

Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la violencia sexual en el hogar

Vicente Magro Servet

Magistrado del Tribunal Supremo. Doctor en Derecho

Diario La Ley, Nº 10142, Sección Doctrina, 3 de Octubre de 2022, **LA LEY**

ÍNDICE

Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la violencia sexual en el hogar

I. Introducción

II. Medidas plasmadas en la LO 8/2021, de 4 de junio y LO 10/2022, de 6 de septiembre para facilitar la denuncia y el conocimiento exterior del maltrato en el hogar

1. Protocolos en la escuela de detección de delitos sexuales a menores
2. Garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia
3. Legitimación para la defensa de derechos e intereses en los procedimientos judiciales que traigan causa de una situación de violencia. (Art. 13 LO 8/2021)
4. Derecho a la asistencia jurídica gratuita. (Art. 14 LO 8/2021)
5. Deber de comunicación de la ciudadanía. (Art. 15 LO 8/2021)
6. Conocimiento de la violencia por internet. (Art. 19 LO 8/2021)
7. Prevención de la violencia vicaria. Situación de ruptura familiar
8. La detección de la violencia familiar en los protocolos sanitarios. (Art. 38 LO 8/2021, de 4 de junio)
9. Cuidado con las agresiones sexuales a menores en entornos deportivos

III. Jurisprudencia actualizada sobre casuística del Tribunal Supremo en materia de violencia sexual, física y psicológica en el hogar

1. Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 437/2022 de 4 May. 2022, 2658/2020
2. Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 99/2019 de 26 Feb. 2019, Rec. 10497/2018
3. Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 254/2019 de 21 May. 2019, Rec. 2611/2018
4. Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 125/2021 de 11 Feb. 2021, Rec. 10559/2020
5. Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 444/2020 de 14 Sep. 2020, Rec. 10098/2020

6. Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 695/2020 de 16 Dic. 2020, Rec. 10518/2020
7. Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 902/2021 de 19 Nov. 2021, Rec. 5587/2019
8. Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 271/2022 de 23 Mar. 2022, Rec. 10262/2021
9. Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 544/2022 de 1 Jun. 2022, Rec. 2163/2020
10. Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 572/2022 de 8 Jun. 2022, Rec. 2493/2020
11. Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 684/2021 de 15 Sep. 2021, Rec. 10154/2021
12. Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 349/2019 de 4 Jul. 2019, Rec. 10079/2019
13. Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 658/2019 de 8 Ene. 2020, Rec. 10291/2019

Normativa comentada

Constitución Española de 27 Dic. 1978

TÍTULO PRIMERO. De los Derechos y Deberes Fundamentales

CAPÍTULO II. DERECHOS Y LIBERTADES

SECCIÓN 2.^a. De los derechos y deberes de los ciudadanos

Artículo 32

Convención 20 Nov. 1989 (Convención sobre los derechos del niño)

LO 10/2022 de 6 Sep. (garantía integral de la libertad sexual)

TÍTULO I. Investigación y producción de datos

Artículo 4. *Investigación y datos.*

TÍTULO II. Prevención y detección

CAPÍTULO I. Medidas de prevención y sensibilización

Artículo 10. *Medidas de prevención en el ámbito digital y de la comunicación.*

CAPÍTULO II. Detección de las violencias sexuales

Artículo 18. *Responsabilidad institucional de detección de las violencias sexuales.*

Artículo 19. *Detección y respuesta en el ámbito educativo.*

Artículo 20. *Detección e intervención en el ámbito sanitario.*

LO 8/2021 de 4 Jun. (protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia)

TÍTULO I. Derechos de los niños, niñas y adolescentes frente a la violencia

Artículo 9. *Garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia.*

Artículo 13. *Legitimación para la defensa de derechos e intereses en los procedimientos judiciales que traigan causa de una situación de violencia.*

Artículo 14. *Derecho a la asistencia jurídica gratuita.*

TÍTULO II. Deber de comunicación de situaciones de violencia

Artículo 15. *Deber de comunicación de la ciudadanía.*

Artículo 19. *Deber de comunicación de contenidos ilícitos en Internet.*

TÍTULO III. Sensibilización, prevención y detección precoz

CAPÍTULO II. Niveles de actuación

Artículo 23. *De la prevención.*

CAPÍTULO III. Del ámbito familiar

Artículo 28. *Situación de ruptura familiar.*

CAPÍTULO VI. Del ámbito sanitario

Artículo 38. *Actuaciones en el ámbito sanitario.*

CAPÍTULO VIII. De las nuevas tecnologías

Artículo 45. *Uso seguro y responsable de Internet.*

CAPÍTULO IX. Del ámbito del deporte y el ocio

Artículo 48. *Entidades que realizan actividades deportivas o de ocio con personas menores de edad de forma habitual.*

LO 10/1995 de 23 Nov. (Código Penal)

LIBRO PRIMERO. Disposiciones generales sobre los delitos, las personas responsables, las penas, medidas de seguridad y demás consecuencias de la infracción penal

TÍTULO PRIMERO. De la infracción penal

CAPÍTULO II. De las causas que eximen de la responsabilidad criminal

Artículo 20

LIBRO II. Delitos y sus penas

TÍTULO III. De las lesiones

Artículo 147

Artículo 153

TÍTULO VII. De las torturas y otros delitos contra la integridad moral

Artículo 173.

TÍTULO VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales

CAPÍTULO PRIMERO. De las agresiones sexuales

Artículo 178

Artículo 179

Artículo 180

TÍTULO XII. Delitos contra las relaciones familiares

CAPÍTULO III. De los delitos contra los derechos y deberes familiares

SECCIÓN 1.ª. Del quebrantamiento de los deberes de custodia y de la inducción de menores al abandono de domicilio

Artículo 224

L 4/2015 de 27 Abr. (Estatuto de la víctima del delito)

TÍTULO III. Protección de las víctimas

Artículo 26. *Medidas de protección para menores y personas con discapacidad necesitadas de especial protección.*

L 1/1996 de 10 Ene. (asistencia jurídica gratuita)

RD 24 Jul. 1889 (Código Civil)

LIBRO PRIMERO. DE LAS PERSONAS

TÍTULO VII. De las relaciones paterno-filiales

CAPÍTULO II. DE LA REPRESENTACIÓN LEGAL DE LOS HIJOS

Artículo 162

RD 14 Sep. 1882 (Ley de Enjuiciamiento Criminal)

LIBRO II. DEL SUMARIO

TÍTULO PRIMERO. De la denuncia

Artículo 262

Artículo 264

TÍTULO V. De la comprobación del delito y averiguación del delincuente

CAPÍTULO V. DE LAS DECLARACIONES DE LOS TESTIGOS

Artículo 449 ter.

Jurisprudencia comentada

TS, Sala Segunda, de lo Penal, S 421/2022, 28 Abr. 2022 (Rec. 10711/2021)

TS, Sala Segunda, de lo Penal, S 554/2021, 23 Jun. 2021 (Rec. 10102/2021)

TS, Sala Segunda, de lo Penal, S 556/2020, 29 Oct. 2020 (Rec. 10281/2020)

TS, Sala Segunda, de lo Penal, S 98/2020, 5 Mar. 2020 (Rec. 10372/2019)

TS, Sala Segunda, de lo Penal, S 658/2019, 8 Ene. 2020 (Rec. 10291/2019)

TS, Sala Segunda, de lo Penal, S 495/2019, 17 Oct. 2019 (Rec. 10202/2019)

TS, Sala Segunda, de lo Penal, S 349/2019, 4 Jul. 2019 (Rec. 10079/2019)

TS, Sala Segunda, de lo Penal, S 99/2019, 26 Feb. 2019 (Rec. 10497/2018)

TS, Sala Segunda, de lo Penal, S 565/2018, 19 Nov. 2018 (Rec. 10279/2018)
TS, Sala Segunda, de lo Penal, S 420/2018, 25 Sep. 2018 (Rec. 10235/2018)
TS, Sala Segunda, de lo Penal, S 774/2013, 21 Oct. 2013 (Rec. 86/2013)
TS, Sala Segunda, de lo Penal, S 355/2013, 3 May. 2013 (Rec. 10955/2012)
TS, Sala Segunda, de lo Penal, S 511/2012, 13 Jun. 2012 (Rec. 11912/2011)
TS, Sala Segunda, de lo Penal, S 149/2012, 22 Feb. 2012 (Rec. 11511/2011)
TS, Sala Segunda, de lo Penal, A 479/2011, 5 May. 2011 (Rec. 1827/2010)
TS, Sala Segunda, de lo Penal, S 238/2011, 21 Mar. 2011 (Rec. 2068/2010)
TS, Sala Segunda, de lo Penal, S 785/2010, 30 Jun. 2010 (Rec. 354/2010)
TS, Sala Segunda, de lo Penal, S 506/2009, 30 Abr. 2009 (Rec. 11077/2008)
TS, Sala Segunda, de lo Penal, S 436/2008, 17 Jun. 2008 (Rec. 1823/2007)
TS, Sala Segunda, de lo Penal, S, 29 Abr. 1997 (Rec. 2175/1996)
TS, Sala Segunda, de lo Penal, S, 8 Feb. 1996 (Rec. 61/1995)
TS, Sala Segunda, de lo Penal, S, 5 Oct. 1995 (Rec. 1392/1994)

Comentarios

Resumen

Análisis de la grave situación que existe en los hogares en un entorno de violencia sexual que se está dando en los casos de relaciones sexuales a la pareja y a los menores en el hogar familiar y su reflejo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación a las características de este tipo de situaciones y la aproximación doctrinal que con respecto a este grave fenómeno se está pronunciando nuestro Alto Tribunal.

- *Comentario al documento* Se analiza por el autor la grave problemática existente hoy en día en los hogares españoles con relación a la proliferación de la violencia sexual que se está perpetrando en los hogares, tanto respecto a sujeto pasivo mujer como con los menores y la indefensión de las víctimas con respecto a este tipo de hechos de suma gravedad. Se analizan las medidas de prevención y precaución fijadas en la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio de protección de la infancia a la hora de articular medidas eficaces que eviten este tipo de situaciones, y, sobre todo, la detección de la violencia sexual en el hogar por medio de protocolos que se articulan por las Administraciones públicas, centros educativos y sanitarios para poder detectar los hechos de violencia sexual y evitar la prolongación en el tiempo de este maltrato sexual que existe en muchos hogares de los que son víctimas muchas mujeres y menores hoy en día. Se

realiza un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo con relación a la doctrina reciente del Alto tribunal en relación a la violencia sexual en el hogar con sujeto pasivo mujer y menores por medio de la doctrina fijada por este Tribunal con relación a la casuística existente más reciente y respuesta jurisprudencial dada a tal efecto en cada caso.

I. Introducción

La violencia en el entorno familiar ha empezado desde hace unos años a pasar de ser un fenómeno oculto a engrosar las estadísticas de la delincuencia en nuestro país. Y ello, a raíz de la progresiva desaparición de la consideración de estos hechos como *cifra negra de la criminalidad* para pasar a ser denunciados por las víctimas de estos graves hechos delictivos.

Así, hemos pasado de ocultar en el entorno familiar los hechos de relaciones sexuales que se han producido, y se siguen produciendo, de forma reiterada a denunciarlos. Sin embargo, debemos notar que cuando estos hechos se están denunciando, ello ocurre cuando ha transcurrido ya tiempo suficiente para que se haya producido una victimización grave en el entorno familiar, debido a que todavía existe temor a la denuncia y a contar al exterior lo que está ocurriendo en ese interior del lugar que, en teoría, debe ser un sitio seguro, aunque se convierte en el sitio más inseguro que pueden tener las víctimas de estos graves hechos delictivos.

No se denuncia por miedo y temor al agresor para que eleve su nivel de agresividad si cabe aún más contra sus víctimas, que son su propia pareja y sus hijos, o exclusivamente los de su pareja. Y también no se denuncia en muchas ocasiones por el temor al ejercicio de la violencia vicaria ante la seria y grave amenaza del autor de esta violencia habitual de que sí la mujer denuncia el agresor acabe con la vida de sus hijos, lo cual se ha comprobado como cierto en muchos de los casos que la casuística diaria nos ha puesto de manifiesto.

En este sentido, ante el alegato de la mujer de querer romper la relación al no poder seguir aguantando la violencia familiar la respuesta inmediata del agresor es la de la amenaza de acabar con la vida de los hijos, lo cual supone un serio freno en la mujer de ejecutar el planteamiento de la recuperación de su libertad y cortar esta relación, al pensar que está poniendo en riesgo de peligro la vida de sus hijos, por lo que es preciso que las instituciones y la sociedad en general pongan en marcha mecanismos para facilitar a la mujer la denuncia y acabar con el miedo y temor que supone esa vivencia permanente de violencia sexual, física y psicológica que se repite todos y cada uno de los días con una grave vivencia habitual que sufren las víctimas de estos hechos delictivos de pensar que esta pesadilla no acabará nunca

y las graves secuelas psicológicas que de por vida les dejará este maltrato sexual, físico y psicológico permanente. Podríamos hablar, así, que la violencia de género y doméstica supone una especie de **secuestro de las víctimas de género y doméstica** del que sus víctimas no pueden salir. Y el «secuestrador» ejerce esa violencia a sabiendas de que cuanto más violencia ejerza más «poder intimidador» demostrará que tiene sobre sus víctimas.

De esta manera, el hogar pasa a ser ese *lugar inseguro* en el que viven muchas familias en nuestro país y en el que todavía se está empezando a salir del mismo paulatinamente cuando descubrimos denuncias por hechos que, tradicionalmente, han durado mucho en el tiempo y que, finalmente, algún evento grave ha determinado que la víctima no aguante más y decida denunciar cuando ha visto una mínima ayuda que puede ofrecerle la Administración o alguna persona de su entorno familiar que le ha ayudado a salir de esa espiral de violencia reiterada que ejerce el agresor sobre ella y sus hijos.

En este sentido tanto La LO 8/2021, de 4 de junio (LA LEY 12702/2021) como la LO 10/2022, de 6 de septiembre (LA LEY 19383/2022) han plasmado en sus textos respectivos disposiciones legales para facilitar sobre todo esa decisión a denunciar, así como también la detección por parte de instituciones y organismos de esta violencia sexual física y psicológica que se está produciendo en los hogares de nuestras familias en este país, a fin de que el conocimiento por parte de los profesionales pueda dar lugar a que puedan recabar esa ayuda para sacar al agresor del hogar, e introducir medidas de protección serias y eficaces a las víctimas de estos delitos. Porque solo si existe esa colaboración desde el exterior al interior de estos hogares estaremos en condiciones de ofrecerles esa mano de ayuda externa que precisan estas víctimas para salir de esa «*cárcel sin llave*» que es el hogar en los casos de la violencia sexual, física y psicológica en el hogar familiar.

¿Qué medidas podemos destacar que se han incluido para detectar esta violencia de género y doméstica en el hogar?

II. Medidas plasmadas en la LO 8/2021, de 4 de junio y LO 10/2022, de 6 de septiembre para facilitar la denuncia y el conocimiento exterior del maltrato en el hogar

1. Protocolos en la escuela de detección de delitos sexuales a menores

Estos protocolos son importantes a fin de que los responsables encargados de implementar en los centros escolares los protocolos de detección de delitos sexuales a menores en el entorno familiar pueden poner en marcha dispositivos de detección acerca de si los menores que acuden al centro escolar pueden estar sufriendo maltrato sexual en el hogar por parte de sus progenitores lo cual puede ser perfectamente

detectado con una homologación de estos protocolos recogidos en la LO 8/2021, de 4 de junio (LA LEY 12702/2021).

Esta Ley actúa desde dos puntos de vista para conocer si hay violencia sexual en el hogar, a saber:

a.- Art. 18. Información sobre la violencia familiar a los menores. 1. Todos los centros educativos al inicio de cada curso escolar, así como todos los establecimientos en los que habitualmente residan personas menores de edad, en el momento de su ingreso, facilitarán a los niños, niñas y adolescentes toda la información, que, en todo caso, deberá estar disponible en formatos accesibles, referente a los procedimientos de comunicación de situaciones de violencia

b.- Art. 34. Protocolos de actuación. Las administraciones educativas regularán los protocolos de actuación contra el abuso y el maltrato, el acoso escolar, ciberacoso, acoso sexual, violencia de género, violencia doméstica, suicidio y autolesión. Dichos protocolos deberán ser aplicados en todos los centros educativos, independientemente de su titularidad y evaluarse periódicamente con el fin de valorar su eficacia. Deberán iniciarse cuando el personal docente o educador de los centros educativos, padres o madres del alumnado o cualquier miembro de la comunidad educativa, detecten indicios de violencia o por la mera comunicación de los hechos por parte de los niños, niñas o adolescentes.

Con ello, podríamos comprobar que con más información por parte de los menores acerca de la necesidad de denunciar la violencia y que son situaciones de violencia sexual física y psicológica los menores estarán en mayor disposición para trasladar a sus tutores y profesores que están siendo víctimas de violencia en su hogar. y en segundo lugar por la forma de actuar de estos menores en la ejecución de estos protocolos podrá conocerse por parte de los responsables del centro escolar si un menor está siendo víctima de violencia sexual en su propio hogar y trasladar a las fuerzas y cuerpos de seguridad, la Justicia y Fiscalía este tipo de situaciones para que actúen de inmediato.

Importante a estos efectos la Sentencia del Tribunal Supremo 495/2019 de 17 Oct. 2019, Rec. 10202/2019 (LA LEY 144390/2019) que destaca que: «La detección de los abusos y agresiones sexuales a menores por protocolos eficaces es una herramienta necesaria en la actualidad ante la proliferación de estos supuestos como el aquí ocurrido, en donde los menores saben y son conscientes de que se victimizan porque sufren en los ataques sexuales. Pero el miedo a denunciar o contarlo en su entorno permite a los agresores aprovecharse del silencio del menor para persistir en su conducta.

El protocolo de detección del abuso sexual es una herramienta sumamente eficaz, cuya mayor y mejor plasmación se verifica en los centros escolares

El protocolo de detección del abuso sexual es una herramienta sumamente eficaz, cuya mayor y mejor plasmación se verifica en los centros escolares, que es en donde los menores víctimas de delitos sexuales pueden contar en su intimidad a sus amigos la situación de la que están siendo víctimas, lo que en casa se niegan a contar por miedo o vergüenza. Y en este escenario los responsables de los centros escolares se encuentran en mayor disposición real de poder detectar el abuso sexual que en otro contexto personal o social. De suyo, son muchos los casos que se han detectado en estos supuestos en virtud de la eficacia de estos protocolos en centros escolares que actúan bajo dos parámetros, a saber:

- 1.-** La prevención del abuso sexual, en cuanto a la prevención del posible abuso sufrido por menores perpetrado por personas del entorno del menor, y cuya información puede llegar más fácilmente en el centro escolar, ante las reacciones de los menores víctimas, por contarlo a los profesores, o a los propios compañeros y llegar a conocimiento de los responsables del centro.
- 2.** Respuesta ante la sospecha o conocimiento de un abuso sexual. Se trata en este sentido de conocer los indicios que pueden ayudar a detectar un abuso y las actuaciones a realizar con la víctima y el presunto agresor denunciado o bajo sospecha, a fin de ponerlo en conocimiento de los progenitores, o si se trata de uno de ellos como el autor, ante las autoridades.

Importante es, también, lo dispuesto en el art. 4 de la LO 10/2022 de 6 de septiembre (LA LEY 19383/2022), en torno a la elaboración de encuestas sobre la violencia sexual, y sobre todo, a raíz de la implementación de protocolos de detección, recogiendo que: «1. La Administración General del Estado y las comunidades autónomas con competencias en la materia, realizarán estudios, encuestas y trabajos de investigación sobre las causas, características, extensión, índices de condena y consecuencias de las violencias sexuales incluidas en esta ley orgánica, así como sobre los protocolos de actuación y prácticas de detección y prevención de los centros educativos y las administraciones y sobre las perspectivas y necesidades de las víctimas, para evaluar la amplitud, la evolución, las tendencias en todas las formas de violencia sexual y, en su caso, las nuevas formas de violencia sexual, tanto en el ámbito privado como en el público, especialmente en los ámbitos familiar, laboral y educativo»

En este entorno también de los protocolos en la educación de detección de la violencia sexual destacar el art. 19 de la LO 10/2022, de 6 de septiembre (LA LEY 19383/2022) en cuanto a que destaca que *Las administraciones educativas, en el ámbito de sus respectivas competencias y en el marco de la*

conferencia sectorial correspondiente, promoverán la aplicación, permanente actualización y difusión de protocolos que contengan pautas de actuación para la prevención, detección y erradicación de las violencias sexuales en el ámbito educativo, tanto público como privado,

2. Garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia

También en el art. 9 de la LO 8/2021, de 4 de junio (LA LEY 12702/2021) se recogen garantías para los menores víctimas de violencia señalando en el apartado 4º que *Con la finalidad de garantizar el adecuado ejercicio de los derechos previstos en esta ley, los niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia contarán con la asistencia y apoyo de las Oficinas de Asistencia a las Víctimas, que actuarán como mecanismo de coordinación del resto de recursos y servicios de protección de las personas menores de edad.*

A estos efectos, el Ministerio de Justicia y las comunidades autónomas con competencias transferidas, promoverán la adopción de convenios con otras administraciones públicas y con las entidades del tercer sector, para la eficaz coordinación de la ayuda a las víctimas.

La cuestión es quién lleva al menor a esa oficina de víctimas, siendo preciso que la madre sea consciente de la necesidad de pedir esa ayuda a las instituciones cuando existe violencia en el hogar, y que las oficinas puedan publicitarse en cada municipio para que las víctimas conozcan su existencia y ubicación para poder pedir ayuda allí. No se trata solo de que existan, sino de que las víctimas puedan acudir a ellas libremente, y no encorsetadas por el yugo del agresor.

3. Legitimación para la defensa de derechos e intereses en los procedimientos judiciales que traigan causa de una situación de violencia. (Art. 13 LO 8/2021)

Señala el art. 13.1.2 de la LO 8/2021, de 4 de junio (LA LEY 12702/2021) que: *«Dicha defensa se realizará, con carácter general, a través de sus representantes legales en los términos del artículo 162 del Código Civil (LA LEY 1/1889). También podrá realizarse a través del defensor judicial designado por el Juzgado o Tribunal, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, en los supuestos previstos en el artículo 26.2 de la Ley 4/2015, de 27 de abril (LA LEY 6907/2015).»*

4. Derecho a la asistencia jurídica gratuita. (Art. 14 LO 8/2021)

Lo señala el art. 14 de la LO 8/2021, de 4 de junio (LA LEY 12702/2021) en cuanto a que: *«Las personas menores de edad víctimas de violencia tienen derecho a la defensa y representación gratuitas por abogado y procurador de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia*

jurídica gratuita (LA LEY 106/1996). 2. Los Colegios de Abogados, cuando exijan para el ejercicio del turno de oficio cursos de especialización, asegurarán una formación específica en materia de los derechos de la infancia y la adolescencia, con especial atención a la Convención sobre los Derechos del Niño (LA LEY 3489/1990) y sus observaciones generales, debiendo recibir, en todo caso, formación especializada en materia de violencia sobre la infancia y adolescencia.

5. Deber de comunicación de la ciudadanía. (Art. 15 LO 8/2021)

Es obligatoria la necesaria solidaridad y colaboración vecinal a la hora de denunciar a los responsables policiales y de la justicia los hechos de violencia familiar que conozcan en su comunidad de propietarios. Por ello, es fundamental la existencia de protocolos de colaboración y coordinación en las comunidades de propietarios para que los vecinos puedan denunciar formalmente la existencia de esa violencia familiar que existe en muchos hogares ante el silencio de las propias víctimas, pero con la necesidad de que los vecinos sean conscientes de que el silencio de los mismos puede conceptuarse como una especie de *silencio cómplice* al que alude el Tribunal Supremo en Sentencia 349/2019 de 4 Jul. 2019 (LA LEY 93043/2019), cuando se trata de vecinos que escuchan esos gritos de las víctimas, pero no acuden a la policía o a la justicia para denunciar este tipo de situaciones. Por ello, se recoge en el art. 15 de la LO 8/2021, de 4 de junio (LA LEY 12702/2021) que: *Toda persona que advierta indicios de una situación de violencia ejercida sobre una persona menor de edad, está obligada a comunicarlo de forma inmediata a la autoridad competente y, si los hechos pudieran ser constitutivos de delito, a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, al Ministerio Fiscal o a la autoridad judicial, sin perjuicio de prestar la atención inmediata que la víctima precise.*

Es fundamental en este capítulo el art. 18 de la LO 10/2022, de 6 de septiembre (LA LEY 19383/2022) en cuanto a lo que denomina **Responsabilidad institucional de detección de las violencias sexuales**.: «1. Las administraciones públicas competentes en materia educativa, sanitaria, sociosanitaria y social, desarrollarán, en el marco de sus respectivas competencias, actuaciones encaminadas a la detección e identificación de situaciones de violencia sexual. Para ello, promoverán la elaboración de protocolos específicos de detección, actuación y derivación en el ámbito educativo, social y sanitario, con especial atención a las víctimas menores de edad y con discapacidad. 2. Sin perjuicio de lo establecido en los artículos 262 (LA LEY 1/1882) y 264 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 (LA LEY 1/1882), en cuanto al deber de denunciar, cuando las violencias sexuales detectadas afecten a niñas o niños, la responsabilidad institucional conllevará el cumplimiento del deber de comunicación previsto en el Título II de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (LA LEY 12702/2021).

Por ello, se contempla la obligación de las Administraciones Públicas de incidir en los protocolos de detección sexual y además la colaboración necesaria y obligatoria de la ciudadanía, que no se trata de una opción, sino de un deber y obligación de los ciudadanos de comunicar todo tipo de violencias sexuales que en el entorno familiar puedan conocer, o fuera del mismo, pero, sobre todo, los existentes en hogares de los que son vecinos y en donde con toda seguridad los vecinos son los primeros que conocen este tipo de violencias en el entorno familiar, y que, muchas veces, se callan pero que tienen obligación de denunciar por un principio de solidaridad vecinal para la prevención de la violencia sexual en el hogar.

6. Conocimiento de la violencia por internet. (Art. 19 LO 8/2021)

Recoge el art. 19 de la LO 8/2021 (LA LEY 12702/2021) el deber de comunicación de contenidos ilícitos en Internet, ya que existe una gran proliferación de violencia sexual y familiar que se divulga en internet, señalando este precepto que: *1. Toda persona, física o jurídica, que advierta la existencia de contenidos disponibles en Internet que constituyan una forma de violencia contra cualquier niño, niña o adolescente, está obligada a comunicarlo a la autoridad competente y, si los hechos pudieran ser constitutivos de delito, a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, al Ministerio Fiscal o a la autoridad judicial*

2. Las administraciones públicas deberán garantizar la disponibilidad de canales accesibles y seguros de denuncia de la existencia de tales contenidos.

Es fundamental, por ello, la colaboración ciudadana para luchar contra la violencia familiar.

También en el art. 45 de la LO 8/2021, de 4 de junio (LA LEY 12702/2021) se trata de garantizar lo que se denomina el «uso seguro de internet», apuntando que:

«1. Las administraciones públicas desarrollarán campañas de educación, sensibilización y difusión dirigidas a los niños, niñas y adolescentes, familias, educadores y otros profesionales que trabajen habitualmente con personas menores de edad sobre el uso seguro y responsable de Internet y las tecnologías de la información y la comunicación, así como sobre los riesgos derivados de un uso inadecuado que puedan generar fenómenos de violencia sexual contra los niños, niñas y adolescentes como el ciberbullying, el grooming, la ciberviolencia de género o el sexting, así como el acceso y consumo de pornografía entre la población menor de edad.»

Y en el art. 10 de la LO 10/2022, de 6 de septiembre (LA LEY 19383/2022) en este tema se contempla que «Los poderes públicos, en el ámbito de sus respectivas competencias, promoverán, respetando en

todo caso la libertad de expresión, la independencia y la libre prestación de servicios, las siguientes medidas que contribuyan a prevenir las violencias sexuales en el ámbito de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, incluyendo la apología de estas conductas:

a) *Acuerdos con prestadores de servicios de la sociedad de la información establecidos en España para que participen en la elaboración y aplicación de planes y medidas de prevención y sensibilización en el ámbito digital, y fomenten buenas prácticas en relación con el tratamiento de los casos.»*

Es fundamental en este terreno la implicación de los prestadores de servicio sobre todo para que puedan cortar ellos mismos en virtud de una autorregulación propia cuando detecten violencia sexual y familiar la existencia de contenidos que sea preciso suprimir de internet y dar cuenta a las autoridades correspondientes.

7. Prevención de la violencia vicaria. Situación de ruptura familiar

En el art. 23 de la LO 8/2021, de 4 de junio (LA LEY 12702/2021) se actúa en el campo de la intervención de las Administraciones Públicas ante casos de ruptura familiar en el hogar, que es cuando más riesgo existe de violencia vicaria que se ejerce por el agresor sobre los hijos para dañar a la madre que ha planteado al agresor que se quiere separar o divorciar de él, y éste, para vengarse, se plantea matar o agredir a los hijos para causar un daño terrible a la madre que quiere recuperar su libertad y la de sus hijos.

Por ello, se recoge en el art. 28 de la LO 8/2021 (LA LEY 12702/2021), que: *«Las administraciones públicas deberán prestar especial atención a la protección del interés superior de los niños, niñas y adolescentes en los casos de ruptura familiar, adoptando, en el ámbito de sus competencias, medidas especialmente dirigidas a las familias en esta situación con hijos y/o hijas menores de edad, a fin de garantizar que la ruptura de los progenitores no implique consecuencias perjudiciales para el bienestar y el pleno desarrollo de los mismos.*

Entre otras, se adoptarán las siguientes medidas:

a) *Impulso de los servicios de apoyo a las familias, los puntos de encuentro familiar y otros recursos o servicios especializados de titularidad pública que permitan una adecuada atención y protección a la infancia y adolescencia frente a la violencia.*

b) Impulso de los gabinetes psicosociales de los juzgados así como de servicios de mediación y conciliación, con pleno respeto a la autonomía de los progenitores y de los niños, niñas y adolescentes implicados.

Esta actuación es hoy en día fundamental para poner a disposición de las madres que quieran tomar la decisión de recuperar su libertad y romper su relación de matrimonio o pareja con el agresor, para que ellas sepan que cuentan con servicios disponibles en la Administración para contar con ayuda ante el miedo del ejercicio de la violencia vicaria por parte del agresor. Se trata de hacer perder el miedo a las víctimas para denunciar cuando temen que el agresor cause una violencia desproporcionada contra los hijos para hacer más daño a la madre.

8. La detección de la violencia familiar en los protocolos sanitarios. (Art. 38 LO 8/2021, de 4 de junio)

Han resultado fundamentales la implantación de protocolos de asistencia sanitaria en los centros hospitalarios (10% de los procedimientos que se incoan en los juzgados proceden de estos protocolos), en virtud de los cuales cuando se realiza una atención sanitaria a víctimas que lo han sido en el entorno del hogar familiar existe una especialización para poner en conocimiento de la autoridad judicial y policial la existencia de maltrato sexual o físico cuando así se detecta que las lesiones sufridas por parte de las víctimas que acuden a estos centros lo han sido no por caso fortuito, sino por agresiones en el entorno familiar.

Se recoge en el artículo 38 LO 8/2021 (LA LEY 12702/2021) que *«Las administraciones sanitarias competentes promoverán la elaboración de protocolos específicos de actuación en el ámbito de sus competencias, que faciliten la promoción del buen trato, la identificación de factores de riesgo y la prevención y detección precoz de la violencia sobre niños, niñas y adolescentes, así como las medidas a adoptar para la adecuada asistencia y recuperación de las víctimas».*

Y se reitera en el art. 20 de la LO 10/2022, de 6 de septiembre (LA LEY 19383/2022), en cuanto a que *1. Las administraciones sanitarias, en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, promoverán la adecuada formación del personal sanitario y no sanitario para la detección de las violencias sexuales y propondrán las medidas que estimen necesarias a fin de optimizar la contribución del ámbito sanitario para la detección y respuesta frente a las violencias sexuales.*

9. Cuidado con las agresiones sexuales a menores en entornos deportivos

Se plasma en el Artículo 48 de la LO 8/2021, de 4 de junio (LA LEY 12702/2021) la mención del cuidado con las entidades que realizan actividades deportivas o de ocio con personas menores de edad de forma habitual y la comisión de delitos sexuales por monitores o personal que les atiende, como se ha reflejado en la casuística de la jurisprudencia y la necesidad de que los padres estén atentos a cualquier signo o huella que lo evidencie.

Hemos realizado, en consecuencia, una comparativa de las leyes de protección de la infancia y del menor, así como de la Ley Orgánica de garantía integral de delitos sexuales para extraer de los preceptos de la misma en cuanto a sus principios rectores aquellos contenidos que son absolutamente imprescindibles para actuar desde el campo de la prevención en la violencia sexual dentro del entorno familiar, así como en la lucha para proteger a los menores y convertir su hogar en un entorno seguro, en lugar del lugar inseguro en el que se convierte cuando existe un agresor que es el padre de los hijos, o la pareja de la madre de los menores el que está ejerciendo violencia sexual física y psicológica dentro del hogar. Y todo ello, a fin de fijar los patrones que, en forma de disposiciones legales, se han incluido en estos dos recientes textos legales para ampliar el marco de la protección y prevención de los menores dentro de su propio hogar cuando los agresores son, precisamente, sus propios progenitores, algo impensable para los hijos cuando quien debe protegerles es el primero que les agrede, lo cual provoca un serio perjuicio en el desarrollo de su personalidad para el futuro.

III. *Jurisprudencia actualizada sobre casuística del Tribunal Supremo en materia de violencia sexual, física y psicológica en el hogar*

Vamos a realizar un análisis de las sentencias más recientes del Tribunal Supremo en torno a la plasmación de los supuestos de violencia sexual, física y psicológica en el entorno familiar por parte del agresor, y cuáles son sus características más importantes, así como los puntos de vista que es preciso enfocar a la hora de tratar este fenómeno tan preocupante, como es el ejercicio de la violencia por parte de un sujeto activo del delito, que, en lugar de proteger a su entorno familiar, como son su mujer y sus hijos, les agrede, tanto sexual como física y psicológicamente, convirtiendo a quien debe ser el protector de ellos, la persona a la que temen los que debían ser protegidos por el propio agresor.

1. *Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 437/2022 de 4 May. 2022, 2658/2020*

Forma y criterios de calcular el daño moral en los casos, también, de agresiones sexuales y violencia física y psicológica en el entorno familiar por parte del agresor a sus víctimas.

De esta manera, el Tribunal Supremo fija los siguientes tres criterios a la hora de poder tener en cuenta parámetros de referencia para fijar la cuantificación del daño moral y como verificar el material probatorio de aportación al proceso penal para justificar la cuantificación de su reclamación ante el juez o tribunal en el *quantum* indemnizatorio. Veamos, de esta manera, cuáles son estos criterios que deberán tener en cuenta las partes a la hora de efectuar la reclamación económica en el procedimiento judicial.

Señala, así, el TS que:

«Podríamos fijar tres tesis más en este caso para poder evaluar en todos los supuestos el daño moral, y que son:

1.- La tesis del daño moral irreversible.

2.- La tesis del antes y el después.

3.- La tesis de la declaración de impacto de la víctima.

1.- La tesis del daño irreversible

Existen supuestos en los que esta posición de regreso al antes es imposible, lo que ocurre también en el orden penal, por ejemplo, en los casos de delitos contra la libertad e indemnidad sexual en los que ese regreso de la víctima a la situación que tenían antes de ser víctimas, —mujeres y menores de edad, sobre todo—, es imposible, por cuanto el daño dejado por el autor o autores es tan grande e irreversible que no puede satisfacerse con ninguna indemnización ese terrible daño causado que deja a las víctimas en la imposibilidad de regresar a un antes en el que no habían sido víctimas todavía, ya que el terrible hecho sufrido les supone un impacto brutal y una estigmatización permanente de la que no podrán regresar a una situación de previctimización.

Ello debe ser indemnizable en atención al carácter irreversible de la situación, porque haber sido víctima no puede convertirse por medio del dinero en dejar de serlo de repente, por la circunstancia de que el autor del hecho pague una determinada cantidad de dinero, lo que debe ser tenido en cuenta en el *quantum* indemnizatorio, por la sencilla razón de la agravación de la irreversibilidad de la situación, lo que debe tener su reflejo en el monto de la indemnización a recibir por el perjudicado.

Con ello, estos criterios fijados pueden ser relevantes a la hora de que las partes puedan exponer ante el juez una serie de parámetros a ser tenidos en cuenta para llegar a fijar

una indemnización lo más aproximada posible a lo que sufrió la víctima o perjudicado por el ilícito causante del daño.

Una vez acontecido el hecho, emerge un derecho indemnizatorio que debe ajustarse al máximo por el juez

Claro que hubiera sido deseable para aquellos que el hecho no hubiera ocurrido, pero una vez acontecido éste emerge un derecho indemnizatorio que debe ajustarse al máximo por el juez sin desdeñar ni apartar ningún derecho de quienes tienen derecho a recuperar lo perdido. Pero en muchos casos la recuperación física es imposible transformarla de manera económica por devolverle al antes, y, así, hemos visto que son muchos los casos en los que esa recuperación real resulta imposible.

Cuando esto ocurre la imposibilidad del regreso al antes es evaluable en dinero, porque aunque nunca pueda devolverse una vida, o nunca pueda regresar una víctima de un delito de contenido sexual al estatus en el que no lo había sido en su momento, el Estado de derecho debe fijar una justa compensación por hechos en los que la persona ya no podrá ser la misma. Bien porque ha sufrido la pérdida de un familiar cercano, bien porque ha sido agredida sexualmente, o porque ha sufrido un hecho que le marcará personalmente para el futuro, lo cual debe tener por el juez la debida traducción económica por esa irreversibilidad, que hará que quien sufre el daño ya no podrá ser la misma persona. Y esto debe ser tenido en cuenta en el terreno de la responsabilidad civil como compensación a la circunstancia de no poder regresar a la situación del antes.

El denominado "daño irreversible" como aquél que supone que la persona perjudicada "ya no volverá a ser como antes". Aquella situación que consiste en la "inhabilitación permanente para realizar determinadas actividades de la vida".

Aquellas personas a las que se les ha diagnosticado un "daño irreversible" deben asumir que ya nada volverá a ser como antes, y que la vida se le presenta al perjudicado, o víctima, como una carrera de obstáculos que deberá ir superando cada uno de los días de su vida.

La indemnización que se concederá por daño irreversible es daño moral, porque este es el concepto en el que se enmarca la razón de ser de la reclamación por el peso que tendrá que asumir el resto de su vida de un "sufrimiento" que da lugar a que se le indemnice por esa "irreversibilidad" del daño causado por el ilícito doloso o culposos.

2.- La tesis del antes y el después.

La cuestión se trata de poder establecer el canon concreto de determinación del *quantum* y fijar el haz de criterios para establecer una exacta concreción de la cantidad que se debe ajustar al daño producido al perjudicado y que el autor del ilícito debe responder en la indemnización que se fije en la sentencia.

Pues bien, debemos fijar esta cuestión bajo la tesis del antes y después a la hora de concretar la situación que existía antes del ilícito sin existir el perjuicio y la que se genera después de su comisión, para en este después poder tener la certeza y seguridad jurídica de estar en condiciones de regresar al antes.

Cierto y verdad es que en muchos casos, quizás en la mayoría de ellos, puede que no sea posible regresar en la misma medida al antes al hecho causante del daño. Pero si esto es así, lo que corresponde, y es esencia de la función judicial, es la de fijar con la mayor exactitud posible cuál es ese perjuicio cuantificado que debe ser resarcido, para que si, al menos, no es posible llegar a la misma situación del antes, que sea posible llevar a cabo un esfuerzo de cuantificación para poder conseguir la "mayor aproximación" posible.

Quizás, sobre esta finalidad giraría el objetivo que debe perseguirse en estos casos cuando existe una reclamación, tanto en el orden civil como en el penal. Y ello, a fin de que las partes aporten todos los datos de que dispongan para que en esa función de "hacer justicia" se pueda conseguir este fin de que el perjudicado sea repuesto en una medida lo más aproximada a la situación en la que estaba antes de que ocurriera el evento dañoso que ha producido la situación del perjuicio cuantificable.

Se suele decir, también, que hay daños que tienen difícil cuantificación, y eso es cierto, porque no todo daño tiene una concreta y determinada cuantificación económica con exactitud que se corresponda al canon del coste real de lo que debe reponerse. Y ahí entran cuestiones como el daño moral, que se desdobra en daño moral psicológico y daño moral psíquico, en las que el daño no se puede cuantificar, en principio, económicamente

atendiendo a un denominado "coste de reposición", ya que cuando hablamos de daño moral la reposición al antes es muy difícil o imposible.

Las indemnizaciones en estos casos no pueden producir nunca el efecto de poder regresar a la situación anterior al hecho grave, por lo que no puede compensarse con dinero aquello que provoca un dolor tan grande en la víctima que hace impensable e imposible que una cantidad económica, sea la que sea, pueda recompensar o devolver el dolor y daño producido en víctimas y perjudicados.

Aunque materialmente resulte indudable que se produce un enriquecimiento patrimonial en el perjudicado y un empobrecimiento patrimonial en el autor del hecho, en determinados casos solo queda ahí en la posición del perjudicado, pero porque ese pago no tiene la capacidad de traspasar el mero efecto económico del pago y cobro, pero sin poder tener un efecto mayor, ya que el resarcimiento moral en muchos casos de daños no es compensado ni tan siquiera por el mero concepto en el que se llama a ese mismo daño moral, que tiene como función recompensar moralmente a la víctima o perjudicado, pero sin que tenga la potencialidad y eficacia suficiente como para poder hacerlo.

Podemos fijar como criterios en materia de indemnización por daño moral en este caso los siguientes:

- 1.-** En materia de responsabilidad civil por ilícito debe ahondarse, en primer lugar, en si es posible la compensación que traslade la situación del después al antes de la comisión del hecho. Es el principal objetivo del juez. El de restaurar al 100% la situación del perjudicado siempre que ello sea posible.
- 2.-** Se trata de procurar que el perjudicado "regrese" a la situación del antes.
- 3.-** En la determinación del antes y el después hay que valorar si es posible físicamente conseguir el regreso al antes en las mismas condiciones y situación, ya que si la compensación puede satisfacerse mediante la concreta indemnización que permita esa exactitud en el regreso es lo que debe pretenderse con la determinación del *quantum* en ejecución de sentencia para conseguir que el perjudicado recupere esa situación idéntica a la que tenía antes del hecho.
- 4.-** Podemos aplicar la tesis del antes y después a la hora de fijar la situación que existía antes del ilícito sin existir el perjuicio y la que se genera después de su comisión, para en este después poder tener la certeza y seguridad jurídica de estar en condiciones de regresar al antes.

5.- Existe, en ocasiones, una especie de incapacidad de reparar determinados hechos que por su gravedad y circunstancias hacen que sea imposible regresar al antes. Ello no quiere decir que no haya que compensar, sino que la compensación se encuentra en base a muchas circunstancias personales y objetivas que se unen para poder extraer una conclusión indemnizatoria de máximo ajuste económico.

6.- Pero si el regreso al antes es materialmente imposible, la indemnización a satisfacer deberá tener en cuenta el perjuicio moral que le supone al perjudicado no poder recuperar la misma situación anterior al hecho dañoso, y esa imposibilidad de regreso al antes deberá ser un dato a tener en cuenta a la hora de fijar la indemnización, porque ello supone un daño moral adicional al *quantum* que debe tenerse en cuenta a la hora de llevar a efecto la cuantificación.

7.- Así, si el regreso al antes es posible en las mismas condiciones se realizará el cálculo de esa indemnización en su coste de regreso más el daño moral sufrido de entenderse concurrente u otros gastos que fueren probados.

8.- La imposibilidad de regreso siempre conllevará, pues, una indemnización mayor en la que se añaden otros factores a valorar con la prueba correspondiente a practicar en el proceso judicial adicionando un daño moral de imposibilidad de regreso que es evidente y que debe ser tasado.

9.- Objetivo es, también, la restauración máxima y la más acercada a esa situación previa a la comisión del ilícito. Cierto y verdad es que en ocasiones será difícil, pero debe trazarse como objetivo el acercarnos en la mayor medida posible a la exactitud de la restauración.

10.- Es preciso que en el cálculo indemnizatorio no se caiga en el error de "pecar" ni por exceso ni por defecto.

11.- Si no es posible ajustarse al antes con exactitud es preciso llevar a cabo un esfuerzo de cuantificación para poder conseguir la "mayor aproximación" posible.

12.- Hay daños que tienen difícil cuantificación como el daño moral, y en estos casos es preciso "ponerse el juez" en la posición del perjudicado para atender a cuál es la traslación a dinero.

13.- Ante el daño moral este tipo de daño no se puede cuantificar, en principio, económicamente atendiendo a un denominado "coste de reposición", ya que cuando hablamos de daño moral la reposición al antes es muy difícil o imposible. No hay baremo indemnizatorio que fije el "coste del daño moral".

14.- Daño moral y daño psicológico. El daño moral puede desdoblarse en daño psicológico a probar según la redacción de los hechos y la percepción del juez del

estado de zozobra, ansiedad, inquietud e incertidumbre que el hecho le haya provocado en su sufrimiento personal cuantificable a tenor de las circunstancias, y, también, el daño moral psíquico a acreditar por prueba pericial médica en atención a la afectación a la psique del sujeto perjudicado por el hecho.

15.- Existen situaciones en las que el dinero no opera como criterio de restauración al antes, ya que, si se indemniza con una cantidad económica, aunque materialmente resulte indudable que se produce un enriquecimiento patrimonial en el perjudicado y un empobrecimiento patrimonial en el autor del hecho, en determinados casos solo queda ahí en la posición del perjudicado en el cobro, pero porque ese pago no tiene la capacidad de traspasar el mero efecto económico del pago y cobro, pero sin poder tener un efecto mayor de carácter personalísimo en el perjudicado.

16.- La responsabilidad civil en la fijación del *quantum* viene exigida de estar rodeada de la debida motivación reflejada en la sentencia. Resulta indudable que tanto quien reclama como quien es reclamado tienen derecho a saber y conocer las razones de la estimación o desestimación de sus pretensiones y los argumentos que está obligado a exponer el juez acerca de los motivos por los que se ha fijado esta cantidad como indemnización, y no otra.

17.- Hay situaciones en las que nos encontramos con una imposibilidad física y material de regresar del después al antes. Porque no existen mecanismos materiales que puedan compensar por la vía de los instrumentos jurídicos que habilitan, tanto las leyes procesales como sustantivas, poder recuperar lo que ya se ha perdido, por cuanto es insustituible e irrecuperable la pérdida.

18.- El objetivo real que debe enfocarse en el procedimiento judicial es el de conseguir en la sentencia el mayor "ajuste económico" que pueda alcanzarse, una vez que los distintos medios probatorios se hayan propuesto y practicado en el juicio para permitir que el juez tenga estos mecanismos probatorios para poder calcular con la mayor exactitud posible la recuperación del antes, si ello es posible, en el examen del después de producido el ilícito.

19.- El autor del daño no es quien tiene el derecho de proponer cómo y de qué manera se debe satisfacer la indemnización, si regresar al antes o fijar el después con una mera satisfacción económica, porque ello puede ser más doloroso para el perjudicado que hubiera deseado ser posible regresar al antes.

20.- El regreso al antes se centra en el valor de la identidad para conseguir no un "acercamiento" al antes, sino una exactitud. Se centra en la reparación que deberá

tener un contenido de exactitud para conseguir el regreso idéntico y absoluto a lo que antes existía. Se trata de buscar la verdadera y absoluta identidad en el antes, para llegar a ello después del daño causado.

21.- El regreso al antes no tiene por qué quedar eximido de la indemnización de daños y perjuicios si se acreditaran estos y no quedara total y absolutamente satisfecho.

22.- El carácter irreversible del regreso al antes debe ser indemnizable, lo que debe ser tenido en cuenta en el *quantum* indemnizatorio, por la sencilla razón de la agravación de la irreversibilidad de la situación, lo que debe tener su reflejo en el monto de la indemnización a recibir por el perjudicado.

23.- El daño moral se ubica, precisamente, por la imposibilidad física de la recuperación del antes y se cuantificará en atención al valor de la pérdida de la imposibilidad de regreso y cómo le afectará en el futuro al perjudicado. Así, en la medida en la que esa ausencia de lo que había antes esté en condiciones de causar una mayor afectación personal, psicológica y psíquica al perjudicado la indemnización será mayor.

3.- La tesis de la declaración de impacto de la víctima.

Esta tesis gira en torno a que otro criterio para fijar el daño moral se ubica en el interrogatorio de la víctima en el proceso penal acerca de lo que "sintió" al momento de ser víctima y su afectación durante el hecho y después del mismo. Esta es la técnica anglosajona del *victim impact statements* que tiene como objetivo dar voz a la víctima en el proceso penal, no solo a lo que ocurrió, sino a la forma en que sufrió como víctima los hechos, lo que es una novedad importante reflejarlo en los parámetros a tener en cuenta en el proceso penal a la hora de poder utilizar el interrogatorio de la víctima en el juicio, pero no solo con relación a los hechos, sino con relación al "impacto" que en la víctima le ha producido el delito, por lo que el interrogatorio a la víctima en la declaración de impacto corresponde al Fiscal y acusación particular, en torno a poder extraer de esa declaración de impacto elementos suficientes para poder evaluar el *quantum* del daño moral.»

En cualquier caso, recordar que este tema lo ha aclarado aun más la LO 10/2022, de 6 de septiembre (LA LEY 19383/2022) al especificar en el art. 28 ter que lleva por rúbrica *Medidas para garantizar el derecho a la reparación* que:

«1. Las víctimas de violencia de género tienen derecho a la reparación, lo que comprende la indemnización a la que se refiere el apartado siguiente, las medidas necesarias para su completa recuperación física, psíquica y social, las acciones de reparación simbólica y las garantías de no repetición.

2. Las administraciones públicas asegurarán que las víctimas tengan acceso efectivo a la indemnización que corresponda por los daños y perjuicios, que deberá garantizar la satisfacción económicamente evaluable de, al menos, los siguientes conceptos:

a) El daño físico y psicológico, incluido el daño moral y el daño a la dignidad.

b) La pérdida de oportunidades, incluidas las oportunidades de educación, empleo y prestaciones sociales.

c) Los daños materiales y la pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante.

d) El daño social, entendido como el daño al proyecto de vida.

e) El tratamiento terapéutico, social y de salud sexual y reproductiva.

3. La indemnización será satisfecha por la o las personas civil o penalmente responsables, de acuerdo con la normativa vigente.»

De esta manera, también se fijan criterios referenciales en el marco de este artículo 28 ter LO 10/2022, de 6 de septiembre (LA LEY 19383/2022) que se complementan con la sentencia antes citada a la hora de fijar el *quantum* de la indemnización al precio ir por la víctima de violencia familiar.

2. Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 99/2019 de 26 Feb. 2019, Rec. 10497/2018

Se trata en esta sentencia de la posibilidad de aplicar la agravante de género en los delitos sexuales, y en los ocurridos en el entorno de la pareja, aunque en la actualidad ya la LO 10/2022, de 6 de septiembre (LA LEY 19383/2022) lo especifica de forma clara en el art. 180.1 4.^a en torno a que será una agravación específica (pena de prisión de dos a ocho años para las agresiones del artículo 178.1 y de siete a quince años para las del artículo 179 cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias, salvo que las mismas hayan sido tomadas en consideración para determinar que concurren los elementos de los delitos tipificados en los artículos 178 o 179) en el delito de agresión sexual *Cuando la víctima sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.*

Pues bien, en esta sentencia se contempla que:

«En el caso que ahora examinamos el debate se ha centrado en la supuesta introducción, como fundamento de la imposición de la agravante que se hace ex novo en la sentencia de apelación, de un elemento subjetivo cuya presencia se rechazó en la sentencia dictada en primera instancia: el móvil que impulsó la acción delictiva de agresión sexual, que en ésta se niega que, en el caso juzgado, fuera un ánimo gravemente discriminatorio hacia la víctima por ser esposa del autor del delito... La interpretación de la previsión legal ha de enmarcarse en un objetivo corrector de la desigualdad o discriminación, ocurrida en un ámbito de relación autor-víctima, más específico que la diversidad de sexo biológico y más amplio que el del parentesco conyugal, y en el que aquella relación suponga un estatuto social, antes que jurídico, del que deriva una discriminación para la mujer relacionada socialmente con el autor del delito. Tal discriminación constituye el fundamento de la agravación cualificadora del artículo 153.1 cuando la mujer es o ha sido esposa del autor o ha estado ligada por relación de afectividad análoga, incluso sin convivencia. Para aplicar la agravante en casos ajenos a esa relación de pareja habrá de exigirse al menos una asimetría en la relación entre varón-autor y mujer-víctima que sea reflejo de la discriminación que constituye el fundamento de la mayor sanción penal.»

En cualquier caso, en el estado actual de la cuestión y tras la reforma de la ley de delitos sexuales 10/2022, no puede aplicarse la agravante de género del art. 224 CP (LA LEY 3996/1995) en un contexto en el que ya existe un subtipo agravado específico de la relación de pareja o expareja del autor con la víctima, con lo cual será preferente la aplicación del agravación específica del artículo 180.14º CP (LA LEY 3996/1995) que la del artículo 22.4 en cuanto a la agravante de género.

3. Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 254/2019 de 21 May. 2019, Rec. 2611/2018

La importancia de esta sentencia radica en que en un supuesto de agresión sexual cometido en el seno de la pareja el recurrente alegó que no puede existir delito de agresión sexual empareja por no tratarse el agresor de un ajeno a la víctima.

Señala al efecto el TS que:

«Admisión del delito de agresión sexual en el matrimonio o la relación de pareja

Y con respecto a la admisión del delito de violación en el seno de la pareja debe admitirse, ya que, como apunta la doctrina, ***negar la posibilidad conceptual de una violación en el seno de la institución matrimonial supone tanto como afirmar que el matrimonio es la tumba de la libertad sexual de los contrayentes***. Y no es así en modo alguno, pese a pretéritas construcciones doctrinales desfasadas y ahora rechazadas categóricamente que negaban esta opción de admitir la violación por entender que en el matrimonio no existían actos deshonestos, ni ataques a la libertad sexual. Nada más lejos de la realidad, por cuanto la libertad sexual de la mujer casada, o en pareja, emerge con la misma libertad que cualquier otra mujer, no pudiendo admitirse en modo alguno una construcción de la relación sexual en pareja bajo la subyugación de las expresiones que constan en el relato de hechos probados, que describen el sometimiento que consiguió el recurrente a su pareja bajo la coerción de la fuerza, y no admitiéndose, tampoco, que pudiera existir, incluso, un error de prohibición en estos casos.

Sobre el error de prohibición, hay que deducir un pleno conocimiento de la antijuridicidad del hecho o, como mínimo, un alto grado de probabilidad sobre la conciencia de la ilicitud del comportamiento

Sobre el error de prohibición, como señala la doctrina al respecto en los casos en los que la infracción se consuma de forma violenta —y mucho más en casos tan graves como el recién expuesto—, hay que deducir un pleno conocimiento de la antijuridicidad del hecho o, como mínimo, un alto grado de probabilidad sobre la conciencia de la ilicitud del comportamiento que determina, igualmente, la completa responsabilidad del autor por el delito cometido. Con los hechos declarados probados en donde se pretendía por el recurrente ejercitar un derecho de contenido sexual con su pareja y una corolaria obligación de ésta de acceder a las pretensiones sexuales de él en cualquier momento en que lo exigiera, se pretende por el agresor un reconocimiento de que el matrimonio lleva consigo el derecho de los cónyuges a tener acceso carnal con su pareja cuando uno de ellos quiera, pese a la negativa del otro; planteamiento que debe ser rechazado, por lo que la conducta ejercida con violencia del acceso sexual mediante golpes, o venciendo la voluntad de la víctima con intimidación, determina la comisión de un delito de agresión sexual.

No puede admitirse bajo ningún concepto que el acceso carnal que perseguía el recurrente, porque entendía que ese día debía ceder su pareja a sus deseos sexuales, es una especie de débito conyugal, como obligación de la mujer y derecho del hombre, por lo que, si se ejercen actos de violencia para vencer esa voluntad con la clara negativa de la mujer al acceso carnal, como aquí ocurrió, y consta en el hecho probado, ese acto integra el tipo penal de los arts. 178 (LA LEY 3996/1995) y 179 CP (LA LEY 3996/1995), y, además, con la agravante de parentesco reconocida en la sentencia por la relación de pareja y convivencial, y pudiendo añadirse, en su caso, la agravante de género si se dieran las circunstancias que esta Sala ya ha reconocido en las sentencias del Tribunal Supremo 420/2018 de 25 Sep. 2018, Rec. 10235/2018 (LA LEY 122427/2018), 565/2018 de 19 Nov. 2018, Rec. 10279/2018 (LA LEY 166135/2018), y 99/2019 de 26 Feb. 2019, Rec. 10497/2018 (LA LEY 10340/2019).

Como ya se destacó en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 1995 (LA LEY 14755/1995) en el voto particular, que luego se ha erigido en la doctrina aplicable, no existen supuestos «derechos» a la prestación sexual, debiendo primar, ante todo, el respeto a la dignidad y a la libertad de la persona. Es por ello por lo que esta Sala ha declarado reiteradamente que **comete violación y no está amparado por causa alguna de justificación quien, usando fuerza o intimidación, tuviese acceso carnal con su cónyuge»** (Sentencias del Tribunal Supremo 8 de febrero de 1996 (LA LEY 3085/1996) y 29 de abril de 1997 (LA LEY 5809/1997)); y es que este tipo de conductas constituye, sin duda alguna, un grave atentado al bien jurídico protegido por el tipo, que es la libertad sexual, libertad que no se anula por la relación conyugal, por lo que no existe justificación alguna para violentar por la fuerza o mediante intimidación la voluntad contraria del cónyuge.

Por ello, la **inexistencia del débito conyugal en el matrimonio o en la relación de pareja es destacado por la doctrina,** recordando que se ha afirmado que los arts. 32 de la Constitución Española (LA LEY 2500/1978) y 66 a 68 del Código Civil indican que en la actualidad semejante derecho no está regulado como tal en nuestro sistema jurídico. Por lo tanto, el matrimonio no supone, al menos hoy teóricamente, sumisión de un cónyuge al otro, ni mucho menos enajenación de voluntades ni correlativa adquisición de un derecho ejecutivo cuando se plantee un eventual incumplimiento de las obligaciones matrimoniales, si así puede entenderse la afectividad entre los casados o ligados por relación de análoga significación.

Esta Sala se ha pronunciado sobre la admisión de la agresión sexual en matrimonio o relación de pareja señalando que:

Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 436/2008 de 17 Jun. 2008, Rec. 1823/2007 (LA LEY 92732/2008):

«No existen fisuras, en la vigente doctrina de la Sala —sentencias de 26/4/1998 y 8/2/1996, TS—, acerca de que el delito de violación, previsto y penado en los arts. 178 (LA LEY 3996/1995) y 179 CP (LA LEY 3996/1995), puede apreciarse entre personas ligadas por el vínculo matrimonial, si se da violencia o intimidación para conseguir la relación sexual.

Y la doctrina jurisprudencial señala cómo en los delitos contra la libertad sexual es frecuente que no se cuente con otro medio de prueba que la declaración de la supuesta víctima, y que esa declaración es hábil para desvirtuar la presunción de inocencia; pero aporta unos criterios que sirvan al tribunal cual guía en la evaluación de la prueba; la ausencia de móviles espúreos, como resentimiento, venganza u obtención de ventaja para otro proceso, prontitud, persistencia, verosimilitud y coherencia en las declaraciones; existencia de alguna corroboración a través de datos suplementarios.

Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 355/2013 de 3 May. 2013, Rec. 10955/2012 (LA LEY 47356/2013)

«Como señala la STS de 17 de junio de 2008, núm. 436/2008 (LA LEY 92732/2008), en la actualidad no existen fisuras en la doctrina de la Sala (SSTS 8 de febrero de 1996 (LA LEY 3085/1996), 9 de abril de 1997, 26 de abril de 1998, 30 de abril de 2009 (LA LEY 84778/2009) y 22 de febrero de 2012 (LA LEY 19508/2012), entre otras), acerca de que los delitos de agresión sexual y violación, previstos y penados en los arts. 178 (LA LEY 3996/1995) y 179 CP (LA LEY 3996/1995), pueden apreciarse entre personas ligadas por vínculo matrimonial, o análoga relación de afectividad, si concurre violencia o intimidación para conseguir la relación sexual.

Como recordó en su día la STS de 9 de abril del 1997, núm. 584/97, el tema del tratamiento penal de la violación entre cónyuges dio lugar inicialmente a una intensa polémica.

En la doctrina se mantenían básicamente tres tesis:

1º) Quienes estimaban que la violación entre cónyuges no integraba el tipo de violación, afirmando que el hecho se debería sancionar como amenazas o coacciones, tesis inspirada por lo establecido en algunos Código extranjeros, que excluían al propio cónyuge como sujeto pasivo en el delito de violación;

2º) Quienes estimaban que aun siendo el hecho típico no sería —por lo general— antijurídico por la concurrencia de la eximente de ejercicio legítimo de un derecho (art. 20 (LA LEY 3996/1995) 7º C. P); y

3º) La doctrina mayoritaria y moderna, que consideraba que el acceso carnal forzado o mediante intimidación entre cónyuges integra el tipo de violación y es antijurídico, por lo que debe ser sancionado como delito de violación, o agresión sexual del art. 178 cuando no existe acceso carnal.

En nuestro Ordenamiento Jurídico las dos primeras tesis antes expuestas, carecen de fundamento. Ni la norma legal excluye al cónyuge como sujeto pasivo al tipificar el delito de violación o agresión sexual, ni existen supuestos "derechos" a la prestación sexual, debiendo primar, ante todo, el respeto a la dignidad y a la libertad de la persona.

Es por ello por lo que esta Sala ha declarado reiteradamente que **comete violación, o agresión sexual, y no está amparado por causa alguna de justificación quien, usando violencia o intimidación, tuviese acceso carnal o atentare contra la libertad sexual de su cónyuge** (Sentencias de 7 de noviembre de 1989, 9 de marzo de 1989, 14 de febrero de 1990, 24 de abril y 21 de septiembre de 1992, 23 de febrero de 1993, 27 de septiembre de 1995, 8 de febrero de 1.996, 9 de abril del 1997, núm. 584/97 y 17 de junio de 2008, núm. 436/2008, entre otras).

Este tipo de conductas constituye, sin duda alguna, un grave atentado al bien jurídico protegido por el tipo, que es la libertad sexual, libertad que no se anula por la relación conyugal, por lo que no existe justificación alguna para violentar por la fuerza o mediante intimidación la voluntad contraria del otro cónyuge. Y, en el caso actual, la víctima hizo constar su falta de consentimiento de una forma expresa, manifiesta y activa, que solo mediante la violencia pudo ser superada.»

Debe concluirse, pues, el **derecho a la autodeterminación sexual en cada uno de los miembros de la pareja, por lo que el empleo de violencia o intimidación por uno de ellos integra el delito de agresión sexual** de los arts. 178y179 CP.

4. Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 125/2021 de 11 Feb. 2021, Rec. 10559/2020

Se trató en este caso de malos tratos físicos y psíquicos, incluso con trato degradante y vejatorio, de modo que se deduce el estado de sometimiento en el que vivía la mujer respecto su esposo acusado y de violación continuada, pues en numerosas ocasiones la mujer fue obligada a mantener relaciones sexuales completas en contra de su voluntad, mediando violencia en el seno de la pareja.

Señala el TS que ante el drama que sufría la mujer en su propio hogar por quien era su pareja no puede dudarse de que el retraso en denunciar sea sinónimo de falta de credibilidad:

«Con respecto al retraso en la denuncia, se incide en la sentencia recurrida en la necesidad de que las víctimas de violencia de género cuando comienzan a perder el miedo, están en condiciones psíquicas de afrontar un proceso en el que su intimidad, su privacidad, sus secretos, y entre ellos, los ataques a su salud física y psíquica y a su libertad sexual van a ser expuestos y revelados. Todo eso, en este tipo de delitos cuya comisión se proyecta a lo largo de mucho tiempo, provoca dudas y renuencias que en el caso de esta víctima han tardado en enervarse unos dos meses, pero que luego ha sostenido su versión durante mucho tiempo después, después del divorcio, y después de las negociaciones sobre los aspectos económicos del mismo, con el inicio de una nueva vida, y tras incluso del nacimiento de una hija en una nueva relación. Incluso, su proceso de revelación de lo ocurrido comenzó mucho antes de los meses que tardó en poner la denuncia, ya que, tanto a sus amigos como a su familia, la víctima les fue explicando lo que había padecido desde que rompió con el acusado.

La parte recurrente sugiere que el retraso de la víctima en denunciar conlleva la duda acerca de su credibilidad, pero nada más lejos de la realidad. La STS 98/2020, de 5 de marzo (LA LEY 7558/2020), descarta que el mero el retraso en denunciar pudiera interpretarse como elemento distorsionador. Se trata de víctimas que se encuentran sometidas a un ambiente de opresión generado por la violencia de todo tipo, soterrada en ocasiones y explícita en otras, que dibuja el marco de convivencia conyugal y familiar con el agresor.

No puede considerarse anómalo ni sospechoso de mendacidad el que, una vez la víctima vence sus temores y se anima a denunciar, vuelque en su exposición todos los incidentes que su memoria ha sido capaz de retener. Especialmente los que alcanzan sustantividad propia, como el ser compelida a mantener una relación sexual no deseada y finalmente impuesta. En suma, cuesta mucho denunciar, como para que el simple retraso en hacerlo prive de credibilidad su declaración.»

Por ello, es fundamental tener en cuenta que ante supuestos graves de violencia física y sexual en el hogar por parte del agresor a su pareja es práctica habitual el retraso de estas víctimas en denunciar, lo cual no puede ir en detrimento de la propia credibilidad de las mismas cuando, finalmente, toma la decisión de denunciar los hechos de que han sido víctimas de forma habitual y de forma tan grave como en este caso ocurrió.

5. Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 444/2020 de 14 Sep. 2020, Rec. 10098/2020

El inicial consentimiento por prestación de servicios sexuales por parte de la víctima, no resta tipicidad a la conducta.

Resulta relevante en estos casos la mención específica de que puede ocurrir en las ocasiones en las que se dé el caso de la existencia previa de relaciones sexuales de la víctima con el agresor en la que puede haber habido consentimiento. Pero ello no supone una especie de *carta blanca o cheque* para que en cualquier momento y caso el agresor pueda tener relaciones sexuales con la víctima si esta no vuelve a consentir para tenerlas de nuevo, con lo cual podemos hablar de una exigencia de **consentimiento reiterado cada vez que el hombre planteé tener relaciones sexuales con la mujer**.

De esta manera, no puede hablarse de una especie de **consentimiento perpetuo de la mujer consolidado** porque ésta haya tenido alguna relación sexual previa con el hombre, ya que **cada vez que exista una pretensión de relación sexual ella debe renovar de nuevo el consentimiento** en la manera prevista en la actualidad en el artículo 178 1 párrafo segundo CP (LA LEY 3996/1995) (LO 10/2022 (LA LEY 19383/2022)) de una forma expresa atendidas las circunstancias del caso y sin este consentimiento renovado existirá un delito de violación por la no renovación del consentimiento ante la nueva pretensión de llevar a efecto el acto sexual del hombre sobre la mujer.

6. Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 695/2020 de 16 Dic. 2020, Rec. 10518/2020

Se trata en este caso de un delito sexual cometido en el entorno familiar cometido por el acusado sobre su hija concurriendo violencia e intimidación con acceso carnal y con continuidad delictiva. Se pone de manifiesto la eficacia inculpativa de la declaración de la menor con ausencia de incredulidad subjetiva, persistencia en la inculpativa y verosimilitud. Se destaca, también, el análisis de la problemática de los abusos sexuales de padres separados a sus hijos en el entorno domiciliario y las dificultades de su detección y la conducta del autor de vencimiento psicológico de los menores en el *modus operandi* de coacción psicológica ejercida por el padre para vencer su resistencia. No olvidemos que se trata de sus progenitores y en ello ve el menor una cierta «dependencia» y falta de resistencia, lo que es aprovechado por el autor de la violencia sexual en el hogar sobre los menores que son sus propios hijos, o, incluso, en los casos de parejas de mujeres separadas cuando los autores agreden sexualmente a los hijos de éstas, bajo intimidación psicológica.

En estos casos, al tenor de la sentencia habrá que valorar en la declaración de los menores víctimas, a raíz de su declaración como prueba preconstituida (art. 449 ter LECRIM (LA LEY 1/1882)LO 8/2021, de 4 de junio (LA LEY 12702/2021)) y el informe pericial de los peritos expertos los siguientes aspectos como parámetros generales de observancia, aunque sin la necesidad de que concurren exactamente todos, sino como puntos de referencia orientativos en materia valorativa:

- 1.-** No hay móvil espurio. Inexistencia de animadversión del menor hacia su padre.
- 2.-** No hay simulación según la pericial psicológica. Valoración del informe de los peritos psicólogos.
- 3.-** No hay alteración de la realidad inducida por la madre o el entorno familiar.
- 4.-** Coherencia en su declaración.
- 5.-** Relato continuado de su vivencia.
- 6.-** Dificultades de contar con detalle fechas y hechos detallados en sucesos como los declarados probados. No se les puede exigir demasiada concreción en fechas y en hechos sexuales que solo los mayores pueden describir con más detalle del acto sexual que es desconocido en su descripción detallada por los menores. Hay que atender a la base de lo que declara y su plasmación en acto sexual. Pero desde la percepción de un menor de edad, no de un mayor.
- 7.-** La soledad de la víctima en su núcleo familiar. No es extraño que estos hechos pasen desapercibidos para los integrantes del círculo familiar y afectivo de quienes los protagonizan. Obviamente, el autor busca la soledad y ausencia de posibles observadores para poner en práctica su repulsiva conducta.
- 8.-** Espontaneidad en su revelación de lo ocurrido.

9.- Relato preciso de los hechos, pero teniendo en cuenta que es un menor el que lo cuenta, para lo que habrá que atender a su edad al momento de su declaración grabada, ya que es preciso atender a su lógico desconocimiento de las relaciones sexuales.

10.- Corroboración por testimonio de la madre en cuanto ella cuenta lo que le trasladó el menor si no ha visto los hechos, que suele ser lo más frecuente.

Por otro lado, podemos poner de manifiesto otra serie de parámetros valorativos a la hora de entender si existe prueba bastante en este tipo de casos, a saber:

1.- La existencia de contradicciones de matices en las declaraciones de la víctima no pueden entenderse como determinantes para dudar de la veracidad de su testimonio.

La jurisprudencia del TS nunca ha identificado las explicables contradicciones de la víctima con la falta de persistencia. Antes al contrario, ha advertido acerca de la importancia de que su testimonio no implique la repetición mimética de una versión que, por su artificial rigidez, puede desprender el aroma del relato prefabricado. No todo lo que se silenció en un primer momento y se hizo explícito en una declaración ulterior, ha de etiquetarse como falso. La experiencia indica que algunos extremos del hecho imputado sólo afloran cuando la víctima es interrogada acerca de ello. La persistencia no exige una repetición mimética, idéntica o literal de lo mismo sino la ausencia de contradicciones en lo sustancial y en lo relevante.

Así, no son faltas de persistencia:

a.- El cambio del orden en las afirmaciones

b.- Las sucesivas ampliaciones de estas cuando no se afecta la coherencia y la significación sustancial de lo narrado

c.- La modificación del vocabulario o de la sintaxis, es decir de las formas expresivas cuando con unas u otras se dice lo mismo;

d.- Los cambios en lo anecdótico o en lo secundario cuando solo implican falta de certeza en lo accesorio pero no en lo principal que es lo que por su impacto psicológico permanece en la mente de la víctima, salvo en los casos en que los cambios narrativos de lo secundario evidencien tendencia a la fabulación imaginativa, valorable en el ámbito de la credibilidad subjetiva (cfr. SSTS 774/2013, 21 de octubre (LA LEY 163249/2013); 511/2012, 13 de junio (LA LEY 97287/2012); 238/2011, 21 de marzo (LA LEY 14463/2011); 785/2010, 30 de junio (LA LEY 161995/2010) y ATS 479/2011, 5 de mayo (LA LEY 71959/2011), entre otras).

e.- El menor, por la agresión sufrida, ve afectados sus derechos a la integridad física y psíquica y el libre desarrollo de su personalidad y eso no puede evitarse, pero recordar lo ocurrido una y otra vez ante distintas personas desconocidas que intervienen en la investigación (Policía, Ministerio Fiscal, Juez instructor, equipos psicosociales, médicos forenses...) rememorando la agresión sufrida, lo que es posible que conlleve ciertas diferencias de matiz en lo explicado.

f.- Resulta muy difícil, por no decir, que imposible, que el menor recuerde con detalle una y otra vez la victimización que ha sufrido durante un largo período de tiempo, sobre todo cuando se ve sometido a distintos interrogatorios, tanto en sede policial, como ante el juzgado de instrucción en el juicio oral, y ello determina que puedan existir matices diferenciales con respecto a cómo se haya producido el interrogatorio y las preguntas que se hayan hecho en cada una de las sedes.

g.- La declaración de los menores en los delitos contra la indemnidad sexual tengan la característica de una progresividad en su declaración en la medida en que pueden ir avanzando en su explicación conforme se le vayan haciendo nuevos interrogatorios y nuevas preguntas ante los hechos sexuales que han vivido. Ello no puede conllevar que, si se produce alguna alteración del contenido de una declaración, pueda conllevar que existan contradicciones que le haga dudar al tribunal de la veracidad de su testimonio.

h.- En la mayoría de ocasiones, la única prueba con entidad suficiente para sustentar la condena del acusado será precisamente el testimonio del menor víctima, por lo que no puede prescindirse del mismo, bajo pretexto de alegato de la duda de que la declaración del menor no puede operar como única prueba para sustentar una condena.

i.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 349/2019 de 4 Jul. 2019, Rec. 10079/2019 (LA LEY 93043/2019):

Criterios a tener en cuenta con respecto a no entender que son contradicciones en la declaración de la víctima, en este caso menor de edad en delitos sexuales cuando se le interrogó en sede policial y luego en sede judicial:

«1.- No pueden confundirse los matices en las declaraciones sucesivas que debe hacer una víctima en el proceso penal con la existencia de contradicciones relevantes y puras.

2.- La contradicción debe ser esencial y nuclear para deducir de ella que existen dudas de la veracidad de la declaración.

3.- Suele ser objeto de alegación con frecuencia la existencia de contradicciones en las declaraciones de los acusados, víctimas o testigos en sus diversas

manifestaciones que llevan a cabo tanto en sede policial, como ante el juzgado de instrucción y su comparación con la llevada a cabo en el plenario. No obstante, cuando se alega el concepto de contradicción no debe perderse de vista que, técnicamente, por tal debería entenderse aquello que es antagónico u opuesto a otra cosa. Y en la mayoría de los supuestos en que se alega la pretendida contradicción se centra o ciñe más en cuestiones de matices respecto al contenido propio de las declaraciones.

4.- No puede cuestionarse la valoración de la prueba a la que llega el Tribunal cuando admite la valoración de la declaración de la víctima, o de testigos de cargo alegando que sus declaraciones fueron otras, cuando, en realidad, a lo que se refieren es a aspectos de matices sin la relevancia propia que tendría técnicamente una declaración antagonista o contradictoria de la víctima o de un testigo.

5.- Nos movemos, entonces, en el terreno de la valoración de la prueba, que nos lleva al respeto del principio de inmediación, que no tiene alcance en sede casacional. Y ello, aparte de entender que la contradicción que se alega cuando se emplea este motivo por la vía de la presunción de inocencia no se refiere a declaraciones que se oponen entre sí, sino a declaraciones que no son idénticas.

6.- En algunos casos debe tenerse en cuenta las circunstancias que concurren a la hora de prestar declaración las víctimas, sobre todo cuando se trata de delitos contra la libertad o indemnidad sexual. Así, las víctimas de esta clase de delitos pueden ir venciendo barreras para ir concretando más aspectos de detalle que puede que no precisaran en las primeras declaraciones, al enfrentarnos a hechos que muchas víctimas prefieren ocultar, o que el impacto del delito les provoque una merma que no les lleva a expresarse con total detalle, y que solo el paso del tiempo permite que se extiendan en los mismos.

7.- El Tribunal es el que debe valorar con su inmediación si quien ha declarado falta a la verdad. Es quien valora la prueba pericial de los peritos que examinan a las víctimas, a tenor de expresar si fabulan, o no. Es quien tras la práctica de la prueba lleva a cabo su examen conjunto y forma su convicción acerca de lo que declara el acusado, la víctima y los testigos.

8.- En esta línea, suele confundirse la existencia de matices en las declaraciones de víctimas y testigos, ampliatorias unas de otras, con la realidad de lo que debe entenderse por una declaración contradictoria, en cuanto viene a suponer que se contraponen o contradicen de modo absoluto con lo declarado en una fase y otra.

j.- El silencio del menor inicial no significa que luego mienten. No puede obligarse al menor a denunciarlo todo desde el primer hecho.

El agresor sexual parental busca la soledad suya con el menor para llevar a cabo sus prácticas sexuales. No puede, por ello, luego alegarse el silencio de los menores, o la sorpresa de que lo denuncien, equiparándolo a que existe animadversión, como aquí se alega, por coincidencia con otros hechos, porque resulta difícil de entender la explicación del detalle de lo relatado.

k.- La animadversión del menor como alegato del recurrente y la lógica reacción negativa de la víctima ante su agresor que no permite que se deba dudar de la veracidad del testimonio. Cuando se alega animadversión del menor debemos señalar que no es posible negar que en estos casos pueda existir algún tipo de recelo de los menores ante su padre, agresor sexual, pero ello no puede conllevar una duda de la credibilidad de su testimonio expuesto en sus declaraciones, como si se tratara de una especie de animadversión que hiciera dudar de la realidad y credibilidad de que lo que están declarando es realmente lo vivido frente a su padre agresor.

Resulta evidente que cuando una víctima lo ha sido de una persona que le ha agredido sexualmente tenga un evidente reproche personal respecto a las conductas que ha desplegado con ella como víctima, pero ello no quiere decir que deba dudarse de ese rechazo, que es lógico que exista entre víctima y agresor sexual, que conlleve una animadversión que haga dudar de la declaración de la víctima, porque ello es consustancial a la naturaleza humana, pero que no puede determinar una duda de la veracidad de su testimonio, porque sería tanto como exigir a las víctimas de delitos sexuales que no sientan rechazo a sus agresores o sentimientos evidentes que podrían calificarse en uno u otro grado, pero sin que ello haga dudar de que narran la verdad de su escenario de victimización.

2.- Unilateralidad expositiva en la forma en que ocurren los hechos por el recurrente.

Cuando se formula un recurso de casación en base a la no credibilidad de lo que señaló la víctima del delito y que se tenga en cuenta la versión del acusado existe unilateralidad exigente de aceptación en la valoración de la prueba que hace el recurrente, porque formula unos criterios valorativos de lo que

ocurrió en el plenario absolutamente distintos a los que refleja el tribunal de instancia y la revisión que ello hace el TSJ, constituyendo en sede casacional una valoración de parte, frente a lo ya expuesto por dos tribunales de justicia.

3.- La existencia de detalles en las declaraciones de los menores en los delitos contra la indemnidad sexual.

Es relevante la existencia de detalles que no son fáciles de inventar por los menores en este tipo de casos, y en donde es preciso analizar que la menor edad de las víctimas hace difícil que exponga una relación de datos concretos de relaciones sexuales que es contradictorio con su edad, y que exponen sobre lo que han vivido y sufrido, si no fuera porque, efectivamente, ese relato tan detallado que cuentan lo han vivido personalmente. Así, cuando lo «expulsan» al declararlo parecen querer desprenderse de un secreto negativo para ellos que tenían, y que con su exposición pretenden sacar fuera todo lo negativo de una experiencia vivida en la que, precisamente, el agresor sexual es su propio padre, lo que supone una agravación de los hechos, no solamente por la relación parental desde el punto de vista jurídico, sino desde el punto de vista moral y de las relaciones normales de familia que llevan al recurrente a cometer un acto tan execrable como supone una agresión sexual a su propia hija menor de edad. Todo ello, con la carga negativa para el desarrollo de su personalidad, sus vivencias personales y el sufrimiento que padecen estas menores por la propia continuidad delictiva en los delitos contra la indemnidad sexual en este caso de los menores, y que difícilmente podrán borrar de su mente en el futuro.

4.- Dificultad de creer que hechos tan graves relatados como los declarados por el menor no han ocurrido si no es porque el menor «los ha vivido en persona como víctima».

Todo ello provoca la absoluta gravedad de estos hechos que tienen un reproche penal constatado en el texto penal, en donde se suma la propia perversidad de los hechos en sí mismo considerados junto con la relación personal existente entre autor y víctima, padre e hija, que conlleva una gravedad de la conducta añadida por la propia relación parental existente.

Los expertos en esta materia en la atención a los menores recuerdan las grandes dificultades que pueden existir ante la circunstancia de que un menor de edad relate hechos sexuales «no vividos o sufridos» verdadera y realmente. No se trata de un mayor de edad con nociones sexuales, que puede tener capacidad para inventar escenas de contenido sexual, sino de un menor que no las conoce, lo que, como apunta el Tribunal supone un grado de credibilidad relevante de los menores víctimas en estos casos que les hace ser unas víctimas que lo son en su propio hogar.

La que podríamos denominar victimización familiar sexual en los delitos sexuales en los que son menores que viven con sus padres, o con la pareja de su padre en el mismo domicilio, o en régimen de alternancia en casos de padres separados o divorciados, conlleva una facilidad operativa delincencial del sujeto activo del delito y la más completa indefensión de los menores de edad que sufren la delincuencia sexual de sus propios padres, o las parejas de sus madres; todo ello aderezado de amenazas, o golpes que sirven para atemorizar a los menores y que actúan como metodología que utilizan los autores de estos delitos para tratar de asegurarse la impunidad de sus execrables acciones sexuales sobre los menores, entendiendo que el menor víctima cree la posible ejecución y cumplimiento de sus amenazas y agresiones físicas, y que le otorgan un salvoconducto a los autores para perpetuar su *conducta delictiva* en el tiempo, que es lo que configura luego la continuidad delictiva por la que son condenados y el agravamiento del reproche penal de estas conductas.

5.- El silencio de los menores víctimas y la «oportunidad» de contarlo cuando puedan.

Suele ser característica habitual en estos casos el silencio de los menores y la prolongación en el tiempo de las agresiones sexuales, que es lo que busca el autor de estos hechos delictivos. Este silencio y su prolongación resulta evidente por el carácter coactivo psicológico de las amenazas y agresiones que perpetran los autores para conseguir la obstaculización de la decisión de la denuncia por parte de los menores, o de contárselo a sus madres lo que están sufriendo.

Sin embargo, cuando el menor detecta que puede haber un resquicio en esta victimización, como suele ser, por ejemplo el hecho de contarlo en su centro escolar, como ya hemos reiterado en algunas resoluciones de esta sala (entre otras, Sentencia del Tribunal Supremo 495/2019 de 17 Oct. 2019, Rec. 10202/2019 (LA LEY 144390/2019)) determina que el menor encuentre alguna oportunidad de poder salir de su victimización personal y contarlo, como aquí en este caso ha ocurrido, cuando aprovechando la denuncia por las relacionadas cartas que la madre refería, o el contacto posible sexual con otra persona, es aprovechado por el menor de edad para contar lo que ya estaba ocurriendo en su propio hogar con su padre.

Ello no supone que esté mintiendo con respecto a estos hechos que denuncian, sino que el menor aprovecha esta oportunidad para poder salir del encierro sexual que está sufriendo por los actos sexuales de su propio padre, entendiendo que esta supone una puerta abierta para acabar con su propia victimización y ser rescatado por el sistema judicial de una delincuencia sexual de la que creía que no iba a terminar nunca, ante el carácter continuado delictivo de los hechos perpetrados por su propio padre.

6.- *La destrucción de la confianza del menor en su padre como protector y la anulación de su capacidad de reacción.*

La delincuencia sexual parental, señala la doctrina, es la que tiene un mayor reproche social y unas consecuencias más traumáticas para la familia en general y la víctima en particular, básicamente, por la destrucción familiar que ello implica.

Se destaca lo que la doctrina denomina *conjugal daughters*, utilizando a las menores que deben estar disponibles sexualmente para su padre, como parte de una expresión más compleja de violencia sexual, lo que agrava la victimización.

7.- *El aprovechamiento del padre del secreto de la agresión sexual y la creencia de la impunidad de su conducta.*

Existe un aprovechamiento del padre en la absoluta creencia de que la menor no va a denunciar los hechos de las agresiones sexuales y cuando lo hace articula la vía de la animadversión, como razón de la reacción de la menor víctima. El secreto se convierte en estos casos como el arma del padre agresor sexual, ya que por medio de la amenaza, o la coacción convierte esta metodología de acción atemorizante en el mejor instrumento para conseguir el secreto de las acciones sexuales que despliega y que vienen a servir como adquirente del silencio de la menor ante los ataques sexuales que sufren. Y, sobre todo, una especie de garante de la continuidad delictiva sexual.

8.- *La resiliencia forzada por los padres de los menores en los delitos en los que son víctimas sexuales de aquellos.*

Podríamos hablar de una especie de resiliencia obtenida por coacción psicológica de los menores con respecto a la actitud de sus padres que viene provocada por ese miedo inducido que es provocado por la coacción por la amenaza, o por las agresiones físicas, que, como en este caso, se han producido como antesala de la agresión sexual.

El menor padece un sufrimiento que asume ante la inexistencia de una puerta abierta por la que pueda salir para huir de su victimización sexual por su propio padre, lo que provoca una asunción y aguante del sufrimiento que supone una mayor victimización como explicamos en la sentencia de esta Sala Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 658/2019 de 8 Ene. 2020, Rec. 10291/2019 (LA LEY 8/2020), ante un supuesto de resiliencia de mujer mayor de edad en caso de violencia de género.

9.- *La presunción de inocencia no tiene por qué degradarse por la credibilidad del testimonio que merezca la declaración del menor corroborada y valorada la prueba debidamente por el Tribunal.*

No puede apuntarse que existe un ataque a la presunción de inocencia por el hecho de asumir y admitir la veracidad de la declaración de la víctima, ya que esto es una operación que lleva a cabo el tribunal de instancia, y es analizado debidamente por el TSJ, lo que no puede conllevar a que en sede casacional se produzca una revaloración de la valoración de la prueba ya efectuada por los tribunales ante un recurso de casación. Pero esta asunción de la declaración de la víctima y su veracidad no supone un ataque frontal a la presunción de inocencia, o a la vulneración del principio *in dubio pro reo*, ya que ello se supone que existe ante ausencia de prueba, lo que no concurre cuando el tribunal queda convencido de la veracidad en la declaración de la víctima, la cual emerge en estos casos en el proceso penal como una auténtica prueba de cargo que es valorada por el tribunal y debidamente motivada en la sentencia que dicta el mismo.

10.- *Las dificultades del entorno familiar de detectar los «signos del abuso sexual a menores en el hogar».*

El retraso en la denuncia es una razón de la prolongación en los actos delictivos sexuales del padre sobre la menor, ante las amenazas y coacciones psicológicas relatadas en estos casos y resulta sumamente difícil llevar a cabo una detección de los signos de la existencia de estos abusos o agresiones sexuales, que los anglosajones han estudiado como **warning signs** en los casos de abusos sexuales a menores en el hogar, destacando que, aunque puedan existir dificultades en detectarlo, puede prestarse especial atención en los **Physical signs** (Signos físicos) como sangrado, moretones o hinchazón en el área genital, Ropa interior ensangrentada, rota o manchada, Dificultad para caminar o sentarse, Infecciones frecuentes por hongos o urinarias, Dolor, picazón o ardor en el área genital, o en los **Behavioral signs** (Signos de comportamiento) tales como cambios en la higiene, como negarse a bañarse o bañarse en exceso.

11.- *Vencimiento psicológico de los menores en el modus operandi de coacción psicológica ejercida por el padre.*

En estos casos queda evidenciado una conducta o *modus operandi* del agresor que permite aplicar un vencimiento psicológico por medio de la que podríamos denominar *coerción sexual ejercida por el padre sobre la menor por medio de la ascendencia que le produce su relación parental y la dificultad opositora de la menor a las exigencias sexuales de su propio padre.*

7. Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 902/2021 de 19 Nov. 2021, Rec. 5587/2019

En este caso concreto se trata de un supuesto en el que el Tribunal Supremo modifica una condena por delito de violencia de género del artículo 153 del Código Penal (LA LEY 3996/1995) por un delito leve de lesiones del artículo 147 CP (LA LEY 3996/1995), excluyendo la concurrencia de la violencia de género cuando ante una pelea entre miembros de ex pareja se viene a considerar que los hechos ocurrieron fuera del marco de esa relación de pareja, lo cual es una situación importante que ha sido objeto de discusión doctrinal y jurisprudencial en torno a la referencia que en los tipos penales de la violencia de género se refiere cuando se habla del concepto de que **haya sido pareja**, siendo necesario precisar en base a la prueba practicada cuándo esa relación de pareja es la que se tiene en cuenta para que se cometa el delito para entenderlo como de violencia de género.

En este caso, el tribunal Supremo señala que «si bien es cierto que el tipo no exige un elemento tendencial de dominación o subyugación de la mujer, ni tampoco es necesario probar que en el caso concreto ese elemento de dominación caracterizaba la relación, no es posible prescindir de que el hecho ha de tener lugar en el marco de la relación de pareja entre el hombre y la mujer. Es decir, cuando el hecho nada tenga que ver con la relación de pareja en la que el tipo residencia la agravación penológica, el delito de violencia doméstica o de género no será aplicable. En este caso, la agresión mutua tiene lugar dos años después de la finalización de una corta relación de noviazgo, motivada la misma por causas ajenas a dicha relación ya terminada.»

Esto puede ser importante tenerlo en cuenta cuando en los casos de ex parejas que lo han sido o bien en sede de ex cónyuges puede existir algún tipo de agresión y habrá que valorar para saber si es un delito de violencia de género el contexto de esta agresión si se ha producido con base a la previa relación de pareja o matrimonial o fuera de la misma.

8. Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 271/2022 de 23 Mar. 2022, Rec. 10262/2021

Se trata de un caso de agresiones sexuales a menores de 16 años en el que se pone el acento en la «costumbre del maltrato habitual» y se destaca que:

«El escenario vivido se evidencia como una especie de creación de la costumbre del maltrato en la víctima del maltrato habitual, lo que, incluso, les supone otro nuevo episodio de sufrimiento que es volver a recrear lo "mal vivido" ante el maltrato físico y sexual, porque hasta les supone vergüenza contarlos en edades jóvenes, al punto de que consideran que hasta son responsables de este tipo de hechos, suponiendo las

declaraciones un verdadero examen que debe ser tenido en cuenta en el contexto en el que se producen.

En este caso, como en otros muchos, las víctimas, menores en este caso, entienden la convivencia bajo el escenario del maltrato físico y sexual, como una costumbre del maltrato, ya que la habitualidad con que se ejerce convierte estos actos en una costumbre del delito. Pero de ser víctimas del delito. Y además con la gravedad de que la minoría de edad supone un gravamen de victimización al no poder comprender por qué la pareja de su madre actúa de esta manera con ellos, y más aún con el consentimiento y aceptación de esta última por lo que es condenada también. Ello origina en estas víctimas una "incomprensión" que se integra en el sufrimiento del maltrato y les victimiza más aún como se ha reflejado en las dos sentencias dictadas con detalle.»

9. Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 544/2022 de 1 Jun. 2022, Rec. 2163/2020

Se trató en esta sentencia de un caso de agresión sexual en el contexto de la relación de pareja durante muchos años finalmente denunciado por la mujer y la condena reconociendo el prevalimiento en contexto de violencia habitual durante la relación matrimonial.

La docilidad no puede ser interpretada ni como aceptación ni como un natural desarrollo de la relación matrimonial

El TS afirma la «concurrency del abuso de superioridad que en el plano moral tiene una persona que pone a su servicio una condición o cualidad que instrumentaliza en su beneficio particular con la finalidad de cohibir la resistencia de la víctima. Se configura genéricamente como un supuesto de desnivel notorio entre las posiciones de ambas partes, en las que una de ellas se encuentra en una manifiesta situación de inferioridad que restringe de modo relevante su capacidad de decidir libremente (consentimiento viciado), y la otra se aprovecha deliberadamente de su posición de superioridad. Se aprecia en un entorno de violencia machista de dominación y maltrato en la que el acusado sometió a su esposa a lo largo de los años, obteniendo en claro desprecio a la libertad sexual de la víctima, el consentimiento para mantener las relaciones sexuales requeridas. Concorre una clara victimización excluyente de la voluntaria asunción de roles en la que se basa absolución de apelación.

La docilidad no puede ser interpretada ni como aceptación ni como un natural desarrollo de la relación matrimonial sino como un evidente indicativo de la particular lesividad que debe atribuirse a dichas situaciones de terror doméstico prolongado en el tiempo.»

10. *Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 572/2022 de 8 Jun. 2022, Rec. 2493/2020*

¿Cuándo se entiende que existe maltrato habitual? ¿Qué es habitualidad en el hogar?

Viene a recoger esta sentencia la relevancia de los pronunciamientos de la doctrina jurisprudencial con respecto al delito de violencia psicológica habitual poniendo de manifiesto que lo relevante será:

«Constatar si en el "*factum*" se describe una conducta atribuida al recurrente que atenta contra la paz familiar y se demuestra en agresiones que dibujen ese ambiente de dominación y temor sufrido por los miembros de la familia, abstracción hecha de que las agresiones hayan sido o no denunciadas o enjuiciadas y que permitan la obtención del juicio de certeza sobre la nota de habitualidad que junto con el ataque a la paz familiar constituyen así dos coordenadas sobre las que se vertebra el tipo penal.

Por ello, la reiteración de conductas de violencia física y psíquica por parte de un miembro de la familia, unido por los vínculos que se describen en el precepto, o que mantenga análogas relaciones estables de afectividad constituyen esta figura delictiva»

Y en este caso apelando a lo que se entiende por habitualidad podemos sistematizar los aspectos relevantes, a saber:

1.- La actitud violenta del agresor por su repetición.

Los concretos actos de violencia solo tienen el valor de acreditar la actitud del agresor, y, por ello, ni el anterior enjuiciamiento de estos actos impide apreciar la existencia de este delito (se estaría en un supuesto de concurso de delitos, art. 77, y no de normas) ni se precisa tal enjuiciamiento, bastando la comprobada realidad de la situación que se denuncia.

2.- La permanencia en el maltrato.

Lo relevante para apreciar la habitualidad, más que la pluralidad en sí misma, es la repetición o frecuencia que suponga una permanencia en el trato violento, siendo lo importante que el Tribunal llegue a la convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente. Esta es la

postura más correcta. La habitualidad no debe interpretarse en un sentido jurídico de multireincidencia en falta (delitos leves) de malos tratos —lo que podría constituir un problema de *non bis in idem*—, parece más acertado optar por un criterio naturalístico entendiendo por habitualidad la repetición de actos de idéntico contenido, pero no siendo estrictamente la pluralidad la que convierte a la falta (delito leve) en delito, sino la relación entre autor y víctima más la frecuencia con que ello ocurre, esto es, la permanencia del trato violento, de lo que se deduce la necesidad de considerarlo como delito autónomo». En el mismo sentido, respecto del concepto de habitualidad, ya se pronunciaba también, en términos muy semejantes y entre muchas otras, nuestra STS 554/2021, de 23 de junio (LA LEY 94086/2021).

3.- El clima de dominación o intimidación.

La sentencia número 351/2021, de 28 de abril, citando la doctrina contenida en los números 765/2011, de 19 de julio y 663/2015, de 28 de octubre, proclama: «La habitualidad no es un problema aritmético de número mínimo de comportamientos individualizados que han de sumarse hasta alcanzar una determinada cifra. Menos aún puede exigirse un número concreto de denuncias. Responde más a un clima de dominación o intimidación, de imposición y desprecio sistemático que los hechos probados describen de forma muy plástica y viva. La jurisprudencia de esta Sala ha forjado una línea doctrinal indicando que la apreciación de ese elemento no depende de la acreditación de un número específico de actos violentos o intimidatorios. Lo determinante es crear una atmósfera general de esa naturaleza, que trasluzca un afianzado instrumento de superioridad y de dominio hacia la víctima, lo que sería producto de una reiteración de actos de violencia psíquica o física de diversa entidad, a veces nimia, pero cuya repetición provoca esa situación que permite hablar de habitualidad».

4.- Clima habitual de violencia, sujeción y dominación

La STS 421/2022, de 28 de abril (LA LEY 71010/2022), declara que el tipo del artículo 173.2 CP (LA LEY 3996/1995) se aproxima, por tanto, a la categoría de los «delitos de estado» en los que se crea un resultado antijurídico mediante la generación de un clima habitual de violencia, sujeción y dominación que se proyecta sobre todos los que hayan quedado encerrados, valga la expresión, en dicho círculo. Resultado, insistimos, diferenciado de los que se deriven de las específicas acciones de violencia psíquica o física contra una o varias de las concretas personas afectadas. En consecuencia, la habitualidad que reclama el tipo no se mide por una simple reiteración de actos violentos típicos o el cómputo de un número determinado de acciones típicas contra cada una de las personas afectadas.

5.- La identificación de un efecto duradero del maltrato habitual.

La clave reside en la identificación de un efecto duradero del, como se precisa en la STS 556/2020 (LA LEY 147581/2020), «ambiente infernal e irrespirable que envolverá la convivencia», a partir de los actos de violencia o cosificación dirigidos en el tiempo sobre el mismo o diferentes sujetos pasivos de los previstos en el precepto.

11. *Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 684/2021 de 15 Sep. 2021, Rec. 10154/2021*

Se trató en este caso de malos tratos habituales ejercidos sobre su pareja sentimental. El Tribunal Supremo desglosa y destaca las características del maltrato habitual ante un caso de condena por maltrato habitual, amenazas y agresión sexual a la hija de su pareja de 14 años.

Pero lo importante de esta sentencia es la relación concreta que se lleva a cabo de las características del maltrato habitual que el propio Tribunal Supremo lo pone de manifiesto con la denominación del ***Abecedario del maltrato habitual.***

«Podríamos, también, llevar a cabo y citar una serie de características que describen el maltrato habitual, como tipo penal que evidencia con fuerza la humillación y sometimiento que sufren las víctimas en el hogar, bajo las siguientes notas a destacar que han sido fijadas por la Jurisprudencia de esta Sala y que exponemos de forma sistemática, a saber:

a.- Con el maltrato habitual el bien jurídico que directa y específicamente protege el artículo 173.2 del Código Penal (LA LEY 3996/1995) es la pacífica convivencia entre personas vinculadas por los lazos familiares o por las estrechas relaciones de afecto o convivencia a las que el propio tipo se refiere.

b.- En la mayoría de ocasiones, la única prueba con entidad suficiente para sustentar la condena del acusado será precisamente el testimonio de la víctima, por lo que no puede prescindirse de la misma, bajo pretexto de alegato de la duda de que la declaración de la víctima no puede operar como única prueba para sustentar una condena, como ya ha declarado esta Sala. Nos movemos, entonces, en el terreno de la valoración de la prueba, que nos lleva al respeto del principio de inmediación, que no tiene alcance en sede casacional. La declaración de la víctima es prueba de cargo bastante a analizar por el juez o Tribunal que actúa desde su atalaya infranqueable de la inmediación.

c.- Mediante el maltrato habitual se ejerce un clima de «insostenibilidad emocional» en la familia mediante el empleo de una violencia psicológica de dominación llevada a cabo desde la violencia física, verbal y sexual, por la que ejerce esa dominación que intenta trasladar a los miembros de la familia y lo consigue de facto.

d.- Mediante el maltrato habitual el autor de este delito ejerce y pone de manifiesto el mensaje que pretende trasladar a los miembros del núcleo familiar mediante una subyugación psicológica que pone de manifiesto mediante el ejercicio de la violencia.

e.- El maltratador habitual desarrolla, así, con su familia un mensaje claro y diáfano de la que podríamos denominar jerarquización de la violencia familiar.

f.- Se sanciona la misma habitualidad, por cuanto supone un plus de reprochabilidad penal por una conducta típica, antijurídica, culpable y punible cuya perversidad se exterioriza por la reiteración, que es lo que le dota de autonomía frente a los actos individuales que conforman la habitualidad y sin que de ello pueda inferirse un atentado a la prohibición del *bis in idem*, al tratarse de una manifestación autónoma que el propio texto penal considera de forma independiente a cada una de las formas en las que se manifiesta esta actitud violenta.

g.- Se refleja, así, por la doctrina que el maltrato habitual en la violencia doméstica es un delito autónomo cuyo bien jurídico protegido es la integridad moral de la víctima, tratando de impedir la vivencia en un estado hostil y vejatorio continuo. Y, lo que es importante, su forma de manifestación puede ser física, pero, también, psicológica, pudiendo causar, incluso en algunos casos, más daño a las víctimas el psicológico que el físico, por cuanto aquél puede que ni tan siquiera lleguen a percibir que están siendo víctimas, lo que agrava más el hecho de la no denuncia en muchos casos y la permanencia en el tiempo del maltrato psicológico que puede afectar, y de gravedad, a la psique.

h.- Además, en lo que atañe a la relación concursal entre el delito de maltrato habitual del artículo 173.2 CP (LA LEY 3996/1995) y los delitos de maltrato individual del artículo 153.1 CP (LA LEY 3996/1995), recuerda la doctrina que el delito del artículo 173.2 CP (LA LEY 3996/1995) mantiene su autonomía respecto de los eventuales tipos que puedan resultar de los actos violentos que repetidos constituyen su sustrato y esencia. Véase la cláusula de salvaguardia del concurso de delitos del artículo 173.2 *in fine* CP. (LA LEY 3996/1995)

Así, el art. 173 es compatible con la sanción separada de los distintos hechos violentos ejercidos sobre la víctima.

i.- La autonomía delictiva del artículo 173.2 CP (LA LEY 3996/1995) respecto de los actos violentos habituales que lo integran radica en el bien jurídico protegido. El delito del artículo 173.2 CP (LA LEY 3996/1995) se consuma cuando la actuación se manifiesta de manera habitual y determina la creación de una convivencia insoportable para la víctima, la cual vive y respira en una situación de miedo, depresión y ansiedad, temiendo, incluso, por su vida, todo lo cual implica un claro desconocimiento, por parte del acusado, de la dignidad personal de la mujer.

j.- La conducta que se sanciona en el art. 173.2 es distinta de las concretas agresiones cometidas contra esas personas, lo que se corresponde con el inciso final del precepto, que establece la pena para la violencia habitual sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica. La conducta típica viene, pues, integrada por una forma de actuar y de comportarse de manera habitual en la que la violencia está constantemente presente, creando una situación permanente de dominación sobre las víctimas, que las atemoriza impidiéndoles el libre desarrollo de su vida. Tal forma de actuar se traduce y se manifiesta en distintos actos agresivos, de mayor o menor entidad, pero siempre encuadrados en aquel marco de comportamiento.

k.- En los casos de maltrato habitual que se prolonga a lo largo del tiempo puede haber concreción, o no, de fechas, y puede ser difícil que la víctima o víctimas las recuerden con detalle, ya que pueden referir el estado permanente del maltrato, pero en la mayoría de los casos se trata de una conducta repetitiva, lo que no provoca indefensión.

l.- La habitualidad no es un problema aritmético de número mínimo de comportamientos individualizados que han de sumarse hasta alcanzar una determinada cifra. Menos aún puede exigirse un número concreto de denuncias. Responde más a un clima de dominación o intimidación, de imposición y desprecio sistemático que los hechos probados describen de forma muy plástica y viva.

ll.- La apreciación de ese elemento de habitualidad no depende de la acreditación de un número específico de actos violentos o intimidatorios. Lo determinante es crear una atmósfera general de esa naturaleza, que trasluzca un afianzado instrumento de

superioridad y de dominio hacia la víctima, lo que sería producto de una reiteración de actos de violencia psíquica o física de diversa entidad, a veces nimia, pero cuya repetición provoca esa situación que permite hablar de habitualidad.

m.- La habitualidad, así configurada, responde a un concepto criminológico-social más que jurídico-formal. Será conducta habitual la del que actúa repetidamente en la misma dirección con o sin condenas previas, que de existir, hay prueba de aquella, aunque no la única vía para su acreditación.

n.- El maltrato habitual genera la existencia de un solo delito aun cuando ese clima habitual violento pueda afectar a varios de los sujetos pasivos mencionados en el precepto y sin perjuicio, claro está, del concurso real que pueda trazarse con los distintos delitos que contra bienes jurídicos individuales se hayan podido cometer en ese contexto relaciona. La pluralidad de sujetos afectados, insistimos, no transforma la naturaleza unitaria del delito del artículo 173.2 CP (LA LEY 3996/1995) en tantos delitos homogéneos como personas mencionadas en el tipo hayan soportado directamente el clima habitual de violencia creada por el autor.

ñ.- El tipo del artículo 173.2 CP (LA LEY 3996/1995) se aproxima a la categoría de los delitos de estado en los que se crea un resultado antijurídico que no aparece vinculado a una concreta identidad del sujeto pasivo, mediante la generación de un clima habitual de violencia, sujeción y dominación que se proyecta sobre todos los que, con independencia de su número, hayan quedado encerrados, valga la expresión, en dicho círculo. Resultado, por tanto, diferenciado de aquellos que se deriven de las específicas acciones de violencia psíquica o física contra una o varias de las concretas personas afectadas.

o.- Con el maltrato habitual se ejerce un «ambiente infernal e irrespirable que envolverá la convivencia», a partir de los actos de violencia o cosificación dirigidos en el tiempo «sobre el mismo o diferentes sujetos pasivos de los previstos en el precepto», resultando incluso indiferente que algunos de tales actos hubieren sido ya enjuiciados.

p.- El número de personas directamente afectadas por dicho clima violento duradero, como la frecuencia con que se reiteren los actos de violencia, la naturaleza concreta de los comportamientos, o el daño que los actos de dominación puedan irradiar a los demás integrantes de la unidad familiar, servirán como parámetro para evaluar los indicadores

de antijuridicidad de la acción y el alcance de la culpabilidad del responsable. Datos todos ellos que deberán ser tomados en cuenta para la individualización de la pena a imponer.

q.- El maltrato habitual se configura con unas características de especial crueldad en el autor que en el círculo de su propio hogar familiar ejerce un maltrato prolongado, y que aunque se desdobra en actos aislados de hechos que pueden conllevar, individualmente considerados, una penalidad reducida, la reiteración en esos hechos provoca un doble daño en la víctima, tanto físico si se trata de agresiones causando lesión o sin causarlas, o en expresiones con rango de maltrato psíquico, por afectar a la psique de las víctimas, no solo las expresiones que se profieren, sino el maltrato físico habitual viniendo del autor del que vienen los hechos, que no se trata de un tercero ajeno a las víctimas, sino de la pareja de la víctima, o el padre de las mismas, como aquí ocurre, lo que agrava el padecimiento de las víctimas de violencia de género y doméstica.

r.- El maltrato habitual produce un daño constante y continuado del que la víctima, o víctimas tienen la percepción de que no pueden salir de él y del acoso de quien perpetra estos actos, con la circunstancia agravante en cuanto al autor, de que éste es, nada menos, que la pareja de la víctima, lo que provoca situaciones de miedo, incluso, y una sensación de no poder denunciar.

s.- En el maltrato habitual puede que el silencio haya sido prolongado en el tiempo hasta llegar a un punto en el que, ocurrido un hecho grave, se decide, finalmente, a denunciar por haber llegado a un límite a partir del que la víctima ya no puede aguantar más actos de maltrato hacia ella y, en ocasiones, también, hacia sus hijos.

t.- El retraso en denunciar la víctima los actos de maltrato habitual no puede ser tenido en cuenta para minimizar la credibilidad de la declaración de la víctima por las propias características de este tipo penal en el que el silencio de las víctimas se manifiesta como una de las más relevantes, lo que agrava el resultado lesivo emocional y físico de las víctimas al final de este recorrido de maltrato.

u.- Ello va unido a que cuando la víctima se decide a denunciar, o a querer romper su relación ante el carácter insoportable del que se ejerce sobre ella y sus hijos se incrementa el riesgo de que los actos de maltrato pasen a un escenario de «incremento grave del riesgo de la vida de la víctima», ya que si ésta decide comunicar la necesidad de una ruptura de la relación, o le denuncia por esos hechos, el sentimiento de no querer aceptar

esa ruptura el autor de los mismos provoca que pueda llegar a cometer un acto de mayor gravedad, y que puede dar lugar, incluso, a actos de la denominada violencia vicaria.

v.- En el maltrato habitual la inexistencia de denuncias previas no es entendible como una declaración no cierta o inexacta, o que la víctima falta a la verdad, ya que la existencia de denuncias previas no es un requisito *sine qua non* exigido en la valoración de la prueba de la víctima en el delito de malos tratos.

x.- Que la víctima se decida, al final, a denunciar los malos tratos habituales tras un hecho de gravedad, no altera su credibilidad, y es obvio que la relación que mantengan no sea buena, y más aún cuando tras la convivencia, o durante ella, ha habido malos tratos. Pero ello no tiene por qué conllevar a que en la declaración de la víctima se entienda que siempre y en cualquier circunstancia existe una duda acerca de su credibilidad. No puede alegarse que ello es por resentimiento, y no quiere decir que la víctima mienta, sino que el resentimiento existe de cualquier modo, pero por esa existencia del maltrato, lo que no debe llevarnos a dudar de que lo que declara acerca de un hecho concreto sea incierto.

y.- La redacción del art. 173.2 CP (LA LEY 3996/1995) que sanciona la mera conducta habitual del maltrato como tipo penal autónomo tiene una específica misión de impartir un mayor reproche penal a una conducta tan execrable como lo es el maltrato reiterado.

z.- La relación de «sometimiento psicológico» que provoca el maltrato, y que puede plasmarse en secuelas graves psíquicas, determina la paralización de tomar decisiones libres a la víctima, ya que la víctima no es consciente de que esté siendo victimizada, porque la dominación y subyugación del autor del delito de maltrato permite conseguir que la víctima no pueda salir del ciclo de la violencia habitual que ejerce el autor.

12. Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 349/2019 de 4 Jul. 2019, Rec. 10079/2019

Se trató de un acceso carnal inconsciente con su pareja sentimental, mediante el ejercicio de violencia.

Se trata en primer lugar del concepto que se suele alegar en muchos recursos de casación acerca de la contradicción en las declaraciones de la víctima, y al respecto se recoge que:

«En esta línea, suele confundirse la existencia de matices en las declaraciones de víctimas y testigos, ampliatorias unas de otras, con la realidad de lo que debe entenderse por una

declaración contradictoria, en cuanto viene a suponer que se contrapone o contradice de modo absoluto con lo declarado en una fase y otra.

Ello suele darse cuando los acusados declaran en la fase sumarial a presencia letrada y en el juicio oral y existe una abierta contradicción entre ambas declaraciones, o lo mismo ocurre con los testigos. En estos supuestos es sabido que la vía procedente es la de la lectura de las declaraciones sumariales para "elevarlas al plenario" y poder el Tribunal llevar a cabo su función valorativa, otorgando más valor o credibilidad a una declaración frente a otra y motivando este alcance de la convicción.

Pero en estos supuestos se trata de una práctica operativa distinta, ya que aquí sí que concurre una patente y clara contradicción al modo y manera de declaraciones esencialmente diferentes. De ello se evidencia que no puede predicarse lo mismo de las "contradicciones" en las declaraciones expuestas anteriormente y que se ubican en matices ampliatorios, aclaratorios, o complementarios de iniciales declaraciones, con las básicamente contradictorias a las que nos referimos en el segundo de los supuestos.

En este caso no se da el **concepto de contradicción relevante**»

Nos encontramos, pues, con la idea de que no es válida cualquier referencia a una contradicción para que se pueda poner en duda la declaración de la víctima y su valoración por el tribunal, sino que tiene que atenderse al concepto de **contradicción relevante** al modo de oposición radical en lo que es la manifestación efectuada por la víctima y una contundente contradicción específica con lo declarado posteriormente que anula ambas declaraciones y deja sin efecto el concepto de credibilidad en la declaración de la víctima.

Resulta importante esta sentencia, también, por la referencia a las dificultades que tienen muchas víctimas en denunciar los hechos de maltrato que padecen en el hogar, y que, finalmente, lo hacen por un hecho sumamente grave que, sumado a los anteriores sufridos durante largo tiempo, les hace estallar en su cerebro y se deciden a denunciar en una especie de ¡Basta ya! que les lleva a coger fuerza para formular denuncia y acabar con el maltrato en el hogar.

Sin embargo, para luchar contra este maltrato en muchas ocasiones tienen que hacerlo no solo frente al maltratador, sino, también, frente al entorno del mismo, y, en ocasiones frente a su propio entorno que les expone que no denuncien, porque «ella no trabaja» y «qué pasará con los hijos», como si fuera peor el escenario post denuncia que el propio de la victimización en el hogar.

Se destaca, así, que:

«La víctima de malos tratos no puede estar sometida a un doble proceso de victimización que se ejerce sobre su propio agresor y, además, sobre el entorno del agresor que oculta y silencia los hechos de malos tratos.

Es por ello por lo que la víctima puede llevar a cabo hechos que luego se alegan en su contra pero que no pueden hacer dudar su credibilidad y que se refieren, entre otros a:

- 1.- Silenciar los hechos de maltrato y luego relatarlos cuando decide denunciar por un hecho más grave o no poder seguir soportándolos.
- 2.- Realizar unas primeras declaraciones más pobres en detalles y más adelante en el plenario poner más matices sobre los hechos.
- 3.- Negar primero que los hechos han ocurrido por miedo a la reacción de su agresor, o razones de dependencia emocional o económica y luego contar la verdad.

La falta de denuncia de hechos previos por la víctima no puede convertirse en dudas acerca de su credibilidad por su denuncia tardía. Problemas ante la presión ejercida por el entorno del autor»

Pues bien, con respecto a lo que reseñábamos acerca de ese silencio del entorno de la víctima señala la sentencia que:

«Se habla, así, del silencio cómplice del entorno de la víctima de malos tratos y el acoso cómplice del entorno del agresor, o llegar mucho más lejos, como reconoce el Tribunal en este caso, cuestionando ese entorno del agresor la credibilidad de la víctima en estos momentos, negando la existencia del maltrato. Estas situaciones provocan una clara cifra negra de la criminalidad derivada de situaciones, como la que aquí se ha producido, en torno al silencio derivado de la soledad de la víctima. ... No obstante, el sentimiento de temor de las víctimas ante lo que pueda ocurrir es lo que provoca el rechazo a la denuncia, junto con la falta de ayuda de su entorno.»

Es preciso, por ello, huir de ese silencio del entorno ya que es precisamente éste el que debe ayudar a las víctimas a salir del escenario del maltrato habitual en el hogar para dejar de ser ese lugar inseguro en que se ha convertido o la conducta del agresor.

13. Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 658/2019 de 8 Ene. 2020, Rec. 10291/2019

Se trata este de un caso sumamente grave de malos tratos habituales sobre la pareja con constantes agresiones físicas y humillaciones que se repetían de modo frecuente, de modo que la víctima vivía bajo constante amenaza y sometida al acusado. Incluso, en este caso el acusado obligó a la víctima a abortar en clínica autorizada. Y fue este el momento en el que la víctima decidió formular la denuncia al no soportar ya ser sometida a tan reiterada victimización.

Se pone de manifiesto en este caso el concepto de la **resiliencia** como factor a tener en cuenta en el maltrato habitual en el hogar. Veamos.

«El presente caso y la gravedad de los acontecimientos que ha sufrido la víctima pueden enmarcarse en lo que se denomina **la resiliencia de la víctima de malos tratos físicos, psíquicos, y/o sexuales**. Es sabido que **la resiliencia es la capacidad de los seres humanos para adaptarse positivamente a las situaciones adversas**.

Se suele explicar, también, que la resiliencia es la capacidad de tener éxito de modo aceptable para la sociedad, a pesar de un estrés o de una adversidad que implica normalmente un grave riesgo de resultados negativos, y, asimismo, también se define como un proceso de competitividad donde la persona debe adaptarse positivamente a las situaciones adversas. Resulta importante ubicar esta posición de la víctima según el relato de hechos probados y las dificultades de poder salir de este círculo que "había tejido el recurrente". Por ello, ahondando en este concepto se añade que esa capacidad de resistencia se prueba en situaciones de estrés, como por ejemplo el debido a la pérdida inesperada de un ser querido, al maltrato o abuso psíquico o físico, a prolongadas enfermedades temporales, al abandono afectivo, al fracaso, a las catástrofes naturales y a las pobrezas extremas. Podría decirse que la resiliencia es la entereza más allá de la resistencia. Es la capacidad de sobreponerse a un estímulo adverso.

Es por ello que **este tema puede tener una gran importancia en casos de maltrato físico o psíquico, o de abusos sexuales en entorno familiar en donde el silencio se ha apoderado de la víctima**, bien sea por la menor edad de los menores que están intimidados por el agresor, o de maltrato físico o psíquico en pareja que convive y en los que el silencio de la víctima al agresor se convierte en un patrón en la conducta de la víctima que no puede tener la suficiencia fuerza como para denunciar esta situación que está sufriendo.

Lo positivo de la resiliencia se convierte en algo negativo que impide a las víctimas encontrar soluciones al problema que están sufriendo y produce una prolongación de la agresión

La resiliencia puede percibirse como una reacción positiva que le hace a una persona ser fuerte ante situaciones adversas, pero en estos dos contextos que hemos explicado, esta capacidad que puede ser positiva en otros, se nos presenta como un auténtico "hándicap" si afrontamos esta capacidad de asumir la situación adversa con la inexistencia de la búsqueda de soluciones ante el hecho agresivo físico, psíquico o sexual que se está produciendo en el entorno del hogar. Con ello, lo positivo de la resiliencia se convierte en algo negativo que impide a las víctimas encontrar soluciones al problema que están sufriendo y produce una prolongación de la agresión que llevará a un punto de provocar lesiones psíquicas en muchos casos, ya que se llega a confundir la "capacidad de resiliencia" con una especie de situación de síndrome de Estocolmo, donde la víctima no llega a percibir que es víctima, y que incluso es, o puede ser, responsable de la situación de victimización que está sufriendo.

Comprobamos, con ello, que **la capacidad de poder soportar el sufrimiento se nos presenta como algo que podría ser positivo y se nos transforma en negativo si con esa capacidad para asumir lo negativo de una situación resulta imposible salir de la misma y la continuidad del maltrato, acoso, o agresión sexual permanece hasta elevadas cotas** que hacen muy complicado cuando se descubre el hecho hacer sanar el dolor padecido en estos supuestos.

Lo relevante en estos supuestos es que en el exterior, o entorno de quien padece el sufrimiento se pueda detectar de forma ágil para evitar que una víctima de uno de estos hechos y con alta capacidad de resiliencia pueda soportar esta situación de una forma reiterada, sin tener capacidad de poder salir de la misma y afrontándolo por una aparente resistencia al sufrimiento que siempre tiene unos límites, superados los cuales se puede llegar a sufrir una grave secuela, como en este caso se ha declarado probado, y que tardará tiempo en curar y que puede tener negativas consecuencias en la víctima.»