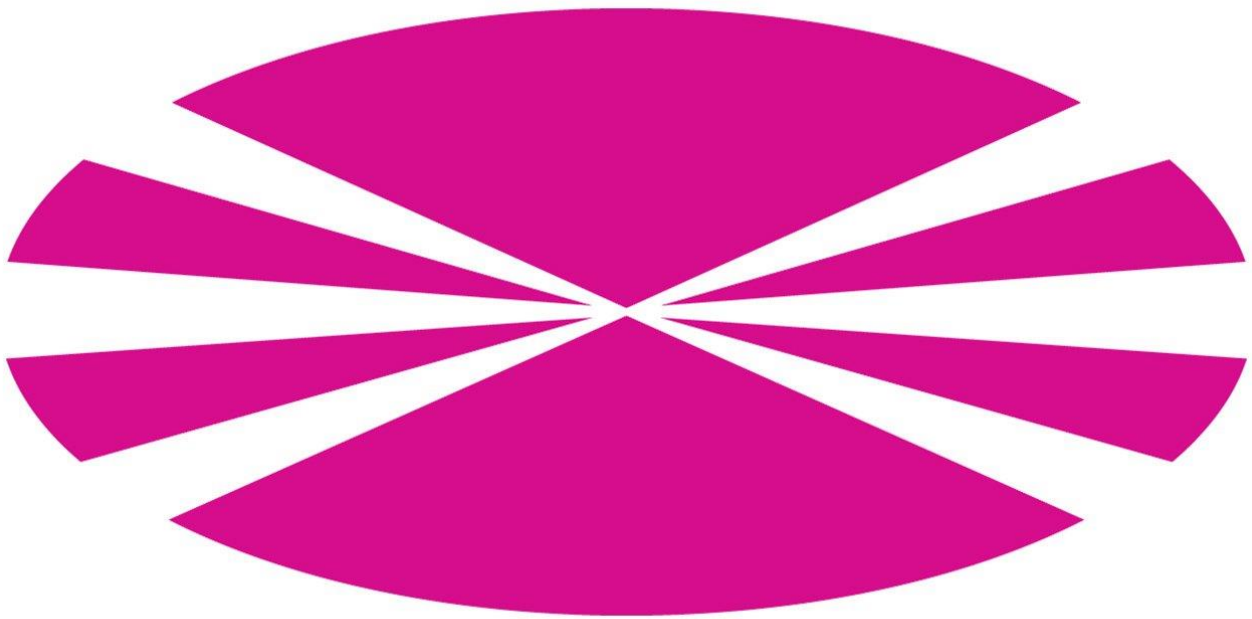


**Facultad de Derecho
Universidad de A Coruña**

VIOLENCIA, GÉNERO Y TRANSFOBIA



TRABAJO DE FIN DE GRADO

**Grado en Derecho
CURSO ACADÉMICO 2019-2020**

Alumna: Sara Vispalia Moreno
Tutor: Óscar Vergara Lacalle

Índice

I. ABREVIATURAS	3
II. SUPUESTO DE HECHO	4
III. CUESTIONES	6
1.PRIMERA CUESTIÓN	6
1.1 Estudio de la posible responsabilidad penal en la que incurre el vecino, Manuel	6
1.1.1 DELITO DE ACOSO	6
1.1.2 DELITO DE INJURIAS	7
1.1.2.1 Elemento objetivo	7
1.1.2.2 Elemento subjetivo	8
1.1.2.3 Agravante de publicidad	9
1.1.2.4 Delito continuado	9
1.1.2.5 Extinción de la pena	10
1.1.3 DELITO DE LESIONES	10
1.1.3.1 Elemento objetivo	10
1.1.3.2 Elemento subjetivo	11
1.1.4 DELITOS DE ODIO	13
1.1.4.1 Elemento objetivo	13
1.1.4.2 Elemento subjetivo	14
1.1.6 CONSECUENCIAS JURÍDICAS	14
1.2 Estudio de la posible responsabilidad penal en la que incurre el marido, Marcos	16
1.2.1 DELITO DE LESIONES	16
1.2.1.1 FRACTURA EN LA MUÑECA	16
1.2.1.2 LESIONES PSICOLÓGICAS	17
1.2.1.3 GOLPE EN LA CARA	17
1.2.1.4 INSULTOS Y BOFETADAS	19
1.2.2 DELITO DE INJURIAS LEVES EN EL ÁMBITO DOMÉSTICO	20
1.2.3 DELITO DE COACCIONES	20
1.2.4 DELITO DE ODIO	21
1.2.5 CONSECUENCIAS JURÍDICAS	21
2.SEGUNDA CUESTIÓN	24
3.TERCERA CUESTIÓN	26
3.1 Requisitos para la rectificación registral	26
3.2 Consecuencias de haber realizado la reasignación registral con anterioridad	26
4.CUARTA CUESTIÓN	28
4.1 Medidas cautelares	28
4.2 Solicitud y cese de las medidas cautelares	29

4.2 Incumplimiento de las medidas y delito de quebrantamiento de condena	30
4.2.1 Relevancia del consentimiento en la punibilidad	30
4.2.2 La víctima como cooperadora necesaria o inductora del quebrantamiento	31
5. QUINTA CUESTIÓN	32
5.1 La medida cautelar de atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar	32
5.2 Defensa de la posesión del cónyuge poseedor no propietario	34
6. SEXTA CUESTIÓN	34
6.1 Delitos públicos, semipúblicos, semiprivados y privados: inicio del proceso	34
6.2 Dispensa de la obligación de declarar por razón de parentesco	35
6.3 La dispensa en los menores de edad	36
6.4 Colisión entre obligación de secreto profesional y la obligación de declarar	37
7. SÉPTIMA CUESTIÓN	39
7.1 Competencia para conocer del proceso de divorcio	39
7.2 Requisitos del divorcio	40
8. OCTAVA CUESTIÓN	41
8.1 Derecho de los menores a ser oídos	41
8.2 Interés superior del menor	41
8.3 Fundamentos para la atribución de la guarda y custodia a Pablo	42
9. NOVENA CUESTIÓN	43
9.2 Con respecto a la tercera pregunta sobre órgano competente para instruir, juzgar y especialidades del proceso	44
9.3 Con respecto a la quinta pregunta sobre medidas cautelares posibles, se pueden rechazar y que pasa si continúan la convivencia	44
9.4 Con respecto a la octava pregunta sobre el divorcio, órgano competente y requisitos	44
IV. CONCLUSIONES	45
V. BIBLIOGRAFÍA	47

I. ABREVIATURAS

Art.: Artículo

CC: Código Civil

CE: Constitución Española

CP: Código Penal

LECiv: Ley de Enjuiciamiento Civil

LECrím: Ley de Enjuiciamiento Criminal

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial

LOPJM: Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor

Stc.: Sentencia

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

JVM: Juzgado de Violencia sobre la Mujer

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial

AP: Audiencia Provincial

II. SUPUESTO DE HECHO

Tras cuatro años de noviazgo, Pablo y Marcos, ambos españoles y mayores de edad, contrajeron matrimonio en el año 2013 y en 2016 adoptaron a un niño, Elio, de diez años.

Los cónyuges conviven en el domicilio familiar, sito en Málaga, con normalidad hasta que, a comienzos del año 2017, Pablo informa a Marcos del uso de que, con el tiempo, se ha concienciado acerca de su identidad de género, siendo éste el femenino. Este hecho provoca continuas discusiones en la pareja, que enrarecen la convivencia.

En los siguientes meses, Pablo comienza a adoptar el aspecto tradicionalmente atribuido al género femenino maquillándose, usando tacones o llevando el pelo largo y a medida que estos cambios se producen en Pablo, se crea un ambiente enrarecido en el matrimonio. Marcos constantemente critica las nuevas actitudes y hábitos de su cónyuge y se suceden las discusiones. Asimismo, en junio de 2017, aparecieron unas pintadas en la puerta del domicilio de la pareja que ponían “alerta travelo” y “en el punto de mira”, lo que motivó una nueva discusión en el matrimonio: mientras que Pablo quería denunciar los hechos, Marcos se reafirmaba en que la culpa era de su marido por haber iniciado su transición a mujer sin haber tenido en cuenta ni su opinión, ni los posibles daños que podría tener el hijo en común al verse expuesto a las burlas de los demás. La discusión sube de tono y Marcos golpea a Pablo en la cara, causándole un pequeño hematoma, diciéndole: “ahora puedes denunciar también esto”. Elio –presente durante los hechos– interrumpe en ese momento el altercado y pide a Pablo que desista de su actitud y que no denuncie ni las pintadas ni el golpe propinado por Marcos, aceptando aquél.

Durante las siguientes semanas, Pablo decide volver a su vestimenta masculina, lo que le provoca serios problemas de ansiedad e insomnio. Teniendo Marcos un desconocimiento absoluto, Pablo acude a la consulta de un psicólogo y de un psiquiatra. Tras varias sesiones, el psiquiatra le diagnostica disforia de género y trastorno depresivo mayor. A causa de este último trastorno, empieza a medicarse con antidepresivos. Por su parte, el psicólogo le recomienda afianzar su autoestima frente a Marcos.

A mediados de septiembre de 2017, Pablo retoma su indumentaria femenina y anuncia a Marcos su decisión de iniciar los trámites para modificar su inscripción en el Registro Civil e inscribirse como mujer, adoptando el nombre de María. De nuevo, esta situación supone una crispación extrema en su matrimonio, pues Marcos le insulta casi a diario, seguidos de empujones de baja intensidad, que no llegan a producir hematomas en el cuerpo de Pablo. Gradualmente, aumenta la intensidad de la violencia y va derivando en gritos y bofetadas constantes. Dichos episodios se repiten casi diariamente durante más de un año, de nuevo con la anuencia de Elio, asustado al aparecer de nuevo pintadas insultantes (“aquí vive un enfermo”) en la puerta de su domicilio.

Progresivamente, Pablo se aísla, dejando de quedar con sus amigos y familiares. Además, Marcos le fuerza a vestirse de hombre cada vez que sale de casa. En una ocasión, el 17 de diciembre de 2019, Pablo intentó acudir a su puesto de trabajo vestido con ropa femenina y Marcos lo zarandó violentamente a la vez que le gritaba “sabes que no puedes avergonzarnos a tu hijo y a mí así”, cayendo Pablo al suelo y fracturándose una muñeca.

Pablo acudió acompañado por Elio (quien había estado presente en la agresión) al hospital, donde le pusieron una muñequera y le recomendaron reposo y la no utilización de la mano. De nuevo, Pablo no presentó denuncia por estos hechos, al pedirle Elio que no insistiese en vestirse de mujer, que eso sólo conducía a “malos rollos para todos” y que “en el colegio todos se reían de él”.

Tres días más tarde, Pablo, volviendo de relatarle los hechos anteriores a su psiquiatra y a su psicólogo, se encuentra en el portal del edificio con Manuel, un vecino, y observa cómo éste está

introduciendo un papel en su buzón. Extrañado, Pablo le pregunta qué hace, y Manuel le contesta que “dejándole un recado”. Pablo abre el buzón, mientras Manuel comienza a subir las escaleras, y descubre dentro un folio en el que pone “Cuenta atrás para que te vayas con tus cosas de aquí. Eres la vergüenza de todos los vecinos, empezando por tu propio hijo. Tic tac. Tic tac”.

Pablo, enfurecido, sube las escaleras y le pregunta a Manuel si había sido él el que llevaba esos años hostigándole, respondiéndole aquél que sí, pues no le gustaba que fuese de mujer “cuando en realidad mira lo que llevas aquí”, procediendo Manuel a manosearle los genitales a Pablo, quien reacciona empujando a Manuel contra el pasamanos, respondiendo aquél con un puñetazo que derriba a Pablo.

En ese momento, sale de su casa un vecino, que agarra a Manuel, quien está gritando “a mí no me vuelves a tocar, travelo de mierda”, para que no golpee a Pablo de nuevo, procediendo, acto seguido, a llamar a la policía, personándose una patrulla en el lugar.

A resultas de la caída, Pablo se resiente de la fractura y le es escayolada la muñeca en el centro hospitalario.

III. CUESTIONES

1. PRIMERA CUESTIÓN

Responsabilidad penal de los intervinientes y consecuencias jurídicas

1.1 Estudio de la posible responsabilidad penal en la que incurre el vecino, Manuel

1.1.1 DELITO DE ACOSO

En el supuesto se nos detallan conductas de Manuel consistentes en escribirle en la puerta expresiones como “*travelo*” y dejarle notas en el buzón de idéntico contenido el art 172ter.1 CP¹ dispone que “*el que acose a una persona llevando a cabo de forma insistente y reiterada, y sin estar legítimamente autorizado, alguna de las conductas siguientes y, de este modo, altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana*”.

En nuestro caso podríamos considerar la conducta llevada a cabo por el vecino incluida en el apartado 4º de dicho artículo que menciona a aquel que “*atente contra su libertad o contra su patrimonio, o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella*”, por la posible comisión del delito contra el patrimonio contemplado en el art 263 CP “*causare daños en propiedad ajena*” este es un delito contra el patrimonio. Sin embargo, para aplicar el delito de hostigamiento o acoso es preciso despejar dos cuestiones:

A. ¿La conducta se produce de una forma insistente y reiterada?

Una parte de la jurisprudencia entiende que no se debe establecer un número mínimo de actos intrusivos ni fijar un mínimo lapso temporal². Sin embargo, destaca la exigencia de cierta perdurabilidad o al menos una vocación suficiente como para que produzca los resultados previstos en el tipo. Por lo tanto, no se incluyen en este delito los actos molestos estacionarios, es decir, no basta con unos “*episodios, más o menos intensos o más o menos numerosos pero concentrados en pocos días y sin nítidos visos de continuidad, que además no comporten repercusiones en los hábitos de la víctima*”³.

La jurisprudencia recurre a la RAE para definir los términos “insistencia” como “equivalente a permanencia, a porfía en una cosa” y “reiteración” como “*acción de repetir, o de volver a decir una cosa*”. Con esas definiciones entiende que con “*forma insistente y reiterada*” evoca una “*reiteración de acciones de la misma naturaleza, es decir, un continuum, que se repite en el tiempo en un período no concretado. El continuum de acciones debe proyectarse en un doble aspecto:*

1. *Repetitivo en el momento en que se inicia.*
2. *Reiterativo en el tiempo, al repetirse en diversas secuencias en tiempos distintos*” 4.

Existen muchas opiniones doctrinales acerca de cuántos actos y que lapso temporal son necesarios para calificar la conducta como insistente y reiterada. Por ejemplo, Mullen y Pathé (1999) consideran que la conducta debe consistir al menos en “*diez intrusiones o comunicaciones no deseadas en un período de al menos cuatro semanas*”⁵.

En el caso práctico planteado se informa de 3 pintadas y una nota en un período de tiempo que abarca desde junio de 2017 hasta el 20 de diciembre de 2019. Podría entenderse que hay reiteración, pero difícilmente se puede considerar insistente. La doctrina y la jurisprudencia exigen

¹ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en adelante, CP). (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con>).

² STS de 8 mayo de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:324)

³ FERNÁNDEZ BERMEJO, D. y MARTÍNEZ ATIENZA, G., 2020. *Derecho penal Parte especial Después de 2019. Estudio Sistematizado de Doctrina, Jurisprudencia, Acuerdos de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, Circulares, Instrucciones y Consultas. Concordancias*. Ed. Tirant lo blanch. Ed. Ediciones Experiencia.

⁴ STS de 12 julio de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:554)

⁵ MULLEN/PATHÉ/PURCELL/STUART, 1999. “*A study of stalkers*”. *American Journal of Psychiatry*, 147 apud. LORA MÁRQUEZ, M., 2017. *Estudio jurídico doctrinal del delito de acoso o stalking*.p. 12

un mínimo de actos que, aunque no esté especificado, deben ser suficientes como para considerar este delito. Reducir tanto el número de actos y ampliar tanto el lapso temporal supondría una aplicación muy extensiva del precepto.

B. ¿Altera gravemente el desarrollo de su vida cotidiana?

El acoso en nuestro ordenamiento jurídico es un delito de resultado, ya que la consumación depende de si se ha alterado con gravedad el desarrollo de la vida cotidiana de la víctima o no.

Sin embargo, estos términos son amplios e indeterminados. Tanto la doctrina como la jurisprudencia interpretan este precepto restrictivamente pues sino supondría una criminalización de la molestia y vulneraría el principio de intervención mínima. Las conductas deben “exceder de la mera molestia”⁶; aunque por sí solas no coarten la libertad, es necesario que en conjunto sí lo hagan.

Para considerar que se ha producido ese resultado ¿debe atenderse a la víctima (criterio subjetivo) o al hombre medio colocado en su situación (criterio objetivo)? Se suele usar el criterio objetivo para medir la gravedad de las acciones del sujeto activo, pero debido a la redacción del precepto debe atenderse al sujeto pasivo para saber si se ha producido una grave alteración del desarrollo de su vida cotidiana. Esto ha sido muy criticado por la doctrina ya que perjudica a aquellos que tengan una mayor resistencia. Villacampa (2013)⁷ considera que debería pensarse solo el “*patrón de comportamiento*” y Galdeano Santamaría (2013)⁸ propone cambiar la redacción del precepto para aplicar el criterio objetivo.

La jurisprudencia exige que afecte al proceso de formación de la voluntad de la víctima de manera que “*la sensación de temor e intranquilidad o angustia que produce el repetido acechamiento por parte del acusado, le lleva a cambiar sus hábitos, sus horarios, sus lugares de paso, sus números de teléfono, cuentas de correo electrónico e incluso de lugar de residencia y trabajo*”⁹. En cuanto a esa “*sensación de temor e intranquilidad o angustia*” no se nos dice nada acerca de Pablo, solo es se menciona que Elio estaba “*asustado*” tras encontrar las pintadas en la puerta. Por lo tanto, al no darse ese resultado no podremos aplicar este precepto.

1.1.2 DELITO DE INJURIAS

En los hechos nos constan las siguientes expresiones: “*alerta travelo*”, “*en el punto de mira*”, “*aquí vive un enfermo*” pintadas en la puerta del domicilio de Pablo, la nota que le dejó en el buzón en la que se podía leer “*Cuenta atrás para que te vayas con tus cosas de aquí. Eres la vergüenza de todos los vecinos, empezando por tu propio hijo*” y tras la agresión cuando se dirige a él como “*travelo de mierda*”.

Según el artículo 208 CP: “*es injuria la acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación*”.

1.1.2.1 Elemento objetivo

En nuestro caso, las expresiones no imputan ningún hecho, pues los calificativos empleados son juicios de valor u opiniones despectivas¹⁰. A los juicios de valor no les afecta la *exceptio veritatis*

⁶ LORA MÁRQUEZ, M., 2017. *Estudio jurídico doctrinal del delito de acoso o stalking*. p. 12

⁷ VILLACAMPA ESTIARE, C. 2013. *Delito de acecho/stalking: artículo 172ter*, p. 605 en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., et. al., 2013. *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. p. 604 apud. LORA MÁRQUEZ, M., 2017. *Estudio jurídico doctrinal del delito de acoso o stalking*. p 17.

⁸ GALDEANO SANTAMARÍA, A., et. al. *Acoso-stalking: artículo 173ter*. p. 578-580 en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., et. al., 2013. *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. p. 577 apud. LORA MÁRQUEZ, M., 2017. *Estudio jurídico doctrinal del delito de acoso o stalking*. Master's Thesis p. 28.

⁹ STS de 8 de mayo de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:324)

¹⁰ FUENTES OSORIO, J. L., 2009. *Elementos subjetivos en los delitos contra el honor*. Estudios Penales y

del art 208 tercer párrafo *“Las injurias que consistan en la imputación de hechos no se considerarán graves, salvo cuando se hayan llevado a cabo con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad”*, es decir, se castigan aunque sean verdad.

Por un lado, para apreciar que las expresiones sean injuriosas debe tenerse en cuenta primeramente su significado objetivo y, posteriormente, el contexto social. En el contexto del presente caso los términos *“travelo de mierda”* y *“alerta travelo”* son claramente peyorativos, denotando un cierto desagrado y el término *“enfermo”* hace referencia a su identidad sexual, la cual califica de enfermedad. Sin embargo, *“en el punto de mira”* no cumple con los requisitos objetivos para ser considerado una injuria.

Por otro lado, no toda injuria tiene relevancia penal ya que *“solamente serán constitutivas de delito las injurias que, por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en el concepto público por graves, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 173”*, art. 208 CP segundo párrafo.

Este artículo 173.4 establece una consecuencia penal distinta para aquellos casos de injuria o vejación leve cuando *“el ofendido fuera una de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173”*. Dicho precepto se refiere a las relaciones entre familiares, es decir, no abarca las relaciones vecinales. Por lo tanto, si no se consideran graves no habrá delito. Esto es una forma de despenalizar aquellas manifestaciones de escasa importancia. Sin embargo, en nuestro caso cabe entenderlas como graves en el concepto público.

Por último, aunque se cometa la conducta típica, la acción del sujeto activo puede estar amparada por el art. 20.7 CP por ser el ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión del art. 20.1.a) CE, con lo cual se excluiría la antijuridicidad de la conducta. Sin embargo, los derechos fundamentales no son absolutos, son limitados. Por lo tanto, cuando se produce una colisión entre derechos fundamentales, en este caso la libertad de expresión (20.1.a) CE) y el honor (18 CE), se ponderarán dadas las circunstancias de cada caso, pues no hay criterios de jerarquización entre ellos.

Con respecto a las injurias la Constitución permite el uso de *“expresiones hirientes, molestas o desabridas, pero no las que son absolutamente vejatorias, aquellas que dadas las concretas circunstancias del caso, y al margen de su veracidad o inveracidad, sean ofensivas u oprobiosas y resulten impertinentes para expresar las opiniones”*¹¹ porque *“la Constitución no reconoce el derecho al insulto”*¹². Es decir, los juicios de valor suelen quedar amparadas por el derecho de expresión a excepción de las expresiones absolutamente vejatorias. En este caso, las expresiones son absolutamente vejatorias, por lo que no podrá respaldar su actuación en el citado derecho fundamental.

1.1.2.2 Elemento subjetivo

Antes el delito de injurias era considerado por la jurisprudencia y la doctrina como un delito de intención o de tendencia que requería, por tanto, un especial elemento subjetivo del injusto o tipo que es el *“animus injuriandi”*. El animus consistía en un requisito extra en el dolo, concretamente en su aspecto volitivo, es decir, para existir animus era necesario ser consciente del riesgo generado para el honor. Sin embargo, el reconocimiento de este elemento no surgía de la ley, es decir, no tenía un mínimo apoyo legal.

En la actualidad la jurisprudencia y doctrina mayoritaria rechazan este criterio pues, por un lado, entienden que cuando concurren diferentes animus lo que existe en realidad es un conflicto de

Criminológicos, vol. XXIX. p. 279.

¹¹ STC de 5 de mayo de 2000 (ECLI:ES:TC:2000:111)

¹² STS de 24 de mayo de 2018 (ECLI: ES:TS:2018:446)

derechos fundamentales que habrá de resolverse mediante un juicio de ponderación¹³ y, por otro lado, que se superpone al dolo ya que aquel que sabe que sus manifestaciones lesionan el honor y las quiere hacer, ha querido lesionar el honor¹⁴.

En este sentido, la jurisprudencia actual entiende que basta con el dolo genérico, es decir, *“basta con conocer el carácter objetivamente humillante y vejatorio de las expresiones consideradas aislada y contextualmente, y asumirlo y difundirlo haciéndolo propio”*¹⁵.

1.1.2.3 Agravante de publicidad

Esta agravante está recogida en el art. 209 CP *“Las injurias graves hechas con publicidad”*. El art. 211 CP aclara el significado de publicidad, especificando que *“La calumnia y la injuria se reputarán hechas con publicidad cuando se propaguen por medio de la imprenta, la radiodifusión o por cualquier otro medio de eficacia semejante”*. Este *numerus apertus* plantea la duda de si unas pintadas en la puerta del domicilio se consideran como medio de eficacia semejante, sobre todo por la imposibilidad de realizar una interpretación extensiva en derecho penal.

No hay una solución válida universalmente para el concepto jurídico indeterminado de publicidad. Sin embargo, su aplicación debe estar fundada en la mayor peligrosidad para el bien jurídico o mayor desvalor de la acción. El término publicidad se define como *el hecho de poner al alcance del público en general o de un sector de éste una determinada información*¹⁶. Se entiende que es necesaria una difusión significativa. En este sentido, *“no podemos incluir los de manifestación oral ante dos o más personas”* pues no siempre que se hace público un hecho, se ha divulgado¹⁷. Otra parte de la jurisprudencia le da mayor relevancia a que el medio sea idóneo para facilitar el acceso a una multitud indeterminada¹⁸.

En conclusión, las expresiones son objetivamente injuriosas, graves en el concepto público y no están amparadas en el derecho de libertad de expresión pues son absolutamente vejatorias. Además, concurre dolo pues tiene conocimiento acerca de los elementos del tipo y quiere realizar la acción. Por último, no podremos aplicar la agravante de publicidad del art. 209 CP pues no se ha difundido a un número indeterminado de personas, sino que la cantidad de receptores queda reducida a los vecinos, si bien es cierto que excepcionalmente pudiera entrar alguna persona ajena a la urbanización.

1.1.2.4 Delito continuado

Según el art 77 CP nos encontramos ante un delito continuado cuando *“en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza”*. Sin embargo, *“Quedan exceptuadas (...) las ofensas a bienes eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor (...) que afecten al mismo sujeto pasivo. En estos casos, se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva”*. Con respecto al delito de injurias, la jurisprudencia entiende que hay continuidad cuando:

Claramente se muestren guiadas por una unidad de acción y desenvueltas en idéntica situación temporo-espacial, en cuyo caso no puede hablarse de varias infracciones del mismo precepto, sino de una infracción continuada, y resulta factible graduar la pena en más o en menos según la gravedad objetiva del hecho, dentro de las facultades que el Legislador confiere al Juzgado o Tribunal. En segundo lugar, no existirá tal continuidad delictiva, sino una única infracción, cuando, por tratarse de infracciones instantáneas que quedan consumadas

¹³ STC de 28 de febrero de 2005 (ECLI:ES:TC:2005:39)

¹⁴ STS de 12 de diciembre de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:1023)

¹⁵ STS de 2 de noviembre de 2016, (ECLI:ES:TS:2016:820) y STS de 30 de diciembre de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:846)

¹⁶ TOMILLO, M. G. et. al., 2010. *Comentarios al Código penal*. Lex Nova, 833-836.

¹⁷ cfr. TOMILLO, M. G. et. al., 2010. *Comentarios al Código penal*. Lex Nova, 833-836.

¹⁸ STS 17/1996, 30 abril, Sala 5 (RJ 3056) Fj 3

y agotadas en el momento de ser realizados los actos que las integran, exista un único dolo o propósito de atentar contra el honor. Por último, como tercera posibilidad, no podrá hablarse de un único “animus iniuriandi” cuando estemos ante infracciones distintas y claramente diferenciadas, supuesto en el que se entenderán renovados los diversos dolos, motivando por lo tanto que se consideren diferentes hechos perseguibles¹⁹.

Por lo tanto, no podemos considerar que hubo un delito de injurias continuados, por cuanto las acciones se encuentran muy distantes en el tiempo. Concretamente, las 3 pintadas y la nota se realizaron en un lapsus temporal que abarca desde junio de 2017 hasta el 20 de diciembre de 2019. Así pues, deberán considerarse infracciones individuales.

1.1.2.5 Extinción de la pena

Según el artículo 130.1.6 “*la responsabilidad criminal se extingue... por la prescripción del delito*”. El siguiente precepto, el artículo 131, establece sobre los delitos “*leves y los delitos de injurias y calumnias, que prescriben al año*”.

En caso de haberse considerado la continuidad del delito “*en los casos de delito continuado (...) tales términos se computarán (...) desde el día en que se realizó la última infracción*”, por lo que no habría prescrito.

Por lo tanto, todos los delitos de injurias han prescrito, a excepción de la nota en el buzón que dice “*eres la vergüenza de todos los vecinos, empezando por tu hijo*” y cuando posteriormente se dirige a él como “*travelo de mierda*”.

1.1.3 DELITO DE LESIONES

En el supuesto se nos dice que Manuel le da “un puñetazo que derriba a Pablo (...) A resultas de la caída, Pablo se resiente de la fractura y le es escayolada la muñeca en el centro hospitalario”.

El delito de lesiones graves está ubicado en el artículo 147.1, según el cual “*el que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, (...) siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico*”. Para determinar la existencia del delito de lesiones graves de este artículo debemos acreditar la concurrencia de los siguientes elementos:

1.1.3.1 Elemento objetivo

El delito de lesiones es un delito de resultado material, es decir, para apreciarlo se requiere un menoscabo en la salud. En nuestro caso se dice que “*a resultas de la caída, Pablo se resiente de la fractura... y le es escayolada la muñeca en el centro hospitalario*”.

Dependiendo de si las lesiones requieren asistencia facultativa y tratamiento médico o quirúrgico o solamente asistencia facultativa estaremos ante el delito de lesiones del art 147.1 o en el delito de lesiones leves recogido en el precepto 147.2 o 147.3.

Los conceptos de tratamiento médico, tratamiento quirúrgico y asistencia facultativa son elementos normativos sin definición legal, por lo que han sido desarrollados por la jurisprudencia y la doctrina, es decir, son conceptos jurídicos²⁰. Así, la jurisprudencia ha definido:

Asistencia facultativa: atención que los sanitarios tendentes a “*eliminar, disminuir o evitar la agravación de los menoscabos de la salud; cuidados paliativos para reducir el sufrimiento y medidas*

¹⁹ STS de 24 de enero de 2006 (ECLI:ES:TS:2006:49)

²⁰ STS de 7 de noviembre de 2001 (ECLI:ES:TS:2001:2088)

preventivas dirigidas a impedir la aparición de menoscabos vinculados a la agresión”²¹. Hay que tener en cuenta que tener en cuenta que “la simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico”, art. 147.1 CP.

Tratamiento médico: “procedimiento que se utiliza para curar una enfermedad o para reducir sus efectos, tanto si se realiza por el médico que presta la asistencia inicial como si se encomienda a auxiliares sanitarios, quedando al margen el simple diagnóstico y la pura vigilancia o prevención médica”²². Debe haber sido prescrita por médico y requerirse “objetivamente”, como dice el precepto. Es irrelevante que posteriormente sea el médico, auxiliar o el paciente el que siga las indicaciones fijadas. Se considera tratamiento médico el realizado por paciente mediante ingesta de fármacos, seguimiento de unos comportamientos...²³. No es, por lo tanto, el simple diagnóstico o la pura prevención médica²⁴.

Tratamiento quirúrgico “es aquel, que por medio de la cirugía, tiene la finalidad de curar una enfermedad a través de operaciones de esta naturaleza, cualquiera que sea la importancia de ésta: cirugía mayor o menor; bien entendido que la curación, si se realiza con *lex artis*, requiere distintas actuaciones (diagnóstico, asistencia preparatoria *ex ante*, exploración quirúrgica, recuperación *ex post*, etc.)”²⁵.

El Tribunal Supremo afirma que “el tratamiento inmovilizador es, por lo general, tratamiento médico”²⁶, aunque también hay doctrina y resoluciones que entienden que es asistencia facultativa si se recetan en ese momento y luego se retiran o eliminan solas. La inmovilización se puede llevar a cabo mediante “férula, yeso o vendaje elástico e incluso la prescripción facultativa de reposo cuando sea objetivamente necesario para la curación y aunque se trate de un mero comportamiento a seguir por el paciente”²⁷. En el caso de las fracturas óseas, se suele considerar el reposo, las escayolas y las férulas como tratamiento médico²⁸.

1.1.3.2 Elemento subjetivo

El dolo está compuesto por un elemento intelectual o cognitivo, según el cual el autor sabe lo que está haciendo y conoce los elementos del tipo; y un elemento volitivo, según el cual quiere realizar la acción en los términos del tipo penal. El dolo será directo de primer grado cuando su finalidad sea lograr ese menoscabo de la salud y de segundo grado cuando se tenga otra meta que se quiera alcanzar y para ello se menoscabe la salud²⁹.

Si bien es cierto que las lesiones derivadas del puñetazo que le propinó podemos imputárselas a título de dolo directo de primer grado, con respecto a la fractura de la muñeca se descarta pues los hechos no reflejan que ese resultado fuera su intención. Sin embargo, le pueden imputar dicha lesión a título de:

- Dolo eventual: el autor no descarta que se pueda producir algún tipo de daño derivado de la acción que va a realizar, pero, aun así, realiza la acción.
- Culpa consciente: el autor prevé ese resultado de que termine lesionándose, no persigue dicho fin de manera consciente y confía en que no se produzca.

²¹ VIVES ANTÓN, T. S. et. al., 2019. *Derecho penal. Parte especial*. Ed. Tirant lo Blanco, 6ª edición. p. 106-108.

²² STS de 7 de noviembre de 2001 (ECLI:ES:TS:2001:2088)

²³ STS de 6 de febrero de 1993 (ECLI:ES:TS:1993:262)

²⁴ STS de 26 de febrero, (ECLI:ES:TS:1993:279)

²⁵ STS de 9 de julio de 2014 (ECLI: ES:TS:2014:2901)

²⁶ STS de 13 de septiembre de 2002, (ECLI:ES:TS:2002:1454)

²⁷ SAP de Pontevedra de 28 de noviembre de 2012 (ECLI:ES:APPO:2012:475)

²⁸ TOMILLO, M. G., 2010. *Comentarios al Código penal*. Ed. Lex Nova. p. 587-589

²⁹ QUINTANAR DÍEZ, M. et. al., 2020. *Elementos de derecho penal: parte general*. Ed. Tirant lo Blanch. 3ª ed. Valencia. p. 143-147.

- Culpa inconsciente: no ha previsto el resultado que se ha dado finalmente pero era previsible³⁰.

Se descarta la culpa inconsciente ya que se presume que Pablo llevaba la muñequera que le fue recetada por el médico días antes de este incidente y, por lo tanto, es difícil que se pueda entender que el autor no previó como resultado una posible fractura en la muñeca, que finalmente terminó por suceder. También se descarta que se pueda considerar como un resultado fortuito, ya que es el puñetazo de Manuel el que “derriba” a Pablo.

Este requisito subjetivo entraña cierta dificultad para su apreciación, ya que excepto una improbable confesión hay que determinar este elemento, que pertenece al foro interno, en base a las pruebas e indicios existentes que encontramos en el foro externo. Además, se añade la dificultad de diferenciar entre dolo y culpa, para lo cual hay muchas teorías. Unas relativas a factores objetivos llamadas normativas, provenientes de la norma y otras que atienden a los factores internos, conocidas como psicológicas o subjetivas.

A. Lesiones dolosas

En el dolo eventual, el elemento intelectual sería conocer los elementos del tipo, plantearse el resultado y saber que se puede producir con su acción, y el elemento volitivo sería querer realizar la acción al menos con indiferencia acerca de la producción del resultado.

La jurisprudencia ha desarrollado varias teorías para apreciar la concurrencia del dolo eventual como la teoría del consentimiento, de la probabilidad o del sentimiento. En dichas teorías prima el elemento intelectual o cognitivo sobre el volitivo, al considerar que el autor obra con dolo cuando haya tenido conocimiento del peligro concreto jurídicamente desaprobado para los bienes jurídicos protegidos y aun así haya actuado. Esta teoría se basa en que el conocimiento siempre precede a la voluntad de actuar y que habiendo conocido el elevado riesgo de producir ese resultado en el bien jurídico protegido resulta difícil entender que el autor no asume ese resultado o le resulta indiferente el hecho de que se produzca o no³¹.

No se excluye o descarta el elemento volitivo, sino que la jurisprudencia le otorga una posición subordinada con respecto a la constatación del conocimiento del peligro concreto de la acción. Si hay voluntad o consentimiento aunque sea levemente se considerará que hay asentimiento, asunción, conformidad o aceptación, en términos empleados por la jurisprudencia. Dichas expresiones son criticadas por parte de la doctrina que entiende que expresan la debilidad y fragilidad de tal asunción³².

En nuestro caso Manuel le da un puñetazo a Pablo derribándolo y, a causa del golpe al caer, la muñeca de Pablo se resiente y tienen que escayolarlo. Según la RAE derrumbar es “*tirar contra la tierra, hacer dar en el suelo a alguien o algo*”. De esta descripción podemos advertir la idea de que el golpe ha de tener cierta fuerza. Es decir, Pablo no se cae por perder el equilibrio, hay una acción por parte de Marcos que propicia la caída. Partiendo de la asunción de que Pablo llevaba la muñequera que le había recetado el médico, parece razonable asumir que cuando Manuel le pega con tal fuerza que lo “derrumba” tenía que haberse planteado la elevada posibilidad de que al caer, Pablo pusiese las manos como reflejo básico para amortiguar la caída y se fracturase la muñeca ya visiblemente debilitada.

Sin embargo, el hecho de que no le pegase en la muñeca, ya que ni siquiera se nos dice dónde le pegó, junto con la definición de la RAE la cual, si bien primeramente “*tirar contra la tierra*” parece

³⁰ QUINTANAR DÍEZ, M. et. al., 2020. Elementos de derecho penal: parte general. Ed. Tirant lo Blanch. 3ª ed. Valencia. p. 143-147.

³¹ STS de 18 de octubre de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:3548)

³² Idem.

que alude a cierta fuerza del golpe, en “*hacer dar en el suelo a alguien o algo*” no queda tan claro, provoca que nos planteemos una vez más la cuestión. La teoría antes explicada no se puede aplicar en caso de haber dudas, pues supondría una vulneración de los principios de culpabilidad e *in dubio pro reo* y pasaríamos de una responsabilidad subjetiva a una objetiva³³. No se duda acerca de que el sujeto activo quería lesionar, pero no se puede afirmar que lo hiciese en la medida en que acabó resultando. Puede ser que Manuel solo quisiese pegarle un puñetazo, hecho por el cual sí que ha de responder como delito doloso de lesiones leves, pero aunque contemplase el resultado de fractura de la muñeca, confiase en que no se produciría. Por lo tanto, no podremos apreciar dolo eventual, aunque aún se le puede imputar el resultado a título de culpa consciente.

B. Lesiones culposas

Cuando se produzca un resultado más grave de lo que el sujeto activo pretendía causar, es decir tenía la intención de cometer un delito menos grave que consumó (lesiones por el puñetazo) pero produce uno más grave, estaremos ante un delito preterintencional. En palabras de la jurisprudencia “*El delito preterintencional surge cuando el resultado más grave no es sino un desarrollo no querido, pero de la misma índole del querido*”³⁴. En el presente caso, sería un supuesto de preterintencionalidad homogénea por menoscabar al mismo bien jurídico. Al no ser un resultado fortuito se le imputaría ese delito más grave a título de culpa y, por tanto, por imprudencia. La preterintencionalidad se resuelve usando las reglas del concurso ideal³⁵. Por lo tanto, podemos concluir que:

Por un lado, con respecto a las consecuencias del puñetazo como no se nos especifica que en el centro hospitalario se le realizase ninguna medida, entiendo que nos encontraríamos ante un delito leve de lesiones del art. 147.3 “*el que golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión*”, al no haber requerido esa primera asistencia facultativa. Además, se le imputará a título de dolo, pues queda claro que conocía los elementos del tipo y quería realizar la acción.

Por otro lado, con respecto a la fractura de la muñeca, hubo una primera asistencia facultativa ya que se nos dice que “*le es escayolada la muñeca en el centro hospitalario*” y la mayor parte de la jurisprudencia entenderá que la inmovilización, y más cuando ha sido escayolado por fractura ósea, es tratamiento médico. En conclusión, podría entenderse que se cumple el elemento objetivo del delito de lesiones graves del art. 147.1 CP. Por otro lado, se le imputará este resultado a título de culpa, pues el resultado no fue querido, pero tampoco fue fortuito.

1.1.4 DELITOS DE ODIO

Según el art. 510.2 CP “*Quienes lesionen la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos a que se refiere el apartado anterior, o de una parte de los mismos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a ellos por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad...*”³⁶.

1.1.4.1 Elemento objetivo

Es un delito de resultado, a diferencia del resto de delitos de odio que son infracciones de creación de peligro abstracto, hipotético o potencial. Se produce el delito cuando “*la humillación o desprecio a las víctimas afecta directamente a su honor como víctimas y, en último término, a su*

³³STS de 6 de julio de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:446)

³⁴STS de 21 de enero de 1997 (ECLI:ES:TS:1997:16)

³⁵STS de 12 de marzo de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:132)

³⁶ Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal.

*dignidad, valores que tienen reconocida igual relevancia en la Carta Magna (arts. 18.1 y 10 CE)*³⁷, es decir, cuando se menoscabe la dignidad de las personas.

La acción se realiza “*mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito*”, como dice el precepto. La humillación es entendida como “*herir el amor propio o dignidad de alguien, pasar por una situación en la que la dignidad de la persona sufra algún menoscabo*”³⁸, el menosprecio como “*equivalente a poco aprecio, poca estimación, desprecio o desdén*”³⁹ y el descrédito como “*disminución o pérdida de la reputación de las personas o del valor y estima de las cosas*”⁴⁰. Una agresión que cause lesiones se considera suficiente para incurrir en este tipo si entrañan humillación, menosprecio o descrédito.

Se puede cometer la acción contra un grupo, un parte o un individuo del mismo por razón de serlo, es decir, la norma se refiere siempre a un sujeto plural aunque las acciones se concreten en un individuo, como sucede en nuestro caso⁴¹. Entre dichos grupos tasados, llamados “*grupos diana*” se encuentra la “*identidad sexual*”, entendida como “*la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado en el momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medio médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales*”⁴². En resumen, la identidad sexual es la manera en la que la persona se siente definida sexualmente, con independencia del sexo biológico con el que se nazca⁴³. Por lo tanto, este precepto recoge las agresiones contra Pablo como individuo del grupo de personas cuyo sexo querido y sexo biológico no convergen.

1.1.4.2 Elemento subjetivo

Esta infracción penal no requiere ningún animus, bastando el dolo genérico para cometerla. No se puede cometer este delito por imprudencia, solo mediante dolo. Además, es necesario el elemento subjetivo tendencial, es decir, la motivación. En conclusión, la conducta ha de realizarse por un motivo de odio contra alguno de los “*grupos diana*”⁴⁴.

La agresión sufrida fue motivada por su identidad sexual, ya que posteriormente Manuel le dice “*a mí no me vuelves a tocar, travelo de mierda*” además de haberle mencionado antes que no le gustaba que fuese mujer, sin que existan otros motivos. Además, se le puede imputar a título de dolo pues conociendo los elementos del tipo, quiere y realiza la acción.

La SAP de 30 de octubre de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:676) aplico este delito a un caso de agresión a una persona por el hecho de ser homosexual. Por lo tanto, deberemos aplicar este delito en nuestro caso también.

1.1.6 CONSECUENCIAS JURÍDICAS

En resumen, existe un delito de odio del art. 510.2 CP, un delito de lesiones graves culposas del art. 147.1 CP, un delito de lesiones leves dolosas del art. 147.3 CP y un delito de injurias del art

³⁷STS de 3 de octubre (ECLI:ES:TS:2012:752)

³⁸ STS de 17 de julio de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:656)

³⁹ Idem.

⁴⁰ Idem.

⁴¹ Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal.

⁴²La RPG n.º 15 ECRI, Recomendación de Política General N° 15, relativa a la lucha contra el discurso de odio y memorándum explicativo.

⁴³ Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal.

⁴⁴ Idem.

208 CP. A continuación veremos las consecuencias jurídicas derivadas de cada uno y los posibles concursos entre ellos.

Las lesiones derivadas del puñetazo será delito doloso de lesiones leves del art. 147.3 pues no requirió asistencia facultativa en el centro hospitalario, por lo que entendemos que no causó lesión y “*será castigado con la pena de multa de uno a dos meses*”.

La escayola es considerada tratamiento médico por la jurisprudencia mayoritaria, por lo que las lesiones en la muñeca se consideran graves y se le imputará a título de culpa porque hubo un exceso de resultado. Por lo tanto, serán castigadas por imprudencia grave del art. 152.1, con “*pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a dieciocho meses*”. Se considera imprudencia grave y no menos grave en atención a la gravedad de la peligrosidad y a la infracción de la norma de cuidado, pues se presume que Pablo llevaba la muñequera, lo cual hacía visible su lesión anterior.

El delito preterintencional existente entre esas dos lesiones se resuelve por las reglas del concurso ideal del art. 77, por lo tanto, se aplicará la pena de la infracción más grave, es decir las lesiones sufridas en la muñeca en su mitad superior que será pena de prisión de 4 meses y 15 días a 6 meses o pena de multa de 7 meses y 15 días a 12 meses, calculada según art. 66 CP.

Por otro lado, el delito de odio del art. 510.2 CP es castigado con “*pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses*” también está en concurso ideal⁴⁵ con las anteriores lesiones. Se aplicará entonces la pena de la infracción más grave (la del delito de odio) en su mitad superior, es decir, pena de prisión de 1 año y 3 meses a 2 años y multa de 9 a 12 meses.

Además, la apreciación de este delito lleva inherente en el tipo la discriminación en los demás, por lo que no se podrá aplicar la agravante del art. 22.4º pues se vulneraría el principio “*non bis in idem*”.

Por último, las infracciones antes mencionadas están en concurso real con las injurias graves del art. 209 CP castigadas con “*pena de multa de (...) tres a siete meses*”. Este concurso se resuelve imponiendo “*todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, por la naturaleza y efectos de las mismas*”, según el art. 73 CP. Por lo tanto, se cumplirán simultáneamente la pena de prisión de 1 año y 3 meses a 2 años y la suma de las penas de multas que da un total de 10 a 15 meses.

Cabe mencionar sobre la posible aplicabilidad de la atenuante del 22.3º de arrebató u obcecación en el delito de injurias que no podemos considerarla pues los estímulos son repudiables por las normas que rigen la convivencia social.

Otras consecuencias derivadas del delito de odio son las establecidas en el art. 510.5 “*En todos los casos, se impondrá además la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre, por un tiempo superior entre tres y diez años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los cometidos y a las circunstancias que concurren en el delincuente*”. También el en 510.6 CP “*El juez o tribunal acordará la destrucción, borrado o inutilización de los libros, archivos, documentos, artículos y cualquier clase de soporte objeto del delito a que se refieren los apartados anteriores o por medio de los cuales se hubiera cometido*” por ejemplo, de las notas.

Por último, con respecto a las penas accesorias a la prisión han de imponerse expresamente

⁴⁵ SAP Madrid de 30 de octubre de 2017 (ECLI:ES:APM:2017:676)

(art. 79 CP) y duran lo mismo que la principal. Dichas penas accesorias están recogidas en el art 56 CP, aplicable cuando la pena de prisión es inferior a 10 años. El precepto obliga a imponer una y faculta a imponer más de una. Las penas son: la suspensión de empleo o cargo público, la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena o la inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria, comercio, ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento o cualquier otro derecho, la privación de la patria potestad, si estos derechos tuvieron relación directa con el delito.

1.2 Estudio de la posible responsabilidad penal en la que incurre el marido, Marcos

1.2.1 DELITO DE LESIONES

No remitimos aquí a lo referido al elemento objetivo y subjetivo de las lesiones en el vecino.

1.2.1.1 FRACTURA EN LA MUÑECA

En el relato fáctico se nos cuenta que *“Pablo intentó acudir a su puesto de trabajo vestido con ropa femenina y Marcos lo zarandeó violentamente a la vez que le gritaba “sabes que no puedes avergonzarnos a tu hijo y a mí así”, cayendo Pablo al suelo y fracturándose una muñeca. Consecuentemente, se le puso una muñequera y se le recomendó guardar reposo y no usar la mano”*.

Por un lado, con respecto a la inmovilización como ya apuntábamos antes la jurisprudencia mayoritaria entendía que, en las lesiones derivadas de fracturas óseas, constituye tratamiento médico las férulas⁴⁶. Sin embargo, en nuestro caso, se le puso una muñequera pero no nos consta si llevaba férula o no. Por lo tanto, la muñequera por sí sola no constituye tratamiento médico.

Por otro lado, con respecto al reposo y la no utilización de la mano, en un principio, se entendió que *“el reposo, aún aconsejado por médico, no determina por parte de éste la aplicación activa de su conocimiento en la realización de un sistema de actuaciones de finalidad curativa, sino que, por el contrario, deja la obtención de la curación a la propia evolución de la naturaleza facilitada por una conducta de descanso que solo al propio lesionado o enfermo está encomendada su aplicación”*⁴⁷ y aclaraba que el reposo por sí solo, sin más comportamientos a seguir, no constituía tratamiento médico⁴⁸. Por lo tanto, el reposo o descanso, cuando suponía exclusivamente la actuación del paciente no era tratamiento médico, excepto cuando además necesitaba indicaciones y cuidados médicos para la curación.

Posteriormente, la jurisprudencia ha considerado que existe tratamiento en toda actividad posterior tendente a la sanidad prescrita por el médico, incluida la administración de fármacos o la fijación de comportamientos a seguir, pudiendo conformar el reposo por sí mismo el único tratamiento admisible para algunas lesiones⁴⁹, generalmente en relación con fracturas óseas⁵⁰.

Otra parte de la jurisprudencia se distancia de la excesiva importancia de la finalidad curativa, entendiendo que debe incluirse en el concepto normativo de tratamiento médico todo tratamiento que se dé en las lesiones de gravedad relevante. Por lo tanto, entiende que las lesiones que necesiten reposo para su curación son graves y no se les puede aplicar la atenuante del art 147.2, ya que esta solo se utiliza para simples malestares⁵¹.

Por lo tanto, la muñequera por si sola no sería considerada como tratamiento médico, pero con

⁴⁶ TOMILLO, M. G., 2010. *Comentarios al Código penal*. Ed. Lex Nova. p. 587-589.

⁴⁷ STS de 27 de julio de 2002 (ECLI:ES:TS:2002:1406)

⁴⁸ STS de 28 de marzo de 2003 (ECLI:ES:TS:2003:451)

⁴⁹ STS de 11 de diciembre del 2000 (ECLI:ES:TS:2000:1895)

⁵⁰ STS de 8 de mayo de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:353)

⁵¹ SAP Madrid de 8 de abril de 2008 (ECLI:ES:APM:2008:169)

la recomendación de reposo que, ya por sí sola constituye tratamiento médico y, además, la recomendación de la no utilización de la mano como comportamiento a seguir; no cabe duda con respecto a su consideración conjunta como tratamiento médico.

Finalmente, con respecto al elemento subjetivo del tipo, no se puede entender que cuando se dice que Mario le zarandea y Pablo se cae y es como consecuencia de la caída que se fractura la muñeca, exista por parte de Mario ni dolo directo ni eventual. No se puede constatar que la acción de Mario tuviese como fin lesionar a Pablo ni que esto fuese un medio para lograr otro fin y existe una seria duda en cuanto a que Mario se plantease el riesgo de su comportamiento para el bien jurídico protegido. Por lo tanto, se le imputa este delito a título de culpa y se considera que hubo imprudencia grave, aplicando el 152.1 CP.

1.2.1.2 LESIONES PSICOLÓGICAS

En los hechos se dice que tras el episodio de violencia sufrido, motivado por las pintadas en la puerta del domicilio; Pablo acude al psicólogo y al psiquiatra y se le diagnostica de trastorno depresivo mayor, por lo que comienza a medicarse con antidepresivos. En efecto, el bien jurídico protegido de las lesiones, la salud, abarca no solo lo físico sino también la salud psicológica.

Con respecto al elemento objetivo, ya se nos relata en los hechos que la lesión requirió de diagnóstico y posterior tratamiento médico, es decir, una primera asistencia y un tratamiento posterior. Sin embargo, la jurisprudencia considera que el tratamiento psicológico no es tratamiento médico si no es prescrito por un médico⁵². Por lo que se descarta que el tratamiento impuesto por un psicólogo clínico sea un tratamiento médico. A pesar de ello, los psicólogos no están facultados para medicar. Por lo tanto, aunque no lo diga en el texto, los antidepresivos fueron recetados por el psiquiatra, el cual es un médico especializado en enfermedades mentales. En conclusión, se considera tratamiento médico porque fue prescrito por un médico, con lo cual las lesiones serán graves.

Con respecto al elemento subjetivo, resulta más complicado, pues habrá que imputar objetivamente las lesiones al autor y a título de dolo, ya que la jurisprudencia descarta que se puedan castigar las lesiones producidas por imprudencia⁵³. En nuestro supuesto no se nos aclara si dicho trastorno es derivado del episodio de malos tratos sufrido, del hostigamiento al que se ve sometido por parte de su vecino, por la falta de apoyo en su entorno o por todo ello. Por lo tanto, no podremos apreciar dichas lesiones, ya que resulta imposible imputarlas objetivamente a las acciones de alguien y menos aún hacerlo a título doloso.

1.2.1.3 GOLPE EN LA CARA

Según los hechos cuando *“la discusión sube de tono y Marcos golpea a Pablo en la cara, causándole un pequeño hematoma”*.

Existe un concurso aparente de normas entre el delito de lesiones leves del art. 147.2 (debido a que causó lesión, concretamente un pequeño hematoma) y el delito de malos tratos ocasionales del 153.2. Este concurso se resuelve por la tercera regla del art. 8 CP, por el cual *“El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél”* ya que el segundo delito absorbe el desvalor del primero y abarca más, cuando las lesiones son cometidas en el ámbito doméstico.

El delito de violencia doméstica ocasional o de maltrato familiar simple establecido en el artículo 153.2 que se refiere a cuando el delito de apartado anterior, es decir, *“el que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las*

⁵²STS 23 de noviembre de 2005 (ECLI:ES:TS:2005:1400)

⁵³ Idem y STS de 1 de marzo de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:103)

previstas en el apartado 2 del artículo 147, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión” (art 153.1); “fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2”, es decir “sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados” (173.2); “exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo”, es decir “sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor”.

Este precepto requiere una interpretación y aplicación restringida a solamente a los casos en los que las conductas sean una manifestación de la “*violencia doméstica*”. Aunque el precepto diga que se aplicará cuando las lesiones sean cometidas “*en el ámbito doméstico*” la finalidad del artículo y fundamento de la agravación de la pena es que las lesiones sean consecuencia de la “*violencia doméstica*”. Se aplicará cuando haya unas lesiones consecuencia de la situación de dominación o abuso a un familiar⁵⁴.

Por lo tanto, entiendo que es aplicable este artículo a la primera situación de violencia existente, ya que a mi entender antes de este conflicto solo constan “*discusiones en la pareja*”, la existencia de un ambiente “*enrarecido en el matrimonio*” y que “*Marcos constantemente critica las nuevas actitudes y hábitos de su cónyuge y se suceden las discusiones*”. Con todos estos conceptos tan indeterminados y leves no puedo entender que exista en este primer momento un ambiente como en la violencia doméstica habitual. Más bien, parece ser que la violencia habitual sucede con posterioridad a la concurrencia de este maltrato, tras un tiempo de tranquilidad en el matrimonio.

Se sanciona esta conducta con el art. 153.2 y no con el 153.1 porque en este caso estamos en un caso de violencia doméstica, no en una situación de violencia de género. La violencia doméstica se define como “*...toda violencia física, sexual o psicológica que pone en peligro la seguridad o el bienestar de un miembro de la familia: recurso a la fuerza física o al chantaje emocional; amenazas de recurso a la fuerza física, incluida la violencia sexual, en la familia o en el hogar.*”⁵⁵ y la violencia de género como “*... cualquier acto violento por razón de sexo que resulta, o podría resultar, en daño físico, sexual o psicológico o en el sufrimiento de la mujer, incluyendo las amenazas de realizar tales actos, coacción o privación arbitraria de libertad, produciéndose estos en la vida pública o privada*”⁵⁶.

Ambas tienen aspectos en común, pues la violencia de género es una modalidad de la violencia doméstica. La diferencia entre ellas es que la de género es ejercida hacia la mujer por el hecho de serlo, mientras que la violencia doméstica se ejerce sobre cualquier miembro de la unidad familiar en el hogar⁵⁷. Posteriormente trataremos el tema de por qué Pablo no es considerado mujer por el ordenamiento jurídico español.

⁵⁴SAP Castellón de 23 de octubre de 2006 (ECLI:ES:APCS:2006:154)

⁵⁵ Glosario 100 palabras para la igualdad. Glosario de términos relativos a la igualdad entre hombres y mujeres. Comisión Europea 1999. apud. LASTRA SIERRA, C., 2011. *Las hijas e hijos como víctimas directas de la violencia de género*. p. 10-18.

⁵⁶ Consejo de Europa, siguiendo lo establecido en la Declaración de la ONU sobre la eliminación de la violencia contra la mujer (1993) y la Plataforma para la acción adoptada en la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing 1995) apud. LASTRA SIERRA, C., 2011. *Las hijas e hijos como víctimas directas de la violencia de género*. p. 10-18.

⁵⁷ LASTRA SIERRA, C., 2011. *Las hijas e hijos como víctimas directas de la violencia de género*. p. 10-18.

1.2.1.4 INSULTOS Y BOFETADAS

El supuesto nos relata la *“crispación extrema en su matrimonio, pues Marcos le insulta casi a diario, seguidos de empujones de baja intensidad, que no llegan a producir hematomas en el cuerpo de Pablo. Gradualmente, aumenta la intensidad de la violencia y va derivando en gritos y bofetadas constantes. Dichos episodios se repiten casi diariamente”*.

Existe un concurso aparente de normas ya que los hechos pueden encuadrarse en los delitos de lesiones leves del art. 147.3 (por no producir hematomas) o en el delito de violencia doméstica habitual del 173.2. Aplicaremos este segundo artículo ya que recoge el desvalor real para el bien jurídico de la víctima que es sometida a episodios de violencia de forma habitual, por medio del art 8.3 CP.

Dicho precepto dispone que *“el que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados”*. Hay que puntualizar dos cuestiones con respecto a este artículo:

Primero, la violencia puede ser física o psíquica, vis física o intimidación psicológica. En todo caso deberá afectar al bien jurídico protegido por este delito, la integridad moral entendida como dignidad e inviolabilidad de la persona, aunque es un bien jurídico difuso cuyo contenido es discutido por la doctrina y jurisprudencia. Para entender que hubo menoscabo, la jurisprudencia considera necesario constatar la existencia de un ambiente de dominación, sin necesidad de alcanzar un clima de terror.

En este sentido, dice que:

Se trata de un tipo con sustantividad propia que sanciona la consolidación por parte de sujeto activo de un clima de violencia y dominación; de una atmósfera psicológica y moralmente irrespirable, capaz de anular a la víctima e impedir su libre desarrollo como persona, precisamente por el temor, la humillación y la angustia inducidos. Un estado con autonomía propia y diferenciada, que se vertebra sobre la habitualidad, pero en la que los distintos actos que lo conforman sólo tienen el valor desacreditar la actitud del agresor. Por ello ha dicho de manera reiterada esta Sala que el maltrato familiar del artículo 173 CP se integra por la reiteración de conductas de violencia física y psíquica por parte de un miembro de la familia en relación a las personas que el precepto enumera (...) Lo relevante es que creen, por su repetición, esa atmósfera irrespirable o el clima de sistemático maltrato al que ya nos hemos referido.⁵⁸

Segundo, con respecto a la habitualidad, al comienzo estuvo inactivo debido al requisito de la habitualidad y el principio *non bis in idem*. Tras lo cual la LO 14/1999⁵⁹ aportó una definición legal *“para apreciar la habitualidad a que se refiere el apartado anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores”* (art. 173.3 CP). Por lo tanto, consta de cuatro elementos:

– *“número de actos de violencia que resulten acreditados”*. La jurisprudencia diferenciaba el

⁵⁸STS de 20 de abril de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:232)

⁵⁹ARMENDÁRIZ LEÓN, C., 2020. *Parte especial del derecho penal a través del sistema de casos*. 1ª ed. p. 145-149.

- concepto de habitualidad del de reincidencia exigiendo en el primero algo más, un tercer acto⁶⁰.
- “proximidad temporal de los mismos”. Parte de la jurisprudencia considera más relevante la conexión temporal que el número de actos ya que “La habitualidad no se concreta en un determinado número de agresiones, sino en una situación de dominio provocada por la reiteración de una conducta”⁶¹.
- “con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo”.
- Con independencia “de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores”. Es irrelevante que ya fuesen juzgados los hechos para apreciarlos a efectos de la habitualidad, presupuesto para apreciar otro delito contra otro bien jurídico distinto.

En conclusión, se aprecia este delito pues existe violencia física “empujones de baja intensidad, que no llegan a producir hematomas”, “bofetadas constantes” y psicológica “le insulta casi a diario” y “gritos” constantes, los cuales “se repiten casi diariamente”, lo cual refleja la habitualidad de las conductas. Además, el sujeto pasivo (Pablo) es el cónyuge. Con respecto al dolo requerido, no cabe entender cometidos los citados actos con imprudencia. Por lo tanto, se aplicará este delito y sus consecuencias jurídicas, las cuales analizaremos más adelante.

1.2.2 DELITO DE INJURIAS LEVES EN EL ÁMBITO DOMÉSTICO

En el texto se nos dice que su marido le profiere “insultos casi a diario” y no se nos especifica nada más. Aun así, con respecto a los posibles insultos no prescritos aunque sean de carácter leve serán punibles según el 173.4, el cual dice que “Quien cause injuria o vejación injusta de carácter leve, cuando el ofendido fuera una de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173”.

El legislador trata de resolver así el ciclo de violencia intrafamiliar en el cual las conductas violentas empiezan siendo leves, para luego ir incrementándose su gravedad⁶². Sin embargo, cuando la misma conducta es tipificada en dos o más preceptos penales diferentes que protegen idénticos o similares bienes jurídicos se produce un concurso de leyes o normas, el cual se resuelve por vía del artículo 8 CP. Este precepto trata de evitar penar la misma acción dos veces, pues supondría un *bis in idem*. Según el segundo apartado de dicho artículo el delito de lesiones leves se aplica subsidiariamente, si la conducta no reviste de la gravedad necesaria para considerar delito de malos tratos habituales⁶³.

1.2.3 DELITO DE COACCIONES

En el supuesto se nos dice que “Marcos le fuerza a vestirse de hombre cada vez que sale de casa. En una ocasión (...) Pablo intentó acudir a su puesto de trabajo vestido con ropa femenina y Marcos lo zarandeó violentamente a la vez que le gritaba”.

Según el artículo 172.1 “el que, sin estar legítimamente autorizado, impidiere a otro con violencia hacer lo que la Ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto”. Para considerarlo la jurisprudencia exige:

“una conducta violenta de contenido material vis física o vis compulsiva, ejercida contra el sujeto o sujetos pasivos del delito, bien de modo directo o indirecto a través de cosas, e incluso de terceras personas; cuyo modus operandi va encaminado como resultado a

⁶⁰STS de 24 de mayo de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:247)

⁶¹STS de 3 de noviembre de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:1044)

⁶² VIVES ANTÓN, T. S. et. al., 2019. *Derecho penal. Parte especial*. Ed. Tirant lo Blanch, 6ª edición. p. 198.

⁶³ STS de 16 de diciembre de 2009 (Tol 1790709)

impedir hacer lo que la ley no prohíbe o efectuar lo que no se quiera, sea justo o injusto; cuya conducta ha de tener la intensidad de violencia necesaria para ser delito, pues de carecer de tal intensidad podría constituir falta... que exista el ánimo tendencial consistente en un deseo de restringir la libertad ajena como se deriva de los verbos "impedir" y "compeler"; y una ilicitud del acto, examinado desde la normativa de la convivencia social y la jurídica que preside o debe regular la actividad del agente..."⁶⁴

Se puede apreciar en nuestro caso un delito de coacciones continuadas las cuales han de considerarse graves debido a la implicación de otros derechos fundamentales, la intensidad de las acciones, la gravedad coactiva y la idoneidad de los medios empleados para la imposición violenta, todos ellos criterios usados por la jurisprudencia⁶⁵.

1.2.4 DELITO DE ODIO

En la Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal, explican que cuando concurra con otros delitos que protejan la dignidad de las personas, como el 173, se producirá un concurso de normas. Este delito se resolverá en atención al art. 8.1 por el principio de especialidad y se aplicará el 510.2.a) por ser más específico y completo su ámbito.

Sin embargo, se entiende que esta circular se refiere al art. 173.1 y no al 173.2 el cual es más específico que el delito de odio, pues la habitualidad y el ambiente de dominación están recogidos en su desvalor. Por lo tanto, frente al concurso aparente de normas existente se resolverá por medio del art. 8.3 *“El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél”* en favor del delito de violencia habitual. A pesar de ello, la agravante del art. 22.4^a se puede aplicar a todos los delitos cometidos por Marcos para abarcar esta circunstancia.

1.2.5 CONSECUENCIAS JURÍDICAS

En resumen, existe un delito de violencia habitual del 173.2 CP, un delito de malos tratos ocasionales del 153.2 CP, uno de lesiones graves por la fractura de la muñeca imputadas a título de imprudencia grave art. 152.1 CP y otro delito de coacciones del 172.1 CP. A continuación veremos las consecuencias jurídicas derivadas de cada uno y los posibles concursos entre ellos.

Antes de hablar de las penas del tipo conviene hacer un tratamiento general a dos circunstancias modificativas que se aprecian en todos los hechos.

Por un lado, la circunstancia mixta de parentesco, art 23 CP *“Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente”*. La jurisprudencia y doctrina mayoritaria entiende que agrava la pena en los delitos contra las personas.

Sin embargo, en los casos en el que el parentesco ya se tuviese en cuenta por el legislador para atenuar o agravar la pena, no puede ser apreciada esa circunstancia. Por lo tanto, no se podrá apreciar en el delito de violencia doméstica o en el del maltrato ocasional, pero sí en los de lesiones graves y en el coacciones continuas.

Por otro lado, la circunstancia agravante de discriminación del 22.4^a CP *“Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o*

⁶⁴ STS de 12 de julio de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:595)

⁶⁵SAP Lleida de 12 julio de 2018 (ECLI:ES:APL:2018:310)

creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad” se aprecia en todos los delitos.

Según el art 66.2 *“En los delitos leves y en los delitos imprudentes, los jueces o tribunales aplicarán las penas a su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el apartado anterior”*. Por lo tanto, no se aplicará esta circunstancia agravante en los delitos imprudentes antes comentados, pero con respecto a los delitos dolosos como las coacciones sí, pues el art. 66.1.3ª dice *“Cuando concurra sólo una o dos circunstancias agravantes, aplicarán la pena en la mitad superior de la que fije la ley para el delito”*.

Las lesiones por bofetada constituyen un delito de maltrato ocasional del art. 153.2 CP cuyas consecuencias son *“la pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis meses a tres años”*. En su mitad superior: prisión de 7 meses y 15 días a 1 año o trabajos en beneficio de la comunidad de 55 a 80 días, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de 2 a 3 años, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de 1 año y 9 meses a 3 años.

En su tercer apartado señala que *“Las penas previstas en los apartados 1 y 2 se impondrán en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza”*. Sin embargo, no lo aplicaremos debido al principio *non bis in idem* pues se valorarán estas circunstancias para agravar el delito de violencia habitual que explicaremos a continuación.

Por último, en su cuarto apartado dispone que *“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”*. No se observan circunstancias que atenúen la pena.

Las lesiones por insultos y bofetadas constituyen un delito contra integridad moral del 173.2 CP castigado *“con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica”*. En su mitad superior, por la circunstancia de discriminación, será: prisión de 1 año y 9 meses a 3 años, privación de la tenencia y porte de armas de 4 a 5 años, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por 3 a 5 años.

Se agravará por aplicación del segundo párrafo del art. 173.2 CP *“Se impondrán las penas en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza”*. Basta con la concurrencia de una sola de tales circunstancias para la apreciación en el delito de maltrato habitual (art. 173) debido a la redacción

alternativa⁶⁶. Con respecto a la concurrencia de menores aunque se use el plural, basta la presencia de uno solo. Además, han de ser menores integrados en el art. 173.3 CP, pues el fundamento de la agravación consiste en la vulneración de derechos de los menores que presencian las agresiones. Además, según el art. 173 tercer párrafo *“En los supuestos a que se refiere este apartado, podrá además imponerse una medida de libertad vigilada”*. Por lo tanto, volvemos a realizar el cálculo de la mitad superior y será: prisión de 2 años, 4 meses y 15 días a 3 años, privación de la tenencia y porte de armas de 4 años y 6 meses a 5 años, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de 4 a 5 años.

Este delito no comprende un resultado de menoscabo a la salud, pues es un delito de mera actividad que solo castiga los malos tratos continuados. Cuando se produce el resultado hay un concurso real de infracciones con el delito de lesiones que ha de valorarse independientemente. Así se entiende al poner *“sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica”*⁶⁷. Por lo tanto, habrá un concurso real con las lesiones en la muñeca.

Las lesiones por la fractura de la muñeca son consideradas por la mayoría de la jurisprudencia como lesiones graves y son consecuencia de una imprudencia grave por lo que se aplicará la *“pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a dieciocho meses”* del art. 152.1 CP.

Con respecto al posible concurso real o ideal entre los artículos 173 y 153. Parte de la jurisprudencia entiende que no debería aplicarse el 153 CP sino el 147.3 o 147.2, ya que de no hacerlo se vulneraría el principio *non bis in idem* al sancionar dos veces el vínculo familiar. Sin embargo, la jurisprudencia mayoritaria entiende que ambos son independientes tanto en requisitos como en el bien jurídico protegido *“dignidad de la persona que, como víctima, así se ve denigrada, junto con la protección de la paz familiar y del derecho a la seguridad, (...) la salud y la integridad física y psíquica de la persona, dañadas con la comisión de unas lesiones que, tratándose de meras faltas en sí mismas, son elevadas por el Legislador a la categoría de delito, como manifestación de política criminal acerca del mayor respeto que merece la protección de la vida en familia”*⁶⁸. Sin embargo, los malos tratos ocasionales se producen en un momento anterior a la existencia de la violencia habitual, por lo que, en este caso aplicaremos las reglas del concurso real entre los dos delitos.

Las coacciones graves según el art 172 CP *“será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años o con multa de 12 a 24 meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados”*. En su mitad superior por la presencia de las dos agravantes quedará en una pena de prisión de 1 año y 9 meses a 3 años o multa de 18 a 24 meses.

Con respecto a la agravante del mismo artículo *“Cuando la coacción ejercida tuviera como objeto impedir el ejercicio de un derecho fundamental se le impondrán las penas en su mitad superior, salvo que el hecho tuviera señalada mayor pena en otro precepto de este Código”*. Al obligarle a vestirse de otra forma se le está vulnerando no solo el derecho a la libertad de Pablo, sino también su derecho a la propia imagen y su derecho a la dignidad. Sin embargo, este hecho tiene una pena mayor a la mitad superior de la pena por coacciones.

Con respecto a la atenuante del tercer párrafo 172.2 CP *“No obstante lo previsto en los párrafos anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior*

⁶⁶Circular 4/2003, de 30 de diciembre, sobre nuevos instrumentos jurídicos para la persecución de la violencia doméstica

⁶⁷STS de 4 de julio de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:349)

⁶⁸STS de 13 de mayo de 2014 (ECLI:ES:TS:2017:3465)

en grado”. No se aprecian hechos que permitan atenuar la pena.

Es un delito continuado, por lo que según el art 77 CP: *“el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado como autor de un delito o falta continuados con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado. 3. Quedan exceptuadas de lo establecido en los apartados anteriores las ofensas a bienes eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad e indemnidad sexuales que afecten al mismo sujeto pasivo. En estos casos, se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva”*. La pena señalada para la infracción más grave en su mitad superioridad, es decir, el delito de coacciones continuadas será castigado con pena de prisión de 2 años, 4 meses y 15 días a 3 años o pena de multa de 21 a 24 meses.

Entre todos estos delitos existe concurso real y se cumplirán simultáneamente entre penas heterogéneas (distinta naturaleza) y sucesivamente entre las homogéneas de más grave a menos grave.

Por último, con respecto a las penas accesorias a la prisión han de imponerse expresamente (art. 79 CP) y duran lo mismo que la principal. Dichas penas accesorias están recogidas en el art 56 CP, aplicable cuando la pena de prisión es inferior a 10 años. El precepto obliga a imponer una y faculta a imponer más de una. Las penas son: la suspensión de empleo o cargo público, la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena o la inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria, comercio, ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento o cualquier otro derecho, la privación de la patria potestad, si estos derechos tuvieron relación directa con el delito.

Por ser delitos de lesiones, contra la libertad y contra la integridad moral siendo el sujeto pasivo su cónyuge se aplicará obligatoriamente la pena del art. 48.2 CP por tiempo que no exceda de 10 años si el delito fuera grave o cinco si fuera menos grave, art. 57.2 CP. Dicha circunstancia consiste en *“La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos, quedando en suspenso, respecto de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena”*, art 48.2 CP

Además, facultativamente pueden imponerse el resto de penas del art. 48 CP *“1. La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos impide al penado residir o acudir al lugar en que haya cometido el delito, o a aquel en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos”* y 48.3 *“La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado establecer con ellas, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual”*.

2.SEGUNDA CUESTIÓN

Órgano es competente para instruir, órgano competente para juzgarla y posible existencia de especialidades en la instrucción

Para la instrucción el art. 14.2. LECrim⁶⁹ dispone que será competente *“el Juez de Instrucción*

⁶⁹ Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim). (ELI: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1882/09/14/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1882/09/14/(1)/con)).

del partido en que el delito se hubiere cometido, o el Juez de Violencia sobre la Mujer, o el Juez Central de Instrucción respecto de los delitos que la Ley determine". Al encontrarnos en un caso de violencia doméstica y no de violencia de género se aplicará el art. 87.1.a) LOPJ, el cual señala que los Juzgados de Instrucción conocerán en el orden penal de *"De la instrucción de las causas por delito cuyo enjuiciamiento corresponda a las Audiencias Provinciales y a los Juzgados de lo Penal, excepto de aquellas causas que sean competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer."*

Para el juzgar la causa como ningún delito supera los cinco años de pena privativa de libertad o pena de multa o los diez años de pena restrictiva de derechos de otra naturaleza, por lo que será el Juzgado de lo Penal el encargado de enjuiciar la causa, ya que según el art 89bis.2 LOPJ⁷⁰: *"los Juzgados de lo Penal enjuiciarán las causas por delito que la ley determine"* y en el art 14.3 LECrim dice que *"para el conocimiento y fallo de las causas (...) el Juez de lo Penal de la circunscripción donde el delito fue cometido, o el Juez de lo Penal correspondiente a la circunscripción del Juzgado de Violencia sobre la Mujer en su caso, o el Juez Central de lo Penal en el ámbito que le es propio, sin perjuicio de la competencia del Juez de Instrucción de Guardia del lugar de comisión del delito para dictar sentencia de conformidad, del Juez de Violencia sobre la Mujer competente en su caso, en los términos establecidos en el artículo 801, así como de los Juzgados de Instrucción competentes para dictar sentencia en el proceso por aceptación de decreto"*.

Con respecto a las especialidades en la instrucción el legislador español estableció tres clases de instrucción: el "sumario" para el procedimiento común (299 a 648 LECrim), las "diligencias previas" en el procedimiento abreviado (757 a 794 LECrim) y las "diligencias urgentes" en el enjuiciamiento rápido de determinados delitos (797 LECrim); aparte de la "instrucción" para el procedimiento ante el Tribunal del Jurado (24 y ss LOPJ). El procedimiento común establece las normas generales y el resto de procedimientos indican las especialidades⁷¹.

En nuestro caso, son aplicables las normas del enjuiciamiento rápido, ya que según el art. 795.1 *"sin perjuicio de lo establecido para los demás procesos especiales, el procedimiento regulado en este Título se aplicará a la instrucción y al enjuiciamiento de delitos castigados con pena privativa de libertad que no exceda de cinco años, o con cualesquiera otras penas, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, cuya duración no exceda de diez años, cualquiera que sea su cuantía, siempre que el proceso penal se incoe en virtud de un atestado policial y que la Policía Judicial haya detenido a una persona y la haya puesto a disposición del Juzgado de guardia o que, aun sin detenerla, la haya citado para comparecer ante el Juzgado de guardia por tener la calidad de denunciado en el atestado policial y, además, concorra cualquiera de las circunstancias siguientes"*. En nuestro caso se da la circunstancia del apartado 2ª.a) ya que se trata de *"delitos de lesiones, coacciones, amenazas o violencia física o psíquica habitual, cometidos contra las personas a que se refiere el artículo 173.2 del Código Penal"*.

Los apartados 2 y 3 establecen excepciones a la aplicación de este procedimiento en los casos en los cuales hubiese delitos conexos no recogidos por el artículo o cuando sea procedente declarar secreto de las actuaciones según el art. 302. No nos encontramos en ninguno de esos dos supuesto, por lo tanto, procede aplicar las especialidades de este procedimiento recogidas en el Capítulo III "de las diligencias urgentes ante el Juzgado de guardia" art. 797 a 799.

⁷⁰ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante, LOPJ). (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1985/07/01/6/con>).

⁷¹ MONERNO CATENA, V., (Valentín Cortés Domínguez) 2017. *Derecho procesal penal*. Ed. Tirant lo Blanco, 8ª ed., página 207.

Por último, en el apartado cuarto nos dice que “*en todo lo no previsto expresamente en el presente Título se aplicarán supletoriamente las normas del Título II de este mismo Libro, relativas al procedimiento abreviado*”. Por lo tanto, se aplicarán supletoriamente las especialidades en la fase de instrucción o instrucción preparatoria del procedimiento abreviado reguladas en sus artículos 774 a 779 bajo el Capítulo III “De las diligencias previas”.

3.TERCERA CUESTIÓN

Requisitos de la rectificación registral de la mención relativa al sexo y variación en la calificación jurídica o a los órganos competentes si Pablo hubiese llevado a cabo dicha rectificación con anterioridad a los hechos

3.1 Requisitos para la rectificación registral

El art. 4.1 de la Ley 3/2007⁷² establece los siguientes requisitos para realizar la rectificación registral de la mención relativa al sexo:

“a) Que le ha sido diagnosticada disforia de género (...) mediante informe de médico o psicólogo clínico, colegiados en España o cuyos títulos hayan sido reconocidos u homologados en España, y que deberá hacer referencia:

- 1. A la existencia de disonancia entre el sexo morfológico o género fisiológico inicialmente inscrito y la identidad de género sentida por el solicitante o sexo psicosocial, así como la estabilidad y persistencia de esta disonancia.*
- 2. A la ausencia de trastornos de personalidad que pudieran influir, de forma determinante, en la existencia de la disonancia reseñada en el punto anterior.*

b) Que ha sido tratada médicamente durante al menos dos años para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado. La acreditación del cumplimiento de este requisito se efectuará mediante informe del médico colegiado bajo cuya dirección se haya realizado el tratamiento o, en su defecto, mediante informe de un médico forense especializado”.

Antes de la entrada en vigor de esta ley, el Tribunal Supremo reconocía la prevalencia del sexo psicológico y social sobre el biológico cuando se acreditaba haber realizado una cirugía total de reasignación sexual y la implantación de órganos, al menos en su apariencia externa, del sexo deseado⁷³. El problema que presentaba esa doctrina jurisprudencial es que muchas personas transexuales no se operan nunca y además había que realizar un procedimiento judicial previo para cambiar de sexo legalmente.

Esta ley, equipara el diagnóstico de disforia a la cirugía de reasignación sexual. Art. 4.2.2 ya “*No será necesario para la concesión de la rectificación registral de la mención del sexo de una persona que el tratamiento médico haya incluido cirugía de reasignación sexual*” y además “*cuando concurren razones de salud o edad que imposibiliten su seguimiento y se aporte certificación médica de tal circunstancia*” no será necesario cumplir con el requisito del 4.1.b) relativo a la medicación.

Por último, en su Disposición Transitoria Única añade que: “*La persona que, mediante informe de médico colegiado o certificado del médico del Registro Civil, acredite haber sido sometida a cirugía de Reasignación sexual con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, quedara exonerada de acreditar los requisitos previstos por el artículo 4.1*”.

3.2 Consecuencias de haber realizado la reasignación registral con anterioridad

Antes de la Ley 3/2007, se planteó la cuestión de entender a las mujeres transexuales como víctimas de violencia de género, pues no se especificaba nada al respecto en las leyes. Fue la Circular

⁷² Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, (en adelante, Ley 3/2007). (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2007/03/15/3/con>).

⁷³ STS de 6 de septiembre de 2002 (ECLI:ES:TS:2002:811) y STS de 17 de septiembre de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:929)

4/2005, de 18 de julio, de la Fiscalía General del Estado, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género la que aclaró el asunto con respecto a las personas a las que se refería la Ley 1/2004, de 28 de diciembre, sobre Violencia de Género. Dicha circular explica que *“asimismo, la dicción legal del artículo 1 LO 1/2004 implica que las parejas de un mismo sexo han quedado excluidas de su ámbito de especial protección, aunque no puede ignorarse que en algún supuesto en ellas podrían reproducirse relaciones de dominación análogas a las perseguidas en esta Ley por interiorización y asunción de los roles masculinos y femeninos y de sus estereotipos sociales. Por el contrario sí será de aplicación a las parejas de distinto sexo formadas por transexuales reconocidos legalmente si el agresor es el varón y la víctima la mujer”*. Además, expresamente señalaba que *“por tanto, los Sres. y Sras. Fiscales aplicarán con carácter excluyente el apartado 1.º del artículo 153 CP cuando el sujeto pasivo sea mujer y el sujeto activo sea hombre y entre ambos exista o haya existido una relación afectiva de pareja, aun sin convivencia. El apartado 2.º de dicho artículo será de aplicación al resto de las relaciones previstas en el artículo 173.2 CP, incluidas las parejas homosexuales”*.

Por lo tanto, esta circular ya diferencia la situación de una pareja homosexual de la pareja en la que uno de los miembros era transexual. Estas situaciones reciben un tratamiento distinto debido a que se refieren a diferentes aspectos. Así, una persona transexual es aquella que *“se siente del otro sexo, y adopta sus atuendos y comportamientos; persona que mediante tratamiento hormonal e intervención quirúrgica adquiere los caracteres sexuales del sexo opuesto”* y abarca la esfera e la indemnidad sexual. Sin embargo, una persona homosexual es aquella con *“inclinación hacia la relación erótica con individuos del mismo sexo”* y abarca la orientación sexual.

La Ley 3/2007 zanjó esta cuestión en el artículo 5.1 que especifica los efectos de la resolución que acuerde la rectificación surgen *“a partir de su inscripción en el Registro Civil”* y en el 5.2 explica que *“la rectificación registral permitirá a la persona ejercer todos los derechos inherentes a su nueva condición”*. Por lo tanto, a partir de dicho momento sería considerada mujer con todos los efectos que eso conlleve en el caso ahora planteado, en lo relativo al cambio de calificación jurídica y de órganos competentes para instruir y enjuiciar la causa. Pasará de considerarse un caso de violencia doméstica a ser entendida como violencia de género con todas las consecuencias que implica.

Por último, la Circular 6/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer, determinó una excepción a la obligación de haber realizado la reasignación de sexo para que surjan los efectos legales a raíz del caso de una mujer transexual extranjera que, por el hecho de serlo, se le dificultaban los trámites para poder acceder a la rectificación registral, pero había acreditado su condición de mujer por medio de informes médico-forenses y psicólogos que certificaron su identificación permanente con el sexo femenino. En ese supuesto la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Málaga (Rollo nº 206/10), a través de Auto dictado el día 3 de mayo de 2010 resolviendo la cuestión de competencia considerando que no considerarla víctima de violencia de género *“supone desconocer una realidad social representada por un colectivo de personas que se identifican intensamente con el otro sexo; consideraciones que en definitiva conducen a la estimación de la cuestión de competencia planteada”*⁷⁴.

La Circular señala que *“el derecho penal permite un margen de autonomía conceptual que da solución satisfactoria a este problema. Desde el punto de vista del fin de protección de la norma y de la configuración del bien jurídico protegido cabe perfectamente la posibilidad de considerar a las mujeres transexuales como víctimas de violencia de género con independencia de las previsiones formales de la ley 3/07. Y ello por cuanto nada impide al juez penal apreciar la concurrencia de los*

⁷⁴ Circular 6/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer.

requisitos materiales que permitirían la efectividad del cambio en la certificación registral, con independencia de que esta se haya producido". Sin embargo, no sería aplicable a nuestro caso, ya que Pablo no se ha realizado ninguna cirugía ni siquiera ha comenzado el tratamiento médico, por lo que no concurren los requisitos materiales para ese cambio.

Si Pablo hubiese realizado el cambio de sexo o la operación de reasignación de sexo con anterioridad a los hechos primeramente, le sería aplicable el artículo 153.1 para las lesiones leves, que tipifica la misma conducta que el 153.2 pero contiene una penal mayor para "*...cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor...*". En el caso de las lesiones graves se aplicaría la agravante del art. 148.1.4ª "*Si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia*".

Con respecto a la instrucción del proceso si Pablo estuviese operado la competencia sería del JVM en lugar del Juzgado de Instrucción por cuanto el art 87ter.1.a) LOPJ y 14.5 LECrim sería competente por razón de materia el JVM "*de la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por los delitos recogidos en los títulos del Código Penal relativos a homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación, siempre que se hubiesen cometido contra 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*".

Con respecto al enjuiciamiento, la competencia solo variaría si los delitos cometidos se considerasen como leves, pues el único caso en el que el JVM puede conocer y fallar. Así, el artículo 87.ter.d) LOPJ dispone que "*del 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) de este apartado*" y el artículo 14.5.d) LECrim "*del conocimiento y fallo de los juicios por las infracciones tipificadas en el párrafo segundo del apartado 7 del artículo 171, párrafo segundo del apartado 3 del artículo 172 y en el apartado 4 del artículo 173...*". Dichos artículos corresponden al delito de amenazas leves, al delito de coacciones leves y al delito de injurias leves en ámbito doméstico, de las cuales en nuestro caso solo habría las coacciones leves de ser consideradas como tales.

4.CUARTA CUESTIÓN

Posibles medidas cautelares, posible rechazo de las mismas y consecuencias derivadas de continuar la convivencia

4.1 Medidas cautelares

Se dictará una Orden de Protección, como señala el 544ter.1 LECrim "*el Juez de Instrucción dictará orden de protección para las víctimas de violencia doméstica en los casos en que, existiendo indicios fundados de la comisión de un delito o falta contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el artículo 173.2 del Código Penal, resulte una situación objetiva de riesgo para la víctima que requiera la adopción de alguna de las medidas de protección reguladas en este artículo*". Dichas medidas cautelares a establecer en la orden de protección pueden ser penales, civil y asistenciales.

Con respecto a las medidas cautelares penales, nos dice el artículo 544ter.6 LECrim que “*las medidas cautelares de carácter penal podrán consistir en cualesquiera previstas por la legislación procesal criminal*”. Podemos dividir las medidas cautelares penales en dos bloques. El primer grupo está constituido por las medidas de naturaleza personal (recogidas en los art. 486 a 544) que son: detención (490 LECrim), prisión provisional o preventiva (497 LECrim), libertad provisional, orden de alejamiento (544bis), prohibición de residir en determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local, o Comunidad Autónoma (544bis), prohibición de acudir a determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local, o Comunidad Autónoma (544bis), prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima u otras personas relacionadas con ella como familiares (544bis), prohibición de volver al lugar del delito o residencia de la víctima, prohibición de conducir vehículos a motor (529bis y 764.4 LECrim), suspensión de cargos públicos (384 LECrim), retirada de armas u objetos peligrosos. El segundo bloque está integrado por las medidas de naturaleza real o patrimonial como: la fianza, el embargo (597 LECrim), la pensión provisional (765.1 LECrim), entre otras, ya que el art. 764 LECrim se remite a otras normas, por lo que hay muchas más y es *numerus apertus*: depósito de cosa mueble, anotación preventiva...

Con respecto a las medidas cautelares civiles pueden ser las señaladas por el art. 544ter.7 párrafo segundo: “*estas medidas podrán consistir en la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, determinar el régimen de guarda y custodia, visitas, comunicación y estancia con los menores o personas con la capacidad judicialmente modificada, el régimen de prestación de alimentos, así como cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartarles (a los menores) de un peligro o de evitarles perjuicios*”.

Por último, las medidas cautelares de asistencia y de protección social están reconocidas en el 544ter.8, el cual dispone que la orden de protección le será comunicada: “*a las Administraciones públicas competentes para la adopción de medidas de protección, sean éstas de seguridad o de asistencia social, jurídica, sanitaria, psicológica o de cualquier otra índole*”.

4.2 Solicitud y cese de las medidas cautelares

Cabe mencionar que para adoptar las medidas del 544ter LECrim se requiere audiencia, lo cual supone que durante el lapso temporal que abarca entre que se recibe la solicitud hasta la audiencia no haya medidas cautelares. Para evitar esto, el juez podrá adoptar durante este período las medidas cautelares de alejamiento del 544bis LECrim y/o las medidas relacionadas con los menores para apartarles de un peligro o evitarles perjuicios recogidas en el art 13 LECrim y 158 CC. La posibilidad de adoptar las medidas del 544bis LECrim es contemplada por el 544ter.4 párrafo cuarto LECrim y las del 158 CC en el 544ter.7 LECrim.⁷⁵

Con respecto a las medidas cautelares penales de la Orden de Protección el art. 544Ter.6 dice: “*se adoptarán por el juez de instrucción*”. Sin embargo, para las medidas cautelares civiles de la Orden de Protección, según el art. 544ter.7 “*las medidas de naturaleza civil deberán ser solicitadas por la víctima o su representante legal, o bien por el Ministerio Fiscal cuando existan hijos menores o personas con la capacidad judicialmente modificada*”. Por lo tanto, Pablo puede no solicitar las medidas cautelares civiles y, de esta forma no se impondrán a excepción de que el Ministerio Fiscal las solicite por haber menores, Elio en este caso.

Por otro lado, Pablo tiene que acatar las medidas cautelares impuestas ya que son indisponibles, es decir, no se les aplica el principio de renuncia. La medida cautelar no puede quedar a la discrecionalidad de la víctima, ni siquiera cuando dicha medida esté orientada a su protección⁷⁶.

⁷⁵Circular 3/2003, de 18 de diciembre, sobre algunas cuestiones procesales relacionadas con la orden de protección.

⁷⁶Vid. STS de 28 de enero de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:14)

La única opción que tendría Pablo sería solicitar ante el juzgado que se deje sin efecto dichas medidas cautelares basando su petición en un cambio de circunstancias. Será el juez de realice la instrucción del caso el que valore si persisten las circunstancias que motivaron la adopción de las medidas cautelares. En caso de modificarlas podrán volver a imponerse posteriormente si vuelven a darse las circunstancias que motivaron su imposición.

4.2 Incumplimiento de las medidas y delito de quebrantamiento de condena

En caso de incumplimiento de las medidas cautelares civiles el autor puede incurrir en alguno de los siguientes delitos dependiendo de cual sea la medida incumplida: incumplimiento de pago de pensión (art.227 CP), abandono de familia (art.226 CP) o desobediencia grave (CP art.556.1 CP). Por otro lado, en caso de incumplimiento de las medidas cautelares penales, se adoptarán medidas cautelares que impliquen “*una mayor limitación de su libertad*”, según el cuarto párrafo del art. 544bis y podrá incurrir en delito de quebrantamiento de condena del artículo 468 CP⁷⁷.

En nuestro caso debemos aplicar el segundo apartado del art. 468 porque el ofendido es el cónyuge y, por tanto, entra dentro de las personas a las que se refiere el artículo 173.2. El segundo apartado endurece las penas, ya que impone la pena de prisión de seis meses a un año, en comparación con el primer apartado que otorgaba la facultad al juez de optar por pena multa en vez de prisión.

El artículo 468.2 CP dice que “*se impondrá en todo caso la pena de prisión de seis meses a un año a los que quebrantaren una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuesta en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, así como a aquellos que quebrantaren la medida de libertad vigilada*”.

Este artículo ha recibido numerosas críticas por parte de la doctrina, ya que algunos autores consideran inadecuado atribuir las mismas consecuencias penales sin atender a si el quebrantamiento es de penas o de medidas cautelares, pues consideran tienen una naturaleza jurídica distinta⁷⁸.

La parte objetiva de tipo⁷⁹ exige la existencia una medida cautelar (en nuestro caso) adoptada en un proceso criminal en los que el perjudicado sea alguna de las personas del art. 173.2 CP. Es necesario que conozca el mandato judicial del que es destinatario, a estos efectos se exige haberle notificado formalmente de ello e, incluso parte de la jurisprudencia y doctrina entiende que es imprescindible haber remitido un requerimiento. Las medidas quebrantadas han de ser la libertad vigilada o alguna de las del art 48 CP, es decir, prohibición de residir o acudir a determinados lugares, aproximación, suspensión régimen de visitas, comunicación y estancia y de comunicación u otra medida de libertad vigilada. Por último, la parte subjetiva del tipo requiere dolo específico, no bastando un encuentro fortuito⁸⁰.

4.2.1 Relevancia del consentimiento en la punibilidad

El problema de fondo es si es si la pena o medida cautelar es o no disponible, es decir, si

⁷⁷ Circular de la Fiscalía General del Estado nº 3/2003, de 18 de diciembre, *sobre algunas cuestiones procesales relacionadas con la Orden de Protección*. cfr. PERAL LÓPEZ, M^a del Carmen, 2017. *La práctica judicial en los delitos de malos tratos: Patria potestad, guarda y custodia y régimen de visitas*. Universidad de Granada. pág. 138.

⁷⁸JIMÉNEZ DÍAZ, M. J. (cor.): *Algunas reflexiones sobre el quebrantamiento inducido o consentido*, en *La Ley Integral: un estudio multidisciplinar* Ed. Dykinson; Madrid, 2009. apud. SOLÉ RAMÓN, A. M^a., 2010. *El consentimiento de la víctima de la violencia de género y doméstica y su incidencia en el delito de quebrantamiento de condena y de medida cautelar según la jurisprudencia del tribunal supremo*. Revista de Derecho de la UNED (RDUNED), 6.

⁷⁹PERAL LÓPEZ, M^a del Carmen, 2017. *La práctica judicial en los delitos de malos tratos: Patria potestad, guarda y custodia y régimen de visitas*. Universidad de Granada. p. 137-139.

⁸⁰SAP Jaén de 20 de septiembre de 2008 (ECLI:ES:APJ:2008:218)

valdría el consentimiento de la propia víctima para dejar sin eficacia la pena o medida impuesta.

El consentimiento de la víctima era irrelevante a efectos de la punibilidad del delito de quebrantamiento⁸¹ hasta la criticada sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2005 (ECLI:ES:TS:2005:1156). Dicha sentencia permitió la disponibilidad de la víctima sobre la medida cautelar o la pena ya que entendía que reanudar la convivencia acreditaba de forma fehaciente la inexistencia de las causas que justificaron su adopción, lo que provoca su cese por ser innecesaria dicha protección. La resolución judicial recibió críticas tanto por entender que los particulares podían disponer de las medidas cautelares como por equiparar las consecuencias del consentimiento de la víctima en el quebrantamiento independientemente de si fueran medidas cautelares o penas, ya que esto en las penas supondría dejar la efectividad del pronunciamiento judicial en manos de los particulares⁸².

Posteriormente, se dictaron sentencias en todo tipo de sentido creando mucha inseguridad jurídica. El consentimiento era considerado: eficaz para suponer la atipicidad de la conducta o producir un error de prohibición invencible o una causa de justificación...

Finalmente, el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 25 de noviembre de 2008 estableció que en *“interpretación del art. 468 del CP en los casos de medidas cautelares de alejamiento en los que se haya probado el consentimiento de la víctima (...) El consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad a efectos del art. 468 del CP”*. Este criterio corroboró el criterio de la Fiscalía General del Estado que entendía que las medidas cautelares eran indisponibles por la víctima⁸³.

Este acuerdo se limita al consentimiento de *“la mujer”* y en casos de *“medidas cautelares de alejamiento”*. Esto ha sido muy criticado, sobre todo porque dificulta su aplicación a los casos de violencia doméstica.

En este sentido, la STS 29 de enero de 2009 dice que *“idea clave de la irrelevancia en el derecho penal del perdón de la persona ofendida por la infracción criminal, principio que sólo tiene su excepción en los llamados delitos privados, que es cuando expresamente la ley penal así lo prevé”*. Por lo tanto, debemos entenderlo aplicable también a los casos de violencia doméstica, pues la finalidad de este acuerdo es declarar la irrelevancia del ofendido en los delitos públicos. Esto es así porque el bien jurídico protegido por el art. 468 es supraindividual, es decir, su portador es la sociedad o el Estado⁸⁴ y constituye delito contra la colectividad⁸⁵. Por lo tanto, como ya adelantábamos, Pablo deberá solicitar el cese de las medidas cautelares pues en caso contrario, si continuasen la convivencia Marcos, este último sería condenado por quebrantamiento de medida cautelar.

4.2.2 La víctima como cooperadora necesaria o inductora del quebrantamiento

Si no solicitase la suspensión de las medidas cautelares y continuasen la relación, además de condenar a Marcos como autor del delito de quebrantamiento de condena, también podría imputarse este delito a Pablo como inductor o cooperador necesario, en función de su contribución, por vía del

⁸¹STS de 16 de mayo de 2003 (ECLI:ES:TS:2003:701)

⁸²JIMÉNEZ DÍAZ, M. J. (cor.), 2009. *Algunas reflexiones sobre el quebrantamiento inducido o consentido*, en *La Ley Integral: un estudio multidisciplinar* Ed. Dykinson; Madrid, p. 409. cfr. SOLÉ RAMÓN, A. M^a., 2010. *El consentimiento de la víctima de la violencia de género y doméstica y su incidencia en el delito de quebrantamiento de condena y de medida cautelar según la jurisprudencia del tribunal supremo*. Revista de Derecho de la UNED (RDUNED), 6.

⁸³Circular 2/2004 de 24 de diciembre de 2004, de la Fiscalía General del Estado, *sobre aplicación de la reforma del código penal operada por ley orgánica 15/2003, de 25 de noviembre*.

⁸⁴CEREZO MIR, J., 2019. *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*. Tomo II, sexta edición. Ed. Tecnos, Madrid, p. 326. apud. idem.

⁸⁵MIR PUIG, S., 2004. *Derecho Penal, Parte General*. Séptima edición. Ed. Reppertor. visto en idem

artículo 28 CP párrafo segundo: “*también serán considerados autores: los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo. Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado*”.

En la mayoría de los casos los juzgados no llegan a pronunciarse sobre este tema debido al criterio de que “*cuando el quebrantamiento se haya producido con el consentimiento de la víctima, no se procederá por el Fiscal a interesar la deducción de testimonio contra ésta por el delito del art. 468 del CP ni como autora por inducción ni por cooperación necesaria, al entender que tal conducta no es subsumible en los apartados a y b del art. 28.2 del CP*”⁸⁶ establecido en las conclusiones de los Seminario de Fiscales Delegados de Violencia de Género o sobre la Mujer celebrados en Madrid (2005), Oviedo (2006) y Valencia (2007)... Por lo tanto, en base al principio acusatorio, según el cual nadie puede ser condenado en juicio por un delito del que no se le ha acusado, si el Fiscal sigue este criterio y el resto de partes no solicitan la condena a título de inductor o cooperador necesario a quien consiente en la convivencia, el juzgado no se pronunciará sobre ello. Además, al imputado a título de autor no le conviene ejercitar la acusación particular por este delito contra la víctima porque implícitamente supone su declaración como culpable.

En caso de ser solicitado, la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2005 (ECLI:ES:TS:2005:1156) abrió la posibilidad de condenar por inducción o cooperación necesaria a la víctima que reanuda la convivencia con su pareja. Siguiendo esta doctrina jurisprudencial un sector minoritario de la jurisprudencia menor ha condenado a la víctima como inductora o cooperadora necesaria⁸⁷.

La tesis mayoritaria entiende que quedaría impune la intervención de la víctima, en base a dos argumentos principales: a) el de que a la víctima no tiene restringidos sus derechos y, por tanto, no se le puede castigar por realizar una conducta no prohibida y, b) el de que las formas de participación en el quebrantamiento de condena se limitan a las tipificadas en el artículo 470 CP, de imposible aplicación pues no tipifica el hecho de aceptar la convivencia⁸⁸.

Sin embargo, mientras el Tribunal Supremo no unifique doctrina o se modifique el texto legal, continuará existiendo un amplio abanico de posibilidades.

5. QUINTA CUESTIÓN

Posible existencia de una medida cautelar que fuerce al cónyuge propietario, Marcos, a abandonarla y defensa del poseedor ante el cónyuge propietario que disturba su posesión

5.1 La medida cautelar de atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar

El art 64 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2004/12/28/1/con>), en su primer apartado dispone que “*El Juez podrá ordenar la salida obligatoria del inculpado por violencia de género del domicilio en el que hubiera estado conviviendo o tenga su residencia la unidad familiar, así como la prohibición de volver al mismo*”. Si bien, este precepto no podrá ser aplicado al caso ya que dicha protección solo se ofrece a las víctimas de violencia de género, no a las de violencia doméstica (la tercera cuestión explica el porqué). Sin embargo, esta medida ya existía implícitamente con la posibilidad de establecer la medida cautelar civil de atribución del uso y disfrute de la vivienda.

Entre las posibles medidas cautelares civiles del artículo 544ter.7 LECrim a adoptar en una Orden de Protección se encuentra la de “*atribución del uso y disfrute de la vivienda*”. Esta medida

⁸⁶Seminario de Fiscales Delegados de Violencia de género, Madrid, noviembre de 2005. Conclusiones.

⁸⁷Vid. SAP de Barcelona, de 21 de febrero de 2007 (ECLI:ES:APB:2007:1051)

⁸⁸CUETO MORENO, C., 2017. *El delito de quebrantamiento en el ámbito de la violencia de género*. Universidad de Granada. 292-297.

cautelar supuso una novedad en el sistema de atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, que antes solo se daba tras la crisis matrimonial. El régimen jurídico del sistema de la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar realizado en la orden de protección es distinto al del procedimiento de crisis matrimonial⁸⁹.

Para empezar, como el resto de medidas cautelares civiles ha de solicitarse de instancia por la víctima, o por el Ministerio Fiscal cuando haya menores o personas con la capacidad jurídicamente modificada. Además, ha de solicitarse expresamente esa concreta medida cautelar y el juez si la dispone ha de referirse a ella también expresamente. En el caso de establecer una orden de alejamiento y no el uso y disfrute de la vivienda no se le estará privando de su uso, es decir, una orden de alejamiento no sirve para atribuir el uso exclusivo de la vivienda familiar a la víctima.

Segundo, la atribución la hace el juez penal, no el civil y los criterios de atribución son distintos. Es una medida que sirve como instrumento jurídico para proteger a la víctima de violencia doméstica. Por lo tanto, al atribuir el uso prevalece el interés de la víctima, el cual se intenta compatibilizar con el interés del menor.

Sin embargo, estas medidas son provisionales previas a la demanda civil y tienen una vigencia temporal de 30 días, tras lo cual caducan. Según el art. 544ter.7 tercer párrafo, solo se mantendrían otros 30 días más en caso de incoar un proceso de familia. En nuestro caso, Pablo puede instar un proceso de familia por ser cónyuge o conviviente del agresor, pero no toda víctima de violencia doméstica puede iniciar un proceso de familia, lo que supondría la caducidad de las medidas adoptadas y su desprotección⁹⁰.

Al igual que en el proceso penal, Pablo tendrá que solicitar expresamente en el procedimiento de familia el mantenimiento de esta medida, de lo contrario caducará al finalizar la prórroga. A pesar de ello, posteriormente podría solicitar la medida de nuevo, esta vez ante el juez civil.

No obstante, los criterios por los cuales se atribuye el uso de la vivienda cambian, por lo que podría suponer la modificación o la pérdida de sus efectos. Prevalece el acuerdo entre cónyuges (siempre que no sea perjudicial para alguno o el menor) y, en defecto de este, se aplican los criterios recogidos en el artículo 96 CC⁹¹. Estos criterios se tendrán en cuenta en todas las fases procedimentales: fase definitiva producida por la sentencia, medidas provisionales una vez admitida la demanda (el “*interés familiar más necesitado*”, al que hace referencia el art. 103 deberá establecerse conforme a los criterios del art. 96 CC) y medidas previas a la demanda de nulidad, separación o divorcio del art 771 LECiv (remite en párrafo 1 a art 102 y 103 CC remisión del art. 104 CC remite a los criterios del art. 96 CC)⁹².

Según el art. 96 CC “*en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden*”. Por lo tanto, prevalecerá el acuerdo entre cónyuges, pero de no haberlo el criterio que prevalece para la atribución es el “*favor filii*”, debido a que existen hijos comunes. Será irrelevante para atribuir el uso del domicilio conyugal la capacidad económica de las partes, los derechos subjetivos que se tengan sobre ella o la protección del cónyuge víctima de violencia

⁸⁹CERVILLA GARZÓN, M^a D., 2007. *El derecho a usar la vivienda familiar en las recientes reformas del Derecho de Familia*. En: *La reforma del matrimonio:(Leyes 13 y 15/2005)*. p. 80-126.

⁹⁰Idem.

⁹¹ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. (en adelante, CC). (ELI: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con)).

⁹²GARCÍA CANTERO, G. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, ULEdo.R.D.P.*, Editoriales de Derecho Reunidas. p. 3-5.

doméstica. Son los menores los beneficiarios de la medida de carácter asistencial, pero será el cónyuge a cuya guarda y custodia estén el titular de la misma.

Este criterio se estableció en base a la teoría del apego, la cual considera conveniente mantener cierta estabilidad en la residencia para que la separación o divorcio resulte lo menos traumático posible. Se tratará de mantener el entorno doméstico, afectivo, social y escolar⁹³.

La atribución del uso es, además, parte del contenido mínimo y obligatorio de todo convenio regulador hablar de la atribución del uso de la vivienda familiar (art. 90.b) CC). Además, aunque existiese acuerdo, el juez no puede aprobar un convenio con medidas perjudiciales para los hijos o para alguno de los cónyuges⁹⁴.

5.2 Defensa de la posesión del cónyuge poseedor no propietario

Si se le atribuye el uso de la vivienda familiar a Pablo por tener la custodia y guarda de Elio, Marcos no podrá prohibirles residir ahí aunque sea el propietario. La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular supone una limitación en las facultades de uso y disfrute del titular. El cónyuge poseedor tiene a su disposición una serie de medios protectores de su estado posesorio tanto frente al titular dominical como frente a terceros.

Por un lado, el art. 96.4 CC establece que *“para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial”*. Esta norma muestra cierto paralelismo con el art. 1320 CC. Sin embargo, están pensados para situaciones fácticas distintas. El 1320 CC sirve para supuesto de convivencia conyugal y el 96.4 CC tras la separación. Por lo tanto, la primera protege a terceros y la segunda protege al cónyuge no titular y poseedor de la vivienda familiar para que el cónyuge titular no pueda privarle del uso⁹⁵.

Por otro lado, en caso de que ya hubiese sido desposeído o se le esté impidiendo la posesión podrá ejercer la defensa del estado posesorio como cualquier otro poseedor por medio del art. 446 CC que señala que *“todo poseedor tiene derecho a ser respetado en su posesión; y, si fuere inquietado en ella, deberá ser amparado o restituido en dicha posesión por los medios que las leyes de procedimiento establecen”*. En este sentido, el párrafo 4 del art. 250.1.4º de la LECiv establece que las demandas que *“pretendan la tutela sumaria de la tenencia o de la posesión de una cosa o derecho por quien haya sido despojado de ellas o perturbado en su disfrute”* se decidirán en juicio verbal independientemente de su cuantía, con la especialidad de que podrán dirigirse contra el cónyuge titular que esté impidiendo el legítimo disfrute del cónyuge poseedor⁹⁶.

6.SEXTA CUESTIÓN

Posibilidad de iniciar el proceso sin denuncia del perjudicado, obligación de declarar de los parientes, menores, profesionales y la alegación de secreto profesional

6.1 Delitos públicos, semipúblicos, semiprivados y privados: inicio del proceso

Algunos delitos pueden ser perseguibles a instancia de cualquier persona o institución que tenga conocimiento aun sin denuncia del perjudicado (los llamados delitos públicos), otros requieren de denuncia o querrela previa del ofendido para luego poder ser perseguibles judicialmente por el Ministerio Fiscal (los conocidos como delitos semipúblicos o semiprivados) y otros sólo pueden ser

⁹³ CUENCA CASAS, M., 2014. *Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario*. Revista de Derecho Civil. p. 16.

⁹⁴ GARCÍA CANTERO, G. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ULEdo.R.D.P., Editoriales de Derecho Reunidas. p. 3-5.

⁹⁵ LETE DEL RIO, J.M., 1994. *Matrimonio y Divorcio, Comentarios al Título IV del Libro I del Código Civil*. Ed.Cívitas.

⁹⁶Idem.

perseguidos por el ofendido en exclusiva iniciando el proceso mediante querrela (los entendidos como delitos privados).

La LECrim en su artículo 105.1 LECrim establece que *“los funcionarios del Ministerio Fiscal tendrán la obligación de ejercitar, con arreglo a las disposiciones de la Ley, todas las acciones penales que consideren procedentes, haya o no acusador particular en las causas, menos aquellas que el Código Penal reserva exclusivamente a la querrela privada. 2. En los delitos perseguibles a instancias de la persona agraviada también podrá denunciar el Ministerio Fiscal si aquélla fuere menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o desvalida. La ausencia de denuncia no impedirá la práctica de diligencias a prevención”*. De esta manera configura los delitos públicos en los que el MF tiene obligación de ejercitar todas las acciones penales, los delitos privados en los que el MF no podrá denunciar y los semiprivados o semipúblicos que son los delitos del segundo apartado de ese artículo, en donde solo puede presentar denuncia cuando el agraviado sea menor o persona con capacidad jurídicamente modificada.

De este artículo también se puede deducir que cuando la ley no fija expresamente requisito alguno para la perseguibilidad de un delito, se considera público. Por lo tanto, los delitos públicos son todos aquellos que no son privados, semiprivados o semipúblicos; todos los que en la ley no se mencione lo contrario.

En nuestro caso, el delito de malos tratos habituales del 173.2 y el delito de lesiones graves del 147.1 o lesiones graves por imprudencia grave del 152.1 son delitos públicos, pues no se establece lo contrario en la ley.

También las lesiones leves sancionadas por el art. 147.2 y 147.3 son semipúblicos o semiprivados pues el art. 147.4 establece que *“los delitos previstos en los dos apartados anteriores sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal”*. Sin embargo, en el ámbito de la violencia doméstica y de género son penados por el art. 153 y pasan a ser considerados delitos menos graves de carácter público pues no establece expresamente requisito para su perseguibilidad.

Las coacciones son delitos públicos, a excepción de las leves que son semipúblicos o semiprivados ya que *“sólo será perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal”* (art. 172.3) salvo, cuando la persona ofendida sea alguna del 173.2 (como ocurre en nuestro caso) en cuyo caso *“no será exigible la denuncia a que se refiere el párrafo anterior”* 172.3 segundo párrafo, es decir, que son públicos igual que las coacciones graves.

Por lo tanto, el proceso podrá iniciarse sin denuncia por parte de Pablo, ya que los delitos cometidos son públicos, es decir, no necesitan de denuncia del particular.

6.2 Dispensa de la obligación de declarar por razón de parentesco

El Capítulo V de la LECrim titulado *“de las declaraciones de los testigos”* estipula en su artículo 410 que *“todos los que residan en territorio español, nacionales o extranjeros, que no estén impedidos, tendrán obligación de concurrir al llamamiento judicial para declarar cuanto supieren sobre lo que les fuere preguntado si para ello se les cita con las formalidades prescritas en la Ley”*. Este artículo establece la obligación legal de declarar, habiendo incluso consecuencias penales en caso de oponerse (art 420 y 716 LECrim).

Sin embargo, el art 24.2 segundo párrafo CE señala que *“la ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”*. El fundamento de esta excepción en el caso de los parientes está en el conflicto moral que tendría entre el deber de decir la verdad y el vínculo de solidaridad, familiaridad,

lealtad y afecto que le une con el procesado. A raíz de este mandato constitucional la LECrim también regula estas excepciones a la obligación de declarar en los artículos 416, 417 y 418.

Pablo es el marido de Mario, por lo que le sería aplicable el art. 416 LECrim que dispensa de esta obligación de declarar a “*los parientes del procesado en líneas directa ascendente y descendente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil, así como los parientes a que se refiere el número 3 del artículo 261*” y para ello establece en el segundo párrafo que “*El Juez instructor advertirá al testigo que se halle comprendido en el párrafo anterior que no tiene obligación de declarar en contra del procesado; pero que puede hacer las manifestaciones que considere oportunas, y el Secretario judicial consignará la contestación que diere a esta advertencia*”. Por lo tanto, Pablo podrá ampararse en este artículo para no declarar contra su marido. También los art. 418 y 707 extienden el alcance de la dispensa a preguntas concretas y al juicio oral.

Conviene tener en cuenta que el Acuerdo no Jurisdiccional de la Sala II de 24 de abril de 2013 relativo al alcance de la dispensa del 416 LECrim excluye el derecho a acogerse a la dispensa en “*los supuestos en que el testigo está personado como acusación en el proceso*”. Es decir, en el caso de que Pablo denunciase los hechos presentándose como acusación particular no podría acogerse a este derecho y tendría que declarar contra su marido, Marcos.

El anterior Acuerdo generó dudas en cuanto a los casos en los que la víctima personada como acusación particular al inicio del proceso, renunciaba con posterioridad al ejercicio de la acción penal⁹⁷. La jurisprudencia mayoritaria entendió que el hecho de haber sido acusación particular no le privaba del derecho de acogerse a la dispensa. Sin embargo, hubo otras sentencias como la STS de 14 de julio DE 2015 (ECLI:ES:TS:2015:449) que entendieron lo contrario e imposibilitaron a la víctima acogerse a la dispensa. Posteriormente, la Sala Segunda del Tribunal Supremo, mediante Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de fecha 23 de enero de 2018, declaró que: “*1.- El acogimiento, en el momento del juicio oral, a la dispensa del deber de declarar establecida en el artículo 416 de la LECRIM, impide rescatar o valorar anteriores declaraciones del familiar-testigo aunque se hubieran efectuado con contradicción o se hubiesen efectuado con el carácter de prueba preconstituida. 2.- No queda excluido de la posibilidad de acogerse a tal dispensa (416 LECRIM) quien, habiendo estado constituido como acusación particular, ha cesado en esa condición*”. En resumen, aunque Pablo en un primer momento hubiese ejercido la acusación particular y luego hubiese decidido renunciar a la acción penal, podría acogerse a la dispensa y si en el juicio oral decide acogerse a este derecho de no declarar el testimonio dado en la fase de instrucción no se podrá utilizar en contra de Marcos ni valorarse.

6.3 La dispensa en los menores de edad

Primeramente, los menores pueden ser testigos según se puede deducir de los artículos 413 y 707 LECrim (que hablan de las medidas a adoptar cuando el testigo sea menor de edad), salvo la excepción establecida en el art 707 que dice “*todos los testigos no privados del uso de su razón están obligados a declarar*”, es decir, aquellos menores que no tengan uso de razón no están obligados a declarar, estableciéndose como criterio orientativo los seis años⁹⁸.

Como ya se vio en el apartado anterior, Elio está dispensado de la obligación de declarar por encontrarse en los supuestos del art. 416 LECrim. Esta dispensa no surge por el hecho de ser menor de edad, sino por la relación de parentesco que le une con el procesado (descendiente en línea recta).

⁹⁷ BELTRÁN MONTOLIU, A., 2018. *Víctima de violencia de género y la dispensa del art. 416 Lecrim: evolución jurisprudencial p. 1-34.*

⁹⁸SAP Barcelona de 14 octubre de 2015 (ECLI:ES:APB:2015:751)

Con respecto al ejercicio de esta facultad hay que tener claro que los menores tienen reconocido su derecho a ser oídos en los procedimientos judiciales en los que esté implicado y cuya decisión afecte a su esfera personal, familiar o social siempre en función de su edad y madurez, según el art. 9 de la LOPM. Por lo tanto, se atenderá a su edad y madurez como criterio para poder ejercer por sí mismos (o a través de persona designada por ellos) o por medio de otras personas la dispensa del art. 416 LECrim.

El mismo artículo 9 LOPM⁹⁹ presume *iuris tantum* que se tiene esa madurez a partir de los 12 años, por lo tanto, el conflicto está en atención a los menores de dicha edad. Con respecto a ellos, los jueces deberán realizar un juicio ponderativo acerca de si el “menor reúne las mínimas condiciones de madurez intelectual y emocional para percibir el conflicto, ponderar los intereses enfrentados y tomar una decisión personal, libre y responsable en la medida de sus posibilidades”¹⁰⁰.

Por un lado, en caso de apreciarse que tiene suficiente madurez y, presumiéndola a partir de los 12 años, se le habrá de informar acerca de este derecho para que pueda ejercerlo por sí mismo (o por persona designada por él), según el art. 9.2 LOPM. El hecho de no informarle supondrá la nulidad de sus declaraciones por medio del art. 11.1 LOPJ, ya que es de obligado cumplimiento por el art. 416.2 LECrim que señala que “*el Juez instructor advertirá al testigo que se halle comprendido en el párrafo anterior que no tiene obligación de declarar en contra del procesado; pero que puede hacer las manifestaciones que considere oportunas, y el Secretario judicial consignará la contestación que diere a esta advertencia*” y según el art. 9.1 LOPJM “*el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias*”¹⁰¹.

Por otro lado, en caso de no apreciarse la necesaria madurez, será su representante legal el que ejercite o no este derecho, según los artículos 162.1 del Código Civil y 2 y 9 de la LOPM¹⁰². En caso de conflicto de intereses con su representante, corresponderá al otro representante legal la decisión, atendiendo al 163 CC. Sin embargo, si los dos representantes legales presentan conflictos de intereses con el menor se nombrará defensor judicial para que le represente (como ocurre en los casos de violencia intrafamiliar), atendiendo al art 26 del Estatuto de la Víctima.

En nuestro caso, Elio en 2016 tiene 10 años, por lo que no sabemos si cumplió 10 o 11 años de edad en 2016. Por lo tanto, a finales de 2019 tendrá 12, 13 o 14 años. En cualquier caso, se presumirá *iuris tantum* que tiene madurez y podrá ejercitar el derecho reconocido en el art. 416 LECrim por sí mismo o a través de persona designada por él mismo.

6.4 Colisión entre obligación de secreto profesional y la obligación de declarar

Los médicos y los psicólogos tienen recogido su especial deber de sigilo o reserva en sus códigos deontológicos, concretamente en los art. de 27 al 31 del capítulo V del Código de Ética y Deontología Médica de 1978 (última revisión en Julio 2011) y los artículos 40 y 49 del Código Deontológico del Psicólogo. En el caso de los médicos incluso forma parte del juramento hipocrático además de recogerse en numerosas leyes sanitarias¹⁰³.

⁹⁹ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. (en adelante, LOPJM). (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1996/01/15/1/con>).

¹⁰⁰ STS de 28 de octubre de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:699) cfr. MARAVALL BUCKWALTER, I., 2019. *El derecho del niño a acogerse a la dispensa del deber de declarar Reflexiones desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Indret: Revista para el Análisis del Derecho, 1-6.

¹⁰¹ STS de 28 de marzo de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:367) y STS de 25 de mayo de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:225)

¹⁰² STS de 28 de octubre de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:699)

¹⁰³ Vid. art. 10.1 y 10.3 Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y el artículo 7.1 y 16.6 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica y el art. 5 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

Este deber de sigilo para pasar de ser una mera norma ético-profesional o moral a ser una norma jurídica necesita:

- Que surja en una relación de confidencialidad necesaria entre el profesional y el paciente. El paciente tiene que transmitirle necesariamente información privada para que el profesional pueda cumplir con su desempeño profesional, viendo limitada por las circunstancias la su intimidad. El carácter necesario de los servicios profesionales genera una esfera de confidencialidad que deriva en deber de sigilo para el facultativo¹⁰⁴.
- Que la obligación de secreto esté regulada como mínimo en los estatutos que regulan el ejercicio de la actividad profesional refrendados por la Administración, es decir, que la profesión esté jurídicamente reglamentada.

La LECrim establece la obligación legal de declarar en su artículo 410 (ya visto) y en los artículos posteriores establece una serie de excepciones fruto del ya mencionado art. 24.2 CE. Sin embargo, ante la falta de ley propia, esta materia es vagamente regulada en la LECrim. El problema surge porque solo dispensa de la obligación de declarar por motivos de secreto profesional a los eclesiásticos, funcionarios públicos, abogados y procuradores; pero el secreto profesional existe en muchas otras profesiones y su revelación conlleva consecuencias civiles, disciplinarias e incluso penales¹⁰⁵.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que el secreto profesional no abarca todo lo conocido por el profesional. El objeto material del deber de reserva comprende todos los hechos conocidos por razón de su profesión dentro de lo cual se incluye todo lo mencionado por el paciente, lo dado a entender por este y lo deducido por el profesional en base a sus conocimientos, según el art. 27.2 del Código de Ética y Deontología Médica y el 40 del Código Deontológico del Psicólogo. Por lo tanto, tienen obligación de testificar sobre los hechos que hubiere conocido por razón de amistad u otros motivos, ya que no afectan a su deber de reserva¹⁰⁶.

Además, se exige que los hechos sean secreto, es decir, desconocido por la generalidad de las personas y destinado a seguir siendo desconocido, aunque no pierde su carácter secreto por estar reservado a un grupo de personas (normalmente de su entorno cercano). Como consecuencia, pueden testificar sobre circunstancias generales conocidas por el público.

Otro aspecto a tener en cuenta es la concurrencia de autorización expresa del paciente. Si el paciente consiente válidamente en la revelación de la información se excluiría al médico o psicólogo de esta obligación de secreto profesional.

Por último, si no hay consentimiento y el deber de secreto profesional colisiona con otros deberes como, en este caso, la obligación de declarar (410 LECrim) o colaboración con la justicia (118 CE). Ambos deberes son fundados en derechos constitucionales de intimidad (18 CE) y a la verdad, a la buena Administración de Justicia... Sin embargo, ningún derecho fundamental es absoluto, todos son limitados, por lo tanto, los deberes que llevan aparejados tampoco son absolutos.

Para que el derecho fundamental a la intimidad ceda y la declaración pueda ser válida para superar el principio de inocencia, el TC en su sentencia 207/96, de 16 de diciembre, considera que se

¹⁰⁴CONAL FUENTES, I. 2019. *Análisis doctrinal y jurisprudencial de los delitos de descubrimiento y revelación de secretos en el ámbito sanitario*. Revista de derecho y genoma humano: *genética, biotecnología y medicina avanzada*= *Law and the human genome review: genetics, biotechnology and advanced medicine*. 569-598.

¹⁰⁵Vid. art. 199.2 CP

¹⁰⁶ALAMILLO, F., 1950. *El secreto médico profesional*. Anuario de derecho penal y ciencias penales, 1950, 3.1: 75-92.

deben dar los criterios del art 8.2 Convenio Europeo de Derechos Humanos:¹⁰⁷

- Perseguir un fin constitucionalmente legítimo, como es el caso en la búsqueda de la verdad material en el proceso penal.
- La medida ha de estar legalmente prevista. El testimonio está regulado en la LECrim.
- La diligencia de investigación solo podrá ser practicada por jueces o tribunales (en caso de reserva de jurisdicción por la CE, es decir, cuando especifique que algo habrá de hacerse por “resolución judicial”), por quienes tienen atribuidas las funciones de promover la persecución del delito o por la Policía Judicial al recabar o incautar documentación en la práctica de diligencias de prevención o de investigación.
- Debe respetarse el principio de proporcionalidad, cuyos requisitos exigidos por el TC son: necesario para conseguir el fin, idónea para lograrlo, proporcional en sentido estricto, justificable e imprescindible, es decir, que no se pueda usar otro método menos gravoso para el derecho. En todo caso, ha de ser respetuoso con el contenido del núcleo esencial del derecho STC 57/1994 y 143/1994, de 9 de mayo.

Si concurren los requisitos el juez podrá traer al procedimiento datos que formen parte del secreto profesional. Aun así, el personal sanitario que declare como testigo debe actuar con cautela y discreción, apreciando si debe reservarse ciertos datos (Lachica, 2002 o Sánchez 1998)¹⁰⁸. El profesional debe limitarse a lo estrictamente necesario y de utilidad para la investigación justificada en la defensa del interés público¹⁰⁹.

Si el profesional no está seguro acerca de la pertinencia de la información solicitada deberá plantearle la cuestión al juez, el cual decidirá si la información requerida es necesaria, si es imprescindible que declare para conocer de los hechos y si es proporcional. Tras ponderar los bienes podrá forzar el levantamiento del secreto profesional. Si aun así el profesional no cumpliera la obligación de declarar sería multado, aunque no sería entendible la situación como delito de desobediencia¹¹⁰.

En caso de que posteriormente la cuestión fuera entendida como prescindible, innecesaria, desproporcionada... se declarará ilícita y el testimonio será prueba nula, según el art 11.1 LOPJ. Sin embargo, con respecto a la posible responsabilidad penal del profesional por vía del art. 199.2 CP. En derecho penal, la conducta puede ser típica penalmente y, sin embargo, darse una causa que excluya el injusto, en el marco de la antijuridicidad. Son las llamadas causas de justificación que constituyen exenciones de la responsabilidad criminal. Las utilizadas en cuanto al secreto profesional sanitario son: el estado de necesidad (20.5), la legítima defensa (20.4) o el cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo (20.7). En nuestro caso, podría darse un supuesto de exención de la responsabilidad criminal por cumplimiento de un deber.

7.SÉPTIMA CUESTIÓN

Órgano competente para conocer del divorcio y requisitos del mismo

7.1 Competencia para conocer del proceso de divorcio

¹⁰⁷ORTEGA LORENTE, J. M 1999. *El secreto profesional médico: garantía del derecho a la intimidad y límite de la investigación penal*. *Jueces para la democracia* 36: 47-57.

¹⁰⁸FERNÁNDEZ MUÑOZ, M. L., 2015. *La protección del paciente frente a los deberes de información y secreto profesional médico*. *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores*, 18.35: 153-168.

¹⁰⁹CONAL FUENTES, I. 2019. *Análisis doctrinal y jurisprudencial de los delitos de descubrimiento y revelación de secretos en el ámbito sanitario*. *Revista de derecho y genoma humano: genética, biotecnología y medicina avanzada= Law and the human genome review: genetics, biotechnology and advanced medicine*. 569-598.

¹¹⁰ORTEGA LORENTE, J. M 1999. *El secreto profesional médico: garantía del derecho a la intimidad y límite de la investigación penal*. *Jueces para la democracia* 36: 47-57.

Según el art 45.1 LECiv “*corresponde a los Juzgados de Primera Instancia el conocimiento, en primera instancia, de todos los asuntos civiles que por disposición legal expresa no se hallen atribuidos a otros tribunales*”. A pesar de lo cual el art. 46 LECiv establece que se podrán especializar algunos Juzgados de Primera Instancia: “*los Juzgados de Primera Instancia a los que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 98 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se les haya atribuido el conocimiento específico de determinados asuntos, extenderán su competencia, exclusivamente, a los procesos en que se ventilen aquéllos, debiendo inhibirse a favor de los demás tribunales competentes, cuando el proceso verse sobre materias diferentes*”. En resumen, la competencia objetiva la tienen los Juzgados de Primera Instancia o los Juzgados de Familia en donde los haya.

En concreto, el Real Decreto 1322/1981¹¹¹ señala en su art 1 que “*se crean en las capitales que a continuación se mencionan los siguientes Juzgados de Primera Instancia: ... uno en ... Málaga*” y en su art. 2 menciona que “*los nuevos Juzgados de Primera Instancia conocerán de forma exclusiva, por vía de reparto, de las actuaciones judiciales previstas en los títulos IV y VII del libro I del Código Civil*”. En dicho Título IV se recoge el divorcio, por lo tanto, el Juzgado de Familia de Málaga conocerá exclusivamente del susodicho proceso.

Con respecto a la competencia territorial en los procesos de nulidad, separación y divorcio, el art 769 LECiv establece un fuero principal y excluyente y cuatro fueros subsidiarios. En nuestro caso, como ambos viven de manera fija en el mismo partido judicial de Málaga se aplicará el fuero principal, el lugar del domicilio conyugal art 769.1 LECiv “*Salvo que expresamente se disponga otra cosa, será tribunal competente para conocer de los procedimientos a que se refiere este capítulo el Juzgado de Primera Instancia del lugar del domicilio conyugal*”. Al ser fueros improrrogables el tribunal deberá examinar de oficio su competencia, siendo nulo el acuerdo entre parte con respecto al tribunal competente, según el cuarto punto.

7.2 Requisitos del divorcio

El divorcio es una manera de disolver en matrimonio regulada en el Código Civil. El art. 86 CC establece que: “*se decretará judicialmente el divorcio, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, a petición de uno solo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, cuando concurren los requisitos y circunstancias exigidos en el artículo 81*”. Establece la irrelevancia de la forma de celebración del matrimonio y de si el divorcio es solicitado por un cónyuge, ambos o uno con el consentimiento del otro y se remite al art. 81 en cuanto a los requisitos y circunstancias que han de darse.

El artículo 81 CC es aplicable “*cuando existan hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores*”. Dicho precepto reitera la irrelevancia de la forma de celebración del matrimonio a los efectos de la separación y divide los requisitos en función de si nos encontramos ante un caso de:

- separación de mutuo acuerdo, es decir, a petición de ambos o uno con consentimiento del otro. Para el cual exige que hayan transcurrido tres meses desde la celebración y acompañar la demanda con la propuesta de convenio regulador que recoja los acuerdos con el contenido mínimo exigido del art. 90 CC.
- separación contenciosa, es decir, a petición uno solo de los cónyuges. Para lo cual se exige que hayan transcurrido tres meses desde la celebración, a excepción de que “*se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera*

¹¹¹ Real Decreto 1322/1981, de 3 de julio, por el que se crean los Juzgados de Familia (en adelante, Real Decreto 1322/1981) (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rd/1981/07/03/1322>).

de los miembros del matrimonio” y acompañar la demanda con la propuesta fundada de medidas definitivas que pueden ser acerca de la custodia de hijos menores, uso del domicilio familiar, alimentos hijos, prestación compensatoria al cónyuge, cargas del matrimonio...

Así, podemos concluir que se exige como requisito sustantivo el plazo de 3 meses desde celebración del matrimonio con independencia de la forma en la que se haya contraído, siempre que se le reconociesen efectos civiles. Dicha fecha consta en el acta de celebración.

8.OCTAVA CUESTIÓN

Régimen de guarda y custodia, derecho de los menores a ser oídos, interés del menor y criterios que lo determinan

El régimen de guarda y custodia es una de las medidas civiles posibles a adoptar en una Orden de Protección, recogida por el art. 544ter.7 segundo párrafo. El cónyuge que posea la guarda y custodia de los hijos comunes será el que conviva, cuide y asista a los menores¹¹².

8.1 Derecho de los menores a ser oídos

El art. 9.1 de la LOPJM art. establece que *“el menor tiene derecho a ser oído y escuchado (...) en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias”* y el 9.2 señala que *“se garantizará que el menor (...) pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente”* cuando tenga la suficiente madurez y *“Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos”*. Por lo tanto, en nuestro caso se presume que Elio tiene la suficiente madurez como para ejercitar este derecho a ser oído y escuchado. Este derecho también está recogido en el art. 770.4^a de la LECiv y el art. 92.2 CC, los cuales obligan al juez que adopte una medida sobre guarda y custodia a oír a los menores con suficiente juicio si se estima necesario de oficio o a petición *“del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor”* y a valorar sus alegaciones.

La audiencia de los menores capaces es, por tanto, uno de los criterios legales para atribuir la guarda y custodia. En este sentido, la STC de 8 de julio de 2005 (ECLI:ES:TC:2005:152) considera que en los procesos de familia es necesario practicar la exploración de los menores cuando tienen 12 años o suficiente madurez y, en caso de no hacerlo, será nula dicha resolución judicial. Es decir, será necesario un informe psicosocial.

8.2 Interés superior del menor

La supremacía del interés del menor¹¹³ es uno de los principios rectores de la actuación de los poderes públicos (art. 11.2.a) LOPJM). Este principio está regulado en el art. 2.1 de la misma ley, la cual estipula que: *“todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”*.

¹¹²PERAL LÓPEZ, María del Carmen, 2017. *La práctica judicial en los delitos de malos tratos: Patria potestad, guarda y custodia y régimen de visitas*. Universidad de Granada.

¹¹³BARTOLOMÉ CENZANO, J. C. 2012. *SOBRE LA INTERPRETACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y SU TRASCENDENCIA EN EL DERECHO POSITIVO ESPAÑOL*. <http://dx.doi.org/10.4995/reinad.2012.1300> © Reinad, UPV.

Ese mismo artículo establece en el segundo apartado una serie de criterios para interpretar y aplicar ese interés, entre los cuales Elio puede traer a colación el apartado b) *“la consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior”*.

Su opinión ha de ser tenida en cuenta para determinar el interés superior del menor, pero siempre en función de su edad y madurez como señala el art. 9.1 LOPJM *“teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez”*. En nuestro caso, Elio en 2016 tiene 10 años, por lo que no sabemos si cumplió 10 o 11 años de edad ese año. Por lo tanto, a finales de 2019 tendrá 12, 13 o 14 años. Con esa edad, su voluntad resulta un criterio muy relevante a la hora de establecer la guarda y custodia.

En resumen, el régimen de guarda y custodia establecido deberá estar fundado en el interés superior del menor y para interpretar dicho concepto jurídico indeterminado uno de los criterios a valorar (si bien no el único) es la voluntad del menor en función de la edad, madurez, desarrollo y evolución personal. Elio tiene derecho a ser oído y escuchado, expresar su voluntad por sí mismo y que esta sea valorada. Sin embargo, su voluntad no es vinculante y será el juez el que decida cuál es el interés superior del menor, que no tiene por qué coincidir con lo que el menor quiere.

8.3 Fundamentos para la atribución de la guarda y custodia a Pablo

Pablo podrá basarse en los siguientes fundamentos para oponerse a la atribución de la guarda y custodia en favor de su marido:

Por un lado, recalcar que no podrá adoptarse la guarda conjunta debido a que el art. 92.7º CC establece que *“no procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta de las alegaciones de las partes y de las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica”*.

Por otro lado, con respecto a la oposición de la atribución de la guarda y custodia exclusiva a Mario, el artículo 158 CC dispone que *“el Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará: (...) 4. En general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios”*.

Además, otro de los criterios a valorar para la interpretación del interés del menor será, según el art 2.2 apartado c) de la LOPJM *“la conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia...se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor”*.

En conclusión, Pablo podría solicitar que se le otorgue a él la guarda y custodia de Elio en base al interés superior del menor, el cual se determina no solo atendiendo a la voluntad del menor sino también a otros criterios como el mencionado antes en el 2.2.c) de conveniencia de que su vida tenga lugar en un entorno libre de violencia y adecuado, lo cual no se puede lograr debido a que su padre Marcos tiene comportamientos violentos. Dichos comportamientos violentos aunque no recaigan sobre Elio se hacen en su presencia, por lo que Elio es también víctima indirectamente; pues su desarrollo se realiza en un entorno violento. Además, podrá solicitar en base al 158 CC que, a fin de evitarle un perjuicio a Elio, el juez le atribuya la guarda y custodia a él y no a su marido.

9.NOVENA CUESTIÓN

Diferencias si estos hechos hubiesen acaecido en el año 2000

9.1 Con respecto a la primera pregunta sobre la responsabilidad penal

A. Manuel, el vecino

Primeramente, las coacciones leves por un lado, igual la jurisprudencia no las consideraría por ser con intimidación y, por otro lado, estaban tipificadas como falta en el art 620.2º, que también es aplicable a las injurias si se entiende que son leves *“Los que causen a otro una amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve”*.

En relación con lo anterior, si se considera que las injurias fueron graves el art. 208 cambia un poco la redacción pero el contenido sigue siendo el mismo *“es injuria la acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación. Solamente serán constitutivas de delito las injurias que, por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en el concepto público por graves”*.

Con respecto a la lesión derivada del puñetazo entendida como lesión leve dolosa estaba tipificada como falta en el art. 617.2 *“El que golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión”* y la fractura en la mano considerada una lesión grave cometida por imprudencia grave en el art. 152.1 *“el que por imprudencia grave causare alguna de las lesiones previstas en los artículos anteriores”*.

El delito de odio del art. 510 CP cambió radicalmente, siendo la redacción anterior la siguiente *“los que provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía”*. En resumen, no sería aplicable porque dos motivos. El primero porque no se puede aplicar a actos discriminatorios contra individuos concretos del grupo. El segundo porque no fue hasta el año 2015 con la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal¹¹⁴ que se añadió la identidad sexual dentro de los grupos.

B. Marcos, el marido

Primero, la violencia habitual estaba ubicado en el título III relativo a las lesiones, concretamente en el art. 153 desde la reforma del 1995. Dicho precepto venía redactado de la siguiente manera *“El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él de forma estable por análoga relación de afectividad, o sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de uno u otro”*. Tras el caso de Ana Orantes este artículo sufrió dos grandes reformas en el 1999. La primera por la LO 11/1999, de 30 de abril, del Código Penal¹¹⁵, que añadió la posibilidad de imponer pena de alejamiento. La segunda por la LO 14/1999, de 9 de junio, que incorporó la violencia psíquica y una definición de habitualidad al tipo legal¹¹⁶.

La violencia ocasional no se distinguía de la habitual hasta la reforma de la LO 11/2003, de 29 de septiembre¹¹⁷, la cual además cambió de ubicación en delito de violencia habitual pasando a ser la integridad moral el bien jurídico protegido. Antes se consideraban simples faltas de lesiones del art. 617 CP, el cual agravaba la pena para *“Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el art. 153”*.

¹¹⁴ (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2015/03/30/1>).

¹¹⁵ (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con>).

¹¹⁶ ARMENDÁRIZ LEÓN, C., 2020. Parte especial del derecho penal a través del sistema de casos. 1ª ed. p. 145-149.

¹¹⁷ Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2003/09/29/11/con>).

Por último, las coacciones continuadas graves mantienen la misma redacción y las lesiones graves imputadas a título de imprudencia grave ya fueron tratadas en el apartado anterior.

9.2 Con respecto a la tercera pregunta sobre órgano competente para instruir, juzgar y especialidades del proceso

Los órganos competentes para instruir y conocer no han cambiado, si bien hay algunas variaciones en la redacción de los artículos como el término “delitos leves” por “faltas” o no referirse a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer en los preceptos, ya que se crearon posteriormente.

Con respecto a las especialidades, sin embargo, sí ha habido cambios reseñables pues no existía el enjuiciamiento rápido que fue constituido por la Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado¹¹⁸. Antes de dicha ley existían unos mecanismos de simplificación y aceleración del procedimiento abreviado introducidos por la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal¹¹⁹.¹²⁰

9.3 Con respecto a la quinta pregunta sobre medidas cautelares posibles, se pueden rechazar y que pasa si continúan la convivencia

Hasta la entrada en vigor de la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, no existía el artículo 544ter que regulaba estas medidas cautelares.

La Orden de Protección supone un “*estatuto de protección íntegral*”¹²¹ que contempla medidas penales, civiles y asistenciales. Por lo tanto, antes de su creación la víctima tendría que incoar un proceso de familia para poder solicitar las medidas cautelares civiles, ir a la administración y solicitar las medidas asistenciales y solicitar las penales en el proceso penal.

Con respecto a las posibles medidas penales a adoptar no hubo ningún cambio pues según el art. 544ter.6 serán “*cualesquiera de las previstas en la legislación procesal criminal. Sus requisitos, contenido y vigencia serán los establecidos con carácter general en esta ley*”.

En caso de continuar la convivencia según la redacción del art. 544bis cuarto párrafo “*teniendo en cuenta la incidencia del incumplimiento, sus motivos, gravedad y circunstancias, a la adopción de nuevas medidas cautelares que impliquen una mayor limitación de su libertad personal, sin perjuicio de las responsabilidades que del incumplimiento pudieran resultar*”, por lo cual, era mucho más laxa que la redacción actual. Además, Marcos sería condenado por un delito de quebrantamiento del art. 468 CP ya que hasta el año 2005 la jurisprudencia era firme y reiterada acerca de la irrelevancia que tiene el consentimiento de la víctima en cuanto a la punibilidad.

9.4 Con respecto a la octava pregunta sobre el divorcio, órgano competente y requisitos

Los artículos de la LECiv sobre atribución de la competencia no presentan ningún cambio destacable y ya se había creado el Juzgado de Familia de Málaga por el art. 1 del Real Decreto 1322/1981, de 3 de julio, por lo que este seguiría teniendo la competencia.

¹¹⁸ (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2002/10/24/38/con>).

¹¹⁹ (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rd/1992/11/13/1368>).

¹²⁰RAFOLS PÉREZ, I. J., 2004. *Modificaciones del procedimiento abreviado introducidas por la Ley 38/2002, de 24 de octubre*. pag. 66-75.

¹²¹vid. art. 544ter.5 LECrim.

La Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, suprimió las causas legales de separación y divorcio en España. Antes de dicha ley los requisitos para divorciarse eran estar previamente separado, haber contraído matrimonio hace un año y que el divorcio fuese por alguna de las siguientes causas:

- Abandono injustificado del hogar, la infidelidad, la conducta injuriosa o vejatoria, violaciones graves o reiteradas de los deberes conyugales.
- Violación grave o reiterada de los deberes respecto de los hijos comunes o respecto de cualquiera de los cónyuges.
- El alcoholismo, la toxicomanía o las perturbaciones mentales que perjudiquen la convivencia.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que el matrimonio entre personas del mismo sexo no se permitió hasta Ley 13/2005, que modificó el Código Civil en materia de derecho contraer matrimonio, es decir, que el matrimonio sería nulo.

IV. CONCLUSIONES

- I. Con respecto a la conducta del vecino, Manuel, esta podría ser constitutiva de un delito de injurias solo con respecto a la última injuria infringida a Pablo, pues el resto de injurias prescribieron. Además, también se le podría considerar autor de un delito leve doloso por el puñetazo que le propinó a Pablo y otro delito de lesiones por la fractura de la muñeca, la cual es considerada grave por la jurisprudencia mayoritaria, a título de culpa. Por último, se aprecia un posible concurso ideal entre estas lesiones y un delito de odio. No se aprecia la agravante por arrebató u obcecación en las injurias y la agravante por discriminación se aprecia en todos los delitos, aunque no se aplica. Con respecto a las penas accesorias, cabe aplicar las del art. 56 CP.

Con respecto a la conducta de su marido, Marcos podría ser responsable de un delito de violencia habitual, malos tratos ocasionales, coacciones continuadas y lesiones graves por la fractura de la muñeca. Se aplica la agravante de discriminación en todos los delitos y la agravante de parentesco en los delitos contra las personas que no contemplan esta circunstancia, es decir, en las coacciones y en las lesiones graves. Entre los delitos se aprecia un concurso real. Por último, se aplicarán las penas accesorias del art. 56, 57 y las del 48 CP.

- II. El órgano que instruirá la causa será el Juzgado de Instrucción y en la fase de instrucción aplicará las especialidades del enjuiciamiento rápido llamado diligencias urgentes y, subsidiariamente las diligencias previas del procedimiento abreviado. Posteriormente, el Juzgado de lo Penal será el competente para enjuiciarla.
- III. Los requisitos para la rectificación registral consisten en haber sido diagnosticado por un médico de disforia de género de forma estable y persistente, ausencia de trastornos de la personalidad que pudieran influir determinadamente y haber estado en tratamiento dos años. Si Pablo hubiese realizado la rectificación antes de los hechos, se le aplicaría el 153.1 y el 148.1 en vez del 153.2 y el 147.1, lo cual supondría una agravación de las penas. Además, el JVM sería el encargado de instruir la causa, aunque luego el enjuiciamiento seguiría correspondiendo al Juez de lo Penal.
- IV. La Orden de Protección ofrece un estatuto protección integral a la víctima de violencia doméstica por medio de la adopción de medidas penales, civiles y asistenciales por el mismo órgano jurisdiccional. Dichas medidas son indisponibles por los particulares, por lo para retirarlas habrá que solicitárselo al juez que esté instruyendo la causa. En caso de continuar la

convivencia a pesar de una medida cautelar que lo prohibiere Marcos sería condenado por un delito de quebrantamiento de condena del art. 468 CP, pues el consentimiento de la víctima es irrelevante para considerar su punibilidad según el Acuerdo no Jurisdiccional de 25 de noviembre de 2008 que, aunque se refiera a “mujer” debemos interpretarlo como “víctima”. Eventualmente, Pablo podría llegar a ser condenado como cooperador necesario o inductor.

- V. En el proceso penal la medida cautelar de atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar tiene como finalidad la protección de la víctima. Sin embargo, esa medida pierde validez a los 30 días si no se incoa proceso de familia, según el art. 544.ter.7 LECrim. En el proceso civil esa medida se adjudicará (a falta de acuerdo) en virtud del interés del menor, es decir, el poseedor del inmueble será el cónyuge que ostente la guarda y custodia de Elio. El poseedor podrá ejercitar todas las acciones para la defensa de su estado posesorio del art 446 CC y; además, el art. 96.4 exige consentimiento del cónyuge poseedor para que el titular pueda enajenar el inmueble.
- VI. No es necesaria denuncia de Pablo para iniciar el proceso ya que, al ser delitos públicos son perseguibles a instancia de cualquier persona o institución que tenga conocimiento de ellos. Pablo y Elio por ser familiares cercanos de Marcos pueden acogerse a la dispensa de la obligación de declarar del art. 416 LECrim. Sin embargo, si se presentan como acusación en el proceso no podrán acogerse a dicho derecho. Si inician proceso penal como actor, pero luego renuncian a la acción penal sí pueden acogerse a la dispensa e incluso el testimonio dado en fase de instrucción no se podrá usar contra Marcos ni valorarse. Por otro lado, a Elio se le presume madurez para ejercitar este derecho por sí mismo o persona designada al ser mayor de 12 años. El psicólogo y el psiquiatra tienen obligación legal y la obligación de guardar secreto profesional. A pesar de ello, el derecho a la intimidad, en el que se fundamenta el secreto profesional, no es absoluto y puede ceder ante otros derechos. Será el juez el que determine cuándo cede y el profesional podrá ampararse en el cumplimiento de un deber como causa de justificación.
- VII. La competencia para conocer del divorcio sería del Juzgado de Familia y el único requisito a cumplir es que hayan pasado 3 meses desde la fecha de celebración del matrimonio.
- VIII. La guarda y custodia se atribuirá de acuerdo al interés del menor. Elio tiene derecho a ser oído y a que sus alegaciones sean tenidas en cuenta para determinar el sentido de este interés, según los artículos 9 y 2 LOPJM. Sin embargo, no es el único criterio a tener en cuenta, pudiendo Pablo oponerse a que se le atribuya a Marcos la guarda y custodia en virtud del art. 158 alegando las actitudes violentas de su marido y su futura entrada en prisión.
- IX. Si esto hubiese ocurrido en el año 2000 no existiría el delito de maltrato ocasional, y dichas lesiones leves ni siquiera se castigarían como delitos leves pues antes se consideraban faltas de lesiones leves. El delito de odio no sería aplicable pues no recogía conductas contra individuos del grupo ni estaba la identidad sexual entre los grupos protegidos. Tampoco existiría el enjuiciamiento rápido, sino que se habrían seguido las especialidades del procedimiento abreviado. Por último, para pedir el divorcio sería necesario que hubiese pasado un año desde la celebración y justificarlo con alguna de las causas previstas. A pesar de ello, el matrimonio sería nulo pues en el año 2000 no estaba permitido el enlace entre personas del mismo sexo.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ESTEBAN JUAN PEREZ ALONSO, 1990. *El delito de lesiones . Notas criticas sobre su reforma.*
- ALAMILLO, F., 1950. *El secreto médico profesional. Anuario de derecho penal y ciencias penales, 3.1.*
- ARMENDÁRIZ LEÓN, C., 2020. *Parte especial del derecho penal a través del sistema de casos.* 1ª edición.
- BELTRÁN MONTOLIU, A., 2018. *Víctima de violencia de género y la dispensa del art. 416 Lecrim: evolución jurisprudencial.*
- DE BARTOLOMÉ CENZANO, J. C. 2012. *SOBRE LA INTERPRETACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y SU TRASCENDENCIA EN EL DERECHO POSITIVO ESPAÑOL.* <http://dx.doi.org/10.4995/reinad.2012.1300> © Reinad, UPV.
- CERVILLA GARZÓN, Mª D., 2007. *El derecho a usar la vivienda familiar en las recientes reformas del Derecho de Familia.* En: *La reforma del matrimonio:(Leyes 13 y 15/2005).* Marcial Pons.
- CONAL FUENTES, I. 2019. *Análisis doctrinal y jurisprudencial de los delitos de descubrimiento y revelación de secretos en el ámbito sanitario.* Revista de derecho y genoma humano: genética, biotecnología y medicina avanzada= Law and the human genome review: genetics, biotechnology and advanced medicine.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., et. al., 2019. *Derecho procesal civil: parte especial.* Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 10ª edición.
- CUENCA CASAS, M., 2014. *Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario.* Revista de Derecho Civil.
- CUETO MORENO, C., et al., 2017. *El delito de quebrantamiento en el ámbito de la violencia de género.* Universidad de Granada.
- FERNÁNDEZ BERMEJO, D. y MARTÍNEZ ATIENZA, G., 2020. *Derecho penal Parte especial Después de 2019. Estudio Sistematizado de Doctrina, Jurisprudencia, Acuerdos de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, Circulares, Instrucciones y Consultas. Concordancias.* Ed. Ediciones Experiencia.
- FERNÁNDEZ MUÑOZ, M. L., 2015. *La protección del paciente frente a los deberes de información y secreto profesional médico.* Revista Prolegómenos. Derechos y Valores.
- FUENTES OSORIO, J. L., 2009. *Elementos subjetivos en los delitos contra el honor.* Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXIX.
- GARCÍA CANTERO, G. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* ULEdto.R.D.P., Editoriales de Derecho Reunidas.
- LASTRA SIERRA, C., 2011. *Las hijas e hijos como víctimas directas de la violencia de género.*
- ESPINOSA CEBALLOS, E. Mª., et. al., 2018. *Lecciones de derecho penal: parte especial.* Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1ª ed.
- LETE DEL RIO, J.M., 1994. *Matrimonio y Divorcio, Comentarios al Título IV del Libro I del Código Civil.* Ed.Cívitas.
- LORA-MÁRQUEZ, M., 2017. *Estudio jurídico doctrinal del delito de acoso o stalking.* Master's Thesis
- MARAVALL BUCKWALTER, I., 2019. *El derecho del niño a acogerse a la dispensa del deber de declarar Reflexiones desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.* Indret: Revista para el Análisis del Derecho, 1: 6.
- MONERNO CATENA, V., (Valentín Cortés Domínguez) 2017. *Derecho procesal penal.* Ed. Tirant lo Blanco, 8ª ed.

- ORTEGA LORENTE, J. M., 1999. *El secreto profesional médico: garantía del derecho a la intimidad y límite de la investigación penal*. Jueces para la democracia 36.
- QUINTANAR DÍEZ, M. et. al., 2020. *Elementos de derecho penal: parte general*. Ed. Tirant lo Blanch. 3ª ed. Valencia.
- ARMENDÁRIZ LEÓN, C. et. al., 2020. *Parte especial del derecho penal a través del sistema de casos*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1ª edición.
- PERAL LÓPEZ, María del Carmen, 2017. *La práctica judicial en los delitos de malos tratos: Patria potestad, guarda y custodia y régimen de visitas*. Universidad de Granada.
- RAFOLS PÉREZ, I. J., 2004. *Modificaciones del procedimiento abreviado introducidas por la Ley 38/2002, de 24 de octubre*.
- SOLÉ RAMÓN, A. Mª., 2010. *El consentimiento de la víctima de la violencia de género y doméstica y su incidencia en el delito de quebrantamiento de condena y de medida cautelar según la jurisprudencia del tribunal supremo*. Revista de Derecho de la UNED (RDUNED).
- TOMILLO, M. G., 2010. *Comentarios al Código penal*. Ed. Lex Nova.
- VIVES ANTÓN, T. S. et. al., 2019. *Derecho penal. Parte especial*. Ed. Tirant lo Blanco, 6ª edición.