



Roj: **STS 448/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:448**

Id Cendoj: **28079120012020100080**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/02/2020**

Nº de Recurso: **1391/2018**

Nº de Resolución: **47/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANDRES PALOMO DEL ARCO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO CASACION núm.: 1391/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 47/2020**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Vicente Magro Servet

D<sup>a</sup>. Susana Polo García

D<sup>a</sup>. Carmen Lamela Díaz

En Madrid, a 11 de febrero de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley número 1391/2018, interpuesto por **D. Luis Alberto** representado por el procurador D. Igatz Garay San Jorge bajo dirección letrada de D.<sup>a</sup> María del Carmen López Saracho contra la sentencia número 124/2018 de fecha 9 de marzo de 2018 dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Almería.

Interviene el **Ministerio Fiscal** y como parte recurrida, **D.<sup>a</sup> Lorena** representada por el procurador D. Juan García Torres bajo dirección letrada de D.<sup>a</sup> Adela Monterreal Ramírez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.**- El Juzgado de **Violencia** sobre la Mujer núm. 1 de Almería incoó Diligencias Previas núm. 175/2016 (P.A. núm.133/2016) por delito de maltrato habitual agravado en el ámbito de la **violencia** de género y delito de maltrato en el ámbito de la **violencia** familiar, contra **D. Luis Alberto** ; una vez concluso lo remitió al Juzgado de lo Penal número 5 de Almería, (P.A. núm. 204/2017) quien dictó Sentencia en fecha 7 de julio de 2017 que contiene los siguientes **hechos probados**:



" **ÚNICO.**- Resulta probado a tenor de la prueba practicada en el acto del juicio oral, y así se declara, que el acusado, **Luis Alberto** , mayor de edad, sin antecedentes penales y en situación personal de libertad provisional por esta causa, de la que ha sido privado en la misma por detención policial los días 13 a 15 de febrero de 2.016, ambos inclusive, ha estado casado con D<sup>a</sup> Lorena durante un tiempo de unos diecisiete años, período durante el que ambos han convivido en el domicilio común sito en la CALLE000 , nº NUM000 , piso NUM001 , de la localidad de Almería, junto a las dos hijas menores de edad de ambos, Piedad y Berta . Que debido a la crisis de su relación, ambos dejaron de convivir en el domicilio, separándose de hecho, en el mes de septiembre de 2.015.

Que en el curso de la relación matrimonial de ambos, con agravación tras la separación mencionada, el acusado ha venido sometiendo de forma continuada a Lorena a una situación de dominio y control, en presencia de las hijas menores de ambos y en el domicilio familiar, al que también acudía tras la separación, con la realización sobre la misma de agresiones físicas, tales como empujones, puñetazos en las piernas o en los brazos y pisotones, degradándola y menospreciándola con expresiones tales como *eres una puta, zorra, no paras de acostarte con casados, comepollas*, controlando su vida diaria, hasta el punto de encerrarla en la cocina para olfatearla y comprobar si tenía marcas en la cara que reflejaran relaciones con otro hombres, y amedrentándola espetándole *te voy a arruinar la vida, tienes hasta el treinta y uno de diciembre para confesar los adulterios o te busco la ruina, si se te ocurre denunciarme o abres la boca, te mato*, comportamiento que generó en aquella miedo y temor, con sintomatología depresiva leve.

Harta de la situación, D<sup>a</sup> Lorena denunció los mismos en fecha 12 de febrero de 2.016.

Asimismo el día 5 de enero de 2.016, hallándose las hijas menores de ambos junto al acusado y a su esposa, en la cabalgata de reyes de la localidad de Almería, estando presente la hermana de la denunciante, D<sup>a</sup> Virtudes , el acusado, ante un comentario realizado por la menor Berta , que no fue de su agrado, le dio un guantazo en la boca, sin lastimarla, hecho denunciado también por su madre.

Igualmente D<sup>a</sup> Lorena manifestó en su denuncia que los días 3 de diciembre de 2.015, 7 de enero, 29 de enero y 3 de febrero de 2.016, el acusado golpeó a las hijas menores de ambos, el primer día en el domicilio familiar, el segundo día cuando las menores estaban junto a su padre en un establecimiento comercial de telefonía móvil, zarandeando a Berta , el tercero agarrando de las orejas a la menor Piedad , tras negarse a darle un beso y el último de los días cuando al recogerlas del colegio, cogió del cuello a ésta última, por hablar con un compañero. No se ha acreditado la comisión por el acusado de tales hechos".

**SEGUNDO.**- El Juzgado de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"Que DEBO ABSOLVER y ABSUELVO al acusado, Luis Alberto , de cuatro de los delitos de maltrato en el ámbito de la **violencia** familiar, por los que ha sido acusado en esta causa, declarando de oficio las costas procesales causadas derivadas de tales acusaciones.

Que DEBO CONDENAR y CONDENO al acusado, Luis Alberto , como autor penal y civilmente responsable del delito de maltrato habitual agravado en el ámbito de la **violencia** de género, previsto y penado en el artículo 173.22 y 32 del Código Penal y como autor penalmente responsable del delito de maltrato en el ámbito de la **violencia** familiar, previsto y penado en el artículo 153.22 del mismo cuerpo legal, por los que ha sido acusado en la presente causa, sin la concurrencia en su conducta de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, imponiendo al mismo por el delito de maltrato habitual las penas de 1 año y 9 meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena (ex artículo 56.1.22 del C.P.), privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo de 3 años, con pérdida de vigencia de la licencia procedente y prohibición por tiempo de 4 años de aproximación a una distancia no inferior a 500 metros D<sup>a</sup> Lorena , de su domicilio, lugar de trabajo o de cualquier lugar frecuentado por la misma y de comunicación con la misma por cualquier medio, e imponiéndole por el delito de maltrato familiar las penas de 6 meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo de 2 años y prohibición por tiempo de 2 años de aproximación a una distancia no inferior a 500 metros de la menor de edad Berta , de su domicilio, centro de estudios o de cualquier lugar frecuentado por la misma y de comunicación con la misma por cualquier medio; condenando al acusado en concepto de responsabilidad civil derivada de los hechos enjuiciados al pago a D<sup>a</sup> Lorena de la indemnización de TRES MIL EUROS (3.000 €) por los daños morales irrogados a la misma, más el interés legal devengado por tal cantidad, en los términos expuestos en el octavo fundamento de derecho de la presente resolución; con imposición al acusado de las costas procesales derivadas de tales acusaciones.

Una vez sea firme esta resolución, abónese al acusado el tiempo de privación preventiva de libertad sufrido por esta causa (los días de detención).



Se acuerda el mantenimiento hasta que alcance firmeza esta resolución de la medida cautelar penal impuesta al acusado en fecha 13 de febrero de 2.016, requiriéndole para su cumplimiento con apercibimiento de comisión de delito de quebrantamiento de medida cautelar para caso de incumplimiento, sin perjuicio de la agravación de su situación personal en esta causa.

Pronúnciese esta Sentencia en audiencia pública y según previene el artículo 248. 42 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y a las partes personadas, en legal forma, personalmente al acusado, previniéndoles que frente a la misma cabe interponer ante este mismo Juzgado recurso de apelación para ante la Iltma, Audiencia Provincial de Almería, en el plazo de 10 días contados desde la notificación de esta resolución, según disponen los artículos 790 a 792 de la LECrim.

Remítase testimonio de la presente resolución al juzgado de **Violencia** sobre la Mujer nº 21 de Almería, y una vez firme, testimonio de la firmeza".

**TERCERO.-** Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal del condenado D. Luis Alberto y por la acusación particular ejercida por D.<sup>a</sup> Lorena ; dictándose sentencia núm. 124/18 por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Almería en fecha 9 de marzo de 2018, en el Rollo de Apelación P.A. núm. 35/2018, cuyo Fallo es el siguiente:

"Que con **DESESTIMACIÓN** de los recursos de apelación deducidos por la defensa del acusado Luis Alberto y por la acusación particular sostenida por Lorena contra la Sentencia dictada con fecha 7 de julio de 2017 por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Lo Penal nº 5 de Almería en el Juicio Oral nº 204/2017 de que deriva la presente alzada, **DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS** la expresada resolución con declaración de oficio de las costas causadas en esta alzada.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia acompañados de certificación literal de la presente resolución a efectos de ejecución y cumplimiento".

**CUARTO.-** Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por la representación procesal de D. Luis Alberto que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

**QUINTO.-** Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, el recurrente formalizó el recurso alegando los siguientes **motivos de casación**:

**Motivo Primero.-** Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 LECr., por considerar indebidamente aplicado los apartados 2 y 3 del artículo 173 C.P.

**Motivo Segundo.-** Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECr., por considerar indebidamente aplicado el artículo 153.2 C.P., al no darse los elementos integradores del tipo.

**Motivo Tercero.-** Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 por considerar indebidamente aplicados los artículos 153.2 y 173.2 C.P., al no darse los elementos integradores del tipo.

**Motivo Cuarto.-** Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 LECr., por considerar que se ha producido una indebida aplicación de los artículos 66.1.6º y 72 en relación con el artículo 153.2, todos ellos del Código Penal, en relación con la infracción de los artículos 24 y 120.3 CE, relativos al derecho de tutela judicial efectiva y falta de motivación de la sentencia.

**Motivo Quinto.-** Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 LECr., por considerar indebidamente aplicados los artículos 48 y 57 CP, en relación al artículo 153.2 CP en cuanto a la imposición de la pena accesoria de prohibición y comunicación.

**SEXTO.-** Conferido traslado para instrucción, la representación de la parte recurrida impugnó el recurso interpuesto, e interesó la inadmisión del mismo, y de manera subsidiaria su desestimación; el Ministerio Fiscal en su escrito de fecha 3 de julio de 2018 interesó la admisión por interés casacional de los motivos tercero y quinto y la inadmisión de los restantes motivos del recurso interpuesto.

**SÉPTIMO.-** Por providencia de fecha 24 de enero de 2019, la Sala acordó la admisión a trámite del recurso interpuesto de conformidad con los artículos 847.1. b) y 889 de la LECr., y con los criterios aprobados en el Pleno no Jurisdiccional de 9 de junio de 2016. Asimismo, confirió traslado al Ministerio Fiscal para interpretación del concepto de "convivencia" a efectos de aplicación de los artículos 153.2 y 173.2 CP, lo que fue verificado con el resultado que obra en autos.

**OCTAVO.-** Visto el estado de las actuaciones, la Sala declaró conclusos los autos para señalamiento de fallo y se celebró la votación y deliberación prevenida el día 4 de febrero de 2020



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La sentencia recurrida desestima la apelación formulada por la Audiencia Provincial, contra la sentencia del Juzgado de lo Penal que condena al recurrente como autor criminalmente responsable de delito de maltrato habitual agravado en el ámbito de la **violencia** de género del artículo 173.2 y 3 del Código Penal y de un delito de maltrato en el ámbito de la **violencia** familiar del artículo 153.2.

El artículo 847.1 b), anuncia que procede casación, *por infracción de ley del motivo previsto en el número 1.º del artículo 849 contra las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional*; pero como informa el Ministerio Fiscal, el motivo debió ser inadmitido, pues, concorde el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2016, que establece la interpretación del artículo 847.1.b) LECr, incorporado de manera pacífica en nuestras resoluciones, indica:

a) *El art. 847 1º letra b) LECr debe ser interpretado en sus propios términos. Las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional solo podrán ser recurridas en casación por el motivo de infracción de ley previsto en el número primero del art. 849 LECr, debiendo ser inadmitidos los recursos de casación que se formulen por los arts. 849 2º, 850, 851 y 852.*

b) *Los recursos articulados por el art. 849 1º deberán fundarse necesariamente en la infracción de un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter (sustantivo) que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal (normas determinantes de subsunción), debiendo ser inadmitidos los recursos de casación que aleguen infracciones procesales o constitucionales. Sin perjuicio de ello, podrán invocarse normas constitucionales para reforzar la alegación de infracción de una norma penal sustantiva.*

c) *Los recursos deberán respetar los hechos probados, debiendo ser inadmitidos los que no los respeten, o efectúen alegaciones en notoria contradicción con ellos pretendiendo reproducir el debate probatorio ( art. 884 LECr ).*

d) *Los recursos deben tener interés casacional. Deberán ser inadmitidos los que carezcan de dicho interés (art. 889 2º), entendiéndose que el recurso tiene interés casacional, conforme a la exposición de motivos: i) si la sentencia recurrida se opone abiertamente a la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo, ii) si resuelve cuestiones sobre las que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, iii) si aplica normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese una doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ya consolidada relativa a normas anteriores de igual o similar contenido".*

**SEGUNDO.-** El primer motivo lo formula por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 LECr., por considerar indebidamente aplicados los apartados 2 y 3 del artículo 173 CP.

Considera que se ha aplicado indebidamente el artículo 173.2 y 3 del Código Penal, por entender que los hechos declarados probados en la sentencia no responden al requisito de la habitualidad, pues los hechos probados de la sentencia condenatoria no exponen los episodios concretos de **violencia**, sino que se limita a referirlos de manera genérica, sin concreción alguna, no siendo por tanto, concluye, de aplicación dicho precepto; y además añade, se ha producido una infracción del principio acusatorio, al contemplar los hechos de la acusación pública y particular el mismo relato de los hechos probados de la sentencia, siendo estos una transcripción de los primeros.

Como el propio denunciante reconoce, el relato de hechos probados recoge:

*...en el curso de la relación matrimonial de ambos, con agravación tras la separación mencionada, el acusado ha venido sometiendo de forma continuada a Lorena a una situación de dominio y control, en presencia de las hijas menores de ambos y en el domicilio familiar, al que también acudía tras la separación, con la realización sobre la misma de agresiones físicas, tales como empujones, puñetazos en las piernas o en los brazos y pisotones, degradándola y menospreciándola con expresiones tales como eres una puta, zorra, no paras de acostarte con casados, comepollas, controlando su vida diaria, hasta el punto de encerrarla en la cocina para olfatearla y comprobar si tenía marcas en la cara que reflejaran relaciones con otro hombres, y amedrentándola espetándole te voy a arruinar la vida, tienes hasta el treinta y uno de diciembre para confesar los adulterios o te busco la ruina, si se te ocurre denunciarme o abres la boca, te mato, comportamiento que generó en aquella miedo y temor, con sintomatología depresiva leve.*

Por ende, pese a su invocación formal, no es precisamente preterida la habitualidad en el relato; mientras la queja sobre el defecto narrativo, indefensión o vulneración de principio acusatorio, es ajena al ámbito propio de la modalidad de casación que contemplamos como resulta del Acuerdo del Pleno antes recogido, plasmado en numerosas resoluciones de esta Sala; ni siquiera se argumenta interés casacional alguno en relación a



*infracción de un precepto penal de carácter sustantivo, en cuya consecuencia la causa de inadmisión deviene ahora en causa de desestimación.*

**TERCERO.**- El segundo motivo lo formula por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 LECr., por considerar indebidamente aplicado el artículo 153.2 CP, al no darse los elementos integradores del tipo.

1. Considera que se ha aplicado indebidamente el artículo 153.2 del Código Penal, por entender que los hechos declarados probados en la sentencia no integran los requisitos que exige la aplicación de dicho precepto penal; derivado de que la conducta reflejada en el relato de hechos probados, que el día 5 de enero de 2016 el recurrente dio un guantazo en la boca a su hija menor Berta, sin lastimarla, ante un comentario que hizo esta y no fue de agrado del acusado, no reviste carácter penal.

Argumenta que no concurre ánimo subjetivo de maltrato; que no procede la sanción penal en casos de mínima entidad; que debe atenderse al principio de adecuación social de la conducta; que un cachete o un bofetón a un hijo no debe implicar automáticamente pena de privación de libertad.

2. Esta cuestión fue analizada por esta Sala, en su sentencia 654/2019, de 8 de enero de 2020, que anticipa este presupuesto:

*El legislador ha tipificado en el art. 153 CP el delito de **violencia doméstica** de forma que en el mismo se castiga con las penas que contiene en los distintos apartados al 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 art. 147 (esto es, lesiones que no requieran objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico) o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión", redacción dada por LO 1/2015, de 30-3-2015, en vigencia desde el 1-7-2015.*

*Por tanto, debemos indicar que de entrada y desde una perspectiva general el simple hecho de golpear a un menor ya incardina la conducta del acusado en el tipo penal contenido en el apartado segundo del precepto en el que se contempla el supuesto en el que el agredido fuera alguna de las personas a que se refiere el art. 173.2 CP.*

Posteriormente, tras reconocer la existencia de un moderado y proporcional derecho de corrección, ultima:

*En conclusión, debe considerarse que el derecho de corrección, tras la reforma del art. 154.2 in fine C.Civil, sigue existiendo como necesario para la condición de la función de educar inherente a la patria potestad, contemplada en el art. 39 CE y como contrapartida al deber de obediencia de los hijos hacia sus padres, previsto en el art. 155 C.Civil, únicamente de este modo, los padres pueden, dentro de unos límites, actuar para corregir las conductas inadecuadas de sus hijos. Si consideráramos suprimido el derecho de corrección y bajo su amparo determinadas actuaciones de los padres tales como dar un leve cachete o castigar a los hijos sin salir un fin de semana, estos actos podrían integrar tipos penales tales como el maltrato o la detención ilegal.*

*Por lo tanto, tras la reforma del art. 154.2 C.Civil, el derecho de corrección es una facultad inherente a la patria potestad y no depende su existencia del reconocimiento legal expreso, sino de su carácter de derecho autónomo, por lo que sigue teniendo plena vigencia. Cosa distinta es la determinación de su contenido y de sus límites tras la supresión formal del mismo.*

*Es por ello y por la progresiva dulcificación de la patria potestad que viene siendo una constante en los últimos tiempos que cada caso concreto debe ponerse en consonancia con la evolución y la interpretación de las leyes con atención a la realidad social del tiempo en que apliquen a tenor de lo establecido por el art. 3.1 del C.Civil.*

*En este sentido los comportamientos violentos que ocasionen lesiones -entendidas en el sentido jurídico-penal como aquellas que requieren una primera asistencia facultativa y que constituyan delito- no pueden encontrar amparo en el derecho de corrección. En cuanto al resto de las conductas, deberán ser analizadas según las circunstancias de cada caso y si resulta que no exceden los límites del derecho de corrección, la actuación no tendrá consecuencias penales ni civiles.*

*Esta Sala Segunda por su parte se ha pronunciado en STS 578/2014, de 10 de julio, y estableció que en los supuestos de delito leve de lesiones causadas por un padre a una hija: "el Código Civil desde la reforma que operó en el mismo por Ley 54/2007 no se refiere expresamente al derecho de corrección. Ello se debe a las posturas doctrinales que el reconocimiento del mismo, tal y como estaba planteado, suscitaba la duda respecto a su colisión con el art. 19 de la Convención de Derechos del Niño. En su redacción anterior el art. 154 Código Civil especificaba que la facultad de corrección de los padres respecto de los hijos sometidos a su patria potestad debía ser ejercida de forma moderada y razonable. La facultad que a los padres asiste para poder corregir a sus hijos, en cualquier caso queda integrada dentro del conjunto de derechos y obligaciones que surgen de la patria potestad y solo puede concebirse orientada al beneficio de los hijos y encaminada a lograr su formación integral, tiene como límite infranqueable la integridad física y moral de éstos. La represión ante una eventual*



*desobediencia del menor nunca puede justificar el uso de la **violencia** que el acusado ejerció, ni admite, bajo ninguna óptica, considerar esa actuación orientada a su beneficio".*

*Por su parte, la STS 666/2015, de 8 de noviembre, en un caso de padraastro que convivía en su domicilio con una hija de su esposa y que se encontraba bajo su protección, analiza la acción de propinar una bofetada a esa menor, y considera que "integra un comportamiento de maltrato doméstico que consolida un patrón de dominación violenta y de afectación a la integridad y dignidad de la menor que excede de la conducta que en la época actual, podemos considerar socialmente adecuada".*

3. En autos, la bofetada no origina la necesidad de asistencia médica de la menor; pero en modo alguno puede considerarse atípica, cuando se contempla desprovista de cualquier necesidad, justificación ni resquicio de proporcionalidad; sino como mera reacción ante un comentario que no fue del agrado del recurrente. Deviene cuestionable, el derecho de corrección que comporta **violencia** sobre el menor por mínima que sea; y aún cuando en determinadas circunstancias la de muy liviano carácter no conlleve sanción penal, si integra mero maltrato por simple discrepancia con el menor; en modo alguno escapa a su condición típica acreedora de reproche penal.

**CUARTO.**- En el tercer motivo de nuevo cuestiona la adecuada subsunción del guantazo propinado a la menor en el artículo 153.2 CP, ahora en relación con la remisión que realiza al art. 173.2 CP, por entender que el tipo exige el requisito de convivencia, cuya concurrencia niega; afirma que si la víctima del maltrato es ascendiente o descendiente del autor, debe concurrir la convivencia entre sujetos activo y pasivo para subsumir el maltrato en el artículo 153 del Código Penal.

En sustento de la exigencia de convivencia, cita la STS núm. 288/2012 de 19 de abril y diversas resoluciones de Audiencias Provinciales.

1. En autos, indica la representación del Ministerio Fiscal, se trata de una menor y de un padre cuando aún no existía separación legal del matrimonio y el progenitor, aun residiendo en otro domicilio en los últimos cuatro meses previos al hecho enjuiciado, mantenía una relación frecuente con sus hijas con las que, en unos concretos días de Navidad pernoctaba en el domicilio familiar con la esposa e hijas.

Si bien el recurrente, matiza que lo cierto es que en los hechos probados de la sentencia no se hace referencia a la convivencia del acusado en el domicilio, es más como señala la Audiencia Provincial, pasó tres días con las menores (Nochebuena, Nochevieja y Reyes), pero el acusado ya no convivía en dicho domicilio desde meses antes; la estancia ocasional y excepcional de esos días, entiende, no puede suponer la subsunción en el tipo penal y en el requisito de la convivencia exigible por este.

En cualquier caso, el acusado tenía en ese momento la patria potestad de la menor y se encontraba a su guarda.

2. No es fácil la redacción ni el seguimiento tras cada reforma de quienes establece el legislador como sujetos pasivos del delito de malos tratos habituales.

En el apartado primero, el artículo 153, en su redacción actual, castiga al 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 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.*

En el apartado segundo del art. 153 CP, de aplicación al caso de autos, con aminoración del umbral mínimo de la pena de prisión e intermedia concreción del apartado temporal de la pena de inhabilitación, dice:

*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.*

Mientras que el artículo 173.2 CP, separado por las diversas categorías que contempla, castiga al que habitualmente ejerza **violencia** física o psíquica:

*sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o*

*sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o*

*sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o*

*(sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección) que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o*

*sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar,*

*así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados...*

En la redacción original de 1995, el artículo 153 CP, entonces de un solo apartado castigaba al que habitualmente ejerza **violencia** física o psíquica:

*sobre su cónyuge o persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad o*

*sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela o guarda de hecho de uno u otro...*

De modo que, desde un inicio, se entendió pacíficamente por doctrina y jurisprudencia menor que la convivencia se exigía a los ascendientes, personas con discapacidad necesitadas de especial protección (incapaces indicaba entonces la norma) o hijos no sujetos a patria potestad, tutela, curatela o guarda de hecho. Dicho en negativo, para los hijos propios o del cónyuge o conviviente, sujetos a patria potestad o incluso mera guarda de hecho, nunca ha sido ni es exigida la convivencia para incurrir en la conducta típica.

Así las SSTs 927/2000, de 24 de junio y las de 662/2002 de 18 de abril y 355/2003 de 11 de marzo, que reiteran su contenido:

*La LO 10/1995 de 23 de noviembre, en su art. 153 recogió el delito de maltrato familiar habitual del art. 425 del anterior Código Penal con una nueva redacción, que mejoraba y corregía determinados defectos del precepto anterior:*

*a) Pasan a ser comprendidas en el tipo las **violencias** ejercidas contra los hijos por padres privados de la patria potestad, sobre los hijos del cónyuge o conviviente y sobre ascendientes.*

*b) Se introduce la exigencia de convivencia aunque limitada a los ascendientes, incapaces o hijos que no se hallan sometidos a la potestad, tutela cautelar o guarda de hecho del autor o de su pareja.*

*(...)*

Este apartado de la redacción inicial de la norma relativo a los sujetos pasivos, no fue modificado por LO 14/1999. Es ya la Ley 11/2003 que introduce en el art. 153 la consideración de delito, de las faltas de lesiones, cuando se cometen en el ámbito doméstico la que se remite en la concreción de sujetos pasivos a los enumerados en el art. 173.2, donde desplaza los malos tratos habituales, con ampliación el círculo de sus posibles víctimas, como expresamente destaca su Exposición de Motivos (apartado III).

Relación de sujetos pasivos que ya no modificarían las LLOO 5/2010, 1/2015, con la salvedad en esta última reforma, en plena consonancia con lo establecido en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, es donde se sustituye el término "incapaz" por el de "persona con discapacidad necesitada de especial protección".

En consecuencia, ni en la redacción inicial ni en las sucesivas modificaciones del tipo de malos tratos habituales, a cuya enumeración se remite el tipo de maltrato que no causen lesión, es exigido el requisito de la convivencia para integrar la condición de sujeto pasivo, para el cónyuge (plenamente clarificado desde la LO 14/1999) o persona ligada por análoga relación de afectividad, ni para los hijos propios o del cónyuge o conviviente, que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela o guarda de hecho de uno u otro.

Mientras que se exige en los demás casos; con una salvedad, en relación a los: i) descendientes (salvo los sujetos a potestad, tutela, curatela o guarda de hecho, pues cuentan con previsión específica individualizada); ii) ascendientes; y iii) hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente (parentesco no contemplado en las anteriores redacciones), que nada se indica expresamente sobre la exigencia de la convivencia.

Y esta categoría de sujetos pasivos, es la que ha determinado una cierta confusión en la interpretación de la norma, que no resta pacífica. La Circular de la Fiscalía General del Estado 4/2003, entendió que para este grupo, no se exigía convivencia; pero tras la sentencia de esta Sala 201/2007, de 16 de marzo (luego reiterada



en la 288/2012), la FGE, en su Consulta 1/2008, de 26 de julio cambia de criterio. Categoría parental esta, sin embargo, ajena a la que media en autos.

La citada sentencia 201/2007, se refería a una "hermana" y la 288/2012, a un ascendiente, en modo alguno a un hijo sujeto a patria potestad; y desde esas circunstancias debe invocarse su contenido, dado que era pacífico que en relación a la condición de sujeto pasivo de los hijos propios o del cónyuge o conviviente, que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela o guarda de hecho de uno u otro, la inexigibilidad del requisito de la convivencia; círculo que desde la reforma de 2003:

- No se restringe a los hijos, de los que se diferencian los *descendientes*, que dadas las categorías ulteriores, comprende hijos mayores de edad, nietos, bisnietos..., o hijos menores no sujetos a su patria potestad ni de su cónyuge o conviviente, ni a su guarda de hecho, donde nada se indica sobre la necesidad de convivencia, pero donde la jurisprudencia y el actual criterio de la FGE, la exige.

- Se amplía a *menores y personas con discapacidad necesitada de especial protección*, para los que se exige convivencia, salvo que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente.

Así, no solo en la inicial interpretación de las citadas sentencias 927/2000, 662/2002 y 355/2003; sino también ulteriormente cuando la cuestión se suscita, como en las sentencias 108/2005 de 31 de enero, 261/2005 de 28 de febrero, 1159/2005 de 10 de octubre, 409/2006 de 13 de abril y 770/2006 de 13 de julio, que en directo análisis del artículo 153 CP, con idéntico texto, afirman: *El sujeto pasivo ha de guardar una relación especial con el agente -que puede ser tanto hombre como mujer- y amplía el mismo: así en relación a la convivencia derivada del matrimonio o relación de afectividad análoga, amplía el tipo a aquellos supuestos en que haya desaparecido el vínculo matrimonial o la convivencia more uxorio al tiempo de producirse la agresión, ya que el tipo penal anterior descansaba sobre una situación de presente. Ahora el tipo abarca situaciones en que la convivencia ya no existe, pero la agresión se produce en contemplación a aquella, los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho o de derecho de uno u otro.*

E incluso la STS 288/2012, de 19 de abril, que exige la convivencia en el caso de víctima ascendiente, la niega para los menores o incapaces que guarden cierto tipo de relación de dependencia con el cónyuge o conviviente del mismo, en expresa referencia a la locución normativa, *se hallen la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho o de derecho*; pues convivan o no, se integran en el núcleo familiar.

3. Como informa el Ministerio Fiscal, en consonancia con la fundamentación de la sentencia, se llegaría al absurdo jurídico de que agresiones cometidas por el progenitor no custodio sobre el hijo menor durante los periodos de cumplimiento del régimen de visitas, o cuando aún no se ha aprobado el mismo al ser una separación de hecho restarían fuera de la protección de la norma; e incluso los actos violentos que cometiera el progenitor custodio en el periodo de tiempo que tiene atribuida la guarda y custodia en un régimen de guarda compartida respecto del acto violento que realizase a los escasos minutos que hubiera comenzado la guarda y custodia del otro progenitor.

La sentencia recurrida razona que en la situación de autos puede incluso afirmarse una situación convivencial: *en este caso, se trata de una simple separación de hecho en la que ni siquiera se habían instado por los cónyuges medidas provisionales, ya que cada uno de ellos mantiene su vínculo con los hijos compartiendo la patria potestad junto a los demás derechos y obligaciones, con independencia de que por uno de ellos se asuma el papel de guardador y custodio. De forma que cuando se hallan los hijos con el otro progenitor desarrollan la vida con plena manifestación convivencial, cual si no hubiera tenido lugar la ruptura matrimonial de los padres.*

Tanto más, cuando conforme al texto normativo, basta que se trate de situaciones de mera guarda de hecho, que se proyecten sobre menores; luego tanto más si son hijos sujetos a su patria potestad, donde la responsabilidad parental extrema sus deberes con los mismos.

La agravación prevista para cuando se cometa el delito en el domicilio de la víctima, en equiparación al domicilio común, aunque siempre resulta de aplicación en el caso de los cónyuges y análogas relaciones, adquiere su plena justificación y relevancia en el caso de los hijos sujetos a patria potestad (y situaciones equiparadas en la norma) en los supuestos de mayor frecuencia criminológica de esta conducta, de crisis de la pareja.

Cabe recordar que el recurrente es condenado asimismo por un delito de maltrato habitual agravado en el ámbito de la **violencia** de género; y en paralela protección, la LO 8/2015, de 22 de julio sobre modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, en su Exposición de Motivos señala:



Cualquier forma de **violencia** ejercida sobre un menor es injustificable. Entre ellas, es singularmente atroz la **violencia** que sufren quienes viven y crecen en un entorno familiar donde está presente la **violencia** de género. Esta forma de **violencia** afecta a los menores de muchas formas. En primer lugar, condicionando su bienestar y su desarrollo. En segundo lugar, causándoles serios problemas de salud. En tercer lugar, convirtiéndolos en instrumento para ejercer dominio y **violencia** sobre la mujer. Y, finalmente, favoreciendo la transmisión intergeneracional de estas conductas violentas sobre la mujer por parte de sus parejas o ex parejas. La exposición de los menores a esta forma de **violencia** en el hogar, lugar en el que precisamente deberían estar más protegidos, los convierte también en víctimas de la misma.

Por lo que entiende necesario reconocer a los menores víctimas de la **violencia** de género mediante su consideración en el artículo 1 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la **Violencia** de Género, con el objeto de visibilizar esta forma de **violencia** que se puede ejercer sobre ellos.

En definitiva, resolvemos la cuestión que suscitaba interés casacional, con el pronunciamiento de que **concorre el delito de maltrato de obra del artículo 153 del Código Penal**, cuando la víctima sea menor aún sin convivencia, cuando se halle sujeta a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente. Y en idénticos términos cuando la víctima fuere persona con discapacidad necesitada de especial protección.

El motivo se desestima.

**QUINTO.**- El cuarto motivo lo formula por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 LECr., por considerar que se ha producido una indebida aplicación de los artículos 66.1.6º y 72 en relación con el artículo 153.2, todos ellos del Código Penal, en relación con la infracción de los artículos 24 y 120.3 CE, relativos al derecho de tutela judicial efectiva y falta de motivación de la sentencia. Es decir, no se cuestiona las normas dosimétricas aplicadas, ni el grado resultante, sino la motivación de la individualización judicial dentro del tramo que posibilitan esas normas; especialmente la opción de la pena de prisión frente a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad.

1. El artículo 66.1.6ª establece la regla en virtud de la cual cuando no concurren atenuantes ni agravantes aplicarán la pena establecida por la ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho. El 72, únicamente recuerda la obligación de razonar en la sentencia el grado y extensión concreta de la pena impuesta con observancia de las normas del capítulo "de la aplicación de las penas".

La sentencia recurrida entiende suficiente la motivación establecida en la sentencia de instancia, que fue como sigue (subrayado ahora adicionado):

(..) partiendo del límite impuesto por las penas solicitadas por las acusaciones, *descartando la imposición de la privación del derecho a residir en la provincia de Almería y de la privación de la patria potestad interesada, al considerarse desproporcionadas tales penas en relación con los hechos y las circunstancias personales de autor y víctimas, al tratarse de dos delitos consumados cometidos por el acusado en concepto de autor, sin la concurrencia en su conducta de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, haciendo aplicación de lo dispuesto en los artículos 61, 66.1.6ª y 72 del C.P., valorando la entidad, reiteración y duración del maltrato, la reprochable y lamentable situación vivida por la víctima de forma duradera en el tiempo, con percepción de temor hacia el acusado, la afectación psíquica de la misma, la comisión de los hechos en presencia de las menores y en el domicilio familiar y la intensidad del peligro creado para los bienes jurídicos esenciales de la víctima, particularmente al tratarse de situación de abuso de poder propia de los delitos de **violencia** de género, así como valorando la entidad del maltrato sobre la menor, con imposición en tal caso de pena de prisión, por la naturaleza reprochable de la conducta y aplicación de la pena accesoria de prohibición de aproximación y de comunicación respecto de la menor, habida cuenta la naturaleza de tales hechos, sin perder de vista la inexistencia, de antecedentes penales del acusado, procede imponer al acusado por el delito de maltrato habitual las penas de año y 9 meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena (ex artículo 56.1.22 del C.P.), privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo de 3 años, con pérdida de vigencia de la licencia procedente y prohibición por tiempo de 4 años de aproximación a una distancia no inferior a 500 metros Dª Lorena, de su domicilio, lugar de trabajo o de cualquier lugar frecuentado por la misma y de comunicación con la misma por cualquier medio, e imponiéndole por el delito de maltrato familiar las penas de 6 meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo de 2 años y prohibición por tiempo de 2 años de aproximación a una distancia no inferior a 500 metros de la menor de edad Berta, de su domicilio, centro de estudios o de cualquier lugar frecuentado por la misma y de comunicación con la misma por cualquier medio.*



Es decir, en sede de individualización, en ponderación de las circunstancias personales del delincuente y la gravedad del hecho, se atiende a ponderar el contexto de **violencia** de género en que el maltrato se ocasiona, que conlleva una valoración negativa en ambos parámetros, lo que determina la adecuación de la imposición de la pena de prisión prevista como alternativa, si bien se entiende suficiente por su entidad y la ausencia de antecedentes, su concreción en un punto muy próximo al medio de su mitad inferior.

A las indicaciones de la sentencia de instancia, debemos adicionar que concorde el relato probado, el guantazo propinado queda lejos de cualquier atisbo de corrección parental, cuando responde exclusivamente al desagrado del recurrente ante un comentario de la menor.

De modo que la motivación es suficiente. El motivo se desestima

**SEXTO.**- El quinto motivo lo formula por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 LECr., por considerar indebidamente aplicados los artículos 48 y 57 CP, en relación al artículo 153.2 CP en cuanto a la imposición de la pena accesoria de prohibición y comunicación.

1. Argumenta que para adoptar las prohibiciones (aproximación y comunicación) del artículo 48 CP ha de tratarse de uno de los delitos que expresamente se contemplan en el artículo 57 CP, donde no se enumeran el maltrato de obra, sin causar lesión; e invoca en su apoyo la sentencia de esta Sala núm. 1023/2009 de 22 de octubre.

2. Esta cuestión de la obligatoriedad de la imposición de estas prohibiciones cuando recayere condena por delito de maltrato de obra, fue controvertida y muestra de ello es el diverso parecer que mantenían las diversas Audiencias Provinciales al respecto.

Esta Sala, salvo esa aislada resolución, mantenía la obligatoriedad de su imposición por entender dicho delito comprendido en el listado de los enumerados en el artículo 57; y así con anterioridad la STS 311/2007, de 20 de abril, concluyó que la imposición de la prohibición de aproximación en los delitos de maltrato de obra del artículo 153 CP era imperativa pues estaba comprendida en los delitos contemplados en el apartado segundo del artículo 57 CP.

La STS 703/2010, de 15 de julio, casa la sentencia absolutoria y en la segunda sentencia, al condenar al acusado como autor de un delito de maltrato físico, previsto en el art. 153.1 del C. Penal también "la prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio durante el mismo periodo ( art. 57.2 del C. Penal)".

En la actualidad, la cuestión se ha zanjado con la sentencia de Pleno núm. 342/2018, de 10 de julio, donde concluimos que el delito de maltrato de obra sin causar lesión del artículo 153 CP sí debe entenderse comprendido entre aquellos delitos para los que el apartado segundo del artículo 57 CP prevé la imposición preceptiva de la prohibición de aproximación; pues cuando el apartado primero del artículo 57.1 CP habla de los delitos "de lesiones", esta última expresión no puede interpretarse desde un punto de vista puramente gramatical -apegado, por otra parte, al texto del art. 147.1 y 2 CP- (el que, por cualquier medio o procedimiento, "causare a otro una lesión"), porque cuando el artículo 57.1 CP enumera los delitos en general no lo hace en relación con delitos concretos, sino atendiendo a las rúbricas de los títulos del Libro II del Código Penal.

Pero en todo caso, destaca esa resolución, tras la reforma operada en el Código Penal por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, en el artículo 147 CP (primero del título III, "De las lesiones") se incluye, en su apartado tercero, el maltrato de obra sin causar lesión que, de esta manera, para el Código Penal, tras la reforma, es un delito "de lesiones", que se describe de la forma expuesta sólo para diferenciarlo de las otras infracciones previstas en el mismo precepto.

Con posterioridad, la STS 86/2019, de 19 de febrero, es muestra de este ya pacífico criterio.

El motivo se desestima.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

**Desestimar** el recurso formulado por la representación procesal de **D. Luis Alberto** contra la sentencia número 124/2018 de fecha 9 de marzo de 2018 dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Almería en recurso de apelación contra la dictada por el Juzgado de lo Penal número 5 de Almería, en fecha de 7 de julio de 2017; ello, con imposición de las costas causadas al recurrente.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.



Manuel Marchena Gómez Andrés Martínez Arrieta

Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Andrés Palomo del Arco

Vicente Magro Servet Susana Polo García Carmen Lamela Díaz

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ