

## CUESTIONES A DEBATIR EN LAS JORNADAS SOBRE UNIFICACIÓN DE CRITERIOS EN MATERIA DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER.

El objetivo de este Curso de Formación Continua en materia de Violencia de Género es realizar un examen de aquellas cuestiones que se están planteando con mayor asiduidad en esta materia, por un lado, en base a las reformas legislativas que se adoptaron en el CP, LECRim, y LOPJ, en el año 2015, tras la entrada en vigor de la LEVD y normativa correlativa, y por otro lado, el análisis de la última jurisprudencia emanada del TS. en interpretación y análisis de algunas de estas cuestiones polémicas. La metodología implementada a lo largo de estas jornadas será interactiva, dado que tras formularse la cuestión objeto de debate por parte de cada uno de los Ponentes, se abrirá un turno de intervención para todos los asistentes a las jornadas, con el objetivo, precisamente, de conocer el estado de la cuestión en las distintas Audiencias Provinciales y/o Juzgados de Violencia concernidos por su aplicación, buscando la fijación de una serie de criterios comunes que puedan servir de guía o parámetro de actuación para todos los territorios. De ahí, precisamente, la fórmula de cuestionario implementada, en búsqueda de soluciones que puedan ayudar al quehacer diario de los Jueces y Magistrados concernidos en la aplicación de la Ley 1/2004.

Bajo estos criterios rectores se han dividido las materias objeto de estudio en cuatro grandes bloques que buscan precisamente delimitar el objeto de cada una de las jornadas, sin perjuicio de aquellas otras consideraciones que pudieran surgir producto del producto debate que sin duda, se formulará entre todos los compañeros.

### BLOQUE I.- Problemas de competencia en los JVSJ:

Competencia objetiva: . Cuestiones derivadas de la relación víctima/victimario. Cuestiones derivadas de los tipos penales. Problemas de competencia con los Juzgados de Instrucción y con los Juzgados de Familia.

**1).- Alcance de la expresión análoga relación de afectividad al amparo de la jurisprudencia del TS y de las Audiencias Provinciales. ¿Qué criterios cabe emplear para calificar una relación como análoga al matrimonio a los efectos de integrar el tipo penal del art. 153 CP. ¿Y para la aplicación del art. 416 Lecrim? Criterios para aplicación de la agravante de parentesco del artículo 23 CP ¿A qué Juzgado corresponde la instrucción de la causa cuando de inicio se niega por alguna de las partes la relación? Supuestos dudosos de competencia.**

La naturaleza de la relación que une a una mujer víctima de uno de los delitos enumerados en el artículo 87 ter de la LOPJ y a su victimario va a determinar, por un lado, la competencia del Juzgado de Violencia Sobre la Mujer o del Juzgado de Instrucción para la investigación de los hechos presuntamente delictivos y, por otro, la integración de uno de los elementos del tipo penal en el caso de los delitos de los

artículos 153, 171, 172 y 173 del Código Penal.

El alcance de dicha relación determinará también la apreciación, en su caso, de la circunstancia mixta de parentesco del art. 23 CP y la posibilidad de la víctima de acogerse a la dispensa a no declarar contra el investigado/acusado al amparo del artículo 416 Lecrim.

Los problemas interpretativos surgen a la hora de concluir cuándo estamos ante una relación de afectividad análoga o similar a la conyugal capaz de desplegar los efectos que se han apuntado.

La práctica diaria ofrece una rica casuística en la que no siempre es fácil determinar si la instrucción de la causa debe corresponder al Juzgado de Violencia o al Juzgado de Instrucción. Relaciones entabladas a través de las redes sociales; Relaciones en las que no se da la nota de exclusividad; niñas adolescentes; relaciones extramatrimoniales...

Así, frente a las Sentencias del TS 510/2009 de 12 de mayo y 1376/2011 de 23 de diciembre que realizan una interpretación extensiva de dicha relación y cuya doctrina ha sido seguida por muchas Audiencias Provinciales, otras como la Sentencia 1348/2011 de 14 de diciembre, la Sentencia 807/2015 de 23 de noviembre y la reciente Sentencia 556/2017 de 13 de julio apuestan por una interpretación mucho más restrictiva.

A modo de conclusiones, en las jornadas se parte del concepto de violencia sobre la mujer y así. se plantean los problemas que se dan actualmente en supuestos en que se establecen relaciones esporádicas y, también, relaciones a través de redes sociales, en ellas se discute si el concepto de violencia sobre la mujer los abarca. Se sostiene que frente a un concepto de violencia sobre la mujer más restringido (aquel que ofrece la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género y la propia Ley Orgánica del Poder Judicial) el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica (Convenio de Estambul, de 11 de mayo de 2011, concretamente los artículos 3.a) y d) no liga la existencia de violencia sobre la mujer con el hecho de que exista o haya existido relación de pareja. En este mismo sentido el Pacto de Estado para la lucha contra la violencia de género (realizado en el Congreso de los Diputados y Senado) se nuestra proclive a ampliar el concepto de violencia sobre la mujer para abarcar situaciones actualmente no recogidas, señalándose por los participantes que debe utilizarse el contenido del Pacto como elemento de interpretación y, por tanto, tender a la ampliación del concepto de violencia sobre la mujer, conforme al citado Convenio de Estambul. En cualquier caso, se concluye que actualmente y desde el punto de vista penal, la existencia de una relación sentimental es un elemento esencial a la hora de calificar el delito por lo que debe ser indagado en fase de Instrucción.

En cuanto al concepto de violencia sobre la mujer y pese a que por la mayoría de los asistentes se postula un concepto amplio o abierto como el definido más arriba, también se sostiene la tesis por la que, atendiendo a la ley española, se prevé un “concepto normativo”, y por tanto, restrictivo. Se coincide en las dificultades que en enjuiciamiento se encuentra en ocasiones en relación al concepto “relación sentimental”, señalando los asistentes que deberá atenderse a la “calidad” de la descripción de la relación sentimental y el concepto jurídico penal de violencia sobre la mujer, siendo esencial en tal sentido la labor efectuada en los Juzgados de Violencia sobre la Mujer en fase de Instrucción penal. Se plantea que existen dudas jurisprudenciales a la hora de determinar cuáles son los elementos que deben concurrir o pueden faltar a la hora de definir una “relación análoga” a la matrimonial.

Planteándose el problema grave que existe en la actualidad en relación a la violencia en edades tempranas (adolescencia), se debate sobre la conveniencia de la exploración de menores, como diligencia de Instrucción, distinguiéndola de la verdadera declaración testifical, siendo dudoso a qué edad puede un/a menor acogerse a la dispensa recogida en el artículo 416 de la L.E.Crim, por los asistentes se propone como criterio orientativo que se tome como edad de referencia los 12 años, por analogía con la normativa civil, atendiendo en otro caso a la “madurez” del/la menor. Se concluye que si el/la menor tiene suficiente madurez, a juicio del órgano judicial, debe dársele la posibilidad de acogerse a la dispensa legal. Con todo, parte de los asistentes plantean que la edad de 15 años es una edad “crítica” pues con esa edad, y tras la reforma de los artículos 183 y ss del C.P por Ley orgánica 1/15 de 30 de marzo, no pueden consentir válidamente para mantener relaciones sexuales, pero sí se les da la posibilidad de acogerse a la dispensa, por lo que puede parecer contradictorio que sí se pueda usar la dispensa y sin embargo, el legislador entienda que no tiene suficiente madurez para consentir actos de naturaleza sexual. Los problemas prácticos se darán a la hora de valorar la madurez del/la menor, los participantes entienden, por mayoría, que debe valorarse por el órgano judicial a través de la intermediación, aún no siendo ajenos a la dificultad de tal valoración y a los problemas de disparidad de criterios que pueden darse.

En relación a la “relación matrimonial”, se concluye que es fundamental que no dar por hecho la existencia de “matrimonio” pues en ocasiones se dice de forma vulgar, sin que este se haya contraído entre las partes del proceso. En estos casos, se recomienda por los participantes que se indague en fase de Instrucción con diligencias como la exhibición del libro de familia o la solicitud de la inscripción registral del matrimonio vía exhorto. La cuestión expuesta no es baladí, pues la existencia o no de matrimonio puede marcar la posibilidad de acogerse a la dispensa del artículo 416 de la LECRIM.

**2). Problemas prácticos en cuanto a las agresiones recíprocas. Competencia para la instrucción. ¿Interpretación del art. 17 bis Lecrim en su nueva redacción? ¿Cabe imputar a la mujer por la simple manifestación del varón de que ha sido agredido? ¿Cabe apreciar la legítima defensa?**

Si bien al inicio de entrada en vigor de la Ley hubo resoluciones contradictorias sobre la competencia del JVM o del JI para la instrucción de la causa en el caso de presuntas agresiones recíprocas, con el tiempo la mayoría de Audiencias se pronunciaron en favor de la competencia del JVM para la instrucción de estos procedimientos, tesis que sustenta el Auto del TS 17 de septiembre de 2013.

Cabría plantearse si la nueva redacción del art. 17 de la Lecrim por la Ley 41/2015 permite abonar una solución distinta al haberse mantenido inalterada la redacción del artículo 17 bis de dicha norma.

En otro orden de cosas, resulta interesante tratar de establecer un criterio en relación a cuándo debe imputarse a la mujer por una presunta agresión recíproca y la posible apreciación de la legítima defensa a la vista de la doctrina de las Sentencias del TS 7/2011 de 28 de enero y de otras como la Sentencia 93/2014 y la 355/2013.

También puede resultar interesante analizar si el JVM perdería su competencia en el caso de llegar a archivar la causa respecto del varón y, si existiendo denuncias cruzadas seguidas ante el JVM y ante el JI existe algún momento preclusivo para llevar a cabo la acumulación de los procedimientos.

A modo de conclusiones se entiende por los participantes que a la hora de definir las agresiones mutuas se debe actuar con extrema cautela para evitar que se utilice como mecanismo de defensa generalizado contra la víctima (debe evitarse el automatismo a la hora de imputar hechos constitutivos de delito a la inicial denunciante). Así, deberá indagarse a través de periciales (médico forense) sobre la compatibilidad de las versiones y del resultado lesivo antes de plantearse la imputación (investigación) de la inicial denunciante.

Se concluye por los participantes -por mayoría- que en caso de aplicar el tipo penal de maltrato o lesiones contra la mujer deberá hacerse uso del artículo 153.1 del C.P, sin que exista base para degradar subtipo atenuado del artículo 153.4 del C.P (“No obstante lo previsto en los apartados anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado). Tal y como establece actualmente la jurisprudencia, debe atenderse al “contexto sociológico” y no insistir en la búsqueda del ánimo de dominación. En materia de agresiones recíprocas, algún asistente expone la posible aplicación del artículo 153.4 del C.P en aquellos supuestos en que la agresión no solo es recíproca sino también “equilibrada” (criterio seguido por

la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 22ª)

Por lo que respecta a la posible apreciación de la legítima defensa, si bien la jurisprudencia del Tribunal Supremo excluye tal posibilidad con carácter general en el caso de riñas mutuamente aceptadas, se concluye en la obligación del órgano judicial de averiguar la "génesis de la agresión" a fin de discriminar si la acción de la mujer fue reactiva o puramente defensiva.

**3). ¿Cuándo será competente el JVM para conocer de las agresiones a los hijos/as de la víctima de VG? ¿Ha alterado la nueva redacción del art. 1.2 de la Ley Integral por Ley Orgánica 8/2015 de modificación del sistema de protección a la Infancia y a la Adolescencia dicha competencia? Calificación jurídica de las agresiones a los hijos/as.**

La Circular de la Fiscalía General del Estado 4/2005 se inclinó por atribuir la competencia al JVM para conocer de las agresiones cometidas sobre los hijos/as de la víctima de violencia de género tan solo cuando el episodio violento sobre el menor se producía en "unidad de acto" respecto de un episodio violento respecto de la mujer, o en los casos de violencia habitual del artículo 173.2 del Código Penal o, finalmente, en los casos de conexidad delictiva del art. 17 bis Lecrim podrá conocer.

En cuanto a la calificación de tales episodios violentos las SSTS 201/207 y 288/2012 exigían para calificar la conducta como delito del art. 153 y no como falta del artículo 617 CP la convivencia del hijo con la víctima.

Las últimas reformas legislativas enfatizan en la idea de que los menores deben considerarse víctimas directas de la violencia sufrida por sus madres, lo que tendrá proyección en las medidas a acordar respecto de los mismos.

El debate debe centrarse en si la nueva redacción del artículo 1.2 de la Ley Integral dada por la Ley Orgánica 8/2015 posibilita el que el JVM sea el competente para conocer de tales hechos delictivos cometidos sobre los menores, con independencia de los cometidos sobre la madre.

También resulta interesante analizar, qué requisitos se están exigiendo por la jurisprudencia de la Sala Segunda del TS para llevar a cabo la exploración de dichos menores durante la fase de instrucción y la posibilidad de preconstituir dicha prueba para su reproducción en el acto del juicio oral con el fin de evitar una victimización secundaria de aquellos.

Se plantea por los asistentes que la competencia de los Juzgados de Violencia Sobre la Mujer no comprende los delitos cometidos sobre los hijos/as de las víctimas, salvo en

aquellos casos de conexidad delictiva o la investigación de un delito del artículo 173.2 del Código Penal. Se exige por tanto que los delitos cometidos sobre los hijos/as se produzcan en unidad de acto, es decir, en el mismo episodio violento cometido contra la mujer. Se abre paso alguna tesis que sostiene que cualquier violencia cometida sobre hijos/as de la mujer puede ser considerada violencia sobre la mujer, como delitos instrumentales.

Se discute el problema de catalogar estos hechos como delitos incardinables en el artículo 153.1 ó 153.2 del C.P. Algún asistente, aludiendo al principio de "taxatividad penal", considera que deberían incardinarse en el artículo 153.2 del C.P, poniéndose de manifiesto una disfunción entre la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género y el artículo 153 del C.P en esta materia. Se sostiene que el hijo/a puede ser "especialmente vulnerable" por lo que debería tener cabida en el apartado 1 del artículo 153 del C.P, sin embargo la mayoría sostiene que si no existe convivencia debe aplicarse el apartado 2. Si la agresión a un/a menor se efectúa para transmitir a la progenitora algún mal futuro o para "dañar o hacer padecer" a la madre, la conducta tiene cabida en el artículo 153.1 del C.P.

Se hace hincapié en la necesidad de preconstituir prueba en estos supuestos porque en muchas ocasiones no se produce una restricción del régimen de visitas y el padre sigue viendo al/la menor, en estos casos debe acudirse a los mecanismos que prevé el artículo 448 de la LECRIM, sin que sea preciso que el padre esté en la exploración, siempre, obviamente, garantizando el derecho a defensa del investigado al efectuarse la preconstitución con profesionales, con los Letrados de las partes y dejando constancia audiovisual de la prueba.

**4). Cuestiones derivadas de la competencia en relación con los tipos penales. Competencia para conocer de los delitos contra los derechos y deberes familiares. Impago de pensiones. Sustracción de menores. Problemas de competencia en el delito de quebrantamiento de pena y condena.**

La redacción actual del artículo 87 ter LOPJ tras la reforma operada por la Ley Orgánica 8/2015 mantiene los problemas interpretativos en relación con los delitos contra los derechos y deberes familiares.

La Circular 4/2005 y la 6/2011 se inclinan por considerar que la competencia de los JVM para conocer del delito de impago de pensiones del artículo 227 exige que también "concurra un acto de violencia de género."

El problema surge a la hora de determinar la competencia para conocer de un delito de esta naturaleza, aún cuando no se denuncien nuevos episodios violentos sobre la mujer, cuando al tiempo de presentarse la denuncia por el impago de pensiones existe

un proceso penal ante el Juzgado de Violencia Sobre la Mujer en trámite o cuando ya ha recaído condena y no se ha extinguido la pena.

Desde el plano civil, existe una discusión en cuanto a qué Juzgado será el competente para conocer del procedimiento de restitución internacional de un menor sustraído conforme a los artículos 778 quáter y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si el JVM cuando se den los presupuestos del artículo 87 ter 2 y 3 de la LOPJ al estar ante un procedimiento de trascendencia familiar o, por el contrario al Juzgado de Primera Instancia de la capital de Provincia.

Por los asistentes se sostiene que el impago de pensiones será competencia del JVSM en aquellos supuestos en que haya unidad de acto con un delito de los atribuidos a los JVSM conforme al artículo 87 ter de la L.O.P.J, si bien se trata de una tesis que no tiene un fundamento jurídico claro e indiscutido, es la tesis mayoritaria que aplica actualmente la jurisprudencia, sin perjuicio de resoluciones aisladas (p.ej. Auto 293/17 de la Audiencia Provincial de Zaragoza, dictado por Sección no especializada en VSM) en que se dispone que el competente para la Instrucción de delito de impago de pensiones será el órgano judicial que dictó el título judicial incumplido.

Alguno de los asistentes ponen énfasis en considerar que el impago de pensiones podría tener cabida en el concepto más amplio y genérico de “violencia económica” que sería competencia de los JVSM para ello se trae a colación, nuevamente, el concepto amplio de VSM contenido en el ya citado Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica (Convenio de Estambul, de 11 de mayo de 2011) Esta misma tesis sería extensible a delitos como la sustracción internacional de menores.

#### **5). Delitos leves y JMV: tipos delictivos, competencia objetiva, singularidades procedimentales y medidas cautelares; en particular, la detención.**

La derogación del Libro III del CP (Disposición Derogatoria Única, apartado 1, de la LO 1/2015), la creación de la nueva categoría de los delitos leves junto a los graves y a los menos graves (art 13.3 CP), la regulación de los delitos leves de amenazas (art. 171.7, párrafo segundo, CP), coacciones (art. 172.3, párrafo segundo, CP) y contra la integridad moral (injurias y vejaciones, art. 173.4 CP), junto con la reforma del Libro VI de la LECrim (antes rubricado “Del procedimiento para el juicio sobre faltas”, y ahora “Del procedimiento para el juicio sobre delitos leves”; D.A. Segunda LO 1/2015) y la modificación del art. 87 ter 1 d) LOPJ en relación con el art. 14.5 d) LECrim (redactado por la D. F. Segunda de la LO 1/2015, de reforma del CP) constituyen el nuevo marco normativo de referencia para abordar los aspectos a los que se refiere esta pregunta.

Conforme al art. 87 ter. 1 d) LOPJ los JVM son competentes para el conocimiento y fallo de los delitos leves *que les atribuya la ley* cuando la víctima sea alguna de las personas

señaladas como tales en la letra a) del mismo artículo. Esa “atribución legal” la hace el art. 14.5 d) LECrim: las amenazas leves del 171.7, párrafo segundo CP; las coacciones leves del artículo 172.3, párrafo segundo, CP; y las injurias y las vejaciones injustas de carácter leve, del artículo 173.4 CP, **siempre que**, en todos esos casos, la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra a) del referido apartado 5 del propio artículo 14 LECrim, a saber: quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, así como de los cometidos sobre los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género.

El problema de la antinomia con el art. 171.4 y 172.2 CP (delitos menos graves de amenazas y coacciones leves) es sólo aparente y puede superarse con la interpretación del inciso inicial del 171.7 y 172.3, CP, al decir “fuera de los casos anteriores”. La superación de la referida antinomia pasa por entender que la expresión “*Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173...*”, empleada al inicio del párrafo segundo del 171.7 y del 172.3 no incluye, precisamente porque se está “fuera de los casos anteriores” (los del infractor varón que comete las amenazas leves o las coacciones leves sobre quien sea o haya sido su esposa, o que esté o haya estado ligada a él por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia –que son delitos menos graves, no leves-) los supuestos de amenazas leves y coacciones leves en el ámbito de la violencia de género.

Supuesto dudoso es el de las injurias graves sin publicidad, del art. 209, inciso final, CP, cuando sean dirigidas por el varón a la mujer que sea su esposa, ex esposa, pareja o ex pareja. Conforme al art. 13.4 CP se trata de delito leve (pues la pena prevista es multa de tres a siete meses) y entendemos que competencia del JVM pese a que el art. 14.5 d) LECrim no lo mencione.

Otra cuestión práctica problemática tiene que ver con el derecho al juez imparcial. Si el JVM dicta auto conforme al art. 779.1.2<sup>a</sup> LECrim es muy probable que ese juez haya conocido los hechos inicialmente y haya recibido declaración al investigado, a la persona que aparece como víctima, terceros (denunciantes, testigos, etc), haber decidido sobre la adopción de una orden de protección (para cuya tramitación debió celebrar la audiencia urgente prevista en el art. 544 ter. 4 LECrim, con la consiguiente valoración de indicios, según lo previsto en el apartado 1 del mismo precepto), o examinado cierta documental, como por ejemplo mensajes a través de aplicaciones del tipo *WhastsApp*, etc. En estos casos no puede hablarse de “ausencia de instrucción” como fundamento que tiempo atrás justificaba el mantenimiento del juez de instrucción para el conocimiento del juicio de faltas. La solución que ofrecía el Tribunal Constitucional en su Auto núm 371/1990, de 16 de octubre, del Pleno (en el que señalaba que si en algún caso el juez que debía enjuiciar el juicio de faltas había

practicado una verdadera actividad de instrucción en el caso concreto, lo procedente era acudir a los mecanismos de abstención y recusación previstos en la LOPJ y en la LECrim) parece insuficiente.

También plantea alguna duda la aplicación del principio de oportunidad reglada por parte del MF del art. 963.1.1.<sup>a</sup> LECrim, si bien la CFGE 1/2015 permite salvarla y considerar la intervención del MF y que no solicitará el sobreseimiento salvo renuncia de la perjudicada.

En relación a las medidas cautelares en proceso por delito leve cabe plantearse a) la aplicación del art. 544 ter 4 respecto a la OP concurriendo con el juicio por delito leve; b) la aplicabilidad del art. 69 LO 1/2004 a la sentencia que se dicte; y c) la aplicación de la regulación del art. 495 LECrim respecto a la detención policial preventiva en delito leve (y su posible excepción a partir de la nueva redacción del art. 967.1, párrafo segundo, LECrim por la Ley 41/2015, *de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales*, que excepciona la regla general de innecesariedad de asistencia Letrada en el juicio por delito leve para los supuestos en que el delito esté castigado con pena de multa cuyo límite máximo se al menos de seis meses).

En las jornadas, el principal problema que se plantea es el atinente al “Juez imparcial” en aquellos supuestos en que después de seguirse un procedimiento por diligencias previas, se ordena la transformación en delito leve, entendiéndose en este caso que el Juez que va a enjuiciar se encuentra contaminado por la instrucción realizada previamente. Los participantes en las jornadas entienden que debería plantearse la abstención del Juez en supuestos como el descrito, sin embargo, dicho planteamiento choca con problemas de “logística” o “prácticos” por todos conocidos y evidentes a la hora de establecer sustituciones entre Jueces. El problema es, además, extensible a las Audiencias Provinciales (con sección única por ejemplo) en las que el asunto puede llegar a través de recursos contra resoluciones de Instrucción (apelación) y posteriormente, bien directamente para enjuiciamiento en supuestos graves, o a través de recurso de apelación contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal. Con todo y a fin de evitar rigorismos innecesarios, se propone que la solución no sea “lineal” o igual en todos los casos, pues no puede equiparse una Instrucción en que se hayan ordenado diligencias de mero trámite de aquella otra en que se hayan ordenado diligencias sustanciales (orden de protección, declaraciones, medidas cautelares, etc). Si fuesen las partes las que planteasen la recusación del JVSJ parece claro que debería aceptarse. Se plantea que en normas de reparto se prevea la incidencia del asunto que tratamos.

En este mismo orden de cosas se plantea la cuestión de si el hecho de que varios delitos entre las mismas partes vayan al mismo JVSJ puede quebrar la apariencia de imparcialidad del órgano judicial. Se concluye que supuestos como el expuesto no solo no quiebran la imparcialidad sino que suponen una garantía para las partes, pues el

conocimiento previo de otros asuntos y las resoluciones ya dictadas sirven para formar criterio de una forma más amplia y fundada.

Íntimamente ligada a la anterior es la cuestión de si conocer asunto penal supone una quiebra de la imparcialidad para conocer del proceso civil posterior. La cuestión se encuentra superada, pues la propia Ley atribuye el conocimiento de los asuntos civiles al JVM tratándose, nuevamente, de una garantía para las partes que el Juez que conoció del asunto penal sea el competente para conocer del asunto civil.

Como última cuestión se plantea si en delitos leves en que el Ministerio Fiscal no acuse puede/debe admitirse la acusación ejercitada por la víctima, aún sin asistencia letrada (manifestando que desea la condena del acusado) concluyéndose por unanimidad que sí.

#### **6). Problemática en relación a la competencia territorial en los JVM: interpretación del art. 15 bis LECrim; especial referencia al delito de quebrantamiento.**

El domicilio de la víctima como criterio de competencia territorial fue introducido por la LO 1/2004, que creó *ex novo* un art. 15 bis en nuestra LECrim. Este criterio, carente de todo precedente en nuestro sistema procesal penal constituye una excepción (se entiende que a favor de la víctima) al criterio general del “*forum delicti comisi*”, basado en la idea de la mayor facilidad de presencia de fuentes de prueba en el lugar de la perpetración del delito.

La CFGE 4/2005 primero, y el TS después (desde el Acuerdo de 31.01.06), han interpretado la norma legal “domicilio de la víctima” como el correspondiente al de ésta al tiempo de cometerse el hecho, evitando así que posteriores cambios de domicilio puedan alterar un criterio de competencia territorial que tiene carácter imperativo. Sin embargo son numerosos los conflictos de competencia que se han venido produciendo en supuestos tales como los que ahora se indican: a) víctima con varios domicilios simultáneamente; b) cambios sucesivos de domicilio por parte de la víctima produciéndose en todos ellos o algunos diferentes hechos que podrían integrar un delito del 173.2 CP; c) cambios sucesivos de domicilio por parte de la víctima produciéndose unos hechos primeros en uno y otros posteriores diferenciados (ej: un maltrato del 153.1 y 3 CP no denunciado todavía y, tras pasar a residir en un nuevo domicilio, unas amenazas del 171.4 CP); d) víctima con domicilio en el extranjero y domicilio accidental en España; e) supuestos excepcionales de inexistencia de domicilio.

La atribución a los JVM, en el año 2015, de la competencia objetiva para conocer de los delitos de quebrantamiento de condena/medida -art. 87 ter. 1 g) LOPJ-, tenía por toda justificación (según se lee en el Preámbulo de la LO 7/2015, que modificó la LOPJ en este punto) que el JVM “*tendrá muchos más datos que cualquier otro juez para valorar la*

*situación de riesgo*” (se buscaba así la mayor eficacia para otorgar protección a la víctima). Esta reforma nada establecía en cuanto a la competencia territorial, por lo que hay que entender que también para la instrucción de esta clase de delitos es territorialmente competente el JVM del domicilio de la víctima en el momento de producirse el delito. Sin embargo en la práctica puede resultar frecuente que ese domicilio haya cambiado respecto al que tenía la víctima cuando se produjo el hecho que generó, por ejemplo, una sentencia de condena a pena de alejamiento. En tal caso el JVM del nuevo domicilio no estará en esa mejor posición justificante de la atribución competencial.

Por los asistentes se indica que si bien se parte de considerar que el artículo 15 bis de la L.E.Crim es aplicable al delito de quebrantamiento (artículo 468 C.P), surgen problemas en aquellos supuestos en que se ha producido un cambio de domicilio a lo largo del tiempo, en esos supuestos es difícil encontrar en fundamento de la atribución competencial, si se atiende a la exposición de motivos de la Ley 7/15 de 21 de julio (apartado VII de su exposición de motivos: *“Al atribuir la competencia para el conocimiento de la instrucción de este delito al Juez de Violencia sobre la Mujer se obtendrá una mayor eficacia a la hora de proteger a la víctima, porque éste tendrá muchos más datos que cualquier otro Juez para valorar la situación de riesgo”*)

Alguno de los participantes distingue, a la hora de atribuir competencias al JVSM, según se quebrante una pena o medida cautelar dispuesta para la protección de la víctima (p.ej prohibición de aproximación) o una pena o medida cautelar de otra naturaleza (trabajos en beneficio de la comunidad), sin embargo, por la mayoría de los asistentes se indica que no existe fundamento legal para esta interpretación pues el artículo 87 ter de la L.O.P.J no distingue. Se propone por la mayoría que se lleve a cabo una modificación legal para que la atribución de competencia al JVSM sea en aquellos supuestos en que se quebrante una “medida o pena adoptada para la protección de la víctima”, pues solo así se adecuaría el contenido de la reforma operada por Ley orgánica 7/15 con la exposición de motivos de la propia norma.

También se plantea el problema de los supuestos en que se denuncia un delito de violencia habitual o continuada (artículo 173.2 del C.P) constando varios domicilios en los que se han producido hechos. En esos casos, en que la víctima “huye” de su domicilio habitual y denuncia en un partido judicial diferente, debe distinguirse según se haya cometido algún hecho penalmente relevante en el partido judicial de la denuncia, que posibilitaría la asunción de competencia por este JVSM, o no, en cuyo caso debe procederse a adoptar las medidas urgentes y necesarias para la protección de la víctima (adoptar si procede orden de protección y regularizar, en su caso, la situación personal del detenido) e inhibir las actuaciones al juzgado competente territorialmente.

**7). Problemas de competencia entre los JI y los JVM. Adopción de órdenes de protección. Regularización de detenidos cuando la víctima tiene el domicilio fuera del Partido Judicial de la detención. Internamiento de extranjeros. Diligencias Urgentes de Guardia: levantamiento de cadáver, Habeas Corpus, entrada en domicilio.**

La cuestión debe ser abordada desde una distinta perspectiva según estemos ante Partidos Judiciales con JVM con servicio de guardia permanente, Madrid, Barcelona, Sevilla y Valencia, o ante el resto de Partidos Judiciales con JVM ya sean compatibles o exclusivos.

En estos últimos, la práctica sigue poniendo de manifiesto que muchos Juzgados de Instrucción cuando actúan en sustitución del JVM, no resuelven las medidas civiles de la Orden de Protección. Existen también problemas para determinar la competencia para la regularización de detenidos por violencia de género cuando la víctima tiene su domicilio en Partido Judicial distinto al de la detención.

Se suscitan igualmente problemas prácticos en cuanto a la interpretación del artículo 62 bis del Reglamento 1/2005 de Aspectos Accesorios de las Actuaciones Judiciales en relación con el artículo 42 de dicho texto respecto de actuaciones tales como el internamiento de extranjeros detenidos también por VG y otras diligencias urgentes como las de tramitación de los Habeas Corpus o levantamiento de cadáveres en aquellos Partidos, antes señalados, donde existen 4 ó más JVM.

Por los asistentes se expone que, aún a día de hoy, subsisten múltiples problemas de competencia con los Juzgados de Instrucción, como por ejemplo los derivados de la reticencia a adoptar medidas civiles en el marco de la orden de protección (544 ter LECRIM en relación a los artículos 61 y ss de la LIVG). El problema se plantea cuando se reciben las actuaciones, en día hábil posterior, en el JVSM. En caso de que no se hayan adoptado medidas civiles se plantea por los asistentes abrir la posibilidad a que las partes puedan recurrir la resolución dictada o que insten, en su caso, un procedimiento de medidas provisionales previas a la demanda, que se podrá tramitar con celeridad y que no requiere de Abogado y Procurador para la petición inicial (artículo 771.1 párrafo 2º de la LEC). Se constata la mala praxis existente en algunos partidos judiciales en que el Juzgado de Instrucción dicta auto en aplicación del artículo 544 bis de la LECRIM (pese a haberse solicitado orden de protección) procediéndose a convocar la comparecencia del artículo 544 ter de la LECRIM en el día hábil siguiente, ya ante el JVSM. Por los asistentes se pone de manifiesto que esta solución no solo choca con el tenor de la norma (el artículo 544 ter de la LECRIM hace referencia a la posibilidad de adopción de orden de protección por parte del Juzgado de Instrucción de guardia) sino que desprotege a la víctima y duplica actuaciones -con la consiguiente comparecencia ante el Juzgado y problemas derivados de la "revictimización" de la mujer.

Al hilo de la cuestión se plantean dos problemas específicos:

1. artículo 42.4 del Reglamento 1/2005, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales.- En relación a la regularización del detenido en el caso de que sea puesto a disposición de un juzgado que no sea territorialmente competente. en ese caso, la mayoría de los asistentes entiende que debe producirse la regularización por el JVSM a fin de no privar a la víctima de los medios con los que cuenta el JVSM (asistencia por equipos especializados en víctimas, p.ej.) con todo no es una cuestión pacífica, pues si bien las Audiencias Provinciales de Alicante, Córdoba o Murcia entienden que la regularización del detenido compete al JVSM, la Audiencia provincial de Valencia atribuye la competencia al Juzgado de Instrucción de guardia.
2. artículo 62 bis del Reglamento 1/2005, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales.- Problemas en las guardias en relación a habeas corpus, internamiento de extranjeros, levantamiento de cadáveres. Se constatan diferentes opiniones, pues si bien la audiencia provincial de Valencia atribuye la competencia al Juzgado de Instrucción por aplicación literal del precepto citado, otras como la de Sevilla atribuyen la competencia al JVSM (nos referimos exclusivamente a aquellos partidos judiciales en que existen servicios de guardia específicos de violencia sobre la mujer).

**8). Competencia del JVM en materia de familia. Supuestos dudosos: a) proceso de modificación de medidas definitivas (A TS 14.06.17); b) procedimientos de jurisdicción voluntaria de los arts 86 y 87 LJV. La prohibición general de régimen de custodia compartida (art. 92.7 CC y legislaciones autonómicas) y sus posibles excepciones.**

La atribución de competencias civiles a los JVM en materia de Derecho de Familia a partir de la LO 1/2004 ha venido generando un importante número de conflictos de competencia (seguramente en razón a la excepción al principio de *perpetuatio iurisdictionis* –recogido en el art. 411 LEC- que la regulación del art. 87 ter. 2 y 3 LOPJ comporta). La jurisprudencia ha establecido algunos criterios de interpretación para ciertos problemas de competencia surgidos en la práctica. Así, el sentido del art. 49 bis LEC (tanto respecto al término “fase del juicio oral” como respecto al concreto momento procesal al que se refiere) o, más recientemente -A TS 14.06.17, del Pleno de la Sala Civil; cuyo precedente fue el A TS, también del Pleno de la Sala Civil 27.06.16- sobre la interpretación del actual art. 775.1 LEC (redactado por la Ley 42/2015, de 5 de octubre) en orden a la determinación de la competencia objetiva en los procesos de modificación de medidas definitivas (arts 90 y 91 CC y legislaciones autonómicas) cuando al tiempo de la interposición de la demanda ya ha finalizado el proceso penal

del que conoció el JVM (superando así interpretaciones que, considerando el procedimiento del 775.1 LEC como “una suerte de incidente”, decidían la competencia conforme al art. 61 LEC a favor del JVM (A AP Sevilla, Sección 2ª, Civil, núm 222/16, de 13 de octubre)

A día de hoy, no obstante, sigue siendo problemática la determinación de la competencia del JVM en los procedimientos de jurisdicción voluntaria en materia de familia; concretamente, los regulados actualmente en el Título III de la LJV -Ley 15/2015- “De los expedientes de Jurisdicción Voluntaria en materia de Familia” (arts 81 a 90), siendo más frecuentes en la práctica los supuestos de intervención judicial en caso de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad (art. 86) y las medidas de protección relativas al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda (art. 87).

Ni la LJV habla del JVM, ni la LOPJ, al regular las competencias civiles del JVM, se refiere a los procedimientos de jurisdicción voluntaria. No obstante se viene considerando que el JVM tiene competencia en ese ámbito (interpretando el art. 87 ter 2 d) LOPJ -procesos que tengan por objeto la adopción o modificación de medidas de trascendencia familiar-). La casuística podría expresarse así:

1º) Que en el momento de iniciarse el expediente de Jurisdicción Voluntaria por desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad conjunta o en relación al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda (arts 86 y 87) no haya resolución judicial previa. Habría que subdistinguir dos supuestos:

a) Que no haya causa pendiente por violencia de género. En tal caso entendemos competente al Juzgado de Primera Instancia del domicilio o, en su defecto, de la residencia del hijo (art. 86.2, inciso primero, LJV).

b) Que sí haya causa pendiente por violencia de género. En tal caso surge la duda de si será competente el Juzgado de Primera Instancia o el Juzgado de Violencia sobre la Mujer. A favor de la primera tesis se argumenta que el art. 87 ter 2 LOPJ no contempla como procedimiento el de Jurisdicción Voluntaria. A favor de la segunda se razona que el objeto del procedimiento previsto en el art. 86 es la adopción de las medidas a las que el propio precepto se refiere, las cuales son “medidas de trascendencia familiar” a los efectos del art. 87 ter 2 d) LOPJ. En nuestra opinión, esta segunda tesis nos parece la más correcta.

2º) Que en el momento de iniciarse el expediente de Jurisdicción Voluntaria exista una previa resolución judicial estableciendo el ejercicio conjunto de la patria potestad (art. 86.2) o en relación al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda, (art. 87.2). También aquí habría que subdistinguir dos supuestos:

a) Que quien dictó aquella resolución judicial fue un Juzgado de Violencia sobre la

Mujer. Será competente para conocer del expediente de Jurisdicción Voluntaria el mismo Juez de Violencia que dictó aquella(s) medida(s) aunque en el momento de iniciarse el expediente de Jurisdicción Voluntaria ya hubiera finalizado la causa penal por violencia de género. Esto es así porque al existir una resolución judicial previa que atribuye de forma conjunta el ejercicio de la patria potestad, se entiende que el nuevo procedimiento de Jurisdicción Voluntaria no es un procedimiento autónomo, sino una incidencia (normalmente un conflicto) en relación al modo de actuar una medida que ha sido previamente acordada por resolución judicial, lo que llama en aplicación las reglas de competencia funcional del art. 61 LEC.

b) Que aquella resolución judicial previa fue dictada por un Juzgado de Primera Instancia. Por la misma razón expuesta en el sub apartado anterior, si quien había fijado inicialmente la medida fue el Juez de Primera Instancia será éste el competente para conocer del expediente de Jurisdicción Voluntaria previsto en el art. 86.2 aun cuando en el momento de iniciarse el expediente de Jurisdicción Voluntaria haya causa penal pendiente por violencia de género.

Sobre la prohibición legal de custodia compartida en casos de violencia doméstica y de género señalada en el art. 92.7 CC (algunas legislaciones autonómicas contemplan también prohibiciones en este punto: art. 11.3 Ley 7/2015 –País Vasco-, 333.11.2 Codi de Família de Catalunya; arts 3.8 de la Ley Foral Navarra 3/2011 y art. 80.6 del Código de Derecho Foral de Aragón) la cuestión que se plantea es si, a pesar de la prohibición en cuestión es posible en algún caso establecer un régimen de custodia compartida. Algunas Audiencias han venido admitiéndolo aplicando criterios como la insuficiencia de la mera denuncia por maltrato, el tratarse (el delito cometido o presuntamente cometido) de un hecho puntual o aislado, el interés superior del menor y el resultado de otras pruebas, en particular los informes psicosociales. Es el caso de SS AP Asturias de 23.11.16, AP Navarra, Secc Tercera, de 23.06.16, AP Lleida, Secc Segunda, de 16.11.14 y AP Lleida, Secc Segunda, 97/2016, de 19 de febrero (si bien esta última se refiere a la aplicación del art. 233.11.3 CCCataluña en relación a que el menor no fue víctima directa ni indirecta de los hechos de violencia –que consistieron en unas injurias-).

Frente a esta interpretación, la S TS 36/2016, de 4 de febrero, en un caso en que el padre había sido condenado por un delito de amenazas leves en el ámbito familiar, rechaza la custodia compartida. Tras señalar que ese régimen exige que entre los progenitores exista "una relación de mutuo respeto en sus relaciones personales que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que, pese a la ruptura afectiva de los progenitores, se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad", distingue entre lo que es la lógica conflictividad que puede existir entre los progenitores como consecuencia de la ruptura y lo que son comportamientos como el que se declaró probado, consistente en la condena del padre por delito del art. 171.4 y 5 CP, que determina la aplicación de la prohibición legal del art. 92.7 del C.C.

Parece, pues, que en el régimen común del C.C, sólo de manera excepcional, tratándose de supuestos de conductas punibles de menor entidad, podría plantearse, atendiendo a las peculiaridades del caso, un régimen de custodia compartida. Sería el caso, por ejemplo, de los supuestos de delito leve, como el art. 173.4 CP, de injurias o vejaciones leves.

Por los asistentes se ponen de manifiesto numerosos problemas, dado que se quiebra el principio de *perpetuatio jurisdictionis* del artículo 411 de la L.E.C, la cuestión se resuelve por el Auto de la Sala primera del TS de 14/6/17 en que se señala que el artículo 775 de la LEC se aplica siempre y cuando exista un proceso en curso en el JVSM, atribuyéndose en otro caso al Juzgado de familia. Con todo se pone de relieve que en el Pacto de Estado contra la violencia de género aprobado en las Cortes Generales, se propone que se lleve a cabo una modificación normativa por la que las Sentencias dictadas por el JVSM sean modificadas por el JVSM en todo caso.

Se plantea el problema de aquellos partidos judiciales en que los Juzgados son mixtos (con competencias civiles y penales), en concreto si puede atribuirse en esos casos la modificación de medidas al Juzgado que conoció del asunto, al ser competente en violencia sobre la mujer y también en asuntos civiles. La mayoría de los asistentes entiende que debe aplicarse en primer lugar el artículo 775 LEC, conforme a la interpretación dada por el Tribunal Supremo y posteriormente hacer uso de las normas de reparto, sin que exista obstáculo en que el asunto se reparta al JVSM por norma de reparto, pero no en aplicación del artículo 775 de la LEC.

Otro de los aspectos tratados es el relativo a los procedimientos de Jurisdicción voluntaria, de los artículos 86 y 87 de la LJV. La ley citada no recoge competencia de los JVSM en esta materia pero en la práctica la asunción de competencias se efectúa a través de la cláusula genérica de asuntos "con trascendencia familiar" (artículo 87 ter 2.d) de la LOPJ) aunque técnicamente los procedimientos de JV no se encuentren recogidos actualmente en la LEC, se sostiene mayoritariamente esta conclusión pues otra interpretación llevaría al absurdo de negar toda competencia a los JVSM en esta materia. El problema puede surgir cuando se ha iniciado un procedimiento de jurisdicción voluntaria con carácter previo a la existencia de un procedimiento penal, en caso de que no exista causa pendiente en el JVSM el asunto será competencia del Juzgado de Primera Instancia, por el contrario, si ya se hubiese iniciado un proceso penal en el JVSM la atribución sería similar a la atribución de competencias en ejecución (artículo 61 de la LEC) y ello pese a que no exista un proceso "pendiente" (interpretación distinta a la relativa al artículo 775 LEC). Con todo, alguna parte de los asistentes entiende que debe interpretarse de forma análoga al artículo 775 de la LEC y en este sentido, solo atribuir competencia para jurisdicción voluntaria al JVSM cuando exista un procedimiento pendiente ante el mismo, matizándose que debe diferenciarse según se interesen las medidas como jurisdicción voluntaria, en cuyo caso se atribuyen

al JVSJ o como medidas provisionales en demanda, en cuyo caso cabría la atribución al Juzgado de Primera Instancia. A la hora de solventar la cuestión también debe distinguirse entre “cuestiones menores” (relativas a problemas puntuales en relación a la escolarización, salidas del territorio nacional, p.ej) y otras cuestiones de mayor calado, que deberían dar lugar a la modificación de medidas (p.ej cambio de la guarda y custodia).

Se apunta por los asistentes a que el generalizado problema de colapso y sobrecarga de los Juzgados de familia genera que los problemas se acrecienten y se acabe llevando el asunto al JVSJ (no por uso torticero de la jurisdicción propia de los asuntos de violencia sobre la mujer sino por el deterioro progresivo de la relación entre las partes que degenera en actos de violencia)

En este mismo orden de cosas se critica la interpretación que se efectúa del artículo 49 bis de la LEC. Así se señala que si no se ha convocado a las partes al acto de juicio-civil- puede acordarse la inhibición de las actuaciones al JVSJ si se ha denunciado un acto de violencia de contenido penal, y sin embargo, no se posibilita que el JVSJ actúe de forma inversa en aquellos supuestos en que se haya producido un sobreseimiento de las actuaciones penales o una absolución firme. Por lo expuesto, se propone una modificación del artículo 49 bis de la LEC para posibilitar que en casos de sobreseimientos o absoluciones se posibilite la inhibición del asunto al Juzgado de Familia, al no existir ya fundamento para mantener la competencia civil del JVSJ.

En relación a la guarda y custodia compartida, se plantea si es suficiente el planteamiento de una denuncia y la apertura de un procedimiento penal para impedir la guarda y custodia compartida en aplicación del apartado 7 del artículo 92 del CP. Si bien parte de los asistentes entienden que en supuestos de escasa gravedad (injurias del artículo 173.4 del CP, teniéndose en cuenta incluso que se trata no solo de una infracción leve sino también que el perdón del ofendido impide su apreciación) podría discutirse la posibilidad de otorgar la guarda y custodia compartida, la mayor parte de los asistentes disiente al considerar que donde la ley no distingue no debe hacerse diferencia. La cuestión es tratada por la Sentencia 36/16 del Tribunal supremo denegando la guarda y custodia compartida, si bien también se apunta a como la legislación civil autonómica en ocasiones posibilita la atribución de la guarda y custodia compartida al no considerar al menor víctima directa de la violencia.

Se plantea el problema que origina en ocasiones el informe del equipo psicosocial en que se recomienda, pese a la existencia de una causa penal por violencia sobre la mujer, la atribución de la guarda y custodia compartida. Se concluye por los asistentes la necesidad de ahondar en la formación de los integrantes de esos equipos (por imposición además del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer -CEDAW- en el asunto de Angela González Carreño contra España), sin que sea razonable la “sacralización” que en ocasiones se detecta en relación a las conclusiones

del informe. Igualmente se recomienda que se lleve a cabo la exploración del/la menor.

En caso de que las partes interpongan demanda de mutuo acuerdo proponiendo la guarda y custodia compartida, se considera que debe aprobarse el convenio en todo aquello que no contravenga la ley ni el interés del menor, convocando a las partes a una vista para resolver exclusivamente la cuestión de la guarda y custodia (y los alimentos, derivados de la atribución de la misma).

## **BLOQUE II. Problemas prácticos derivados de la protección de la víctima.**

### **1.) Protección de la víctima. Criterios policiales y judiciales de valoración del riesgo.**

La práctica diaria nos lleva a la conclusión de que la apreciación por los Jueces/zas de Violencia del riesgo en que puede encontrarse una denunciante con frecuencia no es coincidente con la Diligencia de Valoración Policial del Riesgo lo que plantea la necesidad de revisión de estos criterios a partir de los datos ofrecidos por el Observatorio de Violencia de Género en los que se constata, en varios supuestos, una valoración policial como nivel bajo de riesgo para la integridad psicofísica de la víctima, que posteriormente culmina con su muerte a manos del agresor.

Al hilo de lo anterior, la medida 101 del Pacto de Estado contra la Violencia de Género, señala la conveniencia de “Introducir en el artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal un listado no cerrado de criterios de referencia de la situación objeto de riesgo, para impedir que disminuyan las órdenes de protección.”

Limitación temporal de la duración de las medidas, orden de protección, en instrucción.

En la práctica, se adoptan con duración indeterminada/indefinida mientras se tramita la instrucción de la causa, y podría ser conveniente su revisión-actualización una vez se hubieran recogido los primeros datos de la instrucción.

Necesidad de audiencia a los menores, en especial, hijos comunes, cuando se adopten medidas que, de conformidad con el actual art. 544. 7 de la LECrim inciden sobre la patria potestad, custodia y/ o visitas del progenitor investigado??? En qué momento temporal se acuerda tal audiencia??? Sería preceptiva, conveniente???? Revisable ulteriormente, recurrible???

Por los asistentes se hace especial hincapié en la necesidad de que la valoración de riesgo policial tenga en cuenta múltiples factores como la existencia o no de situación

de crisis (separación o divorcio), el tipo de violencia ejercida durante los últimos 6 meses, rasgos celotípicos, consumo de drogas, historial de conductas violentas con parejas anteriores, vulnerabilidad de la víctima (enfermedad, dependencia, retiradas de denuncias anteriormente).

Por otra parte por unanimidad se considera esencial la puesta en marcha de las unidades de valoración forense del riesgo en los Juzgados. Se concluye que la valoración policial del riesgo es un elemento más a tener en cuenta a la hora de adoptar la medida de protección y que en ningún caso debe entenderse como vinculante. Sería fundamental la implementación de la valoración forense el riesgo, que debería seguir criterios como los marcados en la resolución del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer -CEDAW- en el asunto de Ángela González Carreño contra España, donde se mencionan diversos indicadores de riesgo a tener en cuenta. Se señala que Hay otros indicadores que sirven para calibrar el riesgo como la información que se transmite periódicamente por los Institutos de la Mujer a la Delegación del Gobierno en materia de violencia sobre la mujer

En relación a la valoración policial del riesgo, también se expone la necesidad de garantizar la autonomía judicial a la hora de proceder a su valoración en fase de instrucción penal y de darle encaje, en relación a la medida de protección que corresponda. Se plantea la necesidad de proceder a un análisis crítico de la valoración policial. Los Jueces deben plantearse a qué responden los criterios de valoración y observar si los mismos están fundados en relación al caso concreto, huyendo de soluciones generales.

Parte de los asistentes entiende que la criminología debe jugar un papel esencial en la valoración del riesgo. Debe exigirse una "hipermotivación" a la hora de acordar o no orden de protección incluso con el silencio de la víctima.

Se discute si sería positivo introducir criterios de valoración en el propio artículo 544 ter de la Lecrim, para evitar la amplia discrecionalidad existente en la materia y objetiva y homogeneizar la adopción o no de órdenes de protección. La mayoría de los asistentes no se muestran conformes con dicha posibilidad al entender que la labor de valoración del Juez es esencial, de hecho se añade que la mayor parte de mujeres asesinadas no contaban con órdenes de protección, por lo que el problema puede encontrarse antes incluso de la judicialización del asunto, debiéndose incidir en la necesidad de denunciar y en la necesidad de que las instituciones apoyen la decisión de denunciar por parte de la víctima con los recursos necesarios.

Otro de los problemas que se plantea es el relativo a la duración temporal de la orden de protección. Existe un problema de demora o tardanza en la tramitación de asuntos, fundamentalmente en órganos judiciales mixtos, donde la sobrecarga de diligencias impide una respuesta adecuada. Un criterio que se apunta sería que tanto en la transformación de las diligencias previas en procedimiento abreviado como en la fase

de apertura de juicio oral el JVSJ hiciese una labor de control y de ratificación o no de la medida, fijando plazos razonables que permitan la protección de la víctima pero también que cuando el procedimiento llegue al Juzgado de lo Penal la pena no se encuentre cumplida “cauteladamente” en su totalidad, como ocurre en ocasiones. El problema puede surgir a la hora de controlar los plazos en todos los procedimientos pendientes en un Juzgado, al poder darse situaciones de desprotección de la víctima, pero en cualquier caso, tratándose de una medida limitativa de derechos fundamentales, se concluye la necesidad de establecer plazo y de efectuar un control efectivo sobre los plazos fijados. La mayoría de los asistentes entiende, además, que en caso de ser procedente la prórroga o retirada de una orden de protección, lo aconsejable es oír a la víctima.

## **2). Contenido de la Orden de Protección tras la LEVD y las reformas introducidas en orden a la protección de los menores. Referencia al art. 69 LO 1/2004.**

La DF 3ª de la LO 8/2015, de 22 de julio, de protección de la infancia y la adolescencia, modificó los arts 1.2, 61.2, 65 y 66 de la LO 1/2004. El 1.2 amplía el ámbito de las medidas de protección previstas en la propia LO con el fin de prevenir, sancionar, erradicar la violencia -referida en su apartado 1- y prestar asistencia no ya “a sus víctimas”, sino “a las mujeres, a sus hijos menores y a los menores sujetos a su tutela, o guarda y custodia, víctimas de esta violencia”. El 61.2 pone especial énfasis en el deber de pronunciarse en todo caso sobre la pertinencia de la adopción de las medidas cautelares y de aseguramiento contempladas en el Capítulo IV de la propia ley, en especial las de los arts 64, 65 y 66 (pronunciamiento que ha de contemplar plazo, régimen de cumplimiento y medidas complementarias que fueran precisas).

La nueva redacción del art. 544 ter 7 LECrim por la DF 1ª de la Ley 4/2015 (LEVD) establece, para el supuesto en que existan menores o personas con capacidad judicialmente modificada que convivan con la víctima y dependan de ella, el deber del juez de pronunciarse en todo caso, incluso de oficio, sobre la pertinencia de la adopción de las medidas que el propio precepto contempla. La nueva regulación, que parece tener carácter imperativo al emplear la expresión “en todo caso”, plantea la duda de si también resulta aplicable en aquellos casos en que con anterioridad se hubieran adoptado ya medidas judicialmente.

Aunque después se tratará ampliamente sobre el art. 544 quinquies LECrim, introducido ex novo por la DF 1ª de la Ley 4/2015 (referido a los casos en los que se investigue un delito de los del art. 57 del CP el Juez o Tribunal, cuando resulte necesario al fin de protección de la víctima menor de edad o con la capacidad judicialmente modificada, en su caso, adoptará motivadamente alguna de las medidas que en el mismo se establecen) conviene señalar que las medidas que regula no forma parte de la OP. Aunque puede coincidir con ella, es conceptualmente diferente.

El art. 69 LO 1/2004 contiene una norma especial conforme a la cual “las medidas de

este capítulo (Cap. IV –“Medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas”- del Título V –“Tutela judicial”- arts 61 y ss; entre ellas la Orden de Protección –art. 62-) podrán mantenerse tras la sentencia definitiva y durante la tramitación de los eventuales recursos que correspondiesen. En este caso, deberá hacerse constar en la sentencia el mantenimiento de tales medidas”.

La cuestión es si puede adoptarse no sólo en casos en que la sentencia definitiva no firme condenatoria a una pena idéntica a la medida cuya vigencia se pretende mantener, o si también cabe aplicarla en caso de sentencia absolutoria. La respuesta afirmativa a esta última posibilidad parece desprenderse de la S TC 16/2012, de 13 de febrero, FJ 5, in fine, al señalar que “el mantenimiento de la orden de protección en este supuesto -de sentencia absolutoria- se supedita por el legislador (art. 69 de la Ley Orgánica 1/2004) a que se haga constar expresamente en dicha resolución, lo que requerirá un plus de motivación al órgano judicial, desde el canon de la proporcionalidad, para justificar las razones por las que se acuerda en tales circunstancias la prórroga de la medida”. En nuestra opinión, el dictado de una sentencia penal absolutoria no firme supone la valoración de auténticos actos de prueba para llegar a una conclusión de no culpabilidad, por lo que la medida de protección, como cualquier medida cautelar, debe quedar sin efecto y sin posibilidad de mantenimiento por la vía del precepto indicado.

La posibilidad de aplicar esta norma a la sentencia dictada en proceso por delito leve ante el JVM no ofrece duda. La Guía Práctica de la LO 1/2004, editada por el CGPJ, menciona expresamente en el epígrafe VII.2.6, “Plazo de duración”, lo siguiente: “En los términos del artículo 69 de la norma, podrán mantenerse vigentes durante la tramitación de los recursos contra la sentencia (por delito o por falta), pero deberá constar expresamente en la sentencia dicho mantenimiento”. El texto es idéntico en la versión de la Guía del año 2013, y en la edición revisada en octubre de 2016 –pág 139- (la mención “falta” en 2016 es un mero lapsus).

Por los asistentes a las jornadas se concluye que si hay medidas previas ya adoptadas, pronunciarse no es sinónimo de “adoptar” sino de mantener las acordadas o de señalar que no ha lugar a adoptar nuevas medidas, también se pueden modificar.

En relación al artículo 69 de la LIVG, se plantea la dificultad de “mantener” una orden de protección en aquellos casos en que se dicta sentencia absolutoria, sin embargo, se discuten al menos dos situaciones en las que parece razonable ese mantenimiento.

1) Por un lado, en aquellos supuestos en los que dando por probados ciertos hechos que podrían tener encaje en un tipo penal relacionado con la violencia sobre la mujer se absuelve al considerarse que, conforme al principio acusatorio, el encaje de los hechos lo es en un precepto no alegado por las partes (p.ej, se solicita la condena por coacciones pero se entiende por el Juzgador que los hechos podrían ser constitutivos de

allanamiento de morada y se absuelve por tal motivo).

2) Por otra parte, en aquellos supuestos en que pese a la absolución, existe un riesgo hacia la víctima por haberse aplicado una medida de seguridad (absolución por concurrencia de eximente de responsabilidad criminal).

Es unánime la consideración de que si no se hace uso del artículo 69 de la LIVG no se comete delito de quebrantamiento de condena (artículo 468 del CP) y, en esos casos, puede generarse una situación de desprotección a la víctima.

En relación a las medidas civiles, se mencionan aquellos supuestos en que existen medidas civiles adoptadas con anterioridad y se concluye que ello no es óbice para modificar esas medidas, atendiendo al interés del menor, cuando existan hechos constitutivos de violencia sobre la mujer, así se pone de relieve, por ejemplo, la modificación de las entregas y recogidas de los menores al haberse dictado una orden de protección o la existencia de guarda y custodia compartida previa, que no podrá continuar desempeñándose en caso de violencia sobre la mujer por aplicación del artículo 92.7 del CC.

Por todos los presentes se indica la necesidad de intentar oír al menor, porque así lo impone la ley de protección jurídica del menor 1/96 en relación a aquellas resoluciones que le afectan (como es el caso) sin embargo, se coincide en que el plazo de 72 horas en ocasiones impedirá que se oiga al menor, sin que ello ocasione la nulidad de las actuaciones practicadas hasta ese momento si se hubiesen agotado las posibilidades para la comparecencia del menor.

El pronunciamiento que se efectúe siempre deberá ser por Auto del JVSM, a fin de explicar las razones que llevan a “no modificar” o a “modificar” las medidas ya existentes, esta tesis se alza frente a la de quienes sostiene que lo razonable sería remitir testimonio al Juzgado de Familia para que, si es procedente, modifique las medidas acordadas en su momento, con todo, esta última solución choca con la resolución urgente de asuntos especialmente delicados.

A la hora de modificar unas medidas acordadas con anterioridad deberá atenderse fundamentalmente al INTERÉS DEL MENOR y a la situación de RIESGO existente conforme a lo instruido en el JVSM.

**3). Es obligatorio citar a la comparecencia de la OP 544 ter en todo caso, con la simple solicitud, o cabe que el Juez deniegue esa citación por entender de inicio que no existen indicios o que no se da una situación objetiva de riesgo.**

Es posible la inadmisión a trámite de la orden de protección, si bien debiera restringirse dicha decisión a los supuestos en que no concurren los requisitos formales, como por ejemplo, que no se trate de las personas mencionadas en el 173.2 o que no sean de los delitos señalados en el art. 544 ter; fuera de tal supuesto no debiera inadmitirse a trámite la petición sin haber oído, al menos, a la persona solicitante, pues el hecho de que en la denuncia inicial no se contengan indicios racionales de delito, o no se aprecie una situación objetiva de riesgo, puede deberse, por ejemplo, a que por nervios de la persona no se han reflejado todos los detalles debidamente, o a que el agente que recogió la denuncia omitió algún tipo de detalle, por lo que inadmitir de entrada pudiera conllevar el riesgo de pasar por alto una situación objetiva de riesgo.

Se deben dictar las medidas del 544 bis (prohibición de residir o de acudir a determinados lugares) cuando no va a ser posible notificársela al investigado

La medida cautelar consistente en la orden de alejamiento tiene por objeto dar protección a los perjudicados, esto es, tomar las decisiones necesarias para hacer cesar la actividad dañosa y puede adoptarse "*inaudita parte*", bien por desconocerse el paradero del presunto imputado, bien por la necesaria celeridad en adoptar la medida, bien porque se precisa que el presunto imputado ignore inicialmente la adopción de la medida para asegurar la efectividad de la misma, sin que ello suponga quiebra alguna del derecho de defensa, del principio acusatorio o del principio de contradicción. AAP M 324/2013 Audiencia Provincial Madrid 2 23/01/2013.

El *Auto de la Sección 3ª de la AP de Barcelona, A 24-11-2005, nº 782/2005, rec. 729/2005* apunta lo siguiente:

"no debe mezclarse la regulación del *art. 544 ter de la LECrim* -precepto absolutamente específico de la "orden de protección" que deriva de la Ley 27/2003, de 31 de julio, de protección de las víctimas de la violencia doméstica, introducida para intentar paliar los casos más graves de violencia doméstica- con la del *art. 544 bis de la LECrim* - que regula la posibilidad de adopción de medidas cautelares de tipo general para cualquier víctima que lo sea de los delitos a que se refiere el *art. 57 CP* , y, por tanto, también para los de violencia doméstica, siempre y cuando, como es lógico, no se trate de situaciones tan extremas o intensas como las que se derivan de la necesidad de la orden de protección pues entonces ya se aplica ésta directamente-. A su vez, el *art. 13 de la LECrim* . está previsto para ser aplicado al principio de la instrucción penal y se refiere a la posibilidad que tiene el instructor de practicar las "primerísimas" diligencias que las circunstancias del caso aconsejen adoptar ante situaciones muy perentorias, entre ellas, también la de protección (general) de los ofendidos o perjudicados por el delito, o sus familiares, con el añadido de que se permite completar las posibilidades genéricas que brinda ese artículo 13 -a fijar bajo el prudente arbitrio judicial- con las específicas del art. 544 bis o las derivadas de la propia orden de protección del 544 ter, según los casos de que se trate; es, pues, un

precepto puente propio de una urgente actuación inicial del juez de instrucción que puede ampliarse con medidas complementarias más específicas y tasadas por la ley.

Pues bien, al contrario de lo que ocurre con el art. 544 ter-4 -orden de protección-, que expresamente establece la obligación de convocar una "audiencia urgente" y la forma de llevarla a efecto, **el art. 544 bis no exige ese trámite de audiencia previa excepto para los casos de incumplimiento de medidas anteriormente adoptadas.** Y parece lógica esa diferencia de requisitos procesales cuando las posibles medidas a que se refiere el art. 544 ter-4 pueden ser mucho más gravosas, cuantitativa y cualitativamente, que las que pudieran acordarse por la vía del art. 544 bis . En este sentido es bastante significativo de la verdadera voluntad del legislador de diferenciar lo que realmente es diferente, en intensidad y cualidad, el que se considere preceptiva esa audiencia previa en el art. 544 bis sólo para los casos de incumplimiento, es decir, en los supuestos en que las medidas del 544 bis han resultado ya ineficaces, lo que brinda entonces la oportunidad de aplicar medidas tales como la prisión provisional, o la propia orden de protección u otra medida que implique una mayor limitación de libertad personal que la que pudiera venir ya establecida. Es decir, tratándose de los delitos a que se refiere el *art. 57 CP* , como es el caso, **la audiencia o comparecencia previa para todos los interesados y partes parece estar prevista solamente, como obligatoria e inexcusable, en los supuestos en que haya que establecer aquellas medidas más graves para el sujeto activo pero no cuando concurren posibles situaciones menos intensas para éste...**El carácter preventivo y preferente de la necesaria protección de las personas atacadas por el delito, directa o indirectamente, no puede supeditarse a otros intereses procesales subsidiarios del posible sujeto activo que, aunque legítimos, no prevalecen en el tiempo ni en jerarquía sobre los de dicha víctima o sus familiares o allegados, en general en todas aquellas situaciones en que los intereses - también dignos de protección - de la propia víctima o sus familiares pudieran estar en peligro con afectación de bienes jurídicos muy importantes o concurriendo circunstancias de verdadera necesidad o que aconsejen simplemente una especial agilidad procesal.

De ahí que, **en ciertas ocasiones, la garantía de una comparecencia previa pueda resultar no sólo innecesaria, sino también, por ello, dilatoria y perturbadora para la correcta tramitación del procedimiento (...)**".

En el mismo sentido reproduce tales resoluciones AAP GU 118/2017 21/03/2017

La AP Cuenca 1 9/05/2017 declara el artículo 544 bis de la LECTRIM no exige la celebración de una comparecencia ni la previa declaración del/los investigado/s antes del dictado de las medidas cautelares que pudieran adoptarse, razones todas ellas por las que no se advierte ni constata infracción procedimental alguna generadora de nulidad de actuaciones.

El *Auto de la AP de Madrid 524/2017 de fecha 4.5.2017* citado por auto 28/07/2017 de la AP PO señala "...la disposición de tales medidas cautelares por este cauce, en el sentido

dicho excepcional, solo estará justificada cuando razones de urgencia (vinculadas, claro está, a la estricta protección de la víctima), unidas a la imposibilidad inmediata de oír al investigado acerca de la procedencia de las mismas, determinen la necesidad de aquéllas, aun asumiendo con ello la adopción, siquiera provisionalmente, de medidas restrictivas de los derechos de quien todavía no pudo ser oído , con la legítima finalidad de brindar la imprescindible protección a quien pudiera hallarse en una situación objetiva e inminente de riesgo."... y añade Pontevedra ..."La presencia posterior del investigado en la sede judicial no impide considerar correcta la decisión adoptada por el instructor, que no se considera nula por lo ya expuesto entendiéndolo, a mayor abundamiento, que cabe su adopción conforme a lo dispuesto en los artículos 13 y 544 bis de la LECRIM a los que la propia resolución hace referencia, con fundamento por tanto, en la protección de la víctima; **todo ello sin perjuicio de que pueda modificarse la resolución impugnada una vez haya sido oído en sede judicial el investigado** si se considera que han cambiado las circunstancias objeto de valoración, ponderando entonces y ya cumplido el principio de contradicción, la procedencia del mantenimiento, la modificación o el cese de las medidas inicialmente acordadas.

En cuanto a la posibilidad de adopción en caso de ser el paradero desconocido, parece lo más razonable, pues aunque la medida no puede surtir efecto sino desde el momento de su notificación al investigado, se protege mejor a la víctima, dado que en cuanto fuera localizado el afectado se haría efectiva con la sola notificación sin necesidad de aguardar el dictado de una nueva resolución judicial.

Y el mantenimiento de la vigencia de las medidas cuando se declara la rebeldía?, parece lo lógico en tanto no prescriban los hechos pues acordada la medida y siendo esta efectiva no resultaría razonable dejarla sin efecto por el hecho de que el investigado se sustraiga a la acción de la justicia.

Se discute sobre la necesidad de convocar en todo caso la comparecencia prevista en el artículo 544 ter de la LECRIM, se señala por los asistentes que si no hay indicios no es necesario convocar la comparecencia prevista en el artículo 544 ter de la LECRIM (por ejemplo si de una lectura del atestado se observa fuera de toda duda que el hecho denunciado es atípico). Sin embargo, si concurren indiciariamente los presupuestos subjetivos y objetivos que dan lugar a la competencia del JVSJ lo razonable es convocar la comparecencia porque siempre es necesario oír a la víctima para indagar si detrás de un hecho aparentemente leve existe un historial más extenso de maltrato. Al respecto todos los asistentes consideran que es fundamental hacer una indagación profunda en la declaración de la víctima. La mayoría de los asistentes considera que la cuestión planteada es realmente de naturaleza formal, pues cuando la víctima declara y solicita orden de protección, no existe problema en oír al investigado en relación a los hechos y también en relación a la medida de protección interesada, sin que esa dinámica cause demoras en el JVSJ o en la tramitación del procedimiento, al poder hacerse en unidad

de acto, normalmente en el marco de diligencias urgentes.

Cuando no sea posible contactar con el investigado, deberá ponderarse la aplicación del artículo 544 bis de la LECRIM, dado que en este último precepto no es necesaria la comparecencia que si prevé el artículo 544 ter (en el artículo 544 bis solo se exige para modificar la medida acordada en caso de quebrantamiento).

También se plantean problemas de competencia funcional, pues si se solicita la agravación de una medida cautelar que se encuentra en un procedimiento remitido al Juzgado de lo Penal para su enjuiciamiento, por los asistentes se entiende que debería remitirse la solicitud a ese Juzgado, funcionalmente competente.

Finalmente, se concluye que en casos en que se declare la rebeldía del investigado, por no comparecer en el procedimiento, es razonable mantener la orden de protección pese a la situación de sobreseimiento provisional y archivo del procedimiento, de otra forma se estaría premiando a aquel que se coloca en situación de rebeldía y se sustrae al procedimiento.

#### **4). Agravación de la situación personal del investigado que quebranta ex art. 544 bis in fine. Competencia. Posibles medidas a adoptar. Agravación en el caso de quebrantamiento no de medida sino de pena. ¿Cuándo procede la prisión?**

La interpretación del párrafo último del artículo 544 bis de la Lecrim cobra singular importancia práctica desde el punto de vista de la protección de la víctima, estableciendo la obligación del Juez que tiene indicios de que se ha quebrantado la medida adoptada de convocar a la comparecencia del art. 505 para la adopción en su caso de la prisión, de la orden de protección o de cualquier otra medida que "implique una mayor limitación de la libertad personal" del investigado.

En este caso, las dudas interpretativas surgen fundamentalmente a la hora de determinar qué Juzgado es el competente para la agravación en su caso de la medida así como las posibilidades de agravación, en particular el control mediante la colocación de un dispositivo telemático y, como medida más gravosa, la prisión provisional.

En el marco de la presente cuestión, se plantea por los asistentes que si bien es lógico pensar que la pulsera por la que se establece el control telemático de la medida o pena impuesta protege mejor a la víctima, en ocasiones los continuos fallos e incidencias llegan a tensionar a la víctima hasta el punto de que es esta la que solicita que se deje sin efecto el control telemático acordado. Sería oportuno revisar el funcionamiento, en general, de las pulseras de control por los continuos problemas técnicos.

Se concluye por los asistentes que en supuestos de avisos por entrada en zona de exclusión móvil lo razonable es acordar el sobreseimiento y archivo del procedimiento, salvo que concurra cualquier otra circunstancia a ponderar (diligencias policiales por ese hecho o denuncia de la víctima)

En relación a la falta de colaboración por parte del investigado en relación al mantenimiento de la pulsera, los asistentes entienden que se requiere algo más que un mero “olvido”. Por último se acuerda que a la hora de acordar prisión provisional por quebrantamiento debe tenerse en cuenta el incremento real del riesgo para adoptar una medida de tal naturaleza.

Se plantea el hecho de que en ocasiones el quebrantamiento de la medida o pena de forma reiterada (en forma de alguna de las conductas del artículo 468.3 del CP) origina una situación de desequilibrio emocional y psicológico en la víctima por lo que cabe plantearse que el citado precepto entre en concurso con un delito de maltrato psicológico o de maltrato continuado o incluso de acoso (artículos 153.1, 173.2 y 172 ter del C.P)

En caso de que se planteen problemas “logísticos” para la colocación de la pulsera (fundamentalmente que el centro encargado no pueda desplazarse hasta el día siguiente) parte de los asistentes consideran que la prórroga de la detención podría ser correcta siempre que el plazo máximo de 72 horas no se hubiese sobrepasado, otra parte de los asistentes entiende, sin embargo, que debe prevalecer la libertad del investigado, sin perjuicio de remitir oficio a las fuerzas y cuerpos de seguridad para que extremen las medidas de vigilancia sobre la víctima hasta tanto se logre la colocación del dispositivo.

El consentimiento de la víctima es necesario para la colocación de la pulsera.

**5). Interpretación del art. 544 ter 7 LECrim en cuanto a la adopción obligatoria de las medidas civiles relativas a los hijos. ¿Es oportuno valorar la atribución del ejercicio unipersonal a la madre de la patria potestad cuando se dicta OP sin visitas a favor del padre? ¿O de la custodia o régimen de visitas? ¿O derivar a los menores a una asistencia psicológica especializada?**

Sobre el carácter obligatorio de la adopción de medidas civiles relativas a los hijos estaremos a lo señalado en la pregunta 2.

La atribución del ejercicio de la patria potestad en exclusiva a la madre cuando se dicta una Orden de Protección con medidas de alejamiento y prohibición de comunicación puede resultar razonable en los casos en que también se le ha atribuido a ella la guarda y custodia. Pero no hay que olvidar que, a diferencia de la guarda y custodia, el contenido propio de la patria potestad puede determinar un riesgo de cambio significativo de localización o, incluso, de abandono del territorio español, cuando se

trata sólo de una medida cautelar cuya vigencia es claudicante (30 días del último párrafo del art. 544 ter. 7, lo que aconseja adoptar otras cautelas, tales como la sujeción de la salida del territorio español de los menores a un régimen de autorización judicial previa).

En cualquier caso parece que estas medidas habrían de adoptarse no tanto en virtud del 544 ter 7, que habla de atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, régimen de guarda y custodia, visitas, comunicación y estancia con los menores o personas con la capacidad judicialmente modificada, alimentos, “así como cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartarles de un peligro o de evitarles perjuicios”, sino de lo previsto en los arts 65 y 66 LO 1/2004.

Sobre la derivación de los menores a una asistencia psicológica especializada, además de las previsiones de los arts 65, párrafo segundo, y 66, párrafo segundo, LO 1/2004 (medidas que garanticen la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer), el problema que se plantea es, tratándose de menores, si requiere, o no, el consentimiento de ambos progenitores que ostentan la patria potestad, y si, en caso de desacuerdo, puede acordarse por el juez, y por qué cauce procesal, de acuerdo con el art. 156 CC.

En el marco de las jornadas, se plantea la posibilidad de otorgar la patria potestad solo a la madre conforme a los artículos 65 y 66 de la LIVG al existir problemas en el día a día de los menores (por ejemplo la imposibilidad de derivarlos a tratamiento psicológico sin el consentimiento de ambos progenitores). Si bien el pacto de Estado para la lucha contra la violencia sobre la mujer prevé que no sea necesario solicitar el consentimiento del progenitor no custodio para la derivación a tratamiento psicológico del menor, se sostiene por una parte de los asistentes que es razonable otorgar la patria potestad solo a la progenitora custodia para evitar problemas de este tipo. Sin embargo, esta solución choca, según otros, con el plazo de 30 días que prevé el artículo 544 ter de la LECRIIm, entendiéndose por parte de los asistentes que una medida como la atribución en exclusiva de la patria potestad a la progenitora solo tendría sentido en supuestos especialmente graves y delicados como en aquellos en que la mujer solicita casa de acogida por la gravedad de los hechos, pues así se garantiza no solo que el/la menor pueda cambiar de colegio sin el consentimiento del progenitor no custodio sino también que no se efectúe un control por parte del investigado a través del/la menor.

**6). Tras la nueva LJV, ¿es posible adoptar las medidas del art. 158 CC con carácter sumario? Eficacia de estas medidas de protección a la víctima. Aplicación del art. 158.4, 5 y 6 CC. Adopción de otras medidas ex art. 544 quinquies LECrim y 65 y 66 LO 1/2004.**

La adopción de medidas del art. 158 C.C. puede hacerse en cualquier procedimiento civil o penal o en procedimiento de jurisdicción voluntaria (último inciso del propio

art. 158 CC, que ya estaba en su redacción anterior a la reforma por la Ley 26/2015). De esa regulación se infiere a) que podrá adoptarse tanto un JVM como uno de Instrucción (aunque no sea de guardia), un juez de lo Penal, de Primera Instancia o una Audiencia; y b) que pueden tramitarse en un procedimiento distinto al de la LJV. Además, pueden adoptarse incluso de oficio (pensemos, p.ej, en supuestos en que la víctima no ha declarado o se acoge a la dispensa del art. 416 LECrim) y, por otra parte, si bien debe observarse el principio general de audiencia bilateral, excepcionalmente, por motivos de urgencia, podrán adoptarse inaudita parte.

En cuanto al procedimiento cabe entender, como decimos, que si se encuentra abierto un proceso civil (incluso de ejecución) o penal (no necesariamente de violencia de género o doméstica), pueden solicitarse y adoptarse en el mismo, para lo cual lo procedente será abrir una pieza separada para su sustanciación y decisión, con o sin vista. Si no lo hay, lo normal será que la petición se haga directamente a través del procedimiento previsto en la LJV. El posible inconveniente en casos urgentes se halla en el plazo de 15 días previsto en el art. 17.3 LJV y la cuestión es si puede prescindirse de él en aras a la celeridad. Seguramente la interpretación “en un proceso civil o penal” permite ese juego interpretativo que proponemos, y seguramente también la redacción de la LJV no tuvo en cuenta que podría resultar necesario adoptar alguna medida del 158 CC en procedimiento de Jurisdicción Voluntaria con carácter urgente.

Las medidas de los apartados 4º y 5º del art. 158 CC, introducidas en 2015 (Ley 26/2015, de 28 de julio), se refieren a las prohibiciones, que pueden imponerse a cualquier persona (pues tras mencionarse a los progenitores, tutores y otros parientes se añade “o terceras personas”) de aproximarse al menor, acercarse a su domicilio o centro educativo y a otros lugares que frecuente (apartado 4º), y a la prohibición de comunicación (entendiendo por tal el contacto escrito, verbal o visual por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático) de esos mismos sujetos con el menor. En ambos casos el límite es el “respeto al principio de proporcionalidad”. El apartado 6º del art. 158 CC se corresponde en esencia con el anterior apartado 4º, aunque mejora su técnica, destaca que el menor sea oído por el juez en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses.

La adopción de medidas ex art. 544 quinquies LECrim (cuando resulte necesario al fin de protección de la víctima menor de edad o con la capacidad judicialmente modificada) carece de un cauce procesal predeterminado. Su ubicación separada de la regulación de la Orden de Protección (art. 544 ter LECrim) y la circunstancia de que su adopción tiene como presupuesto que el delito que se investigue sea uno de los previstos en el art. 57 CP (ámbito distinto del previsto en el art. 544 ter. 1) dotan de una mayor libertad al juez para acordarlas. Las medidas son las concretamente establecidas en los apartados a) a d) del precepto (a adoptar en función de las circunstancias que en el mismo se prevén). En concreto: “suspensión” de la patria potestad respecto a uno de los progenitores (con posibilidad de establecer régimen de visitas), tutela, curatela,

guarda o acogimiento; establecimiento de un régimen de supervisión del ejercicio de aquéllas funciones; y suspender o modificar el régimen de visitas o comunicación con el no conviviente o con otro familiar que se encontrara en vigor. A ellas se añade la comunicación prevista en el numeral 2 del mismo precepto.

El apartado 3 establece el deber del juez o tribunal de ratificar o alzar las medidas que hubieran sido adoptadas al amparo del numeral 1. No establece un trámite al efecto, se trata de un pronunciamiento que debe acordarse de oficio y parece que en los casos de sentencia penal condenatoria dicho pronunciamiento habrá de esperar a la extinción de –al menos- la responsabilidad penal; entendemos sin embargo que dada la naturaleza cautelar de la medida nada impide que, de oficio o a instancia de parte, pueda alzarse o modificarse por cambio de circunstancias. En todo caso la decisión ha de estar basada en exclusiva en el interés de la persona afectada (víctima menor de edad o con la capacidad judicialmente modificada). Por último, la posibilidad de que el MF y las partes afectadas por la medida (aquí “partes afectadas”, al utilizar el plural, parece no limitarse a la víctima menor de edad o con la capacidad judicialmente modificada) soliciten al juez su modificación o alzamiento conforme al art. 770 LEC (verbal especial de familia) genera el grave problema de la determinación del juez competente para conocer de ese procedimiento, amén de que no concreta si sólo podrá ejercitarse una vez finalizado el proceso penal. A esta deficiente regulación se añade una última observación: se trata de medidas de naturaleza civil acordadas por un órgano del orden penal (como parece dejar claro este último inciso que comentamos) que, a diferencia de la regulación prevista en el art. 544 ter 7 para las medidas civiles de la Orden de Protección, son susceptibles de revocación en virtud de recurso de apelación y, además, no sujetas al plazo de 30 días previsto en dicho precepto.

La modificación de los arts 65 y 66 LO 1/2004 en el año 2015 comporta importantes novedades. El art. 65 se refiere a la adopción por el juez de la medida consistente en la suspensión al inculcado por violencia de género del ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia, acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho, respecto de los menores que dependan de él (art. 65) Por su parte, el art. 66 se refiere, en iguales casos, a la suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación.

Resulta llamativo que ambos preceptos, en sus respectivos segundos párrafos, establezcan un régimen obligatorio para el caso de que el juez no adopte la medida prevista en el párrafo primero, a modo de excepción, como si la regla general fuera la adopción de las suspensiones mencionadas. En el primer caso el Juez deberá pronunciarse en todo caso sobre la forma en la que se ejercerá la patria potestad y, en su caso, la guarda y custodia, el acogimiento, la tutela, la curatela o la guarda de hecho de lo menores, y adoptará también las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, y realizará un seguimiento periódico de su evolución. En el segundo, el Juez deberá pronunciarse en todo caso sobre la forma en que se ejercerá el régimen de estancia, relación o

comunicación del inculcado por violencia de género respecto de los menores que dependan del mismo, y deberá adoptar las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, y realizará un seguimiento periódico de su evolución. En ninguno de ambos casos concreta el modo en que tal seguimiento deberá hacerse y, por otra parte, surge la duda respecto al plazo de vigencia de esas medidas, de naturaleza claramente civil, en relación al art. 544 ter. 7, último párrafo, cuando se hayan adoptado en la orden de protección como medidas civiles. A diferencia de las medidas del art. 64 y del 67 de la misma ley, que son homogéneas con las previstas en el CP, las de los arts 65 y 66 no encuentran tal homogeneidad en el CP (art 39 CP). Sin embargo, las medidas que se adoptan al amparo del art. 544 quinquies LECrim hay que entender que no están sujetas al plazo de referido. Nótese que las medidas civiles de la OP se refieren, según el art. 544 ter 7 a atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, régimen de guarda y custodia, visitas, comunicación y estancia con los menores o personas con la capacidad judicialmente modificada, alimentos, “así como cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartarles de un peligro o de evitarles perjuicios”, lo que puede incluir, obviamente, la suspensión del régimen de visitas.

Por los asistentes se pone de manifiesto que la jurisdicción voluntaria poco ha aportado al panorama procesal actual, aunque parte de los asistentes considera que se ha dotado de mayor celeridad a la adopción de ciertas medidas y, fundamentalmente, se ha dado cauce procesal a las mismas.

Se sostiene por los participantes que cabe adoptar medidas del artículo 158 del CC sin acudir a la jurisdicción voluntaria no solo en JVSM sino también en los Juzgados de Instrucción de guardia, sin embargo un sector minoritario de los participantes entiende que las medidas del 158 del CC siempre deberán articularse a través de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, al estar legalmente previsto. La mayoría de los asistentes, esencialmente en procedimientos por diligencias urgentes, considera que las medidas urgentes del 158 se pueden adoptar sin necesidad de derivar a las partes a un procedimiento de jurisdicción voluntaria, incoando pieza separada y sin necesidad de audiencia

En relación al “alejamiento civil” que prevé el artículo 158 del CC, se aplicará en supuestos en que no hay datos para considerar que aparecen indicios de delito pero procede su adopción para evitar daños al menor (padre que diariamente molesta al menor en el recreo del colegio sin respetar las visitas acordadas o padre que instrumentaliza al menor para enviar amenazas a la mujer)

### **BLOQUE TERCERO: Problemas interpretativos relacionados con los tipos penales.**

**1). Interpretación de los tipos penales 153., 171,172, y 173.4 y con el 7 ter 4. La acción**

**delictiva ha de ir presidida de un particular ánimo machista o de dominación? ¿Puede rechazarse la competencia de no apreciarse dicho ánimo? Interpretación del art 87. ter 4.**

Durante los primeros años de aplicación de los tipos penales, en la interpretación de los mismos se advirtieron dos posiciones encontradas, la de aquellas AAPP como Barcelona o Murcia que exigían completar los tipos penales con el art 1 de la LO 1/2004 exigiendo para su aplicación que la acción estuviera presidida de un especial ánimo de dominación o al menos se advirtiera que era una manifestación de esa dominación, y otro grupo mas nutrido que sostenía que no había que acudir el art 1 para completar las figuras penales, sin exigir ningún elemento adicional.

A la confusión contribuyó el TS que en algunas resoluciones como las sentencias 370/2009 de 6 de abril, la 338/2009 de 8 de abril o la 653/2009 de 12 de mayo, y posteriormente la 703/2010 de 15 de julio y la 807/2010 de 30 de septiembre, y la de 26 de junio de 2012 consideraron automáticamente aplicable el artículo 153.1 del Código Penal sin realizar indagación alguna del ánimo o el contexto, mientras que otras como la 654/2009 de 8 de junio, se refiere a que se produzcan "en el contexto propia de las agresiones machistas" o la 1177/2009 de 24 de noviembre, que exigía que la acción agresiva tuviera "connotaciones con la subcultura machista ", sentencia con voto particular que defendió la aplicación del artículo 153.1 en su literalidad o la 1376/2011 de 23 de diciembre siquiera esta vez "obiter dicta" alude a la exigencia de "un especial ánimo consistente en la constatación de que la conducta es reflejo de una visión sesgada de la relación de pareja viciada por un contexto de dominación masculina" .

Tras el auto de 31 de julio de 2013 de DEL MORAL cuyas reflexiones reproduce la Sentencia 856/2014 de 26 12 2014 BERDUGO se descarta ya cualquier exigencia de intencionalidad especial centrandó su atención en que el desarrollo de los hechos constituya "manifestación de la discriminación, situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres" pero no un inexigible elemento subjetivo del injusto y la sentencia 44/2015 de 21 de octubre de 2015 destaca que no es preciso que sea resultado de una relación de dominio, lo que el legislador pretende es evitar la progresión ¿puede estimarse ya resuelta la cuestión?

¿Se puede rechazar la competencia so pretexto de que los hechos no se ejecutaron en un contexto de dominación (que siempre se presume) o de que no concurrió ese ánimo especial (innecesario)?.

**Interpretación del art 87 ter 4 .-** En cuanto a los delitos cometidos contra descendientes o menores, (ámbito añadido), la exigencia de que se hubiere producido además un acto de violencia de género para atraer la competencia, plantea el problema de si existe alguna limitación temporal en cuanto a uno y otro acto o deben producirse en unidad de acto.

Conforme a la interpretación extensiva alcanzaría a todos los hijos de víctimas siempre que hubiere existido algún precedente de acto violento contra la mujer, conclusión alcanzada por jueces de Violencia sobre la Mujer con competencias exclusivas.

Por otro lado Magistrados de las AAPP en sus conclusiones exigen unidad de acto, aunque sea procedimental, exigiendo que el delito contra los menores se haya cometido cuando aún está abierto el procedimiento contra la mujer, es decir hasta el auto de apertura de juicio oral en el proceso abreviado o el de conclusión en el sumario. Puede ocurrir que al hilo de la investigación policial por el delito de violencia doméstica salga a la luz el maltrato a la pareja que se extienda a un tiempo anterior y en tal caso aunque no hubiera sido denunciado ni se hubiera puesto en marcha anteriormente el procedimiento sería competente el JVM. En este sentido nos acabamos de pronunciar en Cadiz.<sup>7ª</sup>

Se señala por los asistentes como frente a una jurisprudencia vacilante en la que se exigía un móvil de dominación machista para la aplicación de los preceptos relacionados con la violencia sobre la mujer, la STS 44/15 de 21 de octubre habla de “contexto sociológico” y no de móvil de dominación, debiéndose entender que el contexto sociológico integrante de la violencia sobre la mujer se presume y que puede desplegarse prueba en contrario. Se citan resoluciones de jurisprudencia menor en las que se ha descartado el contexto sociológico (hombre expulsado de una discoteca que entabla una pelea con los porteros, intercediendo su pareja a la que también agrede, o drogodependientes que discuten y se agreden por una dosis), sin embargo, los asistentes consideran que si se comienza a realizar una exclusión selectiva de asuntos, se vacía de contenido el concepto de violencia sobre la mujer, porque incluso en supuestos como los expuestos late una verdadera “violencia selectiva” que también debe considerarse violencia sobre la mujer.

Por unanimidad se concluye que el artículo 153 del CP no requiere de un especial elemento subjetivo de “dominación”, se presume el contexto sociológico de violencia sobre la mujer debiendo ser la defensa la que pruebe que no se da tal contexto y que, por tanto, el supuesto está desligado de la violencia sobre la mujer. De nuevo se citan supuestos como las lesiones ocasionadas a la mujer en la contención de la misma al sufrir un episodio psiquiátrico, en esos supuestos o se admite la modalidad imprudente de las conductas previstas en violencia sobre la mujer o no estaríamos ante violencia sobre la mujer, sin embargo, parte de los asistentes consideran que debe descartarse incluso la prueba sobre el contexto sociológico en materia de violencia sobre la mujer, dado que en violencia doméstica no se exige y tampoco se discute. Esta tesis sostiene que en supuestos como el expuesto (lesiones ocasionadas en mecanismos de contención) debería asumirse competencia por le JVSM y posteriormente declararse el sobreseimiento provisional por ausencia de dolo.

En relación a la asunción de competencias por parte del JVSM en supuestos en que se causen actos de violencia sobre menores, se reitera la necesidad de que exista un acto simultáneo o antecedente de violencia sobre la mujer para posibilitar la asunción de competencia por el JVSM

**2). ¿Con la nueva redacción del art. 87 ter 1. g) ¿Conoce el JVM de todos los quebrantamientos del 468? ¿También cuando lo que se quebranta es una pena de TBC? ¿Y en el caso de los delitos conexos al de quebrantamiento?**

Existen discrepancias en nuestra jurisprudencia, y así se hizo constar en las Conclusiones de los Fiscales Delegados de Violencia de Género de noviembre de 2016, a la hora de determinar si, en base al art. 87 ter g) LOPJ, en redacción dada por la LO 7/2015, el JVM debe conocer de todos los supuestos de quebrantamiento, o únicamente de los que entrañen una vulneración de penas o medidas de alejamiento.

Así, el Auto de la AP Cantabria, Sección 3ª, de 11 de mayo de 2016 (ROJ AAP S 169/2016) declara que el JVM debe conocer de todas las modalidades de quebrantamiento previstas en el art. 468, pronunciándose en idéntico sentido el Auto AP Valencia, Sec. 1ª, nº 470/2017, de 15 de febrero, y el Auto AP Lleida, Sec. 1ª, de 30 de septiembre de 2016 (ROJ AAP L 108/2016), ambos en relación al incumplimiento de una pena de localización permanente.

En sentido contrario, entendiendo que el JVM sólo debe conocer de los quebrantamientos de pena o medida de alejamiento establecida a favor de la víctima, se pronuncia el Auto de la AP Jaén, Sec. 3ª, de 18 de enero de 2017 (ROJ AAP J 93/2017), con cita del de la misma Sección de 7 de junio de 2016 (nº 314/16), y Auto AP Jaén, Sec. 3ª, de 27 de diciembre de 2016 (ROJ AAP J 298/2016).

En cuanto a la competencia territorial para conocer del delito del art. 468, y la aplicación del art. 15 bis de la LECrim, en las Conclusiones de Fiscales Delegados de Violencia, Madrid, 7 y 8 de noviembre de 2016, se concluyó lo siguiente: *“El mismo criterio de interpretación literal del precepto, en este caso del art. 15 bis) L.E.Crim., nos lleva a resolver el problema de la competencia territorial a favor del domicilio de la víctima en el momento que se cometió el quebrantamiento”*. Criterio que se aplicó también por el Tribunal Supremo en el Auto del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2017 (ROJ ATS 187/2017), y en el Auto del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2017 (ROJ ATS 186/2017). También, con igual criterio, Auto nº 2200/2016 Sección Primera AP Valencia.

En relación al art. 468 del CP y delitos conexos, en las Conclusiones de Fiscales Delegados de Violencia de Género celebradas en noviembre de 2016 se concluyó que *“en el supuesto de que el quebrantamiento de la pena o medida cautelar, vaya acompañado de otro delito que no sea competencia del JVM, por ejemplo, un quebrantamiento de la privación del derecho a la tenencia y porte de armas y participación en una riña tumultuaria con lesiones,*

*debe romperse la conexidad siempre que ello sea posible sin afectar al buen fin de la causa, atendiendo a los nuevos criterios restrictivos que regulan la conexidad. No será posible entre la tenencia ilícita de armas y el quebrantamiento de la pena pues estamos ante un concurso de delitos, pero sí en los demás casos”.*

Siendo una cuestión ya debatida con anterioridad, se sostiene que el JVSM debe conocer de todos los delitos de quebrantamiento. El tenor literal del artículo 87 ter de la LOPJ es claro, aunque se constata disparidad de criterio en los JVSM y las Audiencias Provinciales en relación a si la pena incumplida ha sido la prohibición de aproximación o comunicación con la víctima o penas como la prohibición de tenencia y porte de armas o trabajos en beneficio de la comunidad.

En cualquier caso, se señala por los asistentes que para que se conozca por parte del JVSM de la instrucción del procedimiento se requiere que se haya iniciado el cumplimiento de la pena, pues en otro caso, por ejemplo si, en relación a los trabajos en beneficio de la comunidad, el plan de elaboración aún no ha sido elevado a la autoridad judicial ni aprobado, estaríamos ante un delito de desobediencia no atribuido al conocimiento de los JVSM. Se hace especial hincapié en la importancia de efectuar correctamente los requerimientos para el cumplimiento de la pena desde el JVSM, a fin de que en caso de que, p.ej no se acuda a los servicios sociales a realizar el plan de cumplimiento de los trabajos en beneficio de la comunidad, pueda imputarse un delito de desobediencia.

Existe unanimidad en considerar que si los trabajos en beneficio de la comunidad son sustitutivos (pena sustitutiva) no existirá quebrantamiento de condena ni desobediencia, sin perjuicio de la posible revocación de la pena principal, al igual que ocurre en caso de incumplimiento de las condiciones del artículo 83 del C.P. Con todo alguno de los participantes sostiene un criterio similar al del ingreso en prisión del condenado (si el penado no acude, se le debe obligar a ejecutar la pena de forma coactiva).

La competencia territorial para la instrucción de estos asuntos será la del JVSM del domicilio de la víctima (15 bis de la LECRIM).

### **3). ¿Debe admitirse en todo caso en el delito del 468 la personación de la víctima?**

Entendemos que la respuesta debe ser afirmativa si partimos de la consideración de que nos encontramos ante un delito pluriofensivo.

En este sentido, el Informe del Grupo de Expertos en Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial, de 20 de abril de 2006. E Informe acerca de los problemas técnicos detectados en la aplicación de la Ley Orgánica 1/2004, de enero de 2011, en el que se

indica que el bien jurídico protegido “no es sólo el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, sino, asimismo, la indemnidad de las víctimas”. En el mismo sentido se pronunciaron las Conclusiones de los Fiscales Delegados en violencia de género, noviembre 2016.

En cuanto a la *jurisprudencia del Tribunal Supremo*, se puede observar una progresiva tendencia a considerar el tipo penal del art. 468.2 como un delito pluriofensivo, aludiendo algunas resoluciones, además de al principio de autoridad y a la debida observancia de las resoluciones dictadas por Juzgados y Tribunales, a otros bienes jurídicos que indirectamente protege el precepto, como son la vida e integridad de la víctima. Así, a título de ejemplo, podemos citar las Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de enero de 2007 (ROJ STS 100/2007), de 13 de julio de 2009 (ROJ STS 4716/2009) y de 26 de febrero de 2010 (ROJ STS 1475/2010), y los Autos del Tribunal Supremo de 14 de abril de 2011 (ROJ ATS 4431/2011), de 24 de octubre de 2013 (ROJ ATS 10373/2013), de 16 de octubre de 2014 (ROJ ATS 8900/2014), y de 5 de marzo de 2015 (ROJ ATS 2744/2015).

Por lo que respecta a los pronunciamientos de las Audiencias Provinciales, la naturaleza pluriofensiva del delito que nos ocupa se postula ya en resoluciones como la SAP Cádiz, Sec. 2ª, de 21 de enero de 2003 (ROJ SAP CA 135/2003) y la SAP Tenerife, Sec. 2ª, de 5 de diciembre de 2008 (ROJ SAP TF 2584/2008). Argumentación que se reproduce en las SSAP Tenerife, Sec. 2ª, de 1 de junio de 2009 y de 17 de marzo de 2014 (ROJ SAP TF 1711/2009 y ROJ SAP TF 287/2014 respectivamente), en las SSAP Málaga, Sec. 2ª, de 12 de junio de 2012 y de 22 de febrero de 2013 (ROJ SAP MA 774/2012 y ROJ SAP MA 993/2013), y en la SAP Tarragona, Sec. 2ª, de 7 de marzo de 2005 (ROJ SAP T 480/2005). En idéntico sentido, cabe citar la SAP Valencia, Sec. 2ª, de 10 de septiembre de 2014 (ROJ SAP V 3725/2014), la SAP Zaragoza, Sec. 1ª, de 23 de octubre de 2014 (ROJ SAP Z 2206/2014), la SAP Barcelona, Sec. 10ª, de 27 de junio de 2015 (ROJ SAP B 7906/2015), la SAP Tarragona, Sec. 4ª, de 13 de julio de 2015 (ROJ SAP T 905/2015), la SAP León, Sec. 3ª, de 8 de septiembre de 2015 (ROJ SAP LE 814/2015), la SAP Zamora, Sec. 1ª, de 15 de octubre de 2015 (ROJ SAP ZA 293/2015), la SAP Valencia, Sec. 2ª, de 13 de abril de 2016 (ROJ SAP V 1661/2016), la SAP Jaén, Sec. 3ª, de 15 de junio de 2016 (ROJ SAP J 608/2016), y la SAP Zaragoza, Sec. 1ª, de 17 de noviembre de 2016 (ROJ SAP Z 1941/2016).

Siendo minoritaria la postura, contenida en Sentencias como la SAP Madrid, Sec. 15ª, de 13 de octubre de 2014 (ROJ SAP M 15271/2014), que considera la Administración de Justicia como único bien jurídico protegido por el precepto.

Por los asistentes se afronta el problema de la personación de la víctima en delitos de quebrantamiento, sosteniéndose que tratándose de un delito pluriofensivo, cabe dicha personación. Al igual que en el delito de prevaricación (404 del CP), que atenta contra la administración pública, el perjudicado (p.ej, postergado en la adjudicación de una plaza en un concurso público) puede personarse, en el delito de quebrantamiento

ocurre lo mismo.

En apoyo de la tesis expuesta, se sostiene que la personación es posible aún no siendo titular del bien jurídico protegido, al igual que ocurre en el homicidio (en el que por motivos obvios no cabe la personación del titular del bien jurídico pero sí de los perjudicados).

Si el quebrantamiento es consentido, algunos de los participantes sostienen la posibilidad de que la mujer se persone, otros no, en cualquier caso en la práctica es un problema que no plantea dificultad porque si el quebrantamiento ha sido consentido, la "víctima" no se personará ni accionará contra el investigado. En todo caso y aunque sea consentido, es correcto hacer el ofrecimiento de acciones a fin de posibilitar que en la declaración de la víctima se indague sobre la libertad, voluntariedad, del consentimiento.

Aun tratándose de un quebrantamiento consentido se argumenta la posibilidad de que la mujer se acoja al artículo 416 de la LECRIM, pues la ley no distingue y una relación sentimental puede mantenerse pese a la existencia de una pena o medida cautelar de protección.

Se plantea por los asistentes la situación en que la mujer no acusa, ¿podría recurrir la orden de protección?. La mayoría de los presentes sostiene que no sería posible, sin perjuicio de que se efectúe una comparecencia interesando la retirada de la medida de protección. En este sentido y frente a quienes sostienen que puede recurrirse el auto, la mayor parte de los asistentes entiende que si esta interpretación se llevase al extremo, también podría interesar medidas de investigación, diligencias etc. Para recurrir cualquier resolución que perjudique a la víctima, esta deberá personarse en el procedimiento, una vez se le informa del derecho a recurrir (artículos 5 y 13 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.)

#### **4). Cabe perseguir a la víctima en los casos de reanudación de los llamados quebrantamientos consentidos? ¿La conducta de la víctima incide, para eximir o atenuar, en la responsabilidad penal del agresor?**

La relevancia del consentimiento en la comisión del delito de quebrantamiento ha de analizarse desde una doble vertiente: la incidencia que el mismo puede tener en la responsabilidad del obligado por la pena o medida, y la posible responsabilidad penal de la persona protegida que consiente la comisión del delito.

#### **CONSENTIMIENTO DE LA VÍCTIMA Y RESPONSABILIDAD DEL OBLIGADO.**

En relación a la relevancia que ha de darse al consentimiento de la víctima en la responsabilidad criminal del obligado por la pena o medida, tanto la doctrina como la

jurisprudencia han llegado a conclusiones dispares. Las distintas tesis y argumentos pueden sistematizarse del siguiente modo:

a) Considerar que *debe negarse cualquier tipo de virtualidad al consentimiento de la víctima*, con independencia de que nos encontremos ante una pena o ante una medida cautelar. Ésta es la postura que mantiene Fiscalía General del Estado desde el año 2005, y que ha recogido en sus Conclusiones de Seminarios de Fiscales Delegados.

b) Estimar que, *si se evidencia que el quebrantamiento no ha supuesto un peligro para la persona protegida, la conducta debe reputarse atípica*.

c) Entender que *la conducta debe considerarse atípica por no concurrir dolo*, considerando que el consentimiento de la víctima determina la no existencia del elemento subjetivo del delito.

d) *Distinguir entre pena y medida cautelar*, postulando la irrelevancia del consentimiento en el caso de que la prohibición vulnerada se hubiera impuesto en sentencia firme y considerando, en los supuestos de medida cautelar, que la conducta del obligado debe reputarse atípica por no existir puesta en peligro de la indemnidad de la víctima. Tesis sostenida en la STS de 26 de septiembre de 2005.

En cuanto a la jurisprudencia, si bien hasta la referida sentencia el Tribunal Supremo mantuvo en general el criterio de que el consentimiento de la persona beneficiada por la pena o medida era irrelevante a los efectos de entender cometido el delito de quebrantamiento, por considerarse indisponible el bien jurídico protegido por la pena o la medida cautelar, pudiendo citarse a título de ejemplo la STS de 16 de mayo de 2003 (ROJ STS 3323/2003), la STS de 26 de septiembre de 2005 (ROJ STS 5567/2005), vino a constituir un punto de inflexión en esta materia, a partir del cual, y al menos hasta el Acuerdo no jurisdiccional de 25 de noviembre de 2008, se generaron interpretaciones en todos los sentidos por parte, no sólo de dicho órgano judicial, sino de la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, con la consiguiente merma en el principio de igualdad y en el de seguridad jurídica.

En la citada STS de 26 de septiembre de 2005, en relación a un supuesto de reanudación voluntaria de la convivencia estando vigente una medida cautelar de alejamiento, se declara que *“la reanudación de la convivencia acredita la desaparición de las circunstancias que justificaron la medida de alejamiento, por lo que ésta debe desaparecer y queda extinguida”*.

Con posterioridad a dicha resolución, y antes del Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala Segunda de 25 de noviembre de 2008, el Tribunal Supremo vuelve a pronunciarse en cuatro ocasiones más sobre el tema, en otras tantas Sentencias, manteniendo criterios contradictorios: STS de 20 de enero de 2006 (ROJ STS 701/2006), STS de 3 de noviembre de 2006 (ROJ STS 6953/2006), STS de 19 de enero de 2007 (ROJ

STS 100/2007), y STS de 28 de septiembre de 2007 (ROJ STS 6386/2007). La STS de 8 de abril de 2008 (ROJ STS 1334/2008) apunta la posibilidad de apreciar, en los supuestos de quebrantamiento consentido por la víctima, un error de prohibición.

Tras el Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2008, en el que se estableció que *“el consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad a efectos del art. 468 del Código Penal”*, la cuestión parece haberse resuelto, al menos desde el punto de vista de la seguridad jurídica, por cuanto dicho criterio ha determinado desde entonces la postura a adoptar en esta materia. Así, podemos citar la STS de 29 de enero de 2009 (ROJ STS 421/2009), la STS de 29 de enero de 2009, la STS de 24 de febrero de 2009 (ROJ STS 924/2009), la STS de 30 de marzo de 2009 (ROJ STS 1651/2009), la STS de 8 de junio de 2009 (ROJ STS 4793/2009), la STS de 13 de julio de 2009 (ROJ STS 4716/2009), la STS de 28 de enero de 2010 (ROJ STS 636/2010), las SSTS de 3 de febrero de 2010 (ROJ STS 335/2010), de 12 de febrero de 2010 (ROJ STS 1005/2010), de 26 de febrero de 2010 (ROJ STS 1475/2010), de 21 de octubre de 2010 (ROJ STS 5587/2010), de 26 de noviembre de 2010 (ROJ STS 7295/2010), el Auto del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2010 (ROJ ATS 16403/2010), las SSTS de 31 de enero de 2011 (ROJ STS 1307/2011) y de 14 de diciembre de 2011 (ROJ STS 9353/2011), la STS de 21 de diciembre de 2012 (ROJ STS 8789/2012), los Autos del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 2013 (ROJ ATS 2725/2013), de 11 de abril de 2013 (ROJ ATS 4329/2013), de 24 de octubre de 2013 (ROJ ATS 10373/20013) y de 21 de noviembre de 2013 (ROJ ATS 11303/2013), de 27 de marzo de 2014 (ROJ ATS 3898/2014), de 16 de octubre de 2014 (ROJ ATS 8900/2014), de 29 de mayo de 2014 (ROJ ATS 5441/2014), de 11 de junio de 2015 (ROJ ATS 5226/2015) y de 10 de marzo de 2016 (ROJ ATS 2782/2016), y en las SSTS de 2 de julio de 2014 (ROJ STS 2702/2014) y de 9 de diciembre de 2015 (ROJ STS 5785/2015).

La jurisprudencia menor, por su parte, ha intentado articular otras vías, con disparidad de criterios, sobre todo con anterioridad al Acuerdo no jurisdiccional del Pleno del Tribunal Supremo al que nos hemos referido, a fin de tratar de resolver los supuestos de quebrantamiento producidos con el consentimiento de la víctima, pero también con posterioridad al mismo, en la búsqueda de vías de impunidad frente a la rigurosa aplicación del criterio mantenido en el citado Pleno. Así, a título de ejemplo, la SAP Madrid, Sec. 17ª, de 13 de abril de 2009 (ROJ SAP M 3990/2009), la SAP Madrid, Sec. 27ª, de 3 de abril de 2008 (ROJ SAP M 4420/2008); la SAP Córdoba, Sec. 2ª, de 14 de abril de 2009 (ROJ SAP CO 639/2009), y la SAP Barcelona, Sec. 8ª, de 8 de septiembre de 2009 (ROJ SAP B 9467/2009). En la línea de aplicar el error de prohibición se sitúan también otras Sentencias como la SAP León, Sec. 1ª, de 16 de marzo de 2006 (SAP LE 579/2006), la SAP Barcelona, Sec. 9ª, de 20 de abril de 2005 (ROJ SAP B 3795/2005), la SAP Huesca, Sec. 1ª, de 18 de octubre de 2005 (ROJ SAP HU 382/2005), y la SAP Tenerife, Sec. 2ª, de 5 de diciembre de 2008 (ROJ SAP TF 2584/2008).

No obstante, si se tiene en cuenta que, singularmente desde el Acuerdo de 25 de

noviembre de 2008, resulta con carácter general incontrovertido que el consentimiento de la víctima no afecta a la existencia de la pena o medida cautelar, las posibilidades de apreciar la concurrencia de error de prohibición disminuyen, y así lo indican, entre otras, la SAP Cantabria, Sec. 1ª, de 29 de septiembre de 2008 (ROJ SAP S 1294/2008); la SAP Cantabria, Sec. 1ª, de 27 de junio de 2007 (ROJ SAP S 867/2007); y la SAP Barcelona, Sec. 20ª, de 14 de marzo de 2012 (ROJ SAP B 6510/2012).

Por último, existe otra línea jurisprudencial minoritaria de la que es ejemplo la SAP Madrid, Sec. 17ª, de 30 de marzo de 2009 (ROJ SAP M 3980/2009), que aplica la atenuante analógica del art. 21.6ª del Código Penal, hoy ubicada como 7ª, de provocación al incumplimiento, como muy cualificada. Sin embargo, dicha interpretación ha sido refutada por el Tribunal Supremo en Sentencias como la de 2 de julio de 2014 (ROJ STS 2702/2014).

#### POSIBLE RESPONSABILIDAD DE LA VÍCTIMA.

Tratándose el art. 468.2 de un delito especial propio, entendemos que le son aplicables las reglas generales sobre la participación, por lo que la víctima podría técnicamente ser imputada como inductora o cooperadora necesaria en la comisión del tipo, por lo que la jurisprudencia, en ocasiones, trata de explorar las posibilidades de atenuación o exención de la pena a fin de no profundizar en la victimización a la que el sistema penal somete a aquella. Así, se observan ejemplos en los que se entiende que su conducta resulta amparada por una causa de justificación, siendo por tanto su obrar antijurídico, considerando aplicable la eximente prevista en el art. 20.7ª del Código Penal de actuar en el ejercicio legítimo de un derecho (SAP Valencia, Sec. 5ª, de 10 de mayo de 2005 (ROJ SAP V 2312/2005)).

También los *Magistrados de Audiencias Provinciales con competencias exclusivas en Violencia de Género* en las *Conclusiones* elaboradas tras la celebración del *Seminario de Formación* organizado por el Consejo General del Poder Judicial los días 30 de noviembre, 1 y 2 de diciembre de 2005, se pronunciaron en contra de imputar a la víctima como responsable de un delito de quebrantamiento.

También se defiende que el comportamiento de la víctima no es constitutivo de delito alguno, por cuanto el legislador ha tipificado expresamente la conducta del particular que proporciona la evasión a un condenado, preso o detenido como única forma de participación que merece una respuesta penal, recogiendo así el art. 470 del Código Penal un tipo de participación limitada que impide la aplicación de las reglas generales sobre esta materia. Esta posición fue la que se asumió en el Seminario sobre *Criterios de interpretación de la Ley Integral en sede de enjuiciamiento*, organizado por el Consejo General del Poder Judicial y celebrado en Madrid los días 14, 15 y 16 de octubre de 2009.

Asimismo, se ha optado en ocasiones por distinguir entre pena y medida cautelar, de tal modo que, si la vulneración afecta a una prohibición impuesta cautelarmente, debe considerarse no antijurídico el quebrantamiento con la anuencia de la víctima, al no lesionarse ningún bien jurídico relativo a la misma.

Por último, no faltan resoluciones que entienden que ha de castigarse en todo caso a la mujer como inductora o cooperadora necesaria del delito de quebrantamiento.

la postura de la *Fiscalía General del Estado*, conforme consta en las *Conclusiones del Seminario de Fiscales en materia de violencia de género* del año 2005, es la de que por su parte no se interese en ningún caso la deducción de testimonio contra la víctima que consienta el quebrantamiento por el referido delito, “ni como autora por inducción ni por cooperación necesaria, por entenderse que su conducta no es subsumible en los apartados a y b del artículo 28.2 del Código Penal”.

En cuanto a la jurisprudencia, el Tribunal Supremo apuntó la posibilidad de imputar a la víctima que consiente, acepta o incluso provoca la vulneración de la pena o medida de alejamiento establecida para su protección en la ya citada Sentencia de 26 de septiembre de 2005 (ROJ STS 5567/2005). Y dicha posibilidad se materializó en el Auto del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2010 (ROJ ATS 802/2010).

Asimismo, la jurisprudencia menor, no sólo ha admitido la posibilidad de que la persona para cuya protección se articula el alejamiento pueda ser imputada como partícipe de la comisión del tipo del art. 468.2 del Código Penal, sino que ha condenado en varias ocasiones a la beneficiaria de la pena o medida como cooperadora necesaria en el delito de quebrantamiento del obligado. A título de ejemplo, podemos citar la SAP Granada, Sec. 2ª, de 15 de junio de 2012 (ROJ SAP GR 1089/2012). Esta posibilidad de condenar a la mujer como cooperadora necesaria o al menos como inductora del delito de quebrantamiento cometido por el obligado se apuntaba ya en la SAP Granada, Sec. 2ª, de 26 de noviembre de 2010 (ROJ SAP GR 2115/2010), en la SAP Granada, Sec. 2ª, de 7 de febrero de 2014 (ROJ SAP GR 146/2014), SAP Zamora, Sec. 1ª, de 25 de febrero de 2013 (ROJ SAP ZA 60/2013), SAP Coruña, Sec. 1ª, de 9 de marzo de 2011 (ROJ SAP C 750/2011), y SAP Madrid, Sec. 26ª, de 8 de febrero de 2017 (ROJ SAP M 1669/2017).

También cabe citar las SSAP Barcelona, Sec. 20ª, de 21 de febrero de 2007 (ROJ SAP B 1051/2007), de 4 de febrero de 2009 (ROJ SAP B 1799/2009), de 23 de noviembre de 2009 (ROJ SAP B 14252/2009), y de 7 de enero de 2013 (ROJ SAP B 539/2013). Sin embargo, la misma Sec. 20ª de la AP Barcelona, en Sentencia de 26 de marzo de 2013 (ROJ SAP B 5816/2013), rechaza condenar a la beneficiaria de la medida cautelar como cooperadora necesaria del delito de quebrantamiento. Y también califica de atípica su conducta la SAP Barcelona, Sec. 20ª, de 20 de noviembre de 2015 (ROJ SAP B 12287/2015).

Interesante es también el razonamiento contenido en la SAP Tarragona, Sec. 2ª, de 23

de febrero de 2012 (ROJ SAP T 195/2012). Por último, resulta especialmente curiosa la SAP Granada, Sec. 2ª, de 4 de abril de 2016 (ROJ SAP GR 386/2016).

En relación al consentimiento los asistentes señalan que ha de tenerse en cuenta la falta de capacidad de la mujer en muchas ocasiones para percatarse del riesgo que sufre. En vez de valorar una posible respuesta punitiva, habría que plantearse previamente el aspecto apuntado.

El artículo 57 del CP impone la pena de prohibición de aproximación y comunicación independientemente de la voluntad de la víctima. Se propone la necesidad de indagar en fase de instrucción sobre la voluntariedad y el conocimiento pleno de las consecuencias en casos de víctimas adolescentes o mujeres especialmente desvalidas.

Alguno de los asistentes apunta a que sería razonable que pudiese suspenderse la pena de prohibición de aproximación y comunicación con la víctima (conforme a una modificación del artículo 80 del CP) pues en supuestos de violencia doméstica (padres e hijos) normalmente se renuncia al procedimiento por no tener que cumplir las prohibiciones.

Los asistentes ponen de relieve la incongruencia de que el artículo 468 del CP lleve aparejada únicamente pena de prisión y los artículos 171 y 153, en casos de amenazas y lesiones o maltrato de obra, pena también de trabajos en beneficio de la comunidad. Este problema ha generado, por ejemplo, que se busque la aplicación de la atenuante analógica del artículo 21.7 del CP en supuestos de consentimiento. Se propone, incluso, introducir una pena alternativa a la de prisión, como la de trabajos en beneficio de la comunidad, o un subtipo atenuado en caso de consentimiento, en el bien entendido de que habría que investigar si ese consentimiento ha sido o no libre y voluntario. Parte de los asistentes entiende que el problema está ya solucionado y que puede solicitarse una modificación de la punición de la conducta vía artículo 4 del CP

En relación a la responsabilidad de la víctima, se trata de un delito especial propio, por lo que se podría, a priori, investigar a la mujer como inductora o cooperadora necesaria. Se propone una modificación del artículo 468.2 del CP para que se establezca que no entrañará responsabilidad de la mujer el quebrantamiento de la pena o de la medida cautelar en caso de consentimiento, sin embargo parte de los asistentes se opone a dicha tesis al entender que se trataría de un régimen de excepción que rompería con los preceptos de parte general de penal. Esta parte de los asistentes propone aplicar el artículo 65.3 del CP para atemperar las consecuencias de la pena.

Con todo y pese a lo expuesto, se concluye que el problema es más teórico que práctico, pues aunque el hecho sea inicialmente punible, nadie va a acusar, aunque se constata alguna resolución minoritaria y excepcional de condena en algún Juzgado de lo penal.

Una parte de los asistentes señala que podría requerirse a la mujer para que se abstenga de aproximarse o comunicarse con el acusado/condenado y, en caso contrario, se le pueda investigar por un delito de desobediencia. Sin embargo esta tesis plantea problemas graves, pues difícilmente se puede requerir a alguien que no ha sido condenada ni está siendo investigada por ningún hecho.

Se plantea si el hecho de que la mujer sea la que acude a lugares frecuentados por el acusado o condenado podría constituir un delito de coacciones, se sostiene que no porque la orden de protección o la pena no se integra solo con la prohibición de aproximación sino con la obligación de rehuir a la víctima.

Se establece que el encuentro causal no sería delito, sin embargo, si el investigado o condenado se mantiene en el lugar, se integraría el tipo del artículo 468.2 del CP.

Se sostiene que si es la mujer la que busca conscientemente al denunciado o condenado, de forma insistente y haciendo que este varíe de forma reiterada sus hábitos de vida, podría cometer un delito de acoso previsto y penado en el artículo 172ter del CP.

**5). ¿Es típica la conducta del sujeto que coloca en el estado de whatsapp frases presuntamente dirigidas a la beneficiaria de la medida? ¿Y la del que comenta el contenido del facebook de la beneficiaria de la medida? ¿Y la comunicación a través de terceras personas cuando el Auto o la Sentencia no especifican que se prohíbe la comunicación directamente o través de tercero?**

Sobre la primera de las cuestiones planteadas, resulta interesante la SAP San Sebastián, Sec. 1ª, de 25 de septiembre de 2014 (ROJ SAP SS 658/2014), que revoca la sentencia del Juzgado de lo Penal, que había condenado por un delito de quebrantamiento.

Asimismo, y en relación con la consumación del delito, la SAP Barcelona, Sec. 22ª, de 6 de mayo de 2015 (ROJ SAP B 5136/2015), condena por delito del art. 468.2 entendiendo que el mismo se consuma con independencia de que la persona beneficiaria de la prohibición de comunicación abra el Whatsapp.

Sobre comunicación a través de terceros, la SAP Alicante, Sec. 1ª, de 9 de junio de 2015 (ROJ A 1253/2015), confirma la sentencia que condenaba al acusado como autor de un delito de amenazas agravadas por cometerse quebrantando una medida cautelar de prohibición de comunicación en un caso en el que los mensajes amenazantes, dirigidos contra la beneficiaria de la prohibición, se habían enviado al teléfono de una amiga de ella.

En relación a las cuestiones, se plantea por los asistentes si en la remisión de whatsapps

cabe la tentativa, los participantes, en general, admiten la tentativa (como en supuestos de cartas enviadas desde prisión que son interceptadas previamente).

El “like” de Facebook debe considerarse un quebrantamiento porque se establece una comunicación con la víctima.

Si en la fotografía de perfil de WhatsApp se ponen fotos genéricas (se citan fotografías de armas, cementerios) no se comete el delito de quebrantamiento salvo que la frase sea clara y dirigida a ella, en caso de duda razonable procederá la absolución. A tal efecto, debe indagarse tal circunstancia en la declaración de la víctima, pues esta en ocasiones aporta datos que sirven para detectar que la comunicación iba dirigida a ella.

Si es la víctima la que acude a Facebook a ver el perfil del denunciado difícilmente se comete el delito porque no hay comunicación.

## 6). ¿Cómo calificar las incidencias del Centro Cometa?

La cuestión entronca con la referente a cómo tipificar las conductas destinadas a inutilizar los dispositivos de teledetección. Así, el problema que planteaba, hasta la reforma operada por la LO 1/2015, la falta de regulación legal de los dispositivos GPS, era el de calificar penalmente las conductas del imputado o condenado tendentes a inutilizarlos. La Circular nº 6/2011, de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer, distinguía al efecto los siguientes supuestos:

- Casos en que el dispositivo deja de funcionar como consecuencia de una acción voluntaria del imputado o condenado (por ejemplo, no cargar la batería). Delito de desobediencia, siempre que se haya efectuado el correspondiente requerimiento con apercibimiento.
- Casos en que el imputado fractura intencionadamente el dispositivo (bien para que deje de funcionar, o bien para retirárselo). Delito de desobediencia del art. 556 del Código Penal siempre que se hubiera efectuado el requerimiento con apercibimiento, y un delito o falta de daños (arts. 263 ó 625 del Código Penal), en función del valor de tasación de los mismos.

La Circular entendía por último que, en todo caso, tales conductas no podían subsumirse en el delito de quebrantamiento, pues no entrañan el incumplimiento de la prohibición de acercamiento impuesta en la resolución judicial. Criterio que por otra parte se mantuvo por la jurisprudencia en Sentencias como la SAP Castellón de la Plana, Sec. 2ª, de 4 de julio de 2012 (ROJ SAP CS 980/2012); la SAP Guadalajara, Sec. 1ª, de 20 de diciembre de 2012 (ROJ SAP GU 521/2012); la SAP Madrid, Sec. 27ª, de 29 de

junio de 2012 (ROJ SAP M 12581/2012), y la SAP Ciudad Real, Sec. 2ª, de 4 de abril de 2013 (ROJ SAP CR 366/2013).

A la misma conclusión (tipificar tal conducta como delito de desobediencia, y no como quebrantamiento) se llegó en el Curso Unificación de criterios en materia de violencia de género, en sede de enjuiciamiento, organizado por el Consejo General del Poder Judicial y celebrado en Madrid entre el 30 de mayo y el 2 de junio de 2010. Y este criterio también es el que mantuvo el Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial, en el Informe de enero de 2011.

Sin embargo, la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, optó por tipificar tal conducta como delito de quebrantamiento, introduciendo un párrafo 3º al art. 468.

Por último, en el Seminario Fiscales Delegados de Violencia de Género, celebrado en noviembre de 2016, se declara que *“cuando la conducta consiste en no cargar la batería de la unidad 2trak o alejarse de este dispositivo, se ha de exigir cierta repetición o prolongación de la conducta para poder subsumir tales conductas en el tipo penal del art. 468-3 del C.P.”.*

Los asistentes se centran en el delito previsto en el artículo 468.3 del CP, señalando que se desdibuja el posible “quebrantamiento” porque en realidad es un delito de desobediencia, además, se critica que la pena de multa puede perjudicar a la víctima, no solo porque puede dificultar el cumplimiento de obligaciones familiares, sino también porque impide adoptar medidas como la prisión provisional.

Por los participantes se detectan problemas de multiplicidad de actuaciones dado que no solo se reciben comunicaciones de los centros de control sino también de la fuerzas de seguridad. Así, se señala que diariamente se reciben múltiples comunicaciones de los centros, y si bien aquellas incidencias de “escasos segundos de aproximación” dan lugar a sobreseimientos provisionales inmediatos, en los casos en que proceda continuar el procedimiento, hay que efectuar ofrecimiento de acciones a ella, porque sufre la intranquilidad de las continuas incidencias. En el caso de que sean varias incidencias lo razonable es acumularlas para acreditar la repetición o prolongación, planteándose los asistentes dónde se pone el límite temporal a dicha acumulación. Parte de los asistentes entiende que el límite podría estar en los 6 meses máximos de instrucción que prevé el 324 de la LECRIM, al no ser instrucciones complejas.

Se concluye que no es correcto ampliar la distancia de la prohibición en quebrantamientos puros (468 CP), dado que no se prevé como pena la prohibición de aproximación en ese tipo penal, sin embargo cuestión distinta es que integre un delito de coacciones o de acoso.

En cuanto a los daños que se generen al dispositivo en los supuestos de ruptura (468.3 CP), la mayor parte de los asistentes considera que deben tratarse como delitos leves (al ser normalmente de cuantía inferior a 400 euros) sin que pueda calificarse como daños

a bienes de dominio público que llevaría la pena de 1 a 3 años, siendo la interpretación absurda ya que, de seguirse, golpear levemente un vehículo policial con daño mínimo llevaría aparejada la pena de prisión indicada.

### **7). Supuestos de aplicación de los tipos atenuados del art 153.4 CP en agresiones o acometimientos recíprocos con o sin simultaneidad en su desarrollo.**

El art 153.4 dispone “No obstante lo previsto en los apartados anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado”.

Se ha planteado la cuestión de si dicho precepto resulta aplicable a agresiones o acometimientos recíprocos con o sin simultaneidad en su desarrollo lo que podría ocurrir por razón de las circunstancias concurrentes en la realización del hecho. Este criterio ha sido seguido en ocasiones de manera aparentemente automática, justificándolo en la ausencia de ánimo de dominación, entre otras por la AP de Guipuzcoa. Otras AAPP estiman que ha de hacerse una valoración casuística tanto de las circunstancias personales, sin ánimo exhaustivo por ejemplo la edad, el grado de madurez, la ausencia de antecedentes penales y policiales, como de las objetivas, entre las que el hecho de la agresión mutua puede ser un factor más a considerar, como la ausencia de lesiones en el maltrato de obra, la escasa entidad lesiva, la nimiedad del resultado, el tratarse de una acción aislada, puntual, no repetida etc.

¿Deben concurrir ambas, circunstancias afectantes al hecho junto a las personales o basta con que se razone la menor culpabilidad o antijuricidad.?

A falta de pronunciamientos expresos del TS ante una disposición similar en relación al inciso 2 del art 368 en el delito de tráfico de drogas, la sentencia 927/2004, de 14 de julio alude a situaciones, datos o elementos que configuran el entorno social y el componente individual de cada sujeto, la edad de la persona, su grado de formación intelectual y cultural, su madurez psicológica, su entorno familiar y social, sus actividades laborales, su comportamiento posterior al hecho delictivo y sus posibilidades de integración en el cuerpo social y la STS 448/2011, de 19 de mayo, declara que «es suficiente con la menor antijuricidad de la acción para aplicar el tipo privilegiado, pues de la propia lectura del tipo se deriva que *no es preciso que concurren de forma conjunta la menor antijuricidad y la menor culpabilidad*, bastando solo la concurrencia de uno de los elementos y la inoperatividad del otro».

En relación a la aplicación del subtipo atenuado del artículo 153.4 del CP se dispone que no se efectúe con automatismo sino atendiendo al contexto de la agresión. Si bien la existencia de acometimiento mutuo puede ser un elemento a valorar, hay otros

esenciales como la entidad de las lesiones, los antecedentes que existan. En la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 22ª) se sostiene que si la agresión es mutua y equilibrada, es de aplicación el subtipo atenuado.

Para aplicar el apartado 4 del artículo 153 se requiere en primer lugar una menor antijuridicidad de los hechos y posteriormente atender a las circunstancias personales. Deben tenerse en cuenta las circunstancias del hecho como segundo elemento, siendo necesario que concurra solo una de las circunstancias del artículo 153.4 del CP y no ambas de forma cumulativa. Se descarta que un elemento a tener en cuenta para la aplicación del subtipo atenuado sea la inexistencia de denuncias previas.

**8). Nuevos tipos penales: Art. 172. Ter/ versus delito de coacciones. Diferencias y requisitos jurisprudenciales para aplicar el nuevo tipo penal. Casos prácticos. Calificación de las amenazas como leves ex art. 171.4 o como graves del 169.**

El art 172 ter del CP se configura como una modalidad del delito de coacciones y responde a la insuficiencia de los tipos tradicionales para hacer frente al fenómeno del hostigamiento, se trata de ofrecer una respuesta a conductas de indudable gravedad, que en muchas ocasiones en su consideración como actos aislados, no podían ser calificadas ni como coacciones, al faltar el elemento violencia, ni como amenazas, en tanto que no se exteriorizaba ninguna intimidación y sin embargo por su reiteración eran susceptibles de provocar inseguridad, miedo o de afectar a la libertad en quien se veía afectado por ellas.

El delito de coacciones leves requiere una conducta violenta de contenido material (vis física) o intimidación (vis compulsiva), ejercida contra el sujeto pasivo del delito, bien de modo directo o indirecto, y cuyo modus operandi va encaminado a impedir hacer a otro lo que la ley no prohíbe o a compelerle a efectuar lo que no quiera, sea justo o injusto, debiendo existir un ánimo tendencial consistente en el deseo de restringir la libertad ajena.

Esta figura se aplicaba cuando se trataba de impedir el normal desenvolvimiento de la vida de la denunciante, por ejemplo intentando establecer contacto con ella telefónicamente o por medio de mensajes de forma insistente y reiterada, vigilancias, seguimientos, pese a conocer la voluntad de la misma de poner término no sólo a su relación sentimental, sino a cualquier tipo de comunicación entre ambos, calificándose esta actuación como violencia psíquica.

El nuevo tipo penal es mucho mas taxativo, requiere para su aplicación una conducta de acoso conformada por una serie de actos llevada a cabo mediante alguna de las conducta descritas; vigilar peseguir o buscar la proximidad física, establecer o intentar establecer contacto por cualquier medio o a través de terceros, adquirir productos, contratar servicios o hacer que terceros se pongan en contacto, todo mediante la utilización indebida de datos personales, o atentar contra la libertad o patrimonio de la

víctima o de familiares próximos. Los términos insistente y reiterado que la definen sugieren un patrón de conducta. Se requieren que la persona acosadora no este legitimada y además como resultado la alteración grave de la vida cotidiana.

Hasta la fecha han recaído dos sentencias del TS, la 324/2017 de 8/05/2017 y la 554/17 de 12/07/20127. la primera de ellas da unas pautas orientadoras para su aplicación, la segunda se remite a la primera pero sorprendentemente parece mas laxa a la hora de interpretar el concepto de alteración grave de la vida cotidiana.

De la primera de las dos sentencias se pueden extraer las siguientes consideraciones respecto del nuevo tipo penal:

La reiteración es compatible con la combinación de distintas formas de acoso. La reiteración puede resultar de sumar acercamientos físicos con tentativas de contacto telefónico, por ejemplo, pero siempre que se trate de las acciones descritas en los cuatros apartados del precepto.

Algunos actos por sí solos pueden invadir la esfera penal. Nos encontraríamos en situaciones de concurso.

El delito de hostigamiento surge de la sistemática reiteración de unas u otras conductas, que a estos efectos serán valorables aunque ya hayan sido enjuiciadas individualmente o pudiera haber prescrito (si son actos por sí solos constitutivos de infracción penal).

El desvalor que encierran los concretos actos descritos (llamadas incontestadas, presencia inesperada...) examinados fuera de su contexto suele ser de baja entidad, insuficiente para activar la reacción penal. Pero la persistencia insistente de esas intrusiones nutre el desvalor del resultado hasta rebasar el ámbito de lo simplemente molesto y reclamar la respuesta penal que el legislador ha previsto.

Se exige implícitamente una cierta prolongación en el tiempo; o, al menos, que quede patente, que sea apreciable, esa voluntad de perseverar en esas acciones intrusivas, que no se perciban como algo puramente episódico o coyuntural, pues en ese caso no serían idóneas para alterar las costumbres cotidianas de la víctima.

El tipo no exige planificación pero sí una metódica secuencia de acciones que obligan a la víctima, como única vía de escapatoria, a variar, sus hábitos cotidianos.

Se exige la voluntad de imponer un patrón de conducta sistemático de acoso con vocación de cierta perpetuación temporal.

Para valorar la idoneidad de la acción secuenciada para alterar los hábitos cotidianos

de la víctima hay que atender al estándar del "hombre medio", aunque matizado por las circunstancias concretas de la víctima (vulnerabilidad, fragilidad psíquica, ...).

Calificación de las amenazas como leves del art 171.4 o graves del art 169.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha reiterado la identidad de estructura y bien jurídico protegido entre las amenazas graves y las leves..

La diferencia entre las amenazas graves y las leves es puramente cuantitativa, radicando en la gravedad a los males anunciados, y la seriedad y credibilidad de las expresiones conminatorias, aunque en ambos, tendrá que concurrir el elemento dinámico de la comunicación de gestos o expresiones susceptibles de causar una cierta intimidación en el ánimo del sujeto pasivo, dando a entender la realización futura, más o menos inmediata, de un mal. STS 4-12-1981 (RJ 1981\4973 ), 12-2- 1985 (RJ 1985\946 ), 6-3-1985 (RJ 1985\1580 ), 23-5-1985 , 27-6-1985 , 20-1-1986 , 13-2-1989 , 30-3-1989 , 23-5-1989 , 3-7-1989 , 11-9-1989 (RJ 1989 \6629 ), 23-4-1990 (RJ 1990\3300 ), 18-11-1994 (RJ 1994\9209 ) y 25-1-1995 (RJ 1995\494).

La diferencia pues, se radica tanto en la gravedad de la amenaza como en la valoración del propósito del agente desde el punto de vista de su seriedad, persistencia y credibilidad, debiendo por lo tanto, calificarse como leve, cuando de las circunstancias concurrentes se acredite la menor gravedad de la amenaza o la inconsistencia real de la misma ( STS núm. 662/2002, de 18 de abril [RJ 2002\5562]).

A estos efectos es especialmente importante la precisión de las circunstancias en las que se producen las frases o actitudes amenazantes, así como las anteriores y posteriores a ellas ( STS núm. 1060/2001, de 1 de junio).

Siguiendo esta línea La SAP Madrid, a 25 de septiembre de 2014 - ROJ: SAP M 13833/2014 valora unas amenazas para considerarlas de carácter leve, atendiendo a la forma en que se produjeron y al contexto, no siendo precedidas, ni seguidas de agresión alguna.

De esta forma, dado que se produjeron a distancia mediante mensajes de WhatsApp, sin actos precedentes, ni posteriores de violencia, no reflejando una amenaza seria y creíble, con la escasa afectación en la presunta víctima, quien , ni siquiera se refirió a ellas en su denuncia inicial, ni en su primera declaración en el juzgado, se concluye que en modo alguno pueden calificarse como graves, ni por tanto, englobarse en el tipo penal que se pretende.

El artículo 172 ter cubre la laguna que en ocasiones dejaba el tipo penal de coacciones, diversas resoluciones de jurisprudencia menor venían considerando que al faltar la vis

psíquica muchos de los hechos calificados como coacciones no tenían cabida en el artículo 172 del CP.

La STS, Sala IIª, de 8/5/17 (ponente Del Moral) da las pautas para construir el delito de acoso, siendo fundamental que altere gravemente la vida cotidiana de la víctima. Sin embargo, según resaltan algunos asistentes a las jornadas, ese requisito deja al margen a víctimas especialmente resilientes que no cambian sus hábitos de vida, planteándose los asistentes que en supuestos de este tipo cabría plantear la tentativa.

La reiteración que exige el precepto puede darse respecto de una o combinando varias de las circunstancias que prevé. Se echa en falta la privación de la tenencia y porte de armas, debiendo modificarse ese aspecto al igual que el hecho de que no aparezca la suplantación de identidad como hecho típico.

Plantea problemas la equiparación de la consumación y la tentativa en aquellos supuestos en que se haya “intentado la comunicación con la víctima”, sin embargo, señalan algunos de los asistentes que esa equiparación es correcta porque el daño a la víctima se produce con independencia de que se descuelgue el teléfono y se atienda a la llamada.

Si bien el precepto prevé una norma concursal para penar otros actos delictivos concomitantes, los asistentes detectan problemas con el concurso entre el acoso y las coacciones, pues podría conculcar el principio *non bis in idem*.

Se conviene que la conducta debe ser reiterada e insistente, incluso en el uso de datos aunque el precepto hable de “uso” (en singular), los asistentes consideran que debe darse la conducta concurriendo la reiteración e insistencia que requiere la parte inicial del tipo penal. En relación a la “reiteración” los asistentes consideran que no debe fijarse de antemano cuál sería el número de actos, debería atenderse a la “vocación de perdurabilidad”, yendo al caso concreto.

El quebrantamiento continuado por aproximación dando lugar a alarmas telemáticas podría calificarse como acoso (en concurso medial con el quebrantamiento) desplazándose el problema al ámbito de la prueba, debiendo probar la acusación que se han alterado gravemente los hábitos cotidianos (la denunciante ha dejado de ir a casa de sus familiares, no se atreve a salir más que acompañada...). La alteración grave de la vida cotidiana debe medirse conforme a parámetros objetivos pero teniendo en cuenta la personalidad de la víctima.

## **9). ¿Cuándo calificar los hechos como injurias graves o como delito contra la integridad moral o de revelación de secretos?**

Cada una de los delitos tiende a proteger un bien jurídico protegido diferente, en

principio las injurias graves se han identificado con el honor o el concepto público que los demás tienen de uno, mientras el de integridad moral se dirige a la protección de la dignidad humana como atributo de la persona y el de revelación de secretos 197.7 protege la intimidad personal.

**El delito de injurias graves** protege la fama y el honor y exige la concurrencia de dos elementos, uno objetivo constituido por las expresiones o acciones que menoscaben, por su propio contenido y entidad, la honra el crédito o la dignidad de la persona a la que se dirijan o afecten; y otro, subjetivo, integrante a la vez de un elemento subjetivo del injusto y que viene representado por la finalidad de la acción que ha de estar dirigida precisamente a producir aquella lesión del honor y la dignidad de una persona y que se conoce en la doctrina y jurisprudencia bajo la denominación de "animus iniuriandi".

Del contenido de la acción debe apreciarse una clara e inequívoca voluntad de atentar grave y directamente al honor, desprestigiar ante terceras personas vilipendiando su buena fama o reputación, es esta consideración que los demás tienen de uno lo que se protege.

En la STS 192/2001, de 14 de febrero, se dice que es doctrina reiterada la de que:

"el ejercicio de la libertad de expresión-también el derecho a la información-no puede justificar sin más el empleo de expresiones o apelativos insultantes, injuriosos o vejatorios que exceden del derecho de crítica y son claramente atentatorios para la honorabilidad de aquél cuyo comportamiento o manifestaciones criticar, incluso si se trata de persona con relevancia pública, pues la Constitución, no reconoce el derecho al insulto ( SSTC 105/1990, 85/1992, 336/1993, 42/1995, 76/1995, 78/1995, 176/1995 y 204/1997 ).

*El delito contra la integridad moral se configura como una categoría conceptual propia, como un valor de la vida humana independiente del derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad en sus diversas manifestaciones o al honor. La integridad moral configura un espacio propio y por consecuencia necesitado, susceptible y digno de protección penal. Y este espacio o ámbito propio, se define fundamentalmente desde la idea de la inviolabilidad de la personalidad humana en el derecho a ser tratado como uno mismo, como un ser humano libre y nunca como un simple objeto. SSTC. 120/90, 137/90 y 57/94)*

La descripción típica está formulada en términos amplios que rozan por su imprecisión descriptiva con el principio de taxatividad penal. "...menoscabando gravemente su integridad moral....", nos dice el art. 173 del Código Penal, esta exigencia de gravedad, deja claro que no todo trato degradante será típico conforme al art. 173, sino sólo los más lesivos, ello nos reenvía a la práctica jurisdiccional de los Tribunales Internacionales y de la Jurisdicción interna.

Como elementos de este delito se han apuntado (STS 233/2009, de 3-3):

a) un acto de claro e inequívoco contenido vejatorio para el sujeto pasivo del delito;

- b) un padecimiento, físico o psíquico, en dicho sujeto; y,
- c) un comportamiento que sea degradante o humillante e incida en el concepto de dignidad de la persona afectada por el delito.

*La integridad moral estaría compuesta por la **humillación o vejación** sufrida por la víctima que se ve **tratada de forma instrumental y desprovista de su dignidad**, pudiendo, además concurrir la nota del dolor físico, y también por elementos objetivos en referencia a **la forma y modo** en que se produce el ataque...".*

La STS 19/2015, de 22 de enero en línea con las anteriores reza así: " **El núcleo del ataque a la integridad moral es la sensación de humillación y de cosificación que tiene la víctima porque resulta agredida en lo que es más esencial del individuo: su dignidad de ser humano merecedor de respeto por su condición humana.**

El adjetivo degradante equivale a humillar, rebajar o envilecer, en este caso a la persona sujeto pasivo del delito, consistiendo por tanto en desconocer el valor que el ser humano tiene como tal por el hecho de serlo, donde caben las más variadas manifestaciones de desprecio, humillación, envilecimiento o cualquier otra análoga que desconozca lo primero. El trato degradante será delictivo siempre que menoscabe gravemente la integridad moral de la persona. Deduciéndose de todo ello que el bien jurídico protegido es el respeto y protección que merece la integridad moral de la persona de la misma forma que se protege penalmente la integridad física y psíquica (delito de lesiones).

La integridad moral el derecho de la persona a no sufrir sensaciones de dolor o sufrimientos físicos o psíquicos humillantes, vejatorios o envilecedores. se identifica con las nociones de dignidad e inviolabilidad de la persona, matizando que con el castigo de las conductas atentatorias a la integridad moral se pretende reafirmar la idea de que el ser humano es siempre fin en sí mismo, sin que quepa "cosificarlo", circunstancia que obliga a distinguir los simples ataques a la integridad física o psíquica de aquellos otros con repercusión directa en la dignidad humana.

La integridad moral se configura como una categoría conceptual propia, como un valor independiente del derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad en sus diversas manifestaciones o al honor. No cabe la menor duda de que tanto nuestra Constitución como el Código Penal configuran la integridad moral como una realidad axiológica propia, autónoma e independiente de aquellos derechos; y tan evidente es así que los arts. 173 y 177 del Código Penal establecen una regla concursal que obliga a castigar separadamente las lesiones a estos bienes y las producidas a la integridad moral. De aquí se deduce también que no todo atentado a la misma, necesariamente, habrá de comportar un atentado a los otros bienes jurídicos, siendo posible imaginar la existencia de comportamientos típicos que únicamente quiebren la integridad moral sin reportar daño alguno a otros bienes personalísimos ( SSTS 255/2011, de 6-4 ; y 255/2012, de 29-3 )", añadiendo más adelante "... en cuanto al concepto de trato

degradante, la jurisprudencia de esta Sala acoge el concepto establecido por el TEDH anteriormente reseñado, ya que lo define como aquel trato que puede crear en las víctimas sentimientos de terror, de angustia y de inferioridad susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar, en su caso, su resistencia física o moral" ( SSTS 1061/2009, de 26-10 ; 255/2011, de 6-4 ; y 255/2012, de 29-3 , entre otras)".

La integridad moral se identifica con las nociones de dignidad e inviolabilidad de la persona y que, exigiendo el tipo que el autor infrinja a otro un trato degradante, por éste habrá de entenderse, según la STS de 29 de septiembre de 1998 , "aquel que pueda crear en las víctimas sentimientos de terror, de angustia y de inferioridad susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar, en su caso su resistencia física o moral " ( SSTS 20/2011, de 27-1 ; y 255/2011, de 6-4 ). STS 474/2011 de 23/05/2011

El delito de revelación de secretos a diferencia de los anteriores se configura como un tipo cerrado mucho más limitado en su aplicación en el cual el bien jurídico protegido es fundamentalmente la intimidad personal.

El art 197.7 CP surge ante la necesidad de dar respuesta a determinados comportamientos que resultando atípicos eran susceptibles de provocar graves daños a la intimidad. Los casos de obtención consentida de imágenes íntimas con difusión inconsciente posterior.

El TS no se ha pronunciado aún respecto del art 197.7 introducido en 2015 el cual tiene un ámbito de aplicación mucho mas cerrado al requerir determinados presupuestos taxativamente expresados y afectar a la intimidad personal.

La conducta típica consiste en la **difusión, revelación y cesión** a terceros.

El objeto imágenes o grabaciones audiovisuales. ( no se incluyen las de audio ni los textos).

Este objeto tiene que ser grabado con el conocimiento y consentimiento de la víctima.

El lugar de grabación debe ser el domicilio o cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros. Este requisito sugiere que el sujeto activo que obtiene la grabación en el domicilio o lugar apartado (espacio de intimidad) es el que la difunde posteriormente sin consentimiento de la víctima.

Quedan excluidas las grabaciones o imágenes tomadas en espacios públicos abiertos, playas concurridas, clubs etc. en este sentido SAP GR 5/06/2014, Auto 23/05/2017 SAP Cadiz, sección de Ceuta.

Quedan excluidas las imágenes transmitidas voluntariamente en encuentros cibersexuales. SAP GR 5/06/2014.

La SAP Barcelona 24/04/2017 estudia un supuesto de remisión de imágenes por Whatsapp a un tercero en las que el acusado le mostraba la existencia de una relación sentimental con la mujer que era desconocida en el entorno familiar de ella.

Algunas fotos habían sido tomadas directamente por el acusado y otras le habían sido remitidas por ella.

La sentencia afirma que se trata de una conducta que solo puede ser cometida por aquel que ha obtenido las imágenes con el consentimiento de la víctima, o sea se limita el sujeto activo a quien ha captado u obtenido el material.

El bien jurídico protegido es la intimidad personal o la privacidad que se integra por dos elementos:

1.- la esfera íntima que se determina conforme a parámetros objetivos conforme a los criterios culturales dominantes en cada momento histórico, (partes íntimas del cuerpo, orientación sexual, filiación, momentos de dolor o postración, datos médicos, consumo de alcohol y adicciones, aspectos relacionados con las creencias personales, religiosas, ideológicas etc) o los vinculados a la vida familiar referidos a los mismos aspectos que la esfera íntima personal y

2.- la reserva o ausencia de publicidad sobre dicha esfera la que se determina con parámetros subjetivos.

Finalmente es preciso que como resultado se ocasione un menoscabo grave a la intimidad.

La sentencia alude además al ámbito de la intimidad para destacar que es más circunscrito que el secreto.

En el caso concreto no era la intimidad lo perturbado sino la violación de un secreto, el hecho de que mantenían una relación sentimental ocultada a la familia.

La sentencia razona “ quien mantiene una relación sentimental con otra persona no puede tener la expectativa de que la existencia de esa relación no será revelada a terceros por el otro miembro de la pareja. No puede pretender que el derecho penal proteja una expectativa de esta naturaleza, cuando el hecho revelado afecta del mismo modo a ambos por encontrarse en la misma situación, en otro caso se estaría limitando la libertad individual de quien siendo componente de la pareja pretende dar a conocer a terceros su cualidad de tal”.

La introducción del artículo 197.7 del CP ha venido a evitar problemas de atipicidad previos. El problema se daba al haberse obtenido con anuencia las imágenes íntimas, lo que llevaba a que únicamente se pudiese tutelar a la víctima a través de la vía civil (LO 1/82 de 5 de mayo). Por los asistentes se plantea si aquellas imágenes que hayan sido transmitidas por la víctima al denunciado son incardinables en el artículo citado (autograbación y entrega). Si se obtuvieron en el domicilio parece que es indiferente

quien las grabara, lo esencial es que se hiciera con su anuencia, pero si se obtienen por ejemplo por haberlas enviado y recibido a posteriori telemáticamente, todo parece indicar que quedan excluidas del tipo penal que requiere que las imágenes hayan sido obtenidas en un domicilio o lugar fuera del alcance de la mirada de terceros.

Parte de los asistentes considera que “obtener” según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española también incluye “tener, conservar y mantener” por lo que la conducta de autograbación y entrega también sería típica, pero ello cuando la entrega se produzca en el momento de la grabación en el lugar indicado, otra parte de los asistentes considera que habría que distinguir entre “hacer la grabación” y “obtenerla” señalándose que existe jurisprudencia menor que descarta la existencia del delito del artículo 197.7 del CP en aquellos supuestos en que las imágenes realizadas por la víctima, se ceden y se difunden posteriormente por el que las obtuvo. Pero creo que eso solo sería así para el supuesto de que no se grabara y cediera en unidad de acto en el lugar en que se tomaron.

Se plantea el problema de la responsabilidad en cascada o de terceros difusores, se expone que dado que se trata de un delito especial propio se excluye del ámbito penal de aplicación del tipo a los terceros.

Si la difusión produce lesiones psíquicas podría plantearse un concurso con la lesión psíquica.

En relación a lugares apartados a la vista de terceros, además de las obtenidas en domicilio se incluirían otros espacios cerrados, por ejemplo un servicio de un lugar público, y entre los lugares apartados de la mirada de terceros, parece que se podrían considerar cualesquiera espacios abiertos pero apartados de las miradas en los que hay un ámbito de intimidad como por ejemplo la obtención de imágenes en una embarcación en altamar.

#### **10). Comisión de estos delitos a través de nuevas tecnologías, en concreto a través de internet. Problemas de prueba.**

La expansión del uso de las nuevas tecnologías y de las redes sociales se ha convertido en una vía de fácil acceso para la comisión de determinados delitos desde la base de un aparente anonimato al permitir a cualquier usuario, desde las distintas aplicaciones informáticas, la difusión masiva o particular de mensajes, imágenes e incluso audiovisuales por Internet con un contenido dañoso.

La impugnación de la autenticidad, cuando son aportadas a la causa mediante archivos de impresión, desplaza la carga de la prueba hacia quien pretende aprovechar su idoneidad probatoria.

La sentencia STS 300/15 de 19/5/2015 estima que será indispensable en tal caso la

práctica de una prueba pericial que identifique el verdadero origen de esa comunicación, la identidad de los interlocutores y la integridad de su contenido.

Pero lo anterior no excluye, por no tratarse de una prueba ilícita, la posibilidad de su valoración por el resto de los medios de prueba, declaración del acusado, testifical y documental en cuya operación será muy valioso valorar la postura procesal de las partes.

Sigue esta línea la sentencia de 24 de noviembre de 2015 de la Sección nº 27 de la Audiencia Provincial de Madrid.

En relación a los delitos cometidos a través de redes sociales, no es suficiente la captura de pantalla de la comunicación producida, sin embargo se pone de relieve el problema de la conservación de datos (1 año) por parte de las compañías de telecomunicaciones.

La impugnación que eventualmente se efectúe será en todo caso legítima pero no puede admitirse la impugnación sorpresiva en el acto de juicio, a tal efecto se propone la valoración conjunta del resto de pruebas obrantes en las actuaciones y atender a la postura procesal de las partes. La impugnación deberá ser concreta y fundada, no genérica y el impugnante deberá aportar todos los medios para comprobar la circunstancia expuesta (SAP 24/11/15 Sección 27ª de Madrid). Podrá requerirse a tal efecto el teléfono móvil del denunciado, que si no lo aporta dará lugar a que pueda dictarse auto motivado para acceder a su contenido y si no se lograra por su conducta obstruccionista, sería valorable tal hecho al no ser ilícita la prueba documental aportada de contrario.

#### **BLOQUE IV: Penas y ejecución. Referencia a medidas del Pacto de Estado.**

##### **1). Penas. Prisión, TBC y prohibición de acercamiento y comunicación. ¿Cabe la Suspensión de la pena de prohibición de acercamiento y comunicación?**

Aunque a día de hoy dicha posibilidad no está legalmente prevista, se ha defendido doctrinalmente la propuesta de extender a estas penas privativas de derechos el régimen previsto legalmente para la suspensión de las penas privativas de libertad. Propuesta que igualmente se ha apuntado en Sentencias como la de la Audiencia Provincial de Tenerife, Sec. 2ª, de 5 de diciembre de 2008 (ROJ SAP TF 2584/2008).

Esta sugerencia de reforma legislativa se planteó asimismo por el Grupo de Expertos en Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial en el Informe del año 2006, en el que, frente al carácter imperativo de la imposición de la pena accesoria del art. 57.2 del Código Penal, se señalaba que la última alternativa que cabe frente a dicho pronunciamiento es la petición de indulto parcial, apuntándose la posibilidad de extender *“a estas penas accesorias, con las cautelas que se consideren oportunas, el régimen de suspensión de las penas privativas de libertad”*. E idénticas

propuestas se reiteraron en el Informe de enero de 2011.

No está legalmente prevista la suspensión de las penas de prohibición de aproximación y comunicación, por ello se propone una modificación legislativa del artículo 57.2 del CP para evitar que el alejamiento sea obligatorio. En supuestos de maltrato de obra del artículo 153 del CP se plantean los asistentes si es de aplicación la prohibición del artículo 57 del CP al no preverse más que los delitos de lesiones. Se entiende que sí, porque el legislador no se planteó otra posibilidad teniendo en cuenta que el artículo 156 ter no distingue entre maltrato y lesión en caso de libertad vigilada. El argumento literalista no convence a los asistentes, pues de ser así, al hablar el artículo 57 del CP de homicidio no sería de aplicación al asesinato, parece que el precepto se refiere al título de las lesiones donde se recoge también el maltrato de obra.

Los asistentes constatan que si se buscan fórmulas es que hay un problema con el alejamiento obligatorio. Es cierto que el Tribunal supremo, en alguna sentencia, prevé la no aplicación obligatoria en maltrato de obra, sin embargo, se trata de una fórmula que suaviza el alejamiento obligatorio. Se expone como en ocasiones incluso existe quebrantamiento dándose después una absolución o sobreseimiento en el procedimiento del que dimana la orden de protección quebrantada. Se propone que se dé margen al juez para que pondere si es necesario o no el alejamiento.

## **2). Análisis de la última jurisprudencia del TS en relación con el art. 416 de la LECrim.**

Se trataría, a través de esta cuestión, de analizar la última jurisprudencia emanada del TS en relación a la interpretación de esta dispensa, que devendría inoperable para aquellos supuestos en que la víctima está personada, ab initio, como acusación particular, aunque posteriormente se retire del ejercicio de la acción civil y penal que pudiera corresponderle. En estos casos, no puede ulteriormente la víctima que ha venido ejerciendo la acusación particular, instar el ejercicio de la dispensa, o al menos, la declaración prestada sin que previamente se le haya informado de tal derecho, sería válida y podría ser valorada dentro del acervo probatorio.

En igual sentido, procede analizar la aplicabilidad de la dispensa respecto a menores de edad, y su necesidad de ser informados de la misma, en función de su grado de madurez, (STS 28-3-2017, STS 28-10-2014).

Posible conflicto de intereses en relación al progenitor acusado, y el personado como acusación particular. Nombramiento de defensor judicial ex. art. 26 de la LEVD.

¿Con que criterios valorará el Juez o Tribunal la madurez del menor en cada caso?

Por último, examinaremos la solución planteada a la cuestión de la dispensa por el

Pacto de Estado contra la Violencia de Género, en la fórmula de la preconstitución probatoria, y los posibles inconvenientes/ ventajas jurídicas que plantea la solución adoptada, en cuanto que excepción al régimen general de práctica de los medios de prueba en el juicio oral.

Partiendo de la STS de 7/6/16, existen situaciones aún no clarificadas en su totalidad como el supuesto en que la víctima inicialmente personada renuncie posteriormente a la acusación y solicita acogerse a la dispensa. En este caso existen resoluciones contradictorias (STS 703/14 frente a 449/15). Jurisprudencia menor como la expuesta por la Sección 22ª de Barcelona entiende que puede acogerse a la dispensa en todo caso pues el artículo 416 de la LECRIM no hace matices en tal sentido, siendo el acuerdo no jurisdiccional de 24/4/13 el que genera el problema expuesto.

Los problemas surgen fundamentalmente en sede de juicios rápidos, en los que la víctima en ocasiones no sabe, ni entiende qué es personarse como acusación particular, y por lo general la acusación se adhiere a lo solicitado por el Ministerio Fiscal. Por los asistentes se propone la eliminación de la dispensa, debiendo indagarse sobre el motivo del silencio (sentencia del TEDH Nahide Opuz contra Turquía), así como interpretar el fundamento de la dispensa “solidaridad e intimidad” con perspectiva de género.

Se propone revisar la doctrina que impide introducir la declaración de instrucción vía artículos 714 y 730 de la LECRIM.

Se concluye que, en cualquier caso, el hecho de que se haga uso de la dispensa en el juicio no impide que se haga una valoración del resto de pruebas practicadas, por ello se propone que se exteame el celo investigador en fase de instrucción por los JVSM.

### **3). Problemas de vacío probatorio en aquellos supuestos en los que la víctima se acoge a su derecho a no declarar.**

En especial, referencia a la prueba indirecta o indiciaria, y su disímil significación respecto de la testifical de referencia, que no podría ser válidamente tomada en consideración, salvo en aquellos supuestos en que los testigos deponen sobre el auditio propio.

Y, en relación a esta cuestión, dificultades probatorias que se plantean en los supuestos en que el delito de violencia de género es cometido a través de las nuevas tecnologías de la comunicación. Incorporación de prueba pericial por parte de la acusación particular para validar el contenido de la información transmitida a través de mensajería instantánea. Posibilidades de suplir la necesidad de esta prueba pericial, ya en instrucción, ya en el juicio oral. Volatilidad de la prueba digital.

Los asistentes entienden que cuando se ha preconstituido prueba o cuando ha habido suficiente contradicción puede elevarse al juicio oral o citar nuevamente a la víctima, en Audiencias como la de Guipúzcoa, se solicita al equipo psicosocial para que acuda y evitar así una revictimización de la mujer.

En relación a las víctimas menores, los participantes sostienen que a partir de los 14 años puede entender la responsabilidad penal conforme a la ley de menor, por lo que podrá también entender la dispensa y hacer uso de la misma.

En aquellos supuestos en que no exista otra prueba y el hecho no reviste gravedad, si la madre de la menor hace uso de la dispensa se entiende que no debe pasar el menor a juicio, derivándose las actuaciones a servicios sociales. En caso de que exista conflicto de intereses entre la madre y el hijo/a, en supuestos de gravedad, habrá de nombrarse un defensor judicial (artículo 26 del estatuto de la víctima). Cuando se explique el artículo 416 habrá de hacerse de forma pausada, clara y directa para que se entienda perfectamente. También es importante explicar en que consiste la acusación particular porque tiene implicaciones, como las expuestas con anterioridad en relación a la posibilidad de acogerse o no a la dispensa.

#### **4). Problemas de interpretación del art. 324 de la Lecrim. Particularidades en los delitos competencia del JVM. Declaración de complejidad de la causa.**

Tal y como señala la Circular de la Fiscalía General del Estado 5/2015 analizando la reforma operada en el artículo 324 de la Lecrim por la Ley 41/2015 de 5 de octubre “La nueva regulación impone controles y límites temporales a la instrucción, con el objetivo de circunscribirla exclusivamente a la práctica de las diligencias necesarias para la preparación del juicio, dejando para el plenario el desarrollo de la auténtica actividad probatoria...permanecen incólumes las disposiciones conforme a las que el Juez formará “los sumarios” (art. 306 en relación con los arts. 299 y 303), “practicará las diligencias” (art. 311) y “mandará practicar las diligencias”(art. 312) art. 777 LECrim.

Corresponde analizar, a la vista de las resoluciones dictadas por las Audiencias Provinciales en la presente cuestión los problemas prácticos derivados de dicha norma. ¿Cuándo procederá la declaración de complejidad de la causa en la instrucción de los delitos competencia del JVM? ¿Cómo llevar a cabo el cómputo de los plazos en el caso de inhibiciones recibidas de otros Juzgados o en el caso de acumulación de las causas seguidas entre las mismas partes, o en el caso de transformación del procedimiento? ¿Cómo interpretar la posibilidad de acordar un plazo máximo para la instrucción ex art. 324.4 Lecrim o cuándo estaría justificada la práctica de diligencias complementarias una vez agotados los plazos de la instrucción.?

En relación al artículo 324 de la LECRIM, los asistentes consideran que procede declarar la complejidad solo cuando no se pueda acabar la instrucción en plazo de 6

meses, atendiendo en todo caso al principio de necesidad del artículo 777 lecrim (descartando diligencias superfluas o innecesarias).

Se conviene que el juicio rápido es apto para conductas puntuales, no para supuestos de maltrato habitual o continuado, sin embargo, es necesario que las fuerzas policiales tramiten el atestado como juicio rápido y que el Ministerio Fiscal tenga disponibilidad para acusar.

Se sostiene por los asistentes que la complejidad podrá darse en investigaciones por hechos habituales o continuados, cuando existan comisiones rotatorias, incluso el Auto de la AP de Valencia, sección 1 de 27 de marzo de 2017 (878/17) entiende que cabe la complejidad cuando proceda la remisión a la Unidad de Valoración Integral de Víctimas de Violencia de Género, al ser necesaria la diligencia para la calificación, sin embargo parte de los asistentes ponen énfasis en que no cabe declarar la complejidad en supuestos de faltas de medios, criticándose abiertamente el plazo de 6 meses por considerarlo irreal, por lo que se interesa una mayor implicación del Ministerio Fiscal en el control de plazos, en atención a la circular emitida por la FGE en relación al artículo 324 de la LECRIM. Se critica, igualmente, que según la citada circular quepa la declaración de complejidad en supuestos de inhibiciones.

Se entiende que los hechos nuevos que se acumulen con posterioridad darán lugar a nuevos plazos de 6 meses. Si no se da audiencia a las partes existe un defecto formal pero no vicia el procedimiento (Auto de la AP de Oviedo 856/16)

Se concluye que la complejidad también puede darse en supuestos en que se interese un informe de imputabilidad, así como que se puede declarar la complejidad desde el principio del procedimiento, pero que, en cualquier caso, hay que ser extremadamente cuidadoso para no causar indefensión al investigado.

## **5). Principales novedades introducidas por el Pacto de Estado contra la Violencia de Género, en Derecho sustantivo y en derecho procesal.**

Se trataría, a través de esta cuestión, de analizar las reformas propuestas por el Pacto de Estado en cuanto al concepto ampliado de violencia de género, y nuevos tipos penales que quedarían incluidos dentro del concepto de violencia de género. Supresión de la atenuante de confesión y reparación del daño.

Se discute sobre la eliminación de la atenuante de confesión y la de reparación del daño, mostrándose parte de los asistentes contrarios por considerar que la confesión facilita ostensiblemente la instrucción de los procedimientos, sin embargo, otra parte de los asistentes considera que a través de un reajuste jurisprudencia de los requisitos de la atenuante de confesión podrían orillarse los problemas que subyacen en la propuesta de eliminación de tal atenuante.

Se discute sobre la introducción de la agravante de género en supuestos de mutilación genital y de delitos contra la indemnidad sexual. en delitos como el acoso del artículo 184 debería mencionarse la vinculación al género, parte de los asistentes considera que la agravante de género no se aplica en ocasiones por estar aplicándose el artículo 23 del CP

En cuanto a la extensión de la libertad vigilada, se solicita que se amplíe al 171 y 172 del CP

Se propone que debe excluirse la relevancia del consentimiento de la víctima en delitos de quebrantamiento sin perjuicio de como influye en la culpabilidad del autor, sin embargo parte de los asistentes disienten de esta propuesta al considerarla un retroceso.

Se plantea la dificultad de controlar las prohibiciones de acceso a internet y redes sociales.

Desde el punto de vista procesal, se vuelve al tema de la introducción de criterios en el artículo 544 ter de la lecrim, siendo el parecer de los asistentes contrarios por eliminar la necesaria ponderación que debe efectuar el JVSM de las circunstancias concurrentes.

Se señala que es positiva la eliminación de la fianza a las asociaciones de nivel estatal, se critica negativamente la revisión del artículo 87ter de la LOPJ para atribuir a los JVSM las modificaciones de medidas ahora excluidas por la confrontación de ese precepto con el artículo 775 LEC.

Por último, los asistentes hacen hincapié en la necesidad de fomentar la prevención en materia de violencia sobre la mujer en el ámbito educativo, siendo un error acudir solo al ámbito penal.