, de que éste es, nada menos, que la pareja de la víctima, lo que provoca situaciones de miedo, incluso, y una sensación de no poder denunciar. Ello provoca que en situaciones como la presente el silencio haya sido prolongado en el tiempo hasta llegar a un punto en el que, ocurrido un hecho grave, se decide, finalmente, a denunciar por haber llegado a un límite a partir del que la víctima ya no puede aguantar más actos de maltrato hacia ella y, en ocasiones, también, hacia sus hijos.

Sin embargo, es preciso señalar y destacar en el caso que ahora nos ocupa que cuando esta decisión se adopta por la víctima se incrementa el riesgo de que los actos de maltrato pasen a un escenario de "incremento grave del riesgo de la vida de la víctima", ya que si ésta decide comunicar la necesidad de una ruptura de la relación, como aquí ha ocurrido, o le denuncia por esos hechos, o el más reciente, el sentimiento de no querer aceptar esa ruptura el autor de los mismos provoca que pueda llegar a cometer un acto de mayor gravedad, como aquí ha ocurrido. Y ello requiere en estos casos medidas de detección urgente del riesgo de que estos hechos puedan ocurrir cuando se denuncian hechos de maltrato”.

Tomando esta sentencia como referencia, debemos entender que el silencio prolongado de una víctima de violencia de género debe ser interpretado como normal debido al miedo que estas sienten hacia su agresor y, en muchas ocasiones, también por la dependencia respecto al mismo. Por ello, cuando dan el paso de poner fin a la situación e interponer denuncia, esta demora no debería traer consigo una falta de veracidad de su testimonio por retrasarlo antes de tomarla. Por lo tanto, todas estas reflexiones han de ser tenidas en cuenta cuando Doña Lucía sea llamada a declarar.

Además, en este caso particular, el hecho de que no se interpusieran denuncias anteriores es debido a que las riñas iniciales (con un tono elevado y agresiones) fueron mutuas pudiendo pasarlas por alto y no alarmar a la denunciante ya que entre ambos se usaba la violencia para poner fin al problema. Sin embargo, tras el nacimiento de su hija las agresiones comenzaron a ser unilaterales estando solo dirigidas hacia ella, sin otro motivo que justifique el hecho de que no interponga denuncia más que el miedo hacia su agresor que es su pareja sentimental y hacia la que siente afecto especial y que, sumado al reciente nacimiento de su hija puede dificultar el tomar una decisión que supondría un cambio tan radical en la relación entre ambos; pero no por ello debe darse

menor credibilidad a los hechos relatados por Doña Lucía para demostrar que fue víctima de violencia de género. En este sentido, la STS (Sala de lo Penal) 2182/2018, de 13 de junio de 2018, establece que las víctimas de violencia de género deben ser consideradas testigos cualificados:

“Ello, sin embargo, no quiere decir que la credibilidad de las víctimas sea distinta del resto de los testigos, en cuanto al valor de su declaración, y otorgar una especie de presunción de veracidad siempre y en cualquier caso, pero sí puede apreciarse y observarse por el Tribunal con mayor precisión la forma de narrar el acaecimiento de un hecho por haberlo vivido en primera persona y ser sujeto pasivo del delito, para lo que se prestará especial atención en la forma de cómo cuenta la experiencia vivida, sus gestos, y, sobre todo, tener en cuenta si puede existir algún tipo de enemistad en su declaración. En este último punto debe tenerse muy presente que la circunstancia de que entre autor del delito y víctima haya existido algún tipo de enfrentamiento, o haber sido la víctima sujeto pasivo de otros hechos delictivos precedentes, ello no debe conllevar que se dude de su veracidad, ya que la circunstancia de que existan estos antecedentes no deben disminuir su credibilidad, sino que se valorará su declaración con el privilegio de la inmediación de que dispone el Tribunal. Tampoco será un elemento negativo hacia la víctima la circunstancia de que tarde en denunciar en hechos de violencia de género, dadas las especiales circunstancias que rodean a estos casos en los que las víctimas pueden tardar en tomar la decisión en denunciar por tratarse el denunciado de su pareja, o ex pareja, lo que es un dato que puede incidir en esas dudas de las víctimas que están sometidas a esa especial posición psicológica en la que quien les ha agredido es su propia pareja, algo, realmente, que nunca pudieron esperar cuando iniciaron su relación. Se trata de una serie de elementos a tener en cuenta en la valoración de la declaración de la víctima como testigo cualificado, dada su condición de sujeto pasivo del delito. Por ello, se trata de llevar a cabo la valoración de la declaración de la víctima, sujeto pasivo de un delito, en una posición cualificada como testigo que no solo "ha visto" un hecho, sino que "lo ha sufrido", para lo cual el Tribunal valorará su declaración a la hora de percibir cómo cuenta el suceso vivido

en primera persona, sus gestos, sus respuestas y su firmeza a la hora de atender el interrogatorio en el plenario con respecto a su posición como un testigo cualificado que es, al mismo tiempo, la víctima del delito”.

Por todos estos motivos, la declaración de mi representada como víctima del delito de violencia de género debe tener el valor probatorio suficiente para demostrar la comisión de los hechos. No deberían ponerse impedimentos que hagan dudar de sus manifestaciones, como el hecho de haber soportado esta situación previamente y de manera reiterada, sino valorar la decisión de intentar poner fin a tal situación, superando los lazos de afecto y familiares con su agresor, además del miedo a represalias; circunstancias que deben reforzar su credibilidad y posibilitar que el procedimiento iniciado cumpla con su objetivo, que es poner fin a la situación de violencia y además imponer la pena justa a Don Miguel.

A. La testifical de la víctima como única prueba de cargo

Se concede una gran importancia al testimonio de la víctima como prueba suficiente para poder castigar la violencia de género ya que este tipo de violencia está estrechamente relacionada con la intimidación del domicilio familiar en el que, a veces, no es sencillo encontrar testigos. Cuando la única herramienta que nos queda para demostrar que sí se cometió la agresión es la declaración de la víctima, se han de cumplir unos requisitos fijados por la doctrina jurisprudencial. La *SAP de Burgos*, (sección 1ª), nº 36/2018 de 26 de enero de 2018, ha recogido de forma expresa qué requisitos debe cumplir la declaración de la víctima para ser considerada como cierta cuando se trata de la única prueba de cargo existente:

- Ausencia de incredulidad subjetiva de la víctima: este requisito tiene en cuenta la edad de la víctima (sí es mayor de edad o no), se atiende a su grado de madurez (teniendo en cuenta posibles trastornos mentales, enfermedades o dependencias)²⁷ así como la ausencia de ánimos vengativos de resentimiento que puedan contaminar su declaración y tengan origen en una causa distinta al ataque sufrido.

²⁷Por ejemplo, drogadicción o esquizofrenia.

- La verosimilitud de su testimonio, es decir, que los hechos se apoyen en datos objetivos²⁸ y no en hechos fantasiosos o que escapen de la lógica o de la experiencia.
- Persistencia en la incriminación, es decir, la declaración (en especial con el agresor y los hechos cometidos) se mantiene similar en todo el proceso y, a pesar del tiempo, sin cambios sustanciales ni contradicciones; de lo contrario, no podrá tomarse en consideración.

Un claro ejemplo de la aplicación de estos criterios lo encontramos en la *STS (Sala de lo Penal) n° 1731/2021, de 23 de abril de 2021*, que califica como carga de prueba suficientemente válida la declaración de una menor que había sufrido abusos sexuales por parte de su padre siendo su declaración la única prueba de cargo. Al haber cumplido estos requisitos se admite que la condena del sujeto que llevó a cabo la conducta típica tenga su fundamento en un solo testigo. Esta decisión de calificar la declaración de un solo testigo que a su vez es víctima como medio de prueba suficiente para condenar a una persona, ha levantado dudas sobre si se vulnera el derecho a la presunción de inocencia, y, siguiendo con la precitada sentencia²⁹, podemos concluir que este derecho no se ve afectado.

Con estos requisitos la declaración de la víctima de un delito de violencia de género dentro del proceso penal se convierte en esencial para demostrar los hechos e implica además *sensu* contrario que, en caso de que esta no exista o se anule debido a la posibilidad de la dispensa de la obligación de prestar declaración contra su agresor³⁰, suponga la absolución del acusado y, a la vez la desprotección de la víctima, al no otorgarle la credibilidad suficiente y dejar a su agresor impune.

Cabe decir, para concluir, que si la declaración de mi patrocinada cumple con estos requisitos jurisprudenciales, se contará con un medio de prueba suficiente para demostrar la comisión de los hechos ocurridos el 28 de julio y, por tanto, habrá motivos suficientes para imponer la pena correspondiente a su agresor.

²⁸Por ejemplo, un informe psicológico.

²⁹ En el mismo sentido encontramos la *STS (Sala de lo Penal) n° 2170/2021 de 6 de mayo de 2021*, que tampoco entiende que se vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva al tener en cuenta la declaración de un testigo que a su vez es víctima para condenar por la comisión de un delito.

³⁰ Posibilidad que se daría si no hubiera formulado acusación.

D. CONCLUSIONES

PRIMERA. –Tras el presente estudio se puede afirmar que la conducta llevada a cabo por Don Miguel se puede incluir dentro de los delitos de violencia de género que merecen sanción penal toda vez que se trata de un delito de lesiones recogido en el art. 148 apartado cuarto CP que ha sido perpetrado por el agresor frente a su pareja sentimental.

SEGUNDA.– Respecto a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, no cabe la aplicación de eximentes ni de atenuantes por el consumo de alcohol por parte del denunciado. Ya que, no solo no se considera que esté suficientemente probada su grave adicción durante la comisión de los hechos para entender aplicable una eximente; sino que la ingesta de alcohol en el contexto de la relación de pareja no puede ser considerada un atenuante par el agresor que maltrate física o psíquicamente, según el Tribunal Supremo

TERCERA. – La presencia de menores en esta clase de delitos de violencia de género incorpora una agravante recogida en el art.153 CP debido a las graves consecuencias que puede tener sobre el propio menor ser testigo de esta clase de actos. Por lo tanto, y dado que los actos de violencia se cometieron en presencia de la hija menor, es de aplicación la agravante aludida.

CUARTA.– En relación con las amenazas vertidas por Doña Lucía, esta parte no considera que tengan un carácter serio y grave que afecte a la seguridad de Don Miguel y ,por tanto, no se ha visto vulnerado el bien jurídico protegido por este tipo de delitos. Se considera que ante el temor causado por su agresor, Doña Lucía actúa en legítima defensa sin llegar a causar daño alguno a Don Miguel y es por ello que no es aplicable pena alguna por estos hechos.

Si la conducta realizada por mi mandante hubiera podido subsumirse en el tipo penal de las amenazas, se hubiera incardinado en un delito de violencia doméstica que, a diferencia del delito de violencia de género, sí puede ser perpetrado por una mujer; siendo el requisito necesario la convivencia dentro de la unidad familiar.

QUINTA. – Tras los cambios legales sufridos por el art. 416 LECrim en relación con la posibilidad de acogerse o no al derecho a no declarar contra el acusado, una vez que Doña Lucía se ha personado en el proceso como acusación particular no podrá hacerlo,

por su condición de víctima y la vez testigo del delito; siendo suprimido el derecho a la dispensa en este caso.

En cambio Don Arturo, exclusivamente como testigo y sin ser víctima del delito, sí podrá hacer valer su derecho a la dispensa dada su relación de familiar directo con el investigado incluso a pesar de haber declarado con anterioridad; en cuyo caso, no será posible reproducir en la vista de juicio estas diligencias sumariales; eliminando la posibilidad de valorar las declaraciones anteriores del testigo.

SEXTA.- Si la testifical de la víctima fuera la única prueba de cargo de que dispone la defensa, para que esta constituya prueba suficiente, el órgano juzgador habrá de valorar dicha declaración tomando como referencia las pautas jurisprudenciales establecidas por nuestro Tribunal Supremo.

Esta es la opinión que se emite como dictamen y que sometemos a otra mejor fundada en derecho.

En Zaragoza, a 3 de diciembre de 2021

I. BIBLIOGRAFÍA

1. BODOVA PASAMAR, M., & RUEDA MARTÍN, M. (2006). Consideraciones político- criminales en torno a los delitos de violencia de género. En *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género* (págs. 13-35). Barcelona: Atelier.
2. BOSCH FIOL, E. (2009). La violencia de género: de cuestión privada a problema social. *Intervención Psicosocial*, 9(1), 7-19.
3. CELESTE LEONORDI, M., & SCAFATI, E. (2018). Légitima defensa en casos de violencia de género. *Intercambio*(18), 4-20.
4. COSI, J. (2002). *Formación de profesionales*. Obtenido de La violencia hacia las mujeres como problema social. Análisis de las consecuencias y de los factores de riesgo.
5. GALDEANO SANTAMARIA, A. (s.f.). *Medidas cautelares en violencia de género*. Obtenido de [www.fiscal.es/](https://www.fiscal.es/documents/20142/277968/Ponencia+Ana+Galdeano+Santamar%C3%ADa.pdf/70f8dc86-c5e0-89b3-44b0-49565352e06d?version=1.0): <https://www.fiscal.es/documents/20142/277968/Ponencia+Ana+Galdeano+Santamar%C3%ADa.pdf/70f8dc86-c5e0-89b3-44b0-49565352e06d?version=1.0>
6. KOGAN, L. (1993). Género-cuerpo-sexo: apuntes para una sociología del cuerpo. . *Debates en sociología*.
7. LARRAURI, E. (2020). ¿Castigar al agresor o proteger a la víctima? Una crítica feminista a la Sentencia del Tribunal Supremo 389/2020 de 10 de julio. *InDret*(4), 14.
8. Las víctimas invisibles de la violencia de género. (2021). *Revista clínica de medicina de familia*, 5(1), 32.
9. MARGO SERVET, V. (2020). A vueltas con la violencia de género, versus violencia familiar. Últimos pronunciamientos del Tribunal Supremo. *La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*(146).
10. MENDOZA CALDERÓN, S. (2006). Hacia un derecho penal sin fundamentación material del injusto: la introducción del nuevo artículo 153 del CP. En M. RUEDA MARTÍN, *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género* (págs. 122-166). Barcelona: Atelier.
11. OMS. (2006). *Violencia infligida por la pareja y alcohol*. Obtenido de <https://www.mscbs.gob.es/>: <https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/prevPromocion/docs/violenciaPareja.pdf>

II. JURISPRUDENCIA

Tribunal Supremo:

- STS (Sala de lo Penal) núm. 519/2016, de 15 de Junio de 2016 (Roj: 2898/2016)
- STS (Sala de lo Penal) núm. 610/2017, de 12 de septiembre de 2017 (Roj. 2369/2016)
- STS (Sala de lo Penal) núm. 119/2019 de 6 de marzo de 2019 (Roj. 678/2019)
- STS (Sala de lo Penal) 1947/2007, de fecha 22 de febrero de 2007 (Roj. 1032/2007)
- STS (Sala de lo Penal) núm. 2493/2020 de 10 de julio de 2020 (Roj. 2493/2020)
- STS, (Sala de lo Penal), núm. 292/2009 26 marzo de 2009 (Roj. 1547/2009)
- STS, (Sala de lo Penal), núm. 322/2006 de 22 de marzo de 2006 (Roj. 2561/2006)
- STS (Sala de lo Penal) núm. 389/2020 de 10 de julio de 2020 (Roj. 2493/2020)
- STS (Sala Segunda) núm. 392/2018, de 26 de julio de 2018 (Roj. 2963/2018)
- STS (Sala de lo Penal) núm. 678/2019, de 6 de marzo de 2019 (Roj. 678/2019)
- STS (Sala de lo Penal) núm. 247/2018, de 24 de mayo de 2018 (Roj. 2003/2018)
- STS (Sala de lo Penal) núm. 282/2018, de fecha 13 de junio de 2018 (Roj. 2182/2018)
- STS (Sala de lo Civil) núm. 36/2018 de fecha 26 de enero de 2018 (Roj. 139/2018)
- STS (Sala de lo Penal) núm. 1731/2021, de fecha 23 de abril de 2021
- STS (Sala de lo Penal) núm. 2170/2021 de fecha 6 de mayo de 2021
- STS (Sala de lo Penal) núm. 188/2018 de fecha 18 de abril de 2018 (Roj. 1378/2018)
- STS (Sala de lo Penal), núm. 389/2020, de fecha 10 de julio de 2020 (Roj.: 2493/2020)

- Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2018

Audiencia Provincial:

- SAP núm. 145/2020, de fecha 22 de mayo de 2020 de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Roj. 570/2020)
- SAP núm. 291/2018 de 16 de abril de 2018 de la Audiencia Provincial de Madrid (Roj.6966/2018)