

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 477/2009 de 10 noviembre.

RESUMEN

El Tribunal Supremo considera que para que exista maltrato habitual es necesario que la conducta realizada por el agresor sea activa.

[...]

I. ANTECEDENTES

PRIMERO

El Juzgado de Instrucción núm. 5 de Ciudad Real incoó Procedimiento Abreviado núm. 46/2005 por delito continuado de estafa, lesiones y maltrato habitual, contra Bárbara y una vez concluso lo remitió a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de dicha Capital, que con fecha 23 de junio de 2008, en el rollo nº 24/2006, dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"La acusada Bárbara , mayor de edad y sin antecedentes penales, aprovechando la relación cuasifamiliar que desde antiguo tenía con Laura , nacida el día 31 de enero de 1992, al haber servido ésta a la familia de aquélla durante largos periodos y conocedora de la situación de soledad y desamparo en la que se encontraba Laura al carecer de descendencia y no tener familia directa en Ciudad Real, habiendo fallecido su esposo el día 15 de enero de 2002 cuando ya un año antes había ingresado en una residencia de mayores, estando la misma sola en su domicilio sito en la CALLE000 núm. NUM000 de Ciudad Real; procedió la acusada con ánimo de lucro a idear la forma de aprovecharse de dicha situación de Laura en su propio beneficio. De este modo y a partir de fecha indeterminada pero a inicios de 2001 la acusada fue convenciendo a Laura de la necesidad de su ayuda y asistencia para la vida cotidiana, llevándola a residir a su domicilio a mediados de tal año, todo lo cual generó un progresivo estado de confianza de Laura en la acusada en el manejo y control de su vida, tanto en el aspecto vital de alimentación y sustento como en el desarrollo de tal designio criminal lucrativo y ganada la confianza de Laura por sus atenciones hacia la misma, la acusada consiguió que aquélla aperturase en nombre de ambas y con facultades indistintas de disposición una cuenta en la entidad Caja Castilla La Mancha con fecha 27 de julio de 2001 sin saldo alguno (núm. de cuenta NUM001), y en la que consiguió que se depositase la suma de 15.025,30 euros con fecha 7 de noviembre de 2001 metálico éste proveniente de la cuenta titularidad de Laura en la entidad BSCH núm. NUM002 y desde la que en la misma fecha de 7 de noviembre de 2001 habían sido extraídos 36.115,90 euros por Laura y entregado a la acusada, habiendo la misma incorporado a su patrimonio el metálico restante no depositado en aquélla primera cuenta.- No contenta la acusada con tales hechos y aprovechando su cotitularidad respecto de la cuenta en CCM núm. NUM001 , desde el día 13 de noviembre al 13 de diciembre de 2001, y mediante 12 operaciones bancarias de reintegro sin libreta y cheques vino a apropiarse de aquélla suma de 15.025,30 euros dejando a la cuenta corriente con el saldo de 0,07 euros privando de este modo a Laura del metálico íntegro que constituía sus ahorros. Posteriormente y en ejecución de tal designio criminal defraudatorio la acusada ha venido incorporando a su patrimonio con total desconocimiento de Laura las cantidades que la misma percibía en concepto de pensión mensual de la TGSS en dicha cuenta, desde el mes de febrero de 2002 al mes de noviembre de 2004 y por importe total de 15.019,92 euros cuenta que desde aquélla fecha únicamente contaba con los ingresos provenientes de tal pensión.- Asimismo la acusada en ejecución del plan preconcebido

que se viene narrando y ganada absolutamente la confianza de Laura por las mendaces promesas de cuidado y atención a su persona y la actividad que a tal fin venía desarrollando mediante su integración en el núcleo familiar de la acusada en el modo antes expuesto, vino a determinar la voluntad de aquélla para que otorgase escritura pública de fecha 24 de diciembre de 2003 mediante la que vino a donar a la acusada, sin contraprestación económica alguna, bajo la apariencia de compraventa, la vivienda titularidad de Laura y sita en la CALLE000 núm. NUM000 NUM003 NUM004 , de Ciudad Real (cuyo valor tasado pericialmente asciende a 68.220 euros), teniendo Laura en aquellas fechas, por otra parte, normalmente conservadas sus capacidades de entender y querer, pese a lo cual y fruto de un deterioro rápido y progresivo a finales del año 2004, vino a determinar su incapacitación judicial mediante Sentencia dictada con fecha 4 de marzo de 2005 por el Juzgado de Primera Instancia de Almadén en los autos 136/2004 habiéndose conferido su tutela a la Fundación Mayores de la Comisión de Tutelas de la Junta de Comunidades de Castilla de La Mancha. Mediante escritura pública de fecha 20 de julio de 2004 la acusada enajenó aquélla vivienda a la ciudadana rumana María Esther, siendo ésta desconocedora de los hechos anteriormente narrados.- Las conductas que se acaban de describir vinieron a provocar una profunda y severa pérdida por Laura de su haber patrimonial mobiliario e inmobiliario, necesario para su sustento. - Alertados en los meses de marzo y abril de 2004 los servicios de asistencia social hospitalarios de la situación de deterioro físico de Laura a consecuencia de los numerosos ingresos hospitalarios protagonizados por la misma a partir del año 2003 y de anteriores seguimientos, se vino a intentar gestionar su ingreso en un centro de mayores ante la resistencia y obstruccionismo sistemático desarrollado por la acusada, hasta que con fecha 30 de abril de 2004 y con el consentimiento de Laura se consiguió dicho ingreso voluntario en una Residencia Asistida de Mayores de Remar sita en la localidad de Agudo (Ciudad Real), no habiendo podido satisfacer Laura la cuota que le correspondía para el pago de tal residencia al haber venido la acusada incorporando a su patrimonio el importe de aquellas pensiones hasta que cursada judicialmente orden a la TGSS se vinieron a partir de noviembre de 2004 a ingresar los importes de aquellas en una nueva cuenta que abrió Laura y desde la que se ha venido satisfaciendo el importe correspondiente de aquéllas residencia (cuenta de UNICAJA núm. NUM007).- Asimismo la acusada prevaliéndose de la confianza de Laura y de su situación de desamparo familiar, antes narrada, con conocimiento de las consecuencias de su conducta, las que fueron aceptadas, de manera consciente y sistemática, sobre todo a partir del verano del año 2003, fue haciendo objeto a Laura de continuos malos tratos psíquicos, presionándola para que siguiese conviviendo con la acusada y no ingresara en una residencia asistida, lo que fue advertido por los servicios sociales a principios de 2004. De igual modo la acusada vino a someter a Laura a un severo régimen de privación alimenticia que vino a motivar el que el 18 de enero de 2004 ingresara en el servicio de urgencias del Hospital de Alarcos de Ciudad Real evidenciando un severo estado de desnutrición y deshidratación permaneciendo ingresada en dicho centro hasta el día 23 de enero de 2004, hasta obtener el alta tras el oportuno tratamiento médico fundamentalmente consistente en una alimentación equilibrada y pauta que Laura aceptó gustosamente de modo voluntario. Como quiera que la acusada seguía con su designio criminal y a pesar de la información médica suministrada a la misma en el alta de fecha 23 de enero de 2004, continuó desatendiendo y malnutriendo a Laura en su domicilio, lo que provocó un nuevo ingreso hospitalario de ésta el día 22 de febrero de 2004, aquejada de un grave cuadro de desnutrición y deshidratación con atrofia muscular en extremidades. Tras un mes de igual tratamiento médico mediante ingreso y estancia hospitalaria, Laura con fecha 28 de abril de 2004 consiguió un íntegro

restablecimiento físico y psíquico que le permitía llevar una vida normal y autónoma aunque con las lógicas y leves limitaciones de su avanzada edad."

SEGUNDO

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLAMOS.- Que por unanimidad debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a la acusada Bárbara como autora de criminalmente responsable de un delito continuado de estafa agravada de los artículos 248, 250 /1 1º, 6º y 7º y 2 y 74 del C.P ; de un delito de maltrato habitual sobre persona integrada en el ámbito familiar del art. 173/2 y 3 del C.P, y de un delito de lesiones del artículo 147/1 del C.P ., precedentemente definidos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal [...]

TERCERO

Notificada la sentencia a las partes personadas se preparó recurso de casación por la procesada Bárbara , que se tuvo anunciado [...]

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO DE INTERÉS

[...]

QUINTO

En el motivo primero se cuestiona también la existencia de infracción de ley por lo que concierne a la tipificación de los hechos probados como constitutivos de un delito de violencia del artículo 173.2 del Código Penal.

La sentencia recurrida establece que desde el verano de 2003, comienza un comportamiento de la acusada hacia la víctima consistente en: 1º.- la somete a un "severo régimen de privación alimenticia" y 2º.- despliega una fuerte "resistencia y obstruccionismo sistemático" para impedir que los servicios sociales procuren un ingreso en residencia de ancianos, objetivo al que también contribuye mediante " continuos malos tratos psíquicos (sobre la víctima) presionándola para que siguiese conviviendo con la acusada ".

Consecuencia de tal comportamiento de la acusada fueron los cuadros de desnutrición y deshidratación de la víctima que obligaron a, al menos, dos ingresos hospitalarios (en 18 de enero y 22 de febrero de 2004).

Desde tales premisas infiere la Sala de instancia que el maltrato se llevó a cabo con "la finalidad de ejercer sobre Laura una posición de dominio absoluto que a la vez facilitase la comisión de los actos defraudatorios".

Es muy relevante la advertencia del hecho declarado probado conforme al cual la víctima mantenía "normalmente conservadas sus capacidades de entender y querer".

Eliminada la base de partida de la argumentación de la recurrida que, como dejamos dicho, consistía en afirmar la instrumentalidad de los maltratos a la víctima para un designio criminal que, convenimos, era de arbitraria afirmación, tampoco parece razonable la afirmación sobre la violencia.

Algunos datos deben ser valorados para determinar la existencia de aquel maltrato.

La víctima conservaba en agosto de 2004 intactas sus facultades intelectivas y volitivas. Esa es la fecha de su declaración sumarial y dice la sentencia recurrida que el deterioro de las citadas facultades surge de manera precipitada en "finales del año 2004" Los ingresos por problemas de desnutrición ocurren varios meses antes.

En agosto de 2004 declara al Juez, (folio 101 del sumario examinado al amparo del artículo 899 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) con la insólita e irregular, cuando menos, presencia de la asistente social, y cuando ya vivía en una residencia, siendo por ello inmune a eventuales interferencias de la acusada.

En tal declaración, tras responder a las preguntas de orden económico de la relación con la acusada, da cuenta sobre la asistencia recibida, diciendo que la acusada la dejaba sola cuando se iba a trabajar, tarea de la que, sobre las tres o las cuatro, llegaba para hacerle la comida. Que le daba de desayunar leche o hierbas, a veces caliente y a veces fría. Y concluye con el siguiente programa alimenticio del que la víctima da cuenta en esa declaración literalmente: por la mañana desayunaba sobre las nueve, comía sobre las tres o cuatro y por la noche a las ocho o las nueve. (sic)

Ni una sola palabra en tal declaración sobre la insuficiencia de esa alimentación, ni sobre la falta de disponibilidad de alimentos durante el resto del día.

Pese a la vigilante presencia de una persona ajena a la instrucción en tal acto procesal, como era la de la asistente social, el Juez no estimó pertinente formular alguna pregunta que evidenciase indolencia asistencial. Menos aún malevolencia al efecto.

Muy al contrario, la declaración culmina en el siguiente penúltimo párrafo: " Que Bárbara (la acusada) sólo la cuidaba a ella. Bárbara tenía un hijo y una hija".

La sentencia recurrida proclama probado que la víctima realizó numerosos ingresos hospitalarios a partir de 2003.

Sin embargo solamente los dos antes citados tuvieron por causa que los justificase la desnutrición. No así los anteriores.

Pues bien, esos múltiples ingresos, tiene su origen en una decisión de prestación asistencial promovida por la única persona que se encontraba en condiciones de promoverla: la acusada.

No es cuestionable que la relación jurídica existente entre acusada y víctima, y la subsiguiente relación social, permita incluirlas dentro del ámbito a que se refiere el comportamiento tipificado en el artículo 173.2 del Código Penal.

Lo que es cuestionable es que sea compatible con la exigencia democrática del principio de legalidad el forzamiento de los términos utilizados por el legislador en el citado tipo penal cuando sanciona como tal delito la utilización de la violencia como medio comisivo.

Es cuestionable calificar como típico el comportamiento de quien, en posición de garante, desatiende las prestaciones asistenciales, asumidas, además, bajo contrapartida económica. Incluso ocasionando cuadros de desnutrición y deshidratación en la persona garantizada. Esa omisión no parece que constituya también violencia.

Prescindiendo, en el caso, del análisis de la nota de habitualidad lo que debe cuestionarse es que la voz violencia utilizada en el tipo del artículo 173.2 pueda predicarse del hecho declarado probado.

Desde la perspectiva de la jurisprudencia, la voz violencia ha sido objeto de clara delimitación frente a otras manifestaciones de comportamiento delictivo.

En relación al delito de agresión sexual, pero que dio lugar a la estimación, además, del delito de violencia doméstica, hemos dicho en la Sentencia 914/2008 de 22 de diciembre, la doctrina de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo es diáfana, reiterada

y pacífica, al declarar que **por violencia se ha entendido el empleo de fuerza física**, y así, como recuerda la STS núm. 1546/2002, de 23 de septiembre, **se ha dicho que equivale a acometimiento, coacción o imposición material , e implica una agresión real más o menos violenta, o por medio de golpes , empujones, desgarros, es decir, fuerza eficaz y suficiente para vencer la voluntad de la víctima.** (STS de 18 de octubre de 1993, 28 de abril y 21 de mayo de 1998, y Sentencia 1145/1998, de 7 de octubre). **Mientras que la intimidación es de naturaleza psíquica y requiere el empleo de cualquier fuerza de coacción, amenaza o amedrentamiento con un mal racional y fundado** (STS núm. 1583/2002, de 3 octubre).

Nada empece reunir ambas modalidades bajo la descripción típica de violencia física y psíquica. Pero resulta difícil admitir que ésta alcance a cualquier tipo de atentado que pueda considerarse que afecte a la integridad moral del sujeto pasivo. Como lo sería un acto vejatorio. Sin perjuicio de que, si alcanzare suficiente entidad, pueda éste subsumirse en el apartado 1 del artículo 173 para lo que no debe ser obstáculo que entre autor y víctima exista la relación a que se refiere el apartado 2.

Desde una perspectiva sistemática el alcance de tal voz (violencia) en la descripción típica del artículo 173.2 del Código Penal ha de permitir diferenciarlo del hecho típico del artículo 226 del Código Penal que el legislador no quiso derogar cuando introdujo el delito de violencia habitual doméstica en el catálogo de delitos las diversas manifestaciones de violencia en el ámbito familiar y doméstico.

A tal resultado llevaría calificar como la violencia del artículo 173.2 del Código Penal la omisión constituida por el dejar de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a relaciones equiparables a las que existen entre los sujetos a que se refiere el artículo 173.2 del Código Penal (patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar) o la omisión consistente en dejar de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de personas que se encuentran con el sujeto activo en relaciones equiparables a las citadas del art. 173.2 (descendientes, ascendientes o cónyuge) que se hallen necesitados. La tal asistencia legalmente establecida no es otra que la descrita en el artículo 142 del Código Civil, es decir los alimentos entendidos como todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica y que se deben entre si, conforme al artículo 143 los cónyuges ascendientes y descendientes. A mi modo de ver hace lo que se imputa en la sentencia recurrida a la acusada es precisa y llanamente, pero también exclusivamente, dejar de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida.

En la misma perspectiva sistemática no cabe olvidar que en el tipo delictivo del artículo 153, tras la emigración del anterior al actual 173.2 del Código Penal, se describen comportamientos de más amplio espectro que la genuina violencia, sin que esa laxitud terminológica haya sido reiterada en el citado artículo 173.2. Lo que evidencia el alcance más restringido que se ha querido dar por el legislador al comportamiento tipificado en este último precepto. Lo que se explica si se advierte que en él no se exige otro resultado que la situación de sometimiento bajo parámetros de indignidad, pues el bien jurídico protegido es aquí, precisamente, la integridad moral, y resultaba preciso acotar la intervención penal de tal suerte que no abarcara la punición de conductas que, aún afectando a esa integridad, en una amplia interpretación de tal bien jurídico, no se compadecerían con el carácter mínimo que aquella intervención penal debe tener en un Derecho Penal democrático.

Y también desde una perspectiva sistemática ha de advertirse que, si cualquier acto que menoscabe gravemente la integridad moral de la víctima fuera subsumible en el apartado 2 del artículo 173, bastaría que el legislador, al tipificar el comportamiento del citado apartado se limitase a requerir la habitualidad y la específica relación intersubjetiva, sin necesidad de acotar el modo comisivo con la locución violencia física o psíquica .

Finalmente, en la misma perspectiva sistemática, en la medida que las lesiones pueden ser causadas por cualquier medio o procedimiento, según se establece en el artículo 147 del Código Penal , la producción de las mismas no lleva necesariamente a la aplicación del artículo 173.2 del Código Penal si el medio no cabe calificarlo de violento, sea físico o psíquico.

[...]

La reforma por Ley Orgánica 14/1999 supuso, además de un nuevo retoque al ámbito subjetivo, una ampliación de las conductas típicas, añadiendo la violencia psíquica, y mantuvo la habitualidad como exigencia del tipo.

Aún cuando ya entonces se subrayó que el bien jurídico protegido iba más allá de la integridad física -que sugería su ubicación sistemática- para afectar a fundamentales valores de la persona y dañado el primer núcleo de toda sociedad como es el núcleo familiar (STS 927/2000) . Por lo que se proclamó su autonomía respecto a la consideración de los hechos como constitutivos, además, de eventuales delitos de lesiones u otros que pudieran derivar de los concretos y aislados actos imputados al autor.

Como ilustra la STS 580/2006 de 23 de mayo, la Ley Orgánica 11/2003 de 29 de septiembre, introdujo un tipo de nueva planta en el artículo 153 , y su anterior contenido se ha desplazado al artículo 173.2 .

El artículo 153 ha sido modificado por Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, de medidas de Protección Integral contra la violencia de Género, modificación que no estaba en vigor cuando los hechos juzgados en esta causa acaecieron. Consecuencia de la reforma del artículo 153 se transforman en delito conductas que hasta entonces eran constitutivas de las faltas previstas en los artículos 617 y 620 del Código Penal , suprimiéndose el último párrafo del artículo 617 .

El tipo comprende, por tanto, abarcando también los actos aislados, todas las lesiones no constitutivas de delito, maltratos de obra, amenazas con armas o instrumentos peligrosos, ejercidas sobre alguna de las personas contempladas en el artículo 173.2 .

Pero el actual artículo 173.2, tras la reforma de 2003, mantiene un catálogo bien estricto de comportamientos tipificados, sin duda en consonancia con el bien jurídico a que sirve desde esa nueva ubicación.

En primer lugar mal puede decirse que incluye modalidades típicas omisivas que no se compadecen con el verbo típico ejercer. No han faltado ocasiones en que se haya castigado, bajo aplicación del artículo 11 del Código Penal comportamientos no activos. Pero, además de venir referidos a la versión del precedente artículo 153 del Código Penal se imputaban a persona tenida por coautora de la violencia física ejercida por otro, respecto de cuya violencia se estimaba que el omitente tenía el dominio del hecho. (STS 26 de junio de 2000).

En segundo lugar el predicado típico de dicho verbo se circunscribe a la violencia (física o psíquica). La física parece exigir un acometimiento sobre el cuerpo de la víctima. Sin

que, desde luego, sea necesario un resultado lesivo para su integridad física. Y para la psíquica suele reclamarse una restricción que no la aleje del concepto de violencia y se traduzca en efectos sobre la psique del sujeto pasivo. Al menos en términos de riesgo, si no llega a producir un resultado lesivo para aquélla.

El actual artículo 173.2, no afectado por la reforma de 2004, mantiene su autonomía respecto de los eventuales tipos que puedan resultar de los actos violentos. Aquél se consume cuando la actuación se manifiesta de manera habitual y determina, como en el caso de nuestra Sentencia 607/2008 de 3 de octubre, una convivencia insoportable para la víctima, la cual ha vivido 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 (v. art. 10 CE).

En nuestra Sentencia 1050/2007 de 19 de diciembre dijimos, reiterando la Sentencia núm. 105/2007 (Sala de lo Penal, Sección 1), de 14 febrero respecto a dicha autonomía que:

"...La jurisprudencia de esta Sala ha entendido que la conducta que se sanciona (en el art. 173.2) es distinta de las concretas agresiones cometidas contra esas personas, lo que se corresponde con el inciso final del precepto, que establece la pena para la violencia habitual sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica. 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."

El Pleno no jurisdiccional de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo acordó en la sesión del día 21 de julio de 2009, que: El tipo delictivo del art. 173.2 del C. Penal exige que el comportamiento atribuido sea activo, no siendo suficiente el comportamiento omisivo.

Aunque también matizó que, sin perjuicio de ello, es sancionable penalmente, conforme a dicho precepto, quien contribuye a la violencia de otro, no impidiéndola pese a encontrarse en posición de garante, con tal decisión vino a zanjar la discusión sobre el alcance del término violencia a los efectos del tipo que examinamos, de manera acorde a lo que ahora dejamos expuesto

En conclusión, conforme a las pautas interpretativas antes indicadas no basta, para estimar cometido este delito del artículo 173.2, ni el total incumplimiento de las obligaciones asistenciales, ni la producción de tratos vejatorios y degradantes, ni siquiera la producción de resultados lesivos, sino que se requiere que, con o sin tal resultado, el autor haya ejercido violencia física o psíquica.

Al no poder considerarse como tal violencia los actos descritos en los hechos probados, el motivo debe ser estimado.

[...]

III. FALLO

[...]

CONDENAMOS a Bárbara como autora de un delito de lesiones ya definido en la sentencia de casación y en la de instancia [...] ABSOLVEMOS a Bárbara de los delitos

de estafa y violencia sobre familiar, de los que venía acusada. Se declaran de oficio dos terceras partes de las costas de la instancia.

[...]