



---

**Universidad de Valladolid**



**Facultad de Derecho**

**Máster en Abogacía**

**Violencia de Género:**

**Actuación de la defensa**

Presentado por:

***Celia Iglesias González***

Tutelado por:

***Coral Arangüena Fanego***

*Valladolid, enero de 2020*

## ÍNDICE

<b>1. INTRODUCCIÓN</b> .....	4
<b>2. SUPUESTO DE HECHO</b> .....	6
<b>3. DERECHOS QUE ASISTEN AL DETENIDO</b> .....	7
<b>4. MEDIDAS DE PROTECCIÓN Y/O CAUTELARES QUE SE ADOPTEN</b> .....	15
<b>5. TIPO DE PROCESO A SEGUIR EN ATENCIÓN A LOS HECHOS DECRITOS</b> .....	18
<b>6. ANÁLISIS DE LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA</b> .....	27
<b>6.1 El consumo de bebidas alcohólicas y los delitos de violencia de género</b> ..	27
6.1.1 <i>Atenuante de grave adicción: fundamento y naturaleza</i> .....	28
6.1.2 <i>Los elementos de la circunstancia atenuante</i> .....	29
6.1.3 <i>Delimitación de la circunstancia atenuante del art. 21.2ª frente a la eximente incompleta del art. 21.1ª del Código Penal</i> .....	30
6.1.4 <i>La grave adicción al alcohol y los delitos de violencia de género</i> .....	30
<b>6.2 Los celos y los delitos de violencia de género</b> .....	31
<b>6.3 Agresión recíproca entre el hombre y la mujer: Sentencia núm. 677/2018 del Tribunal Supremo, de fecha 20 de diciembre de 2018</b> .....	35
6.3.1 <i>Antecedentes de hecho</i> .....	35
6.3.2 <i>Fundamentos de derecho</i> .....	37
<b>7 CONCLUSIONES</b> .....	40
<b>8 BIBLIOGRAFÍA</b> .....	43

## SIGLAS Y ABREVIATURAS

AN	Audiencia Nacional
AP	Audiencia Provincial
Art.	Artículo
BOE	Boletín Oficial del Estado
CE	Constitución Española
CP	Código penal
Íbid.	“en el mismo lugar”
JVM	Juzgado de Violencia sobre la Mujer
LECRIM	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOVG	Ley Orgánica de Medidas Integrales contra la Violencia de Género
Núm.	Número
NNUU	Naciones Unidas
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
UE	Unión Europea

## 1. INTRODUCCIÓN

La definición de violencia de género aparece por primera vez en la Declaración sobre la eliminación de la violencia sobre la mujer de la Asamblea General de las Naciones Unidas (NNUU) en diciembre de 1993, que define la misma como: “todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como privada”<sup>1</sup>.

Por lo tanto, podríamos definir la violencia de género como aquella violencia ejercida sobre las mujeres por parte de los hombres, debiendo reunir estos el siguiente requisito: se ha de tratar de hombres que estén o hayan estado ligados a aquellas por relaciones de afectividad, con o sin convivencia (parejas o ex parejas). El objetivo de estos no es otro que producir daño y conseguir el control sobre la vida de la mujer, por lo que normalmente se produce de manera sistemática y continuada a lo largo del tiempo<sup>2</sup>.

Desde el año 2004 con la aprobación en España de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (LOVG), nuestro país se ha constituido como pionero en la lucha contra la violencia de género dentro del marco europeo. En el artículo 1 de la mencionada ley se recoge el concepto de violencia de género en el siguiente sentido:

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

---

<sup>1</sup> Disponible en la página web de las Naciones Unidas <<https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/violenceagainstwomen.aspx>> [Consulta: 6 de diciembre de 2019]

<sup>2</sup> Disponible en la página web del Gobierno de España <[http://www.inmujer.gob.es/servRecursos/formacion/Pymes/docs/Introduccion/02\\_Definicion\\_de\\_violencia\\_de\\_genero.pdf](http://www.inmujer.gob.es/servRecursos/formacion/Pymes/docs/Introduccion/02_Definicion_de_violencia_de_genero.pdf)> [Consulta: 6 de diciembre de 2019]

A partir de la aprobación de dicha Ley, los sucesivos Gobiernos españoles se han centrado en adoptar medidas para intentar acabar con la lacra que supone la violencia de género en nuestra sociedad<sup>3</sup>.

Dichas medidas consisten a nivel nacional, en términos generales, en la aprobación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres; del Real Decreto-ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género; así como en la reforma de algunas de las leyes más elementales del país, como el Código Penal, el Estatuto de los Trabajadores, la Ley de Enjuiciamiento Criminal... todo ello con el objetivo de dotar a nuestro ordenamiento jurídico de una serie de garantías en defensa de la mujer ante el maltrato del hombre.

Pero no solo se han adoptado medidas a nivel nacional, sino que las propias Comunidades Autónomas han elaborado sus propias leyes. En Castilla y León se aprobó la Ley 13/2010, de 9 de diciembre, contra la violencia de género en Castilla y León, que establece en su Exposición de Motivos:

“La presente ley pretende, desde un enfoque multidisciplinar e integral, abordar este grave problema social estructural de primera índole profundizando en las medidas de sensibilización y prevención, así como de detección, y perfeccionando aquellas otras encaminadas a paliar los efectos devastadores que la violencia produce en las víctimas, teniendo como fin último la erradicación de la violencia de género en nuestra Comunidad Autónoma.”

En el ámbito europeo también se ha abordado el problema de la violencia de género, adoptándose al respecto numerosas normas, ratificadas por España, entre las que destaca el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011.

---

<sup>3</sup> GISBERT GRIFO, Susana; MARTÍNEZ GARCÍA, Elena. *Género y violencia*. Tirant to Blanch. Valencia, 2016, pp. 12 y 13.

## 2. SUPUESTO DE HECHO

Doña Julia y Don Evaristo llevan casados desde el año 2010 y son padres de dos hijos: Antonio, nacido el 2 de septiembre de 2012, e Irene, nacida el 10 de diciembre de 2014. Residen en una vivienda pareada sita en la localidad de Simancas, en la calle Zapardiel, nº 3.

Desde enero de 2017, la convivencia de la pareja comenzó a deteriorarse, coincidiendo con la pérdida del trabajo que hasta entonces desempeñaba Don Evaristo en un establecimiento de ocio de la capital. A partir de ese momento fueron frecuentes las discusiones de la pareja, siendo habituales los gritos en el domicilio. Situación agravada por el cada vez más frecuente e intenso consumo de bebidas alcohólicas de Evaristo.

El día 30 de junio de 2018, estando Doña Julia en la cocina de la vivienda familiar en compañía de sus hijos a los que estaba dándoles la cena, fue importunada por Evaristo que llegaba en ese momento al domicilio con síntomas de embriaguez reclamándole la cena y recriminándole que no le atendiera como era debido y se dedicara en exclusiva a sus hijos.

Se inició de esta manera una discusión que fue subiendo de intensidad durante la cual Don Evaristo terminó arrebatando a sus hijos los platos de comida lanzándolos por encima de la cabeza de Doña Julia e impactando contra la pared. Acto seguido y ante los gritos de ésta pidiendo ayuda a los vecinos por la ventana de la cocina Don Evaristo agarró a Doña Julia fuertemente del cuello tapándole la boca para que no gritara y la empujó con violencia contra la encimera de la cocina.

Como consecuencia de ello Doña Julia sufrió un eritema en la zona cervical anterior, dos arañazos en la cara lateral del cuello, un hematoma y erosión superficial en la cara interna del brazo izquierdo, un hematoma en la cara interna del muslo, que le generaron cuatro días de perjuicio personal leve.

En atención a las situaciones descritas se pide emitir Dictamen jurídico sobre la posible actuación de la defensa de Don Evaristo.

### 3. DERECHOS QUE ASISTEN AL DETENIDO

Supongamos que en el momento de cometerse los hechos descritos en el supuesto de hecho planteado, Doña Julia alerta inmediatamente a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (Policía y Guardia Civil), las cuales se personan en el domicilio común a ambos cónyuges, situado en la localidad de Simancas, en la calle Zapardiel, nº 3. Julia decide entonces denunciar a Don Evaristo, que es detenido por los hechos descritos, que *a priori* serían constitutivos de un delito de lesiones de los previstos en el art. 153.1 del Código Penal, que establece:

*“El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del artículo 147, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la **pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficios de la comunidad de treinta y uno a ochenta días** y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.”*

El art. 147.2 del CP prevé para las lesiones descritas en este art. 153.1 una pena de multa de uno a tres meses, es decir, se trata de una pena relevantemente inferior a la prevista en este último artículo que agrava estas conductas lesivas cuando las mismas se dirigen hacia una mujer que reúna los requisitos que ahí se establecen. En principio esto es lo que sucede en el supuesto de hecho planteado, ya que Evaristo ha agredido físicamente a la que por el momento es su mujer, Julia, causándole unas lesiones de menor gravedad.

La detención del supuesto agresor se produce si las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, ante las supuestas situaciones de violencia de género por las que son alertados, lo consideran necesario sobre la entidad de los hechos acaecidos o por tratarse de una situación que estimen de riesgo, debiendo proceder posteriormente a la puesta a disposición judicial del presunto agresor, Don Evaristo<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Protocolo de actuación de las fuerzas y cuerpos de seguridad y de coordinación con los órganos judiciales para la protección de las víctimas de violencia doméstica y de género. Disponible en la página web de la Dirección

En el momento de la detención se le debe informar a Evaristo de los derechos que le asisten como detenido, los cuales están previstos en el art. 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECRIM), y son los siguientes:

1. El detenido será informado por escrito, en un lenguaje sencillo y accesible, en una lengua que comprenda y de forma inmediata, de los hechos que se le atribuyen y las razones motivadoras de su detención, así como de los derechos que le asisten, que van a ser los que se describen a continuación.
2. Derecho a guardar silencio.
3. Derecho a no declarar contra sí mismo.
4. Derecho a designar a un abogado de su elección y a ser asistido por él.
5. Derecho a acceder a los elementos de las actuaciones o a las pruebas existentes.
6. Derecho a que se informe de su privación de libertad a un familiar o persona que desee, así como del lugar en que se halle.
7. Los extranjeros tendrán derecho a que las circunstancias anteriores se comuniquen a la oficina consular de su país, así como que se permita la comunicación y visita por las autoridades consulares de su país. Tendrá derecho, además, a ser asistido gratuitamente por un intérprete, cuando no comprenda o no hable el castellano o la lengua oficial de la actuación de que se trate, o de personas sordas o con discapacidad auditiva, así como de otras personas con dificultades del lenguaje. Este supuesto no concurre en nuestro caso pues Evaristo es de nacionalidad española.
8. Derecho a que se comunique telefónicamente con un tercero de su elección.
9. Derecho a ser reconocido por el médico forense y, en su defecto, por el de la institución en que se encuentre, o por cualquier otro dependiente del Estado o de otras Administraciones Públicas.
10. Derecho a solicitar asistencia jurídica gratuita.
11. Si se trata de un menor de edad, será puesto a disposición de las Secciones de Menores de la Fiscalía y se comunicará el hecho y el lugar de custodia a quienes ejerzan la patria potestad, la tutela o la guarda de hecho del mismo, tan pronto se tenga constancia de la minoría de edad. Este supuesto tampoco se da en nuestro caso pues Evaristo es mayor de edad.



12. Se le informará del plazo máximo legal de duración de la detención hasta la puesta a disposición de la autoridad judicial y del procedimiento por medio del cual puede impugnar la legalidad de su detención (procedimiento de Habeas Corpus).
13. En todos los casos se permitirá al detenido conservar en su poder la declaración escrita de derechos durante todo el tiempo de la detención.

La información de estos derechos al detenido debe constar en el atestado policial<sup>5</sup>, que será elaborado por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (Policía o Guardia Civil). El atestado policial es un documento, considerado como denuncia a efectos legales, en el que la Policía o la Guardia Civil harán constar el resultado de sus averiguaciones, las declaraciones que tomen (tanto a la víctima, como al agresor como a posibles testigos) y cualquier circunstancia que puedan observar, como por ejemplo, el estado en que se encuentran en el momento de los hechos tanto Julia como Evaristo, las lesiones que presentan, los daños o el desorden presente en la vivienda que permitan probar que se ha producido una agresión (en nuestro caso los restos de comida y platos rotos por la cocina), la solicitud de una orden de protección por parte de Doña Julia (con respecto a la orden de protección se hablará de ella detalladamente más adelante). El Atestado Policial deberá contener, entre otros, los siguientes datos:

- La declaración de Doña Julia (como supuesta víctima).
- Los datos de la víctima, el agresor y los del grupo familiar.
- Los hechos denunciados.
- La solicitud de medidas de protección que adopten los agentes.
- Manifestaciones de los testigos.
- Declaración de los agentes que hayan intervenido en la detención de Evaristo.
- Informe de evaluación del riesgo.
- Antecedentes policiales del detenido.
- Parte de lesiones y fotografías realizadas sobre la víctima y el agresor.
- Solicitud de la orden de protección.
- La diligencia de detención de Evaristo, así como la información de sus derechos.

---

<sup>5</sup> Definición obtenida de la Guía divulgativa procesal para mujeres víctimas de violencia de género, que se encuentra disponible en la página de la Junta de Andalucía <[https://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/guia\\_on\\_line-1.pdf](https://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/guia_on_line-1.pdf)> [Consulta: 8 de enero de 2020]

Como ya se ha establecido, en el mencionado art. 520 LECRIM, en su segundo apartado, se le reconoce al detenido el derecho a acceder a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad. Este derecho se está refiriendo al derecho a acceder a los elementos esenciales del atestado policial.

Además, en el art. 118 de la citada norma legal se establece: *“Toda persona a quien se atribuya un hecho punible podrá ejercitar el derecho de defensa, interviniendo en las actuaciones, desde que se le comunique su existencia, haya sido objeto de detención o de cualquier otra medida cautelar o se haya acordado su procesamiento, a cuyo efecto se le instruirá, sin demora injustificada, de los siguientes derechos:*

*b) Derecho a examinar las actuaciones con la debida antelación para salvaguardar el derecho de defensa y en todo caso, con anterioridad a que se le tome declaración.”*

Por tanto, en el caso de que el letrado de Don Evaristo solicitara el acceso al atestado policial o a otros elementos de las actuaciones, y dicho acceso se denegara por parte de las autoridades policiales, o se le facilitaran dichos documentos de modo incompleto o insuficiente, se podría solicitar el inicio del procedimiento de Habeas Corpus.

Al respecto se ha pronunciado el Tribunal Constitucional (TC) en sus Sentencias 13/2017<sup>6</sup>, de 30 de enero, 21/2018<sup>7</sup>, de 5 de marzo, y 83/2019<sup>8</sup>, de 17 de junio, destacando esta última por reconocer el derecho de acceso a los elementos de las actuaciones que resulten esenciales para impugnar la legalidad de la privación de libertad, incluso encontrándose la causa bajo secreto sumarial, habiendo pasado a disposición judicial el detenido al objeto de ser convocado a la comparecencia del art. 505 LECRIM.

Con respecto a la primera de las sentencias mencionadas (STC 13/2017), esta otorga el amparo al demandante a quien en un proceso penal se le había denegado el acceso al atestado policial, denegación que impedía a su abogado poder realizar eficazmente su labor de defensa. El abogado hace alusión a la Directiva 2012/13/UE del Parlamento y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales, la cual no había sido traspuesta aún al derecho español.

---

<sup>6</sup> España. Tribunal Constitucional, Sala Segunda, Sentencia 13/2107, de 30 de Enero de 2017.

<sup>7</sup> España. Tribunal Constitucional, Sala Primera, Sentencia 21/2018, de 5 de Marzo de 2018.

<sup>8</sup> España. Tribunal Constitucional, Sala Primera, Sentencia 83/2019, de 17 de junio de 2019.

No obstante, reconoce el TC que, aunque en el momento de producirse los hechos (julio de 2014), la reforma de la LECRIM por la que se modificaba su art. 520 no había tenido aún lugar (pues la misma entra en vigor el 28 de octubre de 2015), ni tampoco se había producido la trasposición al derecho español de la citada Directiva, “*no cabe rechazar tampoco la posibilidad de que una directiva comunitaria que no haya sido transpuesta dentro de plazo por el legislador español, o que lo haya sido de manera insuficiente o defectuosa, pueda ser vinculante en cuanto contenga disposiciones incondicionales y suficientemente precisas en las que se prevean derechos para los ciudadanos, incluyendo aquellos de naturaleza procesal que permitan integrar por vía interpretativa el contenido esencial de los derechos fundamentales, al haberse incorporado por vía de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al acervo comunitario.*”<sup>9</sup>

Por tanto, el Constitucional reconoce la aplicabilidad del art. 7 de la Directiva 2012/13/UE. En este sentido, la denegación del acceso al atestado policial, supone la vulneración del derecho a la asistencia de letrado (art. 17.3 CE), el cual incluye en su contenido el derecho del detenido y su letrado a acceder a los elementos fundamentales de la investigación (entonces, art. 7.1 de la Directiva 2012/13/UE), así como la vulneración del derecho a la libertad (art. 17.1 CE).

Con respecto al supuesto planteado en la STC 13/2017, entiende Juan Carlos Da Silva<sup>10</sup> que el abogado necesita acceder al atestado desde el momento en que se produce la detención, dado que las posibilidades de defensa, en caso de que solo se entreguen una parte de los datos, no van a ser las mismas. También entiende este, basándose en los razonamientos del TC, que la documentación policial debe ser accesible, con independencia de que la misma este siendo confeccionada en el momento de solicitarse, puesto que si no se estaría dejando en manos de las autoridades policiales la determinación del momento en que serían accesibles los documentos a que venimos haciendo mención.

---

<sup>9</sup> Tribunal Constitucional, Sala Segunda, Sentencia 13/2107... op. cit., Fundamento Jurídico sexto, apartado c).

<sup>10</sup> DA SILVA, Juan Carlos. “La definición europea del derecho de acceso al atestado policial en los casos de privación de libertad: STC 13/2017, de 30 de enero (BOE de 10/03/2017)”. *Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional*. Universidad Complutense, 2017, pág. 6.

Destaca en mayor medida la STC 21/2018<sup>11</sup>, pues sienta las bases para aplicar correctamente el derecho de los detenidos a acceder a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de su detención a que venimos haciendo alusión (art. 520.2.d) LECRIM). En este sentido, indica el TC que *“a los agentes estatales responsables de su custodia les corresponde informar al detenido por escrito, de forma inmediata y comprensible, no solo de los derechos que durante tal condición le corresponden, sino también de los hechos que se le atribuyen y de las razones objetivas sobre las que se apoya su privación de libertad; y, cuando este sea el caso y el detenido lo solicite, deben también proporcionarle acceso a aquellos documentos o elementos de las actuaciones en los que se apoye materialmente la decisión cautelar”*<sup>12</sup>

El Constitucional en la citada sentencia aclara importantes cuestiones con respecto al ejercicio del derecho reconocido en el art. 520.2.d) LECRIM. En su Fundamento Jurídico Séptimo determina el momento y la forma en que el mencionado derecho puede ejercerse, así como establece que a quien le corresponde el ejercicio de este derecho es al propio detenido. Por un lado, con respecto al momento para ejercitar el derecho: *“...después de ser informado sobre las razones fácticas y jurídicas de la detención y antes de ser interrogado policialmente por primera vez. Por tanto, la pretensión de acceso a las actuaciones se produce siempre antes de que haya finalizado la redacción del atestado, del que la declaración del sospechoso es un elemento nuclear...”*. Por otro lado, con respecto a la forma: *“...Una vez solicitado, el acceso debe producirse de forma efectiva, mediante exhibición, entrega de copia o cualquier otro método que, garantizando la integridad de las actuaciones, permita al detenido conocer y comprobar por sí, o a través de su letrado, las bases objetivas de su privación de libertad. En caso de discrepancia con los agentes policiales sobre qué elementos de las actuaciones son esenciales en el caso concreto, podrá activar la garantía del habeas corpus para que la autoridad judicial dirima la controversia”*.

Finalmente, con respecto a qué elementos de las actuaciones se debe garantizar el acceso al detenido, el TC excluye de ese derecho el acceso al contenido íntegro del atestado policial, otorgando la facultad de acceder a aquellas actuaciones policiales o judiciales esenciales para impugnar la legalidad de la detención.

---

<sup>11</sup> ARANGÜENA FANEGO, Coral. “Las Directivas Europeas de armonización de garantías procesales de investigados y acusados. Su implementación en el derecho español”. *Cooperación judicial transfronteriza y garantías procesales. Revista de Estudios Europeos. Número extraordinario monográfico 1-2019*. Instituto de Estudios Europeos de la Universidad de Valladolid, 2019, pp. 17-19.

<sup>12</sup> Tribunal Constitucional, Sala Primera, Sentencia 21/2018... op. cit., Fundamento Jurídico octavo.

Esta sentencia a pesar de su gran importancia a la hora de unificar criterios y establecer una correcta aplicación del derecho estudiado, plantea numerosas dudas, siendo objeto de críticas, sobre todo por parte de la abogacía española.

En opinión de la profesora Coral Arangüena dichas críticas tienen su fundamento en el hecho de que “al no concretar para la praxis unos parámetros claros, determinantes y de difícil discusión aboca cualquier discrepancia con los agentes policiales sobre si se ha cumplimentado debidamente el derecho (y correlativo deber) de información y qué elementos de las actuaciones resultan esenciales en el caso concreto, al procedimiento de habeas corpus para que la autoridad judicial dirima la controversia. Y dicho procedimiento se ha revelado ineficaz hasta la fecha para la solución de estas lesiones, dada la escasa permeabilidad a este tipo de denuncias y la frecuencia de su inadmisión a limine; más aún cuando de derivar en un recurso de amparo, la estimación del mismo y declaración de nulidad del auto dictado en el procedimiento de origen de habeas corpus deviene inocuo si no viene acompañado de un sistema de compensación de la lesión. Por otra parte, resulta comprometido trasladar toda la carga de exigibilidad de derechos al propio detenido, obviando que como lego en derecho y dada su situación de privación de libertad, es difícil que pueda exigirlos de manera eficaz y que debe ser el letrado quien canalice cualquier petición de derechos si realmente se pretende que sean efectivos”<sup>13</sup>

Por todo ello, es necesario acudir a la Circular de la Fiscalía General del Estado 3/2018, que reconoce en su propia Introducción la “*disparidad de criterios sobre la interpretación del derecho de información de los detenidos y los investigados*”<sup>14</sup> y establece pautas de actuación al respecto.

En conclusión, los elementos esenciales de las actuaciones deben ser accesibles para los detenidos (o sus letrados), sin más limitaciones que las previstas en el apartado 4 del art. 7 de la mencionada Directiva, es decir, cuando el acceso a dichos elementos suponga un riesgo para la vida o los derechos fundamentales de otras personas o un riesgo para la

---

<sup>13</sup> ARANGÜENA FANEGO, Coral. “Las Directivas Europeas de armonización de garantías procesales de investigados y acusados... op. cit., p. 19.

<sup>14</sup> Circular 3/2018, de 1 de junio, sobre el derecho de información de los investigados en los procesos penales. Disponible en <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?lang=es&id=FIS-C-2018-00003>> [Consulta: 14 de enero de 2020]

investigación. En caso contrario, se podrá solicitar el inicio de un procedimiento de Habeas Corpus.

#### 4. MEDIDAS DE PROTECCIÓN Y/O CAUTELARES QUE SE ADOPTEN

Lo primero que podría hacer Doña Julia, tras lo ocurrido, sería solicitar una orden de protección<sup>15</sup>, que es una resolución judicial en la que se adoptan por un mismo órgano judicial un conjunto de medidas cautelares penales y civiles. Dicha orden de protección supongamos que es solicitada por Julia al comienzo de las actuaciones policiales, en el momento de la detención de Don Evaristo, por lo que la petición de la misma pasará a formar parte del contenido del atestado policial como ya se señaló anteriormente y será competente para su adopción el Juzgado de Guardia.

La regulación de dicha orden de protección se prevé fundamentalmente en la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, la cual modifico varios preceptos de la LECRIM. Cabe también destacar de esta última el art. 544 ter, así como el art. 62 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

En la propia Exposición de Motivos de la citada Ley 27/2003, se establece que la orden de protección *“unifica los distintos instrumentos de amparo y tutela a las víctimas de estos delitos y faltas. Pretende que a través de un rápido y sencillo procedimiento judicial, sustanciado ante el juzgado de instrucción, pueda obtener la víctima un estatuto integral de protección que concentre de forma coordinada una acción cautelar de naturaleza civil y penal. Esto es, una misma resolución judicial que incorpore conjuntamente tanto las medidas restrictivas de la libertad de movimientos del agresor para impedir su nueva aproximación a la víctima, como las orientadas a proporcionar seguridad, estabilidad y protección jurídica a la persona agredida y a su familia, sin necesidad de esperar a la formalización del correspondiente proceso matrimonial civil.”*

El Juzgado competente para adoptar la orden de protección en este caso va a ser el Juzgado de Guardia, al cometerse los hechos descritos y presentarse la citada solicitud fuera de las horas de audiencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, en virtud de lo establecido en el art. 15 de la LECRIM, que establece que los Juzgados de Violencia sobre la Mujer van

---

<sup>15</sup> Sobre la orden de protección es de destacar la página web del Poder Judicial, en la que se da una definición de la misma, incluyéndose además un modelo de solicitud <<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/La-orden-de-proteccion/>> [Consulta: 8 de enero de 2020]

a ser competentes “*c) De la adopción de las correspondientes órdenes de protección a las víctimas, sin perjuicio de las competencias atribuidas al Juez de Guardia*”, en relación con el art. 544 ter de la citada Ley, que prevé que se deberá remitir inmediatamente la solicitud de dicha orden al juez de guardia que, una vez la reciba, convocará a una audiencia urgente a la víctima (solicitante de la orden de protección en nuestro caso), al presunto agresor (asistido obligatoriamente por su Letrado) y al Ministerio Fiscal. El Juez convocará la audiencia en el plazo más breve posible, que en todo caso habrá de celebrarse en un plazo máximo de 72 horas.

Celebrada la audiencia, el Juez de guardia resolverá mediante auto lo que crea conveniente sobre la solicitud de la orden de protección, así como sobre el contenido y vigencia de las medidas que incorpore.

Según lo establecido en el apartado sexto del art. 544 ter de la LECRIM “*las medidas cautelares de carácter penal podrán consistir en cualesquiera de las previstas en la legislación procesal criminal*”, es decir, van a poder ser de dos tipos:

- **Medidas penales**, entre las que se podrían destacar:
  - Prisión provisional para Evaristo.
  - Prohibición de aproximación de Evaristo a Julia.
  - Prohibición de comunicación.
  - Desalojo del domicilio familiar de Evaristo.
  - Retirada, en caso de que lo posea, del permiso de armas o la confiscación de objetos peligrosos al presunto agresor.
  
- **Medidas civiles**, entre las que destacan:
  - Atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar a Julia.
  - Establecer un régimen de custodia, visitas, comunicación y estancia con los hijos comunes de ambos.
  - Determinación del régimen para la prestación económica de alimentos a tus hijos.

En el caso de estas últimas medidas (civiles) habrá que estar a lo previsto en el apartado séptimo del art. 544 ter LECRIM: “*Las medidas de naturaleza civil deberán ser solicitadas por la víctima o su representante legal, o bien por el Ministerio Fiscal cuando existan hijos menores o personas con la capacidad judicialmente modificada, determinando su régimen de cumplimiento y, si procediera, las medidas complementarias a ellas que fueran precisas, siempre que no hubieran sido previamente acordadas*”



*por un órgano del orden jurisdiccional civil, y sin perjuicio de las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil. Cuando existan menores o personas con capacidad judicialmente modificada que convivan con la víctima y dependan de ella, el Juez deberá pronunciarse en todo caso, incluso de oficio, sobre la pertinencia de la adopción de las referidas medidas.”* Por tanto, en relación al supuesto de hecho planteado y dada la existencia de dos menores de edad (Antonio e Irene, hijos de Julia y Evaristo) tales medidas civiles podrán ser solicitadas incluso por el Ministerio Fiscal, y sobre la pertinencia de la adopción de las mismas deberá pronunciarse el Juez en todo caso (incluso de oficio).

Además las mismas están sujetas a un plazo de vigencia de 30 días, tras los cuales quedaran sin vigor si Julia no inicia ningún procedimiento de familia, como sucede en el presente caso. Pero si Julia hubiera decidido iniciar un procedimiento de familia, las medidas civiles adoptadas permanecerían en vigor otros 30 días más, tras la presentación de la demanda, periodo en el cual las mismas deberían ser ratificadas, modificadas o dejadas sin efecto por el Juzgado competente, que según se verá en el apartado siguiente es el Juzgado de Violencia sobre la mujer de Valladolid en virtud del art. 87 ter, apartado 2.b) LOPJ, órgano al que deberán remitirse las actuaciones.

Pues bien, en el caso de que el Juzgado de guardia adopte la susodicha orden de protección, ¿qué podría hacer Evaristo si no está de acuerdo con el contenido de dicha resolución judicial? Nada dice la ley al respecto, pero la doctrina<sup>16</sup> considera que tratándose de un auto será recurrible en vía penal, a través de los recursos de reforma y/o apelación, en virtud de lo establecido en el art. 766 LECRIM<sup>17</sup>, con independencia de que las medidas acordadas sean exclusivamente civiles.

---

<sup>16</sup> Consultar a estos efectos la Circular 3/2003, de 18 de diciembre, sobre algunas cuestiones procesales relacionadas con la orden de protección <[https://www.boe.es/buscar/abrir\\_fiscalia.php?id=FIS-C-2003-00003.pdf](https://www.boe.es/buscar/abrir_fiscalia.php?id=FIS-C-2003-00003.pdf)> [Consulta: 8 de enero de 2020]

<sup>17</sup> **Artículo 766 LECRIM:** 1. *Contra los autos del Juez de Instrucción y del Juez de lo Penal que no estén exceptuados de recurso podrán ejercitarse el de reforma y el de apelación. Salvo que la Ley disponga otra cosa, los recursos de reforma y apelación no suspenderán el curso del procedimiento.*

2. *El recurso de apelación podrá interponerse subsidiariamente con el de reforma o por separado. En ningún caso será necesario interponer previamente el de reforma para presentar la apelación.*

## 5. TIPO DE PROCESO A SEGUIR EN ATENCIÓN A LOS HECHOS DECRITOS<sup>18</sup>

Como ya se ha dicho en el presente trabajo el Juzgado de Guardia va a tener competencia sobre la adopción de la orden de protección solicitada por Doña Julia, en un primer momento, así como sobre la situación personal del detenido a efectos de su regularización.

Dejando de lado esta excepción, para el resto de la instrucción del procedimiento, va a ser competente el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, pues así se prevé no solo en el art. 797 bis LECRIM (al que más tarde se aludirá) sino también en la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), en su art. 87 ter, apartado 1<sup>o</sup><sup>19</sup>, que determina la **competencia objetiva** de los JVM.

---

<sup>18</sup> GONZALEZ MONJE, Alicia. “El procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos”. *Manual de Acceso a la Abogacía. Tomo III. Materia Penal*. Editorial Tecnos, 2018.

<sup>19</sup> **Artículo 87 ter, apartado 1:** 1. *Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer conocerán, en el orden penal, de conformidad en todo caso con los procedimientos y recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de los siguientes supuestos:*

- a) *De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por los delitos recogidos en los títulos del Código Penal relativos a homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales, contra la intimidad y el derecho a la propia imagen, contra el honor o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación, siempre que se hubiesen cometido contra quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, así como de los cometidos sobre los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o personas con la capacidad modificada judicialmente que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género.*
- b) *De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por cualquier delito contra los derechos y deberes familiares, cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra anterior.*
- c) *De la adopción de las correspondientes órdenes de protección a las víctimas, sin perjuicio de las competencias atribuidas al Juez de Guardia.*
- d) *Del conocimiento y fallo de los delitos leves que les atribuya la ley cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra a) de este apartado.*
- e) *Dictar sentencia de conformidad con la acusación en los casos establecidos por la ley.*
- f) *De la emisión y la ejecución de los instrumentos de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea que les atribuya la ley.*

Con respecto a su **competencia territorial**, el JVM competente para conocer del presente procedimiento va a ser el Juzgado de Violencia sobre la Mujer de Valladolid, por lo dispuesto en el art. 15 bis LECRIM, que atribuye la competencia territorial al JVM del lugar del domicilio de la víctima (Simancas).

Con respecto a la **competencia funcional**, habría que acudir al art. 14 LECRIM que establece: “Fuera de los casos que expresa y limitadamente atribuyen la Constitución y las leyes a Jueces y Tribunales determinados, serán competentes:

...2. Para la instrucción de las causas, el Juez de Instrucción del partido en que el delito se hubiere cometido, o el Juez de Violencia sobre la Mujer, o el Juez Central de Instrucción respecto de los delitos que la Ley determine.

3. Para el conocimiento y fallo de las causas por delitos a los que la Ley señale pena privativa de libertad de duración no superior a cinco años o pena de multa cualquiera que sea su cuantía, o cualesquiera otras de distinta naturaleza, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, siempre que la duración de éstas no exceda de diez años, así como por delitos leves, sean o no incidentales, imputables a los autores de estos delitos o a otras personas, cuando la comisión del delito leve o su prueba estuviesen relacionadas con aquéllos, el Juez de lo Penal de la circunscripción donde el delito fue cometido, o el Juez de lo Penal correspondiente a la circunscripción del Juzgado de Violencia sobre la Mujer en su caso, o el Juez Central de lo Penal en el ámbito que le es propio, sin perjuicio de la competencia del Juez de Instrucción de Guardia del lugar de comisión del delito para dictar sentencia de conformidad, del Juez de Violencia sobre la Mujer competente en su caso, en los términos establecidos en el artículo 801, así como de los Juzgados de Instrucción competentes para dictar sentencia en el proceso por aceptación de decreto.

4. Para el conocimiento y fallo de las causas en los demás casos la Audiencia Provincial de la circunscripción donde el delito se haya cometido, o la Audiencia Provincial correspondiente a la circunscripción del Juzgado de Violencia sobre la Mujer en su caso, o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

---

g) De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por el delito de quebrantamiento previsto y penado en el artículo 468 del Código Penal cuando la persona ofendida por el delito cuya condena, medida cautelar o medida de seguridad se haya quebrantado sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, así como los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o personas con la capacidad modificada judicialmente que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente.

*No obstante, en los supuestos de competencia de la Audiencia Provincial, si el delito fuere de los atribuidos al Tribunal de Jurado, el conocimiento y fallo corresponderá a éste.*

*5. Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer serán competentes en las siguientes materias, en todo caso de conformidad con los procedimientos y recursos previstos en esta Ley: (se refiere a los procedimientos y recursos contemplados también en el art. 87 ter, apartado primero de la LOPJ, ya mencionados)”*

Para el enjuiciamiento de los hechos descritos, que serían constitutivos de un delito de lesiones del art. 153.1 del CP español, que prevé para los mismos una pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficios de la comunidad de treinta y uno a ochenta días, el procedimiento a seguir sería el de **enjuiciamiento rápido para determinados delitos**.

Este procedimiento se encuentra regulado en los arts. 795 a 803 de la LECRIM. Conforme al primero de ellos (art. 795.1 LECRIM) este procedimiento se aplica cuando concurren simultáneamente tres criterios básicos:

1. Con respecto a la gravedad de la pena: se ha de tratar de delitos que lleven aparejada pena privativa de libertad que no exceda de cinco años, o cualesquiera otras penas, cuya duración no exceda de diez años, cualquiera que sea su cuantía.
2. Con respecto a la iniciación del procedimiento: el mismo ha de ser incoado en virtud de un atestado policial, como sucede en nuestro caso. Además, la Policía puede haber detenido a una persona y haberla puesto a disposición del Juzgado de guardia o aun no habiéndola detenido, la haya citado para comparecer ante el Juzgado de guardia por tener la calidad de denunciado en el atestado policial.
3. Con respecto a la concurrencia de otras circunstancias: se enumeran una serie de circunstancias en el art. 795.1 LECRIM<sup>20</sup>, de entre las que cabe destacar por ser aplicables a nuestro supuesto de hecho:

---

<sup>20</sup> **Artículo 795.1 LECRIM:** *1.ª Que se trate de delitos flagrantes. A estos efectos, se considerará delito flagrante el que se estuviere cometiendo o se acabare de cometer cuando el delincuente sea sorprendido en el acto. Se entenderá sorprendido en el acto no sólo al delincuente que fuere detenido en el momento de estar cometiendo el delito, sino también al detenido o perseguido inmediatamente después de cometerlo, si la persecución durare o no se suspendiere mientras el delincuente no se ponga fuera del inmediato alcance de los que le persiguen. También se considerará delincuente in fraganti aquel a quien se sorprendiere inmediatamente después de cometido un delito con efectos, instrumentos o vestigios que permitan presumir su participación en él.*

- Por ser un delito flagrante, ya que Evaristo es detenido en el momento inmediatamente posterior a cometer el delito de lesiones mencionado.
- Además, se trata de un delito de lesiones cometido contra una de las personas mencionadas en el art. 173.2 del CP: “...sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia...”.

Las actuaciones que serán llevadas a cabo por la Policía Judicial se contemplan en el art. 796 de la LECRIM, entre las que destacan por ser de aplicación al detenido (Don Evaristo): “1. ...la Policía Judicial deberá practicar en el tiempo imprescindible y, en todo caso, durante el tiempo de la detención, las siguientes diligencias: ... 2.ª Informará a la persona a la que se atribuya el hecho, aun en el caso de no procederse a su detención, del derecho que le asiste de comparecer ante el Juzgado de guardia asistido de abogado.

*Si el interesado no manifestare expresamente su voluntad de comparecer asistido de abogado, la Policía Judicial recabará del Colegio de Abogados la designación de un letrado de oficio.*

*3.ª Citará a la persona que resulte denunciada en el atestado policial para comparecer en el Juzgado de guardia en el día y hora que se le señale, cuando no se haya procedido a su detención. El citado será apercibido de las consecuencias de no comparecer a la citación policial ante el Juzgado de guardia...”*

En el art. 797 LECRIM, de forma general, se prevé que será el Juzgado de guardia el que incoará, si proceden, las diligencias urgentes que en el mismo se describen, una vez recibido el atestado policial. A este respecto y debido a la especialidad de los delitos de

---

2.ª *Que se trate de alguno de los siguientes delitos:*

- a) *Delitos de lesiones, coacciones, amenazas o violencia física o psíquica habitual, cometidos contra las personas a que se refiere el artículo 173.2 del Código Penal.*
- b) *Delitos de hurto.*
- c) *Delitos de robo.*
- d) *Delitos de hurto y robo de uso de vehículos.*
- e) *Delitos contra la seguridad del tráfico.*
- f) *Delitos de daños referidos en el artículo 263 del Código Penal.*
- g) *Delitos contra la salud pública previstos en el artículo 368, inciso segundo, del Código Penal.*
- h) *Delitos flagrantes relativos a la propiedad intelectual e industrial previstos en los artículos 270, 273, 274 y 275 del Código Penal.*

3.ª *Que se trate de un hecho punible cuya instrucción sea presumible que será sencilla.*

violencia de género, habría que acudir para nuestro supuesto de hecho al art. 797 bis de la LECRIM, que establece:

*“1. En el supuesto de que la competencia corresponda al **Juzgado de Violencia sobre la Mujer**, las diligencias y resoluciones señaladas en los artículos anteriores deberán ser practicadas y adoptadas durante las horas de audiencia.*

*2. La Policía Judicial habrá de realizar las citaciones a que se refiere el artículo 796, ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, en el día hábil más próximo, entre aquéllos que se fijen reglamentariamente.*

*No obstante el detenido, si lo hubiere, habrá de ser puesto a disposición del Juzgado de Instrucción de Guardia, a los solos efectos de regularizar su situación personal, cuando no sea posible la presentación ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer que resulte competente.*

*3. Para la realización de las citaciones antes referidas, la Policía Judicial fijará el día y la hora de la comparecencia coordinadamente con el Juzgado de Violencia sobre la Mujer. A estos efectos el Consejo General del Poder Judicial, de acuerdo con lo establecido en el artículo 110 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, dictará los Reglamentos oportunos para asegurar esta coordinación.”*

Por lo tanto, en base a este artículo de la LECRIM, va a ser el Juzgado de Violencia sobre la Mujer el que conozca de estas diligencias y resoluciones, que deberán ser practicadas y adoptadas durante las horas de audiencia.

Con respecto a las diligencias urgentes a adoptar, el JVM podrá adoptar de entre las siguientes las que considere oportunas (art. 797 LECRIM mencionado):

*“1.ª Recabará por el medio más rápido los antecedentes penales del detenido o persona investigada.*

*2.ª Si fuere necesario para la calificación jurídica de los hechos imputados:*

*a) Recabará, de no haberlos recibido, los informes periciales solicitados por la Policía Judicial.*

*b) Ordenará, cuando resulte pertinente y proporcionado, que el médico forense, si no lo hubiese hecho con anterioridad, examine a las personas que hayan comparecido a presencia judicial y emita el correspondiente informe pericial.*

*c) Ordenará la práctica por un perito de la tasación de bienes u objetos aprehendidos o intervenidos y puestos a disposición judicial, si no se hubiese hecho con anterioridad.*

3.<sup>a</sup> Tomará declaración al detenido puesto a disposición judicial o a la persona que, resultando investigada por los términos del atestado, haya comparecido a la citación policial, en los términos previstos en el artículo 775. Ante la falta de comparecencia del investigado a la citación policial ante el Juzgado de guardia, podrá éste aplicar lo previsto en el artículo 487.

4.<sup>a</sup> Tomará declaración a los testigos citados por la Policía Judicial que hayan comparecido. Ante la falta de comparecencia de cualquier testigo a la citación policial ante el Juzgado de guardia, podrá éste aplicar lo previsto en el artículo 420.

5.<sup>a</sup> Llevará a cabo, en su caso, las informaciones previstas en el artículo 776.

6.<sup>a</sup> Practicará el reconocimiento en rueda del investigado, de resultar pertinente y haber comparecido el testigo.

7.<sup>a</sup> Ordenará, de considerarlo necesario, el careo entre testigos, entre testigos e investigados o investigados entre sí.

8.<sup>a</sup> Ordenará la citación, incluso verbal, de las personas que considere necesario que comparezcan ante él. A estos efectos no procederá la citación de miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que hubieren intervenido en el atestado cuya declaración obre en el mismo, salvo que, excepcionalmente y mediante resolución motivada, considere imprescindible su nueva declaración antes de adoptar alguna de las resoluciones previstas en el artículo siguiente.

9.<sup>a</sup> Ordenará la práctica de cualquier diligencia pertinente que pueda llevarse a cabo en el acto o dentro del plazo establecido en el artículo 799.”

A continuación, entra en aplicación el art. 798 LECRIM según el cual el JVM oirá a las partes personas y al Ministerio Fiscal, que podrán alegar lo que estimen oportuno acerca de la resolución a adoptar por el JVM de entre las siguientes:

1. Si considera suficientes las diligencias practicadas, puede dictar auto oral (irrecurrible) ordenando: la continuación del procedimiento urgente o el sobreseimiento del mismo.

2. Si considera insuficientes las diligencias practicadas, ordenará que el procedimiento continúe como diligencias previas del procedimiento abreviado.

Se nos plantean entonces dos posibles estrategias a seguir:

- De un lado, intentar que continúe el procedimiento por los trámites del enjuiciamiento rápido, pues nuestro objetivo es intentar llegar a una conformidad con la pena solicitada por el Ministerio Fiscal o, en su caso, por la acusación particular, si la víctima se ha personado en el presente procedimiento penal. Dicha conformidad podría resultar muy beneficiosa para Don Evaristo pues, como veremos en este mismo apartado, supondría la rebaja de un tercio de la pena solicitada. Además hay que tener en cuenta que el sujeto carece de antecedentes penales; se trata de un hecho aislado, puesto que nunca había agredido ni física ni verbalmente a su mujer, Doña Julia; y la agresión producida no es de especial gravedad.
- De otro lado, nos podría interesar que se transformara el procedimiento en abreviado, porque atendiendo a las circunstancias en que se encontraba Don Evaristo en el momento de producirse la agresión (grave adicción al alcohol), una estrategia a seguir por la defensa sería la de reunir los informes periciales pertinentes acreditativos de esa circunstancia, que de ser apreciada por el Juez como circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal supondría una rebaja en la pena o, incluso, de considerarse como eximente completa, daría lugar a la absolución de Don Evaristo.

Sin embargo, pensamos que esta estrategia no sería la más adecuada para Evaristo, puesto que habría que probar no solo esa grave adicción al alcohol, sino además la disminución de las capacidades de voluntad y entendimiento que la adicción ha provocado en el sujeto. A esta dificultad habría que añadir el hecho de que existe un sentimiento generalizado entre la sociedad con respecto a la no aplicación de estas circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en los delitos de violencia de género. Esta postura se analizará con más detalle en el siguiente apartado.

En nuestro caso supongamos que el Juez considera suficientes las diligencias ya practicadas tras haber oído a las partes personadas y al Ministerio Fiscal, por lo que resolvería por auto continuar el procedimiento urgente. Habría que acudir entonces a lo establecido en el art. 800 LECRIM, según el cual el JVM: *“...en el mismo acto oirá al Ministerio Fiscal y a las partes personadas para que se pronuncien sobre si procede la apertura del juicio oral o el sobreseimiento y para*



*que, en su caso, soliciten o se ratifiquen en lo solicitado respecto de la adopción de medidas cautelares. En todo caso, si el Ministerio Fiscal y el acusador particular, si lo hubiera, solicitaren el sobreseimiento, el Juez procederá conforme a lo previsto en el artículo 782. Cuando el Ministerio Fiscal o la acusación particular soliciten la apertura del juicio oral, el Juez de guardia procederá conforme a lo previsto en el apartado 1 del artículo 783, resolviendo mediante auto lo que proceda. Cuando se acuerde la apertura del juicio oral, dictará en forma oral auto motivado, que deberá documentarse y no será susceptible de recurso alguno.*

Una vez abierto el juicio oral, el art. 800 LECRIM prevé dos supuestos dependiendo de si la víctima se ha personado en el procedimiento como acusación particular o no:

*“2. Abierto el juicio oral, **si no se hubiere constituido acusación particular**, el Ministerio Fiscal presentará de inmediato su escrito de acusación, o formulará ésta oralmente. El acusado, a la vista de la acusación formulada, podrá en el mismo acto prestar su conformidad con arreglo a lo dispuesto en el artículo siguiente. En otro caso, presentará inmediatamente su escrito de defensa o formulará ésta oralmente (también va a poder solicitar presentarlo por escrito en un plazo breve de 5 días), procediendo entonces el Secretario del Juzgado de Guardia sin más trámites a la citación de las partes para la celebración del juicio oral.”*

*“4. **Si se hubiere constituido acusación particular** que hubiere solicitado la apertura del juicio oral y así lo hubiere acordado el Juez de guardia, éste emplazará en el acto a aquélla y al Ministerio Fiscal para que presenten sus escritos dentro de un plazo improrrogable y no superior a dos días. Presentados dichos escritos ante el mismo Juzgado, procederá éste de inmediato conforme a lo dispuesto en el apartado 2.”*

El hecho de que se constituya o no acusación particular también es determinante en relación con el art. 801 LECRIM, en el sentido de que si no se hubiere constituido acusación particular, y el MF hubiera solicitado la apertura del juicio oral presentando escrito de acusación, el detenido, Don Evaristo se podría conformar ante el JVM, dictando este una sentencia de conformidad, muy favorable para Evaristo, pues la misma supondría la reducción de la pena solicitada en un tercio. Sin embargo, en el caso de que Julia se haya constituido como acusación particular, Evaristo podrá, en su escrito de defensa, prestar su conformidad con la más grave de las acusaciones.

Como ya se ha expuesto al estudiar las posibles estrategias a seguir, una sentencia de conformidad sería muy favorable para Don Evaristo, puesto que los hechos por los que se le imputa el delito del art. 153.1 CP (una única agresión a su mujer en un momento puntual

de su relación) no son hechos graves, ni reiterados en el tiempo, y Don Evaristo se encuentra muy afligido y avergonzado por su conducta.

No obstante, en el caso de no conformarse con la pena solicitada, se procedería a la remisión de las actuaciones al Juez de lo Penal competente para celebrar el juicio oral, que se desarrollaría en los términos previstos en los arts. 786 a 788 de la LECRIM<sup>21</sup> (relativos al procedimiento abreviado). Cabe destacar en este punto que existen Juzgados de lo Penal especializados para el enjuiciamiento de los asuntos instruidos por los JVM, por los delitos cometidos en el ámbito de la violencia de género (art. 89 bis<sup>22</sup> en relación con el art. 98, ambos de la LOPJ).

Por último, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal podrá interponerse recurso de apelación, que se sustanciará conforme a las normas del procedimiento abreviado, con algunas especialidades, previstas en el art. 803 LECRIM:

*“1.ª El plazo para presentar el escrito de formalización será de cinco días.*

*2.ª El plazo de las demás partes para presentar escrito de alegaciones será de cinco días.*

*3.ª La sentencia habrá de dictarse dentro de los tres días siguientes a la celebración de la vista, o bien dentro de los cinco días siguientes a la recepción de las actuaciones, si no se celebrare vista.*

*4.ª La tramitación y resolución de estos recursos de apelación tendrán carácter preferente.”*

---

<sup>21</sup> **Artículo 802:** 1. El juicio oral se desarrollará en los términos previstos por los artículos 786 a 788.

<sup>22</sup> **Artículo 89 bis:** ...A fin de facilitar el conocimiento de los asuntos instruidos por los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, y atendiendo al número de asuntos existentes, deberán especializarse uno o varios Juzgados en cada provincia, de conformidad con lo previsto en el artículo 98 de la presente Ley...

## 6. ANÁLISIS DE LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

La posible actuación de la defensa de Don Evaristo, según el supuesto de hecho planteado, podría consistir en adoptar alguna de las siguientes posturas tanto en su escrito de defensa como en el acto del juicio verbal, en el caso de que este se celebrara:

- Intentar justificar la conducta violenta/agresiva de Don Evaristo en el consumo habitual de bebidas alcohólicas y su estado de embriaguez en el momento de producirse los hechos, pretendiendo que se le aplicara una circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal o, incluso, una causa eximente.
- Basarse en la concurrencia de los celos para cometer las acciones desarrolladas en el supuesto de hecho.
- Justificar que se trató de una pelea mutua, en la que el propio Don Evaristo resultó lesionado por parte de Doña Julia.

Pues bien, una vez planteadas dichas situaciones, pasaré a desarrollar las mismas, en base a los criterios doctrinales y jurisprudenciales establecidos al respecto, estudiando las diferentes posturas existentes con respecto a cada una de las hipótesis planteadas.

### 6.1 El consumo de bebidas alcohólicas y los delitos de violencia de género<sup>23</sup>

Tal y como se establece en el supuesto de hecho planteado en el presente Dictamen Jurídico, Don Evaristo en el momento de llevar a cabo la agresión a su mujer, Doña Julia, se hallaba en estado de intoxicación por el consumo de bebidas alcohólicas. Consumo que no solo tuvo lugar el día de producirse los hechos, sino que se trata de un consumo habitual que se remota más de un año atrás.

Por lo tanto, una posible actuación de la defensa podría ser alegar que, actuó movido debido a la grave adicción que sufre con respecto al consumo de bebidas alcohólicas, circunstancia esta atenuante de la responsabilidad criminal, prevista en el art. 21.2<sup>a</sup> del Código Penal (CP), que establece que son circunstancias atenuantes de la responsabilidad criminal,

---

<sup>23</sup> VÁZQUEZ-PORTOMENE SEIJAS, Fernando. “Algunas consideraciones sobre el ámbito de aplicación de la atenuante de grave adicción (art. 21.2.<sup>a</sup> del CP). (A propósito de su relación con los delitos de violencia contra la mujer)”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, VOL. LXVIII, 2015.

entre otras: “2.ª *La de actuar el culpable a causa de su grave adicción a las sustancias mencionadas en el número 2.º del artículo anterior.*”

Pero, además, podría el culpable alegar que, debido a su intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas en el momento de cometer los hechos, no comprendía lo que hacía, y por tanto, no puede ser declarado culpable. Esta posibilidad podría ser encuadrada dentro de la causa eximente de responsabilidad criminal prevista en el art. 20.2º del CP: “2.º *El que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.*”

Para el caso de que no se aprecie esta eximente de forma completa, el art. 21.1ª del CP prevé una eximente incompleta en el siguiente sentido: “*Las causas expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos*”, podrá ser calificada como circunstancia atenuante.

#### *6.1.1 Atenuante de grave adicción: fundamento y naturaleza*

Con respecto al fundamento y naturaleza de la atenuante de grave adicción prevista en el art. 21.2ª del CP, se pueden diferenciar dos posturas distintas seguidas por la jurisprudencia y la doctrina: la primera de ellas pone en relación la grave adicción con la disminución de la imputabilidad del sujeto activo y la otra postura daría entrada a la idea una menor exigibilidad en la conducta del autor del delito. De estas dos posturas, la tesis mayoritaria sería la primera de ellas, dado que la atenuación está vinculada a los trastornos “mentales” ocasionados como consecuencia de la dependencia del sujeto al consumo de sustancias tales como el alcohol o las drogas, es decir, que es el consumo de estas sustancias las que reducen las capacidades de voluntad y entendimiento del sujeto, lo que le impide al sujeto actuar racionalmente.

A su vez, dentro de esta tesis mayoritaria, se pueden diferenciar dos posturas diferentes, aquella esencialmente formal, que defiende que basta con que nos encontremos ante la grave adicción de un sujeto para observar la circunstancia atenuante. En este sentido se pronunciaría el Código penal español, pues a la hora de regular dicha circunstancia atenuante no tiene en cuenta las posibles alteraciones que, la grave adicción a que hace referencia, haya podido producir en la capacidad de comprensión del sujeto. Por otro lado,

existiría una segunda postura que entiende que para apreciar la concurrencia de la circunstancia atenuante de grave adicción, es necesario que la dependencia (y por tanto, el consumo continuado de sustancias tales como el alcohol) altere significativamente la capacidad cognitiva y la dimensión afectiva de la psique del sujeto.

#### *6.1.2 Los elementos de la circunstancia atenuante*

En atención a lo establecido en el art. 21.2ª del CP, podemos diferenciar dos elementos dentro de la circunstancia atenuante de la grave adicción: por un lado la situación de grave adicción a alguna de las sustancias descritas en el art. 20.2º del CP, y por otro, el hecho de que el delito se produzca como consecuencia, “a causa”, de esa grave adicción o dependencia.

Con respecto al elemento de “grave adicción”, según lo establecido por la doctrina, se debe tener en cuenta: la habitualidad o prolongación en el tiempo del consumo, los síntomas que presente el adicto, las consecuencias de la adicción en la vida social e interpersonal del sujeto, la clase de sustancia de que se trate y el delito cometido, así como el grado de alteración de las facultades volitivas. Parte de la jurisprudencia añade, además, que esta grave adicción debe provocar en el adicto una debilitación de su imputabilidad.

Por otro lado nos encontramos con el elemento causal, es decir, la relación que debe existir entre el delito producido y el estado de “drogodependiente” del sujeto activo del delito. En este sentido nos encontramos de nuevo con dos posturas. La primera de ellas defiende que el sujeto ha cometido el delito a consecuencia de una grave adicción, la cual provoca en el mismo una alteración de sus facultades volitivas. Si se optara por este planteamiento, la atenuante podría concurrir en cualquier tipo de delito llevado a cabo (incluido en los delitos de violencia de género).

La segunda postura defiende una interpretación más estricta del mencionado elemento causal, puesto que exige que para que se pueda apreciar la atenuante, el delito se haya cometido con el objetivo de mantener esa adicción, es decir, para obtener la sustancia de la que depende el “drogadicto” (por ejemplo, sería el caso del drogadicto que roba para procurarse los beneficios necesarios para el consumo de droga y poder, así, consumirla antes de que se manifieste el síndrome de abstinencia.).

En opinión del profesor Fernando Vázquez-Portomeñe Seijas, y siguiendo esta última postura, “los delitos que carecen de relación con la drogodependencia que sufre el sujeto (lesiones, homicidio, delitos contra la integridad moral, amenazas, delitos contra la

libertad sexual, falsificación de moneda, falsedades documentales, tenencia ilícita de armas...) deben permanecer, pues, extramuros de esta causa de atenuación, a pesar del criterio extensivo aceptado por alguna jurisprudencia sobre el particular”<sup>24</sup>. Tampoco cabría por tanto aplicar la atenuante en los delitos de violencia de género, que nada tienen que ver con la drogodependencia.

### *6.1.3 Delimitación de la circunstancia atenuante del art. 21.2<sup>a</sup> frente a la eximente incompleta del art. 21.1<sup>a</sup> del Código Penal*

Según la postura dominante establecida respecto a la circunstancia atenuante que venimos estudiando, la intensidad de la adicción y su capacidad para alterar las facultades volitivas del sujeto constituyen elementos normativos que determinarán, en su caso, la concurrencia de la causa eximente de responsabilidad criminal (art. 20.2º), la eximente incompleta (art. 21.1<sup>a</sup>), la atenuante ordinaria del art. 21.2<sup>a</sup>, la analógica (art. 21.7<sup>a</sup>) o, incluso, de la muy cualificada.

Por tanto, se encuadrarían dentro de la eximente incompleta aquellas situaciones de intoxicación de las sustancias del art. 20.2º del CP, cuando la misma no produzca plenos efectos sobre la racionalidad y/o voluntad del adicto. Mientras que la circunstancia atenuante del art. 21.2.<sup>a</sup> abarcaría aquellas situaciones en que las facultades volitivas del sujeto se encuentran también afectadas como consecuencia de la adicción, pero en menor medida.

Una segunda postura minoritaria diferencia completamente los ámbitos de actuación de cada una de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Según esta, las alteraciones mentales provocadas como consecuencia de una “grave adicción”, entrarían dentro del ámbito de la eximente incompleta del art. 21.1.<sup>a</sup>, mientras que un mero diagnóstico de dependencia a las mencionadas sustancias, implicaría la apreciación de la circunstancia atenuante del art. 21.2<sup>a</sup>.

### *6.1.4 La grave adicción al alcohol y los delitos de violencia de género*

Parte del Congreso de los Diputados, ya en el año 2009, planteó, a través del borrador elaborado por la Subcomisión creada para el estudio y el funcionamiento de la LOVG, dejar de considerar como circunstancia atenuante en los delitos de violencia contra la mujer el

---

<sup>24</sup> VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, FERNANDO. “Algunas consideraciones sobre el ámbito...”, op. cit., p. 118.

consumo habitual de bebidas alcohólicas<sup>25</sup>. Así se desprende del apartado V.III. 3º del mencionado borrador, en el que la Subcomisión considera que: “la exposición a los efectos de las bebidas alcohólicas o a las drogas no debe contemplarse como una circunstancia atenuante o eximente en los delitos relacionados con la violencia de género y, por el contrario, debe valorarse como agravante específica al igual que ocurre, por ejemplo, en los delitos contra la seguridad vial”<sup>26</sup>

A lo largo del desarrollo de este punto del trabajo, se ha podido observar una corriente jurisprudencial que considera aplicable la circunstancia atenuante del art. 21.2ª del CP a cualquiera de los delitos allí previstos, incluyéndose, por tanto, también el delito de violencia de género. Sin embargo, existe también una postura que defiende que los delitos de violencia de género no tendrían cabida en la apreciación de la mencionada circunstancia atenuante, por cuanto se ha de tratar de una circunstancia dirigida a un sujeto “drogadicto” que actúa con un objetivo, y este no es otro que procurarse el consumo de las sustancias de las que dependa. Conductas que por consiguiente no tienen nada que ver con la violencia de género del hombre sobre la mujer.

## **6.2 Los celos y los delitos de violencia de género.**

Cabría plantearse si “los celos” del acusado por un delito de violencia de género podrían tener cabida dentro del art. 21.3 del CP, que recoge como posible circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal:

*“La de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebatos, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante.”*

Yendo más allá, cabría también preguntarse si sería posible considerar a “los celos” como circunstancia atenuante integrante dentro del art. 21.7 del Código Penal, que prevé la posibilidad de que existan otras circunstancias que atenúen la responsabilidad criminal,

---

<sup>25</sup> VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, FERNANDO. “Algunas consideraciones sobre el ámbito...”, op. cit., p. 100.

<sup>26</sup> Informe de la subcomisión creada en el seno de la comisión de igualdad para el estudio y el funcionamiento de la ley integral de medidas contra la violencia de género y, en su caso, propuestas de modificación. Disponible en la página web del Congreso de los Diputados <<http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=puw9&DOCS=1-1&QUERY=%28CDD200911230296.CODI.%29>> [Consulta: 14 de diciembre de 2019]

diferentes de las que se mencionan en el referido art. 21, siempre y cuando sean de análoga significación a las ahí establecidas.

Con respecto a estas cuestiones se ha pronunciado la jurisprudencia:

En primer lugar, cabe traer a colación la STS 754/2015<sup>27</sup> en relación con la posible consideración de “los celos” como circunstancia atenuante del art. 21.3 del CP, en base a la alegación por parte del acusado del delito de violencia de género de que se trate de que actuó movido por un “estado pasional” hacia su pareja.

En este caso, un hombre que había mantenido una relación sentimental con una mujer, no aceptaba el hecho de que esta última le hubiera dejado. Por ello, el hombre con la intención de acabar con su vida, acudió a la salida del trabajo de la mujer y la asentó varias puñaladas con un cuchillo en cara, cuello y en la parte superior del tronco, huyendo posteriormente del lugar de los hechos. Tras la situación descrita, estando el hombre en busca y captura, envió a la mujer a través de una aplicación móvil una serie de mensajes amenazantes.

Por todos estos hechos la Audiencia Provincial de Barcelona, a través de su Sentencia número 76/2015, de fecha 5 de marzo de 2015, condenó al hombre por un delito de homicidio en grado de tentativa, por un delito de lesiones con instrumento peligroso, por un delito de amenazas graves además de imponerle el abono de la indemnización correspondiente a la mujer.

La representación legal del procesado interpone contra la citada sentencia recurso de casación, alegando la infracción del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECRIM) por indebida aplicación del ya mencionado art. 21.3 del CP, entre otras.

El recurso de casación es desestimado por el TS pues, como viene manteniendo en sus sentencias, los celos no pueden justificar la atenuante de obrar por un impulso de estado pasional. Para que pudiera apreciarse la concurrencia de una circunstancia atenuante sería necesario que nos encontráramos ante un sujeto cuya imputabilidad estuviera disminuida, en base a una causa o estímulo poderoso, de carácter exterior y de entidad suficiente para desencadenar un estado anímico de perturbación y oscurecimiento de sus facultades psíquicas con disminución de las cognoscitivas o volitivas del agente.

---

<sup>27</sup> España. Tribunal Supremo, Sala 2ª, de lo Penal, Sentencia 754/2015 de 27 Nov. 2015.



Ahora bien, será necesario que exista una proporcionalidad entre las acciones llevadas a cabo y el estímulo que las haya provocado.

Con respecto a tales estímulos, establece la mencionada sentencia en su fundamento de derecho segundo que los mismos: “no han de ser reprochados por las normas socio-culturales que rigen la convivencia social y deben proceder del precedente comportamiento de la víctima, con una relación de causalidad entre los estímulos y el arrebató u obcecación y una conexión temporal, sino inmediatos si próximos, entre la presencia de los estímulos y el surgimiento de la emoción o pasión.”<sup>28</sup>

En el caso enjuiciado por la sentencia, no hay base para apreciar la concurrencia de la circunstancia atenuante, pues considera la Audiencia que el hecho de haber puesto fin a una relación sentimental no puede considerarse como un estímulo poderoso para la parte contraria y no tiene eficacia para sustentar una posible atenuante de arrebató u obcecación, pero la resolución estudiada deja abierta la puerta a la posible apreciación de una circunstancia atenuante siempre y cuando se cumplan los requisitos aquí establecidos.

Por otro lado, con respecto a la posibilidad de apreciar “los celos” como circunstancia atenuante integrante dentro del art. 21.7 del Código Penal cabe destacar la STS número 728/2015, de fecha 17 de noviembre de 2015<sup>29</sup>. A modo de resumen, en este caso lo que sucedió fue lo siguiente: un hombre y una mujer mantenían una relación sentimental desde hace varios años, tuvieron un hijo, motivo por el cual la mujer redujo su horario laboral para poder atender al niño. Desde ese momento el hombre comenzó a tener una actitud dominante hacia la mujer, la llamaba insistentemente por teléfono, controlaba sus movimientos, la insultaba e incluso llegó a agredirla físicamente, conductas todas ellas basadas en los celos.

Por todos estos hechos la mujer denunció al hombre. El Juzgado de Violencia sobre la Mujer acordó una serie de medidas, entre otras, prohibir acercarse al hombre a una distancia no inferior a 500 metros de la mujer, ya sea de su domicilio, lugar de trabajo o cualquier lugar que ésta frecuentase, además de la prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio. Se acordaron además medidas civiles, tales como la patria potestad compartida, la atribución a la madre de la guarda y custodia del hijo menor y el uso y disfrute

---

<sup>28</sup> España. Tribunal Supremo, Sala 2ª, de lo Penal, Sentencia 754/2015... op. cit.

<sup>29</sup> España. Tribunal Supremo, Sala 2ª, de lo Penal, Sentencia 728/2015, de 17 Nov. 2015.

de la vivienda familiar al hijo menor y a la madre, estableciéndose un régimen de visitas a favor del padre.

No obstante lo anterior, a pesar del establecimiento de dichas medidas, el hombre llamaba repetidamente por teléfono y se acercaba a su domicilio.

El hombre, con la excusa de quedar con la mujer para entregarle al hijo menor de ambos, concertó una cita con ella a la que se presentó sin el niño y con una pistola con la que comenzó a dispararla, alcanzándola cinco disparos.

Por todos estos hechos, en primera instancia se le condenó al acusado, entre otros delitos, por un delito de homicidio en grado de tentativa, por un delito de maltrato en el ámbito de la violencia de género, por un delito de amenazas leves y graves en el ámbito familiar, por un delito continuado de quebrantamiento de medida cautelar, así como a la indemnización de la víctima. La Audiencia Provincial previó la concurrencia de la circunstancia del art. 21.1 del CP en relación con la eximente incompleta del art. 20.1 del mismo texto legal, en base a la enajenación mental del sujeto.

El condenado interpuso recurso de apelación con fundamento en la inaplicación indebida del art. 20.1ª del CP, pues se alega que debe apreciarse la eximente completa de anomalía psíquica por trastorno delirante paranoico celotípico.

Entiende la Sala de lo Penal del TS que la afectación de la capacidad de culpabilidad que se describe en el relato fáctico solo permite apreciar la atenuante que ya ha sido aplicada en instancia, al haberse probado a través de informes médicos que el acusado padecía al tiempo de los hechos de un trastorno de ideas delirantes, de tipo celotípico, lo cual afectaba levemente a sus facultades volitivas.

Del mismo modo se alega por la defensa del condenado que no debería haberse apreciado la concurrencia de la circunstancia atenuante del art. 21.1º del CP, sino la aplicación de la eximente completa, resolviendo el TS que de los hechos probados no se puede apreciar la concurrencia de dicha eximente.

También la víctima interpone recurso de casación, alegando la indebida aplicación del art. 21.7 del CP. De un lado, la acusación particular establece que no cabría aplicar una atenuante de celotipia en aquellos delitos de falsedad documental, tenencia ilícita de armas y quebrantamiento de medida cautelar, todos ellos cometidos por el condenado. Sin embargo,

señala el Ministerio Fiscal que los celos tienen influencia en toda la secuencia delictiva que planifica el acusado para matar a la víctima, alcanzando los celos no solo al delito principal sino también aquellos actos delictivos encaminados a lograr la comisión del mismo.

Por otro lado, alega la acusación particular que en los delitos específicos de violencia de género (maltrato familiar, violencia habitual y amenazas) no cabría aplicar la atenuante de los celos porque precisamente son estos la causa de la comisión de esos delitos.

En este caso entiende el TS que quien comete esas figuras delictivas puede ver afectada su capacidad de culpabilidad por los trastornos padecidos por sus ideas celotípicas que alcanzan a todas las conductas delictivas cometidas, desestimando por el ello el motivo alegado por la acusación.

### **6.3 Agresión recíproca entre el hombre y la mujer: Sentencia núm. 677/2018 del Tribunal Supremo, de fecha 20 de diciembre de 2018<sup>30</sup>.**

Es posible que nos encontremos ante el hipotético supuesto que nos plantea la situación descrita, objeto del presente Dictamen jurídico, relativo al hecho de que la pareja protagonista, Don Evaristo y Doña Julia, acabara peleándose mutuamente a consecuencia de la discusión que previamente habían mantenido, resultando ambos lesionados.

#### *6.3.1 Antecedentes de hecho*

La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (TS) ha resuelto esta hipotética situación, a través de su sentencia de fecha 20 de diciembre de 2018, en la que se pronuncia acerca de la agresión recíproca entre un hombre y una mujer, pareja o expareja, la cual sería, según el Tribunal, constitutiva de un delito de violencia de género en el hombre y de un delito de violencia doméstica en la mujer.

En el supuesto planteado ante el TS, una pareja se agrede recíprocamente después de una discusión, sin que a ninguno de los dos el otro le produzca lesión alguna. Tampoco de denuncian por estos hechos.

En un primer momento, es el Juzgado de lo Penal nº 8 de Zaragoza el que conoce de la causa abierta contra los acusados, que en este caso van a ser los dos miembros de la pareja, tanto el hombre como la mujer. Dicho Juzgado dicta sentencia en fecha 19 de

---

<sup>30</sup> España. Tribunal Supremo, Sala 2ª, de lo Penal, Pleno, Sentencia 677/2018 de 20 Dic. 2018.

diciembre de 2017 absolviéndoles a ambos del delito del que se les acusaba, delito de maltrato del artículo 153. 1º y 2º del Código Penal (CP), que prevé:

“1. El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del artículo 147, o golpearle o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficios de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

2. Si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo, el autor será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis meses a tres años”

Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación por el Ministerio Fiscal, ante la Audiencia Provincial de Zaragoza, la cual resolvió el mismo mediante sentencia de fecha 9 de marzo de 2018, por la que se desestimaba el recurso de apelación interpuesto y se confirmaba la citada sentencia del Juzgado de lo Penal de Zaragoza.

Finalmente el Ministerio Fiscal interpone recurso de casación por infracción de ley, basándose en la indebida aplicación del ya mencionado art. 153 del CP, apartados uno y dos.

### 6.3.2 *Fundamentos de derecho*<sup>31</sup>

La Audiencia Provincial entendió que no resultaba de aplicación el art. 153 del CP por cuanto se trataba de una agresión recíproca en la que se encontraban enfrentadas dos personas, sin que cupiera afirmar que una de las posiciones (el hombre) se encontraba en una situación de superioridad con respecto a la otra (la mujer).

Por el contrario, el Ministerio Fiscal disintió de este criterio y consideró que los hechos declarados probados constituían el delito de lesiones del artículo 153, apartado 1º, del CP del que sería responsable en concepto de autor el hombre y el delito del artículo 153, apartado segundo, del que es responsable en concepto de autora la mujer. Todo ello en base a las siguientes cuestiones:

En la LOVG se define la violencia de género como “todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad”. Según el Ministerio Fiscal al recoger en su definición “todo acto”, encuadra, por un lado, el maltrato de obra, y por otro suprime la exigencia de un determinado propósito a modo de elemento subjetivo del injusto, puesto que si se exigiera tal propósito en la conducta del autor se estaría desnaturalizando la tutela penal contra la violencia de género. Por lo tanto, no es necesario que concurra un dolo específico más allá de la acción material de maltrato.

Desde el punto de vista del Fiscal, la actuación del hombre acusado debe encuadrarse en el art. 153.1º del CP, pues golpear a la pareja, es una actuación que debe encuadrarse dentro del ámbito de la violencia machista, con independencia de que previamente la mujer acusada le hubiera propinado un golpe en el curso de una discusión. Tal conducta de la mujer también merece ser penalmente reprochada a través del art. 153, en su apartado 2º.

En definitiva, entiende el Ministerio Fiscal que la decisión de la Audiencia por la cual, en ausencia de un ánimo de dominación, desigualdad o discriminación, el maltrato de obra no deba incardinarse en el delito previsto en el citado art. 153 del CP, sino en el delito leve del art. 147, apartado 3º supone quebrantar la voluntad del legislador, pues el maltrato de obra en el supuesto contemplado en este último artículo, está sujeto al régimen de denuncia previa al tratarse de un sujeto que no forma parte del núcleo de personas descritas en el art.

---

<sup>31</sup> España. Tribunal Supremo, Sala 2ª, de lo Penal, Pleno, Sentencia 677/2018... op. cit.

173.2 del Código Penal, mientras que no se requiere denuncia previa en el maltrato de obra castigado en el art. 153.

El Tribunal Supremo estima el recurso de la fiscalía, al entender que los hechos declarados como probados constituyen una conducta típica, antijurídica y punible, que deben encuadrarse en el art. 153 CP, en sus apartados 1º y 2º, atendiendo al sujeto activo del delito en cada caso, no exigiéndose ningún elemento intencional por el autor del ilícito penal a la hora de llevar a cabo su actuar antijurídico. El primer apartado será para cuando el sujeto activo es un hombre y el segundo para cuando lo es una mujer, siendo necesario que concurra entre ambos la relación a que se refieren ambos apartados, es decir, que se trate de una pareja o ex pareja.

La polémica surgida en torno a la exigencia de una conducta intencional específica en el autor del ilícito penal para poder apreciar la concurrencia del art. 153 del CP, surgió con el término introducido por el legislador en el art. 1 de la LOVG. El mismo establece:

“La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres,…”

Pues bien, los pronunciamientos con respecto a esta materia han girado en torno a cuatro posibles vías:

a) Considerar que la mención del mencionado art. 1 solo es una reflexión sobre el trasfondo que hay en los hechos de violencia de género.

b) Considerar que se incorpora al derecho positivo y, por tanto, debe ser objeto de prueba por la acusación la concurrencia de ese elemento de la dominación o machismo para considerar el hecho constitutivo de violencia de género.

c) Considerar que se deba permitir al acusado acreditar que en la perpetuación del hecho no concurrió ese elemento intencional, sino que fue consecuencia de cuestiones personales que quedan al margen de la violencia de género.

d) Considerar que en los casos de agresiones recíprocas en pareja, como es el caso, no se aplica el art. 153 del CP, salvo que quede acreditado un ánimo de dominación o machismo.

Tras todo lo expuesto, el Tribunal acaba concluyendo que:

1.- La agresión mutua entre hombre y mujer, que sean pareja o ex pareja, está tipificada en los apartados 1º y 2º del art. 153 del CP, no existiendo base ni argumento legal para encuadrar dichas conductas en el art. 147.3 CP.

2.- Dicho precepto no exige entre sus elementos una prueba del ánimo de dominar del hombre hacia la mujer, sino únicamente el comportamiento objetivo de la agresión. El art. 153 CP solo exige que entre los sujetos exista la relación fijada de forma objetiva y que el acto objetivo consista en golpear o maltratar sin causar lesión. La aplicación del tipo solo exigiría la acreditación de la violencia, aunque sin lesión. Y esto es maltrato en ambas direcciones si hay riña y agresión mutua.

3.- Será posible en su caso aplicar el apartado 4º del mencionado art. 153 del CP, el cual prevé la posibilidad de que el Juez o Tribunal imponga la pena inferior en grado, o valorar supuestos de legítima defensa, lo que podría dar lugar a una exención o atenuación de la pena.

4.- Por último decir que incluso en los casos en los que el acto de maltrato lo pudiera iniciar la mujer a su pareja y este respondiera con un acto de maltrato igualmente podría existir un acto de dominación en el acto de la respuesta, lo que no se exige para apreciar la concurrencia del art. 153 del CP, porque no es elemento del tipo.

Por todo lo expuesto, el Tribunal casa la sentencia de apelación y revoca la absolución, condenando al hombre, como autor de un delito del art. 153 apartado 1º del CP a la pena de seis meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo de 1 año y un día y a la prohibición de aproximación a menos de 200 metros de la mujer, de su domicilio, lugar de trabajo y cualquiera frecuentado por ella y de comunicación por cualquier medio respecto del mismo por tiempo de un año y seis meses, y a la mujer, como autora de un delito del art. 153, apartado 2º del CP, a la pena de 3 meses de prisión, accesorias de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo de 1 año y un día y a la prohibición de aproximación a menos de 200 metros del hombre, de su domicilio, lugar de trabajo y cualquiera frecuentado por él y de comunicación por cualquier medio respecto del mismo por tiempo de un año y seis meses.

## 7 CONCLUSIONES.

PRIMERA.- En un primer momento, se produce la detención de Evaristo por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado cuando estos, alertados por la llamada de Julia, acuden al domicilio conyugal y se encuentran con que ha tenido lugar una discusión entre ambos, con la consecuencia de que Evaristo ha agredido a Julia.

Con motivo de la detención de Don Evaristo, las autoridades policiales deben cumplir una serie de obligaciones, entre otras, informar al detenido de todos los derechos que le amparan por el mero hecho de ser detenido, así como la inclusión de este extremo en el atestado policial correspondiente. Para ello se le deberá informar al detenido de todos los derechos enumerados en el art. 520 LECRIM. Es misión de la defensa comprobar que estos extremos se han cumplido y, ante el hipotético supuesto de que no se le facilitara el acceso al detenido o a su letrado a los elementos del propio atestado policial esenciales para impugnar la legalidad de la detención, se podría iniciar un procedimiento de habeas corpus, que en caso de no ser atendido por el Juzgado competente estaría produciendo una vulneración del derecho del detenido previsto en el art. 17.3 de la CE, por los motivos apuntados en el presente dictamen, lo que habilitaría para recurrir en amparo ante el Tribunal Constitucional.

SEGUNDA.- Si Julia solicita la adopción de la orden de protección, que regula el art. 544 ter LECRIM, ya sea en el momento en que se comenten los hechos o posteriormente durante la vigencia del procedimiento penal, el citado artículo no prevé ningún mecanismo que favorezca a la defensa, más allá de la audiencia previa prevista en su apartado cuarto. Ante el silencio del precepto habrá que entender que contra la adopción de dicha orden de protección sólo cabría recurrir, a través del recurso de reforma y/o de apelación, a la vista de las medidas adoptadas en este caso por el Juez de Guardia, que se prevé no serán excesivamente restrictivas, pues la agresión cometida por Evaristo, si bien en ningún caso puede ser justificada, se trata de una agresión puntual, no encontrándose Julia en una situación de riesgo objetivo que justifique otras de mayor gravedad.

Por ejemplo, dichas medidas podrían consistir en la prohibición de aproximación de Evaristo a Julia, en la prohibición de comunicación, así como el desalojo del domicilio



familiar por parte de Evaristo. En este punto, es importante recordar que es posible que se adopten medidas civiles por el JVM, en atención al art. 544 ter, apartado séptimo.

TERCERA.- El procedimiento penal a seguir va a ser, como ya se ha expuesto en este dictamen, el procedimiento rápido para el enjuiciamiento de determinados delitos. Dejando de lado la competencia del Juez de Guardia para conocer de la adopción de la orden de protección adoptada en un primer momento del procedimiento, así como de la situación personal del detenido, toda la instrucción del procedimiento la va a llevar a cabo el JVM del lugar del domicilio de la víctima, es decir, el JVM de Valladolid. Este procedimiento podrá terminar, si se cumplen los requisitos previstos en la LECRIM (art. 801), con sentencia de conformidad para Don Evaristo, dictada por el propio JVM, la cual le beneficiaría al reducirse un tercio de la pena solicitada por el Ministerio Fiscal o, en su caso, por la víctima si se ha personado como acusación particular en el procedimiento.

CUARTA.- La defensa podría alegar como circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal el hecho de que Evaristo cometió la citada agresión a su mujer debido a la grave adicción que tiene al alcohol, lo que haría necesario que el procedimiento se transformara en un abreviado para poder probar a través de los correspondientes informes periciales, no solo la grave adicción que sufre, sino también que la misma ha dado lugar a la disminución de las capacidades volitivas y cognoscitivas del sujeto.

QUINTA.- Es necesario alegar y probar la influencia que tienen “los celos” del agresor sobre la víctima. En nuestro caso estos celos vendrían causados por la mayor atención que Julia prestaba a sus hijos, dejando de lado a Don Evaristo, lo cual unido con su adicción al alcohol y su pérdida de empleo en los meses anteriores, habrían provocado en el sujeto un trastorno de ideas delirantes, de tipo celotípico (extremo que se debería probar también con el informe pericial pertinente). Circunstancia esta que atenuaría la pena a imponérsele a Don Evaristo.

SEXTA.- En el supuesto de que se tratara de una agresión mutua entre Julia y Evaristo, la jurisprudencia ha establecido que con respecto a la agresión sufrida por la mujer

por parte del hombre, este va a ser condenado por un delito previsto en el art. 153.1 del CP, mientras que la mujer sería condenada por un delito previsto en el art. 153.2 del CP, que supone la posibilidad de aplicar una pena menor que la prevista en el primer apartado del mencionado art. 153 CP. Por tanto, Evaristo también podría denunciar a Julia, si se tratara de una agresión mutua, pero la pena a imponer va a ser inferior en este último caso y, además, a Julia se la van a reconocer una serie de medidas de protección de las que Evaristo no podrá disponer.

## 8 BIBLIOGRAFÍA.

### I. LIBROS Y ARTICULOS

- ARANGÜENA FANEGO, CORAL. “Las Directivas Europeas de armonización de garantías procesales de investigados y acusados. Su implementación en el derecho español”. *Cooperación judicial transfronteriza y garantías procesales. Revista de Estudios Europeos. Número extraordinario monográfico 1-2019*. Instituto de Estudios Europeos de la Universidad de Valladolid, 2019.
- DA SILVA, Juan Carlos. “La definición europea del derecho de acceso al atestado policial en los casos de privación de libertad: STC 13/2017, de 30 de enero (BOE de 10/03/2017)”. *Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional*. Universidad Complutense, 2017.
- GISBERT GRIFO, Susana; MARTÍNEZ GARCÍA, Elena. *Género y violencia*. Tirant to Blanch. Valencia, 2016.
- GONZALEZ MONJE, Alicia. “El procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos”. *Manual de Acceso a la Abogacía. Tomo III. Materia Penal*. Editorial Tecnos, 2018.
- VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando. “Algunas consideraciones sobre el ámbito de aplicación de la atenuante de grave adicción (art. 21.2.ª del CP). (A propósito de su relación con los delitos de violencia contra la mujer)”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, VOL. LXVIII*, 2015.

### II. JURISPRUDENCIA

#### Sentencias del Tribunal Constitucional:

- Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda) 13/2107, de 30 de Enero de 2017

- Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera) 21/2018, de 5 de Marzo de 2018.
- Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera) 83/2019, de 17 de junio de 2019.

### **Sentencias del Tribunal Supremo:**

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda) 728/2015 de 17 de Nov. 2015
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda) 754/2015 de 27 Nov. 2015
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda) 324/2017 de 8 de mayo de 2017.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda) 677/2018 de 20 Dic. 2018.

### **Sentencias de Audiencias Provinciales:**

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sala de lo Penal, Sección Primera, 80/2017 de 27 de marzo de 2017.

## **III. LEGISLACION**

- Constitución Española de 1978.
- Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. «BOE» núm. 313, de 29/12/2004.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. «BOE» núm. 281, de 24/11/1995.
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

- Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica.
- Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales.

#### **IV. GUÍAS, PROTOCOLOS, OTROS DOCUMENTOS Y PÁGINAS WEB.**

- *Informe de la subcomisión creada en el seno de la comisión de igualdad para el estudio y el funcionamiento de la ley integral de medidas contra la violencia de género y, en su caso, propuestas de modificación.*  
 Disponible en <http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLIST&BASE=puw9&DOCS=1-1&QUERY=%28CDD200911230296.CODI.%29>  
 [Consulta: 14 de diciembre de 2019]
- Guía divulgativa procesal para mujeres víctimas de violencia de género.  
 Disponible en la página web de la Junta de Andalucía [https://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/guia\\_on\\_line-1.pdf](https://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/guia_on_line-1.pdf)
- Definición de la orden de protección y modelo de solicitud de la misma.  
 Disponible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/La-orden-de-proteccion/>
- Circular de la Fiscalía 3/2003, de 18 de diciembre, sobre algunas cuestiones procesales relacionadas con la orden de protección. Disponible en [https://www.boe.es/buscar/abrir\\_fiscalia.php?id=FIS-C-2003-00003.pdf](https://www.boe.es/buscar/abrir_fiscalia.php?id=FIS-C-2003-00003.pdf)

- *Protocolo de actuación de las fuerzas y cuerpos de seguridad y de coordinación con los órganos judiciales para la protección de las víctimas de violencia doméstica y de género.* Disponible en la página web de la Dirección General de Policía <[https://www.policia.es/org\\_central/judicial/normativa/protocolo\\_actua\\_fcse.pdf](https://www.policia.es/org_central/judicial/normativa/protocolo_actua_fcse.pdf)>
- Definición de la violencia contra las mujeres. Disponible en <<https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/violenceagainstwomen.aspx>>
- Definición de la violencia de género. Disponible en <[http://www.inmujer.gob.es/servRecursos/formacion/Pymes/docs/Introduccion/02\\_Definicion\\_de\\_violencia\\_de\\_genero.pdf](http://www.inmujer.gob.es/servRecursos/formacion/Pymes/docs/Introduccion/02_Definicion_de_violencia_de_genero.pdf)> [Consulta: 6 de diciembre de 2019]
- Circular de la Fiscalía 3/2018, de 1 de junio, sobre el derecho de información de los investigados en los procesos penales. Disponible en <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?lang=es&id=FIS-C-2018-00003>> [Consulta: 14 de enero de 2020]