



CONSEJO GENERAL
DEL PODER JUDICIAL

ESTUDIO SOBRE A APLICACIÓN DA LEI INTEGRAL POLAS AUDIENCIAS PROVINCIAIS

**ESTUDIO SOBRE
A APLICACIÓN DA
LEI INTEGRAL CONTRA A
VIOLENCIA DE XÉNERO
POLAS
AUDIENCIAS PROVINCIAIS**

**GRUPO DE EXPERTOS E EXPERTAS EN VIOLENCIA DOMÉSTICA E
DE XÉNERO DO CXPX (Setembro 2.009)**

Este estudio foi realizado polo Grupo de Expertos/as en Violencia Doméstica e de Xénero do CXPX, integrado polos/as maxistrados/as Pilar Alhambra Pérez, Vicente Magro Servet, M^a Jesús Millán de las Heras, María Tardón Olmos, María Isabel Tena Franco e Francisca Verdejo Torralba, así como polos/as maxistrados/as e letrados/as do CXPX Joaquín Delgado Martín e Paloma Marín López. Esta última coordinouno.

Foi aprobado polo referido Grupo de Expertos/as na súa xuntanza do 10 de setembro de 2009.

Quero expresar o meu agradecemento aos maxistrados e maxistradas que integran o Grupo de expertos do Observatorio contra a Violencia Doméstica e de Xénero. Grazas ao seu esforzo e dedicación contamos cun estudio de gran utilidade para unha primeira aproximación á interpretación e aplicación da Lei Orgánica 1/2004, de 28 de decembro, de Medidas de Protección Integral contra a Violencia de Xénero.

Transcorridos catro anos da entrada en funcionamento dos órganos xudiciais especializados, resulta imprescindible coñecer como están aplicando os nosos tribunais a nova normativa específica en violencia de xénero no ámbito da parella – normas procesuais e substantivas, penais e civís – co obxectivo de tomar coñecemento da resposta xudicial e realizar un diagnóstico que sirva para posibles propostas de melloras organizativas ou lexislativas.

O “Estudio sobre a aplicación da Lei Integral contra a Violencia de Xénero polas Audiencias Provinciais” é o resultado da análise dunha mostra significativa de sentencias ditadas polas Seccións penais especializadas en Violencia sobre a Muller das Audiencias Provinciais. Os indicadores empregados no estudio permiten desvelar aspectos importantes da actividade xudicial; así como as controversias xurídicas xurdidas con ocasión da interpretación dalgunhas normas.

Aspectos todos eles de interese. Sirvan como mostra os relativos á apreciación xudicial do testemuño da vítima como única proba de cargo; e tamén as diferentes interpretacións xurisprudenciais acerca da eficacia do consentemento da vítima

no quebrantamento das prohibicións xudiciais de aproximación ou comunicación. Abórdase, ademais, a repercusión e incidencia nesta materia de normas procesuais xenerais, como son a dispensa de declarar da testemuña parente, e o estudo complementase con datos sobre número de sentencias absolutorias ou de condena, delitos e penas máis comunmente aplicadas e incidencia das circunstancias modificativas da responsabilidade criminal neste fenómeno delituoso.

En definitiva, este traballo ten a virtualidade de presentar unha primeira radiografía da resposta xudicial tras a Lei Orgánica 1/2004, que non só estraga imaxinarios ou xeneralizacións carentes de sustente fáctico como o das eventuais “denuncias falsas” das mulleres; senón que tamén, e de maneira principal, ofrece elementos obxectivos para extraer conclusións útiles para o diagnóstico e propostas de mellora.

Un compromiso e un deber institucional que o artigo 9.2 da Constitución Española impón a todos os poderes públicos, cando nos obriga a remover os obstáculos que impiden ou dificultan a igualdade e liberdade real e efectiva de homes e mulleres.

***Inmaculada Montalbán Huertas
Vocal do Consello Xeneral do Poder Xudicial
Presidenta da Comisión de Igualdade e do Observatorio contra a
Violencia Doméstica e de Xénero.***

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN.....	5
II. RESULTADOS DO ESTUDIO.....	12
II.1. DISTRIBUCIÓN DAS RESOLUCIÓN S	12
II.2. SENTIDO DO FALLO.....	13
II.3. SOBRE OS TIPOS PENAIS OBXECTO DE CONDENA E DE ABSOLUCIÓN.....	14
II.4. MOTIVOS DE ABSOLUCIÓN	17
II.4.1. Introducción.....	18
II.4.2. Supostos nos que non é posible determinar as razóns da absolución	19
II.4.3. Absolución por falta de proba bastante (con declaración da vítima).....	22
II.4.4. Absolución por falta de probas (sen declaracións da vítima).....	23
II.4.5. Absolucións por delito de quebrantamento de Condena y de medida preventiva, por mediar consentimento da vítima	24
II.4.6. Absolución baseada na ausencia do elemento finalístico	25
II.4.7. Outras causas.....	26
II.4.8. Sentencias ditadas en única instancia polas Audiencias Provinciais.....	27
II.5. VALORACIÓN DA DECLARACIÓN DA VÍTIMA COMO ÚNICA PROBA DE CARGO.....	32
II.5.1. Introducción	32
II.5.2. Análise de conxunto.....	33
II.5.3. Especial referencia ao contido das sentencias	34
II.5.4. A modo de resumen.....	37
II.6. VINCULACIÓN DO ARTIGO 1 DA LEI ORGÁNICA 1/2.004, DE 28 DE DECEMBRO DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA A VIOLENCIA DE XÉNERO COS TIPOS PENAIS	39
II.6.1. Introducción	39
II.6.2. Análise dos diferentes criterios interpretativos	40
II.7. CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DA RESPONSABILIDADE CRIMINAL TIDAS EN CONTA NAS SENTENCIAS DAS AUDIENCIAS PROVINCIAIS.....	52
II.7.1. CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES.....	52
II.7.1.1. Adicción a sustancia.....	53
A) Xeral.....	53
B) Embriaguez	54

II.7.1.2. Reparación do dano.....	54
A) Xeral.....	54
B) Circunstancia moi cualificada.....	55
II.7.1.3. Confesión	56
II.7.2. CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES.....	57
II.7.2.1. A circunstancia de parentesco.....	57
A) Circunstancia inherente ao tipo penal.....	58
B) Circunstancia modificativa.....	58
C) A súa incidencia nos supostos de falta de afectividade.....	59
II.7.2.2. La reincidencia.....	60
II.7.2.3. O abuso de confianza.....	61
II.7.2.4. O abuso de superioridade.....	62
II.7.3. CIRCUNSTANCIAS EXIMENTES.....	63
II.7.3.1. A alteración psíquica.....	64
II.7.3.2. A intoxicación.....	64
II.8. APLICACIÓN DO ARTIGO 468 CP: EFECTOS DO CONSENTIMENTO DA VÍTIMA NA CONTINUACIÓN DA CONVIVENCIA, EXISTINDO ORDE DE AFASTAMENTO (PENA O MEDIDA).....	66
II.8.1. Introducción	66
II.8.2. Análise dos diferentes criterios interpretativos.....	68
II.9. APLICACIÓN DA “ANÁLOGA RELACIÓN DE AFECTIVIDADE” SEN CONVIVENCIA PARA INCLUÍR OU EXCLUÍR A APLICACIÓN DA LEI INTEGRAL	73
II.9.1. Introducción	73
II.9.2. Interpretación da expresión “análoga relación de afectividade, aínda que sen convivencia”.....	74
II.9.3. Análise dos diferentes criterios interpretativos.....	75
II.10. PENAS IMPOSTAS DIFERENTES Á DE PRISIÓN.....	78
II.10.1. Introducción	78
II.10.2. Penas fixadas no texto legal a impoñer nos preceptos penais de maior aplicación na violencia de xénero.....	79
II.10.3. Orzamentos de base.....	80
II.11. SOBRE AS SUPOSTAS DENUNCIAS FALSAS DAS MULLERES.....	85
II.11.1. Introducción	85
II.11.2. Análise das sentencias obxecto de estudio nesta materia	88
II.12. MOTIVOS DE NULIDADE, DE APRECIARSE.....	94
II.12.1. En relación coa dispensa de declarar.....	94
II.12.2. Denegación de proba en primeira instancia e falta de suspensión do xuízo.....	98
II.12.3. Outros motivos de nulidade.....	99
III. CONCLUSIÓNS.....	100

I. INTRODUCCIÓN

Nos últimos anos, o Grupo de Expertos/as en Violencia Doméstica e de Xénero do Consello Xeral do Poder Xudicial asumiu o estudio e análise de resolucións xudiciais referidas ás manifestacións máis graves desta violencia, co obxecto de mellorar o coñecemento dunha das facetas –a resposta xudicial– do fenómeno criminal que se agrupou inicialmente baixo o nome xenérico de “violencia doméstica” e do que, especificamente, con posterioridade se entendeu e tipificou como “violencia de xénero”, neste caso no ámbito da relación de parella ou ex-parella.

Esta específica labor centrouse, ata agora, na análise das sentencias ditadas polos Tribunais do Xurado de España, relativas a homicidios ou asasinatos consumados entre membros da parella ou ex-parella, cristalizando en tres estudos. Os dous primeiros viron a luz ao longo de 2.008 e o terceiro recentemente, no mes de xullo de 2.009.

O primeiro referiuse á totalidade de sentencias ditadas polos Tribunais do Xurado no período comprendido entre 2.001 e 2.005. O segundo, iniciando estudos de periodicidade anual nesta materia, asumiu o estudio das ditadas en 2.006. O terceiro abordou a análise das sentencias ditadas neste ámbito en 2.007 tanto polos Tribunais do Xurado como polas Audiencias Provinciais. Todos eles concluíron de forma inequívoca en que tamén a violencia con resultado de morte no ámbito da parella ou ex-parella é, fundamentalmente, violencia de xénero: o 94,49% dos autores dos homicidios e asasinatos consumados, axuizados e sentenciados entre 2.001 e 2.005, foron varóns. Esta porcentaxe ascende ao 97% dos casos sentenciados en 2.006, descendendo ao 77% dos supostos sentenciados en 2.007 polos órganos referidos.

Durante a realización dos primeiros estudos, no Grupo de Expertos/as conviñemos en que, unha vez transcorrido un certo período de aplicación da última reforma lexislativa nesta materia, a Lei Orgánica 1/2.004, de 28 de decembre, de Medidas de Protección Integral contra a Violencia de Xénero (en adiante, Lei Integral), que introduce cambios de gran calado na forma de enfrontarse a esta violencia específica, deberían efectuarse periodicamente estudos sobre determinados aspectos da súa aplicación, co obxecto de coñecer a resposta xudicial fronte a este fenómeno criminal.

O estudo que agora se presenta corresponde á primeira aproximación que efectuamos á aplicación xudicial da Lei Integral, incluída a influencia no resultado de tal aplicación de normas procesuais que xa existían previamente, a partir dunha mostra representativa de resolucións.

Inicialmente, tivemos que decantarnos sobre dous extremos: a selección da mostra obxecto de estudio e as materias que o integrarían.

En canto ao primeiro, contabamos coa inestimable colaboración do Centro de Documentación Xudicial (Cendox), que ten unha magnífica base de datos de resolucións xudiciais que puña á nosa disposición.

Respecto ao concreto obxecto de estudio das sentencias correspondentes á mostra seleccionada, dende o primeiro momento decidimos centrarnos exclusivamente nalgúns dos aspectos da súa aplicación, sabendo que este estudo non esgotaría os diferentes problemas que xurdiron nesta labor. Estes poderán seguir sendo abordados en posteriores estudos.

A base de datos do Cendox presentaba, non obstante, dúas limitacións.

A primeira, que só podía ofrecer resolucións de órganos colexiados, en concreto e polo que fai referencia ao presente estudio, sentencias das Audiencias Provinciais, ditadas tanto en apelación (neste caso, quer contra sentencias de xuízos de faltas, quer contra sentencias dos Xulgados do Penal que axuizasen delitos), como ditadas en única instancia, respecto dos delitos que levan aparellada pena privativa de liberdade superior a cinco anos.

As ditadas en apelación permiten coñecer a aplicación da Lei Integral polos Xulgados de Violencia sobre a Muller, respecto dos xuízos de faltas, e polos Xulgados do Penal, encargados do groso do axuizamento dos delitos de violencia de xénero, pero só en tanto que o relato de feitos probados, as argumentacións xurídicas e a parte dispositiva completa da sentenza ditada en primeira instancia se recollan na sentenza de apelación, o que non se produce na totalidade de casos. Isto ten relevancia, ao constituír as sentencias de apelación o 95,48% da mostra obxecto de estudo. Si permitía, en todo caso, coñecer a aplicación en profundidade da Lei Integral nos delitos máis graves de violencia de xénero, cuxo axuizamento corresponde, en única instancia, ás Audiencias Provinciais.

A segunda limitación viña dada polo feito de que, aínda a día de hoxe, o Cendox non conta co 100% das resolucións ditadas por órganos colexiados.

Malia o anterior, partindo de que a base de datos do Centro de Documentación Xudicial permitía contar coa maior información posible que puidese obterse en canto a estas resolucións, e descartándose a realización dun traballo de campo na totalidade ou nunha parte representativa de órganos xurisdiccionais, solicitouse daquel a remisión de todas as que obrasen nas súas bases penais, correspondentes a órganos colexiados (Audiencias Provinciais) en materia de violencia de xénero, no período comprendido entre o 1 de xaneiro de 2.007 e o 31 de marzo de 2.008. Deste xeito, pretendíamos coñecer a aplicación da Lei Integral, consolidada unha vez transcorrido certo tempo dende a súa entrada en vigor, evitando incorporar interpretacións iniciais que non se mantivesen no tempo. Igualmente, e partindo de que en non poucos casos a resposta xudicial se producía, sobre todo con anterioridade, con dilacións non desexadas, pretendíamos limitar ao máximo a remisión de resolucións que, ditadas trala entrada en vigor dos Títulos IV e V da Lei Integral, estivesen referidas a feitos producidos con anterioridade, o que esixe aplicar a lei vixente no momento dos feitos. O estudo, como se sinalou, pretendía coñecer a aplicación da Lei Integral, o que só se podía efectuar a partir de resolucións que axuizasen feitos cometidos trala súa entrada en vigor.

A pesar de que o criterio temporal seleccionado perseguía evitar a recepción de resolucións que non fosen a ser obxecto de estudo, polos criterios sinalados, algunhas das recibidas, sen embargo, tiveron que ser excluídas a posteriori, ao comprobarse que non axuizaban feitos susceptibles de subsumirse na nova regulación.

Recibida a totalidade de resolucións penais localizadas nas bases de datos do Cendox nesta materia no período referido, solicitamos da Sección de Estudos Sociolóxicos e Estatísticos do Consello Xeral do Poder Xudicial que fixase a metodoloxía adecuada que permitise chegar a unha mostra de estudo que puidese considerarse fiable e representativa da labor das Seccións Penais Especializadas en Violencia sobre a Muller das nosas Audiencias Provinciais.

A ficha técnica da mostra de sentencias a analizar, elaborada pola referida Sección, valoraba o número de resolucións ditadas no período obxecto de estudo (7.691, segundo información resultante dos boletíns xudiciais estatísticos no momento de recepción das resolucións) e o de sentencias recibidas (1.653). Para determinar o tamaño da mostra, de xeito que a selección a realizar ofrecese o maior nivel de confianza, a Sección de Estudos Sociolóxicos e Estatísticos estableceu que 580 sentencias outorgarían un nivel de confianza do 99% e un erro relativo á mostra do 2%, o que se considera extraordinariamente representativo.

Fixado o número da mostra, a distribución provincial da cifra total da mesma realizouse atendendo a dous parámetros: o número total de sentencias penais ditadas en toda España por violencia de xénero (en grado de apelación contra faltas e delitos de violencia de xénero e en única instancia polas Audiencias Provinciais) e o de sentencias ditadas en cada Audiencia Provincial, en ambos os dous casos referidas ao período indicado. Para efectuar un cálculo o máis axustado posible a ambos os dous parámetros e por motivos de redondeo, a mostra final elevouse a 606 sentencias. O reparto provincial da mostra foi o resultado de dividir esta cifra entre o peso que ten cada provincia en resolucións e sentencias.

A efectos de obter aleatoriamente os números concretos de sentencias a analizar en cada provincia, partíase do feito de que as sentencias remitidas polo Centro de Documentación Xudicial estaban numeradas correlativamente por orde provincial do 1 ao 1.653. As sentencias seleccionadas son o resultado de calcular tantos números aleatorios por tramos como mostra teña asignada a respectiva provincia.

A mostra obxecto de estudio quedou fixada do seguinte xeito:

	<u>Mostra</u>		<u>Mostra</u>
ÁLAVA	3	A RIOXA	2
ALBACETE	1	AS PALMAS	19
ALICANTE	50	LEÓN	5
ALMERÍA	10	LUGO	1
ASTURIAS	15	LLEIDA	4
ÁVILA	2	MADRID	151
BADAXOZ	3	MÁLAGA	3
BALEARES	0	MURCIA	14
BARCELONA	105	NAVARRA	4
BURGOS	6	OURENSE	0
CÁCERES	1	PALENCIA	0
CÁDIZ	21	PONTEVEDRA	10
CANTABRIA	7	SALAMANCA	0
CASTELLÓN	3	SANTA CRUZ DE TENERIFE	13
CIUDAD REAL	6	SEGOVIA	0
CÓRDOBA	1	SEVILLA	12
CORUÑA (A)	6	SORIA	0
CUENCA	2	TARRAGONA	2
XIRONA	19	TERUEL	0
GRANADA	18	TOLEDO	3
GUADALAXARA	0	VALENCIA	25
GUIPUZCOA	3	VALLADOLID	6
HUELVA	3	VISCAIA	21
HUESCA	1	ZAMORA	1
JAÉN	5	ZARAGOZA	19
		TOTAL	606

O estudo iniciouse, por tanto, sobre 606 sentencias. Ao longo do mesmo excluíronse 76, quer por non corresponder o pronunciamento coa violencia de xénero regulada pola Lei Integral, quer por terse executado os feitos antes da súa entrada en vigor. O coñecemento que se pretendía obter, como se sinalou, era respecto da aplicación da Lei Integral, non respecto á resposta xudicial fronte á violencia de xénero antes desta última modificación. Esta, tempo atrás, fora abordada en estudos anteriores, encomendados ao Laboratorio de Socioloxía Xurídica da Universidade de Zaragoza. Por isto, finalmente, foron 530 as sentencias analizadas. Este número mantense, segundo a Sección de Estudos Sociolóxicos e Estatísticos, un nivel de confianza do 99% e un erro respecto a mostra do 2,145%. Polo tanto, permite analizar, con grandes doses de fiabilidade, á aplicación xudicial da Lei Integral en toda España, respecto dos extremos obxecto de estudo.

O obxecto da investigación centrouse nos seguintes extremos:

1. Tipos penais obxecto de condena ou absolución, coa exclusiva finalidade de poder referir a eles os diferentes aspectos abordados.
2. Os motivos da absolución.
3. A valoración da declaración da vítima cando se presentaba como única proba de cargo en xuízo oral.
4. Analizar que resolucións esixían ou excluían un elemento subxectivo nos tipos penais, o ánimo de discriminar, que o lexislador non incorporara á descrición dos diferentes tipos penais pero do que se coñecía que algúns Tribunais reclamaban como elemento do tipo, fundamentándoo no artigo 1 da Lei Integral.
5. As concretas circunstancias modificativas da responsabilidade criminal apreciadas nas sentencias de condena.
6. Os efectos do consentimento da vítima na continuación da convivencia, existindo prohibición de aproximación (pena ou medida), de cara á punición ou absolución polo tipo do artigo 468 do Código Penal.

7. A interpretación da “análoga relación de afectividade” sen convivencia, á que se refiren algúns tipos penais, para incluír ou excluír a aplicación da Lei Integral.

8. As penas impostas nas sentencias de condena diferentes da privativa de liberdade.

9. A posible referencia á existencia de denuncias falsas nas resolucións ditadas.

10. A existencia de motivos de nulidade nas sentencias ditadas en primeira instancia, de apreciarse pola Audiencia Provincial.

II. RESULTADOS DO ESTUDIO

II.1. DISTRIBUCIÓN DAS RESOLUCIÓN

Das 530 sentencias que integraron a mostra total obxecto de estudio, 34 (un 6,42%) corresponden a apelacións contra sentencias ditadas en xuízos de faltas; 472 (un 89,06%) corresponden a apelacións contra sentencias ditadas en procedementos abreviados polos Xulgados do Penal e 24 (un 4,53%) son sentencias ditadas en única instancia polas Audiencias Provinciais.



II.2. SENTIDO DO FALLO

O sentido do pronunciamento final do axuizamento de infraccións penais vinculadas coa violencia de xénero, expresado nas resolucións das Audiencias Provinciais, é de condena, respecto dunha ou varias infraccións, nun 84,91%, correspondente a 450 sentencias. Hai un 1,89% (correspondente a 10 sentencias) que declaran a nulidade da sentenza apelada. O resto -70 sentencias, un 13,20%- corresponde a sentencias absolutorias.

31 de las sentencias estudiadas, un 5,85% do total, conteñen tanto un pronunciamento de condena, respecto de determinadas infraccións, como de absolución, respecto de outras. Incorporando esta matización, os datos numéricos e porcentuais son os seguintes:



II.3. SOBRE OS TIPOS PENAIS OBXECTO DE CONDENA E DE ABSOLUCIÓN

O delito polo que se formulou acusación en maior número de casos e que, por tanto, foi en maior grao obxecto de condena ou de absolución é o definido no artigo 153 do Código Penal, que tipifica o menoscabo psíquico ou a lesión que non requira tratamento médico ou cirúrxico ou o maltrato de obra sen causar lesión. Respecto dos tipos penais obxecto de condena nas 450 resolucións deste signo, un 59,33% (267) das sentencias condenatorias o son por este delito, que pode concorrer con outros.

En canto ás sentencias absolutorias, un 65,35% do total delas absolven deste delito, sen prexuízo de condenar ou absolver por outras infraccións.

O segundo delito, en termos cuantitativos, obxecto de condena no maior número de casos, é o de ameazas leves, un 21,78% (98 sentencias), seguido do de quebrantamento de pena ou medida preventiva, ditadas para a protección das vítimas de violencia de xénero, un 10,22% (46 sentencias).

En canto aos pronunciamentos absolutorios, estes dous últimos delitos son ademais os que, tamén en segundo e terceiro lugar, mereceron pronunciamentos deste signo, aínda que alterándose a orde: o segundo delito, en termos cuantitativos, que máis pronunciamentos absolutorios comportou é o de quebrantamento de pena ou medida preventiva ditadas para a protección das vítimas de violencia de xénero, un 25,74% (26 sentencias), del total de absolutorias, seguido do de ameazas leves, un 22,77% (23 sentencias).

Outros tipos delituosos resultaron de aplicación en moita menor porcentaxe. Así, o delito de violencia habitual é obxecto de condena no 6,22% de sentencias condenatorias e de absolución no 11,88% do total das deste signo. Moi por detrás, a acusación por delito de lesións –incluíndo os supostos de maior significación, con resultado de deformidade- significa un 4% das condenas e un 0,99% -1 sentencia- das absolucións. Outro 2,67% das sentencias de condena o son, polo menos, por delitos de coaccións leves, infracción que supón un 5,94% do total das absolucións.

As condenas por delitos de homicidio supoñen un 1,11% dos pronunciamentos deste signo.

Por debaixo do 1% atópanse as condenas por delitos contra a liberdade e indemnidade sexuais (un 0,89%, que, sen embargo, supoñen un 2,97% do total das absolutorias) e relativos á privación arbitraria de liberdade (un 0,44%, que, pola súa banda, supón un 1,98% do total das de signo contrario).

Atópanse igualmente por debaixo do limiar do 1% as absolucíons polo delito de homicidio, concretamente unha única sentenza, equivalente a un 0,99% do total das absolutorias.

En ocasións, a limitación sinalada con anterioridade, respecto da ausencia de incorporación nas sentencias ditadas en apelación do relato de feitos declarados probados, non permite coñecer, en tanto que este se atope ausente, os feitos polos que foi condenado o autor ou respecto dos que obtivo un pronunciamento absolutorio, o que aparece reforzado pola diversificación na denominación dos tipos delituosos que efectúan as sentencias (delito de violencia de xénero, delito de violencia contra a muller, delito de violencia doméstica do artigo 153.1 CP, delito de violencia no ámbito familiar, lesións no ámbito familiar, delito agravado de violencia de xénero, delito de maltrato, delito agravado de violencia doméstica psíquica habitual, delito de violencia doméstica simple e agravado...), sen explícita referencia a un tipo penal ou a un precepto concretos. Isto resulta extensivo aos supostos de condena ou de absolución polo delito do artigo 468 do Código Penal, nos que a falta de incorporación do relato de feitos probados, cando se produce, impide coñecer se o pronunciamento, calquera que sexa, vai referido a quebrantamento de pena ou a quebrantamento de medida preventiva.

Os seguintes cadros reflicten o número de sentencias, coas súas porcentaxes correspondentes, que se pronunciaron na mostra analizada, para condenar ou para absolver, sobre os delitos de violencia de xénero.

Igualmente recollen os pronunciamentos sobre faltas, que en non poucas ocasións reflicten a menor gravidade atribuída en sede xudicial aos feitos denunciados e que, noutras, acompañan á condena por outros delitos.

1 - TIPOS PENALES											
TIPOS PENALES CONDENA						TIPOS PENALES ABSOLUCIÓN					
1.1) - ART. 153	267	1.9) - Lesiones al feto		1.13) - ART. 153	66	1.21) - Lesiones al feto		1.14) - ART. 171	23	1.22) - contra la libertad e indemnidad sexuales	3
1.2) - ART. 171	98	1.10) - contra la libertad e indemnidad sexuales	4	1.15) - ART. 172	6	1.23) - Privación arbitraria libertad	2	1.16) - ART. 468	26	1.24) - Otros (Desglosar)	
1.3) - ART. 172	12	1.11) - Privación arbitraria libertad	2	1.17) - ART. 173	12	FALTAS		1.18) - Homicidio	1	ALLANAMIENTO	1
1.4) - ART. 468	46	1.12) - Otros (Desglosar)		1.19) - Aborto		617:	2	1.20) - Lesiones	1	DAÑOS	1
1.5) - ART. 173	28	FALTAS		1.21) - Lesiones	1	618:	1			Delito Hurto:	2
1.6) - Homicidio	5	D. AMENAZAS	1			620:	53			Delito INJURIAS:	1
1.7) - Aborto		D. LESIONES	3			625:	3			563:	1
1.8) - Lesiones	15	D. continuado de daños	1								

1 - TIPOS PENALES											
Porcentaje calculado sobre sentencias CONDENATORIAS						Porcentaje calculado sobre sentencias ABSOLUTORIAS					
TIPOS PENALES CONDENA						TIPOS PENALES ABSOLUCIÓN					
1.1) - ART. 153	59,33%	1.9) - Lesiones al feto		1.13) - ART. 153	65,35%	1.21) - Lesiones al feto		1.14) - ART. 171	22,77%	1.22) - contra la libertad e indemnidad sexuales	2,97%
1.2) - ART. 171	21,78%	1.10) - contra la libertad e indemnidad sexuales	0,89%	1.15) - ART. 172	5,94%	1.23) - Privación arbitraria libertad	1,98%	1.16) - ART. 468	25,74%	1.24) - Otros (Desglosar)	
1.3) - ART. 172	2,67%	1.11) - Privación arbitraria libertad	0,44%	1.17) - ART. 173	11,88%	FALTAS		1.18) - Homicidio	0,99%	ALLANAMIENTO	0,99%
1.4) - ART. 468	10,22%	1.12) - Otros (Desglosar)		1.19) - Aborto		617:	1,98%	1.20) - Lesiones	0,99%	DAÑOS	0,99%
1.5) - ART. 173	6,22%	FALTAS				618:	0,99%			Delito Hurto:	1,98%
1.6) - Homicidio	1,11%	D. AMENAZAS	0,22%			620:	11,78%			Delito INJURIA:	0,99%
1.7) - Aborto		D. LESIONES	0,67%			625:	0,67%			563:	0,99%
1.8) - Lesiones	3,33%	D. continuado de daños	0,22%								

Cómpre sinalar, finalmente, que, na anterior relación, non se computaron, como infraccións penais obxecto deste estudo, cando existen pronunciamentos relativos aos delitos de resistencia ou desobediencia á autoridade, nos casos de ausencia de reprodución do relato de feitos probados, algunhas, como a falta de danos, das que cómpre deducir razoablemente, nestes supostos, a súa exclusión do campo de protección directa da Lei Integral.

II.4. MOTIVOS DE ABSOLUCIÓN

Coñecer os motivos da absolución –de especial incidencia cuantitativa nas resolucións ditadas polos Xulgados do Penal– constituía unha finalidade importante do estudio que se presenta. Para isto, prevíronse, inicialmente, na ficha elaborada, diversos factores que podían conducir ao devandito pronunciamento.

Especificamente, pretendíase coñecer a incidencia do emprego da dispensa a declarar que, entre determinados parentes, posibilita o artigo 416 da Lei de Axuizamento Criminal e que, a partir da contemplación da violencia de xénero, adquiriu un significado específico do que carece cando os bens protexidos polo ordenamento xurídico son doutra natureza.

Para isto, diversificouse o máis posible o abano de posibilidades que xurdían da aplicación do mencionado precepto, incluíndo un apartado, relativo a falta absoluta de probas, que permitía recoller os pronunciamentos que se referisen a este extremo, dende os supostos nos que a vítima non quixese denunciar, iniciándose as actuacións pola existencia doutros indicios, ata aqueles nos que o Tribunal valorase a inexistencia de probas, a pesar da actividade de instrución despregada anteriormente e que fundamentaría a apertura do xuízo oral.

O baseamento da absolución noutros motivos, por exemplo pola aplicación do principio “*in dubio pro reo*”, non se recolleu expresamente como tal na ficha, sen prexuízo de que puidese aflorar nos comentarios efectuados ás sentencias analizadas.

Os resultados obtidos nesta materia do estudio efectuado son:

2 - INDAGAR MOTIVOS ABSOLUCIÓN	
2.A) - ART. 416 LECRIM 2.A.1) - Absolución por acogerse dispensa no declarar en J.Oral	11
2.A.2) - Se prioriza silencio J.Oral sobre la denuncia inicial	2
2.B) - Retracciones en J.Oral respecto de anterior denuncia motivan absolución	4
2.C) - Por constar sólo la declaración inculpativa de la víctima, sin corroboraciones periféricas	12
2.D) - En su caso, por falta absoluta de pruebas	13

II.4.1. Introducción

É realmente difícil atopar na actualidade un ordenamento xurídico que, como o español, contemplase na súa normativa interna, con maior fidelidade, os principios e mandatos dos diferentes Instrumentos e Tratados Internacionais que nos últimos trinta anos, aproximadamente, se ocuparon da loita para a eliminación da violencia exercida sobre as mulleres, achicando ata o seu formal supresión os espazos de impiedade de calquera actuación que poida resultar expresión da violencia de xénero e deseñando un sistema de protección máis completo para as mulleres vítimas deste tipo de violencia.

O estudo en profundidade dos feitos que configuran os delitos e faltas que constitúen a expresión da violencia de xénero evidencian unha realidade específica que, a día de hoxe, aínda que non se dese coa clave para erradicala a curto prazo, si permite o coñecemento, perfectamente, dos seus perfiles máis característicos. Unha realidade social que explica por que as vítimas destas agresións “colaboran” cos seus agresores, facilitándolles a súa actuación, encubrindoos, defendéndoos, e asumindo uns riscos inexplicables para un observador externo e alleo ao proceso, sen parangón en ningún outro ámbito de relación humana.

Así, en ningún outro tipo de delitos aparece a circunstancia de que a vítima non se limita a perdoar ao seu agresor: máis alá disto, cúlcase da súa propia agresión, e, inmersa no que se deu en chamar “o ciclo da violencia”, móvese nunha situación permanente de agresión-denuncia-arrepentimento-agresión, que supón, en moitos casos, que a mesma termine por encontrarse nun auténtico calexa sen saída: interpón unha denuncia, retíraa, retráctase, acóllese á dispensa de declarar contra o seu agresor, que prevé para os parentes a lexislación procesual...

En fin, toda unha carreira de obstáculos para unha vítima tan especialmente vulnerable como a que xeran estes delitos, que a pode levar a querer apartarse do procedemento.

Todo isto ten, evidentemente, o seu reflexo directo no resultado das causas penais derivadas destes feitos, que, como é obvio, teñen que adaptarse aos principios irrenunciabes na materia e garantir a plenitude dos dereitos dos que puidesen resultar imputados por algún destes delitos, singularmente o dereito á presunción de inocencia que consagra o artigo 24.2 da Constitución Española.

Do mesmo xeito, a específica natureza destes delitos, moitas veces cometidos na intimidade de agresor e vítima, fan que, nestas ocasións, só se poida contar, no mellor dos casos, cunha complexa proba indiciaria ou coas soas declaracións da vítima.

Da conxugación destas actitudes e esixencias derivan na súa meirande parte as sentencias absolutorias que aquí se examinaron, que corresponden maioritariamente a sentencias ditadas polas Audiencias Provinciais na resolución de recursos de apelación. Só 6 das sentencias absolutorias foron ditadas por estes últimos órganos en fase de axuizamento.

II.4.2. Supostos nos que non é posible determinar as razóns da absolución

Cómpre advertir, en primeiro lugar, que, nun importante número de supostos, non resulta posible determinar cales foron as causas que levaron á absolución total ou parcial dos acusados, nas sentencias de diferentes Audiencias Provinciais que resolven os recursos de apelación, quer polas sucintas razóns en que a fundamentan, quer porque estas se centran noutros diversos aspectos sometidos a debate. Así sucede en 23 das sentencias analizadas.

En 13 das deste grupo, a causa de que non poida chegar a determinarse o motivo que levou a decretar a absolución é que a desestimación dos recursos sustentouse, exclusivamente, na doutrina constitucional derivada da Sentencia do Tribunal Constitucional número 167/2.002.

A partir desta, os criterios restritivos que introduce sobre a extensión do control do recurso de apelación víronse reafirmados e reforzados en resolucións posteriores do mesmo Tribunal, como as Sentencias números 41/2.003, de 27 de febreiro; 68/2.003, de 9 de abril; 118/2.003, de 16 de xuño; 189/2.003, de 27 de outubro;

192/2.004, de 2 de novembro, 65/2.005, de 14 de marzo, 338/2.005, de 20 de decembro, ou 11/2.007, de 15 de xaneiro.

Conforme esta doutrina, malia a extensa posibilidade revisora do Tribunal de apelación, cando se ditou unha sentenza absolutoria na primeira instancia e se solicita na alzada a condena do acusado, esta non pode acordarse baseándose nas declaracións de testemuñas, peritos e acusados se o Tribunal non presenciou as devanditas probas baixo os principios de publicidade, inmediación e contradición e a pretendida condena debe basearse nunha nova valoración deses elementos probatorios que leve a modificar os feitos probados. Trátase, con isto, de adaptar a interpretación constitucional do dereito a un proceso con todas as garantías ás esixencias do artigo 6.1 do Convenio europeo para a protección dos dereitos humanos e as liberdades públicas, na interpretación que de el vén facendo o Tribunal Europeo de Dereitos Humanos. Este vén afirmando que, cando o órgano de apelación ten que pronunciarse globalmente sobre a culpabilidade ou inocencia do acusado, a apelación non pode resolverse sen un exame directo e persoal do acusado que nega ter cometido o feito.

Por esta razón, o noso Tribunal Constitucional, en sentencias como as citadas, entre outras moitas, vén apreciando a vulneración do dereito ao proceso con todas as garantías cando se produce, sen práctica de nova proba, a revogación en segunda instancia dunha sentenza penal absolutoria e a súa substitución por outra condenatoria, tras realizar unha nova valoración e ponderación dos testemuños de acusados e testemuñas na que se fundamenta a modificación do relato de feitos probados. E isto con base en que a condena require que esa nova valoración destes medios de proba se efectúe cun exame directo e persoal dos acusados e testemuñas, nun debate público no que se respecte a posibilidade de contradición.

Cómpre non esquecer tampouco, e isto é aínda máis relevante, que, na maior parte das sentencias deste tipo, enténdese que a repetición de probas non sería legalmente posible, a teor das restricións que impón o artigo 790.3 da Lei Procesual Penal. Este precepto, en efecto, prevé que, no recurso de apelación, poderá o recorrente propoñer a práctica das dilixencias de proba *“que non puido propoñer na primeira instancia, das propostas que lle foron indebidamente denegadas, sempre que formulase no seu momento a oportuna protesta, e das admitidas que non foron practicadas por causas que non lle sexan imputables”*.

Mesmo o propio Tribunal determina, na súa recente Sentencia da Sala Primeira, de 21 de maio de 2.009, no recurso de amparo 8.457/2.006, tras reiterar a doutrina que se acaba de enunciar, que a inmediación non pode substituírse polo visionado polo Tribunal de apelación da gravación audiovisual do xuízo oral celebrado na primeira instancia. E isto, no tocante á inmediación, en relación coas probas caracterizadas pola oralidade, é dicir, as declaracións, calquera que sexa o concepto no que se presten, supón o contacto directo coa fonte de proba, o seu exame persoal e directo, que implica a concorrencia temporo-espacial do que declara e ante o que se declara.

Consecuentemente, a única posibilidade de alteración dos feitos probados, nestes supostos, non pode realizarse substituíndo ao órgano de axuízamento na valoración dos medios probatorios, cuxa apreciación require inmediación, senón que debe proxectarse sobre a corrección ou coherencia do razoamento empregado na valoración da proba. Así, a función do Tribunal de apelación non consiste en axuízar o resultado alcanzado, senón en efectuar o control externo do razoamento lóxico seguido para chegar a el. É dicir, só poderá deixarse sen efecto a apreciación das probas persoais practicadas na instancia cando o razoamento probatorio alcanzado polo xulgador *a quo*, quer vulnere o dereito á tutela xudicial efectiva, quer alcance unha conclusión que resulte absurda, ou cando o fallo sexa irracional ou incongruente con relación aos feitos alí declarados probados, ou quer, no seu caso, que o fallo ditado fose arbitrario.

En 9 das sentencias analizadas, a imposibilidade de determinar as razóns da absolución deriva do feito de que, ao recorrer unicamente o condenado, a motivación da sentencia de apelación céntrase no exame dos motivos do recurso, sen entrar a valorar as razóns que determinaron a absolución parcial do mesmo respecto do resto de infraccións penais polas que viña acusado na primeira instancia e que ninguén cuestiona.

Pola súa banda, noutra das sentencias analizadas, non pode chegar a coñecerse o motivo da absolución porque, ao invocarse só infraccións procesuais no recurso, a sentenza de alzada só examina estes motivos, sen entrar nas cuestións de fondo.

II.4.3. Absolución por falta de proba bastante (con declaración da vítima)

Dentro deste grupo de sentencias absolutorias, 24 das examinadas susténtanse en que, malia existir declaracións da vítima, non se estima que poidan constituír proba de cargo con capacidade de acreditar os feitos axuizados. A esta conclusión chegan ao estimar que aquelas non reúnen as condicións que permitan telas como proba apta para fundamentar, por si mesmas, unha sentenza condenatoria, non aparecendo corroboradas por outros medios de proba hábiles.

En 3 destas sentencias alúdese á existencia dunha previa situación conflitiva entre as partes.

Tamén neste grupo aparecen 2 sentencias nas que se alude á xa referida doutrina constitucional derivada da STC 167/2.002, como obstáculo para estimar un recurso de apelación contra sentencias absolutorias. Examinan, non obstante, a valoración da proba que se efectuou na sentenza de instancia, confirmándoa.

En 8 casos, o entendemento de que non resultaron suficientemente acreditados os feitos obxecto da acusación corresponde á valoración da sentenza ditada en apelación pola Audiencia Provincial, revocando a sentenza condenatoria do Xulgado do Penal.

II.4.4. Absolución por falta de probas (sen declaracións da vítima)

Son supostos nos que a denunciante se acolle ao artigo 416 da Lei de Axuizamento Criminal, non considerándose as demais probas -que se concretan, en todos os casos, no testemuño de referencia dos Policías que actuaron-, probas suficientes para acreditar os feitos. Isto sucede en 10 das sentencias analizadas.

A este respecto, cabe recordar que o artigo 416.1 da Lei de Axuizamento Criminal dispón que “*están dispensados da obriga de declarar: 1).- os parentes do procesado en liña directa ascendente e descendente, o seu cónxuxe, oa seus irmáns consanguíneos ou uterinos e os laterais consanguíneos ata o segundo grao civil, así como os parentes naturais a que se refire o número 3 do art. 261*” (ascendentes e descendentes).

De xeito unánime, estimouse, ademais, que a devandita exclusión debe estenderse, igualmente, ás persoas unidas ao acusado por análoga relación de afectividade á conxugal, equiparación que foi admitida de modo expreso na máis recente xurisprudencia da Sala Segunda do Tribunal Supremo, entre outras, na sentenza número 134/2.007, de 22 de febreiro.

A razón de ser do devandito precepto non é o de protexer ao imputado dentro do proceso, como nalgunha antiga sentenza da devandita Sala se deixara entrever, e que podería ser relevante noutro tipo de delitos. No proceso penal, e sen entrar agora na oportunidade da súa reforma nos supostos de delitos vinculados coa violencia de xénero, atópase na protección da testemuña parente en situación de conflito entre a obriga de declarar con verdade e o seu posible *interese* en ocultar ou silenciar á administración de xustiza a situación de maltrato polo *amor* ou por outras razóns persoais e familiares da testemuña. Considérase neste contexto que non pode someterse a persoas tan próximas ao acusado á tesitura de ter que declarar a verdade do que coñecen que puidese incriminalo, ou verse na situación de poder mentir para protexelo e incorrer nun delito de falso testemuño.

Trátase, daquela, dun dereito persoal da testemuña no proceso, que o exime da obriga xeral que ten todos os que residan no territorio español de declarar canto soubesen sobre o que lles fose preguntado e de dicir verdade, consonte o establecido nos artigos 410 e 433 da Lei de Axuizamento Criminal.

En relación coa incidencia en fase de axuizamento do precepto referido, cómpre recordar, ademais, que, conforme unha recente liña xurisprudencial xa consolidada, (Sentencia da Sala Segunda do Tribunal Supremo número 129/2.009, de 10 de febreiro, que ratificaba o sinalado na anterior da mesma Sala, de 27 de xaneiro de 2009), cando a testemuña vítima dos feitos opte, consonte o referido precepto procesual, por absterse de declarar contra o acusado, non resulta posible valorar as súas declaracións sumariais, calquera que sexa o modo en que se practicasen, non sendo posible a súa incorporación á fase de plenario mediante a súa lectura no xuízo oral. Tampouco por medio dos testemuños de referencia que coñeceron do desenvolvemento dos feitos a través das manifestacións do que comparece en xuízo e exerce tal dispensa, entendendo o alto Tribunal que, noutro caso, produciríase a neutralización do seu efecto no proceso penal.

En 9 das sentencias aquí examinadas, de diversas Audiencias Provinciais (Alacante, Barcelona, Madrid, Murcia, Las Palmas, Tarragona e Sevilla), a absolución derivou de ter estimado nula a declaración da vítima prestada no xuízo oral, no que non se respectou o seu dereito a acollerse á dispensa de prestar declaración, conforme aos artigos 416.1 e 707 da Lei de Axuizamento Criminal, valorando que o resto das probas practicadas non constitúen proba suficiente para sustentar as condenas pronunciadas polos Xulgados do Penal.

II.4.5. Absolucións por delito de quebrantamento de condena e de medida preventiva, por mediar consentimento da vítima

Nalgúns casos, as absolucións derivan de diversas cuestións que teñen que ver coa falta de demostración do coñecemento por parte do acusado da resolución que impón a pena ou medida preventiva de prohibición de aproximación de comunicación coa vítima. Tamén, no caso de que se iniciase a

fase de execución e, por ende, da liquidación da condena na que se indique a data de inicio e finalización da pena, ou da notificación ao afectado das consecuencias do incumprimento. Todas elas foron incluídas nos apartados de absolución por falta de probas, con ou sen declaración da vítima, segundo o que resultase en cada caso.

Pero, ademais, hai 4 sentencias -das Audiencias Provinciais de Tarragona, Santa Cruz de Tenerife e Madrid-, nas que o pronunciamento absolutorio deriva de que a continuación da convivencia, a pesar da existencia da prohibición de aproximación, prodúcese co consentimento da vítima.

II.4.6. Absolución baseada na ausencia do elemento finalístico

Neste apartado inclúense, polo menos, de forma expresa e determinante do pronunciamento, 5 sentencias, 4 da Audiencia Provincial de Valencia e 1 da de Barcelona. Nelas a absolución polos delitos de maltrato do artigo 153.1 e ameazas do artigo 171.4, ambos os dous do Código Penal, derívase de entender non acreditado que os feitos se producisen no contexto dunha situación de dominio ou como consecuencia dun ánimo discriminatorio por parte do acusado.

En catro destes casos, tres da Audiencia Provincial de Valencia e un da de Barcelona, trátase de agresións recíprocas. No quinto, tamén da Audiencia Provincial de Valencia, chégase ao pronunciamento absolutorio por non constar con precisión o marco no que se produciron os feitos: na sentenza de instancia recóllese como feito probado que o acusado proferiu

“expresións en to ameazante como se non recupero a escopeta, ides ver ti e máis a túa nai”.

E a sentenza da apelación refire que:

“sen prexuízo do contido equívoco da expresión proferida, que é susceptible de interpretacións varias, ao non constar con precisión o marco no que se produciron, non sendo descartable que se dixesen no contexto dunha discusión, froito do ánimo reivindicativo do acusado, como consecuencia da oposición da denunciante á petición que demandaba...”.

II.4.7. Outras causas

Existen 4 sentencias que non resultan clasificables en ningún dos grupos antes mencionados.

A primeira é a Sentencia número 112/2.007, de 17 de maio, da Sección 3ª da Audiencia Provincial de Asturias. Revoca a sentenza do Xulgado do Penal que condenaba ao acusado como autor dun delito de maltrato do artigo 153.1 do Código Penal, absolvéndoo porque entre unha sesión de xuízo e outra transcorrera tres meses, porque as lesións foron levísimas e non parecía que fosen causadas con intención, e, ademais, por non ser manifestación da discriminación do acusado cara á vítima, a súa ex-muller, da que entendía foi a que provocou a discusión cando acudiu á casa do acusado a recoller as súas cousas.

A segunda é a Sentencia número 83/2.007, de 19 de abril, da Sección 2ª da Audiencia Provincial de Valladolid. Confirma a absolución do acusado polo delito de maltrato e a súa condena como autor dunha falta de lesións porque entende que non quedaron suficientemente esclarecidas as circunstancias da relación que o unía coa vítima. Trátase dun menor, de 17 anos, que un ano antes da agresión mantivera unha relación sentimental coa denunciante, non introducíndose datos que permitisen equiparala á matrimonial.

A terceira das sentencias é a número 283/2.008, de 12 de marzo, da Sección 27ª da Audiencia Provincial de Madrid, que tamén confirma a absolución do Xulgado do Penal ao acusado polo delito de ameazas que se lle imputaba, ao entender que as expresións proferidas non poden integrar tal delito. Así, declárase probado que, durante unha discusión telefónica, o acusado díxolle á denunciante

“Vou ir a por ti a saco. Vou ir ao Xulgado”

e, posteriormente, envioulle un SMS, dicíndolle

“Tirácheste terra ti soa”.

A sentenza da apelación razoa que non pode falarse de delito de ameazas ao entender que falta o requisito esencial desta infracción penal de que conteña

“o anuncio dun mal futuro, inxusto, posible, determinado e dependente da vontade do que o emite”.

Unha última sentenza, da Sección 2ª da Audiencia Provincial de Las Palmas, a número 171/2.007, de 14 de xuño, revoca a do Xulgado do Penal que condenaba ao acusado por un delito de maltrato. A Audiencia absólveo porque ela, que se acollera no xuízo oral á dispensa de prestar declaración do artigo 416 da Lei de Axuizamento Criminal, interpón recurso contra a sentenza de instancia. Neste di que mentiu e que o que en realidade pasou é que discutiron e ela lesionouse ao darse un golpe coa porta no queixo, (segundo o relato de feitos probados ela presentaba traumatismo a nivel cervical esquerdo e mentonián, xunto con crise de ansiedade) de forma accidental, dado o grao de nerviosismo que tiña, ao dicirlle el que a deixaba. Ante isto, a Sala acorda a celebración de vista na que ela se ratifica no escrito e dita sentenza pola que o absolve a el, deducindo testemuño contra a denunciante.

II.4.8. Sentencias ditadas en única instancia polas Audiencias Provinciais

Como xa se sinalou anteriormente, as sentencias que neste apartado, referido a coñecer os motivos de absolución, se examinaron son, na súa maior parte, as ditadas resolvendo recursos de apelación contra sentencias de Xulgados do Penal. Pero tamén existen 6 sentencias ditadas en trámite de axuizamento, 5 delas da Sección 27ª da Audiencia Provincial de Madrid e 1 da Sección 20ª da Audiencia Provincial de Barcelona. Cómpre facer unha breve referencia individualizada a cada unha delas.

1).- Sentencia da Sección 27ª da Audiencia Provincial de Madrid, número 8/2.008, de 26 de marzo, que condena ao acusado como autor dun delito de

maltrato no ámbito familiar, dos artigos 153.1 e 3 do Código Penal, absolvéndoo dun delito de coaccións, polo que tamén o acusaba o Ministerio Fiscal, única acusación presente no día do xuízo oral (houbo acusación particular desistida uns días antes da celebración do devandito acto, que acusaba polo delito de detención ilegal, o que xustificou o coñecemento en única instancia da Audiencia Provincial). No momento da celebración do xuízo oral, a vítima, que non puidera ser localizada porque marchara a Romanía, de onde era nacional, non comparece ao xuízo oral. Só se estima acreditada a existencia do primeiro delito, polas propias declaracións do acusado, as de referencia dos axentes do Corpo Nacional de Policía que acoden ao domicilio, tralos feitos, e pola existencia das lesións, obxectivadas polo parte de asistencia facultativa e polo informe médico forense. Non se entende acreditado o de coaccións, dado que a imputación de que a fixo subir ao coche contra a súa vontade só era afirmada por un axente de Policía Municipal que refería que, á súa vez, un grupo de persoas que se encontraba pola rúa abordounos e contoulles que unha persoa quería secuestrar á vítima, levándoa nun coche, e que a actuación da xente o impediu.

2).- Sentencia da Sección 27^a da Audiencia Provincial de Madrid, número 5/2.008, de 29 de febreiro, que, por unha banda, absolve ao acusado dun delito de maltrato no ámbito familiar, do artigo 153.1 do Código Penal, condenándoo como autor dunha falta de lesións, por non considerar acreditado que mantivesen unha relación de parella clasificable no devandito tipo penal, xa que a propia denunciante afirmaba que eran fundamentalmente amigos, mantendo algunha vez relacións sexuais, pero dentro dunha relación aberta onde cada un ía polo seu lado. Pola outra, absolve ao acusado dos delitos de coaccións, detención ilegal e da falta de ameazas, que tamén se lle imputaban, por non considerar acreditadas estas infraccións. Entende a sentenza que estas se sustentan unicamente nas declaracións da vítima, que presentou unha carta do acusado, determinando unha proba pericial caligráfica que foi feita pola propia denunciante, o que desacredita a súa credibilidade, e que, ademais, afirmou que unhas persoas viron os feitos, sen propoñelas nunca coma testemuñas.

3).- Sentencia, tamén da Sección 27^a da Audiencia Provincial de Madrid, número 13/2.007, de 30 de maio, que condena ao acusado como autor dun delito de lesións agravadas do artigo 148.1 e 4 do Código Penal, absolvéndoo do delito de maltrato habitual, do que tamén era acusado, unicamente pola acusación particular.

A absolución fundaméntase en que a acusación se sustentou unicamente na expresión

“e tendo en conta episodios anteriores de semellante natureza, uns non denunciados e outros si, como denunciou Rosa o 25 de maio de 2.002 estando recollidos no atestado número 327/02 MT da Policía Local”,

non concretándose, por tanto, nin datas nin circunstancias, nin detalles sobre episodios concretos, nin tampouco mención algunha á existencia dun clima de dominación, terror ou violencia no escrito de acusación. Deriva disto que unha eventual condena vulneraría o principio acusatorio. Sinala ademais que, aparte dos concretos feitos obxecto de condena, nada se acreditou respecto do maltrato continuado que se invoca, valorando que, neste caso, non poden constituír as declaracións da vítima e da filla proba bastante para enervar a presunción de inocencia.

4).- Sentencia da mesma Sección 27^a da Audiencia Provincial de Madrid, número 4/2.008, de 29 de febreiro, que condena ao acusado como autor de dous delitos de maltrato dos artigos 153.1 e 3 CP, absolvéndoo dun delito de detención ilegal, de outro de ameazas e dunha falta de injurias e vexacións. A absolución destas dúas últimas infraccións penais fundaméntase en que constitúen os mesmos feitos que se cualifican como un dos delitos de maltrato polos que se lle condena, dado que estamos ante unha única acción integrada pola sucesión seguinte:

“Discusión na que o acusado insulta á vítima e dille que a ten que matar, e dálle unha labazada, tirándoa ao chan”.

E, respecto do delito de detención ilegal, a absolución baséase en que o relato dela resulta atropelado e confuso, en moitos aspectos e, ao mesmo tempo, escasamente verosímil respecto do suposto encerro, sobre como se produce, e sobre se lle impediu nalgún momento saír ou entrar da casa, dado que, entre outros aspectos,

“termina recoñecendo que el, para entrar na casa, tenlle que pedir a ela que lle abra ou que lle tire a chave pola fiestra”.

5).- Sentencia da Sección 27ª da Audiencia Provincial de Madrid, número 1/2.008, de 31 de xaneiro, que condena ao acusado por un delito de maltrato, do artigo 153.1 CP, absolvéndoo dos delitos de violación, detención ilegal e ameazas, que tamén se lle imputaban. O acusado e a vítima teñen unha relación de parella relativamente curta, quedando ela embarazada, pero terminan a relación e el vaise a vivir coa súa nova parella. Cando a denunciante se encontra no seu octavo mes de embarazo, chama ao acusado por teléfono, citándose con el nun lugar próximo ao seu domicilio. Trasládanse ao mesmo e manteñen relacións sexuais e, cando el está espido na cama e ela duchándose, aparece a súa nova parella, que, ao ver a situación, abandona precipitadamente o lugar, rompendo a súa relación. O acusado, intentando xustificarse ante a súa nova parella, pide á denunciante que a chame para explicarlle que foi para falar dos temas da nena, pero ela o que fai é chamala para dicirlle que mantiveron relacións sexuais. El golpéaa, mesmo mordéndoaa. A sentenza conclúe, pola riqueza de detalles expositivos e precisión no relato da agresión, así como polas evidencias lesivas resultantes, que se produciu, en efecto, a agresión, condenando polo delito de maltrato. Pero estima que non hai probas respecto dos demais delitos, porque en canto a eles, que se basean en que a denunciante afirma que a levou ao piso á forza, colléndoa polo pelo e gritándolle que a ía matar se non facía o que quería, e que alí a viola, entende que

“non existen nestas declaracións suficientes garantías de veracidade, porque o seu relato está cheo de contradicións e de incoherencias, á vez que falta de precisión e de detalle respecto do modo no que se producen estes feitos, respecto dos que, non só non hai corroboracións derivadas de elemento periférico ou obxectivo algún, senón que todos os signos externos e evidencias derivadas das distintas testemuñas (a ex-parella do acusado, que afirma que ela se encontraba na ducha cantando, incluso; un veciño que os ve camiñando normalmente pola rúa cando se dirixen ao domicilio, etc) ao que conduce é a restar credibilidade ao seu relato”.

6).- Sentencia da Sección 20ª da Audiencia Provincial de Barcelona, número 461/2.007, de 9 de maio, que absolve ao acusado dun delito de maltrato do artigo 153 CP, doutro de agresión sexual, doutro de maltrato habitual, doutro de quebrantamento de condena así como doutro de tenencia ilícita de armas (tiña no coche unha porra extensible que non é considerada como arma no Regulamento de Armas). A absolución fundaméntase en non outorgar credibilidade á denunciante, da que se considera acreditado que é dependente da cocaína, porque ela mesma o admitiu, poñendo de manifesto diversas contradicións entre o relato que efectúa na fase sumarial e o que despois relata no xuízo oral, entendendo, ademais, que non poden descartarse nas súas denuncias e declaracións a existencia de móbiles espurios, xa que teñen unha encarnizada contenda pola custodia do fillo común e o dereito do pai a visitalo, valorando que:

“este testemuño parece máis dirixido a obter avantaxes nun eventual proceso xudicial entre ambas as dúas partes respecto da custodia do fillo común, que a ofrecer ao tribunal a realidade do acontecido”.

Respecto do delito de quebrantamento de condena, a absolución prodúcese porque se trata dunha prohibición de aproximación e comunicación imposta nunha sentenza da que non se acreditou que sexa firme.

II.5. VALORACIÓ DE LA DECLARACIÓ DE LA VÍCTIMA COM A ÚNICA PROVA DE CÀRREC

A análise numérica das resolucións ás que se refire este estudio reflíctense no cadro seguinte¹:

3 - VALORACIÓN DE LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA COMO ÚNICA PRUEBA DE CARGO	
CONDENA EN:	ABSUELVE EN:
3.1) - JI/JVM/Penal	3.5) - JI/JVM/Penal
3.2) - Confirma condena AP	3.6) - Confirma absolución AP
3.3) - Absuelve AP	3.7) - Revoca y condena AP
3.4) - AUDIENCIA PROVINCIAL	3.8) - AUDIENCIA PROVINCIAL
83	7
72	6
9	4
28	

3 - VALORACIÓN DE LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA COMO ÚNICA PRUEBA DE CARGO	
CONDENA EN:	ABSUELVE EN:
3.1) - JI/JVM/Penal	3.5) - JI/JVM/Penal
3.2) - Confirma condena AP	3.6) - Confirma absolución AP
3.3) - Absuelve AP	3.7) - Revoca y condena AP
3.4) - AUDIENCIA PROVINCIAL	3.8) - AUDIENCIA PROVINCIAL
15,66%	1,32%
13,58%	1,13%
1,70%	0,75%
5,28%	
Porcentaje calculado sobre TOTAL de Sentencias.	

II.5.1. Introducción

Un problema fundamental que deriva dos delitos cometidos no ámbito da parella e, especificamente, no da violencia de xénero, é que, como xa se indicou, acontecen normalmente na intimidade do fogar ou da propia parella, sen testemuñas alleas que poidan corroborar as declaracións ofrecidas polas vítimas.

¹ No cadro resultante apréciase a omisión na formalización das fichas que serviron de base ao presente estudio en dous casos, correspondentes á desagregación dos 83 supostos nos que os Xulgados do Penal condenaron nestes supostos.

Ademais, en moitos casos cométese delitos que non deixan vestixios, como sucede coas ameazas ou os malos tratos que non causan lesión, polo que se carece dun dato obxectivo, como é un parte de lesións, que corrobore a versión ofrecida pola prexudicada.

Se a todo isto se engade que entre vítima e agresor existe ou existiu un vínculo afectivo e que poden concorrer outros vínculos, como fillos, ou dependencias de distinto tipo, etc..., as circunstancias que rodean a declaración daquela, se aparece como única proba de cargo apta, dificultan o ditado dunha sentenza condenatoria.

En determinadas ocasións, obsérvase nas resolucións analizadas que o que ten en conta a Audiencia é a inmediación que asistiu ao Xuíz *a quo* á hora de valorar a declaración da vítima. Nestes casos, cando considera que non existiu ningunha contradición na devandita valoración e que a mesma se levou a cabo consonte as regras da lóxica e da sa crítica, confirma a sentenza de instancia.

Xunto a isto, débese ter en conta tamén a doutrina do Tribunal Constitucional, a raíz da Sentencia 167/2.002, antes mencionada, que supón a dificultade de revogación das sentencias absolutorias ditadas polos Xulgados do Penal cando se basean en declaracións orais das partes e testemuñas, como acostuma acontecer nos casos de violencia de xénero, convertendo, dalgún xeito, nunha única instancia a primeira instancia penal.

II.5.2. Análise de conxunto

Do total de sentencias analizadas, en 148 valórase a declaración da vítima como proba de cargo, aínda que en 114 delas concorren corroboracións periféricas que acreditan o contido desa declaración. No resto, é dicir, en 34, a manifestación da vítima é a única proba practicada, das que, en 14, serve para condenar e, en 11, para absolver. Nas 9 restantes valóranse outros aspectos na sentenza da Audiencia ditada en segunda instancia, como a inmediación do Xuíz *a quo* ou a ausencia de declaración da vítima no xuízo oral, polo que non se ten en conta tanto a proba de cargo consistente na declaración da vítima como eses outros aspectos.

II.5.3. Especial referencia ao contido das sentencias

Das sentencias condenatorias que estiman a declaración da vítima como única proba de cargo suficiente para enervar a presunción de inocencia que ampara ao acusado, cómpre destacar a Sentencia da Sección 2ª da Audiencia Provincial de Las Palmas, número 47/2.007, de 31 de xaneiro, cando sinala:

“Para os supostos nos que a vítima e a testemuña son unha mesma persoa, sinalou o TS que a declaración da persoa que reúne esa dobre condición é proba para desvirtuar a presunción de inocencia sempre que reúna determinados requisitos: ausencia de incredibilidade subxectiva, verosimilitude, persistencia na declaración sen ambigüidades nin contradicións (STS 16-2-1998, 23-3-1999 y 2-10-1999). E no mesmo sentido, de xeito reiterado, ten establecido o TC –SS 201/89, 160/90, 229/91 e 64/94) entre outras- que a declaración da vítima dun delito practicada normalmente no xuízo oral coas necesarias garantías procesuais ten consideración de proba testifical e, como tal, pode constituír válida proba de cargo na que basear a convicción do xuíz para a determinación dos feitos do caso, aínda que para isto será necesario que non se dea unha incredibilidade subxectiva derivada dun constatado móbil espurio, como resentimento, vinganza, etc..., que medie verosimilitude que é tanto como esixir que sexa prolongada no tempo, plural e sen ambigüidades nin contradicións, sendo obrigados os Tribunais, como consecuencia de todo isto, a realizar un exame e crítica coidadosa e profunda sobre a fiabilidade das súas manifestacións.

A este respecto, a Xuíz de instrución fai expresa referencia aos motivos que conducen a valorar a declaración da denunciante: contundencia e persistencia no relato dos feitos.

A este respecto o apelante alega que a versión mantida pola denunciante no acto do xuízo non coincide coa manifestada no momento de interpoñer a denuncia. Sen embargo, ambas as dúas son coincidentes no substancial, pois na denuncia inicial faise referencia a que o denunciado insultaba e ameazaba constantemente e que, entre outras frases, manifestoulle que “non servía para nada, ni como muller nin como nai, nin como persoa”.

Para modificar todas as conclusións, racionais e lóxicas, por outra banda, resultaría necesaria unha nova valoración da proba, posibilidade vedada nesta alzada, conforme argumentamos anteriormente, pois foi o Xuíz de instancia o que tivo a oportunidade de ver e oír á denunciante e valorar en conciencia a devandita declaración, o que determina a desestimación do motivo así como da alegada vulneración do principio de presunción de inocencia (artigo 24 CE) por non existir proba de cargo”.

Esta sentenza, ditada nun xuízo de faltas, se cadra expresa de forma clara os requisitos intrínsecos e extrínsecos da declaración da vítima como proba de cargo única e apta para enervar a presunción de inocencia que ampara ao acusado. Expresa tamén as dificultades de facer unha revisión da devandita sentenza na segunda instancia, dado que a declaración da vítima foi valorada polo Xuíz *a quo*, consonte as normas da lóxica e da sa crítica e partindo da inmediación da que goza, resultando, por isto, moi difícil que na segunda instancia se modifique o relato de feitos ou a valoración da proba.

Sen embargo, isto non significa que a inmediación se alce como estandarte da arbitrariedade, senón que a valoración da proba ten que ser lóxica e baseada en datos obxectivos como a contundencia, persistencia e a verosimilitude do relato dos feitos en consonancia directa co relato da vítima ao longo de toda a causa.

Destacan neste sentido dúas sentencias condenatorias das que constituíron obxecto de estudio. A primeira, da Sección 1ª da Audiencia Provincial de

Alacante, número 56/2.007, de 23 de xaneiro, cando ao axuizar un delito de ameazas, a declaración da vítima foi a única proba de cargo mesmo en contra do testemuño do xenro do acusado, que dixo que o teléfono estaba descolgado e escoitou a conversa. A segunda, da Sección 3ª da Audiencia Provincial de Almería, número 54/2.007, de 19 de febreiro, que estima que a declaración da vítima nun delito de ameazas e nunha falta de inxurias serve de proba de cargo suficiente para enervar a presunción de inocencia que ampara ao acusado, mesmo en contra da declaración deste e da súa compañeira sentimental. Todo isto pon de manifesto que a declaración da vítima, en determinados casos, pode servir de proba de cargo única e suficiente para fundamentar unha sentenza condenatoria, mesmo en contra da declaración doutras testemuñas de descargo que ao Xuíz non lle ofrezan suficiente credibilidade como para desvirtuar a declaración daquela.

Por último, nesta orde de cousas, procede facer referencia á Sentencia da Sección 1ª da Audiencia Provincial de Valencia, número 350/2.007, de 14 de novembro. A apelación alzábase contra a valoración da sentenza de instancia que sinalaba que a testemuña de cargo faltara á verdade, con base en ter continuado convivindo co acusado despois da suposta agresión. A Audiencia Provincial expón que a sentenza de instancia o valora como

“unha manifestación máis do soxulgamento e temor padecido pola vítima, pois así o explica a mesma e así se desprende dos actos posteriores demostrativos da vontade clara de denunciar o acontecido. O mero retraso na procura do auxilio xudicial ou mantemento da vida familiar a pesar do acto ilícito, é unha conduta frecuente en situacións desta índole, atendida a transcendencia persoal e parental que supón o afloramento da privacidade familiar e o temor conseguinte ás reaccións do agresor”.

Engadindo:

“a testemuña foi clara e reiterativa nas súas diferentes deposicións, non existindo ningunha razón para poñer en interdito o significado da laliteralidade das súas palabras a causa dunha imaxinaria vontade mendaz, que non conta con ningún aval probatorio nin é acorde coa lóxica do comportamento humano”.

No outro extremo, existen sentencias que consideran que a declaración da vítima, sen outras corroboracións periféricas, non constitúe suficiente proba de cargo para sustentar unha sentenza condenatoria e proceden a declarar a absolución do acusado por falta de probas. Neste caso destaca a Sentencia ditada pola Audiencia Provincial de Viscaia, número 30/2.008, de 26 de xaneiro, que revisa unha sentenza absolutoria ditada polo Xulgado do Penal por un delito de violencia de xénero e unha falta de ameazas. A Audiencia Provincial confirma a sentenza ditada porque

“apurando a satisfacción do dereito á tutela xudicial efectiva, non se evidencia nos argumentos expostos na sentenza apelada un erro que deba ser obxecto de rectificación nesta alzada (...).”

Ten en conta para o pronunciamento absolutorio, ademais, a circunstancia de que

“a vítima interpuxese a denuncia seis días despois dos feitos”.

II.5.4. A modo de resúmen

Da análise anterior, cómpre distinguir aqueles delitos que pola súa propia natureza deixan vestixios, como os delitos de lesións, nos que o parte médico, como proba de cargo, xoga un papel importante, xunto coa declaración da vítima e a posible declaración doutras testemuñas. Neste caso xa non se trata dun suposto no que a declaración da vítima constituía a única proba de cargo, senón dunha proba relevante xunto con outras probas que a corroboran directa ou periféricamente.

Fronte a eles, os delitos como ameazas, maltrato físico sen causar lesión, agresións sexuais sen deixar vestixios, etc...normalmente apóianse na declaración da vítima como única proba de cargo, pois ocorren normalmente na intimidade do fogar e sen outras testemuñas que acrediten a realidade do acontecido.

Nestes casos a inmediación do Xuíz *a quo* e unha correcta valoración da proba, consonte as regras da lóxica e da sa crítica, poden sustentar unha sentenza condenatoria, mesmo en contra doutras probas de descargo, como poden ser as declaracións doutras testemuñas.

Sen embargo, é conveniente nestes casos contar, xunto á declaración da vítima, ao ocorrer os feitos normalmente na intimidade da parella, con algún tipo de corroboración periférica, aínda que sexa a declaración dalgunha testemuña de referencia, como algún familiar que puidese escoitar algunha expresión ou ao que a vítima lle referise os feitos posteriormente, ou algún veciño ou axente de policía que acudise ao lugar dos feitos nada máis ocorrer estes e que vise a situación na que se encontraba o domicilio, a vítima ou o agresor. Todo isto para sustentar unha sentenza condenatoria, pois a sola declaración da vítima estimouse nas sentencias estudadas, en varios casos, como insuficiente para ditar unha sentenza condenatoria.

Nos casos nos que a devandita declaración se valorase como proba única para enervar a presunción de inocencia que ampara ao acusado, a Sala de apelación confirmou a sentenza con base normalmente na inmediación do Xuíz *a quo*, sempre, claro está, que a devandita sentenza estea ben motivada, valorase a declaración da vítima con exhaustividade e non incorrese en contradición.

II.6. VINCULACIÓN DO ARTIGO 1 DA LEI ORGÁNICA 1/2004, DE 28 DE DECEMBRO DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA A VIOLENCIA DE XÉNERO COS TIPOS PENAIS

A meirande parte das resolucións das Audiencias Provinciais non examinan esta cuestión, o que significa que a cuestión relativa á integración ou non do elemento finalístico nos delitos de violencia de xénero non foi, nestes casos, suscitada polas partes. Cando si foi obxecto de debate ou cando as Audiencias Provinciais examinaron esta cuestión de oficio, o que sucedeu nun 17% das resolucións que constitúen a mostra de estudio, nun 66% de supostos decantáronse por entender que o artigo 1 da Lei Integral define un elemento subxectivo nos delitos de violencia de xénero.

II.6.1. Introducción

Os artigos 33 e seguintes da Lei Orgánica 1/2004, de 28 de decembro, modifican figuras delituosas relacionadas coa violencia de xénero: o delito de lesións –artigo 148, 4ª e 5ª CP-; o delito de malos tratos ocasionais –artigo 153 CP-; o delito de quebrantamento de condena e medida preventiva -artigo 468 CP, neste caso referido tamén á violencia doméstica-; e as figuras de ameazas e coaccións leves, -artigos 171.4 e 172.2 CP.

Pola súa banda, o artigo 1.1. da mesma Lei define como novo obxecto do novo texto legal “actuar contra a violencia que, como manifestación da discriminación, a situación de desigualdade e as relacións de poder dos homes sobre as mulleres, se exerce sobre estas por parte dos que sexan ou fosen os seus cónxuxes ou dos que estean ou estivesen ligados a elas por relacións semellantes de afectividade, mesmo sen convivencia”.

O elemento descritivo que recolle o artigo 1.1 da Lei Integral non se incorporou á redacción destes tipos penais.

Sen embargo, a redacción do referido precepto propiciou unha interpretación restritiva por parte de determinadas Audiencias Provinciais e Xulgados respecto ás figuras delituosas relacionadas coa violencia de xénero, ao esixir proba da concorrencia dun elemento subxectivo ou vontade do autor “de degradar, subxugar ou dominar” á vítima. Esta interpretación é oposta á que viña realizándose antes da entrada en vigor da Lei Integral.

As sentencias obxecto do presente estudio reflicten diversas posturas interpretativas: unhas consideran que é suficiente para merecer o reproche penal que se leve a cabo a conduta típica polo home cara á súa esposa ou muller que estea ou estivese ligada a el por relación similar de afectividade, mesmo sen convivencia; outras, sen embargo, consideran que é necesario probar un elemento subxectivo: a vontade do autor “de degradar, subxugar ou dominar” á vítima; unha terceira sostén unha posición intermedia, establecendo que este ánimo de degradar e dominar se presume coa realización dos actos delituosos que exerce o home sobre a muller con ocasión dunha relación afectiva de parella, pero admitindo esta presunción proba en contra.

II.6.2. Análise dos diferentes criterios interpretativos

En ocasións, diferentes interpretacións conviven dentro do ámbito dunha mesma Comunidade Autónoma, como é o caso de Cataluña.

A Sentencia da Sección 4ª da Audiencia Provincial de Xirona, número 471/2.007, de 6 de novembro, faise eco da contradición que existe nas diversas Secciones Penais de Audiencias Provinciais de Cataluña, ao esixir algunhas Audiencias que se demostre a situación de dominio en cuxo seo acaece a violencia.

Criticase na resolución analizada a interpretación citada, por entender que:

“esa tese parte dunha lectura equivocada ou nesgada da Exposición de Motivos da Lei de Medidas de Protección Integral contra a Violencia de Xénero así como dunha contemplación equivocada do substrato fáctico do precepto. En efecto, en todo momento faise referencia á existencia dunha intolerable violencia machista de subordinación da muller ao home que se desexa combater con dureza; é por isto polo que se fala de violencia de xénero que capacita ou lexitima a xuízo do lexislador, para proceder a un incremento dos mínimos das penas coas que castiga esas condutas; agora ben, esquecese por parte das sentencias que aluden a ese tipo de fundamentación que tamén existe outro tipo de violencia reprobable que é a que se manifesta entre membros da familia diferentes á relación propia do matrimonio ou asimilada, sen que entre eles medie necesariamente unha relación de subordinación, violencia esta que encontra o seu maior reproche no atentado á paz familiar e que merece maior castigo que a dunha simple falta entre outras dúas persoas sen maiores lazos de unión. E, por outra banda, se ben é certo que na violencia habitual castigada no art. 173.2 do Código Penal, a situación de subordinación, de dominio e de sometemento da vítima, intolerables en todo caso, pode encontrar acomodo na esixencia típica da habitualidade, no art. 153 do Código Penal castíganse violencias determinadas e concretas, polo que non forma parte do tipo de ningún xeito o sometemento da vítima, que pola súa propia definición, non existe nas agresións puntuais”.

A Sección 20ª da Audiencia Provincial de Barcelona sitúase nunha liña interpretativa oposta. Segundo a Sentencia número 154/2.007, de 13 de febreiro, respecto do artigo 153 CP:

“non se esixe un dolo específico de actuar contra a esposa ou compañeira sentimental "polo feito de ser muller", abondando con que se execute a acción descrita polo tipo cando entre o agresor e a vítima se dea ou se dese a relación establecida pola

norma, e que do entorno de circunstancias se infira que existía, aínda que fose puntualmente, unha situación de dominio do home sobre a muller, comprendéndose, evidentemente, dentro do delito "a primeira vez" que aquel agredise á esposa ou compañeira".

Na Sentencia da mesma Sección da Audiencia Provincial de Barcelona, número 314/2.007, de 13 de marzo, tamén se esixe “acreditar unha actitude” tendente a converter o ámbito familiar nun microcosmos rexido pola dominación do home sobre a muller. E a Sentencia desa mesma Audiencia e Sección, número 363/2.007, de 28 de marzo, require que os feitos se produzan nun contexto de abuso de poder e de dominio do home sobre a muller, exteriorización da discriminación da muller e das relacións de poder do home cara á muller. Finalmente, na Sentencia da mesma Sección da Audiencia Provincial de Barcelona, número 243/2.007, de 6 de marzo, afirmase tamén, a propósito do delito do artigo 153:

”Como xa tivo oportunidade esta Sala de pronunciarse noutras ocasións, o que pretendeu o lexislador na redacción actual do art. 153 do CP é a erradicación da violencia no ámbito familiar, entendido como núcleo de convivencia, protexendo o ámbito familiar da dominación ou sometemento dalgún dos suxeitos que comprende”; “Xustifícase por tanto a exasperación do castigo en atención ao ben xurídico protexido que é a preservación do ámbito familiar, sancionándose así aqueles actos que exteriorizan unha actitude tendente a converter aquel ámbito nun microcosmos rexido polo medo e a dominación, porque en efecto nada define mellor o maltrato familiar que a situación de dominio e de poder dunha persoa sobre a súa parella e os menores convivintes (STS nº 927/ 2000 de 24 de xuño). No caso de autos e tal e como consta nos feitos probados da resolución recorrida que se mantén inalterable: “ ... no transcurso dunha discusión motivada pola chegada tardía do acusado ao seu domicilio, a súa esposa Mariana golpeouno cun cinto respondendo o acusado a esta agresión guindándolle un biberón e dándolle unha patada no queixo...”. Así o recoñece a denunciante no acto da vista oral ao manifestar “... o seu marido chegou bébedo, ela estaba enfadada e deulle cun cinto e el deulle cun biberón na cara...”.

Disto por tanto resulta que houbo unha agresión mutua sen que haxa propiamente unha “víctima” tratándose dun suposto de rifa mutuamente aceptada, onde os intervinientes son ao mesmo tempo agresores e agredidos. No caso de autos e ao faltar a situación de dominación por parte dun dos ex-cónxuxes sobre o outro, nunha interpretación teleolóxica debe condenarse ao recorrente como autor dunha falta de lesións do art. 617 1º do C. P.”.

Existen tamén criterios interpretativos diferentes dentro da Comunidade Valenciana.

A Sentencia da Sección 1ª da Audiencia Provincial de Alacante, número 78/2.008, de 4 de febreiro, resume a posición da Sección sobre esta cuestión:

“...a representación do apelante discute a concorrencia de circunstancias para aplicar o artigo 153.1 do Código Penal, por non acreditarse a intencionalidade de atentar contra (a) condición feminina da vítima, parecéndolle máis apropiada a subsunción dos feitos na modalidade atenuada da falta do artigo 617 do mesmo texto legal. En suma, vén a indicar o recurso que non se produciu neste caso, unha situación de dominio ou superioridade de un sobre outro dos integrantes da parella ou dos membros entre os que se produce o feito punible, que non constitúe elemento do tipo do delito previsto e penado no art. 153 do vixente Código Penal, no que se tipificaron condutas que antes eran constitutivas de meras faltas en atención ás relacións de parentesco existentes entre agresor e vítima, en moitos dos casos sen precisar a convivencia entre eles, ocorrendo que na Exposición de Motivos da L.O. 11/2003 se argumenta en tal sentido que os delitos relacionados coa violencia doméstica foron obxecto nesta reforma dunha preferente atención, para que o tipo delituoso alcance a todas as súas manifestacións e para que a súa regulación cumpra o seu obxectivo nos aspectos preventivos e represivos.

Iso non obsta para que en casos moi precisos e excepcionais se aprecia ausencia desa motivación para excluílos da tipoloxía agravada desprazándoos á modalidade inferior da falta, como declarou esta Sala cando o cambio de chave dun establecemento comercial non tiña outro móbil que a regularización de desavinzas económicas entre os cónxuxes en trámite de disolución de gananciais; ou a sacudida dunha labazada para reducir as ansias e nerviosismo que a carencia de substancia estupefaciente provocaba na compañeira. Fóra destas situacións illadas e puntuais, como se di actualmente, debe resplandecer o obxecto final da lei, que xorde como resposta a situacións nas que se atente contra a dignidade feminina, por razón do seu sexo, tratando de resolver actuacións violentas, físicas ou psíquicas, cometidas contra elas por parte dos homes cos que manteñen ou mantiveron relación afectiva ou de intimidade, semellante á matrimonial, das que resulte a manifestación da discriminación, desigualdade e superioridade do varón sobre a femia (art. 1 L.O. 1/2004, 28 decembro, de protección integral contra a violencia de xénero), impondo unhas modalidades delituosas agravadas, co loable propósito de erradicar esas reprochables e inadmisibles condutas desprezativas do sexo feminino. E as agresións de home a muller no ámbito desa relación sentimental constitúen, xeralmente, unha manifestación desa superioridade do home e supeditación da muller, que con maior motivo haberá que apreciar neste caso, dada a proliferación de actos semellantes acontecidos con anterioridade entre os contendentes, polos que foi condenado o apelante recentemente, que denotan unha absoluta falta de respecto á condición da súa muller e un ataque permanente á súa dignidade feminina orientados a mantela sometida á súa vontade; resultando totalmente xustificada a aplicación do tipo penal especial discutido no recurso”.

Pola súa banda, segundo a Sentencia da Sección 2ª da Audiencia Provincial de Castellón, número 33/2.008, de 24 de xaneiro, o artigo 1 da Lei Orgánica 1/2.004 debe integrar os tipos penais e, en consecuencia:

“non procede aplicar o art. 153 senón a mera falta do art.617 CP, nos casos de rifa mutuamente aceptada, na que son os dous membros da parella ou da relación familiar os que despregan a violencia con ocasión de disensións e pelexas entre iguais e desconectadas por completo de esas situacións de abuso de poder, sometemento ou soxulgamento por razón do xénero ou máis en xeral do máis débil polo máis forte propias das violencias doméstica e de xénero”.

Tamén esixe acreditar a concorrencia do presuposto do artigo 1 da Lei Integral a Sección 1ª da Audiencia Provincial de Valencia. Na Sentencia número 184/2.007, de 15 de xuño, parece optar pola postura interpretativa ecléctica, cando afirma:

“a realidade é que aínda que non é necesario que conste probada a causa da agresión, corresponde ao acusado demostrar a súa orixe se alega que a acción violenta non ten a devandita raíz. Isto porque o tipo de agresión perpetrado evidencia por si mesmo un exercicio de dominio sobre a muller e de exteriorización do menosprezo e da superioridade con que actúa o agresor, sen ningún recato en violentar física e moralmente á denunciante en plena vía pública. Se non aparece na causa ese motivo ao que alude o recorrente enténdese que é porque precisamente a súa conduta carece de outra causalidade que non sexa o seu propio ánimo discriminatorio cara á muller, á que non respecta como tal e como persoa pola razón que fose”.

Sen embargo, nas sentencias analizadas de data posterior, si se esixe a proba do referido presuposto. Segundo a Sentencia da devandita Audiencia e Sección, número 221/2.007, de 10 de xullo, afirmar que os actos de violencia de xénero implican sempre a existencia do ánimo discriminatorio:

“choca co recollido no novo artigo 87 ter da Lei Orgánica do Poder Xudicial que afirma que "Cando o Xuíz apreciase (que) nos actos postos no seu coñecemento, de forma notoria, non constitúen expresión de violencia de xénero, poderá inadmitir a pretensión, remitíndoa ao órgano xudicial competente", o que entraña a dificultade de coñecer que actos son os (que) notoriamente non constitúen violencia de xénero". E “que para apreciar a concorrencia do delito hoxe analizado, non abonda a mera presenza dunha agresión material, senón que a iso hai que engadirlle o plus que supón que isto responda a unha situación de dominio, de abuso da superioridade dun dos cónxuxes, en definitiva, que responda a unha situación de discriminación”.

Con posterioridade, na Sentencia da mesma Sección da Audiencia Provincial de Valencia, número 130/2.008, de 22 de abril, se propón se, nos casos de ausencia de discriminación, habería que condenar polo apartado 2 do artigo 153 [referido á violencia doméstica], en lugar da inmediata degradación a falta como cualificación xurídica dos feitos, afirmando que:

“para aplicar ese precepto de recollida sería mester, en todo caso, que quedase constatado tamén, excluída a discriminación cara á muller (153.1), que a conduta reprochada entrase no ámbito doméstico de especial tutela materializado nas condutas típicas polo que sendo membro do grupo familiar ou asimilado coloca ao outro nunha situación de membro débil dentro da relación entre ambos. Se non se demostra esa situación devén inexorable a aplicación da falta”.

A Audiencia Provincial de Las Palmas, nas sentencias analizadas, posiciónase claramente na liña das Audiencias que si esixen integración do artigo 1 nos tipos penais. Require que se acredite en cada caso concreto a situación de predominio ou situación de desigualdade entre home e muller que aquel manifesta polo feito de ser ela muller, exercendo sobre a mesma unha relación de poder por considerala carente dos dereitos mínimos de liberdade, respecto e capacidade de decisión.

Segundo a Sentencia da Sección 1ª da referida Audiencia, número 76/2.007, de 9 de febreiro, tamén respecto ao artigo 153, apartado 1º CP, debe fuxirse dunha aplicación automática da devandita agravación punitiva en canto concorran sen máis o elemento obxectivo relativo ao sexo de agresor e vítima, entendendo que, de levarse a cabo, produciríase unha dobre vulneración de principios constitucionais: a presunción de inocencia e o principio de igualdade dos artigos 24 e 14 da CE, respectivamente. E, así, afirmase:

Comezando polo dereito fundamental á presunción de inocencia, o mesmo desprega todos e cada un dos seus efectos ao longo do proceso penal, sendo consubstancial ao mesmo que o que sosteña a acusación acredite a concorrencia de todos e cada un dos elementos do tipo penal de xeito que, se a agravación punitiva prevista no apartado 1º do art. 153 do CP se sustenta, como se dixo, nunha situación de dominación do home sobre a muller, non só cabe senón que necesariamente debe probarse no caso concreto esa situación de dominación posto que do contrario o lexislador estará establecendo unha presunción iure et de iure en contra do reo que sería manifestamente contraria ao citado dereito fundamental á presunción de inocencia. Nin sequera esa situación de dominación se pode configurar como iuris tantum, xa que de igual xeito vulneraríase ese dereito fundamental, dado que o que resulta esencial ao mesmo é que se presume, salvo proba en contrario, que o acusado non realizou a conduta que se lle imputa ou que a que realizou non se axusta ao tipo penal, debendo quen sosteña o contrario acreditarlo, e non á inversa”;

Engadindo que:

“O outro principio constitucional que este Tribunal considera vulnerado se se fai unha aplicación automática da agravación punitiva prevista no apartado 1º do art. 153 do CP é o de igualdade recoñecido no art. 14 da CE, que se consideraría infrinxido nun dobre ámbito: por unha banda se estaría discriminando ao home polo feito de selo, e pola outra á muller ao presumir o lexislador sen posibilidade de proba en contrario que se trata dun ser sometido e dominado polo home sempre e en todo caso que se dea unha agresión do primeiro cara á segunda”.

Tamén a Sección 3ª da Audiencia Provincial de León, na Sentencia número 8/2.007 de 26 de febreiro, esixe para apreciar o delito de ameazas do artigo 171.4 e 6 CP:

“a concorrencia dun ánimo que sexa manifestación da discriminación, da situación de desigualdade e as relacións de poder dos homes sobre as mulleres, xa que do contrario só procedería a falta de ameazas leves”.

A Audiencia Provincial de Zaragoza, na mesma liña, posiciónase cos Tribunais que requiren probar esa situación de dominación do home sobre a muller. Na Sentencia da Sección 1ª, número 447/2.007, de 19 de decembro, afírmase que é necesario demostrar:

“unha situación de dominación do home sobre a muller para imponer a súa vontade sobre ela dentro da relación que mantiñan xa como divorciados, situación que é a que sanciona a violencia de xénero”.

Pola súa banda, na única Sentencia da Audiencia Provincial de Huesca que integra o material obxecto deste estudio, da Sección 1ª, número 224/2.007, de 28 de decembre, non se esixe proba dese elemento finalístico cando afirma:

“Con respecto ao segundo dos feitos polo que se condena ao apelante, considera este que, dada a escasa gravidade que el aprecia na devandita conduta, podería esta ter sido cualificada como constitutiva dunha falta de ameazas e non do delito homólogo, ao que é preciso obxectar que, trala reforma do art. 171 do Código Penal operada pola Lei orgánica 1/2004 de 28 de decembro sobre medidas de protección integral contra a violencia de xénero, tanto as ameazas graves como leves son constitutivas de delito se o suxeito activo é ou foi cónxuxe ou compañeiro sentimental da vítima, sendo así imposible que neste ámbito familiar se poidan cualificar as ameazas como constitutivas dunha simple falta. Por tanto, e dado que tamén neste caso considera a Sala que a condena do acusado foi irrefragablemente argumentada polo xulgador de instancia, a Sentencia recorrida debe ser confirmada pola súa propia e atinada fundamentación”.

A Sección 27ª da Audiencia Provincial de Madrid exclúe tamén sen ambaxes calquera elemento finalístico ou normativo necesitado de proba nos tipos penais analizados. Resumo da súa doutrina contense na seguinte cita da súa Sentencia número 374/2.007, de 30 de abril. O recorrente alegaba que non podía producirse o delito de maltrato polo que resultaba condenado, por non existir a situación de dominación entre agresor e vítima que, segundo a súa argumentación, o tipo penal esixe. A Audiencia Provincial rexeita o argumento:

“Este Tribunal debe rexeitar tal argumento. O propósito finalístico que se invoca non constitúe ningún dos elementos do tipo penal aplicado -maltrato no ámbito da violencia de xénero, do art. 153.1-, que non esixe, en consecuencia, a proba de que as razóns últimas no obrar do suxeito, alleas ao proceso penal, coma no resto das infraccións penais -así, ao dereito penal resúltalle alleo o destino que o autor dun delito de roubo pretenda darlle ao botín da súa acción depredadora-, senón que, obxectivamente, e de xeito intencionado e voluntario, perpetrrou a acción que o lexislador considerou constitutiva do ilícito penal, e aparelhoulle unha pena determinada. É ao lexislador, entón, ao que vai dirixido o mandato de actuar contra a violencia de xénero que, conforme á xa dilatada experiencia xurídica e aos distintos Tratados Internacionais subscritos polo noso país, constitúe unha expresión, a máis cruel, da manifestación dunha concepción da muller como subordinada ao home, e suxeita á súa obediencia e submisión, nas súas relacións de parella, para cuxo mantemento se exerce, precisamente, unha violencia que, por isto, require unha resposta penal específica, máis grave, e especializada en canto aos instrumentos que se destinarán á máis eficaz protección das vítimas.

En consecuencia, ese elemento finalístico non constitúe un requisito fáctico necesitado de proba, na configuración do tipo penal, abondando a confirmación da acción expresiva da violencia, e as relacións de parella, vixentes ou pasadas, entre agresor e vítima, -elementos todos que si resultaron convenientemente acreditados- para que se estime a procedencia do delito polo que o recorrente foi condenado”.

Na Sentencia da mesma Sección da Audiencia Provincial de Madrid, número 477/2.007, de 18 de xuño, insístese nesta argumentación, afirmando que o artigo 153 do Código Penal:

“dende o punto de vista do tipo obxectivo precisa da acción de causar menoscabo psíquico ou físico constitutivo de falta por calquera medio ou de golpear ou maltratar de obra sen acusar lesión; e en segundo termo que a vítima sexa unha das persoas comprendidas no art. 153 en relación co 173.2 C.P. Dende o punto de vista subxectivo, o tipo só require o dolo entendido como ánimo xenérico (de) menoscabar ou atentar contra a integridade corporal ou saúde física ou mental daquela, tanto se isto é querido directamente polo axente como se este se representou a posibilidade do resultado (dolo eventual). Non existe o tipo ningún outro ánimo especial ou distinto referido á proba das razóns últimas no obrar do suxeito, que son alleas ao proceso penal, coma no resto das infraccións penais senón unicamente se acredite que obxectivamente e de forma intencionada e voluntaria, perpetrou a acción que o lexislador considerou constitutiva do ilícito penal, e apareloulle unha pena determinada.”

A Audiencia Provincial de Viscaia, en idéntica posición á de Madrid, exclúe igualmente que a expresión do artigo 1 da Lei Integral constitúa requisito do tipo obxecto de proba. Sinala a Sala, na súa Sentencia da Sección 6ª, número 299/2.007, de 26 de abril, que:

“O precepto penal non esixe que estes elementos subxectivos sexan obxecto de proba no acto plenario, senón que dan resposta ao artigo 1.1 da L.O. 1/2004, de 28 de decembro, de Medidas de Protección Integral contra a violencia de xénero que establece como manifestacións da presenza dos mesmos, todo acto de violencia do home sobre a muller coa que existe ou existiu unha relación de parella, do que se deduce que estes elementos subxectivos constitúen unha presunción iuris et de iure, non precisando de proba no acto do xuízo oral, senón que se presumen polo mero feito de que un home lesiona, menoscaba psiquicamente, golpea ou maltrata mesmo sen causar lesión a unha muller coa que tivo unha relación conxugal ou similar de afectividade, mesmo sen convivencia, conduta que por si soa implica esa posición de poder ou de superioridade del sobre ela.”

O anterior pon de manifesto que son diversos os criterios interpretativos mantidos polas nosas Audiencias sobre esta cuestión no período examinado, previo a que se pronunciase sobre este extremo o Tribunal Constitucional. Isto supuxo respostas dispares aos mesmos problemas, podendo resultar afectado o principio de seguridade xurídica.

II.7. CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DA RESPONSABILIDADE CRIMINAL TIDAS EN CONTA NAS SENTENCIAS DAS AUDIENCIAS PROVINCIAIS

As sentencias analizadas revelan a escasa incidencia das diversas circunstancias modificativas da responsabilidade criminal nos pronunciamentos de condena nos delitos de violencia de xénero. O resultado do seu exame é o seguinte:

5- CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL TENIDAS EN CUENTA EN LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL			
5.1) - AGRAVANTES	5.2) - ATENUANTES	5.3) - EXIMENTES	5.4)-EXIMENTES INCOMPLETAS
5.1.1) - Alevosía	5.2.1) - Adición sustancias	5.3.1) - Alteración Psíquica	
5.1.2) - Abuso de superioridad	5.2.2) - Arrebato	5.3.2) - Intoxicación plena	0,89%
5.1.3) - Precio....	5.2.3) - Confesión	5.3.3) - Alteración conciencia	0,89%
5.1.4) - Motivos racistas....	5.2.4) - Reparación daño	5.3.4) - Defensa propia	
5.1.5) - Ensañamiento	5.2.5) - Parentesco	5.3.5) - Estado de necesidad	
5.1.6) - Abuso de confianza	5.2.6) - Analógica	5.3.6) - Medio insuperable	
5.1.7) - Prevalimiento carácter público (*)		5.3.7) - Cumplimiento deber o Ejerc.L.Dº	
5.1.8) - Reincidenc			
5.1.9) - Parentesco			
Porcentaje calculado sobre sentencias CONDENATORIAS			

II.7.1. CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES

É reducido o número de sentencias que estiman a concorrencia de circunstancias atenuantes: 17 por adición a substancias (3,78%), 15 aplicando a atenuante analóxica (3,33%), 4 por reparación de dano (0,89%), 1 por confesión (0,22%) e 1, igualmente, por arrebato (0,22%). Destacan as seguintes.

II.7.1.1. Adicción a substancias

A) Xeral

A adicción dunha persoa a bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas ou outras que produzan efectos análogos pode desprezar distintas consecuencias sobre a súa responsabilidade penal: pode determinar a concorrencia dunha eximente completa, cando resulte acreditado que o autor sofre unha anomalía ou alteración psíquica a causa do consumo prolongado e intenso de substancias, de tal xeito que non sexa quen de comprender a ilicitude da súa conduta ou de actuar conforme á citada comprensión (artigo 20.1ª CP), ou cando se atope en estado de intoxicación plena ou síndrome de abstinencia que lle impida comprender a ilicitude do feito ou actuar conforme a esa comprensión (artigo 20.2ª CP). Tamén pode actuar como eximente incompleta, nos casos de intoxicación semiplena ou síndrome de abstinencia non totalmente inhabilitante (artigo 21.1ª CP), ou, no seu caso, como circunstancia atenuante, cando o culpable actúe a causa da súa grave adicción ás devanditas substancias, é dicir, nos casos de adicción prolongada no tempo e intensa a substancias que causen grave dano á saúde.

Nas sentencias estudadas aplícase a circunstancia atenuante consistente na adicción a substancias en 17 supostos, é dicir, no 3,78% das resolucións. Cómpre destacar que se estima en menor número de ocasións que nas sentencias ditadas por Tribunal de Xurado e polas Audiencias Provinciais en casos de homicidio e/ou asasinato no ámbito da parella ou ex-parella: nas correspondentes a 2007 era apreciada nun 14 % das resolucións (5 casos). En todo caso, a súa incidencia nos delitos de violencia de xénero é escasa.

Examínanse máis adiante os supostos nos que a adicción ás bebidas e substancias determinan unha eximente, completa ou incompleta.

B) Embriaguez

No ámbito obxecto de estudio, a defensa alega frecuentemente a concorrencia desta circunstancia atenuante en relación coa embriaguez. Sen embargo, a mesma acostuma ser desestimada porque non concorre proba dos seus fundamentos fácticos: non se acredita o consumo previo de alcohol, ou ben non consta que o devandito consumo afectase á capacidade de querer e entender do acusado. Así se pronuncia a Sentencia da Sección 27ª da Audiencia Provincial de Madrid, número 13/2.007, de 30 de maio, fronte á alegación da defensa sobre concorrencia dunha atenuante analóxica de embriaguez, que rexeita, afirmando que

“respecto á embriaguez só constan as manifestacións do procesado no acto do Xuízo Oral, ao dicir que antes dos feitos saíu a dar unha volta con Dª e que estiveran en bares e tomado "uns dezaseis ou dezaioito quintos (cervexas) e que estaba afectado porque a el lle senta moi mal a bebida". Sen embargo, Dª manifesta que en efecto saíron a dar unha volta pero que tomarían en total catro cervexas e que o procesado non ía bebido. A filla María Milagros é contundente ao dicir que seu pai non ía bebido. Os Policías Locais núm. ... e negan que o procesado estivese bebido...”

II.7.1.2. Reparación do dano

A) Xeral

O artigo 21.5ª CP recolle a circunstancia atenuante consistente en “*ter procedido o culpable a reparar o dano ocasionado á vítima, o diminuír os seus efectos, en calquera momento do procedemento e con anterioridade á celebración do acto do xuízo oral*”. Como pode observarse, non se refire ao arrepentimento ou outros móbiles, senón que esixe un esforzo do imputado para reparar o dano causado polo delito ou para diminuír os seus efectos.

O fundamento desta atenuante radica en motivos de política criminal, para fomentar a satisfacción das necesidades da vítima. Como afirma a mencionada Sentencia da Sección 27ª da Audiencia Provincial de Madrid, de 30 de maio de 2.007,

“son principalmente razóns de política criminal orientadas á protección das vítimas de toda clase de delitos, as que sustentan a decisión do lexislador de establecer unha atenuación na pena en atención a actuacións do autor del delito, posteriores ao mesmo, consistentes na reparación total ou parcial, aínda que sempre ten que ser significativa do dano ocasionado pola conduta delituosa”.

Esta circunstancia foi estimada en 4 sentencias, o que supón un 0,89% das resolucións estudadas. Especificamente, a Sentencia da Sección 27ª da Audiencia Provincial de Madrid, xa citada, de data 30 de maio de 2007, nun proceso por delito de lesións, aprecia esta circunstancia porque o acusado, unha vez producido a picada no costado, procede a socorrer activamente á vítima, avisando ao 112, esperando á Policía e auxiliándoa ata a chegada do servizo médico, malia a negativa da vítima, apreciando igualmente, ademais, a atenuante de confesión.

B) Circunstancia moi cualificada

Esta circunstancia pode ser apreciada como moi cualificada naqueles casos nos que o suxeito despreza un comportamento que pode considerarse superior ao normal que calquera persoa levaría a cabo para reparar o dano ou para diminuír os efectos do delito.

Neste sentido, a Sentencia da Sección 2ª da Audiencia Provincial de Granada, número 152/2.007, de 9 de marzo, ao coñecer dun recurso de apelación nun proceso por un delito de coaccións, estima parcialmente o recurso e aprecia a concorrencia da circunstancia atenuante moi cualificada de reparación do dano porque o acusado, apenas realizada a súa acción coactiva, intentou poñer fin á mesma descolgándose ata o patio común do edificio para

intentar abrir a porta dende o exterior. Esta acción, en opinión da Sala,

“non só permitiría minorar o reproche penal esixible, nos termos que establece o parágrafo último do artigo 172 do Código Penal, senón que integra de maneira cualificada a circunstancia atenuante de reparación do dano prevista no artigo 21,5ª do mesmo Código, todo isto coa consecuencia aparelada de rebaixar en dous graos a pena privativa de liberdade obxectivamente sinalada ao delito...”

II.7.1.3. Confesión

Esta circunstancia, regulada cun carácter eminentemente obxectivo no vixente Código Penal, concorre cando o culpable procedeu, antes de coñecer que o procedemento se dirixe contra el, a confesar a infracción ás autoridades (artigo 21.4º CP). Ten coma finalidade outorgar un trato máis favorable aos autores do delito que facilitan a súa investigación.

Nas sentencias obxecto deste estudio soamente se aprecia nunha ocasión, é dicir, nun 0,22% das resolucións analizadas. Esta porcentaxe revela a importante diferenza cuantitativa da súa apreciación fronte ás sentencias ditadas por Tribunal de Xurado en casos de homicidio/asasinato no ámbito da parella ou exparella: nas correspondentes ao 2006, era estimada nun 36% dos casos, mentres que en 2007 (cuxo estudio tamén abarcaba as ditadas polas Audiencias Provinciais) o era nun 26%. Esta diferenza está directamente relacionada coa propia gravidade do delito cometido.

A Sentencia da Sección 27ª da Audiencia Provincial de Madrid, de 30 de maio de 2007, antes mencionada, estima, como se adiantou, a concorrencia desta atenuante nun proceso por delito de lesións, porque

“quedou probado coa testifical dos Policías Locais que acudiron á chamada do procesado, que este os recibiu e lles relatou o sucedido, recoñecendo os feitos, levándoos ao cuarto onde se encontraba a súa muller e entregándolles o coitelo; comportamento que colma a atenuante de confesión, que ao igual que a de reparación do dano, é predominantemente obxectiva (STS 1737/2002, de 20 de decembro e 700/2002, de 18 de abril)”

II.7.2. CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES

A circunstancia agravante aplicada en máis ocasións nas resolucións condenatorias obxecto de estudio é a de reincidencia (21 sentencias, é dicir, un 4,67%), seguida da de parentesco (13 sentencias, un 2,89% delas). Ademais das anteriores, só se aplicou a circunstancia de abuso de superioridade (1 sentencia) e a de abuso de confianza (tamén en 1 sentencia). Como pode observarse, tamén é reducido o número de sentencias que estiman a concorrencia de circunstancias agravantes. Especificamente, a agravante de parentesco, na aplicación que da mesma efectuaron as sentencias analizadas, suscita algunhas cuestións de interese.

II.7.2.1. A circunstancia de parentesco

A concorrencia dunha relación de parentesco entre o autor e a vítima desprega diferentes efectos no Dereito Penal, atendendo á natureza do ben xurídico protexido por cada tipo criminal: unhas veces ten efectos agravatorios da pena (delitos que ten un contido de carácter persoal), outras veces os seus efectos son atenuatorios (figuras delituosas que non protexen un ben xurídico individual). Mesmo pode determinar a exclusión da responsabilidade (escusa absoluta do artigo 268.1 CP).

Cando conorra no ámbito da violencia de xénero, tal e como resulta definido pola Lei Orgánica 1/2004, o parentesco actuará sempre como agravante porque nos encontramos con delitos que teñen un contido eminentemente persoal. Sen embargo, esta agravación pode concorrer de dúas formas diferentes: quer como elemento tido en conta polo propio tipo penal para definir o tipo penal ou para agravar a pena; quer como circunstancia modificativa da responsabilidade que desprega efectos como agravante.

A) Circunstancia inherente ao tipo penal

Examinando a primeira posibilidade, cando o tipo penal da Parte Especial do Código ten en conta o parentesco na descrición típica da infracción, non caberá apreciar a circunstancia do artigo 23 como agravante. A título de exemplo, cómpre sinalar o delito de maltrato habitual no ámbito da violencia doméstica ou da violencia de xénero (artigo 173.2 do Código Penal) ou determinados artigos en delitos contra a liberdade sexual (artigos 180.1,4^a, 192.1 ... CP). O principio *ne bis in idem* impide sancionar dúas veces unha mesma conduta, así como extraer do mesmo feito unha dobre consecuencia punitiva.

Neste sentido, a Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 27^a, de 30 de maio de 2007, antes citada, non aprecia a concorrencia da circunstancia de parentesco, nun caso de condena polo artigo 148.1 e 4 CP, ao estar ínsita na descrición do apartado 4. Cómpre lembrar que o artigo 148.4 CP establece que *“as lesións previstas no apartado 1 do artigo anterior poderán ser castigadas coa pena de prisión de dous a cinco anos, atendendo ao resultado causado ou risco producido:...4.- Se a vítima fose ou tivese sido esposa, ou muller que estivese ou tivese estado ligada ao autor por unha análoga relación de afectividade, mesmo sen convivencia”*.

B) Circunstancia modificativa

Nos outros supostos, resulta aplicable a circunstancia mixta do artigo 23 do Código Penal que, tal e como se sinalou anteriormente, sempre agrava a responsabilidade dos tipos penais en violencia de xénero. Nas sentencias obxecto do presente estudo, apréciase como agravante en 13 ocasións e en ningún caso como atenuante.

O referido artigo 23 CP dispón que *“é circunstancia que pode atenuar ou agravar a responsabilidade, segundo a natureza, os motivos e os efectos do delito, ser ou ter sido o agraviado cónxuxe ou persoa que estea ou estivese ligada de forma estable por análoga relación de afectividade, ou ser ascendente, descendente ou irmán por natureza ou adopción do ofensor ou do seu cónxuxe ou convivinte”*.

A Sentencia da Sección 6ª da Audiencia Provincial de Viscaia, número 114/2.007, de 27 de decembro, entre outras, condena ao acusado como autor dun delito de lesións do artigo 150 CP, coa concorrencia da agravante de parentesco. Como razoa a propia sentenza,

“o suxeito activo do delito, abusando da confianza e comunidade de sentimentos que xeraba a relación de parella, con absoluto desprezo á vida común pasada e á filla de ambos os dous froito desa unión, agrediu fisicamente á súa parella”.

C) A súa incidencia nos supostos de falta de afectividade

Diferentes sentencias analizadas aplican a agravante de parentesco en situacións de falta de afectividade. Antes da reforma do Código Penal de 2003, a xurisprudencia viña entendendo que esta circunstancia quedaba excluída como agravante nos casos nos que a relación de parella tiña tal grao de deterioro que non podería presentar un fundamento suficiente para xustificar unha maior reprochabilidade ao autor (Pleno no xurisdicional da Sala Segunda do Tribunal Supremo de 18 de febreiro de 1994, que foi recollido en numerosas sentencias), aínda que a propia xurisprudencia matizaba a súa posición entendendo que non todo deterioro das relacións sentimentais extinguía de por si a posibilidade da súa aplicación.

A reforma do artigo 23 CP que tivo lugar pola Lei Orgánica 11/2.003, de 29 de setembro, referida a medidas concretas en materia de seguridade cidadá, violencia doméstica e integración social dos estranxeiros, determinou unha *obxectivación* da circunstancia mixta de parentesco.

Por expresa determinación legal, concorrerá esta circunstancia aínda que desaparecese o matrimonio ou a relación de análoga afectividade, sempre que os feitos estean relacionados coa devandita convivencia, directa ou indirectamente (Sentencia do Tribunal Supremo de 14 de outubro de 2.005).

Neste sentido, a Sentencia da Sección 6ª da Audiencia Provincial de Viscaia, número 114/2.007, de 27 de decembro, argumenta que

“se pretende intensificar a resposta penolóxica a situacións que desembocaban en gravísimos atentados dentro do círculo familiar (violencia de xénero). O lexislador obxectivou a circunstancia e minimizou, ata anular, a necesidade de que o vínculo matrimonial ou asimilado persistise, e todo isto por razóns de política criminal que, atendendo ao sentir xeral da sociedade, facía preciso poñer freo ás violentas e agresivas manifestacións entre parellas que conviven ou conviviran, buscando no autor do feito un efecto disuasorio”.

No mesmo sentido exprésase a Sentencia da Sección 2ª da Audiencia Provincial de Valladolid, número 35/2.008, de 3 de marzo, que condena ao acusado como autor dun delito de homicidio concorrendo, entre outras, a agravante de ter sido o acusado cónxuxe da vítima, xa que a sentenza de divorcio era de 3 de febreiro de 2006 e os feitos suceden o 1 de marzo do mesmo ano.

II.7.2.2. A reincidencia

Segundo o artigo 22.8,2º CP, *“hai reincidencia cando, ao delinquir, o culpable fose condenado executoriamente por un delito comprendido no mesmo Título deste Código, sempre que sexa da mesma natureza”*. O Código Penal vixente recolle a reincidencia chamada específica, que concorre coa presenza de tres requisitos:

que o autor volveuse a delinquir; que nese momento o suxeito fose xa executoriamente condenado; e que a condena se ditase por un delito comprendido no mesmo Título, así como que sexa da mesma natureza, é dicir, que os delitos deben ser iguais ou similares (debe concorrer ataque contra igual ben xurídico protexido).

Cabe destacar que esta circunstancia é a que ten unha maior aplicación nas sentencias obxecto do presente estudo, estimándose en 21 resolucións, é dicir, nun 4,67% das condenatorias, o que vén a demostrar, nun principio, un grao moderado de reiteración por parte dos autores de delitos axuizados no ámbito da violencia de xénero.

II.7.2.3. O abuso de confianza

O artigo 22.6º CP contempla a circunstancia de “obrar con abuso de confianza”, consistente en que o autor abusa dunha relación de confianza ou de familiaridade no trato, faltando desta forma aos deberes de lealtade e fidelidade. O abuso desta relación é xa contemplado na concorrencia da circunstancia de parentesco, o que determinaría unha dificultade de aplicación deste agravante en materia de violencia de xénero.

A pesar disto, hai que ter en conta que nalgún caso se aprecia esta circunstancia nos delitos contra as mulleres. Neste sentido, a Sentencia da Sección 2ª da Audiencia Provincial de Valladolid, número 35/2.008, de 3 de marzo, estima a concorrencia deste agravante porque

“se ben é certo que H. e C. se encontraban divorciados, tamén é certo que a pesar disto, convivían na mesma casa e que dos testemuños dos propios fillos e amigos, se acredita que existía entre ambos unha relación de confianza, ela seguía facéndolle a comida a el, saían a pasear xuntos e Cristina acompañábalos ao médico”,

Engadindo, posteriormente, que

concorren daquela todos os requisitos que configuran tal agravante. Vivían xuntos no mesmo domicilio, aínda que en cuartos separados, había confianza entre eles, na forma que deu como probada o Xurado, e H. aproveitouse disto, para ter máis facilidade na comisión dos feitos, diminuindo a posibilidade de defensa dela, que precisamente por tal confianza, non esperaba recibir tal agresión”.

II.7.2.4.O abuso de superioridade

Esta circunstancia agravante, prevista no artigo 22.2 CP, non pode ser apreciada naqueles supostos nos que o desequilibrio de forzas sexa imprescindible para cometer o delito, xa sexa por tratarse dun elemento do tipo, xa sexa porque as circunstancias concretas do delito implican que necesariamente ten que realizarse deste xeito. A estes efectos, hai que ter en conta que o artigo 67 CP establece que *“as regras do artigo anterior non se aplicarán ás circunstancias agravantes ou atenuantes que a lei tivese en conta ao describir ou sancionar unha infracción, nin as que sexan de tal maneira inherentes ao delito que sen a concorrencia delas non podería cometerse”.*

A Sentencia da Sección 3ª da Audiencia Provincial de Xaén, número 60/2.007, de 14 de marzo, non estima aplicable esta circunstancia nun delito de maltrato habitual do artigo 173.1 CP, ao non existir no suposto axuizado proba da concorrencia da circunstancia agravante de referencia, pois non constan os seus elementos constitutivos. E engade que

“máis ben podería dicirse que a comisión do delito de malos tratos habituais supuxo o aproveitamento do agresor da súa posición dominante respecto á vítima, dotada dunha escasa autoestima e unha falta de resposta contundente aos seus ataques, aínda que en determinados casos se defendese deles ou os denunciase. Significativo resulta que F. non comparecese ao Xuízo de Faltas por ameazas, ou que como se dixo continuase a convivencia co seu esposo despois da condena do Xulgado do Penal e desta Sala”.

Ademais, cómpre destacar a Sentencia da Sección 2ª da Audiencia Provincial de Valladolid, número 35/2.008, de 3 de marzo, que aprecia, nun delito de homicidio, a concorrencia de abuso de superioridade derivada do emprego de arma branca polo agresor, que reduce a posibilidade de defensa por parte da vítima. Segundo a citada sentenza,

“tal agravante pode xurdir ou polo número de atacantes que agriden a unha vítima e debilitan por esta razón a defensa desta última, ou polos medios empregados que diminúen a posibilidade de tal defensa. Mentres a aleivosía anula toda posibilidade de defensa, ao consistir nun ataque a traizón ou cara a cara pero de forma rápida e inesperada, o abuso de superioridade diminúe a posibilidade de defensa (non a anula). O Xurado apreciou a concorrencia da agravante de abuso de superioridade polo medio utilizado por H. na agresión, un coitelo, o que implicou para o Xurado unha desproporción importante entre os medios empregados polo agresor e os que podía ter a vítima para defenderse. Como razoou e deu por probado o Xurado, H. tiña unha situación de forza vantaxosa, polo medio empregado para a agresión, un coitelo, minguando así (non anulando) os medios de defensa da vítima. É pois evidente que o emprego polo acusado dun coitelo, multiplicou en moito a capacidade ofensiva do atacante xerando unha desproporción de forzas entre agresor e vítima”.

II.7.3. CIRCUNSTANCIAS EXIMENTES

Ningunha das sentencias analizadas estima a concorrencia dunha eximente completa. É dicir, non existe, na mostra obxecto de estudo, ningún suposto de alteración psíquica ou de adicción a alcohol ou a outras substancias que determinase a inimputabilidade do autor do delito.

Por outra parte, as eximentes incompletas estímense nun escaso número de supostos: a de alteración psíquica en 4 ocasións (0,89% das sentencias condenatorias), e a intoxicación noutras 4 resolucións (0,89% das mesmas sentencias).

II.7.3.1. A alteración psíquica

Acábase de sinalar que esta circunstancia só se apreciou como eximente incompleta en 4 sentencias. Isto revela, na mostra representativa obxecto de estudio, a escasa incidencia das enfermidades psíquicas sobre a imputabilidade do autor nos delitos de violencia de xénero.

Este resultado é coincidente coas conclusións dos estudos anteriormente efectuados sobre as Sentencias ditadas polos Tribunais do Xurado en supostos de asasinatos ou homicidios no ámbito da parella ou ex-parella: nas ditadas en 2006, considerouse eximente completa no 3% dos casos e como eximente incompleta noutro 3% dos supostos; as sentencias ditadas en 2007 (ano no que tamén se incorporaron ao estudio as resolucións ditadas neste ámbito polas Audiencias Provinciais) non a apreciaron como eximente completa en ningún caso, apreciándoa como eximente incompleta en 5 supostos (14%).

II.7.3.2. A intoxicación

A intoxicación plena por adicción a bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, substancias psicotrópicas ou outras que produzan efectos análogos non se estimou como circunstancia eximente en ningún caso nas sentencias analizadas, apreciándose como incompleta en 4 resolucións, o que supón un 0,89% sobre o total de condenatorias.

Novamente revela a escasa incidencia da adicción ao alcohol e drogas sobre a imputabilidade do autor na violencia de xénero, tanto a nivel de eximentes como no caso das atenuantes.

Esta afirmación coincide tamén coas conclusións alcanzadas da análise das sentencias ditadas polos Tribunais do Xurado e polas Audiencias Provinciais (o destas últimas, respecto ás ditadas en 2.007) antes citados, nos que se apreciou só como circunstancia atenuante nun 9% de sentencias ditadas en 2.006 e nun 14% das ditadas en 2.007.

II.8. APLICACIÓN DO ARTIGO 468 CP: EFECTOS DO CONSENTIMENTO DA VÍTIMA NA CONTINUACIÓN DA CONVIVENCIA, EXISTINDO ORDE DE AFASTAMENTO (PENA OU MEDIDA)

Das 72 sentencias que se pronunciaron sobre o artigo 468 do CP, algo máis da metade abordaron os efectos do consentimento da vítima na continuación da convivencia, existindo orde de afastamento, quer coma pena, quer coma medida preventiva.

II.8.1. Introducción

A prohibición ao (presunto) agresor de achegamento á vítima pode ser imposta:

1º. Quer como medida preventiva.

2º. Quer como pena a amparo do artigo 48 do Código Penal nos supostos de condena por delitos relativos á violencia de xénero, así como polos vinculados coa violencia doméstica.

Esta diferenciación trasládase ao Código Penal en cuxo artigo 468.2, situado sistematicamente no Capítulo VIII, Título XX do Libro II do Código Penal, castígase o quebrantamento de pena ou de medida preventiva. A actual redacción da conduta típica introdúcese pola Lei Orgánica 1/2.004, de 28 de decembro, de Medidas de Protección Integral contra a Violencia de Xénero. Castígase neste tipo penal coa pena de prisión de 6 meses a un ano aos que quebrantasen unha pena das contempladas no artigo 48 do Código Penal ou unha medida de seguridade da mesma natureza impostas en procesos nos que o ofendido sexa algunha das persoas ás que se refire o artigo 173.2 do mesmo Código.

Ata o momento da entrada en vigor do artigo 468.2 CP, na súa redacción actual, non se producira o debate xurídico sobre se o consentimento do ofendido podía afectar dalgún xeito á consumación da conduta típica. Este debate introduciuse a partir da Sentencia do Tribunal Supremo número 1.156/2.005, de 26 de setembro, que expresou algunhas consideracións novas. A sentenza referíase ás consecuencias da decisión da persoa beneficiaria da medida preventiva de afastamento de manter relación ou convivencia co suxeito ao que se lle impuxera esta sobre a efectividade da mesma, chegando á conclusión de negar relevancia penal aos supostos nos que o quebrantamento se producise con consentimento da persoa beneficiaria da medida preventiva ou nos que houbera dúbida sobre a súa vontade de mantemento da referida medida. O Tribunal Supremo afirmou que, nestes casos, decae *de facto* a medida preventiva e que, neste suposto, a conduta é atípica.

Esta postura foi modificada en sentencias posteriores do alto Tribunal (SSTS números 69/2.006, de 20 de xaneiro, e 10/2.007, de 19 de xaneiro). Nesta última, establécese:

“O acceso á casa o día 29 de outubro produciuse coa aquiescencia da muller, a cuxo argumento non se acolle o recorrente, porque é consciente de que o consentimento da ofendida neste caso non podería eliminar a antixuridicidade do feito. Primeiro, porque o consentimento estaba condicionado ou viciado por “presións da familia” segundo rezan os feitos probados; e, segundo, porque a vixencia do ben xurídico protexido non queda enervada ou enturbada polo consentimento da muller, xa que é o principio de autoridade o que se ofende co delito de quebrantamento de medida. Certo que tal medida se acorda por razóns de seguridade en beneficio da muller, para a protección da súa vida e integridade corporal -que tampouco son bens xurídicos dispoñibles por parte daquela- pero en calquera caso non é o ben xurídico que directamente protexe o precepto”.

A doutrina do Tribunal Supremo foise matizando ata adoptar a súa Sala Segunda o Acordo, en Sala Xeral celebrada o 25 de novembro de 2008, referido á interpretación do artigo 468 CP nos casos de medidas preventivas de afastamento nos que se probase o consentimento da vítima. Neste, categoricamente, conclúe:

“O consentimento da muller non exclúe a punibilidade a efectos do artigo 468 do CP”.

Este acordo non xurisdicional foi aplicado na Sentencia da Sala Segunda do Tribunal Supremo, de 29 de xaneiro de 2.009, na que se recolle:

“Por outra banda, en canto ao fondo do asunto, é dicir, en canto á relevancia que puidese ter o consentimento da esposa para a exclusión deste delito do art. 468 CP nos casos de medida preventiva (ou pena) contra o marido consistente en prohibición de afastamento, o asunto foi tratado nunha reunión de pleno non xurisdicional, celebrada o pasado 25 de novembro, na que, por unha maioría de 14 votos fronte a 4, acordouse que “o consentimento da muller non exclúe a punibilidade aos efectos do art. 468 CP”; todo isto en base á idea clave da irrelevancia en dereito penal do perdón da persoa ofendida pola infracción criminal, principio que só ten a súa excepción nos chamados delitos privados, que é cando expresamente a lei penal así o prevé”.

II.8.2. Análise dos diferentes criterios interpretativos

A relevancia do consentimento da vítima na continuación da convivencia, existindo prohibición de aproximación (pena ou medida), foi considerada de diferentes formas polas Audiencias Provinciais, conferindo ou negando eficacia extintiva na consumación da acción típica no delito de quebrantamento de condena e/ou medida preventiva.

Un grupo das sentencias analizadas mantén que o consentimento non ten relevancia extintiva na acción típica. Entre estas, atópanse:

1ª. A Sentencia da Sección 20ª da Audiencia Provincial de Barcelona, número 66/2.008, de 14 de xaneiro. Considera que o consentimento da vítima non confire eficacia extintiva á medida preventiva. Valora que non resulta trasladable a posición do Tribunal Supremo, mantida na primeira resolución citada, aos supostos nos que a prohibición de achegamento teña natureza de pena: en fase de execución, o seu tempo queda determinado en sentenza firme e ten que ser esgotado ata a súa extinción. De aí que a vontade da persoa protexida non pode ter incidencia algunha nin na duración nin na extinción da condena, ao ser esta, como o resto das penas, de obrigado cumprimento.

Esta sentenza ofrece o que denomina unha “*vía legal para paliar o conflito*” que pode derivarse do ditado dunha sentenza que impoña unha pena de afastamento, cando se solicita un indulto parcial, xunto coa petición simultánea da suspensión de execución da citada pena. Esta é unha previsión do artigo 4.4 CP, en tanto o Goberno se pronuncie ao respecto, que, nestes casos, pode evitar a separación forzosa da parella cando a mesma sexa contraria á súa mutua vontade.

2ª. A Sentencia da Sección 4ª da Audiencia Provincial de Xirona, número 533/2.007, de 12 de outubro. Considera que o consentimento carece de relevancia para continuar a convivencia cando existe unha pena de afastamento porque esa é precisamente a conduta que castiga o artigo 468.2 CP.

3ª. A Sentencia da Sección 20ª da Audiencia Provincial de Barcelona, número 497/2.007, de 5 de xullo. Entende que o consentimento non é relevante aos fins exculpatórios cando se trata dun incumprimento do afastamento adoptado como unha pena.

4ª. A Sentencia da Sección 1ª da Audiencia Provincial de Valencia, número 132/2.008, de 24 de abril. Considera que o consentimento do ofendido é irrelevante para considerar consumada a conduta de quebrantamento de medida preventiva, aínda que neste caso o pronunciamento non constitúe a razón última da resolución senón que o Tribunal o indica *obiter dictum*.

5ª. A Sentencia da Sección 6ª da Audiencia Provincial de Viscaia, número 152/2.007, de 27 de febreiro, que considera que:

“A aplicación do artigo 468 CP a supostos de natureza do axuizado trata de preservar tanto a protección da vítima como a efectividade e respecto que merecen as resolucións xudiciais cuxa observancia, en modo ningún, debe quedar sometida á vontade do imputado, non existindo previsión ningunha no precepto en relación a que o consentimento da vítima exclúa a comisión do tipo, tratándose dun delito de resultado cortado” ...“sen que caiban argumentacións acerca de extremos como son a existencia dun perdón ou de autorizacións puntuais da vítima para que o imputado poida vulnerar a medida e visitar a aquela”.

“Recoñecer que o consentimento da agraviada puidese supoñer a impiedade da conduta equivalería a expoñela a eventuais coaccións ou presións a fin de que deixase sen efecto o xudicialmente acordado, ao quedar á súa libre determinación a súa vixencia, coaccións e presións que cabalmente son as que o lexislador quixo desterrar establecendo prohibicións como a quebrantada”.

Pola súa banda, outorgan relevancia ao consentimento da vítima as seguintes:

1ª. A Sentencia da Sección 20ª da Audiencia Provincial de Barcelona, número 397/2.007, de 24 de abril. Neste caso razoa a Audiencia como motivos de absolución:

a. A doutrina do Tribunal Supremo que estima atípica a conduta infractora dunha medida preventiva de prohibición de aproximación cando se continuou voluntariamente a convivencia entre o obrigado pola medida preventiva e a persoa protexida pola mesma.

b. A medida preventiva fora imposta polo tempo que durase a instrución do procedemento e, ao tempo de continuar a convivencia, non existía constancia de que estivese vixente ao non constar testemuño ou certificación do Secretario do Xulgado de que a devandita data non finalizase a devandita instrución.

2ª. A Sentencia da Sección 4ª da Audiencia Provincial de Tarragona, número 180/2.007, de 14 de maio, que reproduce parte dos razoamentos xurídicos da mesma Sección, establecidos na Sentencia de 6 de abril de 2.006, e que cita expresamente. Sinala:

“Como expuñamos na devandita resolución (6 de abril de 2.006) aínda que non pode partirse dunha sorte de cláusula xeral de destipificación atendendo ao consentimento da persoa protexida ou do seu desinterese na efectividade das medidas de protección ordenadas isto non supón que poida descoñecerse a distinta valoración que merece a conduta do que conscientemente vulnera unha orde de afastamento, que a daquel que actúa coa autorización libre e expresa da vítima para non respectala, mesmo cando non se modifícase xudicialmente a medida.

Nestes supostos tan excepcionais, non cabe identificar o dolo específico que debe concorrer no autor dos feitos, tal e como se recolle nas Conclusións da Reunión de Maxistrados de Audiencias Provinciais con competencias exclusivas en materia de violencia de xénero, celebrada en Madrid, en decembro de 2005, que consideran que os devanditos supostos deben quedar impunes.

Naturalmente a devandita decisión non deixa de resultar controvertida, pero se atopa en consonancia coa doutrina establecida na sentenza do Tribunal Supremo de data 26 de setembro de 2005 que, en efecto, como afirma a parte apelada, non marca unha distinción sobre o seu alcance atendendo á natureza preventiva ou punitiva da medida imposta.

Na devandita sentenza efectúase unha valoración do suposto quebrantador atendendo á especificidade da medida contemplada, en relación co escenario no que desenvolve a súa eficacia, merecedor de especial protección constitucional, y se

ben razoa que a vixencia ou anulación da medida ou da pena non pode quedar ao arbitrio daquela persoa en cuxa protección se outorga, conclúe que a decisión máis prudente é compatibilizar a súa natureza pública con respecto ao marco inviolable da decisión daquela libremente autodeterminada”.

II.9. APLICACIÓN DA “ANÁLOGA RELACIÓN DE AFECTIVIDADE” SEN CONVIVENCIA PARA INCLUIR OU EXCLUIR A APLICACIÓN DA LEI INTEGRAL

A maioría das resolucións analizadas que abordan este extremo decántanse pola aplicación da Lei Integral aos supostos de noivado ou ás novas relacións sentimentais que xorden na nosa sociedade. Non obstante, a doutrina das diferentes Audiencias Provinciais ofrece solucións diversas á hora de subsumir ou excluír a violencia xurdida neste ámbito no radio de protección específica que se introduce coa Lei integral.

II.9.1. Introducción

A Lei Orgánica 1/2.004, de Medidas de Protección Integral contra a Violencia de Xénero, mantivo, na redacción dos artigos 153, 171, 172 e 173.2 do Código Penal, a equiparación entre a relación conxugal e a “análoga relación de afectividade” que os seus precedentes legislativos xa estableceran respecto da relación que debe existir entre o suxeito activo e pasivo do delito. A citada Lei recolleu, á súa vez, dous importantes novidades introducidas na reforma operada pola Lei Orgánica 11/2.003: mantivo, por unha banda, a supresión da esixencia expresa de estabilidade na relación e, pola outra, a inclusión da expresión “mesmo sen convivencia”.

II.9.2. Interpretación da expresión “análoga relación de afectividade, mesmo sen convivencia”

Segundo se deriva do propio texto legal, nos tipos penais citados atópanse recollidos como suxeitos activos e pasivos tanto os cónxuxes como as parellas *more uxorio*, o que usualmente se coñece como parella de feito. Disto non hai ningunha dúbida. Pero, só inclúe estes supostos?

Do estudio das sentencias ditadas polas Audiencias Provinciais derívase que un dos puntos que máis discrepancias interpretativas orixinou na aplicación da Lei Integral foi a expresión legal "mesmo sen convivencia", engadida á “análoga relación de afectividade”. Con isto, pretendeuse, claramente, incluír outros supostos de feito nos que existe unha especial vinculación ou unión máis alá da simple amizade pero que non quedaban inmersos nunha unión de feito por falta dese elemento de convivencia. Coa nova terminoloxía introducida, pretendeuse englobar aquelas situacións de feito, cada vez máis frecuentes, nas que a especial vinculación de parella, de fidelidade, de unidade, de vocación de futuro, non tiñan o mesmo trato por non existir convivencia baixo o mesmo teito e que son igualmente situacións tutelables por existir esa especial relación que transcende o persoal, pasando polo familiar e chegando ao ámbito social.

Algunhas das sentencias estudadas inciden en que o grao de asimilación á relación conxugal non se ten que medir tanto pola existencia ou non dun proxecto de vida en común senón pola comprobación de que comparte con aquela a natureza da afectividade que é onde a redacción legal pon o acento; a saber, a propia dunha relación persoal e íntima que traspasa con nitidez os límites dunha simple relación de amizade por intensa que sexa. Neste sentido se pronuncia a Sentencia da Sección 6ª da Audiencia Provincial de Viscaia, número 31/2.007, de 22 de xaneiro, con cita da Sentencia da Sección 2ª da Audiencia Provincial de Ávila, número 202/2.005, de 20 de decembro, engadindo que non debe obstar que na relación non existisen “plans de futuro” xa que, de ser así, puido responder a múltiples causas, mesmo alleas á vontade dos interesados, tal e como a realidade social pon de manifesto, non implicando o devandito extremo mingua da intensidade na relación nin na afectividade que a acompaña.

A Sentencia da Sección 27^a da Audiencia Provincial de Madrid, número 466/2.007, de 11 de xuño, entre outras, sinala que determinar en que supostos a relación pode obter tal cualificación, pola existencia de circunstancias de feito que permitan advertir ese plus que acredita a seriedade, estabilidade e vocación de permanencia da relación, é unha cuestión de feito suxeita á necesaria confirmación dentro do proceso penal.

Ademais, algunhas das sentencias estudadas fanse eco de que, nos distintos Seminarios dos Xulgados de Violencia sobre a Muller e dos Maxistrados destinados en Seccións de Audiencias Provinciais especializadas en violencia sobre a muller, adoptáronse criterios uniformes, conforme aos que nos referidos preceptos estarían incluídos os noivos, pero sempre que na relación exista unha evidente vocación de estabilidade, non abondando para cumprir as esixencias do mesmo as relacións de mera amizade ou os encontros puntuais e esporádicos.

II.9.3. Análise dos diferentes criterios interpretativos

A) Das sentencias examinadas neste estudo, non aplican a Lei Orgánica 1/2.004, por considerar que non concorre a análoga relación de afectividade, nos seguintes supostos fácticos:

- Unha relación de 15 días na que vítima e acusado durmían nun caixeiro (Sentencia da Sección 1^a da Audiencia Provincial de Alacante, número 101/2.007, de 2 de febreiro).
- Unha relación de parella que está empezando (Sentencia da Sección 1^a da Audiencia Provincial de Alacante, número 99/2.007, de 2 de febreiro).
- Unha relación de noivado respecto da que non consta que exista entre os suxeitos un compromiso que permita asimilala á “comunidade de vida en intereses” característica do matrimonio ou da parella de feito *more uxorio* (Sentencia da Sección 3^a da Audiencia Provincial de Asturias, número 108/2.007, de 15 de maio).
- Unha relación afectiva de 3 meses ao longo da que o acusado visitaba á vítima con frecuencia na súa casa e mantiveron esporádicas relacións sexuais (Sentencia da Sección 20^a da Audiencia Provincial de Barcelona, número 37/2.007, de 9 de xaneiro).

- Unha relación sentimental respecto da que non se acredita a súa intensidade e o seu grao de intimidade, confianza e compromiso (Sentencia da Sección 2ª da Audiencia Provincial de Valladolid, número 83/2.007, de 19 de abril).

- Unha relación sentimental respecto da que non se proba a frecuencia coa que a vítima e o acusado se encontraban, a intensidade da relación nin a existencia ou non de proxecto en común (Sentencia da Sección 27ª da Audiencia Provincial de Madrid, número 824/2.007, de 11 de outubro).

B) Das sentencias examinadas neste estudio aplican a Lei Orgánica 1/2.004 por considerar que si concorre análoga relación de afectividade, nos seguintes supostos fácticos:

- Unha relación de noivado, cos seus correspondentes vínculos sentimentais entre as partes, de máis de 2 anos e medio de duración recoñecida polo acusado e a vítima con independencia de se existiu ou non convivencia e/ou relacións sexuais (Sentencia da Sección 20ª da Audiencia Provincial de Barcelona, s/n, rolo de apelación 625/2.006, de 10 de xaneiro de 2.007).

- Unha relación de noivado mesmo sen o propósito de compartir a vida nun futuro. Pola contra, cualifica de excluibles unha mera relación de amizade con algún flirteo amoroso esporádico ou unha relación sexual esporádica sen máis implicacións afectivas (Sentencia da Sección 2ª da Audiencia Provincial de Granada, número 175/2.007, de 9 de marzo).

- Unha relación de noivado durante máis de 1 ano, seria e estable na que se presentaban ante os demais como noivos (Sentencia da Sección 27ª da Audiencia Provincial de Madrid, número 432/2.007, de 31 de maio).

- Unha relación de afectividade de 1 mes e medio admitida polo acusado. Este tiña as chaves do domicilio da vítima e pasaba a noite de vez en cando nel. A familia da vítima entendía que a relación existente entre esta e o acusado era de noivado (Sentencia da Sección 27ª da Audiencia Provincial de Madrid, número 466/2.007, de 11 de xuño).

- Unha relación de noivado estable de 1 ano e medio de duración (Sentencia da Sección 1ª da Audiencia Provincial de Valencia, número 136/2007, de 29 de maio).

- Unha relación sentimental dunha duración recoñecida polo acusado de 1 mes e medio que foi de convivencia xa que compartiron vivenda incluso coa filla menor da vítima (Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 1ª, núm. 35/2008, de data 12 de febreiro de 2008).

- Unha relación sentimental con convivencia respecto da que grao de asimilación á relación conxugal non viña medido tanto pola existencia ou non dun proxecto de vida en común senón pola comprobación de que comparte con aquela a natureza da afectividade que é onde a redacción legal pon o acento: a saber, a propia dunha relación persoal e íntima que traspasa con nitidez os límites dunha simple relación de amizade por intensa que sexa (Sentencia da Sección 6ª da Audiencia Provincial de Viscaia, número 31/2007, de 22 de xaneiro).

- Unha relación sentimental con convivencia limitada ás fins de semana paralelamente a outra relación matrimonial (Sentencia da Sección 6ª da Audiencia Provincial de Viscaia, número 493/2.007, de 14 de xuño).

- Unha relación sentimental dunha duración recoñecida polo acusado de 1 ano, sen convivencia pero con persistencia temporal nos encontros persoais e con viaxes en común (Sentencia da Sección 27ª da Audiencia Provincial de Madrid, número 907/2007, de 8 de novembro).

II.10. PENAS IMPOSTAS DIFERENTES Á DE PRISIÓN

A análise das sentencias obxecto de estudo reflicte os seguintes resultados nesta materia:

8 - PENAS IMPOSTAS DIFERENTES DE LA DE PRISIÓN			
8.1) - TBC	28	8.9) - Privación derecho conducir	
8.2) - MULTA	23	8.10) - Privación derecho de armas	333
8.3) - Privación derecho a residir o acudir	10	8.11) - Inhabilitación absoluta	7
8.4) - Prohibición volver aprox. Víctimas o perjudicad	356	8.12) - Suspensión empleo o cargo	1
8.5) - Prohibición aprox. Fam/otros	16	8.13) - Inhabilitación especial	
8.6) - Suspensión régimen visitas		- Inhab.patria potestad	
8.7) - Prohibición comunicación Víctima	285	- Inhab.sufragio	
8.8) - Prohibición comunicación Fam/otros	10	- Inhab.profesión, empleo o cargo	
		8.14) - Pérdida condición beneficiario pensión de viudedad	
		8.15) - Control medidas por medios electrónicos	1

8 - PENAS IMPOSTAS DIFERENTES DE LA DE PRISIÓN			
8.1) - TBC	6,22%	8.9) - Privación derecho conducir	
8.2) - MULTA	5,11%	8.10) - Privación derecho de armas	74,00%
8.3) - Privación derecho a residir o acudir	2,22%	8.11) - Inhabilitación absoluta	1,56%
8.4) - Prohibición volver aprox. Víctimas o perjudicad	79,11%	8.12) - Suspensión empleo o cargo	0,22%
8.5) - Prohibición aprox. Fam/otros	3,56%	8.13) - Inhabilitación especial	
8.6) - Suspensión régimen visitas		- Inhab.patria potestad	
8.7) - Prohibición comunicación Víctima	63,33%	- Inhab.sufragio	
8.8) - Prohibición comunicación Fam/otros	2,22%	- Inhab.profesión, empleo o cargo	
		8.14) - Pérdida condición beneficiario pensión de viudedad	
		8.15) - Control medidas por medios electrónicos	0,22%

Porcentaje calculado sobre sentencias CONDENATORIAS

II.10.1. Introducción

A pena que o xuíz, xuíza ou tribunal penal lle impoña ao acusado por violencia de xénero convértese no resultado que se deriva da inicial denuncia e do mantemento da declaración da vítima dende a instrución ata o acto do xuízo oral, valorada en conxunto co resto da proba practicada no xuízo oral, cando son

consideradas de cargo. Sen embargo, a plasmación do resultado penolóxico do estudio de sentencias de Audiencias Provinciais sobre violencia de xénero ofrece matices de interese que a continuación se abordan.

II.10.2. Penas fixadas no texto legal a impoñer nos preceptos penais de maior aplicación na violencia de xénero

Á hora de comprobar o resultado das sentencias estudadas cómpre analizar as penas que se impoñen no Código Penal nos delitos que máis se aplican na violencia de xénero, que se citan a continuación, a fin de examinar máis tarde cal foi a estatística que arroxa:

- a) Delitos de malos tratos puntuais, ameazas leves e coaccións leves: artigos 153.1, 171.4 e 172.2 CP.

Pena de prisión de seis meses a un ano ou de traballos en beneficios da comunidade de trinta e un a oitenta días e, en todo caso, privación do dereito á tenencia e porte de armas dun ano e un día a tres anos, así como, cando o Xuíz ou Tribunal o estime adecuado ao interese do menor ou incapaz, inhabilitación para o exercicio da patria potestade, tutela, curadoría, garda ou acollemento ata cinco anos.

- b) Delito de maltrato habitual: artigo 173.2 CP:

Pena de prisión de seis meses a tres anos, privación do dereito á tenencia e porte de armas de dous a cinco anos e, no seu caso, cando o xuíz ou tribunal o estime adecuado ao interese do menor ou incapaz, inhabilitación especial para o exercicio da patria potestade, tutela, curadoría, garda ou acollemento por tempo de un a cinco anos, sen prexuízo das penas que puidesen corresponder aos delitos ou faltas nos que concretasen os actos de violencia física ou psíquica.

- c) Delito de quebrantamento de pena das contempladas no artigo 48 do CP ou de medida preventiva ou de seguridade da mesma natureza, impostas en procesos criminais nos que o ofendido sexa algunha das persoas ás que se refire o artigo 173.2: artigo 468 CP.

Aínda que tecnicamente non é un delito de violencia de xénero, inclúese no estudo, resultando ser, como se indicou con anterioridade, un dos tipos penais máis aplicados na violencia que sofren as mulleres por parte dos seus maridos, parellas ou noivos, actuais ou anteriores, polo feito de ser mulleres.

Prevenición de pena de prisión de seis meses a un ano.

II.10.3. Presupostos de base

Dado que os anteriores son os tipos penais de maior aplicación neste ámbito, sobre eles xirará o estudo da aplicación corolaria das penas que correspondan aos feitos probados que son obxecto de posterior condena.

- a) Respecto aos delitos definidos nos artigos 153, 171 e 172 CP, existen un total de 377 condenas fronte a 95 sentencias absolutorias polos mesmos tipos penais.
- b) Sempre que se dite unha condena por un destes delitos as penas preceptivas que sempre hai que impoñer son:

1.- Prisión ou Traballos en Beneficio da Comunidade (TBC), como pena principal.

Ditáronse un total de 388 penas de prisión na mostra obxecto de estudo. En canto á outra pena principal alternativa, en 28 casos impúxose a de traballos en beneficio da comunidade, o que supón un 6,22% do total de sentencias condenatorias. Isto demostra que se opta pola pena de prisión como pena principal.

En calquera caso, a imposición desta pena esixe o consentimento do penado (artigo 49 del CP), co que ou se obtén este no acto do xuízo para o suposto de que se opte por impoñela en sentenza ou se recorre á pena de prisión imposta, solicitando a pena de traballos en beneficio da comunidade expresamente.

2.- Pena de afastamento (prohibición de aproximación á vítima), preceptiva de conformidade co artigo 57.2 CP (que tamén o é para os delitos de violencia doméstica), que dispón que se acordará, en todo caso, a aplicación da pena prevista no apartado 2 do artigo 48 por un tempo que non excederá de dez anos se o delito fose grave ou de cinco se fose menos grave, sen prexuízo do disposto no parágrafo segundo do apartado anterior, que prevé que a duración desta pena sexa, polo menos, superior nun ano á privativa de liberdade.

Con isto, resulta preceptiva a imposición da pena do artigo 48.2 CP, que sinala que *“a prohibición de aproximarse á vítima, ou a aqueles dos seus familiares ou outras persoas que determine o xuíz ou tribunal, impide ao penado achegarse a eles, en calquera lugar onde se atopen, así como achegarse ao seu domicilio, aos seus lugares de traballo e a calquera outro que sexa frecuentado por eles, quedando en suspenso, respecto dos fillos, o réxime de visitas, comunicación e estancia que, no seu caso, se recoñecese en sentenza civil ata o total cumprimento desta pena.”*

Ademais, con respecto á suspensión do réxime de visitas que se recolle no artigo citado, unha importante novidade, introducida pola Lei Orgánica 15/2.003, foi que a pena privativa de dereitos consistente na prohibición de aproximación á vítima ou outras persoas leva ligada a consecuencia xurídica de suspensión *ex lege* do réxime de visitas, comunicación e estancia respecto dos fillos fixado en sentenza civil. A suspensión automática do réxime de visitas durará ata o total cumprimento da pena imposta de prohibición de aproximación. Pero só se aplica respecto do réxime de visitas que estivese xa acordado, non para a posterior sentenza civil que poida ditarse. Nas sentencias analizadas, non se ditou ningunha pena de suspensión do réxime de visitas previamente acordado.

A pena de prohibición de aproximación á vítima impúxose expresamente en 356 das sentencias analizadas, aínda que nalgún suposto a sentenza da Audiencia Provincial non recolleu o fallo completo da sentenza ditada polo Xulgado do Penal, o que podería significar a súa imposición nun número superior de casos. Xunto á pena de afastamento do condenado á vítima, en 16 dos casos analizados engadiuse a prohibición de aproximación do condenado tamén a familiares da vítima ou outras persoas por esta designadas.

3.- Privación do dereito á tenencia e porte de armas.

Ditáronse un total de 333 penas desta natureza.

c) Como accesorias optativas recóllense:

1.- Prohibición de comunicación coa vítima. O artigo 57.1 CP, en relación co artigo 48.3 do mesmo Código, sinala *que* “A prohibición de comunicarse coa vítima, ou con aqueles dos seus familiares ou outras persoas que determine o xuíz ou tribunal, impide ao penado establecer con elas, por calquera medio de comunicación ou medio informático ou telemático, contacto escrito, verbal ou visual.” Esta pena só é potestativa para o xuíz ou tribunal, xa que, a diferenza da pena de afastamento, a de prohibición de comunicación é facultativa ao apelar o lexislador a que os xuíces “poderán impoñela, no seu caso”.

Ditáronse un total de 285 penas desta natureza, así como outras 10 de prohibición de comunicación a familiares ou outras persoas designadas pola vítima.

Sendo esta pena potestativa, a súa imposición se efectúa en menor número que a de afastamento, que resulta preceptiva.

2.- Prohibición do dereito de residencia nun lugar concreto, que coincidirá co do domicilio da vítima ou o seu lugar de traballo, a teor do artigo 57.1 CP, en relación co artigo 48.1 do mesmo Código.

Resulta de maior radio de acción que a propia pena de afastamento, que acostuma fixarse entre 200 e 500 metros, mentres que esta abrangue unha determinada localidade, o que ensancha os marcos de prohibición de achegamento máis alá duns metros de distancia.

Así, o artigo 48.1 CP sinala como contido desta pena: *“A privación do dereito a residir en determinados lugares ou acudir a eles impide ao penado residir ou acudir ao lugar no cometese o delito, ou a aquel no que resida a vítima ou a súa familia, se fosen distintos”*.

Ditáronse un total de 10 penas desta natureza.

3.- A de inhabilitación para o exercicio da patria potestade, tutela, curadoría, garda ou acollemento.

Ditáronse un total de 7 penas desta natureza.

- d) En canto á pena de multa, aparece expresamente prohibida a súa imposición nos tipos delituosos de violencia de xénero propios, incluído o quebrantamento de medida preventiva ou pena do artigo 468.2 CP. Incluso, está vetada a posibilidade da súa substitución, establecendo o artigo 88.1.3º CP que *“No caso de que o reo fose condenado por un delito relacionado coa violencia de xénero, a pena de prisión só poderá ser substituída pola de traballos en beneficio da comunidade. Nestes supostos, o Xuíz ou Tribunal imporá adicionalmente, ademais da suxeición a programas específicos de reeducación e tratamento psicolóxico, a observancia das obrigas ou deberes previstos nas regras 1ª e 2ª, do apartado 1 do artigo 83 deste Código”*.

Ditáronse un total de 23 penas desta natureza, aínda que referidas a faltas.

- e) Penas accesorias: No artículo 56 do CP contéplase que:

“1. Nas penas de prisión inferiores a dez anos, os xuíces ou tribunais imporán, atendendo á gravidade do delito, como penas accesorias, algunha ou algunhas das seguintes:

1º. Suspensión de emprego ou cargo público.

2º. Inhabilitación especial para o dereito de sufraxio pasivo durante o tempo da condena.

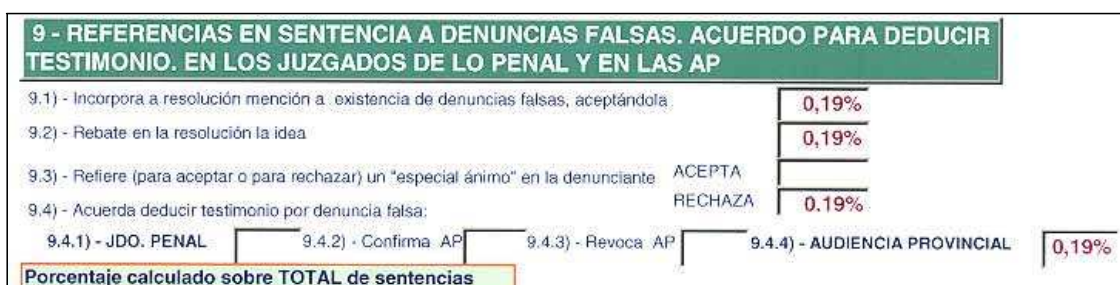
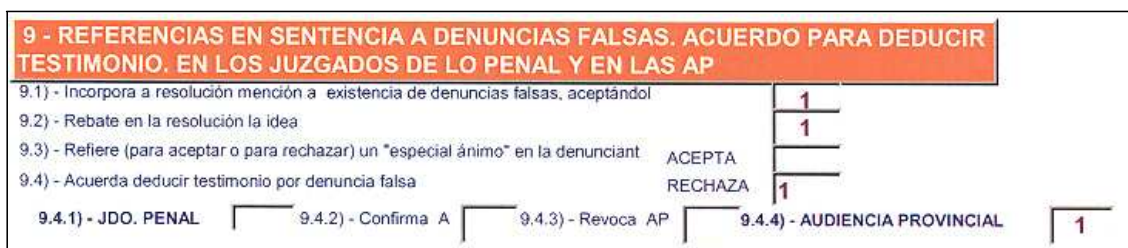
3º. Inhabilitación especial para emprego ou cargo público, profesión, oficio, industria ou comercio ou calquera outro dereito, se estes tivesen relación directa co delito cometido, debendo determinarse expresamente na sentencia esta vinculación, sen prexuízo da aplicación do previsto no artigo 579 deste Código”.

En 7 sentencias acordouse a inhabilitación absoluta do condenado e en 1 a suspensión de emprego ou cargo.

- f) Control da pena de prohibición de aproximación por medios electrónicos. Aparece nunha soa sentenza, aínda que realmente non se trata dunha pena, senón dunha medida de control do seu cumprimento. Por isto non é preceptiva a súa imposición en sentenza, podendo adoptarse como medida da executoria penal.

II.11. SOBRE AS SUPOSTAS DENUNCIAS FALSAS DAS MULLERES

O seguinte gráfico, realizado a partir dos pronunciamentos das sentencias ditadas trala celebración dos correspondentes xuízos orais aos que se refiren, evidencia a inconsistencia da alegación de que as mulleres denuncian en falso en moitas ocasións ser vítimas de violencia machista.



II.11.1 Introducción

Malia non ser o delito de denuncia falsa un delito de violencia de xénero, estando, polo contrario, encadrado dentro dos delitos contra a Administración de Xustiza (Título XX do Libro II do Código Penal), considerouse necesario, neste

primeiro estudio sobre a aplicación que realizan os Tribunais de Xustiza da Lei Integral, analizar a existencia de pronunciamentos nas resolucións xudiciais que puidesen reflectir a incidencia das supostas denuncias falsas que, dende algúns sectores, se viñeron atribuíndo ás mulleres.

O Capítulo V do Título XX do Libro II do Código Penal, integrado polos artigos 456 y 457, refírese aos delitos de acusación e denuncias falsas así como ao de simulación de delitos.

O artigo 456.1 CP tipifica ol delito de acusación e denuncia falsa, sinalando que o comenten *“Os que, con coñecemento da súa falsidade ou temerario desprezo á verdade, imputaren a algunha persoa feitos que, de ser certos, constituirían infracción penal, se esta imputación se fixese ante funcionario xudicial ou administrativo que teña o deber de proceder á súa pescuda”*. O seu apartado 2 dispón que *“Non poderá procederse contra o denunciante ou acusador senón tras sentenza firme ou auto tamén firme, de sobresemento ou arquivo do Xuíz ou Tribunal que coñecese da infracción imputada. Estes mandarán proceder de oficio contra o denunciante ou acusador sempre que da causa principal resulten indicios bastantes da falsidade da imputación, sen prexuízo de que o feito poida tamén perseguirse previa denuncia del ofendido”*.

Pola súa banda, o artigo 458 CP, encadrado no Capítulo VI seguinte, tipifica o delito de falso testemuño, que o comete *“A testemuña que faltase á verdade no seu testemuño en causa xudicial”*.

As estatísticas xudiciais non recollen os distintos delitos que son obxecto de investigación polos Xulgados de Instrución, aos que corresponde instruír, entre outros, os delitos cometidos contra a Administración de Xustiza. Esta específica concreción só se encontra nos boletíns estatísticos para os delitos relacionados coa violencia doméstica e coa violencia de xénero regulada pola Lei Integral. Ningún boletín estatístico xudicial recolle os delitos sentenciados polos Xulgados do Penal ou polas Audiencias Provinciais.

Por isto, a aproximación que cómpre efectuar á posible comisión dun delito de acusación ou denuncia falsa é a través dos supostos nos que o órgano xurisdiccional -que absolveu á persoa que estaba acusada de cometer un delito- acorda, a partir de valorar que existen indicios bastantes da falsidade da

imputación inicialmente efectuada, deducir testemuño das actuacións para que o Xulgado de Instrución investigue a posible comisión do novo delito apreciado.

Naturalmente, o dereito fundamental á presunción de inocencia impide – como na totalidade de delitos- valorar a dedución de testemuño para a investigación duns feitos como equivalente a ter executado o feito que pasa a investigarse.

Coma no resto de supostos, a presunción de inocencia non cede senón ata o ditado dunha sentenza firme.

Ademais, a decisión de deducir testemuño, moi especialmente nestes casos, vén matizada pola especificidade da conduta procesual das vítimas de violencia de xénero, que, como se sinalou con anterioridade, se desenvolven, en tanto non logran saír definitivamente do círculo da violencia, nunha situación de agresión-denuncia-arrepentimento-agresión. En non poucas ocasións, a diverxencia entre o testemuño inicial e o mantido en xuízo oral, cando ten relevancia penal, pode situarse máis no ámbito do delito de falso testemuño (retractándose da inicial denuncia para evitar as consecuencias do proceso penal sobre a súa parella ou ex-parella) que no de denuncia ou acusación falsa. Neste sentido, a dedución de testemuño que pode acordar o órgano de axuizamento permite tanto a investigación da posible comisión dun ou outro delito, sen prexulgar o resultado final das actuacións (sobresemento, arquivo, absolución ou condena por un ou outro delito).

Esta dedución de testemuño supón, efectivamente, a posible relevancia penal das diverxencias existentes entre a denuncia inicial e o que finalmente quedou acreditado en xuízo oral. Pero ata que unha sentenza de condena polo delito de acusación ou denuncia falsa non sexa firme, todos e todas –incluídas, naturalmente, as denunciante de delitos vinculados coa violencia de xénero- son titulares do dereito á presunción de inocencia e, con isto, a recibir o trato e consideración de inocentes.

II.11.2. Análise das sentencias obxecto de estudio nesta materia

O estudio efectuado sobre a mostra representativa de resolucións xudiciais que se pronuncian en materia de violencia de xénero regulada pola Lei Integral permite concluír que as afirmacións que, en determinados sectores, se efectúan acerca de que as mulleres que denuncian delitos de violencia de xénero o fan en falso carece do máis mínimo fundamento, tanto na pretendida xeneralización das *denuncias falsas* que xustificarían consideralo como un fenómeno estendido como, incluso, en cuanto suposto dotado dunha mínima relevancia singularizada.

Efectivamente, das 530 resolucións estudadas, exclusivamente unha, equivalente a un 0,19% do total, refírese directamente a un suposto que podería encadrarse neste ámbito, sen prexuízo de permitir outras lecturas posibles.

Trátase da Sentencia da Sección 2ª da Audiencia Provincial de Las Palmas, número 171/2.007, de 14 de xuño, que resolve en apelación un recurso contra unha sentenza condenatoria ditada polo Xulgado do Penal nº 2 de Las Palmas.

O Xulgado do Penal condenara ao acusado, como autor dun delito de malos tratos no ámbito familiar, por ter golpeado en varias ocasións á súa compañeira sentimental durante unha discusión e terlle empuxado fortemente, causándolle “lesións consistentes en traumatismo a nivel cervical esquerdo e mentonián xunto con crise de ansiedade”. A denunciante, que mantivera a súa denuncia en fase de instrución, no acto do xuízo oral acolleuse á dispensa da obriga de declarar que prevé o artigo 416 da Lei de Axuizamento Criminal. O Ministerio Fiscal interesou a lectura das súas declaracións sumariais e mantivo a petición de condena. O Xuíz do Penal, que debeu ponderar, xunto coas declaracións iniciais, polo menos o parte de lesións obrante nas actuacións (o que se deduce da sentenza de apelación, que se refire ao “resto de probas practicadas en xuízo”), condenou ao acusado, como se dixo.

Contra a sentenza de condena interpuxeron recurso tanto o condenado como, curiosamente, a denunciante (que, obviamente, non era parte procesual prexudicada pola mesma), interesando a absolución do primeiro.

De común acordo ambas as dúas partes fundamentaron os seus respectivos recursos na “manifesta errónea valoración da proba” efectuada na sentenza obxecto de impugnación porque, segundo sinalaba a propia denunciante, sorpresivamente, por primeira vez ao largo do procedemento, esta mentira na súa denuncia inicial.

A Audiencia Provincial estima o recurso “non porque a actuación do Xulgado do Penal” non valorase correctamente a proba practicada en xuízo senón porque a Sala tivera a posibilidade de gozar da inmediación da nova declaración da denunciante interesada na vista. Nesta, a denunciante manifestou que día que interpuxo a denuncia terxiversou os feitos e que os esaxerou porque estaba moi enfadada co acusado. Engadiu que o denunciado non a golpeará en ningún momento e que *“a lesión no queixo fixéraa cunha porta ela mesma, de forma accidental, dado o seu estado de nerviosismo pola discusión con ... e a intención deste de non continuar coa relación”*.

Desta declaración da denunciante, efectuada trala condena do seu compañeiro sentimental malia terse acollido ela en xuízo oral á dispensa do artigo 416 da Lei Procesual, a Sala deriva dúas conclusións:

- a primeira, o reproche á denunciante

“lamentando que se utilice un procedemento xudicial pensado para protexer ás vítimas de violencia de xénero, como unha “arma” contra o integrante da parella que non atende as esixencias sentimentais da outra parte”.

- a segunda, consecuencia que non podía ser descoñecida polas asistencias letradas das partes, a Sala acorda

“deducir testemuño das actuacións por se a denunciante D^a ... incorrese en delito de denuncia falsa ... dadas as manifestacións da mesma, tanto no escrito de recurso de apelación como na vista celebrada ante esta Sala”.

Outras resolucións abordan estas particularidades, aínda que alcanzando conclusións ben distintas.

Así, por exemplo, a Sentencia da Sección 27ª da Audiencia Provincial de Madrid, número 513/2.007, de 26 de xuño, que confirma a sentenza de instancia. A sentenza do Xulgado do Penal nº 3 de Xetafe non outorgara eficacia ás declaracións da vítima no plenario, que sinalou que mentira en xuízo noutras ocasións, e condenou ao acusado, como autor dun delito de malos tratos no domicilio común, con base nas declaracións deste, xunto co parte médico de lesións e o informe médico forense. A defensa recorre en apelación, alegando unha pretendida infracción do precepto penal que tipifica o delito polo que resultara condenado, invocando a falsidade da denuncia e que os feitos sucederan pola provocación da esposa. A Sala rexeita o motivo de apelación, destaca a corrección da valoración probatoria da sentenza apelada e rexeita igualmente a aplicación do subtipo privilexiado do apartado 4 do artigo 153 do Código Penal, ao entender que non concorre unha menor gravidade ao ter golpeado o recorrente á súa esposa cos puños na cara e no ventre, encontrándose ela embarazada, estimando que, tamén neste extremo, a valoración de instancia foi correcta e acertada.

Tamén a Sentencia da Sección 27ª da Audiencia Provincial de Madrid, número 797/2.007, de 8 de outubro, aborda a nova declaración exculpatória da vítima, non só sen derivar contra esta a dedución de testemuño para a investigación dun posible delito senón confirmando o pronunciamento de condena do Xulgado do Penal.

Neste caso, a Sala confirma a condena polo delito de ameazas, malia ser certo que a vítima exculpou en xuízo oral ao seu marido,

“manifestando que este non a ameazou e o coitelo que portaba na man colleuno para partir o pan, pronunciándose en similares termos o acusado”,

xa que o xuíz *a quo* contou con probas adicionais. Por unha banda, coas declaracións de dúas testemuñas presenciais que, no momento dos feitos, compartían piso con ambos e que relataron que o acusado, esgrimindo un coitelo, ameazou de morte á súa esposa. Pola outra, co testemuño dun axente da Garda Civil, que relatou que, ao chegar ao domicilio onde vivían os anteriores, se encontrou á vítima debaixo da cama chorando e moi nerviosa.

Esta mesma sentenza rexeita a pretendida infracción por indebida inaplicación do artigo 130.5 do Código Penal, postulando a defensa a extinción da responsabilidade criminal ante o perdón da vítima. Sen prexuízo de que o aludido perdón parece clarificar o relato exculpatório da vítima en xuízo oral, a Sala sinala:

“Centrada así a cuestión, o primeiro motivo esgrimido é claramente improsperable por canto o perdón do ofendido conforme o art. 130.5 do Código Penal constitúe unha das causas polas que se extingue a responsabilidade penal unicamente nos supostos nos que a lei así o prevé, entre os que non está contemplado o delito de ameazas leves obxecto de acusación e condena, que se trata dunha infracción de carácter público perseguible de oficio para cuxa prosecución é indiferente o perdón da ofendida”.

Outras sentencias refírense ás alegacións da defensa do recorrente sobre móbiles espurios na denuncia formulada, que pasan a rexeitar.

Así, a Sentencia da Sección 4ª da Audiencia Provincial de Xirona, número 253/2.007, de 5 de xuño, aborda esta alegación exposta pola defensa, xunto con outra adicional que esta introduce, que non pode considerarse allea á anterior: a suposta “preeminencia inconstitucional que se outorga ás manifestacións da muller con destrución das normas xerais sobre a distribución da carga da proba”.

Respecto deste último extremo, a Sala pronúnciase con contundencia:

“E en canto á afirmación da preeminencia da valoración da declaración da muller sobre a do varón, reconducíndose a distribución da carga da proba de forma que é o acusado o que ten que demostrar a súa inocencia e non a acusación, simplemente dicir que é falsa. Tal regra non existe e non foi tampouco aplicada. O feito de que o Xulgador da instancia dese credibilidade á versión da prexudicada fronte á do acusado e ás testemuñas aportadas á súa instancia explícase con claridade nos razoamentos da súa sentenza, nos que entraremos máis tarde ao analizar a valoración da proba, na que ningún sostén que polo feito do seu sexo ten que dárselle maior fiabilidade”.

Con posterioridade, tras recordar que a valoración dos testemuños non se rexe por criterios numéricos ou cuantitativos senón por principios de credibilidade, aborda a alegación sobre móbiles espurios:

“Esta atención que reclamamos é a que tivo o Xuíz a quo que reconece que estivo especialmente atento cando a prexudicada explicou a conversa que tivera co fillo do acusado referida a que podería retirar a denuncia se se sentise economicamente recompensada. En efecto, tal alegación encontrou unha explicación non só suficiente senón lóxica atendendo ás normas da experiencia de que, a pesar de ter sufrido o delito, non se tiña especial interese en manter a denuncia se se pagaba o dano sufrido. Isto non implica unha coacción ilexítima senón unha reflexión sobre a verdadeira valía persoal da denuncia e do procedemento penal”.

Igualmente, a Sentencia da Sección 1ª da Audiencia Provincial de Valencia, número 136/2.007, de 29 de maio, aborda esta cuestión tanxencialmente. Esta resolución, estudia a alegación do recorrente, relativa ao suposto erro valorativo da xuíza do Xulgado do Penal nº 3 de Valencia. O recorrente fora condenado como autor dun delito do artigo 153 do Código Penal, por ter agredido á súa noiva, coa que mantivera unha relación de noivado durante ano e medio, retorcéndolle os pulsos e propinándolle unha puñada na perna. O Fundamento Xurídico 2º da sentenza de apelación rexeita as alegacións, por compartir o Tribunal os *“acertados criterios e a racionalidade do xuízo dedutivo que realiza”* a sentenza apelada, engadindo:

“sen que o interesado discurso do recorrente e as partidistas conxecturas que aventura acerca do ánimo que guía á denunciante poidan prevalecer sobre as acertadas conclusións alcanzadas pola xuíz”.

Pola súa banda, a Sentencia da Sección 27ª da Audiencia Provincial de Madrid, número 361/2.007, de 26 de abril, confirma a sentenza ditada polo Xulgado do Penal nº 8 de Madrid, que condenaba ao acusado por un delito de ameazas. Este mandara unha carta á súa compañeira sentimental, que acaba de deixalo, na que, entre outras consideracións, expresaba: “*E cogido el jamonero no quiero azerte daño pero tu decides voi a estar esperando*” (sic) (Collín o xamoneiro non quero mancarte pero ti decides vou estar agardando). A vítima, no acto do xuízo oral, pretendeu quitar importancia aos feitos, manifestando que non lle producira especial intranquilidade. A Audiencia expón:

“É certo que a Sra. .. tivo no plenario unha actitude claramente exculpatoria para a actuación do recorrente, o que xa se entrevía cando, ao comparecer no Xulgado de Violencia sobre a Muller, manifestou que quería retirar a súa denuncia, actitude moi frecuente, como ensina a experiencia práctica en supostos de violencia de xénero e intrafamiliar, polas vinculacións afectivas, sociais, familiares e económicas que unen a vítima e agresor ... Por outra banda, por máis que a denunciante aluda, de forma vaga e imprecisa, á existencia dunhas certas presións do seu irmán –incluso, parece que da policía, cando di “que entre todos en Comisaría empezaron a comerlle a cabeza”- para formular a denuncia, o que non resiste unha análise puramente obxectivo, máxime cando tamén afirma que tivo que ingresar nunha Casa de Acolida, lugar ao que só pode levar o temor a sufrir algunha agresión e que contradí esa tranquilidade que di que tiña naqueles momentos”.

II.12. MOTIVOS DE NULIDADE, DE APRECIARSE

Con carácter xeral, pode afirmarse que a nulidade de actuacións se decreta nun número moi limitado das sentencias obxecto do estudo, destacando as que teñen que ver coa aplicación da dispensa de declarar do artigo 416 da Lei de Axuizamento Criminal.

II.12.1. En relación coa dispensa de declarar

De conformidade co artigo 416 LECR, están dispensados da obriga de declarar os parentes do procesado en liña directa ascendente e descendente, o seu cónxuxe, os seus irmáns consanguíneos ou uterinos e os laterais consanguíneos ata segundo grao civil, así como os parentes naturais aos que se refire o número 3º do artigo 261 do mesmo texto procesual. Nestes casos, o Xuíz instructor advertirá á testemuña que estea comprendida no parágrafo anterior que non ten obriga de declarar en contra do procesado pero que pode facer as manifestacións que considere oportunas, consignándose a contestación que formulase a esta advertencia. Neste sentido, a Sentencia da Sección 2ª da Audiencia Provincial de Las Palmas, número 106/2.007, de 3 de maio, destaca a obriga da vítima (citada como testemuña) de comparecer ao xuízo (artigos 410 e 702 LECR), sen prexuízo de que a mesma (unha vez que comparece) poida acollerse ao dereito a non declarar (ao amparo do referido artigo 416 LECR), razoando que

“o certo é que o delito que se axuíza, é un delito perseguible de oficio, e non se poden deixar ao capricho da denunciante as consecuencias punitivas dos feitos que denunciou e que poderían ser constitutivos do delito polo que se acusa”.

Unha parte importante dos motivos de nulidade aos que aluden as sentencias analizadas xiran, como se indicou, en torno á aplicación do artigo 416.1º da Lei de Axuizamento Criminal.

Nuns casos, as sentencias analizadas declaran a nulidade porque non se deu cumprimento ao disposto no artigo 416.1º LECR, cando o mesmo resultaba aplicable.

Cómpre sinalar, en primeiro lugar, a Sentencia da Sección 20ª da Audiencia Provincial de Barcelona, número 364/2.007, de 28 de marzo, na que nin o Xuíz do Penal nin o Xuíz de Instrución deron cumprimento ao artigo 416 LECR, constando que ante o Xuíz de Instrución a vítima manifestou que non quería denunciar ao seu marido. Engade a sentencia que

“o Tribunal Supremo en varias sentencias só permite a valoración dunha testifical dun parente que está incluído entre os mencionados no artigo 416.1 da LECR. e non se lle fixo a advertencia ao respecto, cando a vítima espontaneamente acudise á Comisaría de Policía ou ao Xulgado de Instrución a denunciar os feitos que contra a mesma cometeu o parente acusado (S. T.S. 20-10-04, entre outras)... No presente caso a referida testemuña no acudiu a denunciar á Comisaría ao acusado e ademais na súa declaración no Xulgado manifestou que non quería denunciar o feito nin ao seu marido”.

Na mesma liña, a Sentencia da Sección 1ª da Audiencia Provincial de Murcia, número 25/2.007, de 22 de febreiro, aborda un suposto similar:

“non foi advertida do art. 416 da LECR nin, polo menos, de que non incorrería en responsabilidade penal por non declarar, e consta nas actuacións que ante a Xuíz instrutora manifestou o seu dereito a acollerse ao artigo primeiramente mencionado, sen que figure que despois, ante o Xuíz do Penal, renunciase a tal dereito, o que determina que as súas declaracións ante o Xulgado son nulas e sen valor ningún, pois os referidos artigos están concibidos para protexer ao reo e non para prexudicalo e deles se desprende a ausencia da obriga de declarar”.

E engade que

“esta mesma doutrina se contén en catro sentencias do Tribunal Europeo, como son as recaídas no caso Kostovski, de data 20 de novembro de 1.989, caso Windisch, de 27 de setembro de 1.990, caso Delta, de 19 de decembro do mesmo ano e caso Isgró de 19 de febreiro de 1.991. En todas elas apréciase que ante situacións desas características (alí ao revés: falta de advertencia na instrución e negativa a declarar no plenario), o acusado non contou cun proceso xusto e violouse así o apartado 1 do artigo 6 do Convenio sobre Dereitos Humanos. E este é o criterio do noso Tribunal Supremo, así nas sentencias de 11 de abril de 1.996 e de 26 de maio de 1.999”.

Noutro caso, a nulidade declárase porque se aplicou indebidamente o mencionado artigo 416.1º LECR, e isto por canto no momento do xuízo se romperá a relación entre vítima e acusado. Neste ámbito hai que sinalar a Sentencia da Sección 27ª da Audiencia Provincial de Madrid, número 21/2.008, de 16 de xaneiro, segundo a que,

“como queira que a vítima Dª M., parella de feito do acusado no momento dos feitos, recoñece no acto do xuízo oral que no momento da celebración do xuízo xa rematou a súa relación sentimental co acusado, non vivindo con el, ten que concluírse que estaba en consecuencia obrigada a declarar, sen poderse acoller ao artigo 416 LECR, dado que xa non mantiña ningunha relación análoga á conxugal co acusado. E ao escusala de declarar por parte da Xuíz do Penal, limitouse o dereito á proba do Ministerio Fiscal, impedíndolle practicar unha proba que era necesaria e pertinente, de fácil e posible práctica, e de innegable influencia na decisión do preito. O que supón unha vulneración do dereito constitucional ás probas pertinentes que recoñece o art. 24.2 CE, que leva, con estimación do recurso, a declarar a nulidade do actuado a partir do comezo do xuízo oral, a fin de que este se reproduza ante outro Xuíz do Penal emendándose a omisión da proba testifical producida”.

Por último, nunha sentenza declárase a nulidade da sentenza e do xuízo celebrado ante o Xulgado de lo Penal. Trátase da Sentencia da Sección 2ª da Audiencia Provincial de Las Palmas, número 165/2.007, de 14 de xuño, que aborda un suposto no que a vítima declarou ante o Xuíz de Instrución (en presenza e con intervención dos Avogados da defensa e da acusación), pero que posteriormente fixo valer en xuízo a dispensa do artigo 416 LECR. Esta sentenza analiza o problema relativo a se, nestes casos de silencio da denunciante, é procedente a lectura da súa declaración inicial no acto do xuízo oral, ao amparo dos artigos 714 e 730 da Lei de Axuizamento Criminal. O Xulgado do Penal estimou que non, ao entender que non concorre o suposto do artigo 730 LECR. Sen embargo, a Audiencia considera que si que debía terse procedido á devandita lectura, razoando que

“a introdución no acto do xuízo da declaración da vítima (denunciante) de violencia de xénero, pola vía do art.714 LECR, en nada prexudica o dereito de defensa, pois a mesma respondeu ás preguntas que lle puido formular o Letrado do imputado, garantíndose así o principio de contradición. E o seu silencio no acto do xuízo oral pode e debe ser valorado polo Xuíz ou Tribunal como unha forma de contradición, aínda que sexa tácita, coa súa posición activa inicial, consistente na interposición, voluntaria, da denuncia, e tendo en conta ambos os dous (primeira declaración e silencio posterior), así como o resto de probas practicadas no acto do xuízo oral, formar a súa convicción, absolvendo ou condenado ao acusado, segundo os casos”.

Neste caso, e tendo en conta a falta de lectura da declaración da vítima prestada en instrución, declárase a nulidade do xuízo e da posterior sentenza, a fin de que se celebre novo xuízo, por un Xuíz distinto, no que, no caso de que a denunciante faga uso da dispensa da obriga de declarar (artigo 416 LECR), se proceda a dar lectura á declaración da mesma en fase de instrución, valorando o Xuíz sentenciador, con liberdade de criterio, todas as probas practicadas no devandito acto.

II.12.2. Denegación de proba en primeira instancia e falta de suspensión do xuízo

A Sentencia da Sección 27ª da Audiencia Provincial de Madrid, número 559/2.007, de 29 de xuño, declara a nulidade do xuízo porque se denegaron indebidamente dúas probas propostas á recorrente, producíndolle indefensión: o testemuño da súa compañeira de traballo, que estivo coa vítima e observou os sinais do seu corpo unhas horas máis tarde dos feitos, e o informe pericial psicolóxico que permitise valorar a súa credibilidade, solicitando de novo a práctica de ambas as dúas probas en apelación ante a Sala. A Audiencia estima o recurso porque as probas propostas pola agora recorrente eran pertinentes, necesarias, e posibles, e a súa denegación produciu indefensión, ao privala da posibilidade de acreditar elementos que resultaban transcendentales para a adecuada resolución do proceso. Sen embargo, a sentenza non ordena a práctica das devanditas probas ante a Audiencia, senón que decreta a nulidade do xuízo oral e da sentenza

“porque isto resulta vedado, en aplicación da normativa e doutrina expostas, para evitar a división da valoración probatoria que se produciría ao integrar o resultado dunhas probas practicadas na apelación co de outras, de carácter persoal, practicadas na instancia, e, excluídas, por tanto, da necesaria inmediación, o que impediría a esta Sala formar unha correcta convicción para calibrar a súa consistencia e fiabilidade, dunha banda. Pero, da outra, e especialmente, para non desvirtuar o dereito á dobre instancia do acusado, do que, absolto na sentenza que se impugna, se pretende a súa condena por este Tribunal. (No mesmo sentido, as sentencias da Audiencia Provincial de Asturias 103/2006, de 25 de abril, e da Sección 17ª da Audiencia Provincial de Madrid 349/2006, de 6 de abril)”.

Cómpre mencionar, tamén, a Sentencia da Sección 2ª da Audiencia Provincial de Las Palmas, número 106/2.007, de 3 de maio, que decreta a nulidade da sentenza absolutoria (ditada polo Xulgado do Penal) porque non se accedeu á suspensión do xuízo pola incomparecencia da testemuña-vítima. Por outra banda, e tal e como se expresou anteriormente, esta resolución destaca a obriga da vítima (citada como testemuña) de comparecer ao xuízo, sen prexuízo de que a mesma (unha vez que comparece) poida acollerse ao dereito a non declarar (ao amparo do artigo 416 LECR)

II.12.3. Outros motivos de nulidade

As sentencias estudadas tamén conteñen unha serie heteroxénea de supostos nos que se estima un motivo de nulidade.

En primeiro lugar, a Sentencia da Sección 1ª da Audiencia Provincial de Alacante, número 90/2008, de 7 de febreiro, decreta a nulidade da sentenza e do xuízo oral porque se presentara o escrito de defensa en prazo.

Por outra banda, a Sentencia da sección 3ª da Audiencia Provincial de Cádiz, número 5/2.007, de 11 de xaneiro, estima a nulidade do xuízo por defectos de citación.

Por último, a Sentencia da Audiencia Provincial de Cuenca número 85/2.007, de 23 de outubro, decreta a nulidade do xuízo por entender que ditou sentenza un Xulgado de Primeira Instancia e Instrución, cando o competente era un Xulgado de Violencia sobre a Muller ao tratarse de violencia de xénero.

III. CONCLUSIÓNS

PRIMEIRA.- *Distribución das resolucións.*

A meirande parte de pronunciamentos das Seccións Especializadas en Violencia sobre a Muller das Audiencias Provinciais que integraron a mostra obxecto do presente estudio –un 95,48%– corresponden a recursos de apelación contra sentencias ditadas polos Xulgados do Penal (un 89,06%) ou polos Xulgados de Violencia sobre a Muller, en xuízos de faltas (un 6,42%).

SEGUNDA.- *Sentido do fallo.*

A meirande parte das resolucións que se ditan polas Audiencias Provinciais neste ámbito, quer en fase de apelación, quer en axuizamento en única instancia, son de condena, o que acontece nun 84,91% das sentencias que constituíron a mostra de estudio.

Isto sinálase neste momento, como no caso da conclusión anterior, a efectos de contextualizar as que veñen a continuación.

TERCEIRA.- *Sobre os tipos penais obxecto de condena e absolución.*

O delito de maltrato ocasional do artigo 153 CP é o tipo penal que é obxecto de axuizamento en maior medida polos nosos Tribunais. A el corresponde un 59,33% (267 sentencias) dos 450 pronunciamentos de condena e un 65,35% (66 sentencias) dos absolutorios. Séguenlle os delitos de ameazas leves e de quebrantamento de pena ou medida preventiva ou de seguridade.

O delito de violencia habitual do artigo 173.2 CP segue a ser de aplicación residual: recibe un 6,22% (28 sentencias) dos pronunciamentos de condena e un 11,88% (12 sentencias) dos absolutorios.

Por isto, cómpre concluír que a violencia de xénero pola que se formula acusación de forma xeneralizada e que, por tanto, é obxecto de sanción tamén de forma xeneralizada redúcese aos tipos que describen feitos máis leves.

CUARTA.- *Sobre a forma das sentencias.*

A incorporación íntegra do relato de feitos probados e do fallo nas sentencias ditadas en apelación polas Audiencias Provinciais permite coñecer con exactitude os feitos obxecto de acusación e valorar os presupostos dos razoamentos seguidos por estes Tribunais.

Pola contra, cando á resolución da Audiencia Provincial non se incorpora o relato de feitos declarado probado polo Xulgado do Penal ou o fallo ditado na súa integridade, dificultase extraordinariamente valorar o razoamento da sentenza ditada en apelación.

QUINTA.- *Terminoloxía de xénero.*

Aséntase a terminoloxía de “xénero” nas resolucións xudiciais, en coherencia coa positivización do concepto efectuada polo lexislador.

Non obstante, utilízanse nas resolucións unha pluralidade de conceptos para referir o suposto de feito tipificado (delito de violencia de xénero, delito de violencia contra a muller, delito de violencia doméstica do artigo 153.1 CP, delito de violencia no ámbito familiar, lesións no ámbito familiar, delito agravado de violencia de xénero, delito de maltrato, delito agravado de violencia doméstica psíquica habitual, delito de violencia doméstica simple e agravado...). É aconsellable, por isto, a identificación precisa, nas resolucións xudiciais, dos diferentes tipos penais e o seu emprego de xeito uniforme.

SEXTA.- *Sobre os motivos da absolución.*

Nun importante número de supostos, non resulta posible determinar cales foron as causas que levaron á absolución total ou parcial dos acusados, nas sentencias de diferentes Audiencias Provinciais que resollen os recursos de apelación, quer polo sucinto das razóns nas que a fundamentan, ou quer porque estas se centran en outros diversos aspectos sometidos a debate.

Especificamente, unha parte dos pronunciamentos de absolución sustentouse, exclusivamente, na doutrina constitucional derivada de la STC 167/2.002, que non permite ás Audiencias Provinciais a condena dun acusado inicialmente absolto, baseándose nunha nova valoración das declaracións de testemuñas, peritos e acusados efectuadas en primeira instancia, se o Tribunal de apelación non presenciou as devanditas probas baixo os principios de publicidade, inmediación e contradición.

SÉTIMA.- *A específica proxección do artigo 416 LECR sobre a absolución no axuizamento destes delitos.*

A dispensa da obriga de declarar, na redacción que se mantén do artigo 416 da Lei de Axuizamento Criminal dende o século XIX, xera unha boa parte das sentencias absolutorias ditadas en materia de violencia de xénero.

A redacción do precepto crea distorsións no ámbito da violencia de xénero, dado que estes delitos se comenten en non poucas ocasións na intimidade, adquirindo, por isto, a declaración da vítima especial relevancia. O mantemento da actual redacción do precepto aproxima estes delitos, dalgún xeito, á consideración de delitos privados.

OITAVA.- *A declaración da vítima como proba de cargo.*

Do total de sentencias analizadas, en 148 valórase a declaración da vítima como proba de cargo, aínda que en 114 delas concorren corroboracións periféricas que acreditan o contido desa declaración. No resto, é dicir, en 34, a manifestación da vítima é a única proba practicada, das que, en 14, serve para condenar e, en 11, para absolver. Nas 9 restantes valóranse outros aspectos na sentencia da Audiencia ditada en segunda instancia, como a inmediación do Xuíz *a quo* ou a

ausencia de declaración da vítima no xuízo oral, polo que non se ten en conta tanto a proba de cargo consistente na declaración da vítima como eses outros aspectos.

NOVENA.- *Sobre a existencia dun elemento subxectivo nos delitos de violencia de xénero.*

A partir da entrada en vigor da Lei Integral, algúns órganos xurisdiccionais esixiron, para entender colmadas as esixencias legais dos tipos penais vinculados coa violencia de xénero, un elemento subxectivo (ánimo de degradar, subxugar ou dominar) que con anterioridade non se esixía na interpretación dos tipos penais vinculados coa violencia doméstica (tampouco agora).

A maior parte das resolucións das Audiencias Provinciais non examinan esta cuestión, o que significa que a cuestión relativa á integración ou non do elemento finalístico nos delitos de violencia de xénero non foi, nestes casos, suscitada polas partes. Cando si foi obxecto de debate ou cando as Audiencias Provinciais examinaron esta cuestión de oficio, o que sucedeu nun 17% das resolucións que constitúen a mostra de estudo, nun 66% de supostos decantáronse por entender que o artigo 1 da Lei Integral define un elemento subxectivo nos delitos de violencia de xénero.

O conxunto das sentencias obxecto do presente estudio reflicten, por tanto, diversas posturas interpretativas: unhas consideran que abonda para merecer o reproche penal que se leve a cabo a conduta típica polo home cara á súa esposa ou muller que estea ou estivese ligada a el por relación similar de afectividade, mesmo convivencia; outras, sen embargo, consideran que é necesario probar un elemento subxectivo: a vontade do autor “de degradar, subxugar ou dominar” á vítima; unha terceira sostén unha posición intermedia, establecendo que este ánimo de degradar e dominar presúmese coa realización dos actos delituosos que exerce o home sobre a muller con ocasión dunha relación afectiva de parella, pero admitindo esta presunción proba en contra. Estas diversas posturas comportaron - polo menos ata que se pronunciado sobre este extremo o Tribunal Constitucional en Sentencia 59/2.008, de 14 de maio- respostas dispares aos mesmos problemas,

podendo resultar afectado o principio de seguridade xurídica.

Especificamente, unha consecuencia aplicativa apreciada nas resolucións que esixen a concorrencia dese elemento subxectivo é a de degradar a conduta a falta.

DÉCIMA.- *Circunstancias modificativas da responsabilidade criminal.*

As sentencias analizadas revelan a escasa incidencia das circunstancias modificativas da responsabilidade criminal nos pronunciamentos de condena nos delitos de violencia de xénero, tamén, especificamente, as vinculadas coa influencia de bebidas alcohólicas ou de drogas ou substancias estupefacientes sobre a imputabilidade do autor (que se apreciou nun 3,78% das resolucións condenatorias como circunstancia atenuante e nun 0,89% como eximente incompleta) ou coa alteración psíquica (apreciada como eximente incompleta nun 0,89% das devanditas resolucións).

Expresan, por tanto, porcentaxes incluso bastante inferiores aos apreciados nas sentencias ditadas en casos de homicidio e/ou asasinato.

A circunstancia agravante aplicada en máis ocasións nas resolucións condenatorias obxecto de estudo é a de reincidencia (21 sentencias, isto é, un 4,67%), seguida da de parentesco (13 sentencias, un 2,89% delas). Ademais das anteriores, só se aplicou a circunstancia de abuso de superioridade (1 sentencia) e a de abuso de confianza (tamén en 1 sentencia).

Ningunha das sentencias analizadas estima a concorrencia dunha eximente completa.

UNDÉCIMA.- *Sobre o consentimento da vítima na consumación do delito de quebrantamento de pena ou medida preventiva.*

Mantense nas resolucións analizadas -ditadas en período anterior ao Acordo non xurisdiccional de Sala Xeral da Sala Segunda do Tribunal Supremo de 25 de novembro de 2008- o debate xurídico, introducido *ex novo* na súa proxección en casos de violencia de xénero, sobre a relevancia do consentimento da vítima na

consumación do delito de quebrantamento de pena ou medida preventiva respecto a medidas adoptadas para a protección das vítimas, moi especialmente polo que se refire á medida de prohibición de aproximación (afastamento), ofrecendo solucións interpretativas distintas.

DUODÉCIMA.- *Aplicación do concepto “análoga relación de afectividade”.*

A maioría das resolucións analizadas que abordan a interpretación deste concepto se decantan pola aplicación da Lei Integral aos supostos de noivado ou ás novas relacións sentimentais que xorden na nosa sociedade. Non obstante, a dicción legal “análoga relación de afectividade mesmo sen convivencia” é un concepto non xurídico, que permite que a doutrina das diferentes Audiencias Provinciais ofrezca solucións diversas á hora de subsumir ou excluír a violencia xurdida neste ámbito no radio de protección específica que se introduce coa Lei Integral.

DÉCIMO TERCEIRA.- *Penas impostas.*

Malia estaren previstas, como penas principais nos delitos vinculados coa violencia de xénero, alternativamente, a de prisión e a de traballos en beneficio da comunidade, a primeira resulta de imposición generalizada.

Outra pena preceptiva nos delitos vinculados coa violencia de xénero, como é a prohibición de aproximación á vítima, impúxose expresamente en 356 sentencias de condena (un 79,11%), aínda que a ausencia nalgúns casos de reprodución íntegra do fallo da sentenza de instancia por parte da Audiencia Provincial podería ter ocultado unha porcentaxe superior. Esta prohibición, referida a familiares ou terceiras persoas impúxose expresamente en 16 (un 3,56%) das sentencias de condena.

A pena de privación do dereito de tenencia ou porte de armas aplicouse, expresamente, en 333 (un 74%) das sentencias de condena, aínda que cabe reproducir a salvidade do parágrafo anterior.

A pena de prohibición de comunicación á vítima, que é optativa, impúxose en 285 (un 63,33%) de sentencias de condena, ascendendo a 10 (un 2,22%) delas os supostos de extensión desta prohibición a familiares ou terceiras persoas.

Cómpre reproducir aquí tamén a salvidade dos parágrafos anteriores.

Ditáronse un total de 10 penas de prohibición do dereito de residencia nun lugar concreto.

Nas sentencias analizadas, non se ditou ningunha pena de suspensión do réxime de visitas previamente acordado.

DÉCIMO CUARTA.- *Sobre as supostas denuncias falsas.*

Das 530 resolucións estudadas, exclusivamente unha, equivalente a un 0,19% do total, refírese directamente a un suposto que podería encadrarse neste ámbito, sen prexuízo de permitir outras lecturas posibles.

DÉCIMO QUINTA.- *Sobre a nulidade de actuacións.*

A nulidade de actuacións decrétase nun número moi limitado das sentencias obxecto do estudo, destacando as que teñen que ver coa aplicación da dispensa da obriga de declarar do artigo 416 da Lei de Axuizamento Criminal.
