

El Juzgado Instrucción nº 3 de Zaragoza ha dictado un Auto por el que reputa falta unas lesiones entre madre e hijo. No me había percatado de la existencia de diferente doctrina a la hora de interpretar los art. 153 y 173 en violencia con ascendientes y que requieren la convivencia. Otros juzgados incluso con la avenencia del Ministerio Fiscal no han visto necesaria la aplicación del requisito de convivencia.

Extracto de la Sentencia citada en la Consulta del TS, Sala Penal, sección 1, del 16 de Marzo de 2007, Ponente: Perfecto Agustín Andrés Ibáñez, señala literalmente en sus fundamentos:

“El art. 173,2º Cpenal, en su primer inciso, se refiere -como posibles sujetos de la violencia que castiga- al que sea o hubiera sido (1) "cónyuge" y a la persona que hubiese podido estar ligada al sujeto activo por "una análoga relación de afectividad", y, en ambos casos, con atención exclusiva a tal vínculo, que opera "aun sin convivencia". Después lo hace a los (2) "descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad". Y, en fin, a (3) menores o incapaces que convivan con aquél o que (4) guarden cierto tipo de relación de dependencia con el cónyuge o conviviente del mismo, a (5) personas integradas de algún otro modo en el núcleo familiar y a las que (6) por ser especialmente vulnerables estén internadas en algún centro.

La atormentada redacción del precepto y la variedad de situaciones que contempla ha dado lugar a inevitables problemas de interpretación. Al respecto, en el caso de la segunda categoría de sujetos (2), que no está acompañada de referencia alguna a convivencia, en contraste con lo que ocurre en (3), se ha entendido en ocasiones que, precisamente por ello, a contrario sensu, debería entenderse que no opera tal requisito.

Pero lo cierto es que la norma -que, no se olvide, pertenece al derecho punitivo- admite otra lectura más racional y menos extensiva de su radio de acción. Se trata de asociarla al inciso precedente (1) que incluye una categoría de personas, las más golpeadas por esta clase de hechos, que, en su caso, se persiguen aún sin que medie convivencia. Y, habrá que concluir que debido a ese dato estadístico, que además guarda estrecha relación con las profundas implicaciones psico-afectivas que generalmente conlleva tal clase de vínculos sentimentales, que determinan, además, un plus de exposición de la mujer en el caso de ruptura.

Tal modo de operar del legislador obliga a entender que en el supuesto específico de los "descendientes, ascendientes o hermanos" sí se requiere convivencia para que resulte de aplicación el precepto considerado y también el del art. 153 Cpenal.

Esta opción está asimismo abonada por otras consideraciones. La primera de orden político- criminal, y es que carecería de sentido, a tenor de la ratio de la norma, elevar a la categoría de delitos conductas, en general, consideradas

como faltas, cuando inciden sobre personas ajenas al núcleo familiar y que no estén en alguna de las situaciones de debilidad o desamparo que son propias de las posteriormente relacionadas. La segunda tiene que ver con la evolución del tratamiento legislativo de este asunto: la redacción inicial del art. 153 del Cpenal 1995 exigía convivencia en todos los casos; la reforma de la LO 14/1999 mantenía la misma exigencia; y fue la LO 11/2003, a la que se debe la formulación actual del precepto, la que en los supuestos considerados eliminó la necesidad de convivencia, en casos como los de (2) que, justamente, no son de los que, en rigor, se consideran de "violencia de género".

Y la consulta:

CONSULTA 1/2008, acerca de la exigencia del requisito de convivencia entre el agresor y los ascendientes, descendientes y hermanos para la tipificación de los hechos como delito de violencia doméstica previsto en los artículos 153 y 173 del Código Penal.

Órgano emisor: FISCALIA GENERAL DEL ESTADO

I. Planteamiento y objeto de la consulta

La presente consulta tiene por objeto la fijación del criterio que debe seguir el Ministerio Fiscal en orden a la interpretación acerca de la exigencia o no del requisito de convivencia entre determinados parientes para calificar las conductas definidas como delitos de violencia doméstica en los artículos 153 y 173.2º del Código Penal, en la redacción dada tras las reformas operadas por la Ley Orgánica 11/2003 y por la Ley Orgánica 1/2004. El artículo 173.2º castiga al que "habitualmente ejerza violencia física o psíquica" contra los parientes y personas integradas en el núcleo familiar que enumera, y en el artículo 153.1º se castiga la conducta del "que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión", siendo de aplicación el párrafo segundo del artículo 153 "si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuere alguna de las personas a que se refiere el art. 173.2". Concretamente se plantea la cuestión en los supuestos en que los actos tipificados en dichos artículos se refieren a conductas realizadas contra los "ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente".

La consulta se ha planteado por dos Fiscalías que exponen la contradicción que se está produciendo entre la posición que se mantiene por los Fiscales ante los Tribunales y el criterio que han adoptado algunos órganos jurisdiccionales respecto de la tipificación y el enjuiciamiento de estas

conductas. Se estima necesario que por la Fiscalía General del Estado se determine el criterio que debe seguir el Ministerio Fiscal ante la diversidad de soluciones adoptadas. En determinadas Audiencias Provinciales las resoluciones son conformes con el criterio mantenido hasta el momento por el Ministerio Fiscal, estimando que se compadece mejor con la voluntad del legislador, mientras que otras, entre las que se encuentran las del territorio de las Fiscalías que plantean la consulta, se han decantado por la contraria, incluso variando la solución adoptada en un principio.

El Ministerio Fiscal hasta el presente momento, tanto para la calificación de los hechos como para la interposición de los recursos procedentes en caso de sentencias absolutorias o condenatorias por falta, ha entendido que no se precisa el requisito de convivencia conforme a la interpretación que se realiza en la Circular de la Fiscalía General del Estado nº 4/2003. Así se estima que, tras la reforma de 2003, la voluntad del legislador es ampliar el ámbito de aplicación del precepto : "la mención a «descendientes, ascendientes o hermanos» incluye expresamente a los que lo sean por «naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente», sin exigirse -como se hacía antes-ningún requisito de convivencia con el agresor ya que la mención del precepto a «que con él convivan» se refiere en exclusiva a «los menores e incapaces» como se deduce de la separación de grupos que va efectuando el precepto detrás de cada expresión «o sobre»; en consecuencia, quedan incluidos aún cuando no mediara convivencia con el agresor los ascendientes o hermanos por afinidad e, igualmente, los descendientes incluso mayores de edad aun cuando al llevar vida independiente no convivieren con el agresor".

Ello no obstante, recientemente algunas Audiencias Provinciales, en sentencias, autos y en acuerdos para unificación de doctrina, así como el Tribunal Supremo, en la única sentencia en la que se ha pronunciado sobre esta materia, Sentencia de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal nº 201/2007 de 16 de marzo , aplican un criterio distinto, entendiendo que para calificar los hechos como constitutivos de los delitos citados entre ascendientes, descendientes y hermanos por consanguinidad o afinidad debe concurrir el requisito de convivencia.

II. Argumentos favorables al criterio mantenido por el Ministerio Fiscal

La postura que considera que no se requiere la circunstancia de convivencia ente el agresor y la víctima cuando ésta tiene alguno de los vínculos de parentesco citados, se basa en la interpretación del precepto en los términos que pasamos a exponer, por entender que es la más acorde con la voluntad del legislador de ampliar el círculo de protección a relaciones próximas de parentesco para luchar contra la lacra de la violencia doméstica.

En las resoluciones judiciales que adoptan este criterio, se hace un examen de los diferentes grupos de personas que se enumeran en el artículo 173.2º del Código Penal. Así se distinguen varias categorías según la relación o

parentesco que les une con el agresor y se hace una interpretación de acuerdo con el significado gramatical de la conjunción "o" que separa frases, palabras o contenidos diferentes. De este modo se entiende que el legislador hace una expresa referencia a la necesidad del requisito de la convivencia en el caso de los menores o incapaces que convivan con el agresor, y a cualquier otra persona amparada en cualquier otra relación "por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar". De ello deducen que, al no hacer una expresa mención a ello en el grupo que le precede en la citada relación, esto es a los ascendientes, descendientes y hermanos, tal requisito no debe aplicarse.

Así, entre otras, podemos citar la sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de fecha 13 de febrero de 2007, que estima el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal con los siguientes argumentos : "La lectura del mentado precepto conlleva entender, en lo que aquí importa, que contempla como posibles sujetos pasivos del delito a descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, sin exigir que convivan con el agresor, convivencia que sí se exige tanto para los menores o incapaces no familiares, a quienes se contempla en el precepto de forma diferenciada a los ascendientes, descendientes o hermanos, precedidos también de la preposición "sobre", como a los demás no familiares, pero integrados en el núcleo de convivencia familiar. Así, tipifica como delito conductas que, en otro caso, no tendrían sino la consideración de faltas, en supuestos en los que concurre una relación de parentesco próximo, en otros en los que se da una relación de afectividad análoga a la conyugal, en otros en los que se da una relación de potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho y, por fin, en otros casos en los que, sin dichos parentesco o relación tuitiva -o asimilados- existe una relación de convivencia, siendo precisamente esta convivencia la que lleva al legislador a incluir tales supuestos en el ámbito de protección de la norma, y a equipararlos así a los otros supuestos en los que el especial lazo que une a agresor y agredido existe indudablemente, aun sin dicha convivencia. Esta es la interpretación que se ajusta al tenor literal del precepto, sin que resulte exceder de su ámbito de protección, que incluye, como mínimo, las relaciones familiares, y que se ajusta a los criterios lógico, sistemático y teleológico que deben presidir las interpretaciones jurídicas. Con arreglo a ella se incluyen entre los posibles sujetos pasivos del delito tanto los hermanos del agresor, como los del cónyuge, sin necesidad de convivencia con dicho agresor". En el mismo sentido, entre otras, se pronuncian las Audiencias Provinciales de Pontevedra (S. 10 de enero de 2007), Granada (S. 8 de marzo de 2007), Albacete (S.S. de 7 de diciembre de 2006, 20 de febrero de 2007 y 16 de octubre de 2006), Lugo (S. 28 de noviembre de 2006) Girona (S. 9 de febrero de 2005).

Esta interpretación, como se menciona al inicio, es coincidente con la adoptada por el Ministerio Fiscal, conforme se recoge en la Circular nº 4/2003 de la Fiscalía General del Estado, que se cita expresamente en los Fundamentos de alguna de las resoluciones mencionadas.

III. Nueva interpretación jurisprudencial sobre los artículos 173.2º y 153.2º del Código Penal

La posición contraria, que se está imponiendo como mayoritaria en las distintas resoluciones de las Audiencias Provinciales, así como en la sentencia del Tribunal Supremo que ha resuelto sobre esta materia, considera por el contrario que es preciso el requisito de convivencia para la aplicación de los artículos 153 y 173 del Código Penal.

En primer lugar hay que hacer referencia a la Sentencia nº 201/2007 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de 16 de marzo de 2007, de la que es Ponente D. Perfecto Andrés Ibáñez, que en su Fundamento de Derecho Primero, dice textualmente :

"Primero. Invocando el art. 849,1º Lecrim, se ha alegado indebida aplicación del art. 153 Código Penal, en lo relativo a la agresión de que pudo haber sido objeto Teresa, la hermana de María Consuelo. El argumento es que la misma no mantenía ninguna relación de convivencia con el acusado y, en tal sentido, era ajena al círculo familiar.

La Audiencia, como el Fiscal, en este caso, ha entendido que ese primer precepto en su relación con el segundo es aplicable también cuando se trata de personas de las enumeradas en éste y a las que aquél remite, bastando que exista una relación de parentesco de las tomadas en consideración, aun sin convivencia.

El art. 173,2º Código Penal, en su primer inciso, se refiere -como posibles sujetos de la violencia que castiga-al que sea o hubiera sido (1) "cónyuge" y a la persona que hubiese podido estar ligada al sujeto activo por "una análoga relación de afectividad", y, en ambos casos, con atención exclusiva a tal vínculo, que opera "aun sin convivencia". Después lo hace a los (2) "descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad".

Y, en fin, a (3) menores o incapaces que convivan con aquél o que (4) guarden cierto tipo de relación de dependencia con el cónyuge o conviviente del mismo, a (5) personas integradas de algún otro modo en el núcleo familiar y a las que (6) por ser especialmente vulnerables estén internadas en algún centro.

La atormentada redacción del precepto y la variedad de situaciones que contempla ha dado lugar a inevitables problemas de interpretación. Al respecto, en el caso de la segunda categoría de sujetos (2), que no está acompañada de referencia alguna a convivencia, en contraste con lo que ocurre en (3), se ha entendido en ocasiones que, precisamente por ello, a contrario sensu, debería entenderse que no opera tal requisito.

Pero lo cierto es que la norma -que, no se olvide, pertenece al derecho punitivo-admite otra lectura más racional y menos extensiva de su radio de acción. Se trata de asociarla al inciso precedente (1) que incluye una categoría de personas, las más golpeadas por esta clase de hechos, que, en su caso, se persiguen aún sin que medie convivencia. Y, habrá que concluir que debido a ese dato estadístico, que además guarda estrecha relación con las profundas implicaciones psico-afectivas que generalmente conlleva tal clase de vínculos sentimentales, que determinan, además, un plus de exposición de la mujer en el caso de ruptura.

Tal modo de operar del legislador obliga a entender que en el supuesto específico de los "descendientes, ascendientes o hermanos" sí se requiere convivencia para que resulte de aplicación el precepto considerado y también el del art. 153 Código Penal.

Esta opción está asimismo abonada por otras consideraciones. La primera de orden político- criminal, y es que carecería de sentido, a tenor de la ratio de la norma, elevar a la categoría de delitos conductas, en general, consideradas como faltas, cuando inciden sobre personas ajenas al núcleo familiar y que no estén en alguna de las situaciones de debilidad o desamparo que son propias de las posteriormente relacionadas. La segunda tiene que ver con la evolución del tratamiento legislativo de este asunto: la redacción inicial del art. 153 del C. Penal 1995 exigía convivencia en todos los casos; la reforma de la LO 14/199 mantenía la misma exigencia; y fue la LO 11/2003, a la que se debe la formulación actual del precepto, la que en los supuestos considerados eliminó la necesidad de convivencia, en casos como los de (2) que, justamente, no son de los que, en rigor, se consideran de "violencia de género".

Por todo, hay que dar la razón al recurrente, lo que obliga a entender que la acción relativa a Teresa no es de las comprendidas en el art. 153 C. Penal, y el motivo debe estimarse".

La jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, se basa en argumentos semejantes a los empleados por el Tribunal Supremo.

En primer lugar se propone una interpretación distinta del precepto que considera que la norma distingue entre varias situaciones personales. Un primer grupo referido a los cónyuges o personas que mantengan en la actualidad o en el pasado una análoga relación de afectividad, para las que el precepto extiende la protección "aún sin convivencia". Otra serie de relaciones referidas a menores o incapaces, y a personas integradas en el núcleo familiar para las que expresamente se exige el requisito de convivencia con el autor, dado que la extensión de la protección penal se basa precisamente en que la convivencia es el factor de integración en el núcleo familiar. Por último la que es objeto de la presente consulta: hermanos, ascendientes o descendientes, para los que la circunstancia de convivencia ni se requiere ni se excluye de modo expreso.

En relación con éste último grupo, la aplicación del tipo especial que eleva a categoría de delito las conductas que ordinariamente son constitutivas de falta debe efectuarse con cautela . Sancionar de esta forma cualquier agravio entre familiares en que concurren estos grados de parentesco, supondría una extensión desmesurada, por cuanto abarcaría todo altercado entre familiares aunque no tengan una relación frecuente, incluso al que surgiera esporádicamente entre parientes cuyos vínculos estuvieran muy distendidos y carecieran de trato habitual. Los partidarios de esta posición razonan que el legislador ha llevado a cabo las reformas operadas en los artículos 153.2º y 173.2º atendiendo a la necesidad de abordar de forma satisfactoria el fenómeno de la "violencia doméstica" y que , semánticamente, este ámbito se define por las relaciones de convivencia. Conforme al Diccionario de la Real Academia Española, el término doméstico proviene del latín (domesticus, de domus, casa), y como primera acepción se define como: "Perteneiente o relativo a la casa u hogar".

Entre otras resoluciones podemos citar: Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 24 de septiembre de 2007, Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 24 de julio de 2007, en la que el órgano judicial cambia el anterior criterio mantenido en anteriores resoluciones y acoge la nueva doctrina del Tribunal Supremo, Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 11 de julio de 2007, Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 28 de febrero de 2007 y 30 de enero de 2007, Audiencia Provincial de Asturias de 11 de diciembre de 2006.

A la misma conclusión se llega mediante la consideración del bien jurídico protegido como la "paz familiar", que lleva a sancionar aquellos actos que exteriorizan una actitud tendente a convertir el ámbito familiar en un microcosmos cerrado regido por el miedo y la dominación, consideración que trasciende el tradicional de la integridad física y moral de la víctima, estimando que se penaliza la violencia doméstica cuya grave incidencia en la convivencia familiar es innegable . La aplicación de la norma debe atender a las relaciones familiares que se basan en situaciones de supremacía de unos miembros sobre otros lograda a través de comportamientos violentos y coactivos, que difícilmente se puede predicar de agresiones entre parientes que no mantienen una relación de convivencia.

Como ha establecido reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, (SS. 24-6-200, 22-1-2001, 18-4-2002 y 24-3-2003), el delito de maltrato familiar o violencia doméstica habitual tipificado en el actual art. 173.2 º del Código Penal, constituye un plus diferenciado de los individuales actos de agresión que lo generan, según el acertado criterio del Código Penal de 1995. El bien jurídico protegido, trasciende y se extiende más allá de la integridad personal, al atentar el maltrato familiar a valores constitucionales de primer orden, como el derecho a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad, art. 10 de la Constitución, que tiene su consecuencia lógica en el

derecho no sólo a la vida, sino a la integridad física y moral con interdicción de los tratos inhumanos o degradantes, conforme al art. 15 C.E., y en el derecho a la seguridad art. 17 C.E., quedando también afectados principios rectores de la política social y económica, como la protección de la familia del art. 39 C.E.

Esta interpretación ha tenido acogida en el seno de algunas Audiencias Provinciales que la han plasmado en acuerdos sobre unificación de criterios en el orden penal. Así el Pleno de la Audiencia Provincial de Madrid, en acuerdo de fecha 25 de mayo de 2007 determina: "La interpretación del requisito de la convivencia para los distintos grados de parentesco en los artículos 153 y 173 del Código Penal. Los supuestos de los sujetos activos descendientes, hermanos y padres de la víctima que no conviven con ella. El tipo penal de lesiones del artículo 153 del C. Penal no es aplicable a los hermanos, ascendientes y descendientes de la víctima cuando no conviven con ésta en el mismo domicilio.", El Pleno de la Audiencia Provincial de Cantabria, en acuerdo de fecha 26 de octubre de 2007 de unificación de criterios, acordó por unanimidad que en los artículos 153 y 173 del Código Penal, en el supuesto de los descendientes, ascendientes o hermanos "se requiere la convivencia con el agresor para entender aplicables tales preceptos".

IV. Consideraciones sobre la adopción de la solución más adecuada

Una vez expuestos los argumentos en que se basan las diferentes resoluciones judiciales, se hace preciso en este punto abordar la posición que debe mantener en adelante el Ministerio Fiscal. Si se continúa con el criterio que se fijó en la Circular nº 4/2003, que prescinde del requisito de convivencia entre los ascendientes, descendientes o hermanos, por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente o, por el contrario, se adopta la solución que últimamente se está imponiendo en las resoluciones de las Audiencias Provinciales y el Tribunal Supremo.

Como hemos visto, el artículo 173.2º, al que expresamente se remite el artículo 153.2º, puede ser objeto de una interpretación más restrictiva que también se estima acorde con la voluntad del legislador al efectuar la reforma de estos tipos penales en la Ley Orgánica 11/2003.

En su declarado propósito de abordar el fenómeno de la violencia doméstica de forma multidisciplinar, y específicamente, en lo que aquí nos ocupa, con medidas legislativas orientadas a disuadir de la comisión de estos delitos, en su Exposición de Motivos expresamente dice: "En esta línea, en primer lugar, las conductas consideradas en el Código Penal como falta de lesiones, cuando se cometen en el ámbito doméstico pasan a considerarse delitos"... "En segundo lugar, respecto de los delitos de violencia doméstica cometidos con habitualidad, se les dota de una mejor sistemática, se amplía el círculo de sus posibles víctimas". El legislador, como vemos, centra su atención en el ámbito doméstico y establece el catálogo de posibles víctimas atendiendo al delito de violencia doméstica cometido con habitualidad. Estas dos declaraciones de

intención pueden dar las pautas para efectuar una interpretación acorde con la finalidad perseguida por el legislador.

La reforma, como vemos, se dirige a la prevención y represión del fenómeno de violencia doméstica habitual, sancionando las conductas que tienden a convertir la relación familiar en un ámbito cerrado definido por el miedo y por relaciones de dominación. Como dice el mismo artículo 173 en su párrafo 3º: "Para apreciar la habitualidad a que se refiere el apartado anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores". De la lectura de este párrafo se deduce que el legislador, al establecer el círculo de personas susceptibles de padecer este tipo de agresiones, está pensando en la protección que se debe dispensar a la familia entendida como una comunidad estable definida por un ámbito de convivencia, porque de otro modo no se puede entender que se requiera "proximidad temporal" y ser de aplicación con independencia de que "se haya ejercido contra la misma o diferentes víctimas".

Esta consideración también encuentra un argumento favorable en la Circular de la Fiscalía General del Estado nº 4/2003, que, al tratar del concepto de habitualidad del artículo 173.2º del Código Penal, dice: "el entendimiento inicial cuasi aritmético del requisito de la habitualidad, extraído en analogía de la doctrina dictada a propósito de la derogada usura habitual y de la receptación habitual de faltas (art. 299 CP), que exigía la constatación de al menos tres actos violentos, ha sido superado por la jurisprudencia que ha perfilado un concepto de habitualidad o reiteración en el maltrato sustentado en la prueba de la creación de un «clima de temor» en las relaciones familiares, más que en la constatación de un determinado número de actos violentos. Fiel exponente de esta idea son, entre otras, las SSTS 927/2000, de 24 de junio, 1208/2000, de 7 de julio y 1366/2000, de 7 de septiembre."

Una interpretación coherente de ambos preceptos lleva a la consideración de que el catálogo de las potenciales víctimas de la violencia doméstica habitual definido en el artículo 173.2º del Código Penal, que se ha ampliado con la loable intención de que no quede impune ninguna de sus manifestaciones, debe ser entendido en idéntico sentido cuando se dirige a la represión de cada uno de los singulares actos de maltrato que se tipifican en el artículo 153, es decir, en el contexto de una relación de convivencia. No hay que olvidar que se consideran constitutivos de delito actos de maltrato y agresión leves que, de no mediar tal relación entre el agresor y la víctima, sería constitutivos de falta. De otro modo no se explicaría la remisión que se hace en el artículo 153 al 173 y nos encontraríamos con el efecto, sin duda no deseado, de que se daría la misma respuesta penal a situaciones diferentes. No se puede sancionar igual un acto aislado de agresión leve entre dos sujetos cuyo único vínculo es un determinado grado de parentesco, y entre los que

exclusivamente se mantienen contactos personales esporádicos, que cada uno de los aislados actos de agresión que, apreciados en su contexto, ponen de relieve situaciones de dominación basadas en el ejercicio de la violencia por el más fuerte contra el o los más débiles en el ámbito doméstico.

Así el artículo 173.2º, y consecuentemente el artículo 153, al sancionar los actos de agresión constitutivos de violencia doméstica: "sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados" se basa para la protección penal en la efectiva relación bien de convivencia o bien de dependencia entre los agresores y las víctimas. La única excepción que se contempla es respecto de los cónyuges y relaciones análogas, que se castigan "aún sin convivencia". El legislador hace constar expresamente, sólo en este caso, que se amplía el círculo de protección pese a no haber convivencia, dado que la experiencia ha demostrado que este grupo de personas está sometido a un riesgo mayor, puesto que en muchas ocasiones la ruptura de la convivencia se convierte en el detonante de la agresión, al no aceptar el autor que la persona salga de su círculo de dominación.

Por tanto, a los efectos que nos ocupan, se estima que únicamente se plantea el problema de la exigencia del requisito de convivencia en relación con los ascendientes, descendientes o hermanos del agresor o de su cónyuge o conviviente, en los casos en los que no se encuentren incluidos en el ámbito de protección de la norma por cualquier otro de los supuestos a que se refiere el artículo 173.2 del Código Penal, en atención a su situación de dependencia.

V. Conclusiones

Como hemos podido apreciar, la aplicación efectiva de la norma ha dado lugar a problemas de interpretación que han sido resueltos de forma dispar por los órganos judiciales. En este punto también conviene hacer expresa mención de la preocupación expresada por las distintas Fiscalías en sus memorias correspondientes al año 2007 sobre la disparidad de criterios que se aplican en esta materia. Por algunos Fiscales Jefes se considera que quizá la solución más adecuada sería efectuar una reforma legislativa que otorgara una redacción más precisa a la enumeración de los sujetos pasivos del precepto.

Por todo ello, se hace preciso revisar el criterio de actuación del Ministerio Fiscal para que de una forma uniforme se postule ante los Tribunales,

estableciendo la pauta de actuación unitaria que, en el ámbito práctico, puede tener como efecto el de armonizar la jurisprudencia sobre esta materia.

La posición inicial del Ministerio Fiscal, reflejada en la Circular nº 4/2003, se basaba en una determinada interpretación conforme a la literalidad del precepto que, como se ha visto en la práctica, tras más de cuatro años de vigencia, conduce, en determinados casos, a resultados no satisfactorios, por cuanto extiende el tipo agravado a situaciones que no pueden encuadrarse con propiedad en el fenómeno de la violencia doméstica.

En atención a las consideraciones que se han hecho en los anteriores apartados, se puede estimar, sin hacer una interpretación forzada, ya que tiene su acomodo tanto en sentido propio de sus palabras como en el espíritu y finalidad de la norma, que es más acorde con el propósito de prevención y represión de la violencia doméstica, sancionar más gravemente los casos que se producen en el marco de una comunidad familiar estable que no se basa únicamente en los meros vínculos de parentesco. Es en el ámbito de la convivencia entre hermanos, ascendientes y descendientes en el que cobra un auténtico sentido la protección del miembro más débil respecto del más fuerte y evitar así situaciones basadas en relaciones de dominación.

Por todo ello, en adelante, las señoras y los señores Fiscales, en el supuesto de que las conductas tipificadas en los artículos 153.2º y 173. 2º se cometan contra ascendientes, descendientes y hermanos, por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, entenderán como requisito necesario para la calificación de los hechos como delito que exista convivencia entre el autor y la víctima. Cuando no concurra dicho requisito los hechos a que se refiere el mencionado artículo se calificarán como una falta.