VIOLENCIA DE GENERO

Protección penal y

Problemas prácticos

en fase de enjuiciamiento

MIGUEL ANGEL PAREJA VALLEJO

Magistrado-Juez del Juzgado de lo Penal Número 3 de Córdoba.

Doctor en Derecho.

I. INTRODUCCIÓN.

Creo que no hace falta explicar que la violencia de género es el símbolo más brutal de la desigualdad de géneros, entre hombre y mujer.

Que uno de los graves problemas de la violencia de género es la gran vulnerabilidad en la que se encuentra la victima.

Pues bien, para intentar atajar este grave problema se dictó la LO 1/2004 que lo que pretende evitar es que en el futuro se tenga que recurrir al Derecho penal por razones de género. Por ello, esta LO tiene por objeto, según su artículo 1, actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia."

Para ello modifica el Código Penal en el siguiente sentido:

II. TUTELA PENAL. DELITO DE LESIONES.

Así según el artículo 148.4 del CP, preceptúa que el tipo básico del delito de lesiones, recogido en el artículo 147.1 CP, se castiga con penas de 2 a 5 años cuando la víctima fuera o hubiera sido esposa, o mujer que estuviera o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.

II.1.- Se introducen nuevos tipos penales, elevándose a la categoría de delitos lo que antes eran faltas, cuando la víctima fuera o hubiera sido esposa, o mujer que estuviera o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.

Respecto de las lesiones, el artículo 153.1 eleva a la categoría de delito las faltas reguladas en el artículo 617 CP.

Respecto de las amenazas, el artículo 171.4 eleva a la categoría de delito la falta regulada en el artículo 620 CP.

Respecto de las coacciones, el artículo 172.2 eleva a la categoría de delito la falta regulada en el artículo 620 CP.

Asimismo, establece el legislador en todos estos tipos penales unas agravaciones específicas, **debiéndose imponer las penas en su mitad superior**:

- Cuando el delito se perpetre en presencia de menores.

- Utilizando armas.

- Tenga 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 del código penal o medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.

También se recogen atenuaciones específicas de tal manera que el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, podrá imponer la pena inferior en grado:

- En atención a las circunstancias personales del autor

- En atención a las circunstancias concurrentes en la realización del hecho.

No obstante, **las vejaciones injustas y las injurias** siguen manteniendo su categoría de falta, aunque en la penalidad, la pena será la de localización permanente de cuatro a ocho días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a diez días. En estos casos no será exigible la denuncia a que se refiere el párrafo anterior de este artículo (620 CP), excepto para la persecución de las injurias.

II.2.- EL DELITO DE VIOLENCIA HABITUAL.

Señala el artículo 173.2 del Código penal, en lo que aquí interesa, que "el que habitualmente ejerza violencia física o psíquica [SEA HOMBRE O MUJER] 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, [...], será castigado con la pena de prisión de seis

meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, 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 o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.

Se impondrán las penas en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren:

- En presencia de menores,

- Utilizando armas,

- 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 de este Código o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza.

3. **Para apreciar la habitualidad**:

- 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."

II.2.1.- El bien jurídico protegido.

A este respecto, señala TARDÓN OLMOS que son muy numerosas las sentencias del Tribunal Supremo que declaran que el bien jurídico trasciende y se extiende más allá de la

integridad moral personal, al atentar el maltrato familiar a valores constitucionales de primer orden como:

El derecho a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad, -artículo 10 CE-,

Que tiene su consecuencia lógica en el derecho no solo a la vida, sino a la integridad física y moral con interdicción de los tratos inhumanos y degradantes -artículo 15 CE-

- Y en el derecho a la seguridad -artículo 17 CE-

- Quedando también afectados principios rectores de la política social y económica, como:

- La protección de la familia y la infancia

- Y protección integral de los hijos del artículo 39 CE.

En este sentido, son numerosas las resoluciones dictadas, entre ellas las Sentencias TS 927/2000, de 24 de junio, 836/2007, de 24 de octubre, 755/2009, de 13 de julio, 687/2010, de 13 julio, y 9/2011, de 31 enero, y por tanto puede afirmarse que el bien jurídico protegido es, en realidad:

la preservación del ámbito familiar como una comunidad de amor y libertad presidido por el respeto mutuo y la igualdad,

dicho más sintéticamente, el bien jurídico protegido es la paz familiar.

II.2.2.- Determinación de la habitualidad.

La habitualidad en esta infracción penal no se concreta en un número determinado de agresiones, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2006, sino en una situación de dominio provocada por la reiteración de una conducta que estatuye una situación de hecho en la que la violencia es empleada como método de establecimiento de las relaciones familiares, subyugando a quien las padece por el capricho del dominador.

Lo relevante, según la SSTS núm. 613/2006 y núm. 607/2008, entre otras, para la aplicación del tipo del maltrato habitual no es la reiteración documentada de una conducta, sino la creación de un espacio de terror por parte del sujeto activo mediante la reiteración de conductas violentas tendentes a degradar al sujeto pasivo que las recibe.

II.2.3.- Delimitación del objeto de enjuiciamiento.

En cuanto a la determinación de los hechos, lo recomendable y lo exigible desde el punto de vista del derecho penal es una delimitación de cada episodio vejatorio o agresivo (STS 913/2008, de 20 de noviembre) aún cuando puedan llegar a desconocerse algunos datos relativos a fechas, lugares y circunstancias.

En todo caso, los diversos actos punibles deberán ser atribuibles a un autor concreto y determinado. (STS 755/2009, de 13 de julio).

Ahora bien, cabe preguntarse que ocurre cuando parte de los hechos denunciados que configuran el tipo han prescrito. A este respecto nos recuerda el Tribunal Supremo, STS 619/2008, de 13 de octubre, que nos encontramos ante un delito permanente, con la consecuencia de que, con independencia de la fecha de los distintos hechos que configuran el complejo delictivo, la ley aplicable no es otra que la que se encuentre vigente en el momento en el que la secuencia histórica finaliza.

Igualmente, cabe preguntarse si el tipo que estamos analizando mantiene su autonomía respectos de los eventuales actos violentos que pudieran integrar otros tipos. En este sentido, señala la STS 1050/2007, de 19 de diciembre, reiterando lo expuesto en la STS 105/2007, de 14 de febrero, que respecto a dicha autonomía "...La jurisprudencia de esta Sala ha entendido que la conducta que se sanciona (en el art. 173.2) es distinta de las concretas agresiones cometidas contra esas personas, lo que se corresponde con el inciso final del precepto, que establece la pena para la violencia habitual 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.

¿Se vulnera el principio "Non bis in idem" respecto del delito de violencia habitual?

En este sentido, el Tribunal Constitucional, en Sentencia 77/2010 de 19 de octubre, señala que el delito de violencia habitual no es equiparable a la mera suma de actos violentos sino que "estamos ante un aliud en el que lo relevante no es, por si solo, la realización de los actos violentos sino la unidad que quepa predicar de ellos a partir de su conexión temporal y sus consecuencias para la relación familiar". Concluye por ello que entre el supuesto de hecho del delito de violencia habitual y la suma de delitos "no hay una exacta identidad", por lo que no cabe apreciar quebranto de principio non bis in idem.

Por lo expuesto, el art. 173.2 del CP al disponer que la condena por el delito de violencia habitual procede "sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos y faltas en que se hubieren concretado los actos de violencia física o psíquica" no vulnera el principio non bis in idem.

En el mismo sentido el Tribunal Supremo en la STS 474/2010 ya citada dice que "la STS 14-5-2004, nº 645/2004 reiteró que existen dos bienes jurídicos claramente diferenciados (la paz familiar y la integridad moral de la persona, de un lado, y la integridad física y psíquica de la persona, por otro). Los concretos actos de violencia sólo tienen el valor de acreditar la actitud del agresor, no existe, por tanto, infracción del principio "non bis in idem".

Sobre estas cuestiones puede consultarse la Circular de la Fiscalía General del Estado 6/2011, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la Violencia sobre la Mujer.

II.2.4.- Por último, ¿existe alguna relación de concurso entre el delito de violencia habitual y los diferentes delitos que dan lugar a él?

¿No encontramos ante un concurso real de delitos, ideal o medial de delitos?

El Tribunal Supremo ha señalado que el delito de violencia habitual es un delito distinto de los que dan lugar a él y además es un delito permanente.

Que con los delitos que dar lugar a él no media ninguna relación de concurso real, ideal o medial, ni de normas.

III.- EL ELEMENTO FINALISTICO EN ESTOS TIPOS PENALES (artículo 153.1, 171.4 y 172.2 del CP).

La dicción del art. 1 de la LO 1/2004 es clara al respecto: "la presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia."

Sobre esta cuestión señala SÁNCHEZ SICART que el plus de punibilidad que se introduce en estos preceptos viene justificado por el Legislador en la especial relación entre víctima y victimario, habida cuenta de la situación de dominación de la que éste se aprovecha y que con su ejercicio pretende conservar y perpetuar.

Sin embargo, los tipos penales en cuestión no establecen como requisito típico la comprobación de que la violencia se haya ejercido en ese marco o ejercicio del poder de control y dominación, que es lo que se ha venido en denominar el requisito teleológico o finalístico del delito de violencia de género, surgiendo el debate doctrinal sobre el alcance aplicativo y las interpretaciones posibles que cabe extraer de los nuevos tipos penales, en concreto, si debe exigirse o no la presencia del citado elemento teleológico para su aplicación."

Por su parte el TC en su sentencia 59/2008, de 14/05/2008, Ponente Sala Sánchez, P., señala que *la sanción no se impone por razón del sexo del sujeto activo ni de la víctima, ni por razones vinculadas a su propia biología. Se trata de la sanción mayor de hechos más graves, que el legislador considera razonablemente que lo son por constituir una manifestación específicamente lesiva de violencia y desigualdad.*

Sobre la base de ello, una línea jurisprudencial, STS 24NOV2009, considera que solo y exclusivamente cuando el hecho sea manifestación de la discriminación, de la situación de desigualdad y relaciones de poder del hombre sobre la mujer… (art. 1.1 de la Ley Integral) la

acción de violencia física en el seno de la pareja de la que resulte una lesión, amenaza o coacción leve para la mujer se considerará castigada en los arts. 153, 171 ó 172 del CP.

Considera necesario esta interpretación acreditar las circunstancias concurrentes al realizar la conducta típica, así como el *"animus"* que impulsaba la acción, entendiendo que nos encontramos ante un delito eminentemente doloso en el que la conducta típica debe ser manifestación de la discriminación, desigualdad, dominación y sometimiento que el sujeto activo impone sobre el sujeto pasivo, según el principio rector que informa la Ley Orgánica de la que emana el tipo delictivo. Paralelamente considera que el juez o tribunal se encuentra en la obligación de valorar la prueba practicada al efecto y verificar si concurren o no los elementos que configuran el delito, a su juicio.

Sin embargo, un sector doctrinal, concluye que en su opinión el tipo penal prevenido en el art. 153 en absoluto exige la concurrencia en el sujeto activo de ningún elemento específico subjetivo del injusto.

Refiere que en ninguna de las resoluciones dictadas por el Tribunal Supremo se afirma de modo explícito la existencia de este elemento subjetivo, distinto del dolo genérico.

Considera sin embargo que no es menos cierto que la exigencia de ese *animus* que impulsa la acción del sujeto puede dar lugar a entender que resulte también exigible que el propósito del sujeto activo al tiempo de protagonizar la agresión fuera *"su voluntad de sojuzgar a la pareja o de establecer o mantener una situación de dominación sobre la mujer"*.

A pesar de lo expuesto, la postura de la Fiscalía General del Estado a través de la Circular n.º 4/2005 "Relativa a los criterios de Aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género", es "entender que en las agresiones físicas o morales a la mujer está latente ese sentimiento de superioridad en la pareja del que aquéllas no son sino una forma de expresión".

Por ello, había que entender basándose en el art. 1.1. de la LOVG que "la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, están implícitas en la violencia que el hombre ejerce sobre la mujer que es o ha sido su pareja".

Por tanto se parte de que la ley ha tomado una opción que arranca de entender que esos peculiares actos de violencia *son por sí y sin más* actos de poder y superioridad, con independencia de la motivación o intencionalidad del agresor."

Parece ser que esta es la interpretación que está adoptándose por los Tribunales.

Sin embargo me asalta una pregunta que ocurre cuando hombre y mujer se involucran entre ellos en una agresión mutuamente consentida. ¿Estamos ante un delito de violencia de género y otro de violencia doméstica o simplemente ante dos faltas de lesiones?

Pues bien, es estos supuestos de la lectura de las Sentencias 428/2009 de 30 de septiembre de la Ilma. Audiencia Provincial de Barcelona, y de la sentencia 431/2013 de 22 de noviembre de 2013 de la Sección 1ª de la Ilma. Audiencia Provincial de Córdoba (Fundamento de derecho cuarto) se infiere que en casos como el contemplado debe entenderse que las agresiones recíprocas en la medida en que no existe asimetría no serían ubicables en el artículo 153, sino en el artículo 617.1 si el resultado, naturalmente, era constitutivo de falta.

IV. SUPUESTOS DISCUTIDOS.

Sobre estos extremos pude consultarse la Circular 6/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre criterios para la unidad de actuación especializada del ministerio fiscal en relación a la violencia sobre la mujer.

IV.1.- RELACIONES OCASIONALES O ESPORÁDICAS.

Los novios son distintos de las parejas "more uxorio", pero deben estimarse incluidos en el ámbito de protección.

Así el legislador del año 2003 reformó el artículo 173.2 del CP (referido a la violencia habitual) e introdujo "o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia" sin duda alguna se estaba refiriendo, entre otras, a las relaciones de noviazgo.

Diferente es el caso de las relaciones ocasionales o esporádicas, de simple amistad o basadas en un componente puramente sexual, o que no impliquen una relación de pareja. Estos casos no deben estimarse incluidos en el ámbito de protección.

IV.2.- LAS PAREJAS HOMOSEXUALES.

La Circular 4/2005, las incluía, a los efectos de tutela penal, en el apartado 2 del artículo 153, referido a la violencia doméstica, en el mismo sentido la STS 1068/2009 de 4 de noviembre y lo argumenta del siguiente modo: "ocurre, sin embargo,

- Que el tipo penal aplicado establece con meridiana claridad que el sujeto pasivo de la leve amenaza es la persona que sea o haya sido la esposa o mujer que esté o haya estado ligado al autor por una relación análoga de afectividad.

- No prevé la norma que la víctima pueda ser un individuo del sexo masculino.

- En nuestro caso, la relación de pareja sentimental se establece entre dos hombres, lo que escapa a la descripción típica, sin que le esté permitido a esta Sala hacer una interpretación extensiva de la norma, en perjuicio del reo".

IV.3.- LAS VÍCITMAS TRANSEXUALES

La Circular 4/2005 al delimitar el ámbito de aplicación de la LO 1/2004, entendía incluido en el apartado 1 del artículo 153 a las "parejas de distinto sexo formadas por transexuales reconocidos legalmente si el agresor es el varón y la víctima la mujer"

En este sentido ya se ha pronunciado la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Málaga (Rollo n° 206/10), a través de Auto dictado el día 3 de mayo de 2010.

Para ello se basa en que la prueba médico forense practicada permite determinar que el denunciante se encuentra intervenido quirúrgicamente de cambio de sexo y presenta "una identificación acusada y persistente con el sexo femenino". Y que "desde el punto de vista conductual y emocional el denunciante está más cerca del género femenino que del masculino".

Tras reconocer la Sala que el denunciante carece de documento oficial acreditativo dé su identidad ("que por otra parte no puede tramitar según manifiesta el interesado por carecer de nacionalidad española"), no aplicar al mismo la LO 1/2004, "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"

Por lo tanto, aun cuando la mujer transexual no haya acudido al Registro Civil para rectificar el asiento relativo a su sexo, si se acredita su condición de mujer a través de los informes médico-forenses e informes psicológicos por su identificación permanente con el sexo femenino, estas mujeres transexuales, nacionales y extranjeras, pueden ser consideradas como víctimas de violencia de género.

V.- LA DISPENSA DE LA OBLIGACIÓN DE DECLARAR (ARTÍCULOS 416 Y 707 DE LA LECRIM).

Establece el artículo 416.1 de la LECrim que "Están dispensados de la obligación de declarar:

1. Los parientes del procesado en líneas directa ascendente y descendente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil, así como los parientes a que se refiere el número 3 del artículo 261.

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 añade el artículo 707 del mismo cuerpo legal que "Todos los testigos que no se hallen privados del uso de su razón están obligados a declarar lo que supieren sobre lo que les fuere preguntado, con excepción de las personas expresadas en los artículos 416, 417 y 418, en sus respectivos casos..."

En los supuestos de violencia de género es frecuente que la víctima testigo y los testigos que se encuentran incluidos en el artículo 416.1 de la LECrim se acojan a dicha dispensa y salvo que se hayan practicado otras pruebas que permitan enervar la presunción de inocencia, la sentencia es absolutoria.

Para evitar estos mal llamados problemas, la doctrina ha preconizado la reforma de dichos preceptos de tal manera que cuando sea la víctima o el testigo que se encuentre comprendido en dicho precepto el que espontáneamente y voluntariamente denuncie los hechos que no sea de aplicación dicho precepto.

Incluso MAGRO SERVET señala que debería reformarse la LECrim para evitar estas situaciones, de tal manera que en los casos de Violencia de Género y de Violencia Doméstica en fase de instrucción se practique como prueba anticipada las declaraciones de la Víctima y testigos a los que fuese de aplicación la dispensa del artículo 416 de la LECrim y que por tanto no sean llamados a juicio, pues precisamente en este acto donde dichos testigos y Víctimas se acogen a la dispensa a no declarar en contra del acusado.

Sin embargo, pienso que el freno a dicha modificación o eliminación de la dispensa de declarar, quizás sea en que se pueda perjudicar a las víctimas o testigos de estos delitos, ya que bajo juramento o promesa de decir verdad es posible que faltaran a la misma por lo que habría de deducirse testimonio contra ellas por falso testimonio.

Otra cuestión a delimitar es

¿Qué ocurre si en el momento del juicio la relación conyugal de noviazgo o more uxorio ya ha finalizado?

En estos casos la jurisprudencia menor de la Audiencias Provinciales es titubeante, sin embargo conviene traer a colación la STS de 26 de marzo de 2009, ponente: Luciano Varela, FJ. 2º, que señala que *"... Pero la ruptura de la afectividad subsiguiente al cese de la convivencia no puede impedir que el llamado como testigo se acoja a la exención si la declaración compromete la intimidad familiar bajo la cual ocurrieron los hechos objeto de enjuiciamiento"*.

Este criterio no es mantenido en la sentencia posterior del Tribunal Supremo, número 17/2010, de 26-1-2010, ponente Diego Antonio Ramos Gancedo, que se alinea en la interpretación mayoritaria, según la cual no procede la dispensa cuando se ha roto la relación de parentesco.

Sin embargo el acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2013, señala que la exención de la obligación de declarar prevista en el art. 416.1 LECrim alcanza a las personas que están o han estado unidas por alguno de los vínculos a que se refiere el precepto.

Se exceptúan:

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

b) Supuestos en que el testigo esté personado como acusación en el proceso.

VI.- VERSIONES CONTRADICTORIAS.

Cuando nos encontramos ante versiones contradictorias. Sobre la declaración de la víctima de un delito la doctrina del Tribunal Constitucional ha establecido en reiterada doctrina que la declaración de la víctima puede ser tenida como cabal prueba de cargo, si tal declaración fue vertida en el proceso judicial con todas las garantías constitucionales y legales. Y en este mismo sentido la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que dicho testimonio ha de cumplir los siguientes requisitos:

1) **Ausencia de incredibilidad subjetiva** derivada de las relaciones acusado-víctima que pudieran conducir a la deducción de existencia de un móvil de resentimiento o enemistad que privase al testimonio de la aptitud para generar ese estado subjetivo de certidumbre en que la convicción judicial estriba esencialmente. **Falta de motivaciones espurias.**

2) **Verosimilitud** pues el testimonio ha de estar rodeado de ciertas **corroboraciones periféricas de carácter objetivo** que le doten de aptitud probatoria.

3) **Persistencia en la incriminación**, que ha de ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones.

VII.- DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA: QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA, MEDIDA CAUTELAR O DE SEGURIDAD.

Se modifica también el artículo 468 del código penal, en cuyo apartado 2º se fija la pena de prisión de 6 meses a 1 año a los quebrantaren una pena de las contempladas en el artículo 48 del código penal o una medida cautelar o de seguridad, de la misma naturaleza impuestas en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2.

Antes de analizar la jurisprudencia aplicable al caso es preciso recordar que el bien jurídico protegido es la Administración de Justicia, pues nos encontramos ante el quebrantamiento de una pena, medida de seguridad o medida cautelar adoptada por un Juzgado o Tribunal y que por tanto no es disponible para las partes (acusado o acusada y víctima protegida)

En cuanto a ello, la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha dictado numerosas sentencias, citando nosotros algunas de las relevantes.

Cuando se quebrantaba una medida cautelar estableció, en principio, la Sala Segunda del TS en su Sentencia de 26 de septiembre de 2005 que "... la reanudación de la convivencia acredita la desaparición de las circunstancias que justificaron la medida de alejamiento, por lo que ésta debe desaparecer y queda extinguida".

Tres resoluciones posteriores a la del año 2005 vuelven a abordar el quebrantamiento consentido y lo hacen en sentido opuesto.

a) La *STS de 20 de enero del año 2006*, que establecía: "El cumplimiento de una pena no puede quedar al arbitrio del condenado y lo mismo debe decirse de la medida de alejamiento como medida cautelar".

b) La *Sentencia de 19 de enero de 2007,* que afirma: "El consentimiento de la ofendida en este caso no podría eliminar la antijuricidad del hecho".

c) La Sentencia de la misma instancia *de 28 de septiembre de 2007,* que concluye que: "aun contando con la aceptación de la protegida, cuando se quebranta una medida de seguridad, o una pena ya impuesta, su cumplimiento no es disponible por nadie, ni aun tan siquiera por la propia víctima".

Posteriormente la Sala por Sentencia 654/2009, FJ 3º casa la sentencia de instancia que había absuelto al acusado en un supuesto incumplimiento de medida cautelar, de acuerdo con la tesis mantenida por la STS de 26 de septiembre de 2005. Nuevamente se hace hincapié, basándose en la Sentencia de 19 de enero de 2007*,* que es obligado el cumplimiento de la resolución judicial "lo que es una lógica exigencia del Estado de Derecho y, por supuesto de los principios de legalidad y de seguridad jurídica, cuya efectividad quedaría abolida si dicho cumplimiento quedase al arbitrio de las personas obligadas". En el mismo sentido la STS número 755/2009, de 13 de julio, señala que "... La voluntad de la víctima debe reputarse irrelevante"

*** ¿Qué solución que ha de adoptarse cuando se produce la comisión de los subtipos agravados de los artículos 173.2.2º, 153.3, 171.5 y 172.2.3º del Código Penal, por haberse cometido los hechos quebrantando una pena o medida de prohibición de aproximación o comunicación?**

- Debe estimarse que nos encontramos ante un supuesto de concurso de normas de dichos subtipos agravados con el delito de quebrantamiento de medida cautelar o de condena del artículo 468.2 del Código Penal,

- A resolver a favor de los referidos subtipos agravados, en virtud del principio de especialidad, que establece el artículo 8.1 del Código Penal,

- Pues lo contrario daría lugar a un *bis in idem*, proscrito en el ámbito penal.

Este es el criterio que ha venido manteniendo de forma constante y reiterada la Sección 27ª de la Audiencia Provincial de Madrid, (presente, entre otras, en las sentencias nº 459/09, de 14 de mayo y 634/09, de 15 de junio) y así lo entiende, también, la Circular de la Fiscalía General del Estado 4/2003, como la mayor parte de la doctrina.

VIII.- A MODO DE CONCLUSIÓN

Las medidas legislativas y procedimentales no pueden ser presentadas como la panacea que ha de solucionar el problema, pues desde el año 2004 las cifras no han disminuido.

La prioridad deben ser políticas sociales previas, acciones educativas y firmes inversiones para atenuar los efectos de semejantes conductas.

Por muy buena que sea una Ley todo lo dicho quedará en poca cosa, sino viene acompañado de decisiones sociales y políticas que den el impulso definitivo a la igualdad material.