

Il fenomeno della violenza domestica e della violenza di genere in Spagna: analisi di alcuni aspetti del suo trattamento processuale¹

María del Pilar Martín Rios*

Riassunto

Sia nell'ordinamento giuridico spagnolo sia, in generale, nel diritto comparato, può constatarsi, in materia di violenza di genere, l'esistenza di due posizioni molto differenziate. Mentre, da un lato, vi sono i sostenitori della c.d. *victim choice*, dall'altro lato si collocano coloro che ritengono meglio applicare le c.d. *no-drop policies*. Nell'ordinamento giuridico spagnolo è possibile verificare la sussistenza di manifestazioni di entrambe le tendenze, allo studio delle quali si dedica il presente lavoro. Nel medesimo, si sottolineano con particolare attenzione le difficoltà derivanti dalle frequenti ritrattazioni e molteplici rifiuti a deporre delle vittime di questo tipo di violenza.

Résumé

Tant dans le système juridique espagnol que, en général, dans le droit comparé, il existe, en matière de violences liées au genre, deux positions : d'un côté, certains sont partisans d'une approche dite *victim choice*, de l'autre quelques-uns préféreraient appliquer celle appelée *no-drop policies*. Dans le système juridique espagnol, ces deux positions coexistent et cet article a comme objectif de les examiner. En outre, dans ce texte, l'auteur souligne tout particulièrement les difficultés dues aux nombreux refus de déposer plainte et aux rétractations fréquentes des victimes, fréquents dans le cadre de ce type de violence.

Abstract

Both in the Spanish legal system as, in general, in comparative law, there are two distinct approaches to gender violence. On the one hand, there are supporters of "victim choice", on the other hand, an approach supporting the benefits of the implementation of no-drop policies might prevail.

In the Spanish legal system, both of these approaches coexist and this article aims to examine this. Moreover, in this paper, the author underlines in particular the difficulties coming from the numerous refusals to report such violence and from the frequent retractions of the victims of this kind of crime.

¹ La traduzione dell'articolo è a cura della Dott.ssa Lucia Della Torre.

* Professore di Diritto processuale penale, Università di Siviglia

1. Considerazioni introduttive: *no-drop policies* e approcci *pro victim choice*.

Rispetto al trattamento politico-criminale riservato alla violenza di genere, è possibile rilevare la presenza di due opposte tendenze: le così dette “*no-drop policies*”, da un lato, che si contrappongono, dall'altro, ad approcci che preferiscono la “*victim choice*” (ovvero la scelta/decisione della vittima). Non è difficile trovare manifestazioni di entrambe nel diritto penale comparato¹, oltre che all'interno dell'ordinamento spagnolo.

Coloro che sostengono la necessità di privilegiare la *victim choice* attribuiscono massima rilevanza alla volontà della vittima, che ha nelle sue mani sia l'inizio sia la prosecuzione del processo². D'accordo con queste premesse, nello stesso modo in cui la vittima può ottenere una soluzione mediante la mediazione del suo conflitto, la medesima potrebbe rifiutarsi di deporre in giudizio, senza che questo possa far sorgere a suo carico alcun tipo di responsabilità.

Da una prospettiva opposta, le così dette *no-drop policies*³ si fondano sul convincimento che

l'approccio *pro-victim choice* espone la donna alla manipolazione di altri, che possono essere il suo stesso aggressore o qualche familiare⁴. D'accordo con queste seconde premesse - che hanno cominciato ad essere applicate dalle Procure degli Stati Uniti a partire dal 1990 - la vittima non può determinare gli indirizzi del processo, il cui svolgimento sarà indipendente dai *desiderata* della vittima⁵. Oltre a ciò, è possibile che la vittima sia forzata a partecipare, come testimone, nel menzionato processo. In forma complementare rispetto alle *no drop policies* - anche se è possibile la loro operatività separata - i *mandatory arrest* operano, con approccio simile, in altre fasi del processo. La loro applicazione presuppone che la Polizia debba⁶ sempre procedere all'arresto, qualora ritenga probabile che si stia compiendo un atto di violenza domestica.

2. Stato della questione nell'ordinamento giuridico spagnolo.

Se scendiamo all'analisi del caso concreto spagnolo, possiamo cominciare a considerare che, dal momento in cui le fattispecie penali relative alla violenza domestica e di genere sono state

1 Sul punto, si può consultare Buzawa E.S. e Buzawa C.G., *Domestic Violence: the Criminal Justice Response*, California, 2003, pp. 197 e ss.

2 In Austria, ad esempio, le *complainant offences* necessitano, per la loro prosecuzione, una richiesta formale da parte della vittima. Allo stesso modo, questa può porre fine al processo ritirando la sua querela. Nella maggior parte degli altri delitti (che presentano una gravità maggiore), tuttavia, l'azione penale verrà intentata e proseguita indipendentemente dalla volontà della vittima. Si veda Brienen M.E.I. e Hoegen E.H., *Victims of crime in 22 European Criminal Justice Systems*, The Netherlands, 2000, pag. 76.

3 Favorevole ad implementare queste politiche in caso di violenza domestica, Corsilles A., “No-Drop Policies in the Prosecution of Domestic Violence Cases: Guarantee to Action or Dangerous Solution?”, 63 *Fordham L. Rev.*, 1994, pag. 853) mette in evidenza che alcune tra le critiche che vengono rivolte alle *c.d. no drop policies* riguardano il fatto che esse

eliminarrebbero ogni possibilità di agire in forma discrezionale da parte dell'ufficio della Procura e che potrebbero così determinare un eccesso di ricorsi, oltre che una maggiore vittimizzazione della donna.

4 Così Hoyle C. e Sanders A., “Police Response to Domestic Violence. From Victim Choice to Victim Empowerment?”, *The British Journal of Criminology*, vol. 40, 2000, pag. 17.

Per uno studio approfondito sulla questione si veda Esquinas Valverde P., *Mediación entre víctima y agresor en la violencia de género*, Valencia, 2008.

5 Per maggiori dettagli si vedano Han E.L., “Mandatory arrest and no-drop policies: victim empowerment in domestic violence cases”, *Boston Colleg Third World Law Journal*, Winter 2003.

6 Escludendosi, in questo modo, qualsiasi discrezionalità da parte di quest'ultima.

configurate come delitti pubblici⁷, si sono adottati criteri molto vicini alle c.d. *no-drop policies*. In virtù di ciò, il perseguimento di questi delitti avrà luogo con totale indipendenza rispetto alla volontà della vittima⁸. Negli ultimi tempi, inoltre, si sta discutendo⁹ circa l'opportunità di implementare, in materia di violenza di genere, nuove manifestazioni operative delle c.d. *no-drop policies*. Concretamente, dinnanzi alle significative difficoltà che gli operatori giuridici affrontano per ottenere la condanna dell'imputato, dovute alle frequenti ritrattazioni e ai rifiuti a deporre delle donne vittimizzate, si suggerisce l'opportunità di obbligare queste ultime a testimoniare in dibattimento, prevedendo, in caso contrario, una qualche forma di responsabilità a loro carico¹⁰.

Inoltre, sebbene all'interno delle previsioni contenute nelle normative delle comunità autonome relative all'ambito familiare sia frequente incontrare riferimenti alla mediazione come strumento per la soluzione dei conflitti che sorgono all'interno di quest'ultimo, nella Legge Organica 1/2004 – e anche nell'articolo 87 *ter*,

7 La qual cosa implica sia la procedibilità d'ufficio, sia l'inefficacia del perdono dell'offeso.

8 In Norvegia la violenza domestica venne inizialmente considerata come *complaint offence*. Ciò nonostante, le frequenti ritrattazioni e remissioni di querela da parte delle vittime (con la conseguente frustrazione che esse potevano provocare in coloro che avevano lavorato al caso) fecero sì che, nel 1988, la fattispecie si qualificasse come *non complaint offence*. Si vedano Brienen M.E.I. e Hoegen E.H., *Victims of crime in 22 European Criminal Justice Systems*, cit., pag. 77.

9 La stessa Procura Generale ha ventilato questa possibilità nel Rapporto del 2010.

10 Analizziamo la questione in modo più approfondito nel paragrafo seguente.

Per una valutazione negativa di questa proposta, secondo la quale essa provocherebbe una diminuzione nel numero delle denunce e la inefficacia del processo, si veda Díaz Pita P., in Nuñez Castaño E. (a cura di), *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*, Valencia, 2009, pp. 341-342.

comma quinto, della LOPJ¹¹ - si esclude espressamente ogni possibilità di applicare la mediazione nei processi che si svolgano dinnanzi ai¹² Tribunali contro la violenza sulla donna¹³. Pare che il nostro legislatore sia consapevole dei rischi di pressione e di intimidazione che possono annullare la libera volontà della vittima¹⁴, e che abbia, per questo motivo, scelto di evitare che le minacce o le costrizioni dell'offensore possano influenzare l'accettazione, da parte della vittima, delle proposte avanzate dal reo¹⁵.

11 Ley Orgánica del Poder Judicial, Legge Organica del 1 di luglio 1985, n. 6

12 “Juzgados de violencia sobre la mujer”, nella lingua originaria. La Legge Organica n. 1 del 28 dicembre 2004 ha creato questo nuovo organo giudiziale, il quale ha competenza rispetto ai reati in materia di violenza di genere (delitti compiuti contro la moglie, la ex moglie, la convivente e colei che, pur senza una convivenza, sia legata dalla stessa relazione di affettività). Il Tribunale decide anche rispetto alle cause civili relazionate con quelle penali. La medesima legge ha anche creato una sezione della Procura apposita (Fiscal contra la Violencia sobre la Mujer) incaricata della supervisione e del coordinamento delle Procure nelle cause di violenza di genere.

13 Riferiscono Hoyle C. e Sanders A. (“Police Response to Domestic Violence...”, *cit.*), come alcune femministe ritengano che le strategie di mediazione legittimano la violenza contro le donne. In questo senso, si vedano Stanko E. (“Missing the Mark? Police Battering”, in Hanmer J., Radford L., Stanko E., *Women, Policing and Male Violence: International Perspectives*, London, 1989, pp. da 49 a 69) e Hilton N.Z. (“Mediating Wife Assault: Battered Women and the New Family”, *Canadian Journal of Family Law*, 1991, 9, pp. da 29 a 53).

14 Dato che un esempio paradigmatico di questo rischio è proprio rappresentato dai delitti di violenza di genere.

15 Per una valutazione positiva di questa previsione, si vedano Senés Motilla C., “La competencia penal y en materia civil, de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer”, *Diario La Ley*, 1 dicembre 2005, pag. 5. Allo stesso modo, Wolhuter L., Olley N. e Denham D., *Victimology: Victimisation and Victims' Rights*, Gran Bretagna, 2009, pag. 215.

Al contrario, Perez-Olleros Sánchez Bordona F.J. (“Cuestiones y respuestas sobre la Ley Organica de medidas de protección integral contra la violencia de género”, *Diario La Ley*, 13 giugno 2005, pag. 12) ritiene che questa generica esclusione potrebbe pregiudicare la indipendenza giurisdizionale dei

Giudici e dei Magistrati, intendendosi (a causa della mancanza di specificazione della norma) che la mediazione giudiziale risulterebbe a sua volta esclusa.

Mettendo in evidenza i benefici che, secondo il suo parere, potrebbe portare l'applicazione della mediazione in questo ambito, si veda Pérez Ginés C.A., "La mediación penal en el ámbito de la violencia de género (o las órdenes de protección de difícil control y cumplimiento)", *La Ley Penal*, num. 71, Maggio 2010, pag. 63.

Da parte sua, durante il II Incontro Nazionale di Giudici, Avvocati, Procuratori e Segretari dei Tribunali della Famiglia – "Juzgados de Familia" nella lingua originaria -, celebrato a Madrid tra il 23 e il 25 di novembre del 2005, circa la necessità di inserire la mediazione familiare, si è concluso all'unanimità che non è possibile escludere questa mediazione senza distinguere tra i casi in cui la violenza è effettivamente rilevante – incidendo dunque sulla posizione di uguaglianza delle parti- e gli altri casi, in cui questo grado di violenza non arriva ad affettare la libertà di giudizio della vittima. In questo stesso senso (e portando a sostegno altre ipotesi – come la sottrazione di minori e il mancato versamento degli alimenti – nelle quali si hanno di solito situazioni di violenza e, ciò nonostante, il diritto internazionale ricorre alla mediazione familiare) si veda Villagrasa Alcaide C. "Protección en el ámbito civil", in Rivas Vallejo M.P. e Barrios Baudor G..L (a cura di), *Violencia de Género: Perspectiva Multidisciplinar y Práctica Forense*, Navarra, 2007, pag. 378.

Secondo Silvani S. ("La mediazione nei casi di violenza domestica: profili teorici e spazi applicativi nell'ordinamento italiano", in Mannozi G. (a cura di), *Mediazione e Diritto Penale. Dalla punizione del reo alla composizione con la vittima*, Milano, 2004, pag. 135), la maggiore critica che si può muovere contro la mediazione in questo settore è che quest'ultima si concentra sui benefici che possano essere ottenuti con la mediazione rispetto all'impiego della giustizia penale "classica". Nonostante ciò, questa autrice mantiene la possibilità di applicare la mediazione in caso di violenza domestica, sempre che si adottino certe modalità e tecniche di mediazione e che si instauri una comunicazione costante e una collaborazione tra la mediazione e il sistema penale (*Ibidem*, pp. 141-143).

Fyee N.R. (*Protecting Intimidated Witnesses*, Burlington, USA, 2001) trova sia argomenti a favore sia argomenti contro l'uso della mediazione nella violenza di genere. Nel primo senso (*ibidem*, pagg da 25 a 56), si evidenzia come le dinamiche emozionali applicabili negli incontri possano aiutare l'aggressore a riconoscere la sua responsabilità. Inoltre, si recupera socialmente la vittima e le si permette di esprimere la sua versione dei fatti. Contro la mediazione (*ibidem*, pagg. da 57 a 84) si segnala che questa trae con sé un rischio per la integrità fisica di coloro che siano coinvolti, non soddisfa le finalità di prevenzione generale e, in più, colloca la donna in una posizione di inferiorità nelle negoziazioni, date le sue caratteristiche. Infine, l'autore opta –*ibidem* pagg. 22 e

3. Analisi di un caso concreto: ritrattazione e rifiuto di testimoniare da parte delle vittime di violenza domestica e di genere¹⁶.

3.1. Presentazione del problema.

a) Inquadramento legale

Gli articoli 416 e 707 LECrim¹⁷ stabiliscono l'obbligo generale di testimoniare, tanto nella fase delle indagini preliminari come in quella del giudizio. Di conseguenza, ogni cittadino¹⁸ chiamato a deporre deve farlo obbligatoriamente. Inoltre, nella sua dichiarazione, egli dovrà dire la verità, incorrendo, in caso contrario, in una responsabilità penale¹⁹.

Come specificazione della menzionata regola generale, bisogna tenere presente che nessun testimone potrà essere obbligato a deporre rispetto ad una domanda la cui contestazione possa pregiudicare materialmente o moralmente e in modo diretto e importante la persona o la sorte di qualcuno dei congiunti ai quali fa riferimento l'articolo 416 LECrim, con l'eccezione dei delitti che, rappresentando un attentato alla sicurezza dello Stato, alla tranquillità pubblica, o alla persona del re o di un suo successore (art. 418 LECrim), rivestono rilevante gravità.

23– per l'opportunità di non proibire categoricamente il ricorso alla mediazione "al fine di rendere possibile accedere a uno o all'altro meccanismo, formale o informale, in funzione delle circostanze, senza marginalizzare né privilegiare incondizionatamente nessuno di tali meccanismi".

16 Per un maggiore approfondimento, si consenta di fare riferimento a Martín Ríos M^a. P., "Reflexiones acerca de la negativa a declarar en juicio de la mujer víctima de violencia de género: análisis de la jurisprudencia española", *Revista General de Derecho Procesal*, num. 15, 2008, pp. 1-11.

17 Ley de Enjuiciamiento Criminal, del 14 settembre 1882. Sebbene si tratti di un Testo Unico, e non di un vero e proprio codice, può essere intesa come equivalente al Codice di Procedura Penale Italiano.

18 Con le eccezioni che vedremo successivamente.

In concreto, il menzionato articolo 416 LECrim si riferisce ai parenti del processato in linea diretta ascendente e discendente, al coniuge o ad una persona unita da una relazione di fatto analoga a quella matrimoniale, ai suoi fratelli consanguinei e ai collaterali consanguinei fino al secondo grado civile, così come ai parenti ai quali fa riferimento il numero 3 dell'articolo 261 LECrim²⁰.

Rispetto alla possibile scomparsa del requisito della convivenza in coppia di fatto al momento di deporre come testimone, il Tribunale Supremo (da questo momento in poi, TS), ritiene, nella sentenza del 26 marzo 2009 –a differenza di quanto sostenuto nelle pronunce dell'8 aprile 2008, 20 gennaio 2009 e 12 febbraio 2009- che il diritto di non dichiarare permanga anche se la convivenza era sussistente *nel momento in cui si sono verificati i fatti*. Questo principio è applicabile anche ai casi di rottura del vincolo matrimoniale essendo possibile, di conseguenza, che si avvalga della facoltà di astenersi il testimone che sia divorziato nel momento in cui fosse chiamato a deporre, sempre che risultasse sposato nel momento in cui si sono verificati i fatti.

Abbondando nelle eccezioni all'obbligo generale di testimoniare, il medesimo articolo 416 LECrim, nel suo secondo comma, contempla l'ipotesi del segreto professionale dell'avvocato nei confronti

del suo cliente. Allo stesso modo, l'articolo 417 LECrim dispone che non potranno nemmeno essere obbligati a deporre come testimoni: gli ecclesiastici e i ministri dei culti ammessi, su fatti che fossero stati loro rivelati nell'esercizio delle funzioni del loro ministero; i funzionari pubblici, tanto civili quanto militari, di qualunque tipo siano, quando non potessero deporre senza violare il segreto che per ragione dei loro incarichi fossero obbligati a rispettare o quando, procedendo in virtù di un'obbedienza dovuta, non fossero stati autorizzati da parte di un superiore gerarchico a prestare la dichiarazione che si richieda loro; infine, gli incapaci fisici e mentali.

b) Operatività della esenzione: la discussa applicazione dell'articolo 416 LECrim ai casi della violenza domestica e di genere

Uno dei primi problemi interpretativi che sorgono nell'esaminare le previsioni della LECrim sulle dichiarazioni testimoniali è quello di determinare se queste previsioni possono ritenersi applicabili alla vittima del delitto o della contravvenzione e se, di conseguenza, anche quest'ultima possa essere esentata dal dovere di testimoniare che viene consacrato dall'articolo 416 LECrim. Nella pratica, tenendo conto del fatto che l'articolo 416 della Legge Criminale si riferisce, in astratto, ai *testimoni*, e che le vittime sono considerate come *testimoni con status speciale*, si opera come se fosse così, anche se il silenzio della legge rispetto a tale questione lascia spazio per interpretazioni diverse²¹.

19 Per delitto di falsa testimonianza in una causa penale, artt. da 458 a 462 c.p.

20 Escobar Jiménez R. ("La facultad de no declarar contra determinados familiares en el proceso penal", *La Ley. Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, 11 dicembre 2009, pag. 1650) critica il fatto che non si sia inclusa nell'elenco l'accoglienza familiare preordinata all'adozione, in conseguenza dei legami familiari che comunque si vengono a creare. Allo stesso modo, richiama la attenzione sulla non necessaria ripetizione in cui si cade nel fare riferimento a "fratelli consanguinei" e "collaterali consanguinei fino al secondo grado".

21 In Italia, l'art. 199 co.1 c.p.p. impedisce che le vittime-testimoni possano fare ricorso alla facoltà di astenersi dal dovere di testimoniare.

Nonostante in questi ultimi tempi si sia prospettata -sia da parte della dottrina²² sia da parte di posizioni istituzionali²³- la possibilità di escludere l'applicazione dell'articolo 416 LECrim nei confronti delle vittime della violenza domestica e di genere, anche in questi casi si sta ammettendo, *de facto*²⁴, che la vittima-testimone si avvalga della facoltà di non testimoniare. Inoltre, in seguito alla riforma operata sulla LECrim da parte della Legge del 3 novembre 2009, n. 13, si è anche ampliato l'ambito di applicazione dell'articolo 416 LECrim ai casi dei rapporti di fatto²⁵.

22 Si veda Cabrera Gárate R. ("Apuntes sobre la dispensa del deber de declarar contemplado en el art. 416 de la LECrim, en relación con la víctima de violencia de género", *Revista Jurídica de Canarias*, 2006, n. II), Castillejo Manzanares R. ("La dispensa del deber de declarar del artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal respecto de la mujer que sufre violencia de género", *Revista de Derecho Penal*, n. 26, 2009, pag. 130) e López Tébar E. ("La negativa de la víctima a prestar declaración en el acto del juicio oral en los delitos de violencia intrafamiliar", *Poder Judicial*, n. 85, 2007, pag. 201).

23 La FGE (Fiscalía General del Estado), tanto nella Memoria relativa all'anno 2007 così come in quelle successive (l'ultima di queste, nell'anno 2010), suggerisce che si modifichi la disciplina per impedire che le donne vittime di violenza di genere che hanno denunciato i propri compagni si avvalgano del diritto di non testimoniare contro questi ultimi durante il dibattimento, posizione che -"in molti casi", dice la FGE- si adotta per evitare una sentenza di condanna. La Memoria del 2009 della FGE, lungo questa stessa linea, raccoglie "l'insieme di opinioni critiche" rispetto alle "gravi perturbazioni" che l'articolo 416 provoca nella risposta penale contro la violenza di genere. Tale disposizione, infatti, finisce per convertirsi in una autentica "via di fuga" per "veri maltrattatori" e in una "frequentissima causa di sentenze assolutorie che non dovrebbero esserlo". Nell'anno 2008, la allora Presidente dell'*Osservatorio contro la Violenza Domestica e di Genere*, si è espressa in modo analogo. Diverse associazioni di donne si sono pronunciate secondo questa medesima linea nel corso degli ultimi anni. Si veda la pagina web: <http://www.nodo50.org/mujeresred/spip.php?article492>

24 E, ove non si ammetta alcuna eccezione rispetto al testo legale, pare anche *de iure*.

25 Accogliendo così la tesi che ha sostenuto il TS nelle sentenze del 22 febbraio 2007, 20 febbraio e 8 aprile

Nonostante quanto appena esposto, è necessario evidenziare la problematica celata dalla soluzione proposta: dal fatto che i delitti che si verificano all'interno di questo ambito sono solitamente a "testimone unico" deriva che, ove la vittima si rifiutasse di testimoniare, si arriverebbe inesorabilmente alla chiusura del caso. È molto comune che, facendo riferimento al l'art. 416 LECrim, in casi di violenza domestica e di genere si producano delle ritrattazioni e dei rifiuti a deporre che, oltre a rendere difficoltosa la condanna dell'autore del fatto, richiedono anche un notevole dispendio di tempo, sforzi e mezzi. Inoltre, in certe occasioni non è sufficiente, per evitare la ritrattazione delle vittime, che si adottino strumenti di protezione delle medesime, perché in molti casi questi cambiamenti nella volontà di testimoniare rispondono più a "pressioni interne"²⁶ che a pressioni esterne.

3.2. Interpretazione della problematica da parte del Tribunale Supremo (TS).

a) Importanza dell'avvertimento preventivo relativo al diritto di astenersi dal testimoniare: ambito di applicazione e conseguenze dell'inadempimento

Per poter affermare che una vittima ha scelto, liberamente e coscientemente, di avvalersi della facoltà di non testimoniare, è necessario che essa abbia piena consapevolezza delle conseguenze che potrebbero scaturire da tale decisione. A questo

2008, e 20 gennaio e 26 marzo 2009 (in senso contrario si è pronunciata, invece, la STS del 21 novembre 2003).

L'art. 199, co. 3a) c.p.p. italiano accoglie una previsione identica.

26 Conseguenza del dolore patito, dei sensi di colpa, dei rimorsi, della c.d. "sindrome di Stoccolma", ecc. In caso di maltrattamenti nei confronti di minori, per esempio, non è strano che questi si tirino indietro

fine, il lavoro informativo dei differenti operatori giuridici dovrà estendersi alla fase delle indagini preliminari, all'istruzione probatoria e al dibattimento. Inoltre, come pone in rilievo la sentenza del TS del 5 marzo 2010, questa spiegazione dovrà realizzarsi tutte le volte che il parente è chiamato a dichiarare in qualità di testimone²⁷.

Nonostante questo, il diritto della vittima-testimone ad essere informata incontra alcune limitazioni: in base a differenti decisioni del TS, mentre nei casi in cui la vittima denuncia in forma spontanea o volontaria non occorre che essa venga informata del suo diritto a non farlo²⁸, al contrario se la medesima depone a seguito di una richiesta dell'autorità, tale autorità è obbligata ad avvertirla dell'esistenza di una dispensa legale²⁹.

dinnanzi alla paura di essere chiusi in un centro di protezione.

27 Perché il fatto di voler rinunciare al diritto di non testimoniare in un certo momento “non implica una rinuncia tacita a tale diritto per le dichiarazioni successive” (sentenza del 5 marzo 2010).

28 Si vedano le sentenze del 27 ottobre 2004, 10 maggio e 12 luglio del 2007.

La posizione dei Tribunali Provinciali (“Audiencias Provinciales” nel testo originario), al contrario, è di solito quella di annullare gli atti svolti precedentemente, se la vittima non è stata debitamente informata del suo diritto a non dichiarare. Castillejo Manzanares R. (“La dispensa...”, *cit.*, pp. 133-134) si mostra d'accordo con questa interpretazione. Nell'organigramma giudiziale spagnolo, i Tribunali Provinciali hanno la propria sede in ogni capoluogo di provincia ed estendono la propria giurisdizione su tutto il territorio provinciale. Nel sistema processuale penale sono competenti in sede di appello e, in primo grado, per alcuni procedimenti penali relativi a delitti che prevedano una pena detentiva superiore a cinque anni

29 Si vedano Barrientos Pacho J. M^a. (“Denuncia y testimonio entre cónyuges o parientes sin advertencia previa de la dispensa legal. Validez y eficacia en juicio”, *La Ley. Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, 23 giugno 2010, pag. 1439) e Escobar Jiménez R. (“La facultad de no declarar...”, *cit.*, pp. 1648-1649). Si vedano, allo stesso modo, le sentenze del TS del 6 aprile 2001, 10 maggio 2007 e 20 febbraio 2008

Infine, circa le conseguenze del mancato rispetto dell'obbligo di informare la vittima, nei casi in cui –come abbiamo visto– tale obbligo sussista, diverse risoluzioni giudiziali ammettono che, in tali ipotesi, potrebbe darsi luogo alla nullità degli atti³⁰.

b) Conseguenze della denuncia della vittima nonostante la facoltà di astensione dell'articolo 416 LECrim

Posto che, come detto *supra*, il TS sta progressivamente ritenendo che la presentazione della denuncia da parte della vittima escluda l'obbligo di informarla circa la facoltà di astensione prevista dall'articolo 416 LECrim, interessa ora esaminare quali caratteristiche deve tale denuncia presentare perché possano esserle attribuiti gli effetti menzionati. In primo luogo, come già si era anticipato, deve trattarsi di una denuncia volontaria e spontanea.

In secondo luogo, è necessario chiarire che la vittima non sempre procede alla presentazione di una denuncia “formale”. Piuttosto, in alcuni casi compie atti dai quali può derivarsi la realizzazione di una “denuncia tacita”. Posto che non si prevede niente di particolare per i casi di violenza di genere, crediamo che in queste circostanze occorrerebbe applicare il criterio seguito dal TS nei delitti “semipubblici”³¹. In tale ambito, il TS

30 Si veda, per tutte, la sentenza del TS del 13 novembre 1985, e le sentenze dei Tribunali Provinciali (si veda nota n. 29) di Barcellona (13 agosto 2004), di Girona (6 aprile 2005) e Las Palmas (29 aprile 2005). Lo stesso è previsto anche dall'articolo 350 del c.p.p. italiano.

31 Nel sistema penale spagnolo i delitti si distinguono, a seconda del ruolo che nella loro perseguibilità può svolgere la volontà della persona offesa, in privati, semipubblici e pubblici. I delitti semipubblici, in particolare, richiedono la denuncia della vittima perché si possa dare inizio alle indagini preliminari; tuttavia, il perdono della vittima non comporta sempre l'estinzione

ha equiparato - al fine di considerare soddisfatto il requisito di procedibilità dei delitti semi pubblici - la denuncia formale a quella tacita. Pertanto se la vittima, durante l'istruzione, procede a narrare i fatti dinnanzi al giudice competente, o collabora attivamente nel chiarimento di fatti, mostrandosi non riluttante rispetto alla perseguibilità del colpevole, si intende presentata una denuncia tacita³².

Oltre ad esimere le autorità competenti dal dovere di *informare* le vittime circa la facoltà di astenersi dal deporre di cui all'articolo 416 LECrim, il fatto che queste denuncino implica, inoltre, che non potranno *avvalersi* di questa facoltà³³. Così ritengono, in via maggioritaria, tanto la dottrina³⁴

del reato. Al contrario, non viene mai attribuita rilevanza al perdono dell'offeso quando si tratti di delitti pubblici, che sono perseguibili d'ufficio.

32 Sentenze del TS del 20 novembre 1982, 3 marzo 1984, 13 novembre 1987, 25 ottobre 1994, 3 giugno 1996 e 15 novembre 2001. In questa stessa direzione, si veda Goenaga Olaizoga R., "Delitos contra la libertad sexual", in *Cuadernos del Instituto Vasco de Criminología*, n. straordinario, n. 10 ottobre 1997, pag. 118.

33 Lo stesso accade nel diritto italiano, il cui articolo 199 c.p.p. afferma che la facoltà di astenersi dal deporre contro un prossimo congiunto cessa quando la vittima è lo stesso testimone o un parente prossimo, così come quando il testimone è anche il denunciante o il querelante.

34 Si vedano, De La Fuente Honrubia F. ("La dispensa del deber de declarar por concurrencia de vínculos personales con el procesado. Perspectiva jurisprudencial actual", *La Ley Penal*, n. 68, febbraio 2010, pag. 102) e Magro Servet V. ("La imposibilidad de conceder a las víctimas de violencia de género la dispensa de declarar contra sus agresores (art. 416 LECrim): ¿es necesaria una reforma legal?", *Diario La Ley*, 5 ottobre 2005, pag. 9).

Martínez García E. ("La protección cautelar penal de las víctimas de violencia de género", in Villacampa Estiarte E. (coordinato da), *Violencia de género y Sistema de Justicia Penal*, Valencia, 2008, pag. 327) ritiene che quando la vittima si reca volontariamente a deporre, si abbia una "rinuncia concludente" ai suoi diritti di non farlo. Allo stesso modo, quando è informata dei suoi diritti a non dichiarare, e rinuncia a questi ultimi, si ha una "rinuncia espressa conclusivamente"

quanto la giurisprudenza³⁵. Lungo questa medesima linea, il Rapporto della Procura Generale del 2009 raccoglie un suggerimento della Procura di Barcellona, che chiede che "almeno si proceda a modificare la regolamentazione per impedire che possano fare uso della facoltà di astenersi coloro che precedentemente, nella fase di istruzione, abbiano rinunciato espressamente a servirsi di essa dopo essere state informate delle conseguenze di tale rinuncia".

Al contrario la sentenza del TS del 23 marzo 2009, seguendo la linea tracciata dalla sentenza del TS del 12 di luglio 2007, riconosce alla vittima che abbia denunciato la possibilità di avvalersi del diritto di non dichiarare contro il suo congiunto sia nell'istruzione che nel dibattimento³⁶. Allo stesso modo riteniamo³⁷ che, nell'affrontare tale questione, si parta dalla considerazione (a nostro parere erronea) che le vittime che volontariamente si recano a denunciare abbiano un minimo di conoscenza giuridica e sappiano, di conseguenza, che dalle loro azioni si deduce la loro volontà di rinunciare al diritto di non testimoniare contro il prossimo congiunto, motivo per cui non avrebbero bisogno

35 Sentenze del TS del 6 aprile 2001, 27 ottobre 2004, 9 maggio 2005, 8 marzo, 11 ottobre, 11 dicembre 2006, 12 luglio e 4 ottobre 2007. Si vedano, anche, le sentenze dei Tribunali Provinciali (si veda la nota n. 29) di Leida, del 29 novembre 2004, Valencia, del 26 settembre 2007 e Madrid, del 4 ottobre 2007

36 Non essendo vincolati, di conseguenza, dal principio degli atti propri (sentenza del TS del 23 marzo 2009)

37 Allo stesso modo, Cámara Martínez I. e Juncás Gómez F. ("Sobre el alcance y el futuro de la dispensa de declarar para las víctimas de la violencia de género", *Revista de Derecho y Proceso Penal*, n. 20, 2008, pag. 41) sottolineano l'idea che non tutte le vittime sono a conoscenza del diritto di non accusare un loro parente, dal che non può derivarsi che, quando presentano una denuncia, sappiano di stare rinunciando a tale diritto.

di essere informate sul punto³⁸. A nostro parere, risulta più adeguata la tesi che sostenne il Tribunale Costituzionale nelle sentenze 145 del 15 di giugno 2009³⁹, e 94 del 15 novembre 2010, dal cui tenore si deriva che non risulta necessario avvalersi alla dispensa prevista dall'articolo 416 LECrim quando la volontà della vittima di perseguire il delitto risulti chiaramente evidente⁴⁰. Occorrerà fare riferimento, in sintesi, alle circostanze del caso, risultando ugualmente inadeguato concludere che tutte le denunce implicino una rinuncia alla facoltà di astenersi tanto quanto esigere che tale rinuncia debba realizzarsi sempre sulla base di riti formalizzati.

c) Soluzioni giurisprudenziali alla situazione provocata dall'articolo 416 LECrim: l'impiego delle dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari e nel corso della fase preprocessuale⁴¹. Sebbene numerosi Tribunali Provinciali⁴² stiano permettendo, dinnanzi al rifiuto della vittima di

38 Così, ad esempio, la STS del 23 marzo 2009.

39 Si veda, a questo proposito, Caballero Sánchez-Izquierdo J. M^a., "Violencia de género y dispensa de declarar contra el cónyuge", *Diario La Ley*, 15 marzo 2011.

40 Per esempio, per la sua costruzione come accusa privata, si veda Rodríguez Lainz J. L., "El deber de declarar en contra de pariente (Comentario a la STC 94/2010, de 15 de noviembre)", *Diario La Ley*, 25 febbraio 2011, pag. 6.

41 Nel sistema processuale spagnolo, si parla di "fase preprocessuale" per fare riferimento agli atti (in questo caso, le dichiarazioni che hanno luogo durante le indagini realizzate dalla Polizia) realizzati prima che cominci il processo vero e proprio. Per tanto la fase c.d. preprocessuale è quella che ha luogo prima che inizi la fase di istruzione (in questo lavoro tradotta come "fase delle indagini preliminari"). Sembra importante sottolineare che l'"istruzione" spagnola e le "indagini preliminari" italiane, sebbene nei tratti essenziali coincidano, si differenziano per alcuni aspetti come, ad esempio, il fatto che nel sistema spagnolo, a differenza di quanto accade in quello italiano, si tratta di una fase che viene gestita da un organo giudiziale (il giudice dell'istruzione) e non da parte del Pubblico Ministero.

42 In senso contrario, tuttavia, si veda la sentenza del Tribunale Provinciale di Siviglia del 29 giugno 2009.

testimoniare nel corso del dibattimento, che si dia lettura delle dichiarazioni prestate da quest'ultima nel corso delle indagini preliminari, sentenze recenti del TS si sono dimostrate chiaramente contrarie a questa pratica. Così, le sentenze del TS del 27 di gennaio e del 10 di febbraio del 2009 insistono sull'idea che la dichiarazione nel corso delle indagini preliminari è un atto senza valore probatorio⁴³. Affermano, allo stesso modo, che è impossibile utilizzare quanto previsto dall'articolo 730 LECrim per incorporare come materiale probatorio all'atto del dibattimento la dichiarazione, resa nel corso delle indagini preliminari, di chi decide di avvalersi del diritto di non testimoniare, in quanto l'art. 730 presuppone la mancata comparizione di testimoni che abbiano reso la propria dichiarazione nel corso delle indagini preliminari⁴⁴. Da ciò deriva il carattere irripetibile di quest'ultima.

Interpretare la decisione di non rendere dichiarazioni come una "impossibilità giuridica" di dichiarare nel dibattimento per giustificare, in questo modo, l'applicazione dell'articolo 730 LECrim è, a giudizio delle ultime decisioni del nostro TS "uno strumento semantico che svaluta il precetto, si allontana dal suo fondamento, snatura il fatto di costituire un'eccezione e si

43 Criticamente, contro questa interpretazione, si veda Escobar Jiménez R., "La facultad de no declarar...", *cit.*, pp 1652-1654. In termini simili, cfr. la sentenza del TS del 23 marzo 2009.

44 Questa affermazione è discutibile perché nella pratica si permette che vengano lette le dichiarazioni sommarie del testimone che, sebbene sia presente nel corso del dibattimento, non possa dichiarare per impossibilità fisica. Si veda De La Fuente Honrubia F., "La dispensa del deber de declarar...", *cit.*, pag. 99. De Hoyos Sancho M. ("La trascendencia de una exhaustiva investigación de los delitos de violencia de género", in De Hoyos Sancho M. (a cura di), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Valladolid,

scontra contro il legittimo esercizio della facoltà di astenersi dal deporre contro un congiunto perché si oppone al risultato cui si tende mediante l'esercizio di tale diritto"⁴⁵. Allo stesso modo non sarebbe possibile procedere alla lettura di queste dichiarazioni rese nella fase delle indagini preliminari per via dell'articolo 714, secondo la sentenza del TS del 27 di gennaio del 2009, perché non può contraddirsi chi non testimonia.

Dinnanzi a questa interpretazione del TS, una parte della dottrina⁴⁶ ritiene possibile che possano leggersi le dichiarazioni fatte nella fase delle indagini preliminari del testimone che si avvale del diritto di non testimoniare, in applicazione delle simili regole che vengono disposte per l'accusato che ammette la sua colpevolezza nella stessa fase e, nel dibattimento, si rifiuta di deporre. In questi casi, o ci si attiene all'articolo 714 LECrim⁴⁷, ritenendosi che esista una contraddizione tra questo silenzio e la dichiarazione anteriore⁴⁸, oppure si percorre la via

2009, pag. 431), da parte sua, si esprime nello stesso modo delle sentenze del TS di cui *supra*.

45 Sentenze del TS del 27 gennaio e 10 febbraio 2009.

46 Seguono questa linea anche le sentenze del TS del 6 aprile e 27 ottobre del 2004, dell'8 di marzo e dell'11 dicembre del 2006, così come quelle del 10 maggio e del 12 luglio del 2007. Allo stesso modo anche le sentenze dei Tribunali Provinciali di Madrid del 18 di marzo 2003, Soria, 29 dicembre 2003, e Terragona, 28 giugno 2004.

47 Sentenze del TS del 7 luglio e 15 novembre 2005, 21 luglio 2006 e 29 gennaio 2008.

48 Come scrive De La Fuente Honrubia F. (La dispensa del *deber de declarar...*), *cit.*, pag. 100) "se si accetta di attribuire valore alla contraddizione tra l'accusato che tace e che si autoaccusa nel corso della fase istruttoria, a maggior ragione deve essere considerata la dichiarazione del testimone, tenendo in conto, come detto, che essa non deve necessariamente comportare una sentenza di condanna. Semplicemente, questa viene integrata all'interno del corpo di prove così che in coscienza possa essere valutato assieme al resto delle medesime da parte dell'organo giudicante nel momento in cui deve formare la sua convinzione".

In senso contrario, sentenze del TS del 27 gennaio 2009 e del 10 febbraio 2009.

dell'articolo 730 LECrim, se si ritiene che esista una impossibilità di dichiarare in udienza plenaria⁴⁹.

È necessario chiarire, allo stesso modo, che le dichiarazioni rese alla polizia saranno carenti, per loro stessa natura, di valore probatorio rispetto all'accusa. Dal momento che si formano in fase preprocessuale, e che non entrano nella fase delle indagini preliminari (sentenza del TS del 15 febbraio del 1996), perché possano considerarsi come prove dovrebbero essere riprodotte nel dibattimento, venendo ratificate dinnanzi al giudice da parte dei dichiaranti o confermate da parte delle stesse forze di polizia nelle loro deposizioni nel corso del dibattimento⁵⁰.

4. Conclusioni.

In linea con la situazione di cui sopra non sembra eccessivo concludere che, in termini pratici, il fatto di non obbligare la vittima di violenza domestica e di genere a testimoniare equivale sostanzialmente a permettere, in questi tipi di delitti – che, si tenga presente, sono delitti pubblici - una sorta di perdono dell'offeso. Si ha qui una manifestazione evidente dei postulati "*pro victim choice*" ai quali facevamo riferimento all'inizio dell'esposizione. Tenendo conto della complessa e delicata situazione nella quale, per definizione, si trova chi subisce questa tipologia di reati, sarebbe opportuno domandarsi se sia questo l'ambito adeguato per attribuire così predominante rilevanza alla volontà della vittima.

Indipendentemente dal fatto che si scelga finalmente di proibire che qualsiasi vittima si possa servire di tale facoltà, oppure che si

49 Così le sentenze del TS del 20 settembre 2000, 20 luglio del 2001 6 maggio 2004 e 29 gennaio 2008.

circoscriva questa limitazione ai casi di violenza domestica e di genere o ancora che si mantenga lo *status quo* attuale, risulterà sempre più opportuno verificare le circostanze concrete di ciascun caso. Così, ad esempio, forse converrebbe di più impedire che la vittima possa avvalersi della facoltà di non dover deporre quando la sua dichiarazione sia l'unica prova sulla quale si possa fare affidamento e/o da essa dipenda la condanna del colpevole, perché, in quei casi in cui si può fare affidamento su un materiale probatorio sufficiente per arrivare ad una condanna, che utilità potrebbe avere obbligare la vittima a deporre contro il suo aggressore?

Riferimenti bibliografici.

- Barrientos Pacho J. M^a., “Denuncia y testimonio entre cónyuges o parientes sin advertencia previa de la dispensa legal. Validez y eficacia en juicio”, *La Ley. Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, 23 giugno 2010.
- Brienen M. E. I., Hoegen E. H., *Victims of crime in 22 European Criminal Justice Systems*, The Netherlands, 2000.
- Buzawa E.S., Buzawa C. G., *Domestic Violence: The Criminal Justice Response*, California, Sage Publications, 2003.
- Caballero Sánchez-Izquierdo J. M^a., “Violencia de género y dispensa de declarar contra el cónyuge”, *Diario La Ley*, 15 marzo 2011.
- Cabrera Gárate R., “Apuntes sobre la dispensa del deber de declarar contemplado en el art. 416 de la LECrim, en relación con la víctima de violencia de género”, *Revista Jurídica de Canarias*, 2006, n. II.
- Cámara Martínez I., Juncás Gómez F., “Sobre el alcance y el futuro de la dispensa de declarar para las víctimas de la violencia de género”, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, n. 20, 2008.
- Castillejo Manzanares R., “La dispensa del deber de declarar del artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal respecto de la mujer que sufre violencia de género”, *Revista de Derecho Penal*, n. 26, 2009.
- Corsilles A., “No-Drop Policies in the Prosecution of Domestic Violence Cases: Guarantee to Action or Dangerous Solution?”, *63 Fordham L. Rev.*, 1994.
- De Hoyos Sancho M., “La trascendencia de una exhaustiva investigación de los delitos de violencia de género”, in De Hoyos Sancho M. (coordinato da), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Valladolid, 2009.
- De La Fuente Honrubia F., “La dispensa del deber de declarar por concurrencia de vínculos personales con el procesado. Perspectiva jurisprudencial actual”, *La Ley Penal*, n. 68, febbraio 2010.
- Díaz Pita P., in Núñez Castaño (a cura di), *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*, Valencia, 2009.
- Escobar Jiménez R., “La facultad de no declarar contra determinados familiares en el proceso penal”, *La Ley. Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, 11 dicembre 2009.
- Esquinas Valverde P., *Mediación entre víctima y agresor en la violencia de género*, Valencia, 2008.
- Fyfe N. R., *Protecting Intimidated Witnesses*, Burlington, USA, 2001.
- Goenaga Olaizoga R., “Delitos contra la libertad sexual”, in *Cuadernos del Instituto Vasco de Criminología*, n. extraordinario, n. 10, ottobre 1997.
- Han E. L., “Mandatory arrest and no-drop policies: victim empowerment in domestic violence cases”, *Boston College Third World Law Journal*, Winter 2003.
- Hilton N. Z., “Mediating Wife Assault; Battered Women and the New Family”, *Canadian Journal of Family Law*, 1991, 9.
- Hoyle C., Sanders A., “Police Response to Domestic Violence. From Victim Choice to Victim Empowerment?”, *The British Journal of Criminology*, vol. 40, 2000.
- López Tébar E., “La negativa de la víctima a prestar declaración en el acto del juicio oral en los delitos de violencia intrafamiliar”, *Poder Judicial*, n. 85, 2007.
- Magro Servet V., “La imposibilidad de conceder a las víctimas de violencia de género la dispensa de declarar contra sus agresores (art. 416 LECrim): ¿es necesaria una reforma

50 Sentenze del Tribunale Costituzionale 91/1984 e 51/1995

- legal?", *Diario La Ley*, 5 ottobre 2005.
- Martín Ríos M^a. P., "Reflexiones acerca de la negativa a declarar en juicio de la mujer víctima de violencia de género: análisis de la jurisprudencia española", *Revista General de Derecho Procesal*, n. 15, 2008.
 - Martínez García E., "La protección cautelar penal de las víctimas de violencia de género", in AA.VV., Villacampa Estiarte E., *Violencia de género y Sistema de Justicia Penal*, Valencia, 2008.
 - Pérez Ginés C. A., "La mediación penal en el ámbito de la violencia de género (o las órdenes de protección de difícil control y cumplimiento)", *La Ley Penal*, n. 71, maggio 2010.
 - Pérez-Olleros Sánchez-Bordona F. J., "Cuestiones y respuestas sobre la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género", *Diario La Ley*, 13 giugno 2005.
 - Rodríguez Lainz J. L., "El deber de declarar en contra de pariente (Comentario a la STC 94/2010, de 15 de noviembre)", *Diario La Ley*, 25 febbraio 2011.
 - Senés Motilla C., "La competencia penal y en materia civil de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer", *Diario La Ley*, 1 dicembre 2005.
 - Silvani, S., "La mediazione nei casi di violenza domestica: profili teorici e spazi applicativi nell'ordinamento italiano", in Mannozi G. (a cura di), *Mediazione e Diritto Penale. Dalla punizione del reo alla composizione con la vittima*, Milano, Giuffrè, 2004.
 - Stanko E., "Missing the Mark? Police Battering", in Hanmer J., Radford L., Stanko E., *Women, Policing and Male Violence: International Perspectives*, London, 1989.
 - Villagrasa Alcaide C. "Protección en el ámbito civil", in Rivas Vallejo M^a. P., Barrios Baudor G. L. (a cura di), *Violencia de Género: Perspectiva Multidisciplinar y Práctica Forense*, Navarra, 2007.
 - Wolhuter L., Olley N., Denham D., *Victimology: Victimisation and Victims' Rights*, London, Routledge, 2009.