

INSTRUMENTOS PROCESALES PARA LA PROTECCIÓN DE LA VÍCTIMA EN EL ÁMBITO FAMILIAR

Gonzalo M. Cobo de la Torre
Profesor de Derecho Procesal (Universidad de Sevilla)

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Frente a la denominada "edad dorada de la víctima", en la que la venganza privada era la manera habitual de solucionar los conflictos entre agresor y ofendido, la aparición del estado moderno y, la desprivatización del derecho penal, suponen una clara neutralización de las víctimas contribuyendo a ello también los siguientes factores, el desarrollo de la idea de bien jurídico, la evolución de los fines de la pena, con mayor predominio de un fin preventivo-especial y, pasando el delincuente a un primer plano, la consagración de los derechos humanos en los respectivos ordenamientos jurídicos.

Fruto de estos factores el desamparo de la víctima sería la percepción más extendida, habiendo contribuido a ello los desgraciados hechos ocurridos con ejemplos como el de la adolescente Marta del Castillo o el posterior, en Huelva, de Laura Luélmo, generan en la opinión pública la impresión de que las leyes amparan más los delincuentes que a la sociedad. Esta opinión generalizada, apoyada por el 66% de los ciudadanos acerca de que la justicia protege más los delincuentes que a las víctimas, puede tener su justificación en la existencia de un sistema de ejecución penal en el que todas las actuaciones tiene como único destinatario el autor del delito, dejando en un segundo plano el daño ocasionado a la víctima, al primar exclusivamente la idea de reinserción del sujeto autor del mismo.

En la actualidad sin embargo y, desde la década los cincuenta del pasado siglo, se observa una clara tendencia a recuperar la importancia de la víctima como tal y, a explicar la posterior consolidación de la victimología como parte

integrada e integradora de la víctima, definiéndola a la luz de la actual doctrina “como el conjunto de personas naturales y jurídicas que directa y/o indirectamente sufren daño notable como consecuencia de una infracción”.

Las reformas procesales iniciadas en el año 2002, con motivo de la implantación de los denominados juicios rápidos vinieron a perseguir entre otros la finalidad de otorgar una respuesta más inmediata a la víctima, no lastrada por el endémico problema de la lentitud que afecta a la administración de justicia. La Ley 38/2002, de 24 de Octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas –hoy delitos leves–, y de modificación del procedimiento abreviado –acompañada por la reforma complementaria que opera la LO 8/2002, de la misma fecha–, vienen a representar una de las principales reformas procesales acometidas por el Legislador en los últimos veinte años, seguida después por las reformas habidas en materia de prisión provisional –LO 13/2003, de 24 de Octubre– y, Medidas de Protección sobre Violencia Doméstica –Ley 27/2003, de 31 de Julio, reguladora de la Orden de Protección, LO 11/2003, de 29 de Septiembre, sobre medidas de protección entre otras en este ámbito, LO 1/2004, de 28 de Diciembre de Medidas Protección Integral contra la Violencia de Género–, la Ley 123/2007, de 26 de Noviembre de Medidas de Prevención y Protección integral contra la violencia de género de la Junta de Andalucía (publicada en el BOE de 13 de Febrero) y el conjunto de reformas legales publicadas a lo largo del año 2015 desde la ley orgánica 1/2015 de reforma del código penal, hasta la ley 4/2015 de 27 de abril del estatuto de la víctima del delito, la ley orgánica 5/2015, de 27 de abril de modificación de la ley de enjuiciamiento criminal para transposición de la directiva sobre el derecho a la interpretación y traducción en los procesos penales; y el RD 1109/2015 de 11 de diciembre que desarrolla la ley 4/2015 del Estatuto de la Víctima del Delito y regula las oficinas de asistencia a las víctimas del delito.

De esta forma, el conjunto de reformas enumeradas vienen a operar una importante transformación en el panorama del proceso penal y, frente a la casi obligada prolongada tramitación, representada por el Procedimiento abreviado y, el Sumario Ordinario se ofrece la ventaja que representa la posibilidad de incoar las llamadas Diligencias Urgentes en los supuestos en que concurren los requisitos establecidos por el art. 795 LECRIM a tenor del cual “1. Sin perjuicio de lo establecido para los demás procesos especiales, el procedimiento regulado en

este Título se aplicará a la instrucción y al enjuiciamiento de delitos castigados con pena privativa de libertad que no exceda de cinco años, o con cualesquiera otras penas, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, cuya duración no exceda de diez años, cualquiera que sea su cuantía, siempre que el proceso penal se incoe en virtud de un atestado policial y que la Policía Judicial haya detenido a una persona y la haya puesto a disposición del Juzgado de guardia o que, aun sin detenerla, la haya citado para comparecer ante el Juzgado de guardia por tener la calidad de denunciado en el atestado policial y, además, concurra cualquiera de las circunstancias siguientes:

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

2ª Que se trate de alguno de los siguientes delitos: a) delitos de lesiones, coacciones, amenazas o violencia física o psíquica habitual, cometidos contra las personas a que se refiere el art. 173.2 CP. b) delitos de hurto. c) delitos de robo. d) delitos de hurto y robo de uso de vehículos. e) delitos contra la seguridad del tráfico. f) delitos de daños referidos en el art. 263 CP. g) delitos contra la salud pública previstos en el art. 368, inciso segundo, CP. h) delitos flagrantes relativos a la propiedad intelectual e industrial previstos en los arts. 270, 273, 274 y 275 CP.

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

Con todo ello y, concurriendo los requisitos que resultan de la regulación anterior: pena aplicable dentro de los límites reseñados; inicio mediante atestado policial; citación o puesta a disposición del imputado; comisión flagrante en el sentido expresado; delitos de los previstos; e instrucción presumiblemente sencilla, la incoación de diligencias urgentes permite dotar a la instrucción de la

causa de una celeridad antes desconocida, con una tramitación en unas horas, frente a la alternativa de meses de instrucción del procedimiento ordinario y ofreciendo la posibilidad de dictar sentencia de condena iniciando la ejecución desde el juzgado de guardia –en caso de conformidad– o, al menos, permitir el señalamiento inmediato ante el juzgado de lo penal, dejando todas las partes citadas desde el juzgado de guardia, con adecuada adopción de las medidas cautelares que hubieran sido necesarias.

De igual modo, la otra novedad representada por la regulación referida vino representada por los Juicios Inmediatos (los inicialmente nombrados juicios inmediatos de faltas, hoy denominados juicios inmediatos de delitos leves) en los que las citaciones deben venir hechas por las fuerzas policiales o efectuarse el señalamiento por el propio Juzgado y, celebrarse dentro del período de guardia o, en su caso, el día saliente de la misma dependiendo también de la existencia de períodos de guardia de 24 horas o semanales según los Partidos Judiciales.

Tanto unos como otros exigen, desde luego, una cercana colaboración por parte de las fuerzas de orden público sin cuya efectiva intervención en la práctica de citaciones y diligencias derivadas no resulta posible llevar a efecto los procedimientos mencionados. En la práctica lo cierto es que, dependiendo del criterio jurisdiccional más o menos proclive a la inmediatez, en ocasiones se opta por incoar atestados que tienen su entrada como asuntos ordinarios con la forma de juicios rápidos o juicios de delitos leves inmediatos practicándose las correspondientes citaciones a instancias del propio Juzgado.

El art. 11 de la Ley 4/2015 del Estatuto Jurídico de la Víctima, reconoce los derechos al ejercicio de la acción penal y acción civil conforme a la LECRIM, además a comparecer ante las autoridades encargadas de la investigación para aportarles las fuentes de prueba y la información que estime relevante para el esclarecimiento de los hechos. Añade el art. 12 el derecho de la víctima a recurrir la resolución de sobreseimiento, sin que sea necesario para ello que se haya personado anteriormente en el proceso. El derecho de información que a la víctima confiere el artículo 5 abarca también la fase de ejecución en el proceso penal con la posibilidad de recurrir las resoluciones que se dicten en materia de ejecución, incluidos los autos por los que el juez de vigilancia penitenciaria autorice la posible clasificación en tercer grado del penado, autos en materia de beneficios penitenciarios, y autos de concesión de la libertad condicional. Las víctimas estarán también legitimadas

para solicitar que se impongan acompañando a la libertad condicional las medidas que se consideren necesarias para garantizar su seguridad; exigir al juez o tribunal la información relevante para resolver sobre la ejecución de la pena impuesta, efectividad de responsabilidades civiles o comiso acordado en sentencia.

II. EL PAPEL DE LA VÍCTIMA EN LOS JUICIOS RÁPIDOS

1. La citación e instrucción del perjudicado como diligencia imprescindible

El art. 797 LECRIM, dispone cuál es el contenido de la instrucción judicial en el enjuiciamiento rápido, precepto que debe entenderse complementado supletoriamente –art. 795.4º– por lo prevenido para la instrucción del procedimiento abreviado, esto es, para las diligencias previas arts. 774 a 779 LECRIM.

En el primer inciso del precepto ya se hace advertencia que el catálogo de diligencias que se contemplan en el precepto ni responden a un orden preceptivo ni constituyen un catálogo *numerus clausus*.

Entre tales diligencias obligatorias figuran la información de derechos al perjudicado y/o la víctima citándolos al efecto si no se hubiera cumplimentado por la Policía Judicial dicha obligación conforme al art. 771 LECRIM. (A estos efectos debe tenerse en cuenta la importancia de requerir al perjudicado, desde un primer momento, cuando de reclamar daños materiales se trata, acerca de la aportación de una factura o presupuesto en orden a facilitar su tasación durante el servicio de guardia o, aportación asimismo de toda la documentación médica que obre en su poder para facilitar la labor del médico forense).

De esta forma, se desprenden también la necesidad de practicar como diligencias necesarias, en ocasiones, recabar informes periciales no recibidos y solicitados por la Policía Judicial, el examen por el Médico Forense a presencia judicial de los comparecientes si fuera pertinente y proporcionado, y tasación de bienes y efectos intervenidos si no se hubiera realizado con anterioridad.

En suma, la víctima en un juicio rápido, tiene derecho a personarse como parte perjudicada en el procedimiento que se va a seguir contra el acusado, derecho a designar un abogado para que ejercite en su nombre la acusación particular contra

el denunciado, derecho a designar un abogado de oficio en el supuesto de que tenga reconocida la justicia gratuita, si se personó como acusación del procedimiento penal tendrá derecho a conocer y obtener copia de todas las actuaciones, y practicar diligencias de prueba y cualquier otra, que a su derecho interese, derecho a reclamar la indemnización que corresponda por daños y perjuicios conforme al artículo 109 LECRIM, derecho a ser informado de la fecha de celebración del juicio y de las resoluciones que pongan fin al procedimiento.

De igual modo, la víctima estará obligada a acudir cuantas veces sea llamado por la policía o al juzgado para declarar tanto las diligencias que se practiquen como en la celebración de juicio, o en caso de citación por el ministerio fiscal o cualquiera de las defensas de los acusados –si se negase a comparecer a presencia judicial podría darse el caso de imposición de una multa incluso incurrir en responsabilidades penales (obstrucción a la justicia o desobediencia grave)–, debe en definitiva estar localizable y designar un domicilio para las citaciones y comparecencias urgentes por lo que debe estar pendiente de dichas citaciones (debe no obstante tener en cuenta la conveniencia de que no figure el domicilio de la víctima en actuaciones penales en determinados casos, precisamente, en aras de la protección de la misma).

2. Actuación de la representación legal de la víctima en las diligencias urgentes ante el Juzgado de Guardia

Aunque el legislador sólo habla de la participación activa del Ministerio Fiscal, lo lógico es que ya que el Letrado puede estar presente desde la primera instrucción de derechos o comparecencia en el Juzgado de Guardia, todas las pruebas que se practiquen deben estar sometidas a contradicción entre las partes, y no sólo aquellas que se practiquen ante la imposibilidad o riesgo de que no se practiquen en el acto del Juicio oral, es por ello defendible que la contradicción sea exigible en todas las pruebas y no sólo en los supuestos que establece el art. 798.2 LECRIM.

Añadir a este respecto que, en Andalucía el reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita de Andalucía, que sustituye al que estaba vigente desde 1999, entre otras novedades, permite a las víctimas de violencia de género el acceso a una segunda opinión jurídica si no están conformes con la estrategia procesal planteada inicialmente. Para estas personas, el texto también posibilita la libre elección del abogado del turno de oficio especializado.

3. Ausencia de conformidad en la responsabilidad civil: efectos sobre la pena conformada

La Circular 1/2003 de la FGE establece que, “La no conformidad con la responsabilidad civil de algún acusado o de algún responsable civil en los términos establecidos en los arts. 695 y 700 LECRIM. Obliga a frustrar este tipo de conformidad premiada y a entrar en el trámite ordinario. Es decir, el Juez de instrucción no dictará sentencia y remitirá las actuaciones al Juez de lo Penal para la celebración de un Juicio en el que como reza el art. 695 –la discusión y la producción de pruebas se concretarán al extremo relativo a la responsabilidad civil–.

Pudiendo analógicamente admitirse que en la responsabilidad penal se beneficie de la conformidad cualificada cuando el truncamiento de la Sentencia de conformidad por el Juez de Instrucción sólo vino motivado por el rechazo de un tercero responsable civil.

4. Legitimación para demandar el resarcimiento y posibilidades de extensión a personas y entidades no enumeradas legalmente

Hasta la reforma de 1995, perjudicada y por ello legitimada para pretender el resarcimiento, podía ser cualquier persona vinculada con el fallecido por lazos afectivos y/o de dependencia económica, de tal forma que el óbito de aquel le hubiese irrogado un determinado daño moral o la pérdida o disminución de su sustento económico, todo ello derivados de unas especiales relaciones de afectividad, convivencia, y dependencia económica con la víctima.

La legitimación en la reclamación de daños materiales. Aunque no es necesario para reconocer la legitimación que accione el titular registral administrativo, bastando sólo con la prueba de que sea el propietario o dueño material y real del vehículo cuyo daño reclama, lo cierto es que descartado lo primero y en caso de impugnación corresponde su prueba a quien se irroga tal derecho.

En el caso de los menores estarán legitimados, en defecto de los titulares de la patria potestad, hablamos de menores en situación de desamparo o guarda de hecho, la persona o entidad que los custodie en ese momento.

En el caso de menores en situación legal de desamparo o guarda de hecho de algún familiar distinto de los progenitores.

Nada impide en principio la válida prosecución de la causa al estar sujeta la determinación de la indemnización a criterio judicial sin perjuicio de que la disposición y administración de la misma esté acogida a las reglas generales.

– Legitimación de la Seguridad Social, Mutuas Patronales y Clínicas Privadas.

La Audiencia Provincial de Murcia en las sentencia de 22 de julio de 2003, distingue perfectamente esta cuestión razonando “que el artículo 104 del anterior Código penal, establecía que la indemnización de perjuicios materiales y morales comprendería no solo los que se hubiesen causado al agraviado, sino también, los que se hubieren irrogado, por razón del delito, a su familia o a un tercero; y que el Tribunal Supremo tenía dicho que terceros sólo eran los que habían sido directamente perjudicados por el hecho delictivo y no los titulares de una acción de repetición ni los que estaban enlazados con la víctima con relaciones contractuales que se veían afectadas por el hecho punible y que, en realidad, no derivaban de él sino de la sentencia condenatoria (STS de 13 de febrero de 1991). Y esto sigue conservando toda su virtualidad con el vigente Código Penal, pues en su artículo 113 repite prácticamente la misma fórmula del citado artículo 104, suprimiendo solamente, por innecesaria, la referencia a que los perjuicios fuesen causados “por razón de delito”.

Por ello, y teniendo asimismo en cuenta que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 109.1 C.P., es el “hecho” constitutivo de delito el que obliga a reparar, “en los términos previstos en las Leyes”, los daños y perjuicios “por él causados”; y que en el artículo 116.1 del mismo Código se establece el principio de que todo responsable penal lo es también civilmente “si del hecho se derivaren daños y perjuicios”, se ha de concluir que el concepto de perjudicado tiene que proceder de forma directa del delito y no por razón contractual, como en el caso acontece”, y que “la situación de las clínicas médicas privadas, a los efectos que aquí se tratan, no pueden asimilarse ni al Insalud ni a las mutuas patronales, pues si la condición de terceras perjudicadas de éstas es indiscutible respecto al costo económico de las prestaciones sanitarias que hubiera proporcionado a las víctimas del accidente, ello es así porque la Ley lo prevé expresamente (artículo 168.3 de la Ley General de la Seguridad Social 8/2015 de 30 de octubre)”.

III. LA VÍCTIMA EN MATERIA DE VIOLENCIA DOMÉSTICA COMO UNO DE LOS PRECURSORES BÁSICOS DE LAS REFORMAS PROCESALES ANALIZADAS

La OMS define la violencia como “El uso intencional de la fuerza física o el poder contra uno mismo, hacia otra persona, grupos o comunidades y que tiene como consecuencias probables lesiones físicas, daños psicológicos, alteraciones del desarrollo, abandono e incluso la muerte”.

El término violencia de género hace referencia a la violencia específica contra las mujeres, utilizada como instrumento para mantener la discriminación, la desigualdad y, las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres.

También existen hombres maltratados, tanto heterosexuales como homosexuales, y relaciones entre lesbianas donde hay agresividad, pero no es la norma. Se estima que el 95% de las víctimas de la violencia doméstica son mujeres, por eso los autores de los estudios siempre se refieren al agresor como él y a la víctima como ella.

La violencia doméstica constituye un problema mundial, sin fronteras que afecta a millones de mujeres, según revelan los informes de diversos organismos internacionales como UNICEF o la ONU. En función de datos actuales se estima que alrededor de 400.000 mujeres podrían ser víctimas de malos tratos físicos en España, si bien y, considerando las circunstancias que rodean a la mujer maltratada, esta cifra podría ser muy inferior a la real.

Este grave problema de salud femenina es el más fácil de prevenir porque no depende del avance de la ciencia sino de la situación de la mujer en la familia y en la sociedad. Sin embargo, poco o nada se está haciendo para hacerle frente. La Justicia criminal no ha resuelto el problema, los centros de acogida sólo pueden ofrecer refugio temporal a las víctimas y tampoco el funcionamiento durante un tiempo del Ministerio de Igualdad o de la Mujer y la las Consejerías respectivas en el ámbito autonómico, se ha revelado como una solución eficaz.

Los instrumentos de que hace uso el agresor para perpetuarla, retrasar la denuncia o fomentar el desistimiento de la misma y a los que, por tanto, deben tender a rebatir las armas legales y policiales. En este sentido, se recurre a

expresiones como *“estás sola, tu familia no te cree, no tienes amigos, todos saben que estás loca o si ni siquiera sabe llevar una casa, cómo va a poder a desenvolverse en la vida”*... En suma hace uso de actitudes inflexibles, provocando situaciones de tensión y ansiedad, tanto en el ámbito familiar como en relaciones sociales, con actitudes tendentes a avergonzar a la víctima delante de otras personas.

Existe una importante distorsión entre la existencia de reformas legales presuntamente encaminadas a erradicar el problema de la violencia doméstica y la falta de adaptación real de las mismas a algunos de los rasgos más señalados de este tipo de delitos, así la cuestión surgida con los llamados Juicios de delitos leves inmediatos, uno de cuyos fines fue precisamente –cuando en origen eran juicios de faltas inmediatos– el otorgar o garantizar una respuesta rápida a estos hechos y que, sin embargo, a la vista de la redacción dada al art. 153 C.P. por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de Septiembre de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, y LO 1/2004, de 28 de Diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, prácticamente, desaparecen los delitos leves en el ámbito familiar a excepción de las injurias o vejaciones de carácter leve, teniendo la mayoría de los hechos en atención al parentesco la consideración de delitos.

De igual modo, y por lo que se refiere al ámbito de los Juicios Rápidos por delito, en ocasiones exigen también el contar con pruebas periciales completas físicas o psíquicas completas más allá desde luego de las que es posible aportar en el servicio de Guardia y que hacen que el Ministerio Fiscal interese la continuación como diligencias previas en orden a acreditar los factores que permiten la calificación del hecho como maltrato habitual o trato degradante.

1. El problema de la política informativa

Como abordar esta cuestión en los medios de comunicación, es aconsejable la dinámica actual, o conduce la misma en ocasiones a conductas de repetición o miméticas. Es este un análisis que en todo caso debe contar también con la colaboración y deontología de los medios de comunicación.

Los medios de comunicación desempeñan un papel fundamental en el desarrollo creciente de la conciencia ciudadana, que empieza a considerar intolerable la violencia contra las mujeres y que está cada vez más dispuesta a poner

los medios necesarios para ayudar a sus víctimas y darles el apoyo social que precisan. Gracias a los medios de comunicación, se está rompiendo la espiral de silencio que existía con respecto a la violencia doméstica. A través de ellos se ha establecido la comunicación entre las instituciones públicas y las asociaciones de defensa de las mujeres víctimas de la violencia. Así, se resalta en el estudio social sobre los malos tratos que para la Fundación La Caixa realizaron, en su día, ALBERDI Y MATAS.

Persisten aún, sin embargo, una serie de vicios en el tratamiento que los medios de comunicación dan a la violencia doméstica, el primero de ellos es el sensacionalismo. El sensacionalismo es un aspecto que destaca cuando analizamos el tratamiento de las informaciones que los medios ofrecen sobre violencia contra las mujeres. El sensacionalismo no es un problema en sí mismo, pero ayuda a ocultar la realidad cotidiana de la violencia. Muchas veces los medios ocultan el carácter estructural de la violencia sin tener intención de ello. Al destacar el carácter de excepcionalidad de cada caso y al hablar solamente de las muertes y las agresiones muy graves, desaparece la perspectiva del ambiente cotidiano de violencia y de vejación habitual en el que viven tantas mujeres. Muy frecuentemente, predomina el sensacionalismo de los sucesos más llamativos y se impide una visión realista y adecuada acerca de la realidad de una violencia doméstica que, en la mayoría de los casos, no reviste esas condiciones de espectacularidad que tienen muchos de los sucesos a los que los medios hacen referencia.

Por otra parte, apenas se habla de la violencia psíquica habitual como una forma grave de agresión a la mujer, que tiene consecuencias muy negativas para ella y para toda la sociedad. Las más de las veces no se plantean los porqués y las razones profundas de la violencia y se atiende preferentemente a los detalles escandalosos y morbosos. Se presenta a las víctimas desde un enfoque emocional, reforzando los estereotipos femeninos de la debilidad, las lágrimas y el desamparo. Y, con frecuencia, el tratamiento que los medios dan a la violencia contra las mujeres es demasiado superficial.

Sensibilización de la opinión pública. Se puede observar un aumento en la preocupación que la población española tiene acerca de la violencia doméstica. Una mayoría de la población considera que los malos tratos son frecuentes en nuestra sociedad, habiendo aumentado los porcentajes en los últimos años.

2. El papel de las instancias preventivas

Teniendo en cuenta que alrededor de una cuarta parte de las muertes por malos tratos tenían antecedentes por malos tratos. En este sentido, juegan un papel importante, la educación, la sanidad: prevención, detección temprana, tratamiento, orientación. En EEUU, así como en otros países, ya se ha empezado a entrenar a los médicos para que sepan detectar la agresividad en la vida de sus pacientes y para que prescriban la solución adecuada.

Los servicios sociales deben de saber, cómo actuar o abordar a una víctima que no tiene interés en ser informada o ayudada.

Así cabe sugerir las siguientes normas o pautas para la entrevista (clínica, policial o judicial) de una mujer con sospecha de que haya podido sufrir maltrato, hablar con ella a solas, ofreciéndole garantías de confidencialidad, utilizar el tiempo necesario para la entrevista, observar las actitudes y el estado emocional (a través del lenguaje verbal y corporal), facilitar la expresión de sentimientos, procurar un clima de cercanía y comprensión, mantener una aptitud empática, facilitadora de la comunicación, con una escucha activa, transmitirle que no es culpable de la situación, expresar con claridad, de forma indubitada que la violencia no tienen nunca justificación.

Creado un clima de cierta calidez, abordar de forma directa el problema, tomar en serio y creer en todo momento el relato que la mujer ofrece, procurando no interrumpirla, anticipar juicios y hacer desaparecer el posible miedo a revelar el episodio de abuso, alertarla sobre el peligro que corre, el riesgo certero de que el hecho se repita poniendo en peligro su vida o la de allegados, respetar su ritmo a la hora de llevar las cosas, ayudar a ordenar las ideas a quien llega probablemente en una situación de colapso mental –así la importancia de concretar los episodios de violencia en orden a posibilitar la calificación del Ministerio Fiscal y/o acusación particular–, intentar centrar los episodios y ordenar el relato, en orden a garantizar una ulterior eficacia probatoria.

Las causas más probables son los conflictos familiares, la cultura y tradiciones, los trastornos psicopatológicos, los abusos de alcohol y drogas, los antecedentes, y los cambios sociales y acceso de la mujer al mercado de trabajo.

La necesidad de coordinar y establecer un abordaje integral del problema entre fuerzas e instituciones, conveniencia de dotar de foros de análisis u observatorios que permitan en su caso establecer las modificaciones precisas.

3. La agilidad en trámites y soluciones

Para evitar el tradicional retraso en la denuncia, en este campo se avanzado sin duda de forma notable en los últimos tiempos por las políticas sociales que tratan de prevenir/eliminar el maltrato y la creación sucesiva de nuevos órganos judiciales con competencias exclusivas en esta materia, para la aplicación de instrumentos creados *ad hoc*, como es el caso de la orden de protección, que puede simultanear la adopción de medidas de amparo tanto de carácter civil como penal, y que será objeto de registro en el SIRAJ para garantizar una exacta publicidad y control del cumplimiento de la misma.

A este respecto, y con relación a los problemas que anteriormente presentaban los casos de quebrantamiento del orden de protección con el consentimiento de la víctima, la cuestión se encuentra saldada desde el día de Acuerdo de Pleno del TS, Sala 2.^a, de 25 de noviembre de 2008, sobre quebrantamiento de la medida cautelar de protección con el consentimiento de la víctima llegando a la conclusión de que en los casos de medidas cautelares de alejamiento en los que se haya probado el consentimiento de la víctima, éste no excluye la punibilidad, a efectos del art. 468 CP.

La evolución de la sociedad española en su percepción del problema de la violencia doméstica. Si bien hasta hace poco, la mujer víctima de la violencia era responsabilizada de buena parte de la misma, actualmente, cada vez está más extendida la creencia de que es preciso rechazar las conductas violentas y de que hay que apoyar a las víctimas.

4. La violencia de género y el art. 416 LECRIM

No ofrece ninguna duda acerca de la posibilidad de la víctima de acogerse a esta dispensa legal de la obligación de declarar. Es inexcusable además a la vista del tenor del precepto el deber del Juez de Instrucción de informar a la víctima de tal posibilidad, con obligación igualmente de decir la verdad bajo pena de falso testimonio como cualquier otro testigo conforme al art. 433 LECRIM.

El fundamento de la dispensa de declarar que establece el art. 416 LECRIM cuando el testigo se encuentre relacionado con el agresor por alguno de los vínculos que en el mismo se establecen –los parientes del procesado en línea directa ascendente y descendente, su cónyuge, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los laterales consanguíneos hasta el segundo grado civil– no se encuentra en la garantía del acusado frente a las fuentes de prueba, sino de los propios testigos a quienes con tal dispensa se pretende excluir del principio general de la obligatoriedad de los testigos a declarar, para no obligarles a hacerlo en contra de su pariente, en razón a que no es posible someter al pariente del acusado a la difícil tesis de declarar la verdad de lo que conoce y que podría incriminarle, o faltar a la verdad y afrontar la posibilidad de ser perseguido por un delito de falso testimonio. Añadía el Tribunal Supremo en sentencia de fecha 22 Feb. 2007 que, la excepción o dispensa de declarar al pariente del procesado o al cónyuge que establece el art. 416 LECRIM. tiene por finalidad resolver el conflicto que se le puede plantear al testigo entre el deber de decir la verdad y el vínculo de solidaridad y familiaridad que le une con el procesado. Esta colisión se resuelve con la dispensa de declarar, que es igualmente válida para el testigo en quien concurre la condición de víctima del delito del que se imputa al inculpado y debe ser puesta en relación con la exención de la obligación denunciar que reconoce el artículo 261 LECRIM.

La redacción dada a dicho precepto por la Ley 13/2009, sobre la Nueva Oficina Judicial incluye expresamente en su redacción a “la persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial”.

El problema reside en el testigo víctima que habiendo declarado ante la Policía y el Juez Instructor se niega en cambio a hacerlo en el Sumario, en estos casos se viene generalizadamente entendiendo que no cabe leer en Juicio, ni valorar como prueba las declaraciones prestadas ante el órgano instructor. A este respecto el TEDH en el caso “UNPERTINGER CONTRA AUSTRIA”, admite la validez de los preceptos nacionales del tipo del art. 416 y, admite asimismo la lectura de declaraciones anteriores de fases sumariales siempre que se respete el derecho de defensa con posibilidad de interrogar a quien emitió dicha declaración.

Sobre los problemas y trascendencia que a propósito de la aplicación de esta medida se plantean en la práctica, cabe aludir a título de ejemplo al análisis efectuado el 3 de marzo de 2020, por la Comisión Provincial de Violencia de

Género de Badajoz, donde fija en un 11% según estadísticas del tribunal superior de justicia de Extremadura el porcentaje de víctimas de violencia de género que se acogerían a dicha dispensa; de ahí que ha sido recurrente el planteamiento en los últimos tiempos, cada vez que se aborda la cuestión de reformas procesales en esta materia, la opción de suprimir o restringir la eficacia de dicha dispensa, en caso de víctimas unidas por una relación familiar o vínculo afectivo previo, o siempre que se aprecie en el delito un elemento subjetivo o voluntad del autor “de degradar, subyugar o dominar” a la víctima.

Nuestro TS en Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de 23 de Enero del 2018 respecto a la alcance temporal de la dispensa del art. 416.1 Lecrim, concluye, en el segundo punto de su contenido lo siguiente *1.- El acogimiento en el momento del juicio oral a la dispensa del ver de declarar establecida en el artículo 416 lecrim impide rescatar o valorar anteriores declaraciones del familiar-testigo aunque se hubieran efectuado con contradicción o se hubiesen efectuado con el carácter de prueba preconstituida. 2.- No queda excluido de la posibilidad de acogerse a tal dispensa quien habiendo estado constituido como acusación particular, ha cesado en esa condición.*

En la muy reciente STS 389/20 de fecha 10 de Julio de la que ha sido ponente Julián Artemio Sánchez Melgar, el TS modifica la jurisprudencia que mantenía al respecto hasta ahora al declarar que las víctimas, *una vez constituidas en acusación particular, no recuperan el derecho a la dispensa de declarar contra su pareja o determinados familiares –art. 416 Ley de Enjuiciamiento Criminal– si renuncian a ejercer dicha posición procesal. En concreto, la Sala de lo Penal hace una corrección del acuerdo Plenario de 23 de Enero del 2018 (apartado 2º) declarando que no recobra el derecho de dispensa (art. 416 de la LECRIM), quien ha sido víctima-denunciante y ha ostentado la posición de acusación particular aunque después cese en la misma.*

El Supremo pretende así la protección de las víctimas de violencia de género frente a posibles coacciones de su agresor para que no declaren contra él después de haberle denunciado. La sala de lo Penal destaca en la sentencia que el derecho de dispensa *“es incompatible con la posición del denunciante como víctima de los hechos, máxime en los casos de violencia de género en los que la mujer denuncia a su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, debiendo naturalmente atribuirle la comisión de unos hechos*

que revisten los caracteres de delito". Añade que "en algunos, en imprescindible su contribución procesal para que pueda activarse el proceso", "pretender que la denunciante pueda abstenerse de declarar frente a aquel, es tanto como dejar sin contenido el propio significado de su denuncia inicial", concluye.

5. Mediación y violencia de género: tipos delictivos a los que puede ser de aplicación

En general existe consenso en la doctrina en el sentido de estimar que el proceso de mediación es apropiado para los delitos menos graves y delitos leves, en este sentido parece correcto el criterio seguido en la Ley portuguesa de reservar el proceso de mediación a delitos patrimoniales y contra las personas con penas inferiores a 5 años excluyendo algunos tipos como los que afectan a la libertad sexual.

En relación con los delitos además de quedar excluidos los graves, penados con más de cinco años, deben quedar excluidos de la mediación aquellos delitos en los que no existe una víctima o un perjudicado directo como ocurre con los delitos de peligro.

Tampoco parece muy adecuada la mediación en los delitos violentos ni en aquellos que se cometen por una pluralidad de partícipes pues se trata de situaciones, en las que es difícil enfrentar a las partes, en aras de alcanzar un acuerdo conciliador voluntario en posición de igualdad.

Curiosamente en la violencia de género y doméstica, la posibilidad de la mediación está tajantemente excluida por el artículo 44.5 de la LO 1/2004 de 28 de diciembre, aunque adivinamos la razón de la prohibición, podría contemplarse con matices la revisión legislativa del criterio.

La realidad nos demuestra que existen muchos casos de malos tratos de obra, lesiones leves, amenazas o coacciones leves puntuales en los que la víctima lo que pretende de la justicia es que desde las instituciones se medie en el conflicto, se actúe a modo de represión, pero pese a este interés evidente, la víctima observa sin poder hacer nada como con la puesta en marcha de la denuncia, el asunto se desborda, se le escapa de las manos y no solo no se satisface y protege a la víctima, sino que contra su criterio, se acaban solicitando para el

trasgresor penas de prisión y medidas obligadas de alejamiento (artículo 57 del CP) que provocan en definitiva sobre las víctimas, a las que se pretende proteger, un hondo malestar, que las lleva a la utilización de mecanismos legales como la dispensa del deber de declarar, que en realidad estaban previstos para satisfacer otros intereses distintos, con la exclusiva finalidad de evitar que el proceso llegue a sus últimas consecuencias. Así acogiendo a la dispensa del artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es prácticamente el único modo por el que finalmente estas víctimas logran que la acción penal se haga inefectiva, pero el conflicto permanece e incluso en los casos de un potencial maltratador pueda verse agravado.

Por qué no dar entonces a la víctima el protagonismo y la protección que ésta pretende?, ¿porque prescindir de la posibilidad de solucionar un conflicto en muchas ocasiones puntual, mediante el proceso de mediación, cuando el proceso penal retributivo no solo no ofrece satisfacción sino que se presenta como inadecuado?

La proliferación de los procesos penales, la hiper agravación de conductas que se consideraban veniales, hace que se dispersen los medios de respuesta, tanto las atenciones sociales, como los mecanismos penales, la necesidad de responder a todos los conflictos con la represión penal, puede provocar que aquellos casos verdaderamente relevantes pasen desapercibidos.

Las estadísticas oficiales del Observatorio para la Violencia de Género ponen en evidencia como pese a la dura represión penal en el ámbito familiar de las conductas antes consideradas veniales, los casos graves, homicidios, siguen en aumento o se mantienen año tras año, no se tiene la percepción de que el endurecimiento de las penas se haya traducido en unos óptimos resultados.

Resulta incuestionable excluir las técnicas de mediación durante el proceso cuando lo que se imputa al agresor sea un delito de violencia habitual del art. 173.2 del Código Penal, pues en estos casos por la propia naturaleza de la violencia ejercida, la víctima se encuentra sometida a un estado de dominación, a una situación de permanente agresión, de modo que su vida como se ha dicho en reiteradas sentencias del TS es un infierno y el desequilibrio entre las partes es evidente pudiendo incluso estimarse que su voluntad estría viciada para intervenir en un verdadero proceso de mediación.

Tal vez también sería aconsejable impedir la mediación cuando las fronteras de lo que debe ser respeto en la relación de pareja hayan sido gravemente vulneradas poniendo de manifiesto una brutalidad especial en el agresor, casos de los delitos de lesiones del artículo 148 reveladores de una personalidad violenta, por supuesto las lesiones del artículo 149 o 150 o las amenazas graves del artículo 169 CP, pues en todos estos supuestos la violencia desplegada, sea vis física o vis moral, adquiere una relevancia tan notable que evidencia un desprecio y/o un afán de dominación evidente al tiempo que una alta agresividad; pero no parece justificable, que en episodios de violencia ocasional, caso del delito de maltrato físico o psicológico sin causar lesión, previsto y penado en el artículo 153 o el caso de las amenazas leves del artículo 171.4 o las coacciones leves del artículo 172 CP, en los que en la mayoría de las ocasiones se trata de acciones o desencuentros puntuales en los que no se aprecia un evidente desequilibrio de partes, se vea impedida por mandato del legislador una técnica que a buen seguro podría dar buenos frutos y evitaría que las víctimas se vieran obligadas a retratarse como lo revela el elevado número de sentencias absolutorias y retiradas de acusación provocadas por el ejercicio de la dispensa del artículo 416 LECRIM.

¿Qué obstáculo puede ofrecerse a que las víctimas que no se hallen sometidas y tenga capacidad suficiente para reaccionar, puedan acogerse a esta técnica? Entiendo que ninguno y que se trata de una desconfianza del legislador hacia los Tribunales y hacia las personas del género femenino.

6. Guía de buenas prácticas sobre declaraciones en materia de violencia de género aprobada en noviembre del 2018 por el grupo de expertos del CGPJ

Se regula una información clara y completa a las víctimas, en este sentido podrán solicitar una orden de protección, asignación de una pulsera electrónica, designación de dirección de correo electrónico para notificaciones, acceso a ayudas sociales, atención psicológica, asistencia letrada gratuita, derechos económicos y ayudas, protección en el orden laboral, atención extendida a los hijos víctimas del maltrato.

Se ha llegado hablar de una *justicia informacional* a cargo del Letrado de la Administración de Justicia.

Evitar la victimización secundaria en modo alguno la víctima llegue a sentirse culpable o responsable de la situación.

Evitar el peregrinaje judicial y el maltrato institucional.

No cuestionar la veracidad en sus manifestaciones.

La buena organización judicial favorece y protege a la víctima.

Consejos para la actuación de la víctima en juicio, derecho declarar mediante videoconferencia que evita la confrontación visual con el agresor, derecho a la asistencia de intérprete, derecho de las víctimas con discapacidad a que las comunicaciones se hagan a través de otra persona que los entienda, derecho ser acompañado por otra persona, derecho a ser asistido por un psicólogo durante la celebración del juicio, derecho a solicitar formalmente la notificación de la resolución que se dicte, derecho a solicitar que el juicio se celebre a puerta cerrada, derecho a pedir medidas de protección, derecho que se le comunique la fecha, hora y lugar del juicio, derecho a un trato respetuoso durante la celebración de la vista, derecho a no declarar conforme al artículo 416 LCRIM.

7. La apreciación objetiva del maltrato y sus consecuencias en la vida familiar

La sentencia 677/18 dictado por la sala segunda del Tribunal Supremo de fecha 20 de diciembre de 2018, tuvo un enorme eco en los medios de comunicación a propósito del caso concreto analizado declarando que no es exigible un especial *ánimo de dominación* del hombre sobre la mujer para subsumir su conducta en el tipo previsto en el artículo 153.1 CP consagran una apreciación objetiva del maltrato sin necesidad de acreditar ningún ánimo subjetivo especial en la conducta del acusado.

En modo alguno quiso el legislador adicionar una exigencia de valoración intencional para exigir que se probara una especial intención de dominación del hombre sobre la mujer o del hijo agresor sobre el padre especialmente vulnerable. Ello iba ya implícito con la comisión del tipo penal contemplado en los artículos 153, 171 y 172 CP al concurrir las especiales condiciones y/o circunstancias del tipo delictivo. La situación en concreto de mayor o menor desigualdad es irrelevante. Lo básico es el contexto sociológico de desequilibrio en las relaciones. Eso es lo que el legislador quiere prevenir; y lo que se sanciona más gravemente aunque el autor tenga acreditadas convicciones sobre la especial

igualdad entre varón y mujer o en el caso concreto no pueda hablarse de equilibrio físico o emocional.

Sobre este particular algún analista cuestiona la incidencia que pueda tener en la vida familiar, donde tras registrarse una discusión puntual haya familias abocadas a una disgregación familiar de la mano de la aplicación imperativa del artículo 57.1 CP que prevé la imposición preceptiva de la prohibición de aproximación. Partiendo de que no hay que escatimar esfuerzos en la lucha contra la desigualdad, la violencia familiar y de género, la configuración e interpretación de los tipos de forma objetiva puede conllevar a tratar de forma igual a los desiguales, alejándonos del necesario análisis de las circunstancias concretas que concurren en cada caso.

8. Maltrato psicológico: el mal silencioso

Este tipo de maltrato entraña una enorme dificultad para su identificación y acreditación, ya que no deja daños corporales visibles, sin embargo puede dejar un inmenso e incluso irreversible daño en la persona que los sufre debido al carácter permanente del mismo.

Las personas que sufren este tipo de maltrato suelen tener sentimientos de culpa y de vergüenza al ver dañada gravemente su autoestima y su amor propio.

Su tipificación actual se encuentra comprendida en el artículo 173.2 CP. La jurisprudencia viene declarando que este artículo es un tipo delictivo autónomo en el que el bien jurídico protegido es la preservación de la paz familiar.

En cuanto se refiere al *non bis in idem* el artículo 173.2 primero in fine contiene una regla concursal específica cuando expresa *sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos en que se haya concretado los actos de violencia física o psíquica*, de forma que el principio *non bis in idem* sólo podrá ser invocado en relación a aquellos actos concretos de violencia que hayan integrado la habitualidad de un maltrato anterior ya enjuiciado.

Sobre el aspecto de la habitualidad que necesariamente debe darse en la violencia psíquica la jurisprudencia viene entendiendo que no es un problema aritmético de número mínimo de comportamientos individualizados que hayan de

sumarse. Y menos aún debe exigirse un número concreto de denuncias, sino que responde más bien a un clima de dominación o intimidación, de imposición y desprecio sistemático. Lo determinante es haber creado una atmósfera general de esa naturaleza nos exige por tanto una mínima reiteración pero sí que la repetición provoque la situación de superioridad y de dominio hacia la víctima que permite hablar de habitualidad. La habitualidad así configurada responde a un concepto criminológico-social más que jurídico-formal (STS 364/2016 de 27 de abril).

En suma, la información y apoyo a las víctimas de este tipo de violencia es fundamental para que puedan tomar conciencia de su situación, prepararse para salir de ella, denunciarla e intentar superarla. Como conclusión la intermediación y la empatía –participación afectiva en la realidad de la otra persona– se revelan como las mejores herramientas para dispensar un trato adecuado, y lo que es más importante, una respuesta lo más eficaz posible ante la víctima.

Bibliografía

- AGUDO FERNANDEZ, E. y otros. "La víctima en la justicia penal". Madrid, 2016.
- ALBERDI, I. y MATAS, N. "La Violencia Doméstica informe sobre malos tratos a mujeres en España". Colección estudios sociales, 2002, Fundación La Caixa.
- FERREIRO BAAMONDE, X. "La víctima en el proceso penal". Ed. La Ley, Madrid, 2005.
- GOMEZ COLOMER, J. L. "Violencia de género y proceso". Valencia, 2007.
- HOYOS SERRANO, M. "La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales". Pamplona, 2017.
- LOUSADA AROCHENA, J. F. "Enjuiciamiento de género: fundamentos teóricos, plasmación positiva, orientaciones prácticas". Poder judicial, 2019.
- MAGRO SERVET, V. "La validez en juicio de las declaraciones de los testigos y víctimas en la instrucción de juicios rápidos". La Ley, 2002. "Violencia de género: tres cuestiones de actualidad práctica". La ley, 2005.

MARTIN RIOS, P. "Víctima y justicia penal". Barcelona, 2012.

MONTALBAN HUERTAS, I. "La LO1/2004, de 28 de Diciembre de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género, un instrumento normativo peligroso". Cuadernos de Derecho Judicial XXII, 2005.

ORDOÑEZ SOLIS, D. "La construcción normativa y jurisprudencial del principio de igualdad de género en la unión europea", 2019.

POMBO, F. "Guía práctica para el asesoramiento legal a las víctimas de violencia de género", 2015.